



Thèse de doctorat en histoire du droit des institutions et des faits sociaux

Présentée par
TEIXEIRA CEDRIC

La classification des sources des obligations du droit romain à nos jours

Sous la direction du professeur David DEROUSSIN

Présentée et soutenue publiquement à Lyon le 21 novembre 2011

Membres du jury :

Jean-Marie AUGUSTIN, Professeur émérite, Université de Poitiers

Jean BART, Professeur émérite, Université de Bourgogne

Louis-Augustin BARRIERE, Professeur des universités, Université Lyon 3

David DEROUSSIN, Professeur des universités, Université Lyon 3

L'université Jean Moulin Lyon 3 n'entend donner aucune approbation, ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Remerciements :

Je tiens tout d'abord à remercier le Professeur David Deroussin pour avoir accepté de diriger ce travail, ainsi que pour ses précieux conseils qui m'ont permis de le mener à terme.

J'exprime toute ma gratitude à M. le Doyen Louis-Augustin Barrière pour ses encouragements et l'intérêt particulier qu'il a porté à cette étude.

Je remercie profondément Messieurs les Professeur Jean-Marie Augustin et Jean Bart pour m'avoir fait l'honneur d'accepter de faire partie de ce jury.

Merci également pour leur soutien à tous les membres du Centre Lyonnais d'Histoire du droit.

Enfin, un merci tout particulier à mes parents et mon épouse pour m'avoir soutenu, aidé et encouragé au cours de ces années.

INTRODUCTION :

Les obligations ont la capacité de contraindre l'homme, de l'engager¹. A ce titre, il est important de savoir quelles sont leurs sources : Qu'est-ce qui peut obliger l'homme ? Cette question intéresse particulièrement les juristes qui, devant le nombre croissant de sources des obligations², ont très tôt cherché à les classer.

Cette étude porte en conséquence sur la classification des sources des obligations. Elle a pour objectif d'étudier l'évolution de cette classification depuis son apparition en droit romain jusqu'à ses modifications les plus récentes. Les obligations constituant un domaine important du droit, les juristes se sont beaucoup intéressés aux sources de ces obligations : qu'est-ce qui leurs donnent naissance ? Et à la suite de Gaius³, et souvent dans un esprit didactique, beaucoup ont cherché à classer les sources des obligations pour mieux les étudier. L'essentiel de ce travail consiste donc en l'analyse des classifications doctrinales des sources des obligations. Après avoir étudié les origines romaines de la classification, nous nous intéresserons principalement à son évolution en droit français (de l'ancien droit au XXe siècle). Une place importante sera ensuite donnée au droit comparé dans la troisième partie afin d'analyser les classifications des sources des obligations dans les codes étrangers. Cette étude comparatiste de codes plus récents que le Code civil français est très utile dans la perspective de la mise en pratique des théories doctrinales développées à la fin du XIXe et au début du XXe siècle, mais aussi dans celle de la révision du Code civil. Le Code civil de 1804 tient une place fondamentale dans ce travail : même si cela peut paraître une évidence de dire

¹ « Toute obligation est une entrave qui répugne à la liberté naturelle » (Choderlos de Laclos (P.), *Des femmes et de leur éducation*, Mille et une nuits, 2000, p. 19.)

² ROBAYE (R.), *Le droit romain*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 3^e éd., p. 25 : « A la différence des droits réels, que bride leur nature, les obligations, considérées comme des choses incorporelles, apparaissent en nombre illimité. Leur diversité impose un effort de classement, qui peut être poursuivi selon différents critères : les sujets de l'obligation, leur objet, leurs sanctions, et aussi leurs sources ».

³ Gaius, *Institutes*, III, 88 : « *Omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto* ».

qu'il y a un avant et un après Code civil, cela est particulièrement vrai en l'espèce. Avant 1804, les auteurs n'étaient pas tenus par une classification légale des sources des obligations, ce qui n'est plus le cas au XIXe siècle. Le travail de la doctrine change donc. Il s'agit désormais de commenter le Code civil et les auteurs vont essentiellement s'appuyer sur la classification qui s'en dégage, certains pour l'encenser, d'autres pour la critiquer. Cette dépendance vis-à-vis du Code civil s'atténuera au début du XXe siècle, à un moment où la doctrine s'inspire de nouvelles influences pour s'émanciper de la classification du Code et même la remettre en question.

L'étude des sources des obligations étant un préalable nécessaire à l'étude du droit des obligations, on trouve beaucoup d'auteurs qui ont proposé leur classification au fil des siècles. La classification est souvent le reflet de la pensée des auteurs, de leur conception du droit des obligations, et même plus généralement du droit dans son ensemble. Savoir ce qui peut obliger l'homme implique une réflexion plus large sur le droit dans son ensemble. Cependant, en dehors de quelques articles⁴, il n'existe pas d'étude d'ensemble et d'analyse sur l'évolution de la classification des sources des obligations de ses origines à nos jours. Cette étude porte sur une longue période durant laquelle la société et le droit ont énormément évolué et les courants de pensée se sont succédés. Quels sont les points communs entre la classification de Gaius au IIe siècle et celle du Code civil ? Comment la classification a-t-elle évolué ? Peut-on dire qu'il existe une classification des sources des obligations absolue, valable pour toute époque, toute société ? N'y aurait-il pas plutôt *des* classifications des sources des obligations ? La réflexion des auteurs se situe-t-elle toujours sur le même plan quand ils traitent des sources des obligations ? La classification des sources des obligations n'est-elle pas, comme le droit lui-même, sujette à l'évolution de la société ? Voilà quelques questions sur lesquelles ce travail amène à réfléchir.

⁴ MANNINO (V.), OPHELE (C.), *L'enrichissement sans cause-La classification des sources des obligations*, Paris, LGDJ, 2007 ; MOORE (B.), « La théorie des sources des obligations : courte histoire d'une valse-hésitation », *Revue Juridique Thémis* 274, n°36, 2002.

En revanche, il ne s'agit pas de faire une étude des sources des obligations en elles-mêmes. Etudier l'évolution de chacune de ces sources des obligations est un travail d'une toute autre nature, qui a d'ailleurs déjà été réalisé par de nombreux auteurs⁵. L'attention se focalisera donc essentiellement sur leur mise en relation, sur les classifications, c'est-à-dire le système qu'elles sont censées former. A ce titre, s'il sera parfois nécessaire de s'arrêter sur la définition de certaines sources, ce sera seulement quand l'évolution de leur définition a une incidence sur l'organisation de la classification. De même, l'apparition de nouvelles sources d'obligation implique nécessairement une remise en cause des classifications antérieures, ce qui amènera, là encore, à s'attarder sur ces nouvelles sources et leur définition afin d'observer leur influence sur la classification. C'est seulement lorsque l'évolution ou l'apparition d'une source vient modifier la classification qu'elle retiendra l'attention. Enfin, étudier une ou plusieurs sources permet parfois de dégager des critères discriminant pour organiser une classification. De la définition d'une source retenue par un auteur dépend la classification des sources qu'il propose. Dans ce cas là, il faudra encore étudier les différentes définitions proposées afin de comprendre le critère qui peut faire basculer la classification. Ainsi, ce n'est que dans leur rapport à la classification que nous étudierons les sources des obligations⁶.

La classification des sources des obligations tient une place importante dans les manuels, les traités et l'enseignement du droit des obligations. En revanche, aucun article n'énonce explicitement une classification dans le Code civil de 1804 qui, en la matière, est

⁵ Notamment : GOUBLET (G.), *La notion du quasi-contrat : Classification rationnelle des sources d'obligations*, Paris, Girard et Brière, 1904 ; VIZIOZ (H.), *La notion de quasi-contrat*, Bordeaux, Cadoret, 1912 ; CHASTAIGNET (Y.), *La notion de quasi-délict*, Bordeaux, Imprimerie de l'université, 1927 ; DOUCHY (M.), *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, Paris, Economica, 1997 ; CHAINE (P.), *L'enrichissement sans cause dans le droit civil français*, Lyon, Waltener et cie, 1909 ; CAROUS (P.), *La volonté unilatérale-Source d'obligations en droit privé moderne*, Lille, Duriez-Bataille, 1938 ; WORMS (R.), *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations en droit romain et en droit français*, Paris, Girard, 1891 ; DESCAMPS (O.), *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, Paris, LGDJ, 2005. La présente étude est différente dans la mesure où elle prend pour objet la manière de penser le rapport entre toutes les obligations, et non pas le contenu des différentes sources.

⁶ A ce titre nous étudierons brièvement l'apparition du contrat et du délit en droit romain, car c'est à partir du moment où il y a plusieurs sources qu'apparaît la nécessité d'une classification.

resté inchangé jusqu'à présent. Le droit des obligations dans le Code a fait l'objet de nombreuses critiques, et également de différents projets de réforme tout au long du XXe siècle, mais aucun n'a abouti. Le dernier en date est le projet Catala de 2006⁷, qui a abouti sur le plan de la réforme du droit de la prescription dans le Code civil, mais pas en matière de droit des obligations. Tous ces projets proposent de nouvelles classifications des sources des obligations que nous étudierons en détail. D'autant que, le projet Catala n'ayant pas abouti, la question de la réforme du droit des obligations dans le Code civil est toujours d'actualité et, avec elle, la réflexion sur la classification des sources des obligations : faut-il consacrer un article énumérant explicitement les sources des obligations ? Et surtout, quelles sont les sources des obligations ? Mais ce problème de la réforme du droit des obligations dans le Code civil est sans doute à considérer en rapport avec les projets d'harmonisation du droit en Europe. Plusieurs commissions ont travaillé et travaillent encore à un projet de Code civil européen⁸, c'est pourquoi nous tenterons d'avoir un regard comparatiste sur les classifications des sources des obligations dans les codes des pays voisins, afin de voir si cette harmonisation paraît possible dans le respect des traditions nationales. La question de la classification des sources des obligations est donc pleinement d'actualité, tant sur le plan national qu'europpéen et nécessite qu'on s'attarde sur son évolution au fil des siècles.

Pour réaliser cette étude, un plan en trois parties a été adopté, correspondant à trois grandes étapes dans l'évolution de la classification des sources des obligations. L'analyse de la classification des sources des obligations doit en effet prendre en compte la chronologie, tant il semble très difficile d'analyser et de comprendre l'évolution de celle-ci sur une si longue période sans respecter le fil du temps. Nous avons déjà évoqué l'idée selon laquelle en matière de classification des sources des obligations en droit français, l'adoption du Code civil marque un tournant. Avant 1804, les classifications sont essentiellement doctrinales et

⁷ CATALA (P.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, La documentation française, 2006.

⁸ Projet Gandolfi, Landö (Principes européens des contrats) et les travaux du groupe Von Bar : GANDOLFI (G.), *Code européen des contrats : avant-projet*, Milano, Giuffrè, 2004 ; *Principes du droit européen du contrat*, Paris, Société de législation comparée, 2003 ; VON BAR (C.), *Principles, definitions and model rules of European private law*, Munich, Sellier 2009.

les auteurs ont toute latitude pour exprimer leurs conceptions, alors qu'après, il existe une classification légale, à commenter, interpréter et qui sert de base de réflexion. Si cette rupture est évidente, elle ne nous semble pas la plus pertinente pour refléter l'évolution de la classification. Il semble en effet plus juste de dégager trois moments dans l'évolution de la classification des sources des obligations en droit français. La première période correspond à l'avant Code civil. Elle est marquée par l'absence d'une classification légale qui amène à étudier la classification du Moyen-âge à 1804, centrée autour du contrat (Ière partie). puis, il s'agira de scruter l'évolution de la classification du Code civil au cours du XIXe siècle, qui verra diminuer la prépondérance du contrat face au rôle grandissant de la loi en tant que source des obligations (Ile partie). Enfin, le troisième temps sera celui de la remise en cause et de l'abandon de la classification du Code civil par la doctrine du début du XXe siècle (IIIe partie).

Ces trois parties sont logiquement précédées d'un chapitre préliminaire consacré à la classification des sources des obligations en droit romain. L'idée de classer les sources des obligations a en effet, s'agissant de la doctrine juridique⁹, vu le jour en droit romain, et les principales classifications ayant influencé les juristes se trouvent dans les *Institutes* de Gaius¹⁰ et de Justinien¹¹. Il est donc important d'étudier les origines de la classification afin de mieux comprendre son évolution, ce qui permet au passage de mesurer combien l'idée de classer les obligations est liée à celle de mise en ordre, d'ordonnancement, de rationalisation de la matière juridique, ce qui explique l'absence de codification dans les droits sans doctrine, comme les droits de l'orient ancien ou les droits des cité grecques. D'ailleurs, ce détour par le droit romain n'est pas un pur exercice de style : il fera voir que si Gaius adopte une classification des obligations fondée sur la nature propre du fait générateur qui leur donne

⁹ Il est question ici des juristes car des classifications des sources des obligations ont existé auparavant en Grèce (Aristote) et à Rome (Cicéron), mais elles n'étaient pas l'œuvre de ce qu'on peut appeler « la doctrine juridique » : ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, Paris, Flammarion, 2004, 1130 b -1131 a, p. 236 : qui distingue deux types de transactions privées, celles qui sont formées par consentement mutuel, et celles qui sont formées sans.

¹⁰ Gaius, *Institutes*, III, 88.

¹¹ Justinien, *Institutes*, III, 13, 2.

naissance, ce critère cède du terrain dans les *Institutes* de Justinien, où la classification quadripartite évoque les quasi-contrats et les quasi-délits sans voir en eux, de manière claire, des « types » de faits générateurs particuliers mais plutôt des catégories d'obligation qui ont en commun des effets juridiques, un régime juridique proche, dans un cas de ceux des délits et, dans l'autre cas, de ceux des contrats.

Chapitre préliminaire : La classification des sources des obligations en droit romain¹².

Comme dans beaucoup de domaines, le droit romain a été le premier à chercher à classer les obligations. Comme l'écrivent Lepointe et Monier : « Bien que les romains répugnent aux synthèses et aux systématisations les jurisconsultes ont de bonne heure tenté de telles classifications des obligations, dans la mesure où la pratique y trouvait quelque intérêt »¹³. Les juristes romains ont élaboré différentes classifications des obligations d'importance variable.

Nous pouvons tout d'abord parler d'une classification tripartite qui distingue les obligations civiles, des obligations naturelles et des obligations morales. Les obligations civiles se différencient des obligations naturelles en ce qu'elles sont sanctionnées en droit par une action. Toutefois les obligations naturelles, même démunies d'action, produisent des effets juridiques, à la différence des obligations morales qui sont dépourvues d'action et ne produisent aucun effet. La notion d'obligation naturelle a été dégagée par Julien dès le deuxième siècle de notre ère¹⁴, elle a été reconnue à propos du legs du maître à son affranchi ou pour les contrats passés par un esclave ou un mineur de vingt-cinq ans¹⁵. Le débiteur n'est pas engagé en vertu du droit civil mais en vertu de l'équité. Ainsi dans le cas d'un contrat passé avec un mineur de vingt-cinq ans, si le débiteur capable s'exécute spontanément, il ne pourra réclamer la répétition. Enfin, les obligations morales, comme leur nom l'indique, ne

¹² KASER (M.), *Das römische Privatrecht*, t. 1, Munich, 1971 ; CANNATA (C.A.), SCHMIDLIN (B.), *Droit privé romain*, Lausanne, Payot, 1987 ; CANTARELLA (E.), CAPELLINI (P.), MAROTTA (V.), SANTALUCIA (B.), SCHIAVONE (A.), SPAGNULO VIGORITA (T.), VINCENTI (U.), *Diritto privato romano. Un profilo storico*, Turin, 2003 ; PICHONNAZ (P.), *Les fondements romains du droit privé*, Paris, LGDJ, 2008.

¹³ LEPOINTE (G.) et MONIER (R.), *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, Paris, Sirey, 1954, p.117.

¹⁴ LEPOINTE (G.) et MONIER (R.), *op. cit.*, p. 118.

¹⁵ GAZZANIGA (J.L.), *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, P.U.F., 1992, p. 25.

comportent qu'un devoir moral. Elles se distinguent des obligations naturelles (qui pouvaient produire un effet selon le droit naturel : interdire la répétition en faisant considérer le paiement comme étant dû) par leur aspect purement moral qui ne peut entraîner aucun effet juridique. Cette classification, qui intéressera particulièrement les juristes de l'ancien droit qui développeront la notion d'obligation naturelle, n'était pas la seule développée par les juristes à Rome.

Paul, dans le Digeste¹⁶, donne une définition de l'obligation qui débouche sur une classification qui est toujours d'actualité au travers du Code civil : « L'essence des obligations n'est pas de nous faire acquérir la propriété ou une servitude sur un objet déterminé, mais de contraindre une autre personne à nous transférer quelque chose, ou à faire quelque chose pour nous, ou à nous garantir un certain résultat »¹⁷. Il ressort de cette définition trois objets de l'obligation : transférer (*dare*), faire (*facere*), garantir (*praestare*). Cette classification est reprise à l'article 1101 du Code civil définissant le contrat, qui est la source principale des obligations : « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ». Les rédacteurs du Code civil ont simplement abandonné la notion de « *praestere* »¹⁸, difficile à replacer dans le droit du début du XIX^e siècle où la prestation était devenue le terme générique pour désigner « tout ce qui peut faire l'objet d'une obligation »¹⁹. Ils ont également inclus dans la définition la catégorie négative des obligations de « ne pas faire » qui était sous-entendue en droit romain par le sens élargi des termes *facere* et *praestare*.

A Rome, *dare* signifiait effectuer une *datio*, c'est-à-dire transférer la propriété de la chose. Le débiteur pouvait exécuter son obligation soit en effectuant une *mancipatio*, soit une *traditio*, selon la nature de la chose (*res Mancipi* ou *res nec Mancipi*). *Facere* indique le fait pour le débiteur de s'engager à faire quelque chose pour le créancier, mais aussi celui de s'engager à ne pas faire quelque chose, de s'abstenir de faire. Enfin, *praestare* peut être traduit par garantir, le terme « est utilisé techniquement lorsque le débiteur garantit un certain

¹⁶ Paul, *D.*, 44, 7, *De Obligatio et Actionibus*.

¹⁷ ROBAYE (R.), *Le droit romain*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 3^e éd, p. 191.

¹⁸ PIGNARRE (G.), « A la redécouverte de l'obligation de *praestere* », *RTD civ.* 2001, p. 41-76.

¹⁹ ROBAYE (R.), *op. Cit.*, p. 192.

résultat, ou qu'il assume une responsabilité »²⁰. Cette classification, indissociable aujourd'hui de la définition du contrat, n'était pas la plus importante pour les juristes romains, comme le montrent les *Institutes* de Justinien.

Pour Justinien²¹, la *Summa divisio* était celle qui distinguait, en fonction de la sanction des obligations, les obligations civiles sanctionnées par le droit civil, des obligations prétorienne ou honoraires sanctionnées par l'édit du préteur : « on peut établir entre toutes les obligations une *summa divisio* en deux groupes : en effet, les unes sont civiles et les autres prétorienne. Les obligations civiles sont celles qui ont été établies par la loi ou qui ont été rendues certaines par le droit civil. Les obligations prétorienne sont celles qui sont établies par le préteur en conséquence de sa juridiction, et que l'on appelle pour cette raison honoraires »²². Cette classification était due au fonctionnement même du système juridique romain et à ses deux sources du droit : le droit civil et le droit prétorien. Elle est surtout procédurale, tantôt il y a obligation civile quand le *ius civile* reconnaît l'existence d'une *oportere*, tantôt il y a obligation prétorienne quand « l'existence de cette *oportere* est reconnue, au moyen d'une action *in factum*, par les préteurs en vertu de leur *iuris dictio* »²³. Mais, à l'époque de Justinien, cette division fondée sur l'origine (prétorienne : action *in factum* ou civile : action *in ius*) de l'action qui sanctionne l'obligation n'a plus un grand intérêt en pratique. En effet, il n'existe aucune différence entre les obligations prenant naissance dans le droit civil et celles provenant du droit prétorien. Elles ont toutes deux le même statut juridique, car « au terme d'une lente évolution, les situations juridiques sanctionnées par les préteurs ont fini pour la plupart par être intégrées dans le système du *ius civile* »²⁴.

Cette classification due en partie à l'histoire et à l'évolution du droit à Rome, ayant perdu de sa pertinence avec l'atténuation de la distinction entre le droit civil et le droit prétorien, c'est la classification en fonction de la source des obligations (en fonction de leur

²⁰ Ibidem.

²¹ *Institutes* : III, 13,1.

²² BREGI (J.F.), *Droit romain : Les obligations*, Ellipses, 2006., p. 28.

²³ DEROUSSIN (D.), *Histoire du droit des obligations*, Paris, Economica, 2007, p.78.

²⁴ Ibidem.

fait générateur) qui est apparue plus appropriée aux juristes romains et à leurs successeurs, par exemple Vinnius²⁵ qui, dans son commentaire des *Institutes* rédigé au XVII^e siècle, écrit que « la distinction des obligations en civiles et prétoriennes n'est fondée que sur la cause efficiente éloignée (*remota*). Il faut lui préférer la classification quadripartite en contrat, quasi-contrat, délit et quasi-délit qui, elle, se fonde sur la cause efficiente rapprochée : « *a causis efficientibus proxima* » ».

Toutefois, cette classification selon les sources des obligations n'est pas apparue sous cette forme quadripartite. Elle a connu différentes évolutions avant de se présenter sous la forme que l'on retrouve aux *Institutes* de Justinien²⁶. La classification la plus connue, et celle qui servira de base à notre étude, est celle de Gaius (vers 150-160 ap. J.C.) qui nous est donnée dans ses *Institutes*²⁷ : « *Omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto* ». Cependant, il convient tout d'abord d'étudier les premières classifications des sources des obligations à Rome.

C'est Sabinus qui, dès le premier siècle de notre ère, élabore une classification des obligations en se fondant sur leurs sources. Cette classification est partielle car elle se contente de regrouper toutes les obligations ayant leur source dans un délit civil. Labéon²⁸ par la suite, franchira une étape en distinguant, d'une part, les obligations naissant d'un délit et, d'autre part, celles naissant soit d'un acte matériel impliquant la prononciation de certaines paroles (comme la stipulation), ou la remise d'une chose (comme le *mutuum* et le paiement de l'indu), soit d'un acte synallagmatique (comme la vente ou le louage)²⁹. On peut dire que Labéon établit une classification tripartite en distinguant entre les délits, les obligations nécessitant un certain formalisme (prononciation de paroles, remise de la chose), et les obligations naissant d'un acte synallagmatique. Pédus, au temps d'Hadrien (vers 117-138 ap. J.C.), critiquera cette classification et essaiera de la simplifier en tentant des rapprochements

²⁵ Ibidem.

²⁶ Justinien, *Institutes*, III,13.

²⁷ Gaius, *Institutes*, III, 88.

²⁸ CUQ (E.), *Manuel des institutions juridiques des romains*, Paris, LGDJ, 1917, p. 383.

²⁹ Lab., ap. Ulp., D., II, 14, 1, 3.

différents de ceux de Labéon. Là où Labéon différenciait les actes synallagmatiques des actes formés par la remise d'une chose, car il se fondait sur la forme extérieure des actes, Pédus lui va les regrouper. Il rapproche notamment la stipulation de la vente en notant que tous deux impliquent un accord de volontés. En d'autres termes, Pédus regroupe les différents actes naissant d'un accord de volontés (qui prendront le nom de contrat dans la classification de Gaius). Contrairement à Labéon, il s'intéresse davantage à la façon dont naissent les obligations sur le fond que sur la forme. On peut cependant noter que pour parvenir à cette synthèse, Pédus écarte un acte de sa classification. Il ne parle pas du paiement de l'indu comme le faisait Labéon. En effet, il lui était impossible de le faire entrer dans les actes naissant d'un accord de volontés. Ainsi, si la classification de Pédus, opposant les obligations délictuelles aux obligations ayant leurs sources dans un acte comprenant un accord de volontés paraît plus simple que celle de Labéon, elle est aussi moins complète car elle exclut le paiement de l'indu ainsi que les autres actes licites ne trouvant pas leur origine dans un accord de volontés.

Enfin, il faut signaler ici une autre classification des sources des obligations, moins célèbre que celle de Gaius mais toutefois intéressante. Il s'agit de la classification proposée par Modestin au III^e siècle. Dans ses *libri regularum*, il énumère différentes sources d'obligation sans essayer de les regrouper dans des catégories. Il dresse une liste des actes susceptibles de faire naître une obligation en mêlant aussi bien les différentes espèces de contrats (*re, verbis*) que les délits : « *Obligamur aut re aut verbis aut simul utroque aut consensu aut lege aut iure honorario aut necessitate aut ex peccato* »³⁰. Modestin explique ainsi qu'on est obligés ou en raison de la remise d'une chose ou, par le prononcé de certains mots ou par les deux en même temps, ou encore par le consentement, par la loi, par le droit prétorien, par la nécessité ou en raison d'une faute³¹. Cette classification n'ayant pas les mêmes qualités didactiques que celle de Gaius a été moins utilisée par les juristes au fil des

³⁰ D. 44, 7, 52.

³¹ Cf. PEPPE (L.), « Les classifications des sources des obligations chez les juristes romains », *actes des 3^e journées d'études Poitiers-Roma tre*, LGDJ, 2007, p. 105.

siècles. Comme l'écrit R.M. Rampelberg : « Plus technique que celle de Gaius, cette classification vise surtout à caractériser chaque type d'obligation, et non à présenter un schéma didactique facile à assimiler »³². Il est cependant intéressant de noter qu'elle fait apparaître la loi parmi les sources d'obligation, dans un texte qui relève plus de l'énumération exhaustive que de la classification. Un autre extrait de Modestin fait d'ailleurs de la loi une source d'obligation : « *Lege obligamur, cum obtemperantes legibus aliquid secundum praeceptum legis aut contra facimus* »³³. Leo Peppe voit dans ces textes de Modestin le point de départ de la réflexion qui « mènera aux règles des codes civils modernes »³⁴, à savoir l'introduction de la loi comme source d'obligation dans le code civil français de 1804, le code autrichien de 1811 et le code civil italien de 1865. Il est toutefois difficile de pouvoir juger de la réelle influence de ce texte sur les juristes modernes et notamment sur Pothier qui inclut la loi parmi les sources d'obligation. En effet, depuis longtemps les juristes ont mené la réflexion selon laquelle toute obligation ne trouvant pas son origine dans un contrat peut être rangée parmi les obligations dérivant de la loi. Il ne faut donc pas exagérer l'influence de cette classification comparée à celle de Gaius qui a été développée, commentée, interprétée au fil des siècles par de nombreux juristes.

On retrouvera ce problème lors de l'étude des classifications de Gaius qui, lui aussi, dans un premier temps énoncera une classification bipartite contrat/délit incomplète (Section 1), avant de la faire évoluer en une classification tripartite incluant la catégorie des obligations *ex variis causarum figuris* (Section 2). Nous étudierons ensuite l'évolution très importante qu'a connue la classification entre Gaius et les *Institutes* de Justinien (Section 3), qui, contrairement à leur modèle, insinuent dans une classification fondée sur la *causa* (fait générateur) des catégories qui regroupent des obligations dont la cause n'est pas identique.

³² RAMPELBERG (R.M.), « L'obligation romaine : Perspective sur une évolution », *Archives de philosophie du droit- L'obligation*, T. 44, Paris, Dalloz, 2000, p. 63.

³³ ROBAYE (R.), *op. Cit.*, p. 198 : « Nous sommes obligés en vertu de la loi lorsque obéissant aux lois, nous faisons quelque chose conformément au précepte de la loi, ou lorsque nous agissons à son encontre ».

³⁴ PEPPE (L.), *op. Cit.*, p. 105.

Section 1 : La classification bipartite de Gaius.

« *Obligationes, quarum summa divisio in duas species diducitur : Omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto* »³⁵. Cette phrase des *Institutes* de Gaius est le point de départ de la classification des sources des obligations : toute obligation naît soit d'un contrat soit d'un délit.

Gaius est un juriste du II^{ème} siècle après J.C., inconnu à l'époque où il écrit mais qui deviendra très célèbre après sa mort, à l'époque postclassique, grâce au succès de ses *Institutes*. Ce manuel de droit nommé *Institutiones* servira de modèle pour la rédaction des *Institutes* de Justinien en 533 après J.C., ce texte de Gaius un temps égaré fut retrouvé en 1816, il est le seul de la période classique du droit romain à nous être parvenu presque entièrement³⁶. Concernant la date des *Institutes* de Gaius, une grande partie de la doctrine opte comme Dernburg dans son : *Die Institutionen des Gaius ein Collegien heft aus dem Jahre 161 nach Christi Geburt* pour l'année 161 après J.C., cette datation est due au fait que jusqu'au paragraphe 151 a du livre II, l'empereur Antonin qui est mort en 161 n'est pas qualifié de divin, alors qu'il l'est au paragraphe 195. Dernburg en a donc déduit que Gaius a rédigé ses *Institutes* durant cette période. Julien Reinach dans son introduction à sa traduction des *Institutes* de Gaius³⁷ expose différentes critiques à propos de cette datation. Ainsi Mommsen émet l'idée que cette différence sur la qualification de l'empereur Antonin n'est peut être pas révélatrice de la date des *Institutes* mais plutôt d'une certaine inadvertance, car les empereurs défunts étaient parfois cités sans l'adjonction de cet adjectif divin. Appleton³⁸ critique lui aussi l'argument de Dernburg et s'appuie sur le fait que d'autres passages postérieurs à II, 195 et dans lesquels Gaius parle de l'empereur Antonin ne comportent pas l'épithète. Pour lui, le

³⁵ GAIUS, *Institutes*, III, 88 : « les obligations comportent une division fondamentale en deux espèces : toute obligation en effet naît d'un contrat ou d'un délit ».

³⁶ PEPPE (L.), « Les classifications des sources des obligations chez les juristes romains », *actes des 3^e journées d'études Poitiers-Roma tre*, LGDJ, 2007, p. 97.

³⁷ GAIUS, *Institutes (texte établi et traduit par Julien Reinach)*, Paris, Les Belles Lettres, 1991, IX.

³⁸ APPLETON (C.), *Les interpolations dans Gaius*, R.H.D., 1929, p. 218.

passage II, 95 serait donc un texte interpolé et ne pourrait pas servir pour dater les *Institutes*. Malgré ces critiques les auteurs situent généralement les *Institutes* vers le milieu du deuxième siècle de notre ère.

Sur le fond, comme l'indique le titre de l'ouvrage de Dernburg, les *Institutes* constituent la retranscription d'un cours magistral de droit. Il s'agirait même plus précisément de la partie théorique des enseignements de Gaius, les *res cottidianae* constituant la partie pratique (voir infra section 2). C'est, comme le souligne Julien Reinach, ce qui explique en partie le fait que les *Institutes* « ne nous donnent pas, comme le reproche leur en a été fait, un tableau complet de la législation de l'époque. Il s'agit avant tout d'un ouvrage d'enseignement, ou le maître ne s'interdit pas, pour expliquer le droit de son temps, les vues historiques ou rétrospectives, qui ne sont pas la partie la moins précieuse de son travail »³⁹.

Il est essentiel d'étudier ce texte qui introduit la classification bipartite contrat / délit pour pouvoir comprendre l'évolution de la classification des obligations. L'originalité et l'importance de l'œuvre de Gaius résident surtout dans la méthode employée, Gaius utilisant la méthode didactique pour exposer plus clairement à ses lecteurs la classification contrat/délit. En effet, ce n'est pas tant sur le fond, mais plutôt sur la forme que Gaius est novateur. Il se contente en effet de formaliser et de rationaliser une division qui lui était antérieure. Comme le remarque R.M. Rampelberg, Gaius, après avoir énoncé que les contrats et les actes illicites forment les deux sources d'obligations, énumère les différents types de contrat (*re, verbis, litteris, consensu*⁴⁰) et donne la liste des différents actes illicites qu'il regroupe sous le terme délit, mais sans les répartir en genre. Selon R.M. Rampelberg si Gaius regroupe les délits dans une catégorie unique : « c'est seulement pour les placer dans une situation de symétrie par rapport au contrat »⁴¹.

C'est donc dans un souci de clarification du droit (les *Institutes* étaient un manuel de droit) que Gaius énonce cette *summa divisio* : « *Obligaciones, quarum summa divisio in duas*

³⁹ GAIUS, *Institutes (texte établi et traduit par Julien Reinach*, Paris, Les Belles Lettres, 1991, p.VII.

⁴⁰ Gaius, *Institutes*, III, 89.

⁴¹ RAMPELBERG (R.M.), « L'obligation romaine : Perspective sur une évolution », *Archives de philosophie du droit- L'obligation*, T. 44, Paris, Dalloz, 2000, p. 62.

species diducitur : Omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto »⁴². On ne peut pas dire pour autant que cette classification bipartite soit une création de Gaius. Certains auteurs pensent que Gaius a pu être influencé par Aristote qui, dans l'*Ethique à Nicomaque*, distingue deux types de transactions privées, celles qui sont formées par consentement mutuel, et celles qui sont formées sans :

« Ces rapports sont contractés tantôt par consentement mutuel, tantôt sans. Sont consenties les opérations telles que, par exemple, la vente, l'achat, le prêt à intérêt, la garantie, la location, le dépôt ou la prise à gages. Et si on les dit consenties, c'est parce que, au départ de ces transactions, il y a consentement mutuel. Quant aux affaires non consenties, ce sont tantôt des entreprises effectuées dans la clandestinité comme le vol, l'adultère, l'empoisonnement, la prostitution, la subornation d'esclaves, le piège meurtrier ou le faux témoignage ; tantôt des actes violents comme l'agression, la séquestration, l'assassinat, le brigandage, la mutilation, l'insulte ou l'outrage »⁴³.

Dans ce passage, Aristote opère une distinction entre, d'une part, les actes consentis ou volontaires (*ekousia*): vente, achat, prêt,... que l'on peut ranger dans la catégorie des contrats ; et, d'autre part, les actes non consentis ou involontaires (*akousia*) : vol, adultère,...(actes cachés) et agression, assassinat,...(actes violents) qui peuvent être assimilés aux délits dans la classification de Gaius. On voit donc bien ici transparaître la préexistence sur le fond de la dichotomie des sources d'obligation entre contrat et délit, actes volontaires et involontaires. Selon Collinet⁴⁴, la *summa divisio* serait due au jurisconsulte du début de l'empire Sabinus, second chef de l'école des Sabinieniens qui a été « un grand constructeur de notions juridiques et l'inventeur d'un système qui a longtemps dominé le droit »⁴⁵, et dont Gaius est l'héritier intellectuel. Mais plus généralement, Collinet admet comme Arrangio Ruiz que cette distinction contrat/délit est probablement l'œuvre des *Veteres*, jurisconsultes de la fin de la

⁴² Gaius, *Institutes*, III, 88.

⁴³ ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, Paris, Flammarion, 2004, 1130 b -1131 a, p. 236.

⁴⁴ COLLINET, *Répétitions écrites de droit romain des obligations*, Paris, Les cours de droit, 1927-1928.

⁴⁵ COLLINET, *op. cit.*, p. 20.

République à qui Sabinus fait souvent allusion. Pour Arrangio Ruiz⁴⁶, non seulement la partie relative aux contrats dans les *Institutes* de Gaius, mais plus généralement toute l'œuvre, porte le signe d'une reprise d'un travail antérieur, sans doute dû aux *Veteres*. Ainsi Gaius n'a fait que reprendre une idée qui existait déjà pour en simplifier l'expression dans un but didactique dans ses *Institutes*. On retrouve également l'influence d'autres juristes dans la définition même des concepts de délit et de contrat. Ainsi Gaius s'inspire-t-il de la conception de Pedius⁴⁷ pour classer les contrats. Pedius, juriste du début du second siècle de notre ère (vers 117 – 138 ap. J.C.), fut le premier à regrouper les actes naissant d'un accord de volontés, actes que Gaius regroupera sous la dénomination de contrat dans sa classification. Gaius⁴⁸ s'inspire également de Celse⁴⁹ et de sa vision du paiement de l'indu, comme « acte non contractuel mais produisant les effets d'un contrat »⁵⁰, pour écrire : si l'on reçoit l'indu de celui qui paye par erreur on est également obligé par cette prestation⁵¹. Par ces différents exemples (sur lesquels nous reviendrons en étudiant le travail de Gaius), on se rend compte que Gaius a effectué un travail de synthèse et de systématisation du droit existant afin de le transmettre aux étudiants au travers de ses *Institutes*. C'est ce qui fait tout l'intérêt de cette œuvre : prenant du recul sur le droit romain de l'époque, il a tenté, le premier, d'en faire une synthèse, et en particulier pour ce qui nous intéresse, il a classé les sources des obligations.

La classification bipartite contrat/délit étant le point de départ des classifications des obligations selon leur source à Rome, et ayant comme nous venons de le voir des origines assez anciennes, il est nécessaire de l'étudier plus précisément. Nous commencerons par regarder comment sont apparues les notions de contrat et de délit à Rome en tentant de déterminer quelle fut la première à être considérée comme une source d'obligation (§1). Avant d'analyser, d'expliquer et de critiquer la classification bipartite de Gaius (§2).

⁴⁶ ARANGIO-RUIZ (V.), *Istituzioni di diritto romano*, decima edizione, Napoli, casa editrice Dott. Eugenio Jovene, 1949, p.292- 293.

⁴⁷ *D.*, 2, 14, 1, 3.

⁴⁸ *Instit.*, III, 91.

⁴⁹ *D.* 13, 6, 13, 3.

⁵⁰ RAMPELBERG (R.M.), *op. cit.*, p. 63.

⁵¹ GAIUS, *Institutes (texte établi et traduit par Julien Reinach)*, Paris, Les Belles Lettres, 1991, p. 108.

§1 : L'origine contractuelle ou délictuelle de l'obligation à Rome.

Nous tenterons dans cette section de déterminer qui du contrat ou du délit a été considéré le premier comme une source d'obligation en droit romain. Pour ce faire nous étudierons dans un premier temps l'origine du contrat à Rome (A), puis celle du délit (B).

A / L'origine du contrat à Rome.

Ce que nous appelons aujourd'hui contrat est bien différent de ce que les romains entendaient par là. S'il existait déjà dans le droit primitif romain un ancêtre du contrat au travers du *nexum* (1), la notion même de *contractus* est beaucoup plus tardive et n'est apparue qu'au début de notre ère (2).

1/ Les prémisses de l'obligation contractuelle.

Une des caractéristiques du droit romain primitif tient au fait que la simple volonté ne suffit pas pour s'engager : le pacte nu (*nuda pactio*) ne permet pas à lui seul de créer une obligation. Il faut qu'il soit accompagné de certaines formalités, comme l'écrit Cuq : « Au temps des douze Tables, il est de principe qu'un citoyen ne peut être obligé qu'en vertu d'un acte solennel contenant une *damnatio* »⁵². Le *nexum*, que l'on peut décrire comme une ancienne forme de prêt à intérêt⁵³, est un « engagement volontaire en vertu duquel le débiteur

⁵² CUQ (E.), *Manuel des institutions juridiques des romains*, Paris, LGDJ, 1917, p. 380.

⁵³ MACQUERON (J.), *Histoire des obligations- Le droit romain*, 2^e éd., Aix-en-Provence, Association Auguste Dumas, 1975, p.10.

engage sa personne pour garantir l'exécution de sa dette »⁵⁴. La raison pour laquelle on rapproche le *nexum* du contrat, c'est qu'il s'agit de la plus ancienne forme d'obligation connue à Rome dans laquelle le débiteur consent à son engagement. Le *nexum* se décompose en deux éléments : la réalisation de formalités par l'airain et la balance (*per aes et libram*), et le prononcé de paroles solennelles (*nuncupatio*) par celui qui prête l'argent. Le déroulement de l'opération était le suivant : le créancier remettait au débiteur un lingot d'airain qui représentait la somme prêtée en présence de cinq témoins et du *libripens* (porte balance) puis il prononçait une formule solennelle (*nuncupatio*) disant que le débiteur était lié (*nexus*) envers lui par l'airain et la balance. Le débiteur était alors lié au sens propre du terme : en cas de non-remboursement, il était enfermé dans la prison du créancier et contraint de travailler pour lui jusqu'au remboursement de sa dette. Si nous rapprochons le *nexum* d'une forme de contrat c'est non seulement par sa ressemblance avec le prêt à intérêts mais aussi parce qu'il s'agit d'un acte dans lequel le débiteur consent à son engagement. Cependant certains auteurs, parmi lesquels Macqueron⁵⁵, se sont demandés si le *nexum* était véritablement générateur d'obligation ou s'il était simplement un acte créateur d'une puissance sur le débiteur comme la *mancipatio*. Sans entrer trop dans le détail, nous pouvons exposer ces deux théories. Pour les partisans du « *nexum*-contrat »⁵⁶ comme Girard et Huschke, le *nexum* était organisé pour créer des obligations, il s'agissait d'un contrat solennel dans lequel le débiteur s'engageait personnellement au remboursement de sa dette. Girard appuie son propos par le fait que dans la *nuncupatio* prononcée par le créancier se trouvaient les termes « *damnas esto* » = « sois condamné envers moi », ce qui sous-entend qu'il y avait une *damnatio* sanctionnée par une *manus injectio*. Ainsi, si au terme prévu le débiteur n'avait pas remboursé, le créancier pouvait le saisir sans avoir besoin d'un jugement, par le seul fait de la *damnatio*. Cependant, Macqueron estime qu'il faut rester prudent vis-à-vis de cette théorie car il n'existe aucune trace du fait que la *nuncupatio* aurait comporté les mots *damnas esto* induisant l'existence d'une *damnatio*. Et, d'autre part, quand bien même la *nuncupatio* aurait comporté une *damnatio*, il n'est pas exact d'en déduire que celle-ci entraînait une *manus injectio* car toute

⁵⁴ CHEVREAU (E.), MAUSEN (Y.) BOUGLE (C.), *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, Litec, 2007, p. 12.

⁵⁵ MACQUERON (J.), *op. cit.*, p. 12.

⁵⁶ *Ibidem*.

damnatio n'entraînait pas systématiquement de *manus injectio*. C'est pour cette raison que d'autres auteurs, comme Mitteis et Lenel, sont favorables à un rapprochement « *nexum*-mancipation »⁵⁷. Selon eux, le *nexum* n'est pas créateur d'obligation comme le contrat, mais plutôt créateur d'une certaine puissance sur le débiteur (comme la mancipation donne au père un pouvoir sur son fils *mancipi*). Ils expliquent que la dette en elle-même est dépourvue de sanction, et c'est au travers du *nexum* que le débiteur offre son propre corps en garantie de sa dette. Il se soumet à la puissance du créancier. Comme l'écrit Macqueron⁵⁸ : « Le créancier exerçait cette puissance sans avoir besoin de recourir à une procédure...le créancier pouvait, sans procès ni procédure, s'emparer du *nexus* quand bon lui semblait ». Là encore cette théorie appelle de nombreuses critiques. Macqueron pense qu'il est inexact de dire que le *nexum* place le *nexus* sous la puissance du créancier comme un fils in *mancipio* ; et d'un point de vue technique, le *mancipium* fait subir une *capitis deminutio*, or le *nexus* n'est pas *capite minutus*⁵⁹. Dans le *nexum*, le débiteur n'est pas sous la puissance du créancier, ce sont seulement ses biens et son activité qui sont à la disposition du créancier. Dans le même sens, Schönbauer n'admet pas la possibilité d'une auto-mancipation qui se produirait dans la théorie que nous venons d'étudier, le *nexus* se plaçant volontairement sous la puissance de son créancier.

On peut donc conclure que le *nexum* n'est pas une forme de mancipation, et qu'il n'est pas non plus un contrat car, comme l'écrit Macqueron « un contrat n'a d'autre effet que de faire naître une obligation à la charge du débiteur, sans modifier pour cela sa condition juridique. Le *nexum* produit un effet tout différent, il place le *nexus* dans une condition voisine de la servitude »⁶⁰. Mais si le *nexum* n'est pas encore un contrat, on peut le regarder comme son ancêtre. En effet, le *nexum* est un acte impliquant un accord de volontés (le créancier prête, le débiteur s'engage à rembourser) et faisant naître une obligation. Ce que semble oublier Macqueron dans son analyse, c'est que la notion de contrat n'existait pas à cette époque. Il est donc difficile de faire rentrer parfaitement le *nexum* dans une catégorie qui

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ Op. cit., p. 14.

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ Op. cit., p. 15

n'est pas encore définie. On peut simplement remarquer que le *nexum* comporte de nombreuses similitudes avec les actes qui seront rangés plus tard dans la catégorie des contrats (acte licite, volonté des parties, engagement), et que les différences peuvent s'expliquer par l'évolution du droit entre la période du droit primitif romain et celle du droit classique, qui verra apparaître le contrat. Différence notamment à propos de la sécurité juridique qui fait qu'à l'époque classique le débiteur n'aura plus à engager sa propre personne pour garantir l'exécution de son obligation. Le *nexum* tombera rapidement en désuétude après le vote de la loi *Poetelia Papiria* en 326 av. J.C. qui adoucit le sort des *nexi* en prévoyant, d'une part, que toutes les personnes enfermées dans une prison privée au moment du vote de la loi devaient être libérées (sous certaines conditions) et, d'autre part, elle prononçait l'abolition du régime des *nexi* pour l'avenir. Désormais, seuls les biens du débiteur pourront garantir sa dette. De ce fait, le *nexum*, qui avait perdu tout son intérêt (le créancier n'ayant plus le même pouvoir de coercition sur son débiteur) et étant un acte assez compliqué, disparut assez rapidement (Gaius n'en parle jamais). On peut tout de même voir dans le *nexum* une prémisse à la notion de contrat qui apparaîtra progressivement au premier siècle de notre ère.

2/ L'apparition de la notion de contrat.

Nous allons dans un premier temps étudier l'apparition du terme même de contrat (*contractus*), avant de voir l'apparition de la notion qui est plus tardive.

Les premières traces du mot contrat en droit romain proviennent de l'emploi du verbe *contrahere* qui signifie rapprocher, resserrer, tant au sens propre (rapprocher des objets) qu'au sens figuré (rapprocher des idées). Selon J. Gaudemet⁶¹ « *Contrahere* était d'usage courant. Il s'agit d'un verbe qui désigne une activité juridique. Avec lui on reste dans le domaine des faits ». Ce verbe, qui est le contraire de *dissolvere* (dénouer, délier), est utilisé par Cicéron et

⁶¹ GAUDEMET (J.), *Droit privé Romain*, Paris, Montchrestien, 2000, 2^e éd., p. 255.

Tite Live pour désigner la conclusion d'une opération juridique (*contrahere negotium*) engendrant des obligations réciproques⁶². Le terme *contractus* apparaît pour la première fois au milieu du Ier siècle avant J.C. En effet, on ne trouve aucune trace du terme *contractus* au Digeste dans les dix-huit livres de droit civil de Quintus Mucius Scaevola, qui est mort en 82 avant J.C., alors qu'il emploie le verbe *contrahere*. En revanche, on trouve *contractus* sous la plume de Servius Sulpicius Rufus, qui était consul en 51 av. J.C., dans son *De dotibus*⁶³, où il écrit : « *contractus stipulationum sponsionumque, qui dicebatur sponsalia* »⁶⁴. Ce passage concerne les fiançailles, et ici le terme *contractus* n'exprime pas encore la notion précise de contrat, acte passé entre deux personnes en vue de créer une obligation. Comme l'écrit J. Gaudemet « il semble bien que le juriste par cette formule peu heureuse, veuille mettre l'accent sur la réciprocité des engagements. Le contrat résulte de cet échange de deux engagements »⁶⁵. Ainsi, même si le terme *contractus* est employé il ne l'est pas dans le but de désigner un acte juridique précis. Pour E. Chevreau⁶⁶, Servius Sulpicius Rufus n'utilise aucunement ce terme pour exprimer la rencontre des volontés, il s'agit simplement de rapprocher (*contrahere*) les deux éléments de la stipulation. Pour d'autres auteurs comme Monier⁶⁷, Macqueron⁶⁸ et De Visscher⁶⁹, le terme de *contractus* tel qu'on le retrouve dans la classification bipartite de Gaius est apparu encore plus tard. Pour eux, le mot *contractus* apparaît pour la première fois en 88 dans un texte non juridique de Quintilien⁷⁰ : « *Nullus inter nos contractus fuit* ». Mais ces auteurs ne donnent pas de précisions sur le sens juridique

⁶² MONIER (R.), *Histoire de la notion d'obligation et de la classification des obligations d'après leur source, Cours de doctorat*, Paris, Les Cours de droit, 1948-1949, p. 47.

⁶³ GAUDEMET (J.), « Naissance d'une notion juridique, les débuts de « l'obligation » dans le droit de la Rome antique », *Archives de philosophie du droit- L'obligation*, T. 44, Paris, Dalloz, 2000, p. 24.

⁶⁴ AULU-GELLE, *Noctium atticarum*, Venise, Philipus Pincia Mantuanus, 1500, IV, 4, 1-2.

⁶⁵ GAUDEMET (J.), « Naissance d'une notion juridique, les débuts de « l'obligation » dans le droit de la Rome antique », *Archives de philosophie du droit- L'obligation*, T. 44, Paris, Dalloz, 2000, p. 25.

⁶⁶ CHEVREAU (E.), MAUSEN (Y.) BOUGLE (C.), *op. cit.*, p. 16.

⁶⁷ MONIER (R.), *op. cit.*, p. 49.

⁶⁸ MACQUERON (J.), *op. cit.*, p. 29.

⁶⁹ DE VISSCHER (F.), « Les origines de l'obligation ex delicto », *Etudes de droit romain*, Paris, Sirey, 1931, p. 273.

⁷⁰ *Declamationes*, 278 : « il n'y a eu entre nous aucun contrat ».

à donner à ce terme. En outre, la notion de contrat a mis du temps avant d'atteindre sa forme définitive au début de notre ère.

Pour comprendre l'apparition de la notion de contrat, il convient de s'attarder en premier lieu sur les écrits de Labéon. Labéon n'emploie pas le terme *contractus*, il utilise la forme verbale *contractum* : « *contractum autem ultro citroque obligationem* »⁷¹. Il va essayer de définir différents termes comme agir, gérer et contracter : « agir doit s'entendre en général de ce qui est fait par les paroles ou par la dation d'une chose, comme dans la stipulation ou la numération ; que contracter doit recevoir un sens plus étendu, celui d'obligations de part et d'autre, ce que les Grecs nomment *synallagma* : comme l'achat, la vente, le louage, la prise de bail, la société ; et que gérer signifie une chose faite sans parole donnée »⁷². Pour lui le contrat (même s'il n'emploie pas ce terme) regroupe seulement les actes comprenant des prestations réciproques des deux parties (des contrats synallagmatiques). Le critère de définition du contrat serait donc à cette époque la réciprocité. Cependant ce passage de Labéon prête à discussion. Monier⁷³ cite Partsch, pour qui l'expression « *ultro citroque obligationem* » ne serait pas latine et révélerait donc que ce texte a été interpolé. Mais pour Monier, il n'y a aucune raison de penser que cette expression n'est pas latine surtout quand on sait que les juristes postérieurs ne limiteront pas la notion de contrat aux seuls engagements réciproques : il paraît donc peu probable que ce texte ait été interpolé. D'autres auteurs pensent que c'est la phrase « *quod graeci synallagma vocant* » qui a été rajoutée ultérieurement à ce passage afin de rapprocher le *contractum* du *synallagma* grec. Mais pour J. Gaudemet⁷⁴, c'est bien Labéon lui-même qui fait appel à ce terme grec (que l'on retrouve cinq fois dans ses écrits), ce qui est d'autant plus intéressant que ce terme *synallagma* est employé très rarement dans le vocabulaire grec. Il tente même d'expliquer comment Labéon a pu avoir accès à ce terme qu'il aurait pu emprunter à Aristote : « Cicéron avait dans sa bibliothèque les œuvres d'Aristote. Trebatius, qui fut l'ami de Cicéron, put en avoir

⁷¹ Labéon, *l. 1 (ad. Ed.) pr. urb.*

⁷² CHEVREAU (E.), MAUSEN (Y.) BOUGLE (C.), *op. cit.*, p. 15.

⁷³ MONIER (R.), *op. cit.*, p. 49.

⁷⁴ GAUDEMET (J.), « Naissance d'une notion juridique, les débuts de « l'obligation » dans le droit de la Rome antique », *Archives de philosophie du droit- L'obligation*, T. 44, Paris, Dalloz, 2000, p. 26.

connaissance et Trebatius fut le maître de Labéon »⁷⁵. Toutes les raisons portent donc à croire que ce passage est bien dû à Labéon, d'autant plus qu'il s'inscrit parfaitement dans l'évolution chronologique de la notion de contrat et d'obligation. Labéon a donc réussi à dégager une définition du *contractum*, comme catégorie regroupant les actes comprenant une obligation réciproque comme l'achat, la vente, le louage, la prise de bail, la société. Il a donc posé les bases de la notion de contrat qui a continué à évoluer et à s'élargir.

Un autre juriste du début du II^e siècle reprend lui aussi ce terme *synallagma*, il s'agit d'Ariston, juriste contemporain de Pline le Jeune. C'est Ulpien⁷⁶ qui nous fait connaître la pensée d'Ariston en citant la réponse qu'il aurait donnée à Celse : ...si je t'ai donné une chose et que tu m'en donnes une autre, ou si je t'ai donné (une chose) pour que tu fasses quelque chose, cela est un *synallagma* et de là naît une obligation civile⁷⁷. Comme le remarque J. Gaudemet, Ariston emploie le terme grec *synallagma* comme s'il n'existait pas d'équivalent latin. On peut en déduire que le terme *contractus* n'était pas encore utilisé généralement pour définir ces engagements réciproques, raison pour laquelle Ariston fait un emprunt à la langue grecque. L'autre élément important de ce passage est qu'Ariston explique que cet engagement réciproque, ce *synallagma*, fait naître une obligation civile. Il s'agit d'une source d'obligation. Ulpien lorsqu'il commente ce passage écrit : « *esse enim contractum, quod Aristo synallagma dicit* »⁷⁸. Il fait donc le rapprochement, comme Labéon, entre *contractum* et *synallagma*. A ce stade de l'évolution du droit romain, on peut dire que la notion de *contractum* définit les actes engendrant des prestations réciproques des deux parties, et qu'enfin le *contractum* est reconnu comme une source d'obligation civile.

Vers 130 après J.C. le juriste Pedius, qui vécut au temps d'Hadrien (117-138 après J.C.), vient achever cette évolution de la définition du contrat. Il va tout d'abord employer le terme *contractus*, que l'on retrouve chez Gaius et ses successeurs, et non plus *contractum* et surtout il va imposer une définition précise pour cette notion. Il explique qu'il y a *contractus*

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ D. 2, 14,7.

⁷⁷ GAUDEMET (J.), *op. cit.*, p. 26.

⁷⁸ D. 2, 14,7, §2 : « Il y a *contractum* qu'Ariston appelle *synallagma* ».

seulement si l'acte renferme une convention, c'est-à-dire un accord de volonté des parties. Il a réussi à dégager l'élément commun à tous les contrats, la convention, et c'est Ulpien⁷⁹ qui nous transmet ses paroles : comme le dit élégamment Pedius, il n'y a pas de contrat, pas d'obligation qui n'ait en elle-même une convention⁸⁰. Pedius a réussi à ranger différents actes sous le terme de contrat en recherchant un point commun interne et non plus en s'attachant à leur formation (comme le faisait Labéon⁸¹ qui différenciait les obligations nées de la prononciation de certaines paroles ou de la remise d'une chose, des actes synallagmatiques comme la vente ou le louage). Ce point commun est l'accord de volontés : ainsi la vente est-elle rapprochée de la stipulation, car toutes deux comprennent l'accord de volontés des parties, c'est-à-dire une convention. Avec Pédus, on aboutit enfin à la définition de la notion de *contractus* qui sera reprise par Gaius dans ses *Institutes*. Comme l'écrit justement Macqueron⁸² : « Ce mot sert alors à désigner toutes les conventions reconnues par le droit et conclues en vue de faire naître des obligations ». Si cette définition du contrat s'impose et se généralise par l'intermédiaire de Gaius, il faut signaler, comme le fait Monier⁸³, que certains jurisconsultes ont tenté de regrouper sous le terme de *contractus* tous les actes licites créateurs d'obligations. C'est notamment le cas de Julien⁸⁴, jurisconsultes de l'école des Sabinieniens qui, à côté des actes comprenant un accord de volontés, rangeait parmi les *contractus* les actes licites involontaires, c'est-à-dire qui n'avait pas pour but de créer une obligation. Mais Gaius rejette cette hypothèse dans ses *Institutes* en expliquant qu'on ne peut ranger ensemble des actes ayant pour but de créer une obligation et des actes créant des obligations involontairement. Il préfère se ranger à l'idée de Pedius selon laquelle le critère déterminant des contrats est l'accord de volontés, la convention. C'est l'idée que l'on retrouve dans ses *Institutes*⁸⁵ lorsqu'il regroupe sous le terme *contractus* les obligations formées par la remise

⁷⁹ D. 2, 14, 1, 3.

⁸⁰ GAUDEMET (J.), *op. cit.*, p. 26.

⁸¹ D. L, 16, 19.

⁸² MACQUERON (J.), *op. cit.*, p. 30.

⁸³ MONIER (R.), *op. cit.*, p. 50.

⁸⁴ D. 12, 6, fr. 44.

⁸⁵ Gaius, *Inst.* III, 88-90.

d'une chose (*re*), ou par des paroles (*verbis*), ou des formalités d'écritures (*litteris*), ou le consentement (*consensu*).

Si l'évolution du contrat s'est faite par étapes avec tout d'abord l'apparition d'un terme sans réel contenu juridique, puis petit à petit l'émergence d'une notion qui sera précisément définie au II^{ème} siècle de notre ère, en revanche le terme délit a presque toujours défini la même réalité, même s'il a fallu du temps avant qu'il ne soit reconnu comme source d'obligation.

B/ L'origine de l'obligation *ex delicto*.

L'objet des développements suivants n'est pas de rechercher l'origine du délit en droit romain mais plutôt d'étudier l'évolution qui a mené à la reconnaissance d'une obligation *ex delicto*.

Pour certains auteurs comme Perozzi⁸⁶ et Albertario⁸⁷, le délit aurait toujours donné naissance à une obligation. Pour ces auteurs le délit serait même la source originelle de l'obligation : de tout temps le fait d'être exposé à la vengeance aurait constitué la forme la plus ancienne d'obligation. Si De Visscher⁸⁸ admet en partie cette théorie, c'est qu'il considère que ces auteurs ne parlent pas de l'obligation au sens moderne du terme. S'il est juste de dire que l'auteur du délit exposé à la vengeance est *obligatus*, il s'agit « d'un rapport juridique radicalement différent de la notion classique du *vinculum juris* »⁸⁹ ; Il est d'ailleurs difficile de faire le lien entre cette « obligation » primitive et l'obligation classique. Monier reproche à cette théorie de voir une obligation dans le délit dès le très ancien droit romain

⁸⁶ PEROZZI(S.), *Dalle obbligazioni da delitto*, 1916, p. 7.

⁸⁷ ALBERTARIO, « Le fonti delle obbligazioni », *Rivista di diritto commerciale*, 1923, p. 496-497.

⁸⁸ DE VISSCHER (F.), *op. cit.*

⁸⁹ DE VISSCHER (F.), *op. cit.*, p. 305.

alors même qu'il manque « l'élément essentiel de l'obligation classique »⁹⁰. En effet, dans le droit primitif, l'auteur du délit est engagé (physiquement) par l'acte lui-même, alors que dans le droit classique l'engagement ne sert qu'à garantir l'exécution de la dette. De Visscher reproche également à Bonfante⁹¹ de relier ces deux obligations par un lien de filiation assez contestable. En effet Bonfante fait de la somme à payer par l'auteur du délit pour éviter la vengeance (la *poena*) l'objet même de l'obligation. Or pour De Visscher⁹² il y a là un raccourci trompeur car le droit de vengeance trouve son objet dans la personne même de l'auteur du délit et non dans la composition et c'est seulement à la suite d'une longue évolution que le prix de rachat s'est transformé en objet d'une véritable obligation. Monier⁹³ aussi critique cette théorie et reprend les arguments de Betti pour la réfuter. Il explique que l'obligation classique « suppose l'expectative d'un événement futur au profit d'un créancier, dont l'obligé garantit la réalisation »⁹⁴, alors que le délit primitif n'expose le coupable qu'à la vengeance immédiate de la victime ou de sa famille : « cette situation n'a jamais été envisagée par les Romains comme une obligation, car elle tend à l'assujettissement immédiat et définitif du voleur au volé ou à l'exercice immédiat de la peine du talion contre l'auteur de graves violences : l'élément futur et l'élément devoir nous semblent faire totalement défaut »⁹⁵. Il est donc désormais presque unanimement admis que le délit n'a pas toujours donné naissance à une obligation et que c'est seulement à la suite d'une longue évolution que cela a été le cas.

Mais les auteurs ne sont pas tous d'accord quant au stade auquel le délit est devenu source d'obligation. Avant d'étudier ces différents points de vue, il convient d'exposer brièvement l'évolution de la notion de délit. Cette évolution peut être résumée par cette phrase de De Visscher : « substitution d'une obligation pécuniaire au droit de vengeance »⁹⁶. A l'origine, la victime du délit bénéficiait d'un droit de vengeance contre l'auteur, le délinquant

⁹⁰ MONIER (R.), *op. cit.*, p. 20.

⁹¹ BONFANTE, *Storia del diritto romano*, Milan, 1909, 2e éd., I, p. 191.

⁹² DE VISSCHER (F.), *op. cit.*, p. 306.

⁹³ MONIER (R.), *op. cit.*, p. 13.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ DE VISSCHER (F.), *op. cit.*, p. 257.

répond sur son corps de son délit (*corpus obnoxium*). Mais dans la loi des XII Tables, on prévoit déjà à côté du droit de vengeance, la possibilité d'une composition pécuniaire par laquelle l'auteur du délit rachète le droit de vengeance de la victime. Il ne s'agit pas d'une compensation pour le dommage subi par la victime, mais bien du rachat de son droit de vengeance par l'auteur du délit. A ce stade, l'obligation trouve sa source dans l'accord entre l'auteur du délit et sa victime qui renonce à son droit de vengeance contre une certaine somme (la *poena*) et non dans le délit lui-même. C'est à ce moment là que l'on rencontre les premières divergences chez les auteurs pour savoir à quel moment est apparue l'obligation *ex delicto*, c'est-à-dire à quel moment l'obligation est-elle née directement du délit et non plus de l'accord entre l'auteur et la victime du délit. Pour Betti et Arrangio-ruiz⁹⁷, l'obligation délictuelle est apparue à partir du moment où le taux de la composition pécuniaire a été fixée par le législateur. Pour eux, au moment où la composition pécuniaire a été fixée par la loi, le droit de vengeance a été remplacé par une créance de la victime contre l'auteur du délit, et cette évolution aurait entraînée la naissance de l'obligation délictuelle. Mais pour De Visscher, il y a là une « simplification excessive des choses »⁹⁸. Selon lui, il y aurait une étape intermédiaire durant laquelle la loi fixe le taux de la composition permettant à l'auteur du délit de se racheter sans pour autant donner la possibilité à la victime d'exiger son paiement. Donc dans un premier temps le fait de payer cette composition n'aurait été qu'une faculté pour échapper à la vengeance de la victime. De Visscher étaye son propos par de nombreux arguments dont nous pouvons citer quelques exemples. Il s'appuie sur le statut même des obligations *ex delicto* et observe que toutes les règles relatives à cette obligation peuvent s'expliquer « en dehors de l'idée d'obligation »⁹⁹. Prenons l'exemple de l'intransmissibilité passive des obligations *ex delicto* : le fait que seul le coupable et non ses héritiers soit tenu vient du principe que, à l'origine, la vengeance ne peut s'exercer que sur la personnalité physique. Avec l'évolution, l'auteur du délit a eu la possibilité de payer pour éviter la vengeance sur son corps. Le fait de payer n'était donc pas une compensation pour le dommage subi mais bien le moyen d'éviter la vengeance, raison pour laquelle l'obligation

⁹⁷ ARANGIO-RUIZ (V.), *Istituzioni di diritto romano*, decima edizione, Napoli, casa editrice Dott. Eugenio Jovene, 1949.

⁹⁸ DE VISSCHER (F.), *op. cit.*, p. 258.

⁹⁹ DE VISSCHER (F.), *op. cit.*, p. 261.

délictuelle ne sera pas passivement transmissible (les héritiers ne craignant pas la vengeance n'ont pas de raisons de racheter ce droit). Pour De Visscher, cette règle ne s'explique que si à l'époque de son élaboration, les deux systèmes, de la vengeance et de la composition, coexistaient. Il en va de même du point de vue de la transmission active des obligations délictuelles. Si l'action n'appartient qu'à la victime et non à ses héritiers c'est que « le coupable n'a plus à racheter une vengeance à laquelle la mort même de l'offensé a mis fin »¹⁰⁰. De Visscher en déduit là encore qu'à une certaine période le droit de vengeance et la composition pécuniaire ont coexisté ce qui explique certaines règles particulières aux obligations délictuelles. Il y a beaucoup d'autres règles relatives aux obligations délictuelles qui s'expliquent par la référence au droit de vengeance : cumul des actions délictuelles en cas de pluralité d'auteurs, absence d'extinction de l'obligation par une *capitis deminutio*, noxalité. De Visscher¹⁰¹ se sert de toutes ces règles comme d'un argument logique pour renforcer son point de vue par rapport à celui de Betti ou Girard. Si, comme le pensent ces auteurs, on est passé directement du droit de vengeance à une obligation *ex delicto*, toutes les règles que nous venons de voir et qui trouvent leur explication dans le droit de vengeance n'auraient été reprises pour les obligations délictuelles que par un simple phénomène d'imitation du régime antérieur. De Visscher pense au contraire que sa théorie d'une période de cohabitation de la vengeance et de la composition explique beaucoup mieux ces règles : « Le passage de ces règles à l'obligation délictuelle s'explique au contraire le plus logiquement du monde si l'on admet que, pendant une période plus ou moins longue, les compositions légales se sont trouvées comme mêlées au régime de la vengeance, si elles ont existé avec lui : simple moyen de rachat de la vengeance, elles ont naturellement épousé toutes les modalités de ce droit »¹⁰².

Ce n'est que très tardivement que les Romains ont dégagé la notion d'obligation *ex delicto*. De Visscher s'appuie sur la classification de Gaius dans ses *Institutes* pour démontrer l'antériorité du contrat comme source d'obligation et l'apparition sans doute au premier siècle de notre ère de l'obligation *ex delicto*.

¹⁰⁰ DE VISSCHER (F.), *op. cit.*, p. 262.

¹⁰¹ DE VISSCHER (F.), *op. cit.*, p. 266.

¹⁰² Ibidem.

§2 : Analyse de la classification bipartite de Gaius.

Nous venons d'étudier les origines des obligations délictuelles et contractuelles à Rome, mais pour démontrer l'antériorité de l'obligation *ex contractu* sur l'obligation *ex delicto* il faut s'appuyer comme le font De Visscher¹⁰³ et Monier¹⁰⁴ sur une analyse précise de la classification des *Institutes* de Gaius (A). Nous verrons ensuite que cette classification très importante dans l'histoire du droit soulève des interrogations (B).

A / L'antériorité de l'obligation contractuelle.

Pour démontrer l'antériorité du contrat sur le délit comme source d'obligation, il n'est pas nécessaire de déterminer précisément l'apparition de l'obligation *ex contractu*. Il suffit, comme le fait De Visscher, de démontrer à l'aide des *Institutes* de Gaius que l'obligation *ex delicto* est postérieure. Dans un premier temps, nous verrons qu'il existe des indices de l'antériorité de l'obligation *ex contractu* dans le plan même des *Institutes* (1), puis nous étudierons les textes de Gaius (2).

1 / Etude du plan des *Institutes*.

¹⁰³ DE VISSCHER (F.), *op. cit.*, p. 267.

¹⁰⁴ MONIER (R.), *op. cit.*, p. 54.

Le principal argument de De Visscher provient de l'analyse du plan des *Institutes* de Gaius. Après avoir énoncé au paragraphe 88 du livre III : « *Omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto* »¹⁰⁵, Gaius commence par exposer les règles relatives à la première source c'est-à-dire le contrat (§ 89-162). Mais après l'étude des obligations contractuelles, là où la logique voudrait d'après l'annonce du paragraphe 88 que Gaius passe à l'étude des obligations délictuelles « se manifeste la plus déconcertante déviation de ce plan »¹⁰⁶. En effet Gaius traite aux paragraphes suivants de l'acquisition par l'intermédiaire d'autrui puis des modes d'extinctions des obligations, paragraphe que l'on rangerait aujourd'hui dans la partie du régime général des obligations. Ce n'est qu'après avoir exposé les différentes manières de mettre fin aux obligations (toutes les obligations et pas spécifiquement les contrats) que Gaius revient à l'étude des délits, qu'il avait annoncé au paragraphe 88 : « *Nunc transeamus ad obligationes quae ex delicto nascuntur* »¹⁰⁷. C'est de cette incohérence dans le plan de Gaius que De Visscher déduit l'antériorité de l'obligation *ex contractu* et l'apparition tardive de l'obligation *ex delicto*. Comme nous l'avons déjà remarqué, il est fort probable que Gaius se soit inspiré d'un ouvrage antérieur de Sabinus ou des *Veteres* pour rédiger ses *Institutes*. Gaius aurait donc repris le plan d'un ouvrage datant de la fin de la République dans ses *Institutes*. Or, le droit ayant évolué entre cette période et celle où Gaius a écrit (milieu du II^{ème} siècle ap. J.C), celui-ci a tenté d'incorporer dans le plan ancien les nouvelles conceptions du droit, comme la classification des obligations *ex contractu* et *ex delicto*. De Visscher¹⁰⁸ propose très justement d'observer l'œuvre de Gaius en retirant la classification du paragraphe 88. Il en ressort que nous avons tout d'abord l'étude des obligations qui se forment de quatre manières : *re, verbis, litteris, consensu* ; puis l'étude des modes d'extinctions des obligations ; et enfin l'étude des délits en dehors des sources des obligations car à ce moment là ils n'étaient pas encore considérés comme tels. Cette explication plaçant les délits en dehors des sources des obligations rend l'organisation des développements beaucoup plus cohérente. Pour justifier sa théorie, De Visscher s'appuie sur les paragraphes consacrés aux modes d'extinctions des obligations. Il paraît tout d'abord

¹⁰⁵ Gaius, *Inst.* III, 88.

¹⁰⁶ DE VISSCHER (F.), *op. cit.*, p. 267.

¹⁰⁷ Gaius, *Inst.* III, 182.

¹⁰⁸ DE VISSCHER (F.), *op. cit.*, p. 270.

logique que les modes d'extinctions viennent après les sources d'obligations et terminent la partie relative aux obligations (ce qui est le cas si on considère qu'à l'origine les délits n'étaient pas inclus dans la partie des obligations). Ensuite, dans les développements relatifs à l'extinction des obligations, il n'est pas seulement question de l'extinction des obligations contractuelles mais bien de toutes les obligations. Il est question notamment de l'extinction des obligations qui naissent d'un *legs per damnationem* ou *ex causa iudicati*¹⁰⁹ mais en aucun cas de l'extinction des obligations naissant d'un délit « ce qui prouve assez que dans l'esprit des premiers auteurs de ces paragraphes ceux-ci devaient épuiser la matière des obligations »¹¹⁰.

Ainsi selon De Visscher, avant cette classification de Gaius, seuls les contrats auraient été considérés comme source d'obligations. Cette hypothèse se vérifie si l'on regarde les classifications des obligations antérieures à Gaius. Ces auteurs ne rangent dans les sources des obligations que les obligations contractuelles, chez Labéon¹¹¹ (à l'époque d'Auguste) même si la notion de contrat n'est pas encore définie on retrouve comme source d'obligations les actes formés *re, verbis* et le *contractum* qui désigne les contrats synallagmatiques. Comme l'écrit J. Gaudemet « pour Labéon, ..., l'obligation naît d'un contrat »¹¹², il ne considère pas qu'une obligation puisse naître d'un délit. D'autre part, pour Pedius qui écrit vers 130 après J.C., soit peu de temps avant Gaius, « il n'y a pas de contrat, pas d'obligation qui n'ait en elle-même une convention »¹¹³, ce qui sous-entend que toute obligation comprend une convention et donc que les délits ne sont pas encore considérés comme source d'obligations. Il existe d'autres exemples de l'apparition tardive de l'obligation *ex delicto* dans certains textes. De Visscher¹¹⁴ cite la stipulation Aquilienne¹¹⁵ (du nom de son auteur C. Aquilius Gallius) pour démontrer qu'à la fin de la République « l'auteur d'un délit n'était pas encore considéré

¹⁰⁹ Gaius, *Inst.* III, 173-175.

¹¹⁰ DE VISSCHER (F.), *op. cit.*, p. 272.

¹¹¹ Labéon, *l. 1 (ad. Ed.) pr. urb.*

¹¹² GAUDEMET (J.), *op. cit.*, p. 256.

¹¹³ GAUDEMET (J.), *op. cit.*, p. 26.

¹¹⁴ DE VISSCHER (F.), *op. cit.*, p. 280.

¹¹⁵ D. 46, 4, *De accept.*, fr. 18, § 1.

comme tenu d'une obligation »¹¹⁶. Selon lui, le premier élément de cette formule qui parle de « toutes les obligations » ne vise en réalité que les obligations issues d'un contrat ce qui démontre qu'à cette époque « les obligations contractuelles ... représentaient l'ensemble des obligations connues »¹¹⁷. Tous ces éléments appuient donc la théorie de De Visscher selon laquelle, dans l'ouvrage ayant servi de référence à Gaius, les délits n'étaient pas encore considérés comme une source d'obligations. Mais De Visscher va également se servir du texte même des *Institutes* de Gaius pour démontrer sa théorie.

2 / L'étude des textes des *Institutes*.

Il convient de débiter cette étude par l'analyse des paragraphes 88 et 89 qui comprennent une rupture avec les règles élémentaires de logique¹¹⁸. En effet au paragraphe 88 du livre III Gaius écrit : « *Nunc transeamus ad obligationes. Quarum summa divisio in duas species diducitur* » puis au paragraphe suivant il écrit à propos des obligations contractuelles : « *Harum autem quattuor genera sunt* », selon ces textes les espèces se divisent en genres. En effet la division fondamentale de Gaius comprend deux espèces : le contrat et le délit puis Gaius écrit que les obligations contractuelles sont de quatre genres : *re, verbis, litteris, consensu*. Or, la logique qui avait cours à cette époque veut que ce soient les genres qui se divisent en espèces et non l'inverse. Comment expliquer cette rupture de Gaius d'avec la logique ? Cette erreur est d'autant plus surprenante que dans tout le reste de ses *Institutes* Gaius respecte les rapports de la logique. On peut citer par exemple le paragraphe 91 du livre III dans lequel Gaius traitant des obligations naissant *re* (un des genres de contrat) cite une

¹¹⁶ DE VISSCHER (F.), *op. cit.*, p. 280.

¹¹⁷ DE VISSCHER (F.), *op. cit.*, p. 283.

¹¹⁸ CHEVALERIE (A. de la), « Observations sur la classification des obligations chez Gaius », *Archives d'histoire du droit oriental, Revue internationale des droits de l'antiquité*, Tome 1, Bruxelles, Office International de Librairie, 1952, p. 379.

espèce de ses obligations *re* (« *Sed haec species...* »¹¹⁹). On retrouve ici la logique : le genre se divise en espèces. Chevalerie¹²⁰ cite un autre exemple qui montre que Gaius connaissait parfaitement ces rapports de logique puisque « il met...le lecteur en garde contre pareille confusion » au paragraphe 183 du livre III : « *nam conceptum et oblatum species potus actionis esse furto cohaerentes quam genera furtorum...* »¹²¹ et au paragraphe 1 du livre IV : « *nam qui IV esse dixerunt ex sponsionum generibus non animadverterunt quasdam species actionum inter genera se rettulisse* »¹²². De Visscher cite les *Institutes* de Justinien pour montrer qu'il s'agit bien ici d'une erreur dans la logique de Gaius : « les *Institutes* de Justinien ont bien pris soin de rectifier à cet égard la terminologie vicieuse de Gaius »¹²³, dans les *Institutes* le rapport genre/espèce est rétabli selon la logique : « *Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera diducitur...sequens divisio in quattuor species diducitur...* »¹²⁴. Là encore, De Visscher va expliquer cette incohérence par le fait que Gaius s'est inspiré d'un ouvrage antérieur pour rédiger ses *Institutes*. Comme nous l'avons déjà vu, il pense que l'ouvrage ayant servi de référence à Gaius se contentait de classer les obligations en quatre genres, c'est-à-dire : *re, verbis, litteris, consensu* (§ 90) et chacun de ses genres se divisait ensuite en *species* (§ 91). Les délits quant à eux étaient traités en dehors de la matière des obligations (après les modes d'extinction des obligations). L'incohérence de Gaius serait donc due au fait qu'il ait voulu intégrer dans le modèle de cet ouvrage ancien une division plus récente qui intègre le délit comme source d'obligation. N'ayant pas voulu toucher aux textes, il s'est contenté de rajouter sa *summa divisio* au début de la partie relative aux obligations, et les obligations contractuelles se divisant déjà en *genera*, il a improprement utilisé le terme *species* pour la *summa divisio* des obligations contractuelles et délictuelles. Cette explication paraît très vraisemblable et s'inscrit parfaitement dans l'évolution historique : on aurait eu un ouvrage de la fin de la République traitant de la matière des obligations qui en premier lieu citait les quatre genres d'obligations : *re, verbis, litteris,*

¹¹⁹ Gaius, *Inst.* III, 91.

¹²⁰ CHEVALERIE (A. de la), *op. cit.*, p. 380.

¹²¹ Gaius, *Inst.* III, 183.

¹²² Gaius, *Inst.* IV, 1.

¹²³ DE VISSCHER (F.), *op. cit.*, p. 275.

¹²⁴ *I.* III, 13.

consensu (à cette époque le délit n'était pas encore considéré comme une source d'obligation), puis il traitait des modes d'extinctions des obligations, et enfin les délits « n'étaient qu'une sorte d'appendice destiné à clore le *ius quod ad re pertinet* »¹²⁵. Gaius lorsqu'il a rédigé ses *Institutes* sur le modèle de cet ouvrage a voulu y intégrer l'évolution récente du droit des obligations faisant du délit une source d'obligation à côté du contrat. Il a profité du plan ancien traitant des délits à la suite des obligations pour glisser au début de cette partie la *summa divisio* en employant comme nous venons de le voir ce terme de *species*. Cette théorie explique donc parfaitement cette incohérence entre *genera* et *species*, mais également la maladresse dans la construction du plan qui traite d'abord des modes d'extinctions des obligations avant d'avoir vu la deuxième source : les délits. Il semble donc que la théorie selon laquelle le délit ait été considéré comme une source d'obligation postérieurement au contrat soit confirmée. Pour certains auteurs, c'est même Gaius qui le premier aurait fait entrer les délits parmi les sources d'obligations, mais il paraît plus vraisemblable qu'il se soit contenté de généraliser dans sa *summa divisio* une évolution assez récente (début du II^{ème} siècle). Pour en revenir à l'interversion genre/espèce, un auteur Von Lübtow¹²⁶ avance une autre explication qu'il est intéressant de signaler. Selon cet auteur, il y a entre le *genus* et le *species* deux concepts juridiques différents¹²⁷ : les éléments concrets de droit (tutelle, possession, vol) constitueraient une catégorie appelée *genus*, et les éléments abstraits du droit comme l'obligation constitueraient une autre catégorie appelée *species*. Selon lui, il n'y aurait pas d'erreur dans les *Institutes* de Gaius, simplement il aurait placé en tête le concept d'obligation qui comporte deux *species* (éléments abstraits), et ensuite les quatre *genera* du contrat : *re, verbis, litteris, consensu* (éléments concrets). Il pense qu'à l'origine seule la division concrète en *genera* existait et qu'elle avait été introduite par Scaevola, et que c'est bien plus tard et sous l'influence de Labéon que la division en *species* est apparue. Mais comme le remarque Chevalerie¹²⁸, contrairement à ce qu'écrit Von Lübtow, il semble que Scaevola connaissait parfaitement la division logique en *genera* et en *species* (il cite notamment un passage des *Institutes* où Gaius écrit que selon Scaevola les différentes

¹²⁵ CHEVALERIE (A. de la), *op. cit.*, p. 383.

¹²⁶ VON LUBTOW, *Betrachtungen zum gaianischen Obligationenschema*, Milan, Giuffrè, 1951.

¹²⁷ CHEVALERIE (A. de la), *op. cit.*, p. 380-383.

¹²⁸ CHEVALERIE (A. de la), *op. cit.*, p. 381.

espèces de tutelle se ramèneraient à cinq genres¹²⁹). Et d'un autre point de vue, il paraît très peu probable que la catégorie des *species* soit due à Labéon car elle était connue bien avant la naissance de ce juriste. On retrouve un exemple de genre divisé en espèces chez Cicéron : « *Genus est id quod sui similes communione quadam, specie autem differentes, duas aut plures complectitur partes...* »¹³⁰. Cette théorie ne permet donc pas d'expliquer « l'énigme des paragraphes 88 et 89 »¹³¹ qui, comme l'écrit Chevalerie, n'est explicable « que par l'hypothèse d'un remaniement opéré au II^eme siècle sur l'original des *Institutes* »¹³².

Il existe d'autres illustrations de cette théorie dans le texte des *Institutes*. En analysant les textes, De Visscher¹³³ remarque que les paragraphes des *Institutes* relatifs aux délits (§§ 183-225) ont été rédigés sans aucune référence à la notion de source d'obligations. En effet, la partie relative aux obligations *ex contractu* comprend 64 fois les termes *obligatio* et *obligari*, là où, dans la partie relative aux délits on ne les trouve que deux fois. De plus, dans les deux passages où est utilisé le terme *obligari* (§ 196 et § 208), celui-ci n'a pas le sens d'obligation car l'expression « *obligari crimine, scelere* » signifie « se rendre coupable d'un crime »¹³⁴. Il n'existe donc aucune trace de l'obligation délictuelle dans les *Institutes* de Gaius, si ce n'est le paragraphe introductif de cette partie (§ 182). Ce qui correspond à la thèse selon laquelle Gaius a repris un ouvrage ancien de la fin de la République quand les délits n'étaient pas encore considérés comme source des obligations et qu'il a simplement modifié le plan pour intégrer la *summa divisio* sûrement très récente. Pour De Visscher ce n'est qu'au II^eme siècle de notre ère que la notion d'obligation *ex delicto* a été définie. Le fait que la notion d'obligation *ex delicto* soit apparue tardivement coïncide avec le plan et les *Institutes* de Gaius, et explique aussi pourquoi il s'agit de la première classification des sources. En effet, auparavant le contrat étant la seule source d'obligation il était seulement utile d'exposer les différentes sortes de contrat, mais avec l'intégration des délits comme source

¹²⁹ Gaius, *Institutes*, I. 188.

¹³⁰ Cicéron, *De Oratore*, I, §189.

¹³¹ CHEVALERIE (A. de la), *op. cit.*, p. 384.

¹³² CHEVALERIE (A. de la), *op. cit.*, p. 383.

¹³³ DE VISSCHER (F.), *op. cit.*, p. 275.

¹³⁴ DE VISSCHER (F.), *op. cit.*, p. 276.

d'obligations, est apparue la nécessité de classer les sources d'obligations. Gaius a été le premier à proposer une classification des sources des obligations intégrant le délit, c'est pour cette raison que De Visscher fait remonter l'apparition de la notion d'obligation *ex delicto* au début du II^{ème} siècle. Il pense que Gaius, qui écrit vers 161 ap. J.C., a voulu dans cette *summa divisio* intégrer une innovation assez récente. Mais cette classification de Gaius amène tout de même certaines critiques.

B / Critique de la classification de Gaius.

Ce que soulignent tous les commentateurs modernes des *Institutes* de Gaius, c'est que sa classification bipartite est incomplète. En effet, on ne peut ranger toutes les obligations dans ces deux catégories. Comme l'écrit Macqueron : « L'obligation de restituer l'indu, l'obligation de restituer la dot, les obligations du tuteur ou du *negotiorum gestor* ne découlent ni d'un contrat ni d'un délit »¹³⁵. Cependant, différentes explications sont avancées pour expliquer cette erreur de Gaius. Selon Gomaa¹³⁶, Gaius ne commet pas une maladresse lorsqu'il écrit que « toutes les obligations naissent d'un contrat ou d'un délit »¹³⁷, car à cette époque les notions de délit et de contrat n'étant pas encore précisément définies, elles englobaient des opérations plus larges. Gomaa explique que le terme contrat ne désigne pas simplement les opérations consensuelles mais « toutes les opérations d'échanges existant en droit romain »¹³⁸, et que les délits englobent tous les actes illicites (tendant à la répression et à la réparation). Ainsi, il ne faudrait pas regarder la classification de Gaius comme regroupant seulement les contrats et les délits au sens strict du terme, mais bien comme une classification complète de toutes les sources d'obligation existant à cette époque. Cependant cette opinion est critiquable sur plusieurs points. Tout d'abord, il semble peu probable que Gaius ne

¹³⁵ MACQUERON (J.), *op. cit.*, p. 30.

¹³⁶ GOMAA (N.M.K.), *Théorie des sources de l'obligation*, Paris, L.G.D.J., 1968, p. 183.

¹³⁷ I. III, 88.

¹³⁸ GOMAA (N.M.K.), *op. cit.*, p. 183.

connaisse pas la définition précise du terme contrat qui était largement répandue¹³⁹ à son époque et donc qu'il fasse entrer toutes les opérations d'échange dans cette catégorie. Et cela se vérifie car Gaius lui-même a conscience de l'insuffisance de sa classification lorsqu'il traite du paiement de l'indu, à propos duquel il écrit (*I. III, 91*) : que cette espèce d'obligation ne semble pas comporter de lien contractuel, car celui qui donne avec l'idée de s'acquitter désire plutôt dénouer une affaire que la nouer¹⁴⁰. Gaius a donc bien conscience du fait que le paiement de l'indu ne peut être rangé parmi les obligations contractuelles (même si il peut en être rapproché) ce qui démontre que Gaius connaissait bien la définition du contrat et qu'il ne comptait pas ranger toutes les opérations d'échange dans cette catégorie. Van Oven¹⁴¹ contourne cet argument en prétendant que cette phrase n'a pas été écrite par Gaius et qu'elle est postérieure. Mais Macqueron répond que l'interpolation de cette partie des *Institutes* est peu probable car cet extrait figure à l'identique dans deux manuscrits distincts des *Institutes*, le palimpseste de Vérone et le manuscrit que Justinien a recopié pour rédiger le passage correspondant de ses *Institutes* (4.14.11)¹⁴². Après avoir réfuté la théorie de Goma et Van Oven, Macqueron avance une autre explication pour justifier la classification de Gaius. Selon lui, « Gaius a rédigé cette partie de ses *Institutes* avec une assez coupable étourderie ! »¹⁴³. Là encore l'explication réside dans le fait que Gaius n'est pas l'auteur original des *Institutes*. Il s'est inspiré d'un ouvrage ancien et à propos des obligations il a, comme nous l'avons déjà vu, voulu greffer une classification nouvelle (contrat/délit) sur cet ouvrage plus ancien. Selon Macqueron, Gaius ne se serait pas immédiatement aperçu que cette classification nouvelle ne pouvait pas parfaitement s'intégrer sur le modèle ancien et dépassé, et surtout que la notion d'obligation avait évolué et que, de fait, sa classification était déjà dépassée. Il explique très justement la présence du passage relatif au paiement de l'indu dans les développements consacrés à l'obligation *ex contractu*. Dans l'ouvrage ancien ayant servi de modèle à Gaius, la notion de contrat n'existait pas encore et l'auteur avait donc traité

¹³⁹ Voir supra Section I, §1.

¹⁴⁰ GAIUS, *Institutes*, III, 91. : « *Sed haec species obligationis non uidetur ex contractu consistere, quia is qui soluendi animo dat magis distrahere uult negotium quam contrahere* ».

¹⁴¹ Van Oven, *Iura I*, 1950, p. 21.

¹⁴² MACQUERON (J.), *op. cit.*, p. 31.

¹⁴³ Ibidem.

du paiement de l'indu à la suite du *mutuum* car « il y avait là des “obligations” découlant d'un *actum re-* des hypothèses où l'on devait restituer parce qu'on avait reçu »¹⁴⁴. Gaius n'ayant pas voulu modifier l'ordre des développements (ce qui explique notamment pourquoi les délits sont traités après l'extinction des obligations) on retrouve donc le paiement de l'indu au milieu des obligations contractuelles. Mais malgré cette maladresse, Gaius a conscience du fait que le paiement de l'indu n'est pas un contrat (« mais cette espèce d'obligation ne semble pas comporter de lien contractuel... »¹⁴⁵) et, on peut également penser que Gaius envisage déjà d'améliorer sa classification pour la rendre plus complète. En effet dans ce passage (III, 91) il écrit à propos du paiement de l'indu : on peut se voir intenter la condition...comme si on avait reçu à titre de *mutuum*¹⁴⁶. Il ne s'agit donc pas d'un contrat mais Gaius rapproche cette obligation du prêt car les deux obligations sont sanctionnées de la même manière. On peut voir dans ce passage l'annonce de la catégorie des obligations *quasi ex contractu* que Gaius développera lorsqu'il tentera d'améliorer sa classification sans doute après s'être rendu compte de l'insuffisance de la bipartition (voir infra Chapitre 2). Il semble donc que Gaius ait commis quelques maladrotes en rédigeant ses *Institutes*, qui s'expliquent de plusieurs façons. Tout d'abord, Gaius s'est contenté de reprendre un ouvrage ancien qu'il ne souhaitait sans doute pas complètement modifier mais simplement mettre à jour notamment en intégrant la classification récente des sources des obligations en contrat et délit. D'autre part, l'absence des autres obligations existant à cette époque (actions *tutela*, *rei uxoriae*, *negotiorum gestorum*¹⁴⁷) s'explique selon Macqueron car Gaius « ne savait vraiment pas où caser l'étude de ces sortes d'obligations »¹⁴⁸ qui n'existaient pas dans son modèle ancien. Une autre explication peut être que les *Institutes* étant un ouvrage d'enseignement théorique et assez général, Gaius n'a pas souhaité entrer dans le détail des obligations et qu'il s'est contenté des obligations principales, à savoir les contrats et les délits (Reinach écrit que les *Institutes* constituent la partie théorique des enseignements de Gaius et de ce fait ne comprennent pas

¹⁴⁴ Ibidem.

¹⁴⁵ GAIUS, *Institutes*, III, 91 : « *Sed haec species obligationis non uidetur ex contractu consistere...* »

¹⁴⁶ GAIUS, *Institutes*, III, 91 : « *Nam proinde ei condici potest si paret eum dare oportere, ac si mutuum accepisset...* ».

¹⁴⁷ MACQUERON (J.), *op. cit.*, p. 32.

¹⁴⁸ Ibidem.

« un tableau complet de la législation de l'époque »¹⁴⁹, les *res cottidianae* étant la partie pratique sont beaucoup plus complètes y compris sur la classification des sources d'obligation).

Même si cette classification est incomplète et peut paraître très théorique, elle a le mérite d'être la première et présente plusieurs intérêts pratiques. Cuq¹⁵⁰ souligne les distinctions fondamentales entre les obligations contractuelles et délictuelles afin de démontrer l'utilité de la classification de Gaius. La première différence concerne la transmissibilité de ces obligations : les obligations contractuelles sont transmissibles aux héritiers alors que les obligations délictuelles ne se « donnent pas contre les héritiers de l'auteur du délit »¹⁵¹. En cas de pluralités de débiteurs, dans une obligation contractuelle chaque débiteur est tenu seulement pour sa part virile, alors que dans l'obligation délictuelle les débiteurs sont tenus *in solidum*. Enfin, concernant le chef de famille, il peut être tenu dans certains cas des obligations contractées par son fils ou son esclave, mais il ne l'est jamais de leurs délits.

La classification bipartite de Gaius, bien qu'incomplète, n'en est pas moins fondamentale dans l'étude et la compréhension des classifications postérieures. Cette classification regroupe deux notions, le contrat et le délit, qui serviront de base à toutes les autres. On se rend compte, notamment grâce aux travaux de De Visscher¹⁵², que ces deux notions ne sont guère antérieures à la classification de Gaius. Pour le contrat, si on peut dire que le *nexum* en est l'ancêtre, la notion de contrat ne date que de la fin de la République. S'agissant du délit, même si le principe en est très ancien, ce n'est qu'à la fin du Ier siècle de notre ère qu'il a été considéré comme une source d'obligation. Auparavant seuls les contrats étaient envisagés comme générateurs d'obligations, et ce n'est qu'avec l'apparition d'une source d'une nouvelle espèce : le délit, qu'est apparue la nécessité de classer les sources des

¹⁴⁹ GAIUS, *Institutes (texte établi et traduit par Julien Reinach)*, Paris, Les Belles Lettres, 1991, p. VII.

¹⁵⁰ CUQ (E.), *Manuel des institutions juridiques des romains*, Paris, LGDJ, 1917, p. 384.

¹⁵¹ Ibidem.

¹⁵² DE VISSCHER (F.), *op. cit.*.

obligations. Gaius a donc proposé une classification dans ses *Institutes* en écrivant que toute obligation naît soit d'un contrat, soit d'un délit. Pour souligner l'importance de cette classification dont nous retrouverons l'influence tout au long de notre étude, nous pouvons faire un lien entre la maladresse dans le plan de Gaius concernant les sources d'obligations et le plan du Code civil de 1804. Nous avons vu que Gaius s'est inspiré d'un ouvrage ancien dans lequel le délit n'était pas encore source d'obligation pour y greffer sa classification et qu'il en découlait une incohérence dans le plan car les modes d'extinction des obligations étaient traités avant la seconde source, les délits. On retrouve le même problème dans le Code civil français qui traite du régime général des obligations dans la partie relative aux obligations contractuelles, avant de traiter des engagements qui se forment sans conventions (et qui sont également soumis au régime général). Mais nous avons également souligné le fait que cette classification bipartite était incomplète, ceci s'expliquant peut être par le fait que les notions étant très récentes Gaius ne les avaient pas encore totalement cernées en rédigeant ses *Institutes*, ou alors par le fait que Gaius n'ait pas voulu entrer dans les détails dans cet ouvrage théorique destiné à l'enseignement. On remarque tout de même que Gaius avait conscience à ce moment de la nécessité de compléter sa classification (*I. III., 91*) quand il écrit que le paiement de l'indu, qui se rapproche par ses effets du prêt mutuel, n'est pas pour autant un contrat. C'est la raison pour laquelle Gaius propose une nouvelle classification, tripartite celle-là, dans son ouvrage intitulé *Res Cottidianae*¹⁵³.

¹⁵³ *D. 44, 7, 1,1.*

Section 2 : La classification tripartite des *res cottidianae*.

Avec l'évolution du droit et sa complication, les juristes romains se sont trouvés confrontés à de nouvelles espèces d'obligations qui soit naissent d'un acte licite sans être des contrats, soit naissent d'un acte illicite sans être des délits. Il s'agissait notamment des obligations nées de la gestion d'affaires, de la tutelle ou encore du paiement de l'indu. Ils ont alors rangé ces nouvelles obligations dans une catégorie assez vague : les *variae causarum figurae*, autres cas de figures¹⁵⁴. C'est une expression que l'on retrouve au Digeste sous la plume de Gaius : « *Obligaciones aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris* »¹⁵⁵. Ce passage est extrait d'un ouvrage attribué à Gaius : les *Res cottidianae*, également appelé *Aurei* (livre d'or) grâce à sa grande qualité. Contrairement aux *Institutes* qui étaient destinées aux étudiants, les *res cottidianae* s'adressaient aux praticiens et constituaient de ce fait un ouvrage plus complet et détaillé. L'œuvre de Gaius aurait donc compris une partie théorique simplifiant le droit pour l'enseignement aux étudiants (*Institutes*) et une partie pratique plus complète (*Res cottidianae*). L'autre différence entre ces deux ouvrages est que, comme l'écrit Peppe¹⁵⁶, dans les *Institutes* seules les obligations civiles étaient traitées, alors que dans les *Res cottidianae* « les rapports obligatoires protégés par le *ius honorarium* » l'étaient aussi, ce qui pourrait expliquer la différence entre les deux classifications des sources des obligations. La question qui se pose est de savoir quelles sont les obligations qui ont été rangées dans cette nouvelle catégorie dont l'intitulé assez vague n'apporte pas d'éléments de réponse (§2). Mais avant d'étudier le contenu de cette nouvelle catégorie, il est important de se pencher sur un autre point : Gaius est-il à l'origine de cette classification tripartite ? Les auteurs ne sont pas

¹⁵⁴ CHEVREAU (E.), MAUSEN (Y.) BOUGLE (C.), *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, Litec, 2007, p.22.

¹⁵⁵ Gaius, *D.*, 44, 7, *De O. et A.*, 1, pr.

¹⁵⁶ PEPPE (L.), « Les classifications des sources des obligations chez les juristes romains », *actes des 3^e journées d'études Poitiers-Roma tre*, LGDJ, 2007, p. 102.

d'accords à ce sujet et selon les époques, on a tantôt penché en faveur d'une œuvre due à Gaius, tantôt en faveur d'une œuvre post-classique attribuée faussement à Gaius (§1).

§1 : Gaius a-t-il écrit les *Res cottidianae* ?

Dans cette section nous étudierons l'évolution de la doctrine sur la question de savoir si les *Res cottidianae* ont bien été écrites par Gaius ou s'il s'agit d'une œuvre postérieure qui lui a été attribuée faussement ou encore s'il s'agit d'une œuvre de Gaius qui a été remaniée et très largement modifiée par les compilateurs Justinien. Cette question a été longuement débattue par les romanistes et il est difficile d'adopter une position tranchée et définitive sur ce sujet. Nous tenterons de présenter les principaux arguments des deux parties ainsi que la tendance actuelle.

De nombreux auteurs se sont penchés sur la question très précisément, on peut citer l'article très détaillé de Vincenzo Arangio-Ruiz publié dans les *Mélanges Bonfante*¹⁵⁷, dans lequel il compare les *Institutes* et les *Res cottidianae* afin de faire ressortir tous les points communs et les différences entre ces deux textes. Nous étudierons également les éléments apportés par deux auteurs dans leur thèse, il s'agit de l'étude de Vizioz¹⁵⁸ sur les quasi-contrats et de Chastaignet¹⁵⁹ sur les quasi-délits. Il nous est impossible dans le cadre de notre étude de reprendre tous les arguments et les exemples développés par ces auteurs pour démontrer les relations entre les *Institutes* de Gaius et les *Res cottidianae*. Nous nous contenterons de présenter les thèses des principaux auteurs et plus particulièrement en ce qui concerne le passage relatif à la classification des obligations. Nous verrons que cette question a été beaucoup débattue au fil des années et qu'après une longue période de doute sur

¹⁵⁷ ARANGIO-RUIZ (V.), « Ancora sulle res cottidianae », dans *Studi in onore di Pietro Bonfante*, Milano, Fratelli Treves editori, 1930, p. 493-521.

¹⁵⁸ VIZIOZ (H.), *La notion de quasi-contrat*, Bordeaux, Cadoret, 1912.

¹⁵⁹ CHASTAIGNET (Y.), *La notion de quasi-délit*, Bordeaux, Imprimerie de l'université, 1927.

l'attribution à Gaius des *Res cottidianae*, la doctrine pense dorénavant majoritairement qu'il s'agit bien d'une œuvre de l'auteur des *Institutes*.

A / Gaius n'est pas l'auteur des *Res cottidianae*.

Selon Jean Gaudemet, les *Res cottidianae* sont une œuvre post-classique attribuées « à tort à Gaius mais qui utilise ses *Institutes* »¹⁶⁰ et qui ajoutent à la classification de Gaius la catégorie des obligations naissant *ex variis causarum figuris*, c'est à dire « de diverses figures de causes »¹⁶¹. De nombreux auteurs sont d'accord sur ce sujet pour dire comme Jean Gaudemet que Gaius n'est pas l'auteur des *Res cottidianae* ou en tout cas, qu'il n'est pas l'auteur de la classification tripartite que l'on y retrouve (1). Mais nous verrons que ces auteurs n'ont pas tous la même théorie sur le fait de savoir qui a écrit les *Res cottidianae* (2).

1 / Analyse des *Res cottidianae*.

Di Marzo¹⁶² et Arangio-Ruiz¹⁶³ sont de ces auteurs pour qui les *Res cottidianae* seraient l'œuvre d'un auteur post-classique ayant souhaité moderniser les *Institutes* de Gaius. Arangio-Ruiz utilise le terme d'œuvre « pseudogaienne »¹⁶⁴ pour désigner les *Res cottidianae* et leur attribution erronée à Gaius. Il écrit que cet ouvrage ne peut pas être dû à Gaius car il y

¹⁶⁰ GAUDEMET (J.), *Droit privé Romain*, Paris, Montchrestien, 2000, 2^e éd., p. 257.

¹⁶¹ Ibidem.

¹⁶² DI MARZO (S.), *Istituzioni di diritto romano*, quarta edizione, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1945, p.293.

¹⁶³ ARANGIO-RUIZ (V.), *Istituzioni di diritto romano*, decima edizione, Napoli, casa editrice Dott. Eugenio Jovene, 1949, p. 293.

¹⁶⁴ Ibidem.

a une trop grande différence de style avec les *Institutes*¹⁶⁵. C'est également l'avis d'Iglesias¹⁶⁶ qui ne comprend pas pourquoi Gaius, qui tout au long de ses *Institutes* répète qu'il n'existe que deux sources d'obligations (III, 88 ; IV,2 ; IV, 112-113 ; IV, 182) aurait ensuite ajouté une troisième source alors même qu'aucun bouleversement dans le droit de cette époque ne justifie cette évolution. Il explique que quelle que soit la relation qui puisse exister entre les *Institutes* et les *Res cottidianae*, il est inconcevable que si Gaius avait en tête la classification tripartite il n'ait exposé qu'une classification bipartite dans les *Institutes*. Cet argument s'oppose aux auteurs qui soutiennent que les *Institutes* étaient un ouvrage simplifié destiné aux étudiants, raison pour laquelle toutes les sources d'obligations n'étaient pas présentées, contrairement aux *Res cottidianae*, ouvrage destiné aux praticiens qui auraient donc contenu la classification complète. C'est notamment l'avis de Vizioz pour qui Gaius dans ses *Institutes* parlait « *breviatis causa* » c'est-à-dire « qu'il se contente de fournir la division fondamentale sans entrer dans une analyse plus détaillée...dans les *Res cottidianae*, il perfectionne son exposition et essaye de corriger la classification courante »¹⁶⁷. Il semblerait étonnant que même pour un ouvrage simplifié Gaius ait totalement supprimé une partie de sa classification par souci pédagogique. Au contraire, on peut penser que même s'il ne développait pas les *variae causarum figuris* dans ses *Institutes* pour ne pas trop entrer dans les détails, il aurait au moins évoqué la tripartition dans la présentation des sources des obligations.

La nouvelle classification des *Res cottidianae* est introduite par deux textes que l'on retrouve au Digeste : D. 44, 7, 1, pr. et D. 44, 7, 5. Pour Chastaignet « ces deux textes soulèvent des discussions et des difficultés d'interprétation provenant de leur rédaction différente et du compromis que l'on a cherché à établir pour les concilier »¹⁶⁸, en effet de nombreux auteurs sont d'accord pour dire que ces deux passages ne sont pas du même auteur et certains pensent même qu'aucun n'est l'œuvre de Gaius. Le problème vient du fait que ces

¹⁶⁵ ARANGIO-RUIZ (V.), « Ancora sulle res cottidianae », dans *Studi in onore di Pietro Bonfante*, Milano, Fratelli Treves editori, 1930, p. 520.

¹⁶⁶ IGLESIAS (J.), *Instituciones de derecho romano*, Barcelona, 1951, p. 31.

¹⁶⁷ VIZIOZ (H.), *Op. Cit.*, p. 55.

¹⁶⁸ CHASTAIGNET (Y.), *op. cit.*, p. 68.

deux passages présentent une certaine incohérence. Le premier : D. 44, 7, 1, pr. expose la classification tripartite : « *Obligaciones aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris* », après cette annonce l'auteur présente la catégorie des contrats puis des délits et ensuite sans reprendre l'intitulé des *variae causarum figurae*, il introduit deux nouvelles sources d'obligation (D. 44, 7, 5) : les obligations *quasi ex contractu teneri videntur* et *quasi ex delicto teneri videntur*, sans préciser que ce sont deux sous-distinctions de la catégorie des *variae causarum figurae*. La question qui se pose est de savoir pourquoi employer un terme générique pour désigner une catégorie d'obligation lors de la présentation des sources des obligations et ne pas reprendre cet intitulé au moment des développements relatifs à ces obligations. Ou à l'inverse, pourquoi utiliser un seul et même terme lors de l'annonce des sources et ensuite diviser cette catégorie en deux lors de leur présentation. Certains auteurs, comme Accarias ou Girard, pensent simplement que la pensée de Gaius a évolué et qu'après avoir annoncé la catégorie des *variae causarum figurae*, dont il n'est peut être pas à l'origine, il a inventé une nouvelle classification quadripartite en scindant cette catégorie en deux sur le modèle du contrat et du délit.

Mais l'incohérence entre ces deux textes peut s'expliquer d'autres manières. On peut penser que ces deux passages ne sont pas l'œuvre du même auteur. Le passage D. 44, 7, 1, pr. serait bien l'œuvre de Gaius contrairement à D. 44, 7, 5 qui aurait été ajouté par les compilateurs de Justinien pour annoncer et justifier la classification quadripartite des *Institutes* de Justinien. Betti¹⁶⁹ est d'accord avec le classicisme de la division tripartite des *Res cottidianae*. Selon lui, Gaius voit dans les *variae causarum figurae* « une catégorie spéciale dans laquelle il fait rentrer, en les opposant aux obligations nées d'un *contractus*, qui ne peuvent se produire sans une intention juridique destinée à créer le lien de droit, les autres *negotia* propres aussi à engendrer des obligations, mais n'ayant pas pour but de les créer »¹⁷⁰. Ainsi dans l'esprit de Gaius, la catégorie des *variae causarum figurae* n'aurait englobé que ce qu'il sera convenu d'appeler plus tard les obligations *quasi ex contractu*. Il est difficilement concevable compte tenu de l'état du droit et de la conception classique de la notion de délit à cette époque, que Gaius ait pu envisager la catégorie des obligations *quasi ex delicto*. Donc,

¹⁶⁹ BETTI (E.), *Istituzioni di diritto romano*, Padova, CEDAM, 1947, p. 274.

¹⁷⁰ Ibidem.

pour Betti, la classification tripartite et la catégorie des *variae causarum figurae* serait bien l'œuvre de Gaius, mais le contenu de cette classification (et donc D. 44, 7, 5) aurait été modifié soit à l'époque post-classique, soit par les compilateurs de Justinien comme nous l'avons évoqué précédemment.

Mais certains auteurs vont encore plus loin et pensent que les deux passages en question n'ont pas été écrit par Gaius. C'est le cas de Perozzi¹⁷¹, Mommsen¹⁷², Vizioz¹⁷³ et Chastaignet¹⁷⁴. Ce dernier écrit que Gaius est toujours resté fidèle à la division bipartite et que la fin du passage D. 44, 7, 1, pr. : « *aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris* » n'est pas de lui, ajoutant que rien dans la littérature classique antérieure ni dans l'œuvre de Gaius ne permet d'envisager l'apparition d'une telle classification. Ces auteurs pensent que soit ces passages de l'œuvre de Gaius ont été interpolés, soit il n'y a jamais existé de texte original de Gaius : « Perozzi croit, comme Mommsen, que ce fragment est complètement interpolé et qu'il faut renoncer à rétablir le texte original de Gaius, si jamais il y en a eu un »¹⁷⁵. Pour démontrer l'interpolation d'un point de vue formel, Perozzi¹⁷⁶ évoque le fait que, dans ses *Institutes*, Gaius utilise toujours les termes *ex delicto* ou *ex maleficio* pour parler du délit, alors que dans le passage D. 44, 7, 5, on retrouve plusieurs fois le terme de *peccatum* très souvent employé par les compilateurs. Pour nous expliquer l'interpolation du passage D. 44, 7, 1, Perozzi¹⁷⁷ analyse l'emploi du terme *proprius* dans la phrase « *aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris* », ou il est employé comme antithèse de *communis*. Pris au sens classique, cette phrase signifierait qu'il y aurait d'un côté les contrats et les délits qui naîtraient d'un *jus commune* et de l'autre, d'autres obligations trouvant leur origine dans un *jus proprium*. Mais, cette phrase n'a pas de sens car il est impossible de trouver quel est le droit commun dont dérivent les contrats et les délits, et surtout quel est ce droit « propre »

¹⁷¹ PEROZZI, *Le Obligazioni Romane*, Bologne, 1903, p. 150.

¹⁷² MOMMSEN, *Strafrecht*, p.125.

¹⁷³ VIZIOZ (H.), *op. Cit.*, p. 96.

¹⁷⁴ CHASTAIGNET (Y.), *op. cit.*, p. 73.

¹⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁶ PEROZZI, *op. cit.*, p. 150.

¹⁷⁷ PEROZZI, *op. cit.*, p. 147 et s.

dont proviennent les *variae causarum figurae*. Pour retrouver le sens de ce passage, il faut donc l'étudier d'un point de vue différent. Si on se place à l'époque byzantine et qu'on le compare avec d'autres textes de Justinien on comprend mieux le sens de ce *jus proprium*. Dans plusieurs textes de Justinien, *jus* désigne une figure juridique et non un droit. Ainsi, l'utilisation de l'expression *jus proprium* semble bien être byzantine : « Pour Justinien, une figure juridique a ou est un *proprium jus* quand elle est autonome, c'est-à-dire quand elle ne se confond pas avec une autre, mais a une nature, un concept, une définition propres, spéciales. Le *proprio jure* du fr. 1 D. 44, 7 exprime donc l'idée que les obligations ni contractuelles ni délictuelles, en tant qu'elles ne dérivent précisément ni d'un contrat, ni d'un délit, constituent par leur origine un *proprium jus*, une figure juridique indépendante »¹⁷⁸. Perozzi continue sa démonstration en tentant de prouver que l'expression de « *variae causarum figurae* » ne provient pas non plus de la plume de Gaius. Il écrit que seul un Byzantin peut avoir utilisé le terme *causa* dans le sens de source ou de cause (obligations qui proviennent de causes diverses) car à l'époque classique *causa* désigne un cas précis et non pas générique, un fait et non quelque chose d'indéterminé. Enfin, il en va de même pour le terme *figura* qui à l'époque classique signifie aspect, forme ; alors que dans ce passage il prend le sens d'espèce pour signaler que certaines obligations naissent « de diverses espèces de source ». *Figura* n'est d'ailleurs jamais utilisé chez Gaius dans ce sens alors qu'il l'est fréquemment à l'époque byzantine. Selon cette analyse, les deux passages relatifs à la classification tripartite de Gaius seraient donc interpolés et cela ne fait même aucun doute pour Vizioz : « les deux textes qui font remonter à Gaius, d'une manière certaine, la classification nouvelle et la notion de l'obligation *quasi ex contractu* sont interpolés »¹⁷⁹.

Bien que ces auteurs soient d'accord sur le fait que Gaius n'a pas écrit les *Res cottidianae*, ils ne le sont pas sur le point de savoir à qui attribuer leur origine.

¹⁷⁸ VIZIOZ (H.), *op. Cit.*, p. 69.

¹⁷⁹ VIZIOZ (H.), *op. Cit.*, p. 79.

2 / Qui a écrit les *Res cottidianae* ?

Monier¹⁸⁰ explique qu'Albertario et Arangio-Ruiz voient dans ce travail l'œuvre d'un auteur du IV^{ème} siècle qui aurait ensuite été remaniée par les compilateurs de Justinien. Arangio-Ruiz pense même que le texte des *Res cottidianae* est le résultat de la compilation de deux œuvres de Gaius, les *Institutes* et un texte postérieur disparu. Sur le passage relatif à la classification des obligations, Arangio-Ruiz écrit que le texte des *Res cottidianae* sert de point de passage entre la classification des *Institutes* de Gaius (Gai. III, 88) et celle des *Institutes* de Justinien (Inst. III, 13). Mais il écrit que cet intermédiaire n'est qu'une « apparente justification dogmatique »¹⁸¹ pour expliquer l'évolution entre la classification bipartite et la classification quadripartite, mais qui est improbable d'un point de vue historique et textuel. En d'autres termes, la classification tripartite des *Res cottidianae* aurait été inventée par les compilateurs de Justinien pour annoncer le passage à une classification quadripartite dans les *Institutes*. S'il est envisageable que les *Res Cottidianae* soient l'œuvre d'un auteur du IV^{ème} siècle, l'intervention des compilateurs de Justinien concernant la classification tripartite est très critiquable. Albertario et Arangio-Ruiz pensent que les compilateurs de Justinien auraient interpolé l'œuvre originale des *Res Cottidianae* pour y intégrer la classification tripartite car à cette époque, « à côté des actions naissant des contrats et des actions naissant des délits, on aurait voulu faire une place, parmi les actions *in personam*, aux actions prétorienne *in factum* délivrées par exemple au patron contre l'affranchi qui a cité en justice contrairement à l'édit du préteur »¹⁸². Ainsi les compilateurs Justinien auraient donc inséré la classification tripartite des obligations pour pourvoir à ce troisième genre d'actions. Cependant cette hypothèse est très peu crédible et Monier le souligne très justement car « les collaborateurs de Justinien admettent une nouvelle classification quadripartite des obligations et n'avaient aucune raison

¹⁸⁰ MONIER (R.), *Histoire de la notion d'obligation et de la classification des obligations d'après leur source*, Cours de doctorat, Paris, Les Cours de droit, 1948-1949, p. 56.

¹⁸¹ ARANGIO-RUIZ (V.), « Ancora sulle res cottidianae », dans *Studi in onore di Pietro Bonfante*, Milano, Fratelli Treves editori, 1930, p. 513.

¹⁸² Ibidem.

d'introduire dans un texte par voie d'interpolation, une division tripartite »¹⁸³ (sauf si l'on pense comme Arangio-Ruiz que les compilateurs Justinien ont cherché à justifier la classification quadripartite en lui inventant un ancêtre qui est cette classification tripartite). Di Marzo¹⁸⁴ penche lui plus simplement pour l'œuvre d'un auteur peu connu du III^{ème} siècle qui aurait repris les *Institutes* de Gaius pour les mettre à jour, ce qui pourrait expliquer pourquoi on lui attribue l'écriture des *Res cottidianae*. Ce serait en effet le nom de l'auteur très connu, de l'œuvre originale qui serait resté, plutôt que le nom de l'auteur de cette nouvelle version. Cette hypothèse est assez intéressante car elle a le mérite d'expliquer à la fois les divergences de style entre les *Institutes* de Gaius et le *Res cottidianae* dues à la différence d'auteur, et la continuité sur certains passages due au fait que cet auteur a repris l'œuvre de Gaius. On peut aussi comprendre que ce soit le nom de Gaius, auteur original très réputé, qui soit resté attaché au *Res cottidianae* plutôt que le nom de celui qui a retouché l'ouvrage.

B / Gaius est l'auteur des *Res cottidianae*.

Selon Leo Peppe¹⁸⁵, la tendance actuelle des auteurs sur la paternité des *Res cottidianae* est de considérer que c'est bien Gaius qui en est l'auteur. Il se rattache à l'idée selon laquelle, les *Res cottidianae* diffèrent des *Institutes* de Gaius en ce qu'il s'agit d'une œuvre plus complète et plus vaste mais « à la destinée moins heureuse »¹⁸⁶. En effet, alors que dans les *Institutes* de Gaius seules les obligations civiles étaient envisagées, Peppe pense que Gaius a voulu traiter également les « rapports obligatoires protégés par le *ius honorarium* »¹⁸⁷ dans les *Res cottidianae*. Cette hypothèse permet d'expliquer pourquoi la classification des obligations diffère entre les deux ouvrages. Toutes les obligations n'étant pas traitées dans les

¹⁸³ Ibidem.

¹⁸⁴ DI MARZO (S.), *op. Cit.*, p. 293.

¹⁸⁵ PEPPE (L.), « Les classifications des sources des obligations chez les juristes romains », *actes des 3^e journées d'études Poitiers-Roma tre*, LGDJ, 2007, p. 101.

¹⁸⁶ Ibidem.

Institutes, la classification était incomplète, et Gaius s'est contenté de présenter les principales sources des obligations civiles : le contrat et le délit. Au contraire, les *Res cottidianae* visant à être plus complètes, Gaius a donc tenté de présenter une classification des sources des obligations plus exhaustive.

Macqueron¹⁸⁸, pour sa part, a une vision plus nuancée à propos de cette question. S'il est d'accord avec le fait que les passages des *Res cottidianae* figurant au Digeste ont probablement été interpolés, y compris la partie relative à la classifications des sources des obligations : « on est bien obligé de convenir que les fragments des *Res cottidianae* qui figurent au Digeste brillent par l'abondance des interpolations qu'on peut y découvrir...le long fragment relatif à la classification des *variae causarum figurae* porte la marque de nombreuses retouches »¹⁸⁹. Il pense cependant que « l'idée maîtresse »¹⁹⁰ de cette classification est bien due à l'esprit de Gaius. Pour justifier son point de vue, il s'appuie sur le passage des *Institutes* de Gaius relatif au paiement de l'indu. En effet, dans ce passage III, 91, Gaius semble avoir conscience de l'insuffisance de sa classification bipartite car il reconnaît qu'il existe des obligations qui diffèrent légèrement du contrat et qui ne sont pas pour autant des délits, et on peut supposer qu'il envisage déjà une autre classification : « Mais cette espèce d'obligation ne semble pas comporter de lien contractuel, car celui qui donne avec l'idée de s'acquitter désire plutôt dénouer une affaire que la nouer »¹⁹¹. A ce propos, Macqueron fait remarquer que Gaius a déjà « songé à comparer les effets d'une obligation qui n'est ni contractuelle ni délictuelle, à ceux d'un contrat »¹⁹². En effet, dans ce passage des *Institutes*, Gaius compare les effets du paiement de l'indu à ceux d'un prêt : La somme payée indûment peut être réclamée par *condictio* à celui qui l'a reçue, de la même façon que s'il avait reçu un prêt¹⁹³. En prenant ce passage en considération, l'évolution de la pensée de

¹⁸⁷ Ibidem.

¹⁸⁸ MACQUERON (J.), *Histoire des obligations- Le droit romain*, 2^e éd., Aix-en-Provence, Association Auguste Dumas, 1975.

¹⁸⁹ MACQUERON (J.), *op. cit.*, p. 33.

¹⁹⁰ Ibidem.

¹⁹¹ GAIUS, *Institutes (texte établi et traduit par Julien Reinach)*, Paris, Les Belles Lettres, 1991, p. 108.

¹⁹² MACQUERON (J.), *op. cit.*, p. 33.

¹⁹³ Ibidem.

Gaius paraît logique. Dans les *Institutes*, il s'interrogeait sur le classement de certaines obligations (dont le paiement de l'indu) parmi les obligations contractuelles, et dans les *Res cottidianae*, Gaius a fait aboutir sa réflexion en créant une nouvelle catégorie pour les obligations ne correspondant pas parfaitement aux critères du délit ou du contrat. On retrouve encore la filiation entre les *Institutes* et les *Res cottidianae* si l'on compare le passage des *Res cottidianae* D. 44, 7, 5 aux *Institutes*. Dans ce passage, Gaius introduit les obligations *quasi ex contractu teneri videntur* et *quasi ex delicto teneri videntur*. On peut voir ici encore l'évolution de la pensée de Gaius depuis les *Institutes*. Dans ces dernières, il comparait simplement les effets du paiement de l'indu à ceux du prêt, alors que dans les *Res cottidianae* il a systématisé cette idée en créant de nouvelles catégories sur le même principe. Certaines obligations obligent « comme s'il y avait un contrat » et d'autres « comme s'il y avait un délit ». Cependant, Macqueron reste sceptique sur le passage relatif aux obligations *quasi ex delicto teneri videntur*, il ne pense pas qu'il soit l'œuvre de Gaius car rien ne permet de penser qu'il ait pu créer cette catégorie (voir infra §1).

Parmi les auteurs qui estiment que Gaius est l'auteur des *Res cottidianae*, Wolodkiewicz¹⁹⁴ est celui qui apporte le plus d'arguments pour étayer sa théorie. Comme il a étudié en détail les textes des *Institutes* et des *Res cottidianae* pour prouver qu'ils ont la même origine, il convient d'exposer ici une partie de son travail. Il explique les grandes différences entre les *Institutes* et les *Res cottidianae* par le fait que, d'une part, ces dernières étaient plus développées sur les questions relatives à la pratique et, d'autre part, car ces deux ouvrages résultent « d'une systématique différente »¹⁹⁵. Selon Wolodkiewicz « les *Institutes* acceptent comme critère de disposition, la manière de l'acquisition des droits, les *Res cottidianae* devaient, par contre, traiter des questions juridiques particulières »¹⁹⁶. Il ajoute que les *Res cottidianae* s'occupaient plus des questions de *ius gentium* que les *Institutes*, on retrouve ici encore l'idée selon laquelle les deux ouvrages n'avaient pas la même fonction ce qui pourrait expliquer les divergences de contenu. Concernant la classification des sources des obligations, Wolodkiewicz avance un argument très simple pour justifier la divergence entre les deux

¹⁹⁴ WOŁODKIEWICZ (W.), *Obligaciones ex variis causarum figuris*, Varsovie, 1968.

¹⁹⁵ WOŁODKIEWICZ (W.), *op. Cit.*, p. 133.

¹⁹⁶ *Ibidem*.

ouvrages de Gaius. Selon lui, elle s'explique tout naturellement par « le changement d'opinion du jurisconsulte »¹⁹⁷. Là encore, le passage des *Institutes* III, 91 permet d'envisager comme fort probable l'évolution de la pensée de Gaius. Le fait que Gaius, après avoir énoncé sa *Summa divisio*, reconnaisse que celle-ci ne comprend pas toutes les obligations laisse penser que le jurisconsulte était déjà sur la voie d'une nouvelle classification. Mais Wolodkiewicz ne se contente pas de cet argument. Selon lui, tout repose sur le sens à donner à l'expression *Summa divisio* dans les *Institutes* de Gaius. Cette expression peut s'entendre de deux façons : le plus souvent on la traduit par « la division suprême », mais selon Wolodkiewicz on peut aussi la comprendre comme « la division la plus importante ». Dans son acception la plus courante, elle signifie qu'il n'existe pas d'autres sources d'obligation que le contrat et le délit. Mais dans le sens de la division la plus importante, cela laisserait la possibilité à d'autres catégories, « moins importantes », d'être intégrées dans la classification. Souvenons-nous que l'on présente souvent les *Institutes* comme un manuel destiné aux étudiants, Gaius aurait alors voulu présenter seulement la principale division contrat/délit, dans un but didactique « en vue de garder le maximum de clarté de son exposition »¹⁹⁸. Mais en présentant ainsi la principale division, il n'entendait aucunement exclure toute autre division existante, ce qui explique mieux le passage relatif à la *solutio indebiti* qui n'est ni un contrat, ni un délit. Wolodkiewicz ajoute même que toutes les obligations rangées parmi les *variae causarum figurae* existaient avant Gaius et étaient connues au temps de la République (« ces obligations faisaient naître l'action *in personam* »)¹⁹⁹, mais comme il était difficile de les ranger parmi les contrats ou les délits, elles n'entraient pas dans la classification des *Institutes* de Gaius. Il a donc fallu attendre que le jurisconsulte propose une nouvelle classification intégrant cette fois-ci une nouvelle catégorie assez vague : les *variae causarum figurae*. Cette catégorie est différente de celle du contrat et du délit, selon les termes de Wolodkiewicz, elle constitue une sorte de « cassette »²⁰⁰. C'est-à-dire qu'elle renferme différents faits juridiques qui ont comme points communs de faire naître une obligation ; et de n'être ni un contrat, ni un délit. Ce qui fait également l'intérêt de cette

¹⁹⁷ WOŁODKIEWICZ (W.), *op. Cit.*, p. 134.

¹⁹⁸ Ibidem.

¹⁹⁹ WOŁODKIEWICZ (W.), *op. Cit.*, p. 135.

²⁰⁰ WOŁODKIEWICZ (W.), *op. Cit.*, p. 136.

catégorie, c'est qu'elle n'est pas exclusive. Les critères pour faire partie des *variae causarum figurae* n'étant pas aussi précis que ceux du contrat ou du délit, il est possible d'y ranger toutes les sources d'obligations ne rentrant ni dans la définition du contrat ni dans celle du délit. Cela permet de rendre cette classification tripartite exhaustive contrairement à la classification bipartite. Gaius n'aurait pas créé les obligations *ex variis causarum figurae* mais il a le mérite d'avoir « créé dans les *Res cottidianae* un schéma de classification des sources d'obligations beaucoup plus approfondi »²⁰¹. Selon Wolodkiewicz, Gaius était particulièrement disposé à introduire cette nouvelle classification car il était connu pour son souci de la didactique et son penchant pour la classification. Il n'est pas non plus surpris par le fait que l'on ne retrouve cette classification que chez Gaius car sa méthode était très différente de la casuistique pratiquée par les autres jurisconsultes de cette période.

Pour conclure sur la question de savoir si Gaius a écrit ou non les *Res cottidianae*, on peut dire comme Iglesias²⁰² que ce n'est pas la question la plus importante. En effet, peu importe de savoir si c'est Gaius, un auteur post-classique ou un compilateur de Justinien qui a écrit les *Res cottidianae*. L'essentiel est de voir l'évolution essentielle qui a permis d'intégrer des nouvelles sources d'obligations à la classification des sources en utilisant l'analogie : analogie entre le prêt et la *solutio indebiti*, le mandat et la *negotiarum gestio*, ...Selon Iglesias²⁰³, cette analogie est davantage dictée par des raisons historiques et formelles que conceptuelles. Ce que veut dire Iglesias, c'est que le rapport entre le prêt et le paiement de l'indu se situe sur le plan formel (dans les deux cas la *condictio* permet de récupérer la somme) et non sur un plan conceptuel : les deux actes ne se forment pas de la même façon car il n'y a pas d'accord de volontés dans le paiement de l'indu. Nous venons d'étudier les arguments des auteurs soutenant que c'est Gaius qui a écrit les *Res cottidianae*, ils sont tout aussi convainquant que ceux de leurs opposants. Sur cette question il est impossible d'être catégorique et d'affirmer que Gaius a bien écrit cet ouvrage. Cependant, que Gaius en soit

²⁰¹ WOŁODKIEWICZ (W.), *op. Cit.*, p. 135.

²⁰² IGLESIAS (J.), *op. Cit.*, p. 31.

²⁰³ IGLESIAS (J.), *op. Cit.*, p. 32.

l'auteur ou non, ce texte reste tout de même fondamental dans l'histoire de la classification des sources des obligations et il est essentiel de l'étudier précisément. C'est la raison pour laquelle nous allons nous attarder sur ces *variae causarum figurae* afin de déterminer quelles sont les obligations rangées dans cette catégorie assez vague.

§2 : Etude des *variae causarum figurae*.

La classification des sources des obligations que l'on trouve au Digeste (D. 44,7,1.) et qui est attribuée à Gaius énonce : « *Obligaciones aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris* ». La question qui se pose est de savoir ce que l'auteur entend par cette expression « *aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris* » et quelles sont les obligations entrant dans cette catégorie. La manière la plus simple de définir cette catégorie est de le faire négativement en disant qu'elle regroupe les obligations qui ne naissent ni d'un contrat, ni d'un délit. On peut toutefois préciser qu'elle regroupe les obligations qui « sont sanctionnées par des actions (de bonne foi ou de droit strict) comparables aux actions pénales ou aux actions qui assortissent les contrats »²⁰⁴. Comme l'explique Biondi²⁰⁵, cette nouvelle catégorie ne repose pas sur un concept juridique comme les deux autres (le contrat et le délit). Il s'agit seulement d'un compartiment dans lequel on peut ranger les autres obligations et ainsi rendre complète la classification. Ceci permet d'expliquer l'expression « *proprio quodam iure* », en effet, chacune de ces obligations a un régime propre, elles n'ont pas de points communs comme les obligations classées parmi les contrats (volonté) ou les délits (actes illicites). Ces obligations sont regroupées par défaut dans cette troisième catégorie. On ne peut pas les ranger parmi les contrats, ce ne sont pas pour autant des délits, mais pour que la classification des sources des obligations soit complète il fallait les y intégrer par le seul critère de n'être ni un délit, ni un contrat. La catégorie des *variae causarum figurae* a donc été créée pour regrouper ces obligations

²⁰⁴ DEROUSSIN (D.), *Histoire du droit des obligations*, Paris, Economica, 2007, p. 82.

²⁰⁵ BIONDI (B.), *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1952, p. 346.

« diverses » ayant chacune un régime « propre ». Comme l'écrit Goma, l'expression *variis causarum figuris* « est le témoin de l'impuissance à inventer un terme qui exprimât un principe ayant un sens positif et enfermant des cas à caractères communs »²⁰⁶.

Gaius a donc créé cette troisième catégorie pour y intégrer toutes les sources d'obligations qui ne pouvaient pas entrer dans la catégorie des contrats ou des délits (A), mais il a également, en faisant une analogie entre certaines de ces sources et les contrats ou les délits, annoncé la classification quadripartite (B).

A / Le contenu des *variae causarum figurae*.

Après avoir annoncé la nouvelle classification (D. 44, 7, fr. 1), l'auteur détaille la catégorie nouvelle des *variae causarum figurae* (D. 44, 7, fr. 5). Il y a tout d'abord le cas des obligations qui sans naître d'un contrat s'en rapproche par leurs effets. C'est le cas de la gestion d'affaires, de la tutelle, du legs et du paiement de l'indu. Ce fragment traite également le cas des obligations qui se rapprochent des effets du délit sans pour autant être considérées comme telles. Il s'agit du juge qui fait le procès sien, des actions de *dejectis* et *effusis*, de *positis* et *suspensis*, et le cas de l'aubergiste, l'armateur, ou le maître d'écurie dont l'employé a commis un vol ou un dommage.

Concernant les obligations qui se rapprochent du contrat par leurs effets on retrouve les obligations naissant de la gestion d'affaires qui se rapprochent de celle du contrat de mandat. C'est le cas d'une personne qui gère les affaires d'un absent sans mandat. La gestion fait alors naître une obligation de rembourser les frais du gérant à la charge du bénéficiaire alors même qu'il n'existe aucun mandat. Gaius précise bien qu'il ne s'agit ni d'un contrat, ni d'un délit, mais le gérant pourra réclamer le remboursement de ses dépenses de la même manière que s'il y avait eu un contrat de mandat. Les obligations nées de la tutelle se rapprochent également de celles du mandat, si le tuteur a fait des dépenses personnelles pour

²⁰⁶ GOMAA (N.M.K.), *Théorie des sources de l'obligation*, Paris, L.G.D.J., 1968, p. 183.

le compte du pupille, son action pour obtenir le remboursement n'est ni contractuelle ni délictuelle, mais le pupille est tenu à l'égard du tuteur comme s'il y avait eu un contrat : « *Tutela quoque iudicio qui tenetur, non proprie ex contractu obligati intelleguntur sed quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur* »²⁰⁷. Le principe est le même concernant la créance de restitution engendrée par le paiement de l'indu, qui se rapproche de celle du contrat de prêt de consommation (*mutuum*). Celui qui a payé une somme par erreur pourra réclamer la restitution de cette somme. Celui qui l'a reçue est obligé comme s'il y avait eu un contrat de prêt (*quasi ex mutui datione*). La dette de legs mise à la charge de l'héritier se rapproche également des dettes naissant du *mutuum* ou du mandat.

A propos des obligations se rapprochant du délit, il s'agit d'hypothèses dans lesquelles on rencontre des actions semblables aux actions pénales sans qu'il y ait véritablement un délit. C'est le cas du juge qui fait le procès sien, c'est-à-dire qu'il juge de façon malhonnête et à ce titre il est redevable envers la partie qu'il a lésée. Ce fait ne constitue pas un acte licite mais ne peut pas pour autant être qualifié de délit car « sa volonté malhonnête y est moins prononcée que dans le délit »²⁰⁸. Il sera donc obligé comme s'il y avait un délit : « *quasi ex maleficio* ». Les autres hypothèses sont celles dans lesquelles sans qu'il y ait délit, l'auteur a fait courir un risque qui l'oblige à réparer le dommage. Ainsi, la victime a une action prétorienne contre celui de l'appartement duquel a été jeté un objet qui a causé un préjudice ; ou duquel un objet pourrait tomber dans la rue. Enfin, il existe aussi une action contre les patrons de navires, les aubergistes, les maîtres d'écuries pour les délits commis par les personnes à leur service.

Cette classification tripartite comprend donc trois sources d'obligations : le contrat, le délit, les *variae causarum figurae*. Cette dernière catégorie permettant d'inclure dans la classification les obligations ne naissant ni d'un contrat, ni d'un délit. Il est impossible de trouver un point commun pour classer ces obligations mais Gaius a tout de même réussi à dégager deux types de *variae causarum figurae* : certaines de ces obligations, qui ne sont ni

²⁰⁷ D. 44, 7, fr. 5.

²⁰⁸ COLLINET, *Répétitions écrites de droit romain des obligations*, Paris, Les cours de droit, 1927-1928, p. 31.

des contrats, ni des délits, obligent le débiteur comme s'il y avait eu un contrat (*quasi ex contractu*) et les autres comme s'il y avait eu un délit (*quasi ex maleficio*).

B / L'annonce de la classification quadripartite.

Il est peu probable que Gaius ait eu l'intention de créer une classification quadripartite dans les *Res cottidianae*, car il ne voyait pas deux sources d'obligations distinctes au sein des *variae causarum figurae*. Pour lui, cette catégorie servait à regrouper les obligations qui ne trouvaient leur source ni dans un contrat, ni dans un délit. Il s'est seulement servi d'analogie avec certains contrats ou délits pour expliquer en quoi ces opérations donnaient naissance à une obligation. Ainsi, la gestion d'affaires est une source d'obligation car elle entraîne les mêmes effets que le contrat de mandat. Mais lorsqu'il écrivait que le débiteur était obligé *quasi ex contractu* (comme s'il y avait un contrat) ou *quasi ex maleficio* (comme s'il y avait un délit), il ne s'agissait pas pour lui de deux catégories de sources des obligations, mais simplement d'un rapprochement permettant d'expliquer pourquoi ces actes qui n'étaient ni des contrats ni des délits, étaient des sources d'obligations. Certains ressemblaient par leurs effets à des contrats, mais ces actes n'avaient pas entre eux de points communs permettant de les ranger dans une catégorie, d'autres ressemblaient à des délits, mais de la même façon il n'existait pas entre ces faits un critère permettant de les réunir. Gaius a donc créé cette catégorie des *variae causarum figurae* en y plaçant les obligations qui ne naissaient ni d'un contrat, ni d'un délit, en utilisant le seul critère permettant de les réunir, c'est-à-dire le fait que ces obligations possédaient toutes les mêmes effets soit qu'un contrat, soit qu'un délit. C'est donc parce que ces faits donnaient naissance à une obligation (comme un contrat ou comme un délit) qu'ils ont été ajoutés à la classification des sources des obligations et rangés dans cette catégorie des *variae causarum figurae*. Cependant, c'est très certainement ce passage des *Res cottidianae* qui a influencé Justinien et donné naissance à la classification quadripartite de ses *Institutes*.

Section 3 : La classification de Justinien et son évolution.

La classification des sources des obligations a connu une évolution décisive avec le texte des *Institutes* de Justinien. Ce texte qui présente une classification quadripartite des sources des obligations aura une grande influence sur le droit des obligations pendant des siècles, et les quatre sources qui y sont présentées servent toujours de fondement pour l'enseignement du droit des obligations. Dans ce passage des *Institutes* (III, 13, 2), les compilateurs ont ajouté deux nouvelles sources d'obligations au contrat et au délit : « *Sequens divisio in quattuor species diducitur : aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio* »²⁰⁹. Les compilateurs ont ainsi créé deux nouvelles catégories de sources d'obligations en se servant de la distinction établie par Gaius au sein des *variae causarum figurae*. Cette modification est sans doute intervenue dans un souci de simplification et de clarification de la classification. Les rédacteurs ont ainsi intégré les deux nouvelles sources à la classification de manière symétrique : on a donc, d'un côté, le contrat et le délit et, de l'autre, les obligations qui ont les mêmes effets que le contrat et le délit. Mais le problème soulevé par cette classification, c'est que les compilateurs de Justinien ne se sont pas contentés de réorganiser les sources d'obligations sur le plan formel. En effet, si dans certains passages ils s'inscrivent dans la continuité de Gaius et écrivent que dans certains cas le débiteur est tenu comme s'il y avait un contrat (*quasi ex contractu*) ou comme s'il avait commis un délit (*quasi ex delicto*), dans d'autres ils vont jusqu'à dire que l'obligation naît tout simplement comme s'il y avait eu un contrat (*quasi ex contractu nasci*) ou qu'elle naît comme s'il y avait eu un délit (*quasi ex delicto nasci*). Cette analogie laisse entendre que les obligations rangées dans la catégorie *quasi ex contractu* ressembleraient aux contrats dans leur façon de prendre naissance, ce qui est inexact. C'est cette déviation entre la classification de Gaius et celle de Justinien qu'il est intéressant d'étudier car elle va donner naissance à deux nouvelles notions qui vont prendre une place très importante dans le droit des obligations : le quasi-contrat et le quasi-délit (§1). L'autre intérêt de cette classification est qu'elle s'est profondément ancrée dans notre droit. On la retrouve notamment chez les juristes

²⁰⁹ *Institutes*, III, 13, 2.

du Moyen âge, elle a également influencé Pothier et le Code Napoléon, c'est pourquoi nous nous pencherons sur l'évolution de cette classification à la suite de sa publication (§2).

§1: L'ambiguïté des *Institutes* de Justinien.

Dans ses *Institutes* rédigées en 533, Justinien distingue quatre sources d'obligations : « *Aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio* »²¹⁰. Ainsi, il érige au rang de source les obligations *quasi ex contractu* et *quasi ex maleficio*, ce qui est confirmé par un passage ultérieur dans lequel il est précisé que certaines obligations naissent comme d'un contrat : « *quae quasi ex contractu nasci videntur* »²¹¹. Nous verrons que ce texte est à l'origine d'une importante confusion sur les sources des obligations (A), puis nous étudierons les tentatives de justification de cette classification (B).

A / Présentation de la classification.

S'il est juste de dire, comme le fait Gaius dans les *Res cottidianae*, que dans certaines hypothèses le débiteur peut être obligé comme s'il y avait un contrat, en revanche cela l'est beaucoup moins de dire, comme le fait Justinien, que dans certains cas les obligations naissent comme d'un contrat. Comme l'écrit Macqueron : « La comparaison, parfaitement légitime quand elle concerne les effets, devient fausse quand on veut la faire porter sur les sources, sur le mode de formation de l'obligation »²¹². En effet, si on peut dire que la personne dont

²¹⁰ *Institutes*, III, 13, 2.

²¹¹ *Institutes*, III, 27 pr.

²¹² MACQUERON (J.), *Histoire des obligations- Le droit romain*, 2^e éd., Aix-en-Provence, Association Auguste Dumas, 1975, p. 34.

l'affaire a été gérée par autrui est obligée comme s'il y avait eu un mandat, il est faux de dire que cette obligation naît comme d'un contrat, car il n'y a rien dans la naissance de la gestion d'affaires qui ne ressemble à la conclusion d'un contrat. Il n'y a aucun accord de volontés dans la formation des obligations *quasi ex contractu*, il n'y a donc aucune ressemblance sur le plan de la formation de ces obligations contrairement à ce que laisse entendre la formule employée par les *Institutes* de Justinien.

Chastaignet explique qu'entre les *Institutes* de Gaius et celles de Justinien le sens du terme *quasi* a évolué, il a perdu « la valeur comparative qu'il avait chez les classiques » pour exprimer chez les byzantins « une valeur distinctive et délimitative »²¹³. La confusion entre les effets et la source aurait ainsi entraîné l'apparition de nouvelles notions. Le professeur Rampelberg résume parfaitement les conséquences de cette réorganisation de la classification des sources des obligations chez Justinien : « intégrées dans l'énumération des sources traditionnelles, les expressions *quasi ex contractu* et *quasi ex delicto* en modifient le sens traditionnel, car elles ne définissent plus les effets des actes qu'elles englobent, mais qualifient seulement, telles de simples étiquettes, des sources d'obligations »²¹⁴. Le fait de dire que certaines obligations naissent *quasi ex contractu* ou *quasi ex maleficio* laisse entendre qu'il existe un fait antérieur qui donne naissance à l'obligation, dont il est la cause. Or en réalité, il n'existe pas une catégorie uniforme d'obligations *quasi ex contractu* ou *quasi ex maleficio* donnant naissance à l'obligation. C'est, au contraire, l'obligation par laquelle est tenue le débiteur qui ressemble par ses effets à un contrat ou un délit, c'est donc l'obligation qui est antérieure et non un acte qui ressemble à un contrat ou un délit, comme l'écrit Du Caurroy : « le quasi-contrat sera un effet, et non pas une cause, puisque le quasi-contrat résultera de l'obligation, et non pas l'obligation du quasi-contrat »²¹⁵.

Il en va de même concernant les obligations qui naissent *quasi ex maleficio*. Il est difficile de trouver un critère de définition pour dire qu'il existe un quasi-délit, un acte proche

²¹³ CHASTAIGNET (Y.), *La notion de quasi-délit*, Bordeaux, Imprimerie de l'université, 1927, p. 27.

²¹⁴ RAMPELBERG (R.M.), « L'obligation romaine : Perspective sur une évolution », *Archives de philosophie du droit- L'obligation*, T. 44, Paris, Dalloz, 2000, p. 66.

²¹⁵ DU CAURROY (A.M.), *Institutes de Justinien traduites et expliquées*, Paris, Thorel, 1851, p. 251.

du délit qui donne naissance à une obligation. Pour certains, c'est dans l'intention de nuire que résiderait la différence entre le délit et le quasi-délit. C'est oublier que, d'une part, il existe des actes classés parmi les délits en droit romain qui ne révèlent pas d'intention de nuire et que, d'autre part, on retrouve parmi les obligations *quasi ex maleficio* des cas où le débiteur est tenu même sans avoir commis de faute. En étudiant de près les délits et les hypothèses d'obligations *quasi ex maleficio*²¹⁶, on se rend compte qu'il n'existe pas un quasi-délit type, et que ce qui caractérise cette catégorie, c'est qu'il manque toujours un élément constitutif du délit. On ne peut donc pas définir un quasi-délit et dire que certaines obligations naissent comme d'un délit, mais il existe des cas dans lesquels sans qu'il y ait délit la personne va être obligée comme s'il y avait eu un délit. Ces actes entraînent les mêmes effets que le délit et c'est en cela qu'ils lui ressemblent et non dans leur naissance qui varie d'un cas à l'autre.

Ainsi cette rédaction des *Institutes* est-elle très maladroite car elle laisse supposer qu'il existe une ressemblance entre la manière dont prennent naissance les délits et les obligations *quasi ex maleficio* d'une part, et entre les contrats et la naissance des obligations *quasi ex contractu* d'autre part. Tel n'est pourtant pas le cas : « car le caractère du contrat est l'accord de volontés, celui du prétendu quasi-contrat son absence ; il n'y a donc rien qui se ressemble moins que leurs manières de naître »²¹⁷. Cependant certains auteurs pensent qu'il ne s'agit pas là d'une maladresse mais bien de la création de nouveaux concepts.

B / Tentatives d'explication de la classification.

Certains auteurs ont essayé de démontrer que le rapprochement entre la naissance des contrats et des obligations *quasi ex contractu* dans les *Institutes* de Justinien n'était pas dû à

²¹⁶ MOLITOR (J.P.), *Les obligations en droit romain*, Paris, Thorin, 1874, p. 14.

²¹⁷ GIRARD (P.F.), *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, Dalloz, 2003, 8^e éd., p. 418.

une maladresse, mais était bien intentionnel. Ces auteurs situent la ressemblance entre le contrat et les obligations *quasi ex contractu* au niveau du consentement. Selon eux, pour que le contrat existe il faut un consentement exprimé par les parties. Dans les obligations *quasi ex contractu*, ce consentement serait tacite. Ainsi, dans ces deux hypothèses l'obligation naîtrait d'un consentement, exprès dans un cas, tacite dans l'autre et il y a bien une ressemblance au niveau cette fois de la naissance de ces obligations et plus seulement des effets. Certaines obligations ressemblent donc au contrat dans leur manière de naître car elles se forment à partir d'un consentement. La seule manière d'accepter ici l'analogie entre le contrat et le quasi-contrat est donc d'admettre qu'il y a un consentement tacite entre les parties dans toutes les hypothèses d'obligations *quasi ex contractu*. Mais, comme le souligne Molitor²¹⁸, cette idée de consentement tacite n'est jamais évoquée dans les textes relatifs aux obligations *quasi ex contractu*. Il ne semble donc pas que les compilateurs Justinien aient eu cette idée du consentement tacite en tête quand ils ont rédigé les *Institutes*. Cette notion de consentement tacite est d'autant plus remise en question qu'il était possible pour des incapables d'être engagés par une obligation *quasi ex contractu*, comme c'est le cas notamment des pupilles et des furieux. Dans ces conditions, comment envisager qu'il existe un consentement tacite alors même qu'une des parties est incapable : « il répugne à la nature des choses de fonder le quasi-contrat sur un consentement présumé, car comment présumer le consentement là où il est impossible ? La cause de l'obligation, quand il s'agit de quasi-contrat, ne saurait donc être dans une telle présomption »²¹⁹. Cette hypothèse selon laquelle les auteurs des *Institutes* envisageaient la ressemblance entre le contrat et le quasi-contrat à travers l'existence d'un consentement tacite semble donc erronée. Les textes ne laissent rien supposer de tel et il semblerait qu'il s'agisse d'avantage d'une tentative de justification *a posteriori* de la classification de Justinien.

D'autres auteurs quant à eux, justifient la classification quadripartite des *Institutes* de Justinien sur un plan beaucoup plus formel que théorique. C'est notamment le cas de

²¹⁸ MOLITOR (J.P.), *op.cit.* p. 9.

²¹⁹ *Ibidem*.

Zimmermann²²⁰ qui explique la classification par l'intérêt porté par Justinien au nombre quatre. Selon lui, Justinien était fortement influencé par le symbolisme des nombres et notamment celui du quatre : il existe quatre saisons, quatre points cardinaux, quatre éléments... et Zimmermann d'expliquer ensuite que cette symbolique se retrouve dans les *Institutes*. On retrouve donc quatre sources d'obligation, parmi lesquelles le contrat dont il existe quatre sortes (*re, verbis, litteris, consensu*), et il existe également quatre sortes de contrat qui se forment *re* et *consensu*, ainsi que quatre délits et quatre quasi-délits. Mais là encore, il n'existe aucune preuve que ce soit cette volonté de mettre en avant le nombre quatre qui ait entraîné cette évolution de la classification. D'autres auteurs vont moins loin que Zimmermann et se contentent de dire que c'est sans doute dans un esprit de systématisation que les compilateurs de Justinien ont créé une nouvelle classification symétrique en ajoutant au contrat et au délit deux nouvelles sources qui en étaient le pendant : le quasi-contrat et le quasi-délit. Cette hypothèse paraît assez vraisemblable. Gaius évoquant les cas d'obligations *quasi ex contractu* et *quasi ex maleficio* dans les *Res cottidianae*, la tentation était grande de simplifier la classification et de faire un parallèle contrat/quasi-contrat, délit/quasi-délit. Les compilateurs de Justinien ne se sont sans doute pas rendu compte de l'évolution provoquée par cette nouvelle classification car, comme l'écrivent Lepointe et Monier, « ces classifications se rattachent d'avantage à la pratique qu'à la science juridique proprement dite : elles sont l'œuvre de praticiens qui ne cherchent pas en réalité la raison profonde et la source véritable de l'obligation »²²¹. Il semble donc que la classification quadripartite des *Institutes* de Justinien n'ait pas été motivée par une évolution théorique mais plutôt par une adaptation formelle, dans un souci de simplification. Mais c'est bien cette évolution purement formelle qui va entraîner la naissance des nouveaux concepts que sont le quasi-contrat et le quasi-délit.

²²⁰ ZIMMERMANN (R.), *The law of obligations-Roman foundations of the civilian tradition*, Cape Town, Juta and co, 1990, p. 14-15.

²²¹ LEPOINTE (G.) et MONIER (R.), *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, Paris, Sirey, 1954, p. 120.

§2 : L'évolution de la classification quadripartite.

Les *Institutes* de Justinien ont introduit injustement l'idée selon laquelle les obligations *quasi ex contractu* et *quasi ex maleficio* ressemblaient au contrat et au délit non pas sur le plan des effets mais quant aux éléments qui leurs donnent naissance. Selon ce texte, les obligations naissent d'un contrat, comme d'un contrat, d'un délit ou comme d'un délit. Mais très rapidement, on assiste à une nouvelle évolution fondamentale pour l'histoire de la classification des obligations. On la trouve dans les *Institutes de Théophile*²²², paraphrase grecque des *Institutes* de Justinien et qui sont l'œuvre d'un contemporain. Théophile est un jurisconsulte grec qui aurait participé à la rédaction des *Institutes* de Justinien et qui en a rédigé une paraphrase grecque qui fut la seule version enseignée dans tout l'empire grec. D'après Vizioz²²³ la paraphrase aurait même été publiée en même temps que les *Institutes* avec la permission impériale. On estime même parfois qu'il n'existe pas de meilleur commentaire pour comprendre les *Institutes* de Justinien, et que souvent la paraphrase a été préférée au texte original²²⁴. L'avantage de Théophile est d'avoir « puisé à des sources depuis longtemps taries pour les modernes »²²⁵. En effet, immergé dans le droit de cette époque, il était le mieux à même de commenter les dispositions des *Institutes* de Justinien.

Cependant, on retrouve dans le texte grec une grande différence avec le texte latin en ce qui concerne les sources des obligations. Là où Justinien employait les expressions *quasi ex contractu* et *quasi ex maleficio*, Théophile les traduit par *quasi contracton* et *quasi delicton* (*Inst.*, 3. 27, §3 paraphrase). Comme l'écrit Peppe : « les deux expressions en viennent à être

²²² LEGAT (B.J.), *Les Institutes de Théophile, paraphrase des Institutes de Justinien*, Paris, A. Leclere, 1847.

²²³ VIZIOZ (H.), *La notion de quasi-contrat*, Bordeaux, Cadoret, 1912, p. 101.

²²⁴ LEGAT (B.J.), *op. Cit.*, p. II.

²²⁵ *Ibidem*.

transférées sur un plan ontologique »²²⁶. Avec cette traduction, on voit clairement apparaître les quatre sources d'obligation : le contrat, le délit, le quasi-contrat et le quasi-délit. On est loin de la simple idée selon laquelle certaines obligations ressemblent par leurs effets à des contrats ou des délits. Il s'agit plutôt de dire que les obligations naissent d'un quasi-contrat ou d'un quasi-délit, ce qui soulève à nouveau la question de la spécificité du fait générateur du quasi-contrat et du quasi-délit, car il n'y a aucune ressemblance sur le plan de la naissance de ces obligations avec le contrat ou le délit. Or, chez Théophile, les expressions quasi-contrat et quasi-délit laissent supposer qu'il s'agit quasiment d'un contrat ou d'un délit, ce qui est parfaitement faux. Cette erreur est d'autant plus importante que ces expressions seront reprises par les juristes de l'ancien droit et largement répandues et banalisées.

On retrouve également cette évolution dans une autre source contemporaine de l'école occidentale, la glose des *Institutes* de Turin²²⁷ qui est composée de scholies sur les *Institutes* de Justinien qui ont été transcrites au Xe siècle, en marge d'un manuscrit de Turin²²⁸. A la différence de la paraphrase de Théophile, c'est une expression latine qui est ici utilisée. L'auteur donne même une définition de ce qu'il nomme *quasi contractus* (Glose 438 f° 91) : « *Quasi contractus est quod quidem a contractu separatur nec delicto subjacet, legalem tamen habet confirmationem* ». Même s'il s'agit comme le remarque Vizioz plus d'une explication que d'une définition (Le quasi-contrat, c'est ce qui n'est ni contrat, ni délit, et que la loi reconnaît et sanctionne cependant²²⁹), on franchit ici encore une étape dans l'évolution de la classification des sources des obligations avec ce texte qui tente de définir le quasi-contrat. On voit qu'il est désormais considéré comme un acte particulier, une source autonome d'obligation au même titre que le contrat et le délit. Enfin, on retrouve encore le terme quasi-contrat et l'expression obligations quasi-contractuelles dans différents textes des *Basiliques*²³⁰.

²²⁶ PEPPE (L.), « Les classifications des sources des obligations chez les juristes romains », *actes des 3^e journées d'études Poitiers-Roma tre*, LGDJ, 2007, p. 106.

²²⁷ KRUEGER (M.), *Zeitschrift für Rechtgeschichte*, T. VII, p. 52.

²²⁸ VIZIOZ (H.), *op. Cit.*, p. 105.

²²⁹ VIZIOZ (H.), *op. Cit.*, p. 106.

²³⁰ *Basiliques*, liv. 52, tit. 1^{er}, éd. Heimbach, t. V, p. 103.

Selon Vizioz²³¹, cette évolution entre les *Institutes* de Gaius et celles de Justinien s'explique aisément. Il pense qu'à la suite des *Institutes* de Gaius qui rapprochaient le contrat du quasi-contrat sur le plan des effets, les jurisconsultes auraient pris l'habitude de traiter les quasi-contrats comme des contrats. Ainsi, de la même façon que les obligations *quae ex contractu nascuntur* ont leur source dans un contrat, les obligations *quae quasi ex contractu nascuntur* ont leur source dans un quasi-contrat. Ainsi, lors de la rédaction des *Institutes* de Justinien, il a semblé logique aux compilateurs d'écrire que les obligations pouvaient naître *quasi ex contractu*. Il ne s'agissait pas véritablement d'une nouvelle source comme le contrat ou le délit : « les quasi-contrats ne sont pas des faits générateurs d'obligations...le quasi-contrat constitue alors la source vague, indéterminée, des obligations *quasi ex contractu* »²³². On peut penser que le terme quasi-contrat est apparu sans véritablement désigner une notion précise comme c'est le cas aujourd'hui et cela est confirmé par le fait que les auteurs de l'époque ne commentent pas cette notion. Si Justinien a eu tort d'écrire que certaines obligations naissaient *quasi ex contractu*, on ne peut le lui reprocher car cela « correspondait parfaitement à sa pensée et à l'objet de sa classification »²³³. Justinien a ainsi été à l'origine de cette notion de quasi-contrat, qui sera sans doute la plus controversée des sources des obligations, mais qui malgré les critiques traversera les siècles jusqu'à nos jours.

Il était important d'étudier la classification des sources des obligations à Rome dans le chapitre préliminaire de cette étude, car on connaît l'influence que le droit romain a exercé sur le droit français au fil des siècles. Cette influence est d'autant plus grande en matière de classification des sources des obligations, car la classification des *Institutes* de Justinien sert de référence pendant de très nombreuses années. On retrouve les quatre sources de cette classification : contrat, délit, quasi-contrat et quasi-délit jusqu'à aujourd'hui, et même si la classification des sources des obligations a beaucoup évolué, il a été très difficile de se détacher de la classification du droit romain.

²³¹ VIZIOZ (H.), *op. Cit.*, p. 110.

²³² *Ibidem*.

²³³ *Ibidem*.

Première partie : De la liberté doctrinale à la
codification .

Cette première partie est consacrée à l'évolution de la classification des sources des obligations avant l'adoption du Code civil. Il s'agit d'une longue période s'étalant de la redécouverte du droit romain au Moyen-âge, à 1804, et qui nous amène à étudier tant les ouvrages savants que les coutumiers. C'est une période assez riche concernant la classification, car en l'absence d'un texte de loi s'imposant à tous, les juristes sont libres de créer leurs classifications. Cette liberté s'exprimera particulièrement au moment de la Révolution qui verra des tentatives de transposition des idéaux révolutionnaires dans le droit des obligations, avec les premiers projets de codification du droit civil (Titre 2), mais l'ancien droit a connu également de nombreuses expressions de la classification des sources des obligations (Titre 1).

Titre 1 : La classification des sources des obligations dans l'ancien droit.

Après la chute de l'Empire romain d'occident et les invasions germaniques en Gaule, on assiste à un recul de la réflexion doctrinale sur le droit, et plus particulièrement le droit des obligations. Cette période qui s'étend du VI^e siècle à la redécouverte du droit romain ne présente donc que peu d'intérêt pour notre étude. Comme l'écrit Gilissen : « Entre le VI^e et le XIII^e siècle, en Europe occidentale, la distinction entre les diverses sources d'obligations a presque entièrement disparu, même celle entre obligation contractuelle et délictuelle ; dans la Loi Salique, par exemple, on ne distingue guère l'obligation qui naît d'un contrat de celle qui naît d'un délit »²³⁴. La régression juridique est due à l'arrivée de nouveaux peuples et également à la restriction des échanges entre les peuples à la suite de la destruction de l'empire romain. La diminution des échanges commerciaux et l'apparition d'une économie assez fermée et regroupée autour de la famille vont particulièrement affecter le droit des obligations, qui se marginalise dans le même temps. Le droit des obligations à cette période se limite donc à certains traits de caractères que livrent Lepointe et Monier²³⁵ et que nous allons reprendre ici rapidement. D'une manière générale, on retrouve davantage de traces des obligations délictuelles que des obligations contractuelles (la diminution du commerce et des échanges réduisant le rôle du contrat). Concernant les délits, de nombreuses lois (dont la loi salique²³⁶) mentionnent des tarifs de compositions. Cette forme évoluée de la vengeance

²³⁴ GILISSEN (J.), *Introduction historique au droit*, Bruxelles, Bruylant, 1979, p. 638. Dans la Loi Salique, on prévoit des compositions pécuniaires en cas de vol de bétail (Titre 2 à 9), de blessures causées (Titre 19), de refus d'épouser sa fiancée (Titre 70),... mais aucune trace de classification des sources des obligations.

²³⁵ LEPOINTE (G.) et MONIER (R.), *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, Paris, Sirey, 1954, p. 448 et s.

²³⁶

privée (qui subsiste en parallèle), où l'auteur du délit doit verser une somme d'argent à la victime ou à sa famille, domine jusqu'au XIII^e siècle. Cette période est également marquée par une grande solidarité familiale qui joue pour le paiement des compositions pécuniaires, mais également en matière de contrat puisque cette solidarité apporte une plus grande garantie au créancier.

D'une manière générale, même s'il existe des formes d'engagements (des délits, des variétés de contrats) durant cette période, il est difficile de parler de sources d'obligations. L'esprit du droit à cette époque était pratique, le but des contrats et des délits était de modifier un état de chose ou de le réparer, mais pas de créer un engagement ou une obligation pour l'avenir. Pour schématiser, on pourrait dire que « Les actes d'engagement de cette époque ne produisaient pas de vraies obligations, mais changeaient le statut des choses et des personnes, en produisant une situation qui n'était pas "obligatoire", mais plutôt "réelle" »²³⁷. Il est donc très difficile de retrouver à cette époque une typologie nette des faits générateurs. Il faudra pour cela attendre la renaissance du droit romain au XII^e siècle.

Nous étudierons cette renaissance du droit des obligations essentiellement dans les milieux savants, ainsi que l'influence qu'elle a pu avoir dans le droit coutumier français, ainsi que le droit naturel (Chapitre 1). Puis nous étudierons plus précisément la pensée de deux grands auteurs, Domat et Pothier, précisément parce que les rédacteurs du Code civil affirment les avoir choisis pour guide en ce qui concerne la classification des sources des obligations (Chapitre 2).

²³⁷ CONTE (E.), « La classification des sources des obligations dans la doctrine antérieure à Domat », *actes des 3^e journées d'études Poitiers-Roma tre*, LGDJ, 2007, p. 111.

Chapitre 1 : Etude des pratiques coutumières et doctrinales de l'ancien droit.

Nous allons tenter dans ce chapitre d'étudier la classification des sources des obligations depuis la renaissance du droit romain au Moyen-âge jusqu'à la veille de la Révolution. Il s'agit d'une très longue période à propos de laquelle il est difficile d'être exhaustif, ce qui contraint à concentrer l'étude sur certains points. Il s'agira dans un premier temps de rechercher les traces de classifications des sources des obligations dans le droit savant du Moyen-âge, puis d'étudier la doctrine des XVI^e et XVII^e siècle qui a été très riche en la matière (Section 1). Nous nous attarderons également sur l'étude du droit coutumier français au travers de l'étude des coutumes en elles-mêmes, mais également par l'apport des auteurs coutumiers à la réflexion sur la classification de la source des obligations (Section 2). Enfin, nous consacrerons une section à l'évolution des notions de quasi-contrat et quasi-délit pendant cette période. Ces deux notions s'étant forgées et développées durant cette période de l'ancien droit, il est essentiel de suivre cette évolution afin de mieux comprendre les notions de quasi-contrat et quasi-délit existant à la fin de l'ancien droit et que nous retrouverons dans le Code civil (Section 3).

Section 1 : Renaissance et développement de la classification dans les doctrines universitaires.

Si l'étude du droit savant médiéval montre une assez grande fidélité, comme on pouvait l'imaginer, à l'égard des textes du *Corpus iuris civilis*, celle des juristes de l'école humaniste et de l'école du droit naturel moderne laisse voir la plus grande liberté avec laquelle ces textes sont traités, certains auteurs n'hésitant pas à rompre avec la classification quadripartite.

§1 : La classification dans la doctrine du Moyen-âge.

L'étude de cette période s'appuie sur la thèse de Vizioz²³⁸, qui apporte de précieux renseignements sur le droit savant du Moyen-âge. Nous étudierons tout d'abord d'une manière générale les traces de la classification au Moyen-âge (A), avant d'étudier plus précisément les travaux des Glossateurs (B), puis des Bartolistes (C).

A / Apparition de la classification au Moyen-âge.

Dans un premier temps, soulignons que tous les textes de cette période n'évoquent pas la classification de Justinien. C'est notamment le cas de *l'epitome des Institutes*²³⁹ de la fin du

²³⁸ VIZIOZ (H.), *op. Cit.*, p. 113 et s.

²³⁹ GAUDENZI (A.), *Una antica compilazione di diritto romano e visigotho*, Bologne, Regia tipografica, 1886, p. 208 et s.

IX^e siècle, des collections d'Yves de Chartres²⁴⁰ au XI^e siècle, ou encore du traité *De Actionibus*²⁴¹ du XII^e siècle.

Parfois cette classification apparaît, mais se trouve « noyée au milieu d'une foule de distinctions »²⁴², notamment dans les commentaires préaccursiens édités par P. Legendre (§98-99) : « *ex diversitate curarum, ex nature, ex modo cogendi, ex qualitate, ex natura que ex contractu vel quasi vel ex maleficio vel quasi vel ex variis figuris sicut ex condicione furtiva...* ». On notera ici, qu'outre le fait que les quatre sources de Justinien soient confondues dans une liste plus large, on retrouve également la notion de « *variis figuris* » employée par Gaius, ce qui montre qu'à cette époque on ne considère pas cette liste comme exhaustive. Mais, il existe aussi des textes qui reprennent plus fidèlement les *Institutes* de Justinien, c'est le cas de *la Lex romana canonice compta*²⁴³ ou encore de *l'Abreviatio Institutionum*. Ces textes exposent simplement les quatre sources classiques d'obligation sans donner plus de précisions.

Toutefois, il y a un texte qui, tout en étant très proche des *Institutes* de Justinien, s'en démarque tout de même. Il s'agit de *La glose des Institutes de Turin*. Dans ce texte, figurent les quatre sources d'obligation : « *alie ex contractu, alie ex quasi contractu, alie ex maleficio, alie quasi ex maleficio* ». Ce passage est intéressant car au lieu de l'expression *quasi ex contractu* des *Institutes* de Justinien, on parle ici d'une obligation *ex quasi contractu*. Cependant, le fait que cette évolution ne soit pas reproduite pour parler du quasi-délit semble indiquer qu'il s'agit plus d'une maladresse que d'une volonté de changement. C'est également l'avis de Vizioz qui écrit que « les expressions *quasi ex contractu* et *ex quasi contractu* doivent être entendues dans le même sens. Elles seront pendant très longtemps employées indifféremment l'une pour l'autre pour désigner les obligations qui naissent d'un *quasi contractus* »²⁴⁴. Mais Chastaignet²⁴⁵, dans sa thèse sur les quasi-délits, explique différemment

²⁴⁰ FOURNIER (P.), *Les collections canoniques attribuées à Yves de chartres*, Paris, A. Picard, 1897.

²⁴¹ TARDIF (A.), *Histoire des sources de droit français*, Paris, A. Picard, 1890, p. 205.

²⁴² DEROUSSIN (D.), *Histoire du droit des obligations*, Paris, Economica, 2007, p. 86.

²⁴³ MOR (C.G.), *Lex romana canonice compta*, Pavia, Tip.cooperativa, 1927.

²⁴⁴ VIZIOZ (H.), *op. Cit.*, p. 117.

²⁴⁵ CHASTAIGNET (Y.), *La notion de quasi-délit*, Bordeaux, Imprimerie de l'université, 1927.

la divergence entre l'expression désignant les quasi-contrats et celle désignant les quasi-délits. Selon lui, il ne s'agit pas d'une « simple erreur de copiste »²⁴⁶, comme le pense Vizioz, mais d'un retard de l'évolution de la notion de quasi-délit par rapport à celle de quasi-contrat ce qu'il justifie notamment par le fait qu'au numéro 448 de la glose cette divergence est reproduite « *sed dicimus quia acquisitio non proprie fit ex maleficio, vel quasi ex maleficio, magis vero ex contractu, vel ex quasi contractu* »²⁴⁷. Il explique que la notion d'obligation *quasi ex delicto* était en retard sur celle d'obligation *quasi ex contractu*, et qu'elle était « plus artificielle, moins spiritualisée »²⁴⁸. Ce retard se ressent également dans la Glose puisque l'on y retrouve une tentative de définition de la notion de quasi-contrat, mais pas de la notion de quasi-délit. Il semble évident que la notion de quasi-contrat a été plus étudiée et plus développée que celle de quasi-délit dans le droit romain puis ses premiers commentateurs, mais cela justifie-t-il la différence des termes employés ? On peut objecter à Chastaignet que l'erreur de copiste évoquée par Vizioz est tout à fait plausible car l'erreur ayant été commise lors de l'énoncé des sources d'obligation, l'auteur a ensuite repris les mêmes sources au n° 448. Son argument n'est donc pas pertinent. D'autre part, s'il est vrai que la notion de quasi-contrat a été davantage étudiée et systématisée, cela ne justifie en rien l'évolution de l'expression désignant le quasi-contrat et non celle désignant le quasi-délit, si ce n'est par une maladresse due à la plus grande utilisation de ce terme. Enfin, l'idée de Vizioz qui veut que les deux expressions (*quasi ex contractu* et *ex quasi contractu*) aient été utilisées indifféremment pendant plusieurs siècles semble plus conforme à la réalité. Cependant, il faut remarquer que cette confusion entre ces deux expressions ne s'est pas totalement généralisée, puisque plusieurs auteurs, coutumiers notamment, nous mettent en garde contre celle-ci. Ainsi, s'il est vrai qu'il existe une période, qui s'étend sans doute de la publication même des *Institutes* de Justinien (on retrouve les termes *quasi contracton* et *quasi delicton* dans les *Institutes* de Théophile) au Moyen-âge, durant laquelle les termes étaient employés indifféremment, très vite, certains auteurs (par exemple Boutillier²⁴⁹) ont souligné que ces

²⁴⁶ CHASTAIGNET (Y.), *op. cit.*, p. 109.

²⁴⁷ *Ibidem*.

²⁴⁸ *Ibidem*.

²⁴⁹ BOUTILLIER (J.), *op.cit.*, p. 140. : « l'article représente bien les mots *quasi ex contractu*, ainsi comme par contract, pour montrer qu'il ne faut dire avec le vulgaire quasi-contrat »

deux expressions n'étaient pas équivalentes et que les termes «*ex quasi contractus* » étaient impropres dans la classification des sources des obligations. Ce texte nous permet simplement de signaler cette confusion qui s'est généralisée progressivement entre ces deux termes, sans que dans un premier temps il n'y ait de réelle prise de conscience du changement de sens engendré.

On peut encore noter à propos de cette période de la redécouverte du droit romain, que le quasi-contrat et le quasi-délit, qui n'étaient jusque-là vus que comme des sources secondaires (dépendant du contrat et du délit) sont de plus en plus souvent considérés comme des sources autonomes, au même titre que le contrat et le délit. On voit alors apparaître des tentatives de définition d'abord du quasi-contrat puis du quasi-délit. Pour le quasi-contrat, on trouve assez tôt des tentatives de définition qui sont essentiellement négatives dans le *Brachylogus*²⁵⁰, le *Compendium juris* ou encore *l'Epitome exactis regibus*. La définition que l'on peut retenir est que le quasi-contrat provient d'une opération non contractuelle et licite : il n'y a pas eu d'accord de volontés mais il est équitable qu'une obligation naisse. Concernant le quasi-délit, c'est dans *l'Epitome exactis regibus*²⁵¹ que l'on trouve une définition, même si elle n'est que négative, qui nous est restituée par Chastaignet : « Le quasi-délit est donc, pour l'auteur de ce traité, une source d'obligation qui ne se rattache ni aux contrats, ni proprement aux délits, mais qui ressemble cependant d'avantage aux délits qu'aux contrats »²⁵². Cette définition ne permet toutefois pas de cerner en quoi le quasi-délit se différencie du délit mais il s'agit de la première tentative de systématisation de la notion et également de la première fois où l'on retrouve le terme de *quasi maleficium*. Cependant, comme le remarque Chastaignet, on voit apparaître dans un appendice de ce traité, un passage susceptible d'indiquer la différence entre les deux : « *furtum sine affectus furandi non committitur, quia*

²⁵⁰ Brachylogus, lib.3, t. XVII : De obligationibus quasi ex contractu, §1 : « *quasi ex contractu obligatur quis, cum pactum quidem non intercessit, attamen inter aliquos negotium gestum est, ex quo alterum alteri obligari aequum est, veluti cum quis alicujus curam sive tutelam gesserit* ».

²⁵¹ Epitome exactibus regibus, Lib IX, §18 : « *Hec de actionibus in rem dicta sunt. Ceterum actionum in personam quedam nascuntur ex contractu, quedam ex quasi contractu, quedam ex maleficio, quedam ex quasi maleficio. Nasci quuntur...ex quasi maleficio que, cum neque ad pacta accedunt, neque proprie ad maleficia, tamen similia sunt maleficiis quam pactis : que omnia ex infra positis manifesta sunt exemplis* ».

²⁵² CHASTAIGNET (Y.), *op. cit.*, p. 113.

voluntas et propositum distingunt maleficia »²⁵³. On pourrait en déduire que ce qui fait le caractère du quasi-délit c'est l'absence d'intention, mais rien ne vient confirmer cette idée dans le texte ni même chez d'autres auteurs. Il faudra encore attendre un certain temps avant de voir se dégager un critère de définition positif du quasi-délit. Comme le souligne Chastaignet : « le quasi-délit se ressent encore de son apparition plus tardive, il n'a pas rattrapé l'écart de temps qui le sépare du quasi-contrat, et il suit sa trace sans pouvoir marcher sur le même plan »²⁵⁴.

Après avoir vu rapidement ce qu'est devenue la classification des sources des obligations à cette période, il convient de s'attarder sur les différents courants de pensée en commençant par celui des Glossateurs.

B / La classification chez les Glossateurs.

La première chose qu'il convient de signaler à propos des travaux des Glossateurs est qu'ils associent quasi systématiquement les sources des obligations aux actions. En effet, c'est lorsqu'ils traitent des actions que les Glossateurs citent les sources d'obligations. Ce n'est pas comme le précise Vizioz, « qu'ils confondent action et obligation, mais parce que les sources des obligations sont indirectement celles des actions »²⁵⁵. Les actions étant issues des obligations, les sources des obligations sont indirectement celles des actions. Emanuele Conte dans son article sur *La classification des sources des obligations dans la doctrine antérieure à Domat*²⁵⁶ explique pourquoi les Glossateurs se sont particulièrement arrêtés sur ce lien entre obligation et action. Selon lui, un des passages les plus connus des *Institutes* de Justinien au

²⁵³ CHASTAIGNET (Y.), *op. cit.*, p. 114.

²⁵⁴ CHASTAIGNET (Y.), *op. cit.*, p. 117.

²⁵⁵ VIZIOZ (H.), *op. Cit.*, p. 126.

²⁵⁶ CONTE (E.), « La classification des sources des obligations dans la doctrine antérieure à Domat », *actes des 3^e journées d'études Poitiers-Roma tre*, LGDJ, 2007, p. 109-118.

Moyen âge était le livre IV dans lequel on retrouve la distinction entre les actions réelles et personnelles. Or, à propos des actions *in personam*, il est précisé que ces actions s'exercent contre celui qui est obligé par un contrat ou un délit. On voit donc apparaître ici le lien entre l'action (l'obligation) et la source de l'obligation lien qui se trouve à la base même de la pensée des juristes du Moyen-âge : « Comme l'action est fille de l'obligation, ainsi l'obligation dérive à son tour d'une cause, soit elle est un contrat, soit elle est un délit »²⁵⁷. On retrouve ce lien dans une des premières Somme aux *Institutes* nommée *Vindobonensis* qui illustre l'intérêt de connaître les sources des obligations : « *Ius nostrum, idest ius quo civitas nostra oritur, sive illud sit originaliter ius gentium et a civitate receptum, sive etiam pretorium, astringit personam persone ad aliquid dandum. Sed non hoc facit sine causa, alioquin iniquum esset hominis statutum, quod nunc est ius dicendum. Et ideo post divisionem secundum ipsum ius factam, ponit divisionem que fit secundum causas ob quas et per quas aliquis obligatur* »²⁵⁸. Ainsi, il est nécessaire de connaître les sources des obligations car une obligation sans cause serait injuste et l'action qui en découle également. Ainsi, si les juristes du Moyen-âge se sont intéressés à la classification des sources des obligations, c'est essentiellement pour son lien avec l'action (qui a été étudiée). Cela montre également davantage que la réflexion sur les sources des obligations est liée à celle sur la « cause » des actions humaines : de fait, à la même époque se développe la notion de cause dans les contrats. On cherche désormais, avec le développement de la philosophie et les réflexions sur la causalité, à savoir pour quelles raisons un débiteur doit être condamné. Mais les Glossateurs ont tout de même interprété de manière intéressante la classification des sources des *Institutes* de Justinien en elle-même.

Il faut tout d'abord noter que dans la plupart des écrits des Glossateurs, les expressions *quasi ex contractu* et *quasi ex delicto* ont été remplacées systématiquement par les termes

²⁵⁷ CONTE (E.), *op. Cit.*, p. 113.

²⁵⁸ CONTE (E.), *op. Cit.*, p. 114. « Notre droit, c'est à dire le droit de notre cité, soit qu'il soit en origine droit des gens et soit reçu par notre cité, soit qu'il soit établi par la Cité ; et de même soit qu'il soit droit civil, soit qu'il soit droit prétorien, lie une personne à une autre personne pour lui donner quelque chose. Mais le droit ne fait pas ça sans cause, autrement serait injuste le droit que l'homme a établi. Et pour cela, après la distinction faite selon le droit lui-même, il y a une distinction qu'on fait selon les causes pour lesquelles et par lesquelles chacun s'oblige ».

quasi contractu et *quasi delicto* (même si dans la pratique on retrouvera encore indifféremment les deux expressions longtemps). Ils ont ainsi achevé l'erreur entreprise par Justinien lorsqu'il a rapproché le contrat de l'obligation *quasi ex contractu* au niveau de la naissance de celle-ci et non plus au niveau des effets. Les Glossateurs ont encore franchi un cap en généralisant l'usage des termes quasi-contrat et quasi-délit : on dit désormais que les obligations naissent d'un contrat, d'un délit, d'un quasi-contrat, ou d'un quasi-délit (même s'il est entendu que Théophile²⁵⁹ avait utilisé avant eux les expressions *quasi-delictum* et *quasi-contratum* ; les Glossateurs ayant ignoré ses travaux, ce sont eux qui ont généralisé ces expressions²⁶⁰).

Outre ce changement terminologique, les Glossateurs ont également parfois ajouté une cinquième source d'obligation. Cette cinquième source est assez particulière puisqu'il s'agit d'une catégorie générique qui regroupe toutes les obligations qui naissent *ex variis causarum figuris* ou *proprie jure*²⁶¹, ces deux expressions étant équivalentes pour eux. On retrouve cette classification chez Rogerius dans la *Summa codicis* (lib. IV, tit. XII) : « *obligationes aut nascentur ex contractu vel quasi, secundum materiam, vel ex maleficio vel quasi, vel ex proprio quodam jure* »²⁶² ; ou également sous la plume de Placentin : « *Personalium itaque accionum alie descendunt ex contractibus, alie ex maleficiis, alie ex variis causarum figuris, ut superius diximus* »²⁶³. Quant à G. Durand, dans son *Speculum judiciale* (lib. II, part. I, tome II), il écrit « *quia personalis actio non nascitur nisi ex delicto vel quasi vel contractu vel quasi quidam et ex variis figuris causarum* »²⁶⁴. Selon eux, la catégorie *ex variis causarum figuris*

²⁵⁹ LEGAT (B.J.), *Les Institutes de Théophile, paraphrase des Institutes de Justinien*, Paris, A. Leclere, 1847.

²⁶⁰ Nous reviendrons dans le §3 sur les conséquences de cette évolution terminologique.

²⁶¹ On peut ici émettre l'hypothèse que l'expression *jura propria* désigne les droits propres, c'est-à-dire les droits locaux (droit des statuts municipaux par exemple) par rapport au droit romain considéré comme le droit commun (*ius commune*). On aurait ainsi ici une tentative pour intégrer les obligations particulières découlant des droits locaux dans une classification des sources des obligations qui engloberait aussi des obligations consacrées par le droit romain.

²⁶² ROGERIUS, *Summa codicis*, Lib. IV, Tit. XII : *De obligationibus*.

²⁶³ PLACENTIN, *Summa cum essem Mantuae sive de accionum varietatibus*, Ed. Pescatore, 1897, Lib. I, Tit. II, § 24.

²⁶⁴ DURAND (G.), *Speculum judiciale*, 1473.

de Gaius ne désigne pas le quasi-contrat et le quasi-délit mais d'autres sources d'obligations. Certains auteurs, comme Azon²⁶⁵ et Accurse²⁶⁶, signalaient tout de même que selon eux les *variis causarum figuris* désignaient les quasi-contrats et quasi-délits, mais leur opinion était minoritaire et réfutée par ceux qui considéraient cette catégorie comme une source à part entière d'obligation. Cette catégorie leur permettait de ranger certaines obligations ou actions irrégulières comme la *condictio furtiva*, les actions données *loco interdictorum*, les actions *in factum*, les actions noxales,...²⁶⁷. On peut voir deux raisons à cette interprétation originale des *Institutes* par les Glossateurs. Tout d'abord, elle leur permettait de ranger dans cette catégorie des obligations qui ne pouvaient être rapportées à aucune autre source. Ensuite et parce que dans le texte des *Institutes* il n'existe pas de lien direct entre le fr. 1 et le fr. 5 du D. 44. 7., les Glossateurs pouvaient en déduire que la notion de *variis causarum figuris* ne désignait pas, ou pas uniquement, le quasi-contrat et le quasi-délit. Mais l'intérêt de cette catégorie était quand même (comme c'était déjà le cas dans la classification de Gaius) de pouvoir classer les obligations qui ne rentraient pas dans les sources ordinaires des obligations.

Toutefois, cette classification incluant les *variis causarum figuris* comme cinquième source des obligations sera critiquée et remise en cause par Bartole et certains de ses successeurs.

C/ La classification chez les Bartolistes.

Les Bartolistes se sont beaucoup inspirés des Glossateurs, au point qu'on a pu écrire que la glose leur sert « de canevas et souvent d'autorité »²⁶⁸. Ils ont ainsi repris et développé le concept de quasi-contrat au point même de laisser penser qu'il s'agissait de leur création. Le quasi-contrat a occupé une grande place dans les écrits des Bartolistes qui ont beaucoup œuvré au développement de celui-ci : « ils ont certainement fortifié et même transformé cette

²⁶⁵ AZON, *Summa Azonis*, Venise, 1610, Lib. IV, *De condict. furtiva*, n°3 p. 79.

²⁶⁶ ACCURSE (F.), *Corpus glossatorum juris civilis*, Fac-sim. De l'éd. de Venise : Baptista de Tortis, 1487, D., 44. 7.

²⁶⁷ VIZIOZ (H.), *op. Cit.*, p. 129.

²⁶⁸ VIZIOZ (H.), *op. Cit.*, p. 137.

notion du quasi-contrat...ils ont peut-être été les agents les plus actifs de sa persistance et de son développement ultérieur »²⁶⁹. A l'inverse, le quasi-délit n'a pas subi une telle évolution, les Bartolistes n'ont fait que reprendre, sans les développer, les travaux des Glossateurs : « le XIVe siècle, si fécond en d'autres matières, marque pour la formation du quasi-délit une phase de cristallisation, sinon d'arrêt »²⁷⁰. Enfin, toujours dans la lignée des Glossateurs, ils reprennent la chaîne de causalité : les sources des obligations donnent naissance aux obligations, et des obligations dérivent les actions personnelles. Mais là où l'on retrouve une divergence, c'est au niveau des sources des obligations.

Plusieurs auteurs, dont Bartole²⁷¹ et Jason de Mayno²⁷², rejettent l'interprétation des Glossateurs selon laquelle les *variis causarum figuris* formeraient une cinquième source d'obligation. Ils font naître toutes les obligations des quatre sources classiques que sont le contrat, le délit, le quasi-contrat et le quasi-délit. Pour ces auteurs, les *variis causarum figuris* désignent en réalité les quasi-contrats et les quasi-délits. On en revient donc ainsi à la classification quadripartite classique des *Institutes* de Justinien. Mais cette opinion n'est pas unanime chez les Bartolistes, et si une grande majorité rejette l'interprétation des Glossateurs, tous n'abandonnent pas la classification en cinq sources. Il existe différents courants de pensée sur le contenu des *variis causarum figuris*. Pour certains, dont Balde²⁷³, cette catégorie renferme des actions, comme l'action *finium regundorum*, qui sont tantôt contractuelle, tantôt délictuelle (selon eux, il s'agit là du sens de *variae*, l'action est soit contractuelle, soit délictuelle). Pour d'autres (P. de Belleperche²⁷⁴, J. de Mayno²⁷⁵), les *variis causarum figuris* regroupent les actions qui sont données par le préteur ou par la loi pour satisfaire l'équité et qui ne supposent aucune obligation préexistante (actions datives). On voit ici apparaître l'idée d'une cinquième source regroupant les obligations nées de la loi ou de l'équité que l'on

²⁶⁹ *Ibidem*.

²⁷⁰ CHASTAIGNET (Y.), *op. cit.*, p. 135.

²⁷¹ BARTOLE, *Opera*, Lyon, J. Sacon et N. Benedictis, 1504-1511.

²⁷² MAYNO (J. de), *Lectura praeclarissima*, Lugduni, 1525.

²⁷³ BALDE, *Commentaires sur le Code*, 1526, Lib. III, Tome I, p. 236.

²⁷⁴ BELLEPERCHE (P.), *Lectura institutionum*, Bologne, Forni, 1972.

²⁷⁵ MAYNO (J. de), *Op. Cit.*, § *rursus*, n° 79-80.

retrouvera notamment chez Pothier et d'autres auteurs. Enfin, B. de Saliceto²⁷⁶ classe dans cette catégorie la *condictio furtiva* à cause de son double élément, réel du côté du demandeur et délictuel à l'égard du défendeur. Celle-ci, n'étant ni totalement contractuelle ni totalement délictuelle, trouve sa place dans la catégorie des *variis causarum figuris*.

Ainsi, il n'existe pas une seule classification des sources des obligations qui s'impose chez les Bartolistes. Bartole tente d'imposer la classification quadripartite, mais pour beaucoup d'auteurs, la cinquième catégorie des *variis causarum figuris* est très utile pour classer certaines actions ne rentrant pas dans les autres catégories comme nous venons de le voir. Pour autant, il n'y a pas non plus un critère qui soit dégagé par ces auteurs pour définir quelles sont les obligations rentrant dans cette catégorie et définissant le sens même des termes *variis causarum figuris*.

Nous venons de voir comment a évolué la classification des sources des obligations au Moyen-âge, dans la continuité de la classification de Justinien. Les siècles suivants marquent une rupture puisqu'ils voient apparaître de nouvelles classifications de moins en moins influencées par le droit romain.

§2 : La classification dans la doctrine moderne.

L'étude de la classification des sources des obligations connaît un nouvel essor à partir du XVI^e siècle, grâce à l'apparition de nouveaux courants de pensée comme la tradition humaniste, puis l'école jusnaturaliste. La première, tout en commentant le droit romain, tente de se détacher de l'analyse des médiévaux et d'améliorer la classification de Justinien (A). L'école du droit naturel, quant à elle, amorcera une véritable révolution sur l'analyse et la classification des sources des obligations (B).

²⁷⁶ Rapporté par Guy Pape, *Opera*, 1570, *Condictio furtiva*.

A/ La classification chez les auteurs Humanistes²⁷⁷.

Les auteurs humanistes se montrent plus ou moins fidèles à la classification des *Institutes* de Justinien, même s'ils rompent avec les écoles précédentes s'agissant de l'interprétation de la notion de *variis causarum figuris*. Cujas²⁷⁸, par exemple, reprend la classification quadripartite (contrat, délit, quasi-contrat et quasi-délit) et rejette les classifications des Glossateurs ou des Bartolistes qui faisaient des *variis causarum figuris* une cinquième source d'obligation, tout comme aussi Hotman²⁷⁹ ou encore Pasquier²⁸⁰. Tous les auteurs admettent désormais que ce qui est désigné dans les *Institutes* par l'expression *variis causarum figuris* ce sont les quasi-contrats et les quasi-délits. Cependant, même s'ils n'admettent pas cette cinquième source d'obligation, les auteurs comme Cujas ou Doneau²⁸¹ ont bien conscience que la classification quadripartite est insuffisante pour ranger toutes les obligations de l'époque. Doneau par exemple conserve comme principe la classification quadripartite, mais admet qu'en dehors de celle-ci il y ait des obligations qui naissent « sans un fait préexistant, de la condition de la personne ou des liens de parenté. C'est le cas de l'obligation alimentaire ou de l'obligation de doter »²⁸². Ces auteurs sont conscients de

²⁷⁷ THIREAU (J.L.), « Hugues Doneau et les fondements de la codification moderne », *Droits*, n°26, 2^e partie, 1997, p. 81-99 ; THIREAU (J.L.), « La doctrine civiliste avant le Code civil », *La doctrine juridique*, Paris, PUF, 1993, p. 26.

²⁷⁸ CUJAS, *Opera priora*, Paris, Fabrot, 1658, T. I, liv. IV, ch. 6, p. 247 : « *Namque agit unusquisque aut cum eo qui ei obligatus est, vel ex contractu vel ex maleficio...Hoc etiam trahi debet ad varias causarum figuras, ex quibus scilicet agitur quasi ex contractu, vel quasi ex maleficio. Sic enim varias causarum figuras accipi oportere ex collatione* » ; ARABAYRE (P.), HALPERIN (J.L.), KRYNEN (J.) (Sous la direction de), *Dictionnaire historique des juristes français*, Paris, PUF, 2007, p. 220, notice L. WINKEL.

²⁷⁹ HOTMAN (F.), *Opera*, 1599, T. II, lib. III, tit. 1, de obligation : « *Quatuor enim modis in obligationis vinculum incidimus : contrahendo, quasi contrahendo, delinquendo, quasi delinquendo* ».

²⁸⁰ PASQUIER (E.), *L'interprétation des Institutes de Justinian*, Paris, A. Durand, 1847, p. 522 : « La générale division des obligations,..., est que les unes son *ex contractu*, les autres *ex quasi contractu, vel ex maleficio, vel ex quasi maleficio* ».

²⁸¹ AUGUSTIN (J.M.), « La classification des sources des obligations de Domat au code civil », *actes des 3^e journée d'études Poitiers-Roma tre*, LGDJ, 2007, p. 120.

²⁸² *Ibidem*.

l'insuffisance de la classification des *Institutes*, pour autant, ils ne cherchent pas à la compléter ou à la faire évoluer pour y faire entrer toutes les sources d'obligations qu'ils connaissent, contrairement à leurs prédécesseurs qui avaient trouvé dans les *variis causarum figuris* un moyen de les classer. Ainsi, Doneau ajoutet-il une cinquième catégorie qui regroupe les obligations qui « résultent de la condition des personnes »²⁸³. En réalité, Doneau ne dit pas clairement que, pour lui, il y a cinq sources d'obligations, il constate simplement qu'il y a des obligations qui n'entrent pas dans la classification classique, dont celles qui sont dues relativement à la condition de la personne ou encore aux liens de parentés²⁸⁴, mais il reste fidèle à la classification de Justinien. Toutefois, cette idée selon laquelle certaines obligations naissent du statut même de la personne est intéressante et influencera de nombreux juristes²⁸⁵.

Malgré l'analyse des auteurs que nous venons de voir, certains continuent à penser que les *variis causarum figuris* constituent une cinquième source d'obligation. C'est le cas de Vinnius qui pense que Gaius en créant les *variis causarum figuris* avait imaginé toutes les hypothèses d'obligations ne se classant ni parmi les contrats ni parmi les délits, et souhaitait ainsi embrasser toutes « les sources extraordinaires d'où peut naître une obligation »²⁸⁶. Vinnius range notamment parmi ces obligations celles qui naissent de la simple équité, ainsi que les obligations qui donnent lieu à des actions *in factum*²⁸⁷. Ainsi, tous les auteurs Humanistes, qu'ils reconnaissent ou non les *variis causarum figuris* comme source d'obligation, sont d'accords pour dire que la classification quadripartite est insuffisante pour classer toutes les obligations, mais ils n'arrivent pas à proposer une nouvelle classification.

²⁸³ EYSSEL (M.A.P.), *Doneau, sa vie et ses ouvrages*, Dijon, 1860, p. 284.

²⁸⁴ DONEAU, *Opera omnia*, Rome, 1830, T. VII, Comm. in Codic., 4.1 : « *Nascitur autem obligatio omnis quae quidem sit aliunde, ex conditione personae, ex certis et constitutes causis. Hae caussae partibus sunt innumerae. In genere sunr quattuor : contractus, maleficium, quasi contractus, quasi maleficum* » ; et T. III lib. 12, Ch. 5, §1.

²⁸⁵ Arndts donne cette source d'obligation dans ses *Pandectes* : ARNDTS, *Lehrbuch der pandekten*, Stuttgart, Gotta, 1886, §229 : «

²⁸⁶ VIZIOZ (H.), *op. Cit.*, p. 152.

²⁸⁷ VINNIUS, *Commentarius academicus et forensis in Inst.*, 1642.

Si les Humanistes sont encore assez fidèles aux *Institutes* et à la classification quadripartite. Au contraire, l'école du droit naturel aborde les sources des obligations sous un nouvel angle et propose de nouvelles classifications qui vont elles-aussi révolutionner le droit des obligations.

B/ La classification des sources des obligations dans le droit naturel²⁸⁸.

L'école du droit naturel moderne s'éloigne sensiblement de la classification quadripartite des *Institutes* de Justinien : les classifications des sources des obligations de quelques auteurs jusnaturalistes préfigurent d'ailleurs certains courants de réflexions du XIXe et XXe siècle sur le droit des obligations. Ces auteurs construisent leur classification des sources des obligations en s'appuyant sur les préceptes du droit naturel. Nous commencerons par étudier les travaux de Grotius (1), avant de voir les classifications originales de Pufendorf (2), Heineccius et Wolff (3).

1 / Grotius.

Grotius, adopte différentes classifications dans ses ouvrages. Dans son *Introduction au droit hollandais*²⁸⁹ (III, 1, 21 et s.), il adopte une classification bipartite : « les obligations naissent soit des contrats ou promesses, soit d'une inégalité ou d'un enrichissement sans cause ». On voit apparaître dans cette classification l'opposition entre l'obligation qui naît de l'engagement volontaire (contrat, promesse), et l'obligation involontaire qui intervient pour

²⁸⁸ SERIAUX (A), *Le droit naturel*, Paris, PUF, 1999 ; DIJON (X.), *Droit naturel : les questions du droit*, Paris, PUF, 1998 ; ROMMEN (H.), *Le droit naturel : histoire, doctrine*, Paris, Egloff, 1945.

²⁸⁹ GROTIUS (H.), *Inleidinge tot de Hollandshe rechts-geleerdheid*, Arnhem, Gouda Quint, 1895.

réparer une inégalité ou un enrichissement sans cause (délits, quasi-délits, quasi-contrats). On peut voir dans cette classification l'origine de la classification de Domat qui opposera plus tard dans son *Traité des lois*²⁹⁰ les engagements volontaires aux engagements involontaires (on sait que Domat a été influencé par les travaux de Grotius)²⁹¹. Mais dans cette classification, Grotius ne dit pas précisément ce qui fait naître l'obligation quand il y a une inégalité. Il propose une autre classification plus développée dans *Le droit de la guerre et de la paix*²⁹². Il s'agit cette fois d'une classification tripartite des sources des obligations que Grotius énonce au début du Livre II : *Des causes de la guerre*, lorsqu'il traite de la juste défense de soi-même. Il explique qu'il y a autant de causes de guerre que de causes de procès car « où les voies de justice manquent, là commence la voie des armes »²⁹³. Il poursuit donc en énonçant les sources des actions en justice (et donc susceptible d'être la cause de guerres). Selon lui, ces actions interviennent soit à propos de « ce qui est nôtre ou ce qui l'a été »²⁹⁴ (actions réelles), soit à propos de ce qui nous est dû « soit par une convention, soit à cause d'un délit, soit en vertu de quelque loi, à quoi il faut rapporter les obligations que le droit romain fonde sur un quasi-contrat ou un quasi-délit, chefs d'où naissent toutes les actions personnelles »²⁹⁵. Ici encore, c'est par le biais de la relation action/obligation que l'auteur évoque les sources des obligations. Pour Grotius, il y a donc trois sources d'obligation qui sont la convention, le délit et la loi. L'élément essentiel ici est la présence de la loi comme source spéciale d'obligation. Grotius précise que cette catégorie englobe les obligations que le droit romain classait parmi les quasi-contrats et les quasi-délits. Grotius supprime donc ces deux catégories, et les range parmi les obligations qui naissent de la loi. On retrouve alors une classification proche de celle de Gaius, sauf que les *variae causarum figuris* sont remplacées par le terme « loi ». Grotius ne précise pas pourquoi il ajoute la loi au contrat et au délit pour compléter les sources des obligations. Il précise seulement que cette catégorie comprend les

²⁹⁰ DOMAT (J.), *Traité des lois*, Paris, Joseph Rémy, 1994.

²⁹¹ GILLES (D.), *La pensée juridique de Jean Domat*, Aix-Marseille, 2004.

²⁹² GROTIUS (H.), *Le droit de la guerre et de la paix*, (nouvelle traduction par J. Barbeyrac), Amsterdam, P. de Coup, 1724, livre II, ch. 1, n°5 p. 207.

²⁹³ GROTIUS (H.), *Op. Cit.*, p. 206.

²⁹⁴ *Ibidem*.

²⁹⁵ *Ibidem*.

quasi-contrats et les quasi-délits, ce qui sous-entend que l'auteur ne trouvait pas ces catégories adaptées. Il préfère regrouper toutes les obligations qui ne naissent ni du contrat ni du délit dans une catégorie générique, celle des obligations qui naissent de la loi. La difficulté pour analyser cette classification, c'est que Grotius ne précise pas pourquoi certaines obligations naissent de la loi, ni quelles sont ces obligations. On peut ainsi se demander pourquoi il ne fait pas entrer les délits dans les obligations légales. Toutefois, en dépit de ce manque d'explications, cette classification contrat-délit-loi est très intéressante et sera souvent utilisée et développée par les auteurs du XIXe siècle.

2/ Pufendorf²⁹⁶.

Pufendorf propose également une classification intéressante dans son ouvrage *Le droit de la nature et des gens*²⁹⁷. On peut remarquer déjà que le titre du livre III constitue presque en lui-même une classification des sources des obligations. En effet ce livre s'intitule : « Où il est traité des devoirs absolus des hommes les uns envers les autres, et des promesses ou des conventions en général ». On voit apparaître ici une classification bipartite entre les obligations issues des devoirs absolus (naturels) des hommes entre eux, et les obligations qui naissent de la volonté des hommes (promesses et conventions). On sent bien l'opposition qui existe dans la théorie de Pufendorf entre les obligations naturelles qui naissent dans l'intérêt de tous (devoirs absolus de l'homme), et celles qui ne naissent que pour l'intérêt particulier d'une personne (promesse, contrat).

Ainsi, dans les trois premiers chapitres de ce livre, l'auteur expose quels sont ces devoirs absolus de l'homme. De ce fait, le chapitre 1 intitulé : « Qu'il ne faut faire de mal à

²⁹⁶ GOYARD-FABRE (S.), *Pufendorf et le droit naturel*, Paris, PUF, 1994 ; LAURENT (P.), *Pufendorf et la loi naturelle*, Paris, Vrin, 1982.

²⁹⁷ PUFENDORF (S.), *Le droit de la nature et des gens (traduction de Jean Barbeyrac)*, Bâle, chez E. et J.R. Thourneisen, 1732.

personne ; et que, si l'on a causé du dommage, on doit le réparer », renvoie au délit et au quasi-délit qui sont donc classés parmi les obligations naturelles de l'homme. Cela semble logique que le fait de réparer les dommages causés apparaisse comme un devoir naturel de l'homme, puisque de tout temps, on a trouvé des traces de compensation ou de réparation des dommages causés. Il s'agit là d'un des principes fondateurs du droit naturel qui rappelle les *praecepta iuris* d'Ulpien et des *Institutes* de Justinien (*alterum non laedere*). Dans les chapitres suivant, il renvoie à des obligations plus générales que doit remplir l'homme, comme le fait de respecter l'égalité naturelle entre les hommes (chapitre 2), mais il précise²⁹⁸ que *ne pas faire de mal autrui* (chapitre 1) et *le traiter à sa juste valeur* ne suffisent pas et que les hommes ont d'autres devoirs qui ont pour objectif de *se faire du bien les uns aux autres* (chapitre 3) : « Pour former entre les Hommes une liaison plus étroite, il faut que l'on se fasse quelque bien les uns aux autres »²⁹⁹. Il nous explique par la suite qu'il existe différentes manières de faire du bien à autrui : « On peut procurer l'avantage d'autrui, ou d'une manière indéterminée, ou d'une manière déterminée ; et cela, ou sans qu'il nous en coûte rien, ou en y contribuant quelque chose du nôtre »³⁰⁰. De manière indéterminée, il s'agit de prendre soin de soi et de cultiver son âme et son corps afin de pouvoir rendre service à autrui sans même le vouloir (notamment par des inventions qui faciliteraient la vie) ; de manière déterminée, il s'agit cette fois de servir son prochain de manière intentionnelle.

Par opposition à ces devoirs absolus, Pufendorf présente dans le chapitre 5 les promesses et les conventions. Il justifie leur existence par le fait que la nature humaine étant imparfaite, les hommes ont parfois besoin de contre-parties ou d'intérêts pour s'engager, si bien que les devoirs absolus ne sont pas toujours suffisants. C'est pourquoi, pour le bon fonctionnement de la société, les hommes doivent rendre plus fréquent l'échange de services et doivent traiter ensemble : « Par cet effet, il fallait que deux ou plusieurs personnes déterminassent d'un commun accord ce que l'une serait obligée de faire en faveur de l'autre, et ce qu'elle devait en attendre à son tour, ou ce qu'elle pourrait en exiger de plain droit. C'est

²⁹⁸ PUFENDORF (S.), *Op. Cit.*, p. 293.

²⁹⁹ *Ibidem*.

³⁰⁰ *Ibidem*.

ce qui se fait par des conventions, ou par des promesses »³⁰¹. Ainsi, les conventions interviennent pour suppléer les devoirs naturels. Elles permettent d'assurer suffisamment l'échange de services et de biens nécessaire à la société. La définition de la convention implique, chez Pufendorf, l'existence d'un rapport synallagmatique. Elle se définit plus par ses effets que par son mode de formation. Si les hommes traitent entre eux, c'est parce qu'ils y ont des intérêts. Les termes mêmes de la convention étant déterminés par ses acteurs, ceux-ci y trouvent plus facilement un intérêt que dans les obligations imposées par la nature. C'est d'ailleurs ce qu'explique Pufendorf : pour lui la différence entre les deux espèces d'obligations de sa classification est que « tout ce que l'on fait dans les conventions tend plutôt à notre propre intérêt, qu'à l'avantage de celui avec qui l'on traite : au lieu que dans la pratique des Devoirs de l'Humanité on se propose uniquement de rendre service à autrui »³⁰². Il y a une complémentarité entre les Lois de l'Humanité et les conventions, les premières ont pour but de procurer des avantages à autrui et les secondes sont réalisées dans notre propre intérêt : « Les Lois de l'Humanité, et les conventions, fournissent tour à tour le fondement et le principe de nos Devoirs mutuels : car ce que les Lois de l'Humanité toute seule ne sauraient produire, ou ne produisent pas ordinairement, les conventions le procurent ; et lorsque les conventions manquent, les Lois de l'Humanité y suppléent »³⁰³.

La classification que nous venons d'étudier est celle qui est dictée par le plan du livre III de l'ouvrage de Pufendorf qui oppose les devoirs absolus de l'homme, aux promesses et conventions. Mais dans ses développements, lorsqu'il justifie de la nécessité des promesses et conventions au chapitre 4, Pufendorf présente sa classification sous d'autres termes. En effet au §3 du chapitre 4, lorsqu'il étudie les conventions, Pufendorf livre une véritable étude des sources des obligations qui aurait sans doute méritée de prendre place au début de ce chapitre : « Avant que d'entrer dans la matière des engagements , il ne sera pas hors de propos d'indiquer ici d'abord les principales sortes d'obligation »³⁰⁴. La classification qu'il livre correspond à celle que nous venons d'étudier, seuls les termes changent : « On divise donc les

³⁰¹ PUFENDORF (S.), *Op. Cit.*, p. 349.

³⁰² PUFENDORF (S.), *Op. Cit.*, p. 349.p

³⁰³ *Ibidem.*

³⁰⁴ PUFENDORF (S.), *Op. Cit.*, p. 350.

obligations en naturelles et accessoires »³⁰⁵. Puis il consacre des développements intéressants aux obligations naturelles (les obligations accessoires sont quant à elle traitées dans le chapitre 5). Il précise que ce sont celles qui résultent de la nature même des hommes. La première de ces obligations est d'adorer Dieu et d'obéir à ses lois, lois qui constituent les devoirs absolus étudiés précédemment. D'un point de vue psychologique, la croyance joue donc un rôle essentiel dans cette classification dans laquelle la principale obligation est d'obéir à Dieu. Pufendorf consacre même de longs développements à l'importance de l'obéissance à Dieu et la condamnation de l'athéisme, question sur laquelle il s'oppose à Hobbes³⁰⁶ pour qui l'athéisme n'est qu'une simple faute d'imprudence et non un péché, parce que, un athée n'ayant jamais reconnu l'existence de Dieu, n'a jamais soumis sa volonté à celle de cet « être souverain »³⁰⁷. De ce fait, un athée n'est pas tenu d'obéir aux Lois divines dans la théorie de Hobbes car « on ne saurait avoir un empire souverain sur ceux qui ne nous l'on pas déféré par leur propre consentement ». Dans la pensée de Hobbes c'est le consentement qui est déterminant : les athées, n'ayant pas choisi de se soumettre à la volonté de Dieu, ne sont donc pas obligés par les Lois divines. Ces idées sont opposées à celles de Pufendorf qui rejette les arguments de l'auteur britannique. Pour lui, le consentement n'a rien à faire ici. Il répond à Hobbes qu'il est faux de dire que tout *imperium* dépend du consentement de celui sur qui on l'exerce et il soutient que le consentement n'intervient qu'entre des « créatures naturellement égales »³⁰⁸. C'est donc uniquement entre les humains que la volonté joue un rôle au travers des conventions pour que les personnes s'engagent. Dieu n'a besoin d'aucun consentement pour imposer son autorité : « Osera-t-on soutenir que Dieu n'ait aucun droit de commander à sa créature, à moins qu'elle ne se soumette volontairement à son empire ? »³⁰⁹. Ainsi, pour Pufendorf, les Athées, qui ne se soumettent pas à la volonté de Dieu, se rendent-ils coupables du crime de lèse-majesté divine. L'opposition sur ce point entre les deux auteurs est intéressante : on voit que d'un côté Hobbes privilégie le consentement dans la relation

³⁰⁵ *Ibidem.*

³⁰⁶ PUFENDORF (S.), *Op. Cit.*, p. 351 et s. .

³⁰⁷ HOBBS (T.), *De cive : ou les fondements de la politique*, (traduction S. Sorbière), Paris, Sirey, 1981, Chap. XIV, §19 et Chap. XV, § 2.

³⁰⁸ PUFENDORF (S.), *Op. Cit.*, p. 351.

³⁰⁹ *Ibidem.*

d'obligation, alors que de son côté Pufendorf fait de l'autorité divine la principale cause d'obligation. Pour lui, le consentement n'intervient que dans les relations entre hommes (dans les obligations accessoires), mais pas dans les obligations naturelles qui s'imposent à tous par l'autorité de Dieu.

Ainsi, dans la classification de Pufendorf, il existe une hiérarchie entre les sources. Les obligations les plus importantes sont celles imposées par les Lois divines, les autres ne sont qu'accessoires (comme leur nom l'indique), et n'interviennent entre les hommes que pour compléter les obligations naturelles. L'autre différence essentielle est que les obligations accessoires (promesse et contrat) sont utilisées par l'homme dans son propre intérêt, là où les obligations naturelles s'imposent à l'homme dans l'intérêt de son prochain. On peut donc dire que cette classification oppose les obligations qui naissent de la volonté divine et s'impose à tous (obligations naturelles) aux obligations qui naissent de la volonté humaine par le biais du consentement entre deux ou plusieurs personnes (promesses, contrats). Cela s'explique car dans la pensée de Pufendorf la principale source d'obligation est la loi naturelle qui impose des devoirs aux hommes selon les préceptes du droit naturel. Mais l'homme étant une « créature » imparfaite, il a des besoins qui se réalisent par la conclusion de contrats, et qui forment la seconde source d'obligation. Il est donc intéressant de noter que chez Pufendorf, l'attachement à la réparation de la faute (qui a son fondement dans les lois naturelles) est plus grand que la bonne exécution des contrats (contrat qui a sa source dans les obligations « accessoires »).

3/ Heineccius.

Heineccius³¹⁰ construit sa classification autour du rôle de la loi³¹¹. Il est précurseur en ce domaine et cette idée sera très largement reprise et développée par Pothier et une partie de la doctrine française du XIXe siècle. Pour lui, toutes les obligations prennent naissance dans la loi qui leur donne leur force obligatoire. Dans tous les cas, c'est la loi qui est directement ou indirectement à l'origine de l'obligation. On peut toutefois distinguer les obligations qui naissent directement (ou immédiatement) de la loi ou de l'équité comme l'obligation de doter ou l'obligation alimentaire, et qui sont donc purement légales, des obligations qui découlent de la loi médiatement, c'est-à-dire par l'intermédiaire d'un fait licite ou illicite. Parmi les obligations qui naissent d'un fait licite on retrouve le contrat et le quasi-contrat, et pour celles qui proviennent d'un fait illicite, le délit et le quasi-délit. Grâce à cette analyse, Heineccius réussit à classer efficacement toutes les sources d'obligations par l'intermédiaire de la loi. Ses travaux influenceront également Pothier³¹² qui ajoutera la loi comme cinquième source d'obligation, et donc indirectement notre Code civil.

³¹⁰ HEINECCIUS, *Elementa juris secundum ordinem Pandectarum*, Francfort, 1770.

³¹¹ VIZIOZ (H.), *op. Cit.*, p. 153.

³¹² BUGNET, *Œuvres de Pothier, Tome II : Traité des obligations*, Paris, Plon, 1861, p. 3 : « Il est de l'essence des obligations ; 1° qu'il y ait une cause d'où naît l'obligation... Les causes des obligations sont les contrats, les quasi-contrats, les délits, les quasi-délits ; quelquefois la loi ou l'équité seule ».

4/ Wolff.

On retrouve également chez Wolff dans ses *Principes du droit de la nature et des gens*³¹³ une analyse des sources des obligations qui le conduit à faire différentes distinctions parmi les sources d'obligations.

On trouve la première de ces distinctions au Tome I de son ouvrage, où Wolff oppose les obligations naturelles aux obligations contractées. Cette classification est originale notamment par la définition que donne l'auteur de chacune de ces catégories. Selon lui, l'obligation naturelle « est celle qui a sa raison prochaine et immédiate dans la nature et dans l'essence de l'homme, ou du moins celle qui dérive d'une telle obligation primitive, sans le concours d'aucune autre raison étrangère »³¹⁴. Pour expliciter cette définition, Wolff donne l'exemple de l'obligation de conserver son corps (« dont la violation irait à la ruine de notre nature »³¹⁵) qui constitue l'obligation naturelle en elle-même ; et la modération dans l'usage des aliments qui est l'obligation qui en dérive, car l'abus d'aliments est nuisible à la conservation du corps. En dehors de cette distinction, sa vision de l'obligation naturelle est assez classique et semblable à celle des autres auteurs jusnaturalistes. La seconde catégorie d'obligations est plus originale : l'obligation contractée est « celle qui n'a pas sa raison prochaine dans la nature, ni même dans quelque obligation naturelle, mais qui n'existe qu'en conséquence de quelque fait particulier »³¹⁶. L'auteur en donne pour exemple l'obligation d'élever ses enfants, qui suppose l'acte de la génération. Cette obligation se caractérise donc par l'existence d'un fait. C'est en cela que Wolff marque sa différence : il ne fonde pas l'obligation contractée sur l'existence d'un consentement mais sur l'existence d'un fait. Cette obligation ne renvoie pas au contrat au sens classique du terme, le terme « contractée » signifie simplement que l'obligation résulte d'un fait par lequel son auteur se trouve engagé. L'obligation contractée

³¹³ WOLFF (C.), *Principes du droit de la nature et des gens* (par Jean-Henry-Samuel Formey), Amsterdam, chez Marc-Michel Rey, 1758.

³¹⁴ WOLFF (C.), *Op. Cit.*, Liv. 1, Chap. 1, n° V.

³¹⁵ *Ibidem*.

³¹⁶ WOLFF (C.), *Op. Cit.*, Liv. 1, Chap. 1, n° VI.

s'oppose donc à l'obligation naturelle. Aux obligations dérivant de la nature s'oppose les obligations dérivant de l'action de l'homme.

Après avoir évoqué dans son introduction l'opposition entre obligation naturelle et obligation contractée, il propose une autre distinction dans le plan de son livre I. Wolff explique alors que l'homme est obligé par trois sortes de devoirs : les devoirs envers lui-même, les devoirs envers les autres, et les devoirs envers Dieu. La première catégorie (devoirs de l'homme envers lui-même³¹⁷) se divise à son tour en trois espèces : il s'agit des devoirs à l'égard de son âme, de son corps et de son Etat externe³¹⁸. On peut citer comme exemple l'obligation d'utiliser de façon maximale ses facultés naturelles³¹⁹, ou encore l'obligation capitale qui est la recherche du bonheur³²⁰. La deuxième catégorie regroupe les devoirs envers les autres³²¹, comme celui de porter secours à autrui³²², ou encore l'interdiction de l'homicide volontaire³²³. Enfin, la dernière catégorie concerne les devoirs de l'homme envers Dieu³²⁴. Il s'agit là par exemple de l'obligation de pratiquer le culte³²⁵, d'obéir à Dieu³²⁶, de ne pas blasphémer³²⁷. En réalité, même s'il ne le dit pas, l'auteur ne classe ici que les obligations naturelles. Les obligations « contractées » seront évoquées plus tard dans l'ouvrage. Il y a là une certaine incohérence qui rend la réflexion de Wolff un peu confuse car, d'une part, il ne précise pas qu'il ne présente que les obligations naturelles quand il parle des devoirs de l'homme, mais surtout on ne retrouve pas par la suite le terme d'obligation « contractée ». Il semblerait que la seconde catégorie d'obligations soit étudiée dans les livres 4 et 5 de l'ouvrage. On peut reprocher à Wolff son plan maladroit qui lui fait traiter des obligations

³¹⁷ WOLFF (C.), *Op. Cit.*, Liv. 1, Chap. 2.

³¹⁸ WOLFF (C.), *Op. Cit.*, Liv. 1, Chap. 2, n° I.

³¹⁹ WOLFF (C.), *Op. Cit.*, Liv. 1, Chap. 2, n° III.

³²⁰ WOLFF (C.), *Op. Cit.*, Liv. 1, Chap. 2, n° XLVI.

³²¹ WOLFF (C.), *Op. Cit.*, Liv. 1, Chap. 3.

³²² WOLFF (C.), *Op. Cit.*, Liv. 1, Chap. 3, n° XX.

³²³ WOLFF (C.), *Op. Cit.*, Liv. 1, Chap. 3, n° LXXXVIII.

³²⁴ WOLFF (C.), *Op. Cit.*, Liv. 1, Chap. 4.

³²⁵ WOLFF (C.), *Op. Cit.*, Liv. 1, Chap. 4, n° II.

³²⁶ WOLFF (C.), *Op. Cit.*, Liv. 1, Chap. 4, n° XVIII.

³²⁷ WOLFF (C.), *Op. Cit.*, Liv. 1, Chap. 4, n° XV.

naturelles au tout début de son ouvrage, et des obligations « contractées » seulement aux livres 4 et 5 (les livres 2 et 3 étant consacré à la propriété), sans même reprendre ce terme. Il est donc difficile de retrouver la logique de sa classification dans le plan et dans les développements. Nous allons tout de même étudier les livres 4 et 5 qui semblent receler une classification, mais uniquement des obligations « contractées » cette fois.

Le Livre 4 s'intitule *Des actes particuliers qui tendent à l'utilité des autres, où il s'agit des donations, des contrats, et des quasi-contrats*, et le Livre 5 *Des autres contrats onéreux, des quasi-contrats, et du droit qu'on peut donner à un autre sur son propre bien*. La première remarque que l'on peut faire est que Wolff utilise le terme quasi-contrat, ce qui est assez rare chez les jusnaturalistes, pour le définir de manière assez intéressante (Section 3). On peut aussi se demander pourquoi le quasi-contrat apparaît dans le titre des deux livres : cette répétition ajoute encore à la confusion car, en réalité, les quasi-contrats ne sont évoqués que dans le livre 5. De même, la distinction entre les actes qui tendent à l'utilité des autres et ceux qui tendent au propre intérêt de l'auteur n'est pas très claire non plus. Le livre dédié aux actes tendant à l'utilité des autres est divisé en plusieurs chapitres, le premier étant consacré aux actes purement bienfaisants³²⁸ (*mere beneficis*) et traitant essentiellement de la donation. On voit bien ici la logique de l'acte utile à autrui dans la donation : « On appelle donation un acte purement bienfaisant, par lequel nous donnons quelque chose à un autre ; et cette chose se nomme don »³²⁹. Cela est confirmé par la précision que Wolff apporte à propos de la cause des donations : « Il n'est pas nécessaire qu'une donation ait une cause expresse pour être valable »³³⁰. Il y a ensuite un chapitre consacré aux « contrats bienfaisants » que Wolff définit comme « des contrats où toute utilité est pour une des parties contractantes »³³¹. Il donne l'exemple du prêt où une personne cède gratuitement l'usage de sa chose pendant un certain temps, il s'agit là encore d'un acte fait dans l'intérêt d'autrui. Les choses sont plus discutables quant au dernier chapitre qui s'intitule « Des actes permutatoires, ou contrats

³²⁸ WOLFF (C.), *Op. Cit.*, Liv 4, Chap. 1.

³²⁹ WOLFF (C.), *Op. Cit.*, Liv 4, Chap. 1., n° XXII.

³³⁰ WOLFF (C.), *Op. Cit.*, Liv 4, Chap. 1., n° XXXVII.

³³¹ WOLFF (C.), *Op. Cit.*, Liv 4, Chap. III, n° I.

onéreux »³³². Wolff cite tout d'abord comme exemple l'échange³³³, or comme il le dit lui-même, une des caractéristiques de l'échange est qu'il faut qu'il y ait égalité entre les choses échangées. On a déjà plus de mal à voir pourquoi ce contrat est classé parmi ceux qui sont faits dans l'intérêt d'autrui car ici les intérêts sont égaux. Peut être Wolff considère-t-il que, puisqu'il n'y a pas d'avantage tiré par aucune des parties, on est encore dans la catégorie des actes tendant à l'utilité des autres (alors que l'utilité est ici réciproque). Mais, toujours dans ce chapitre, il parle ensuite de l'achat et de la vente, en précisant qu'il s'agit d'un contrat onéreux où une personne vend une chose qu'elle remet à l'acheteur contre une somme d'argent. Ici encore, plus que pour l'échange, il est difficile de justifier en quoi le contrat de vente est un contrat fait dans l'intérêt de l'autre, et d'ailleurs l'auteur n'évoque à aucun moment cet aspect dans ce chapitre, il semble avoir oublié l'intitulé du livre. Est-ce là une simple maladresse, ou bien souhaitait-il réellement ranger le contrat de vente dans ce chapitre ? Dans ce cas, c'est le manque d'explication qui nuit à la clarté de son exposé car il aurait fallu qu'il explique en quoi ce contrat tend à l'utilité des autres. La confusion procède également du titre du livre 5 : *Des autres contrats onéreux, des quasi-contrats, et du droit qu'on peut donner à un autre sur son propre bien*, qui non seulement reprend les quasi-contrats, mais surtout ne précise pas en quoi ces contrats onéreux sont différents de ceux du chapitre précédent. On a l'impression qu'il n'existe pas de logique dans ce découpage : pourquoi certains contrats onéreux sont-ils traités dans le livre 4 et d'autres dans le 5 ? Pourquoi les quasi-contrats annoncés parmi les actes tendant à l'utilité des autres sont-ils finalement traités dans le livre 5 ? Il est difficile d'apporter des réponses à ces questions. Après étude du livre 5, on peut toutefois apporter quelques éléments d'explication. Il semblerait que les contrats onéreux du livre 4 soient ceux pour lesquels on ne retire pas un plus grand avantage que son cocontractant, comme dans l'échange (qui doit être équilibré), ou la vente dans laquelle le prix payé correspond à la chose vendue. Au contraire, dans le livre 5, Wolff donne l'exemple du contrat de change³³⁴ dans lequel une partie est rémunérée pour pratiquer le change de la monnaie. Elle tire donc un avantage du contrat. Wolff cite également

³³² WOLFF (C.), *Op. Cit.*, Liv 4, Chap. IV, n° I.

³³³ POUGHON (J.M.), *Histoire doctrinale de l'échange*, Paris, LGDJ, 1987.

³³⁴ WOLFF (C.), *Op. Cit.*, Liv. 5, Chap. 1, n° I.

le contrat de louage dans lequel une partie est rémunérée pour effectuer un service. On peut critiquer cette classification de Wolff, car si dans les exemples précédents un des contractants tire profit pécuniairement du contrat, l'autre va obtenir un service et le contrat aura servi l'intérêt des deux parties. D'ailleurs, Wolff se confronte lui-même à cette contradiction lorsqu'il écrit : « Le contrat *do ut facias* peut être considéré comme celui d'achat et de vente, en mettant l'action au lieu de la marchandise, et ce que l'on donne à la place du prix de cette marchandise »³³⁵. La distinction qu'il fait parmi les contrats onéreux est donc assez artificielle et peu efficace, et le manque d'explication de l'auteur sur le critère de classification des contrats onéreux n'arrange rien. Un chapitre est ensuite consacré aux quasi-contrats³³⁶, mais là encore rien ne justifie pourquoi ils sont étudiés dans ce livre et non dans le précédent (comme annoncé dans le titre du livre 4).

L'ouvrage de Wolff est donc intéressant du point de vue de sa classification bipartite : obligations naturelles/obligations « contractées », ainsi que pour son analyse des obligations naturelles, mais il est beaucoup plus confus sur les contrats. D'une manière plus générale, l'école du droit naturel a apporté des réflexions très importantes sur le droit des obligations, et également des classifications originales qui influenceront profondément la doctrine du XIXe siècle et le Code civil. Mais en dehors du droit savant, la classification des sources des obligations a également évolué au travers du droit coutumier.

³³⁵ WOLFF (C.), *Op. Cit.*, Liv. 5, Chap. 1, n°LXXXV.

³³⁶ Nous traiterons de la vision du quasi-contrat de Wolff dans le § 3. consacré aux quasi-contrats et quasi-délits.

Section 2 : La raréfaction de la classification des sources des obligations dans les coutumiers.

Nous allons étudier à présent la période du droit coutumier français afin d'essayer d'y retrouver les traces d'une classification des obligations selon leur source. Cette période est marquée par une absence assez générale de systématisation du droit, celui-ci étant surtout abordé dans ses aspects pratiques et techniques. Pour mieux cerner la place de la classification des obligations selon leur source durant cette période, nous étudierons les coutumes en elles-mêmes (§1), mais aussi les œuvres des auteurs coutumiers (§2).

§1 : La classification dans les coutumes et coutumiers.

Pour cette étude du droit coutumier, nous avons analysé un grand nombre de coutumiers afin d'y déceler toute trace de classification des obligations selon leur source. Nous avons décidé de ne présenter qu'une partie de ces coutumiers assez représentative de l'ensemble, car dans la plupart des cas nous retrouvons des situations similaires dans plusieurs coutumiers. Il faut tout d'abord signaler que dans un grand nombre de coutumiers, on ne retrouve aucune partie relative aux obligations et donc encore moins de classification des obligations. Cette absence assez générale de classification s'explique par le fait qu'à cette époque, le droit, et plus spécialement le droit des obligations, est traité d'une manière très pratique. Il n'y a que très peu de théorie ou de systématisation, et quand bien même nous retrouvons une classification, celle-ci est souvent inspirée des *Institutes* de Justinien et ne présente donc que très peu d'originalité. Il convient tout de même de signaler certains de ces coutumiers datant du moyen-âge (A), ou de temps moins anciens (B).

A/ Les recueils coutumiers médiévaux.

Nous nous intéresserons dans un premier temps aux *Coutumes de Beauvaisis* de Philippe de Beaumanoir³³⁷, où l'on ne retrouve pas de classification des obligations, et où il est rarement fait allusion aux sources des obligations. Ce texte est très représentatif de l'état du droit des obligations au XIII^e siècle, c'est-à-dire d'un droit qui se résume très largement au droit des contrats. A plusieurs reprises *Les coutumes de Beauvaisis* confondent en effet les termes contrat (ou convenance) et obligation. L'un et l'autre sont employés indifféremment pour désigner les mêmes actes. Une grande place est ainsi laissée au contrat, ce qui reflète bien l'importance prise par celui-ci dans la vie juridique de cette époque. En revanche, aucune référence au quasi-délit, et les délits ne sont abordés que dans leur aspect pénal. Il convient donc d'étudier le chapitre 34 de ce recueil, qui est consacré aux convenances (contrats)³³⁸ et s'intitule : « Des convenances, des marchiés et des fermes ; et des choses qui sont obligies sans convenances ». Dans ce chapitre, il est question des obligations qui naissent d'un contrat, mais aussi des obligations qui naissent sans convenances, c'est-à-dire sans contrat : « Aucunes choses sont obligies d'elles mêmes tout sans convenances »³³⁹. Il est intéressant de remarquer que le plan de ce chapitre ressemble à celui qui sera repris par Pothier et que l'on retrouve dans le Code civil, avec, d'une part, les contrats et, de l'autre, les obligations qui se forment sans convention. On sent ainsi que déjà à l'époque de Beaumanoir, le contrat est la source principale de formation des obligations, tandis que le reste n'est qu'accessoire. Ce qui est visé dans cette seconde hypothèse, ce sont les cas où une personne se trouve obligée sans que cette obligation ne naisse directement d'un lien contractuel. Le débiteur ne choisit pas de s'engager envers le créancier. Cependant, même si le plan ressemble à celui de Pothier, on ne retrouve pas les autres sources d'obligations parmi celles qui naissent sans convenances : il n'est pas question des délits, quasi-délits et quasi-contrats. Toutefois, on peut rapprocher les

³³⁷ BEAUMANOIR (P. de), *Coutumes de Beauvaisis*, Tome I par A.M. Salmon, réimpression de l'édition originale de 1899, Paris, Picard, 1970. ARABAYRE (P.), HALPERIN (J.L.), KRYNEN (J.) (Sous la direction de), *Dictionnaire historique des juristes français*, Paris, PUF, 2007, p.55-57, article de G. Giordanengo.

³³⁸ BEAUMANOIR (P. de), *op. cit.*, Tome II, p. 1.

³³⁹ BEAUMANOIR (P. de), *op. cit.*, Tome II, p. 9, n° 1018.

hypothèses d'obligations naissant sans convenances de celles qui naissent de la loi. En effet, dans les exemples donnés dans ce chapitre, c'est de la coutume que naît l'obligation³⁴⁰. Un des cas cités est celui du contrat de louage, plus spécifiquement le droit de gage du bailleur sur les meubles qui garnissent le logement³⁴¹ : si le locataire ne paye pas le loyer et s'il a des biens lui appartenant dans la maison, alors la coutume autorise le bailleur à prendre ces biens pour se payer. Les autres exemples donnés par Beaumanoir sont similaires : à chaque fois, c'est la coutume qui fait naître l'obligation. Au fond, *les coutumes de Beauvaisis* distinguent entre les obligations qui naissent des convenances (contrat) et celles qui naissent de la coutume. C'est une classification que l'on retrouvera beaucoup plus tard et qui connaîtra un grand succès au XIX^e siècle, où la coutume sera remplacée par la loi. Si le contrat et la coutume sont évoqués, qu'en est-il des autres sources classiques d'obligation ?

Concernant le délit, le chapitre 30 intitulé « Des méfaits » traite seulement de l'aspect pénal des actes délictueux. Le délit source d'obligation civile n'est, quant à lui, pas évoqué. Mais, on retrouve tout de même la présence d'une autre source d'obligation que le contrat dans ce texte, il s'agit du quasi-contrat. Celui-ci n'apparaît pas en tant que source des obligations comme à Rome. On ne retrouve pas non plus le terme « quasi-contrat », mais un des cas classiques de quasi-contrat est cité. Il s'agit de la gestion d'affaires, évoquée dans le chapitre consacré au mandat³⁴². Après l'énoncé des différentes hypothèses donnant naissance à un contrat de mandat, est évoqué le cas où le gérant agit spontanément sans mandat : c'est l'exemple de la personne agissant pour sauver la maison de son voisin qui est visée ici³⁴³. En réalité, l'expression quasi-contrat n'est jamais utilisée, mais il s'agit de régler en pratique une situation proche du mandat. Cela reflète une fois encore l'esprit du droit à cette époque : il ne s'agit pas de théoriser et d'évoquer des concepts mais plutôt de régler des problèmes concrets.

³⁴⁰ BEAUMANOIR (P. de), *op. cit.*, Tome II, p. 9, n° 1018 : « Aucunes causes sont obligés de elles meismes tout sans convenances ; si comme je loue me meson, soit en fief ou en heritage vilain, et cil à qui je l'ai loué a de ses biens porté en le dite meson et ne me paie pas mon louage, je puis penre du sien sans justice, par coustume, tant que je sois paies de mon louage ».

³⁴¹ Cf. DEROUSSIN (D.), *Le juste sujet de croire dans l'ancien droit français*, Paris, De Boccard, 2001, p. 101 et s.

³⁴² BEAUMANOIR (P. de), *op. cit.*, Tome I, ch. XXIX, p. 418, n° 813.

³⁴³ cf. *infra* :§3 : L'évolution du quasi-contrat et du quasi-délict dans l'ancien droit.

Ainsi, même si en pratique on retrouve toujours des exemples de ce que les romains appelaient quasi-contrats, délits, quasi-délits, ceux-ci ne sont pas rangés dans des catégories clairement identifiées. Aucune source des obligations n'est explicitement exposée, donc encore moins une classification de ces sources. Le terme obligation est lui-même dans la plupart des cas réservé au contrat, et ce dans beaucoup de coutumiers. Mais il y a tout de même des textes dans lesquels on retrouve la perspective romaine du terme d'obligation et du droit des obligations, c'est le cas du *Grand coutumier de France*³⁴⁴.

Une des principales sources du moyen-âge est *Le grand coutumier de France*, rédigé au XIV^e siècle. Celui-ci consacre tout un chapitre aux obligations (Chapitre X : De obligation). Dans ce texte nous retrouvons une classification des obligations selon leur source directement inspirée des *Institutes* de Justinien : « Si comme le droict dit en l'institute : obligation est mère des actions, car selon raison je ne puis aucun traire en jugement se il n'est obligé. Obligation procède par quatre manières : par contract, ou ainsi comme contract, par maléfice ou ainsi comme maléfice »³⁴⁵ (on retrouve une classification semblable dans le *Style des frères Maucreux* datant du XIV^e siècle)³⁴⁶. La première chose à noter est que bien que ce passage du *Grand coutumier de France* donne une classification des obligations, le terme « source » n'est pas utilisé. Cette tournure de phrase semble là encore empruntée au droit romain et aux *Institutes* de Justinien, qui lui, employait le terme *species*³⁴⁷ pour désigner les quatre sources d'obligation. Ceci nous montre bien qu'à cette époque il n'y a pas encore d'analyse de la part des juristes coutumiers sur la question des sources des obligations, mais qu'il s'agit d'une simple reprise du droit romain. Ce texte est très intéressant car la suite de ce passage illustre chacune des catégories par des exemples. Cela permet de se rendre compte des différentes obligations comprises dans chacune de ces catégories à l'époque (ce qui est

³⁴⁴ DARESTE (R.), LABOULAYE (E.), *Le grand coutumier de France*, nouvelle édition, Paris, Durand et Pedone-Lauriel, 1868.

³⁴⁵ DARESTE (R.), LABOULAYE (E.), *Op. cit.*, p. 201.

³⁴⁶ PILLET (S.), « Les ordonnances de plaidoyer de bouche et par escript des frères Maucreux (BnF.ms.fr 19832 », *Revue historique de droit français et étranger*, 2006, p. 177-228 : « Obligation est mere des actions, car selon raison je ne puis aucun traire à jugement se il n'est mon obligé. Obligation procede par quatre manières, par contrait et aussi come contrait, par malefice et aussi come malefice » p. 184.

³⁴⁷ *Institutes*, III, 13, 2.

notamment très utile pour l'étude des quasi-contrats et des quasi-délits dans l'ancien droit qui fera l'objet de la Section 3). Concernant le contrat, on retrouve de nombreux exemples énumérés dans le texte : « Obligation par contract peult advenir par parolles, par promesses, par lettres, par consentement, par vendition, par emption, par mandement, par succession, par donation, par tutelle, par cure, par depest, par transport et par moult d'autres manières »³⁴⁸. La longueur de cette liste, et le fait qu'elle ne soit pas exhaustive, montre l'importance déjà prise par le contrat par rapport aux autres sources d'obligations. Il s'agissait déjà à cette époque du mode le plus répandu de formation des obligations.

Concernant les délits, *Le grand coutumier de France* propose également une liste, mais qui est beaucoup plus réduite que celle des contrats. On ne retrouve que quatre exemples de formation des obligations par délit : « Par maléfice comme larrecin, rapine, dommaige, et injure »³⁴⁹. Ces quatre hypothèses sont celles qui étaient déjà présentes chez Gaius dans les *Institutes* : « *ex furto aut rapina aut damno aut injuria* »³⁵⁰. On voit bien ici que, à la différence de la liste des contrats qui a fortement évolué, celle des délits est restée la même que celle du droit romain. Cela montre une fois encore la prépondérance du contrat comme source d'obligation dans l'ancien droit. En effet, celui-ci étant l'outil le plus courant de formation des obligations, il a connu une importante évolution à travers la pratique. Le contrat étant utilisé au quotidien, il a fallu le faire évoluer et l'adapter, et donc créer de nouvelles catégories de contrats, au contraire du délit qui, lui, n'a pas connu cette adaptation de la part de la pratique. Dans la plupart des textes de longs développements sont consacrés au contrat, mais très peu au délit. Nous verrons par la suite dans l'étude des différentes coutumes que parfois les sources d'obligations sont réduites au seul contrat et qu'il y a même confusion entre obligation et contrat.

Enfin, la présentation des sources des obligations dans *Le grand coutumier de France* se termine par les cas d'obligations naissant « ainsi comme contract » et « ainsi comme maléfice ». Ces deux catégories seront étudiées plus en détail dans la Section 3, mais nous

³⁴⁸ DARESTE (R.), LABOULAYE (E.), *Op. cit.*, p. 201.

³⁴⁹ *Ibidem.*

³⁵⁰ *Institutes*, III, *comm.*, 182.

pouvons tout de même citer ici les passages du *grand coutumier de France* afin d'être complet sur cette classification : « Ainsi comme contract qui serait fait par aucun gesteur de besongne...par ainsi comme maléfice, comme ce qui est fait ou dommaigé malicieusement par les suffrages d'aultruy »³⁵¹. Contrairement au délit, nous verrons que ces deux sources d'obligation ont beaucoup évolué depuis le droit romain.

Boutillier³⁵² mérite une attention particulière, car s'il s'inspire de la classification romaine, il lui apporte quelques modifications et précisions importantes. En effet, Boutillier reprend les quatre sources des *Institutes de Justinien*, mais il les présente d'une manière différente : « Si sont deux principales manières d'obligations. La première si est obligation par contract. La seconde par maléfice. Si est à sçavoir que obligation par contract se divise en obligation par contract, et en obligation si comme par contract. Si fait obligation par maléfice. Si est à sçavoir qu'obligation par maléfice se divise en obligation par maléfice, et obligation aussi comme par maléfice. Et ainsi sont quatre manières d'obligations, mais les deux premières sont principales »³⁵³. Ainsi, si Boutillier reprend les quatre sources classiques d'obligations, il y apporte une certaine hiérarchie. Selon lui, il y a deux sources principales d'obligations qui sont le contrat et le délit (maléfice), et deux sources secondaires qui sont les obligations « si comme par contrat » et « si comme par maléfice ». Ce qu'il est intéressant de noter c'est que Boutillier ne fait pas la confusion entre quasi-contrat et obligation *quasi ex contractu*. En effet, l'auteur précise à ce propos : « l'article représente bien les mots *quasi ex contractu*, ainsi comme par contract, pour montrer qu'il ne faut dire avec le vulgaire quasi-contrat »³⁵⁴. Cela indique que déjà à cette époque on a conscience du glissement qui s'opère entre les expressions *quasi ex contractu* et quasi-contrat, et Boutillier essaye d'éviter la confusion en utilisant l'expression « ainsi comme par contrat » (cf. Section 3). Par cette expression, il essaie de démontrer que ces obligations naissent comme d'un contrat et non d'un quasi-contrat, c'est-à-dire d'un « presque contrat ». On peut signaler ici que, le terme « quasi-contrat », contre lequel Boutillier met en garde, n'est pas seulement utilisé par le

³⁵¹ DARESTE (R.), LABOULAYE (E.), *Op. cit.*, p. 201.

³⁵² BOUTILLIER (J.), *Le grand coutumier et pratique du droit civil et canon*, Paris, Chez Nicolas Buon, 1621.

³⁵³ BOUTILLIER (J.), *op.cit.*, p. 134.

³⁵⁴ BOUTILLIER (J.), *op.cit.*, p. 140.

« vulgaire ». On le retrouve chez certains auteurs du XVII^e siècle comme Mercier³⁵⁵. Celui-ci écrit à propos de Justinien : « Mais la seconde division qu'il en a faite en obligations qui viennent d'un contrat, ou quasi contrat, de malice, ou quasi malice est très remarquable »³⁵⁶. Cela montre que tous les auteurs influencés par le droit romain n'étaient pas aussi vigilants que Boutillier sur le sens des expressions. C'est ainsi qu'a pu apparaître cette nouvelle notion de quasi-contrat, différente de l'idée d'une obligation naissant « comme d'un contrat » et qui donne l'impression que l'obligation naît d'un « presque contrat ». Cette erreur sera très fréquente chez les auteurs du XVIII^e siècle qui vont ainsi généraliser cette notion de « presque contrat ».

Après avoir étudié les coutumes du Moyen-âge, il convient de s'arrêter sur les coutumes plus récentes.

B/ L'ancien droit.

Afin d'étudier un grand nombre de coutumes nous nous sommes appuyés sur plusieurs recueils coutumiers dont le *Nouveau coutumier général* de Bourdot de Richebourg³⁵⁷ et l'ouvrage de Guénois : *La conférence des coutumes tant générales que locales et particulières du royaume de France*³⁵⁸. Cette ouvrage référence plus de deux cents coutumes qui sont présentées avec leur plan. L'analyse des différents plans de ces coutumes permet de tirer quelques conclusions à propos des sources des obligations.

³⁵⁵ MERCIER (J.), *Remarques nouvelles du droit françois, sur les Institutes de Justinien*, Paris, Chez Augustin Besoigne, 1682, p. 297 : « La seconde division qu'il en a faite en obligations qui viennent d'un contrat, ou quasi contrat, de malice, ou quasi malice est très remarquable ».

³⁵⁶ MERCIER (J.), *o. cit.*, p. 297.

³⁵⁷ BOURDOT DE RICHEBOURG, *Nouveau coutumier général, ou corps des coutumes générales et particulières de France et des provinces connues sous le nom de Gaules*, Paris, Michel Brunet, 1724.

³⁵⁸ GUENOIS (P.), *La conférence des coutumes tant générales que locales et particulières du Royaume de France*, Paris, Chez Guillaume Chaudière, 1596.

Tout d'abord, si certaines coutumes ne traitent ni des contrats ni des obligations, la plupart contiennent des développements consacrés aux contrats. Mais rares sont les coutumes disposant d'un titre général consacré aux obligations. Le terme même d'obligation est très peu utilisé dans les coutumes et lorsqu'il l'est, c'est dans un sens différent de celui du droit romain. En effet, le mot « obligation » dans les coutumes ne sert pas à désigner les contrats et autres sources classiques du droit romain, mais plutôt à indiquer un ensemble d'actes qu'est obligée de faire une personne. Ainsi, lorsque dans une coutume on retrouve un titre consacré aux obligations, celui-ci contient les obligations précises dont une personne est tenue. C'est le cas dans le titre XI de la coutume de Bretagne : « Des obligations, actions et plévinnes », le titre XVI de la coutume du Pays de Saintonge : « Des obligations et hypothèques », ou encore dans le chapitre XIV de la coutume du Haut pays du Comté de la Manche : « Des obligations, exceptions et compensations ». Dans ces différents titres, on ne retrouve pas les sources des obligations du droit romain, mais plutôt des obligations précises imposées à une personne. Cela confirme une fois encore le recul de la théorie du droit à cette période, on s'attache plus aux aspects pratiques de l'obligation (qui est obligé de faire quoi ?) plutôt qu'aux sources (qu'est-ce qui donne naissance à l'obligation ?).

Comme nous venons de le voir, certaines coutumes parlent d'obligations, même si ce n'est que de manière réduite, mais la plupart d'entre elles n'utilisent jamais ce terme. On retrouve beaucoup plus souvent des titres ou des chapitres consacrés aux contrats ou aux conventions. C'est le cas de la coutume d'Auxerre, titre VI : « Des contrats et conventions », de la coutume de Valenciennes, titre V : « Des contrats et dispositions entre vifs », ou encore de Vitri en Patois, titre XIV : « De convenances et autres contrats ». Là encore, ce sont les aspects pratiques des contrats qui sont abordés, ceux-ci étant essentiels pour la transmission de la propriété. Dans ces conditions, il est effectivement difficile de pouvoir trouver des traces d'une classification des sources des obligations, la seule source fréquemment évoquée étant le contrat.

En effet, dans de nombreuses coutumes, le contrat a pris le pas sur l'obligation, il s'agit souvent de la seule source d'obligation. Cela explique qu'il ne soit que rarement fait allusion aux délits, et que les quasi-contrats et quasi-délits soient quasiment inexistantes.

Cependant, dans un autre recueil de coutumiers, *La bibliothèque des coutumes*³⁵⁹, on retrouve la trace des délits et quasi-délits dans les *Nouvelles coutumes du Bourbonnais*³⁶⁰. Ce qu'il est intéressant de souligner, c'est qu'il est fait allusion à ces sources d'obligations dans le chapitre relatif aux voies d'exécutions (chapitre XIII³⁶¹). Une fois encore, l'action est prise pour point de départ du raisonnement : « Aucun n'est recevable à faire procéder par voie d'exécution sur les biens d'autrui, ni par emprisonnement sur la personne d'autrui, sinon qu'il soit obligé ou condamné, ou que ce soit par pour délit ou quasi-délit »³⁶². Ce passage illustre une fois encore la logique du droit à cette période, on s'intéresse peu à la naissance ou à la source des obligations, mais beaucoup plus aux aspects pratiques comme les voies d'exécutions. On retient moins le mode de formation que les effets des obligations.

On retrouve également ce principe dans *La coutume générale du pays et duché de Bretagne*³⁶³. Le titre onze de cette coutume intitulé « Des obligations, actions et pleuvines »³⁶⁴ est lui aussi essentiellement consacré à la mise en œuvre pratique du droit des obligations. Là encore, on trouve une sorte d'énumération de différentes sources d'obligations. Il s'agit de l'article 188 qui dispose : « Celui qui reçoit aucune chose pour autrui, ou qui s'oblige pour autre, ou celui qui est condamné à rendre quelque chose, ou a fait delict, dont il doit être tenu, son bien sera et demeurera obligé pour les causes susdites »³⁶⁵. Bien sûr, il ne s'agit pas d'une classification ni d'une liste exhaustive des sources des obligations, mais cet article est tout de même intéressant en ce qu'il donne une liste d'actes engageant les biens du débiteur. Il y a ainsi quatre cas dans lesquels les biens d'une personne se trouvent engagés : quand il reçoit une chose pour autrui, quand il s'engage pour autrui, quand il est condamné à rendre quelque chose et quand il a commis un délit. Là encore, on peut penser que cet article sert à préciser des situations qui sans être contractuelles, entraînent tout de même une obligation. La source principale et presque exclusive des obligations dans les coutumiers étant toujours le contrat,

³⁵⁹ BERROYER (C.), LAURIERE (E. de), *Bibliothèque des coutumes*, Paris, Chez Nicolas Gosselin, 1699.

³⁶⁰ BERROYER (C.), LAURIERE (E. de), *op.cit.*, p. 125.

³⁶¹ *Ibidem.*

³⁶² *Ibidem.*

³⁶³ D'ARGENTRE (V.C.B.), *Coutume générale du pays et duché de Bretagne*, Paris, Jacob D'Allin, 1660.

³⁶⁴ D'ARGENTRE (V.C.B.), *op.cit.*, p. 538.

³⁶⁵ *Ibidem.*

on retrouve ce type d'article servant à préciser certaines hypothèses, non-contractuelles, donnant elles aussi naissance à une obligation.

Surtout, on voit ici aussi déjà transparaître la future classification de Pothier et du Code civil opposant le contrat, source principale des obligations, aux autres sources. Voilà ce que l'on pouvait dire rapidement sur les sources des obligations dans les coutumes. Comme nous l'avons vu, l'essentiel des points abordés relativement aux obligations et à leurs sources dans les coutumes était des questions pratiques. Mais cela est tout à fait normal étant donné que l'objet même des coutumiers était de servir à un usage pratique. C'est pourquoi il est également essentiel d'étudier les sources des obligations dans la doctrine.

§2 : La classification chez les auteurs coutumiers.

Nos anciens auteurs coutumiers se contentent souvent de reprendre dans leurs écrits les plans des coutumes, c'est-à-dire qu'ils classent les obligations en deux catégories : celles qui naissent du contrat et celles qui se forment sans convention, le contenu de cette seconde catégorie étant très variable selon les auteurs. Vizioz³⁶⁶ donne l'exemple de Damours qui dans son *Exposition des loix* classe dans cette dernière : la gestion d'affaires, le paiement de l'indu, l'indivision, le voisinage et les délits. Cette classification est une fois encore construite selon la prépondérance du contrat sur les autres sources d'obligations à cette époque. Chez certains auteurs, on ne retrouve ni classification, ni même l'évocation des sources des obligations, comme chez Loysel qui se contente d'un titre intitulé : « Des conventions, contrats et obligations »³⁶⁷, et qui est essentiellement consacré aux contrats. Mais on trouve tout de

³⁶⁶ VIZIOZ (H.), *La notion de quasi-contrat*, Bordeaux, Cadoret, 1912, p. 197.

³⁶⁷ LOYSEL (A.), *Institutes coutumières*, Paris, Videcoq, 1846, nouvelle édition revue, corrigée et augmentée par M. Dupin et M. Laboulaye, Livre III, Titre premier.

même d'autres classifications chez les auteurs coutumiers, à commencer par celles qui sont directement inspirées par le droit romain et les *Institutes* de Justinien³⁶⁸.

Parmi les auteurs du XVIII^e siècle, on peut citer Bourjon³⁶⁹, Argou³⁷⁰ ou encore Ferrière³⁷¹. Ces auteurs utilisent différentes expressions pour parler du quasi-contrat, mais toutes traduisent bien le même sens, c'est-à-dire qu'il s'agit presque d'un contrat. Pour Argou : « Toutes les obligations naissent des contrats ou espèces de contrats, qu'on appelle en droit quasi-contrats ; ou elles naissent de crimes ou espèces de crimes, que la loi appelle quasi-délits »³⁷². On voit clairement ici le changement de sens des obligations « *quasi ex contractu* » qui sont considérées comme une espèce de contrat. On est très loin du sens originel du droit romain. De même chez Ferrière, dans son *Dictionnaire de droit et pratique* : « les obligations descendent de quatre causes ; savoir du contrat, du quasi-contrat ; du délit et du quasi-délit »³⁷³. Dans un autre texte, il utilise une expression encore plus explicite pour désigner le quasi-contrat, expliquant que l'action personnelle « descend de quatre causes qui sont le contrat, le presque contrat, le délit et le presque délit »³⁷⁴. On voit clairement ici que ce que ces auteurs entendent par quasi-contrat : c'est presque un contrat. Même si en apparence il n'y a pas de grandes innovations dans les classifications des auteurs du XVIII^e siècle, en réalité, ces classifications inspirées du droit romain s'en éloignent à travers cette notion de quasi-contrat. Mais au XVIII^e siècle, on retrouve d'autres auteurs qui proposent des classifications différentes et plus originales.

³⁶⁸ MERCIER (J.), *Remarques nouvelles du droit françois, sur les Institutes de Justinien*, Paris, Chez Augustin Besoigne, 1682

³⁶⁹ BOURJON (F.), *Le droit commun de la France et de la coutume de Paris (divisés en six livres et en deux volumes in-folio)*, Paris, Grangé, 1770.

³⁷⁰ ARGOU (G.), *Institution au droit françois*, 9^{ème} éd. rev. et corrigée et augm., conformément aux ordonnances, par M.A.G. Boucher d'Argis, Paris, Desaint et Saillant, 1764.

³⁷¹ FERRIERE (C.J. de), *Dictionnaire de droit et de pratique*, Paris, Saugrain, 1762.

³⁷² ARGOU (G.), *op. Cit.*, tome II, p. 1.

³⁷³ FERRIERE (C.J. de), *op. Cit.*, p. 380.

³⁷⁴ FERRIERE (C.J. de), *Nouveau commentaire sur la coutume de la prévoté et vicomté de Paris*, nouv. éd., Paris, Chez Guillaume Cavalier, 1719, p. 205.

C'est notamment le cas du *Répertoire* de Guyot³⁷⁵ qui propose une classification proche de celle de Pothier : « Les obligations peuvent dériver des contrats, des quasi-contrats, des délits, des quasi-délits, et de la loi ou de la simple équité »³⁷⁶. Comme Pothier ou Heineccius, le *Répertoire* de Guyot ajoute la loi comme source d'obligation, mais il lui joint également l'équité, ce qui est assez original. Le seul problème avec cette classification est que l'auteur ne donne pas d'explications ni de description de chacune des sources des obligations. Ainsi, on peut se demander ce qu'il entend par obligations qui dérivent de la simple équité car il ne donne pas d'exemples. Cette notion est toutefois intéressante car elle sera souvent utilisée plus tard pour expliquer et justifier certaines sources d'obligations et notamment les quasi-contrats. En l'espèce, on peut supposer que cette source étant associée à la loi, ces deux termes servent à désigner l'ensemble des obligations autres que celles naissant d'un contrat, quasi-contrat, délit ou quasi-délit. L'auteur ne vise sans doute pas des obligations précises, mais évoque simplement le fait que la loi ou bien encore dans certains cas l'équité peuvent donner naissance à des obligations. L'équité fait sans doute référence ici à la loi naturelle qui s'ajoute à la loi civile en tant que source d'obligation. Il y a parfois des obligations qui tirent directement leur origine de cette loi naturelle comme l'obligation alimentaire des enfants envers leurs parents. Mais les auteurs du XVIII^e siècle sont largement influencés par Pothier, à qui nous consacrerons de plus amples développements ultérieurement, il est donc inutile d'approfondir davantage cette classification.

Signalons enfin, pour terminer avec le XVIII^e siècle, une classification originale, celle de Prévôt de la Janès³⁷⁷. Il expose deux sources principales d'obligations qui sont le contrat et l'équité naturelle. On retrouve ici encore l'équité naturelle mais cette fois-ci plus à propos, car elle sert de catégorie générique afin de regrouper toutes les obligations qui ne naissent pas du contrat. On a, d'une part, les engagements qui naissent de la volonté et, d'autre part, ceux qui découlent de l'équité ou de la loi naturelle. Dans cette seconde catégorie, l'auteur distingue entre les obligations qui naissent à la suite d'un dommage causé à autrui volontairement

³⁷⁵ GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, Paris, Visse, 1784.

³⁷⁶ GUYOT, *Op. cit.*, p. 273.

³⁷⁷ PREVOT DE LA JANES, *Principes de la jurisprudence française*, éd. 1750

(délit), ou par simple faute (quasi-délit), et les obligations qui naissent « par le seul effet des relations humaines, soit immédiatement, soit à la suite d'un fait des parties »³⁷⁸ (quasi-contrat). Ici, l'équité n'est pas ajoutée maladroitement comme source supplétive d'obligation, mais comme une catégorie qui regroupe toutes les obligations autres que le contrat. Cette classification est assez juste puisqu'en effet, toutes les obligations qui ne naissent pas du contrat, à savoir les délits, quasi-délits, quasi-contrats ou les obligations légales, tirent leur origine médiatement ou immédiatement de l'équité naturelle. Le terme d'équité est bien choisi pour désigner ces sources d'obligation, car tant dans le cas du délit, du quasi-délit que du quasi-contrat, l'obligation permet de rétablir un certain équilibre. Avec le contrat, ce sont les parties qui décident de s'engager et dans quelles conditions elles le font, dans les autres sources, elles n'ont pas le choix : c'est l'équité, souvent par l'intermédiaire de la loi, qui les oblige la suite d'un acte. Cette classification est intéressante, elle repose sur une analyse psychologique qui isole, en lui donnant un statut particulier, l'acte de la volonté.

Cette classification de Prévôt de la Janès est une des rares classification originale et cohérente que l'on retrouve chez les auteurs coutumiers. Elle préfigure certaines classifications bipartites du XIX^e siècle qui reprendront plus ou moins cette opposition contrat/loi. Après avoir étudié la classification des sources des obligations dans l'ancien droit, il convient de se pencher plus particulièrement sur les notions de quasi-contrats et de quasi-délits qui se sont forgées durant cette période.

³⁷⁸ VIZIOZ (H.), *La notion de quasi-contrat*, Bordeaux, Cadoret, 1912, p. 201.

Section 3 : L'évolution du quasi-contrat et du quasi-délit dans l'ancien droit.

Les termes quasi-contrat et quasi-délit sont apparus durant cette période de l'ancien droit, et les notions auxquelles ces termes renvoient ont également été élaborées parallèlement. Il était donc nécessaire de s'attarder sur ces deux notions et les évolutions importantes qu'elles ont subies du Moyen-âge à la Révolution. Nous étudierons tout d'abord le quasi-contrat, qui a fait l'objet du plus grand nombre d'analyses et qui a connu une évolution importante durant cette période (§1), avant d'étudier le quasi-délit qui, sans avoir été autant discuté, a tout de même suscité l'intérêt de certains auteurs (§2).

§1 : Le quasi-contrat.

Nous allons essayer ici de voir comment nous sommes passés de l'obligation *quasi ex contractu* au quasi-contrat, et surtout quelle a été l'évolution de cette notion du Moyen-âge au Code civil. Gaius parlait d'une obligation qui engage comme s'il y avait un contrat (*quasi ex contractu teneri videntur*³⁷⁹), le rapport entre l'obligation contractuelle et l'obligation *quasi ex contractu* se situait donc sur le plan des effets. Avec l'évolution du droit et des notions juridiques, certains actes autrefois classés parmi les contrats ne rentraient plus dans la définition du contrat devenue trop étroite. Il a donc fallu créer une nouvelle catégorie, on a dans un premier temps rapproché ces obligations du contrat par le fait qu'elles produisaient les mêmes effets. Ces obligations, qui auparavant prenaient leur source dans un contrat, sont donc rangées dans la nouvelle catégorie « *quasi ex contractu teneri videntur* ». Il faut attendre Justinien pour que cette nouvelle catégorie devienne une source à part entière. En effet, là où Gaius écrivait que l'on était tenu comme s'il y avait un contrat, Justinien explique que ces

³⁷⁹ D., 44. 7, fr. 5.

obligations naissent comme s'il y avait un contrat (*quae quasi ex contractu nasci videntur*³⁸⁰). C'est ici que l'on peut situer le point de départ de l'évolution de la notion de quasi-contrat. Comme nous l'avons déjà signalé, très rapidement, le terme quasi-contrat va apparaître chez les contemporains de Justinien. On le retrouve dans la paraphrase grecque des *Institutes* attribuée à Théophile³⁸¹. Théophile remplace les expressions *quasi ex contractu* et *quasi ex delicto* par les expressions *quasi contracton* et *quasi delicton* (*Inst.*, 3. 27, §3 paraphrase). On retrouve la même évolution dans un texte de la même période mais occidental celui-ci, il s'agit de l'ancienne Glose des *Institutes* de Turin dans laquelle on voit apparaître le terme *quasi contractus*³⁸², et son explication : « *Quasi contractus est quo quidem a contractu separatur nec delicto subjaect, legalem tamen habet confirmationem : hoc autem non est definitio sed suscriptio* »³⁸³ (Glose 438). La notion de quasi-contrat est donc désormais née : « De même que les obligations contractuelles *quae ex contractu nascuntur* ont leur source dans le contrat, les obligations quasi-contractuelles *quae quasi ex contractu nascuntur* auront leur source dans le quasi-contrat »³⁸⁴. Cependant, si la notion existe, elle n'est pas encore définie, et ne constitue pas en elle-même un fait générateur : « Le quasi-contrat constitue alors la source vague, indéterminée des obligations *quasi ex contractu*, c'est-à-dire des obligations qui ne viennent ni d'un contrat, ni d'un délit et qu'on appelle ainsi à cause de leur nature primitive »³⁸⁵. L'apparition du terme même *quasi-contractus* ne constitue pas, en elle-même, une grande innovation puisqu'elle ne correspond pas à l'apparition de la notion. Pendant longtemps, cette expression sera employée indifféremment avec celle d'obligation *quasi ex contractu*. Il reste donc encore à définir ce qu'est un quasi-contrat et quels sont les actes qui se rangent dans cette catégorie. Nous allons tenter de répondre à cette question en présentant les grandes lignes de l'évolution du quasi-contrat jusqu'au Code civil. Progressivement, les

³⁸⁰ *Institutes*, III, 27 pr.

³⁸¹ LEGAT (B.J.), *Les Institutes de Théophile, paraphrase des Institutes de Justinien*, Paris, A. Leclere, 1847.

³⁸² VIZIOZ (H.), *Op. Cit.*, p. 105.

³⁸³ VIZIOZ (H.), *Op. Cit.*, p. 106 : « Le quasi-contrat, c'est ce qui n'est ni contrat, ni délit, et que la loi reconnaît et sanctionne cependant ».

³⁸⁴ VIZIOZ (H.), *Op. Cit.*, p. 110.

³⁸⁵ *Ibidem*.

juristes ont réussi à dégager des critères de définition du quasi-contrat : l'équité (A), l'utilité (B) et encore la licéité (C).

A/ L'équité.

Vizioz, dans sa thèse sur la notion de quasi-contrat, rapporte que le quasi-contrat apparaît dans de nombreux ouvrages entre les VI^e et XII^e siècles, et que dans ces ouvrages les expressions *quasi ex contractu* et *ex quasi contractu* sont employées indifféremment pour désigner les obligations qui naissent d'un *quasi contractus*³⁸⁶. Dans beaucoup de ces textes, la classification des sources des obligations est fidèle aux *Institutes* de Justinien et la notion de quasi-contrat n'évolue pas. Mais certains textes livrent des définitions ou des explications sur la notion de quasi-contrat. Le plus souvent, on se contente de dire que le quasi-contrat prend naissance en dehors de toute convention sans être pour autant délictuel. Les définitions sont essentiellement négatives, le quasi-contrat n'est ni un contrat, ni un délit mais présente plus d'affinité avec le contrat³⁸⁷. On peut signaler ici une définition intéressante dans le *Brachylogus*³⁸⁸: « On est obligé *quasi ex contractu* lorsqu'un *negotium* a eu lieu sans que pourtant un pacte, c'est-à-dire un accord de volontés, soit intervenu et qu'il est équitable qu'une obligation naisse »³⁸⁹. Pour l'auteur, il y a quasi-contrat malgré l'absence d'accord de volontés, l'équité impose la naissance d'une obligation. On remarque ici que l'on est proche des définitions modernes du quasi-contrat : on a d'une part, l'absence de volonté et, d'autre part, l'équité, qui donne naissance à l'obligation. C'est surtout cette notion d'équité qui est ici intéressante : pour la première fois on a un critère de définition des quasi-contrats, qui sera repris plus tard notamment par l'école moderne du droit naturel.

³⁸⁶ VIZIOZ (H.), *Op. Cit.*, p. 117.

³⁸⁷ Epitome, Tit. 9, § 18.

³⁸⁸ Brachylogus, lib. 3, t. XVII : *De obligationibus quasi ex contractu* §1 : « Quasi ex contractu obligatur quis, cum pactum quidem non intercessit, attamen inter aliquos negotium gesto est, ex quo alterum alteri obligari aequum est, veluti cum quis alicujus curam sive tutelam gesserit ».

Les Glossateurs ont également du mal à définir ce qu'est le quasi-contrat, mais il se dégage tout de même de leurs écrits certains caractères qui permettent de se faire une idée de leur vision de cette notion. Plusieurs extraits de la *Summa codicis*³⁹⁰ et des *Quaestiones de juris subtilitatibus*³⁹¹ nous montrent que pour les Glossateurs, le quasi-contrat est l'opération qui oblige comme si elle avait été contractée, bien qu'aucune convention ne soit intervenue. On reste ici fidèle au droit romain et à l'idée de Gaius selon laquelle le quasi-contrat se rapproche du contrat au niveau de ses effets : on est obligé comme si on avait contracté. Mais étant donné qu'il n'y a pas d'accord de volontés dans le quasi-contrat, il faut trouver d'où vient l'obligation. Pour les Glossateurs, c'est la loi qui fait naître cette obligation pour une raison d'équité³⁹². On pourrait alors se demander pourquoi les Glossateurs ne remplacent pas le quasi-contrat par la loi comme source d'obligation ? Il y a plusieurs explications à cela. On peut penser que les Glossateurs, étant assez fidèles aux textes romains, souhaitaient conserver la classification quadripartite et qu'ils ont simplement cherché à expliquer l'origine du quasi-contrat et non à le remplacer. L'autre raison est que même si les Glossateurs font naître le quasi-contrat de la loi, ils n'en oublient pas pour autant ses liens avec le contrat. Le maintien de la catégorie des quasi-contrats peut donc s'expliquer par le fait que ceux-ci présentent de grandes similitudes avec les contrats, quant à leurs effets notamment. Il y avait donc une utilité à maintenir ce terme, qui désigne des obligations dont les effets se rapprochent de ceux d'un contrat, mais qui tirent leur origine de la loi. On retrouve d'ailleurs ce critère de l'équité chez Dumoulin au XVIe siècle, même si ce n'est que de manière incomplète.

Dumoulin³⁹³, de son côté, même s'il est peu précis sur les termes employés (il utilise indifféremment *ex quasi contractu* et *quasi ex contractu*³⁹⁴), estime que le fondement de

³⁸⁹ VIZIOZ (H.), *Op. Cit.*, p. 118.

³⁹⁰ PLACENTIN, *Summa codicis*, IV, 10 : « *Obligation quidem est vinculum non corporale sed juris, quo obstricti sumus ad aliquid dandum seu faciendum, vel ex conventionem propria seu quod pro eodem habetur, vel etiam contra propriam voluntatem ut cum delinquimus seu quo pro delicto habetur* ».

³⁹¹ *Quaestiones de juris subtilitatibus*, tit. XXXVIII, §9 : « *Interdum sine pacto facit aliquid pro quo fieret, ut in negotiis gestis* ».

³⁹² AZON, *Somme sur les Institutes*, p. 256, n° 11 : « *sed tamen praevallet aequitas benignior stricto jure, ut dicatur quasi ex contractu esse obligatio* ».

³⁹³ DUMOULIN (C.), *Opera*, 1658.

l'obligation quasi-contractuelle, à propos de la gestion d'affaires et du paiement de l'indu, se trouve dans l'équité³⁹⁵. Mais le problème avec Dumoulin, c'est qu'il ne fonde pas toutes les obligations quasi-contractuelles sur l'équité, puisque dans d'autres passages il fait naître les *condictiones* d'un quasi-contrat³⁹⁶ (sans définir ce qu'il entend par là), ou encore il classe la *condictio furtiva* parmi les obligations *ex variis causarum figuris*³⁹⁷. On n'a donc toujours pas un critère commun de définition de tous les quasi-contrats, cependant le fondement tiré de l'équité va être repris par certains auteurs du XVIII^e siècle dans leurs tentatives de définition du quasi-contrat. L'équité apparaît ainsi comme un critère important dans la définition du quasi-contrat : l'idée de justice et d'équilibre entre les parties justifie son existence. Ce critère n'est cependant pas exclusif : on voit apparaître chez quelques auteurs une autre notion importante pour le quasi-contrat : l'utilité.

B/ L'utilité.

Comme nous l'avons déjà signalé, on ne retrouve que très rarement la notion de quasi-contrat dans les coutumes. Il faut se pencher sur les écrits des auteurs coutumiers pour trouver la notion, mais là encore le quasi-contrat est ignoré par un grand nombre d'entre eux. Quant à ceux qui utilisent le terme quasi-contrat sous l'influence du droit savant, ils ne font souvent que reprendre le droit romain sans rien apporter à la notion. Boutillier fait exception car il donne une définition intéressante du quasi-contrat en s'appuyant sur la notion d'utilité. Mais, il convient tout de même de faire quelques remarques à propos de certains auteurs de cette époque avant d'étudier plus particulièrement les travaux de Boutillier.

³⁹⁴ DUMOULIN (C.), *Op. Cit.*, t. IV, p. 156.

³⁹⁵ DUMOULIN (C.), *Op. Cit.*, t. IV, p. 113.

³⁹⁶ DUMOULIN (C.), *Op. Cit.*, t. IV, p. 180.

³⁹⁷ DUMOULIN (C.), *Op. Cit.*, t. IV, p. 184.

Beaumanoir fait partie des auteurs qui n'emploient pas le terme quasi-contrat, même s'il traite notamment de la gestion d'affaires³⁹⁸. Il écrit qu'il existe des services qui sont faits « sans mandement et sans prières et sans estre loué ne convenancié »³⁹⁹, pour évoquer ainsi les obligations qui naissent en dehors de tout contrat ou engagement. Il évoque le fait que souvent ces services sont rendus « pour cause de bonne foi »⁴⁰⁰, mais il met en garde contre ce genre de service fait sans engagement (« ceste voie de service si est mout perilleuse »⁴⁰¹). On sent bien que la norme est l'obligation contractuelle, qui est la manière la plus courante et la plus sûre de s'engager et que les hypothèses envisagées ici par Beaumanoir ne sont qu'exceptionnelles et peu sûres. D'une manière générale, c'est l'idée que l'on retrouve chez beaucoup d'auteurs coutumiers qui ne livrent pas toujours une classification des sources des obligations et se contentent d'opposer au contrat certains engagements qui se forment sans convention (on retrouve ici le plan du Code civil). Ainsi, chez beaucoup d'auteurs coutumiers, le terme quasi-contrat n'est-il pas employé, mais les hypothèses de quasi-contrat (gestion d'affaires, paiement de l'indu,...) sont cités comme exceptions au contrat, pensé comme le mode classique de formation des obligations .

Parmi les auteurs influencés par le droit romain et qui reprennent la classification des *Institutes* de Justinien, Boutillier livre une définition intéressante du quasi-contrat. Il n'utilise d'ailleurs pas l'expression quasi-contrat, mais parle d'obligation « ainsi comme par contract »⁴⁰², ce qui reflète mieux le terme original d'obligation *quasi ex contractu*. Boutillier insiste d'ailleurs sur l'importance de cette expression qu'il préfère à celle de quasi-contrat qu'il juge inappropriée : « L'article présente bien les mots *quasi ex contractu*, ainsi comme par contract, pour montrer qu'il ne faut dire avec le vulgaire quasi contract »⁴⁰³. L'expression de Boutillier reflète bien le fait que l'on est obligé comme s'il y avait un contrat, et non par un

³⁹⁸ BEAUMANOIR (P. de), *op. cit.*, Tome I, ch. XXIX, p. 418, n° 813.

³⁹⁹ *Ibidem*.

⁴⁰⁰ *Ibidem*.

⁴⁰¹ *Ibidem*.

⁴⁰² BOUTILLIER (J.), *op.cit.*, p. 134.

⁴⁰³ BOUTILLIER (J.), *op.cit.*, p. 140.

presque contrat, ce qui montre que ces obligations *ainsi comme par contrat* se rapprochent du contrat seulement quant aux effets. Il essaye ainsi de mettre en garde contre le rapprochement entre le contrat et le quasi-contrat, qui pousserait à dire que ce dernier est en réalité presque un contrat. Cette idée avait tendance à se développer à cette époque, on la retrouvera plus tardivement notamment chez Pasquier qui écrit que la distinction entre contrat et quasi-contrat n'a pas grand intérêt⁴⁰⁴, ou encore chez Ferrière qui utilise lui l'expression de « presque contrat »⁴⁰⁵, pour désigner le quasi-contrat parmi les sources d'obligation. Ces exemples montrent que les mises en garde de Boutillier n'ont pas été suivies et que la confusion autour de cette notion s'est développée. Non seulement Boutillier insiste sur l'importance du terme à employer, mais il formule également une définition de la notion. Les obligations ainsi comme par contrat naissent « quand un homme n'est pas formellement par paroles ou par lettres obligé à un autre, et toutefois par raison et vray entendement il est tenu et soumis à luy faire certaines choses »⁴⁰⁶. Pour Boutillier le fondement du quasi-contrat se trouve donc dans ce qu'il appelle « la raison et le vray entendement », ce qui nous fait penser ici à l'utilité qui serait le fondement de ces obligations. Cette définition de Boutillier est en adéquation avec l'expression qu'il utilise, et est très intéressante par le fait qu'elle renvoie à la raison comme fondement et non au consentement. C'est l'utilité de l'acte qui fait présumer que, raisonnablement, son bénéficiaire aurait consenti. Ce critère de l'utilité sera repris et développé au XVIIIe siècle par Wolff.

A partir de l'époque moderne, l'école du droit naturel n'aura pas autant d'égard envers la notion romaine de quasi-contrat que les juristes coutumiers. Les auteurs vont pousser jusqu'au bout le raisonnement entamé par les Glossateurs et faire de la loi une source d'obligation. Si certains, comme Grotius, citent encore le quasi-contrat parmi les obligations qui naissent de la loi lorsqu'il écrit que les obligations naissent « soit par une convention, soit à cause d'un délit, soit en vertu de quelque loi, à quoi il faut rapporter les obligations que le

⁴⁰⁴ PASQUIER (E.), *L'interprétation des Institutes de Justinien*, Paris, Durand, 1847, Liv. III, Ch. LXIV : « Cette division d'obligations, en contracts et quasi-contracts, n'est pas grandement nécessaire ».

⁴⁰⁵ FERRIERE (C.J. de), *op. Cit.*, p. 205.

⁴⁰⁶ BOUTILLIER (J.), *op.cit.*, p. 134.

droit romain fonde sur un quasi-contrat ou un quasi-délit »⁴⁰⁷, d'autres comme Pufendorf⁴⁰⁸ délaissent complètement la notion. Pour autant, le quasi-contrat n'est pas abandonné. Voët⁴⁰⁹ conserve la classification quadripartite des *Institutes* mais considère la liste des quasi-contrats trop restrictive. Pour lui, il y a quasi-contrat « dans toute situation où l'obligation naît tacitement en dehors d'une manifestation de consentement »⁴¹⁰. Il s'agit là d'une définition assez large du quasi-contrat, qui repose sur l'absence de consentement, qui est le premier critère qui permet d'opposer le quasi-contrat et le contrat. Le point commun entre les quasi-contrats serait alors la naissance tacite de l'obligation. Mais c'est un autre auteur qui va préciser la notion de quasi-contrat.

Wolff, en effet, livre une définition intéressante du quasi-contrat s'appuyant sur l'utilité. Il consacre le Chapitre 3 de son livre 5 aux quasi-contrats et aux contrats mixtes, où il écrit : « On appelle quasi-contrat, une convention feinte, dans laquelle le consentement d'une des parties est seulement présumé »⁴¹¹. Il considère donc le quasi-contrat comme une fiction juridique⁴¹², on ne présume l'existence du consentement qu'en raison de l'utilité de l'acte. Il précise que le consentement présumé tient lieu de consentement exprès et de ce fait donne lieu à une obligation de même force. Ici, ce n'est pas l'équité ou la loi qui donnent naissance à l'obligation mais c'est la volonté d'une des parties qui, aidée par le recours à la fiction, va faire présumer le consentement de l'autre dans certaines situations : « Quand on a présumé le consentement d'un autre, en se fondant sur ce qu'on faisait en son nom une chose propre à lui procurer quelque avantage, ou à le préserver de quelque perte, un tel quasi-contrat est valable »⁴¹³. Le fondement de cette fiction repose sur l'utilité (« l'avantage ») supposée de l'acte pour l'autre partie. La fiction du consentement se justifie par l'idée que, compte tenu de l'utilité pour lui de l'opération, le bénéficiaire ne pourrait pas ne pas consentir. Avec cette

⁴⁰⁷ GROTIUS (H.), *Op. Cit.*, p. 206.

⁴⁰⁸ PUFENDORF (S.), *Op. Cit.*.

⁴⁰⁹ DEROUSSIN (D.), *Op. Cit.*, p. 88.

⁴¹⁰ *Ibidem*.

⁴¹¹ WOLFF (C.), *Op. Cit.*, Liv. 5, Chap. 3, n° I, p. 141.

⁴¹² THOMAS (Y.), « *Fictio legis*. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », *Droits-Revue française de théorie juridique* n°21, Paris, PUF, 1995, p. 17-63.

⁴¹³ WOLFF (C.), *Op. Cit.*, Liv. 5, Chap. 3, n° 2, p. 141.

analyse, Wolff rapproche le quasi-contrat du contrat non plus seulement au niveau des effets mais également au niveau de leur naissance. Pour lui, le quasi-contrat est un contrat auquel il manque le consentement d'une partie, on est très éloigné ici du sens de l'obligation *quasi ex contractu* du droit romain. On peut dire que, selon ce raisonnement, le quasi-contrat naît de la volonté unilatérale d'une partie qui présume le consentement de l'autre, en raison de l'utilité pour lui de l'opération.

On voit donc se dégager, après l'équité, un deuxième critère de définition du quasi-contrat : l'utilité. C'est parce que le bénéficiaire trouve un intérêt dans l'opération que l'on peut recourir à la fiction et présumer son consentement. Il nous reste à étudier le troisième critère qui, sans doute, a été dégagé le premier par les juristes, mais qui n'est pas souvent repris dans les définitions.

C/ La licéité.

Très souvent, le caractère licite du quasi-contrat est sous-entendu par les juristes et n'apparaît donc pas dans les définitions qu'ils donnent. En effet, la licéité est ce qui différencie le quasi-contrat du délit. Le délit se définit comme un acte illicite, alors que le quasi-contrat se rapproche du contrat car il est un acte licite. C'est ce qui a permis aux juristes de dire que le quasi-contrat n'est : ni un délit, car c'est un fait licite, ni un contrat, car il y a absence de consentement. Charondas le Caron présente une définition intéressante sur ces points.

Au XVII^e siècle, il faut signaler la définition du quasi-contrat que donne Charondas le Caron dans ses *Pandectes du droit français*⁴¹⁴ : « Le quasi-contrat est ce qui procède d'un fait non illicite et réprouvé par lequel ou celui qui a fait est obligé envers un autre, ou autres envers luy, ou sont obligés l'un envers l'autre, sans consentement »⁴¹⁵. Le quasi-contrat est

⁴¹⁴ CHARONDAS LE CARON, *Œuvres*, Paris, Etienne Richer, 1637.

⁴¹⁵ CHARONDAS LE CARON, *Op. cit.*, liv. II, Chap. XXXV, p. 325.

donc un fait licite qui crée une obligation mais sans consentement. L'auteur précise ensuite que ce qui lui donne cette appellation, c'est sa similitude avec le contrat qui fait même que parfois, dans certains textes classiques⁴¹⁶, on l'appelle contrat. L'auteur souligne ainsi la confusion qui règne dans certains textes entre les contrats et les quasi-contrats, et renforce l'idée fautive selon laquelle les quasi-contrats sont presque des contrats. La seule différence est pour lui l'absence de consentement dans le quasi-contrat. Pour Charondas le Caron, il n'y a également que deux quasi-contrats, la gestion d'affaires et l'obligation des héritiers aux dettes et aux legs. Le paiement de l'indu est lui considéré comme un contrat, tout comme les obligations qui procèdent des jugements. Il faudra attendre le XVIII^e siècle pour trouver une définition précise du quasi-contrat, tenant compte de l'ensemble des critères dégagés au fil des siècles par les juristes. Houard dans son *Dictionnaire analytique*⁴¹⁷ donne par exemple une définition du quasi-contrat qui reflète l'évolution de la notion et résume l'ensemble des critères : « On donne ce nom à une obligation qui naît de l'équité, sans que la convention des parties y intervienne. Ainsi, il se forme un quasi-contrat entre l'absent et celui qui, durant son absence, fait pour lui quelque chose d'utile ; car l'absent, par la seule équité, est tenu de la restitution des dépenses nécessaires et utiles faites par lui »⁴¹⁸. Houard fait donc de l'équité le fondement général du quasi-contrat : en l'absence d'accord entre les parties, c'est l'équité qui fait naître l'obligation. Mais il ajoute également la notion d'utilité à sa définition, la licéité étant sous-entendue ici, sans quoi on serait en présence d'un délit. Au fil des siècles, les juristes ont donc dégagé trois critères permettant de définir le quasi-contrat : la licéité qui permet de le différencier du délit, l'utilité qui permet de mesurer l'intérêt et permet la fiction du consentement, et l'équité qui sert de fondement, liée à l'idée de justice et d'équilibre, elle justifie les obligations à la charge des parties.

On voit ici apparaître le terme de l'évolution du quasi-contrat sous l'ancien droit. Si pendant longtemps les expressions employées ont varié et parfois entraîné des confusions (presque contrat), c'est finalement le terme quasi-contrat qui s'impose dans le droit français.

⁴¹⁶ VIZIOZ (H.), *Op. Cit.*, p. 191.

⁴¹⁷ HOUARD (D.), *Dictionnaire analytique, historique, étymologique, critique et interprétatif de la coutume de Normandie*, Rouen, Le Boucher jeune, 1780-1783.

⁴¹⁸ HOUARD (D.), *Op. Cit.*, t. IV, p. 3.

Cependant, la plupart des juristes, notamment au XVIII^e siècle, ont pris garde de préciser qu'il ne fallait pas entendre par quasi-contrat un « presque contrat », puisque le consentement fait défaut. Ainsi, si les mots ont changé, la notion en revanche n'a finalement pas été trop dénaturée, et les auteurs ont même cherché à dégager plusieurs critères communs aux quasi-contrats, qui sont l'équité, la licéité et l'utilité. Pour d'autres, c'est la loi qui fait naître le quasi-contrat mais toujours sur le fondement de l'équité. Mais, il y a donc désormais un décalage entre un terme qui laisse imaginer un rapport certain avec le contrat (le quasi-contrat est quasiment un contrat), et une notion qui tire son fondement de l'équité par l'intermédiaire de la loi et qui ne présente que certaines similarités avec le contrat au niveau de ses effets. C'est ce décalage qui sera à l'origine des nombreuses controverses des siècles suivants sur le quasi-contrat.

§2 : Le quasi-délit⁴¹⁹.

La notion d'obligation *quasi ex delicto* est apparue plus tard que celle d'obligation *quasi ex contractu* en droit romain. Pour certains auteurs, les juristes romains l'ont créée pour avoir une certaine symétrie dans la classification des sources des obligations. Cette notion a été moins étudiée par les juristes que le quasi-contrat, mais elle a tout de même subie une évolution certaine sous l'ancien droit au même titre que ce dernier.

En droit romain, l'obligation *quasi ex delicto* concernait quatre hypothèses : il s'agit du juge qui fait le procès sien, des actions de *dejectis* et *effusis*, de *positis* et *suspensis*, et le cas de l'aubergiste, l'armateur, ou le maître d'écurie dont l'employé a commis un vol ou un dommage⁴²⁰, c'est-à-dire des actes qui, sans être délictuels, engagent la personne responsable. C'est à partir de ces obligations qu'est née rapidement la notion de quasi-délit. Comme pour

⁴¹⁹ DESCAMPS (O.), *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, Paris, LGDJ, 2005.

⁴²⁰ *Inst.*, IV, 5.

le quasi-contrat, c'est dans la paraphrase grecque des *Institutes* de Théophile⁴²¹ qu'est employé pour la première fois le terme quasi-délit (*quasi delicton* et aussi *quasi delictum*). Les cas cités dans la paraphrase sont les mêmes que dans les *Institutes* de Justinien, cependant, à propos du juge qui fait le procès sien on voit apparaître une remarque intéressante⁴²². La paraphrase insiste sur le caractère non dolosif du comportement du juge qui fait le procès sien : il y a quasi-délit seulement si le juge agit par imprudence et non s'il y a dol. Cette précision ne concerne que le cas du juge qui fait le procès sien, pour les autres hypothèses il n'est pas question encore de différences au niveau de l'intention de l'auteur. Il faudra cependant attendre un certains temps avant de voir ce critérium de l'intention s'imposer pour différencier le quasi-délit du délit. Pendant longtemps en effet, alors que la notion du quasi-contrat est discutée chez les Glossateurs notamment, celle du quasi-délit reste figée aux quatre hypothèses du droit romain, et il ne se dégage pas de tentatives de définition. Il faut tout de même signaler dans l'*Epitome exactibus regibus*⁴²³ une remarque intéressante : il est précisé que ce qui permet de reconnaître le délit, c'est son caractère intentionnel. On peut donc supposer *a contrario* que ce qui distingue le quasi-délit, c'est l'absence de cet élément. Ce n'est que progressivement que la nature du quasi-délit va s'affirmer chez les Glossateurs. Dans la *Summa Codicis*⁴²⁴, on reconnaît ainsi « le caractère non volontaire et même contraire à la volonté du délit »⁴²⁵. Les Glossateurs cherchent à dégager le critère commun à tous les quasi-délits, et comme leurs prédécesseurs avaient déjà reconnu que dans l'hypothèse du juge qui fait le procès sien il n'y avait pas de quasi-délit en cas de dol, ils ont retenu le critère de la faute non-intentionnelle. Cependant, comme le remarque Chastaignet⁴²⁶, la notion de quasi-délit paraît inutile chez les Glossateurs car même s'ils retiennent l'intention comme critère de distinction, la liste des quasi-délits est toujours limitée aux quatre

⁴²¹ LEGAT (B.J.), *Op. Cit.*

⁴²² LEGAT (B.J.), *Op. Cit.*, lib. IV, Tit. V: « *Sed neque delictum est, nonnunquam enim forte per imprudentiam, non dolo malo id fecit, sed quoniam aliquid iudex peccavit quasi delictu tenebitur* ».

⁴²³ *Epitome exactibus regibus*, Appendice I, post VII, §25 : « *Furtum sine affectus furandi non committitur, quia voluntas et propositum distinguit maleficia* ».

⁴²⁴ ROGERIUS, *Summa codicis*, Lib. IV, Tit. XII : *De obligationibus*.

⁴²⁵ CHASTAIGNET (Y.), *Op. cit.*, p. 121.

⁴²⁶ CHASTAIGNET (Y.), *Op. cit.*, p. 134.

hypothèses du droit romain. Il y a donc un double emploi entre cette notion et celle du délit Aquilien qui sanctionne les cas d'*imprudencia*. Les Glossateurs n'ont pas apporté de réponses à ce problème, ils se sont contentés de dégager un critère commun aux quatre hypothèses de quasi-délict, sans se poser la question de la similitude avec la loi Aquilia⁴²⁷ qui sanctionne également des fautes non intentionnelles. Les auteurs Humanistes⁴²⁸ vont se heurter au même écueil, lorsqu'ils vont affirmer à leur tour que le dol correspond au délit, et la faute non intentionnelle au quasi-délict. Mais comme leurs prédécesseurs, ils ne vont pas réussir à justifier l'existence du quasi-délict parallèlement au délit de la loi Aquilia. Certains vont tenter de dire que la loi Aquilia sanctionne à la fois le délit et le quasi-délict. Mais dans ce cas là, pourquoi avoir besoin de deux notions différentes quand, classiquement, il est admis que cette loi est « par excellence la sanction du délit »⁴²⁹. D'autre part, ces auteurs limitent toujours le quasi-délict aux quatre mêmes hypothèses. Seul Doneau⁴³⁰ se démarque lorsqu'il écrit qu'en présence d'une faute intentionnelle ou non, il y a délit, mais il n'en a pas pour autant remis en cause l'existence du quasi-délict.

L'analyse de la pensée des auteurs de l'école du droit naturel est également intéressante. Une grande partie d'entre eux ne prend pas à son compte le quasi-délict et se contente de mettre en avant le principe naturel qu'il ne faut pas nuire à autrui. L'acte nuisible doit être sanctionné qu'il soit intentionnel ou non. Ils suppriment ainsi la distinction sans grand intérêt entre délit et quasi-délict : ce qui compte, c'est de réparer le dommage causé qu'il soit intentionnel ou non. Cependant, certains comme Wolff⁴³¹ restent attachés à la notion de quasi-délict sans pour autant réussir à justifier son utilité par rapport au délit. Chastaignet nous donne l'exemple de Vultejus pour qui « il y a quasi-délict ou délit impropre, comme il y a quasi-contrat ou contrat impropre, l'un se caractérisant par l'absence de dol, l'autre par l'absence de consentement exprès »⁴³². Ces auteurs se contentent de reprendre la notion de

⁴²⁷ WINIGER (B.), *La responsabilité aquilienne romaine*, Bâle, Helbing et Lichtenhahn, 1997.

⁴²⁸ CHASTAIGNET (Y.), *Op. cit.*, p. 147.

⁴²⁹ CHASTAIGNET (Y.), *Op. cit.*, p. 148.

⁴³⁰ *Ibidem*.

⁴³¹ WOLFF (C.), *Op. Cit.*

⁴³² CHASTAIGNET (Y.), *Op. cit.*, p. 177.

quasi-délit sans arriver à expliquer en quoi elle est utile, et en quoi les quatre hypothèses visées se distinguent des cas de faute non intentionnelle sanctionnée par la loi Aquilia. Vultejus, comme d'autres, semble l'oublier lorsqu'il réduit le délit aux fautes dolosives pour réserver aux quasi-délits les fautes d'imprudences. Mais c'est bien là la tendance générale que l'on retrouve chez Heineccius pour qui les quasi-délits sont des faits illicites qui se réalisent par la seule faute, sans que le dol soit nécessaire⁴³³. Ainsi, si à l'origine, le quasi-délit visait les quatre hypothèses du droit romain, en dégagant un critère commun à ces quatre cas, on a fait du quasi-délit la sanction générale des fautes non intentionnelles. Les auteurs se sont progressivement éloignés du droit romain et ont ainsi ignoré la loi Aquilia qui rendait inutile la notion générale de quasi-délit. Les auteurs ont cessé de se poser la question de l'utilité de cette notion héritée du droit romain, seuls certains jusnaturalistes l'ont supprimé et incorporé dans le délit. Voyons à présent l'avis des auteurs coutumiers sur la question.

De la même manière que le quasi-contrat, le quasi-délit marque un net recul dans les coutumiers. Les auteurs s'intéressant essentiellement aux aspects pratiques, nombre d'entre eux n'emploient jamais le terme quasi-délit (Beumanoir, D'Argentré, Loysel). D'autres se contentent d'évoquer certaines actions quasi-délictuelles sans leur donner ce nom (Bourjon⁴³⁴, Damours⁴³⁵). Il faut regarder du côté des auteurs influencés par le droit romain pour trouver trace du quasi-délit. Mais souvent ces auteurs, comme Pasquier⁴³⁶ ou Boutaric⁴³⁷, se contentent de reprendre le droit romain sans faire évoluer la notion, et sans tenter de définir le quasi-délit. La seule particularité de ces auteurs concerne le cas du juge qui fait le procès sien. Ils reprennent la distinction des romanistes selon laquelle si le juge a commis un dol il sera sanctionné par un délit, et s'il a agi par simple imprudence il n'y aura que quasi-délit.

⁴³³ HEINECCIUS, *Elementa juris secundum ordinem Pandectarum*, Francfort, 1770, IV, 5, §1112 : « *Facta illicita sola culpa sine dolo admissa* ».

⁴³⁴ BOURJON (F.), *Le droit commun de la France et de la coutume de Paris (divisés en six livres et en deux volumes in-folio)*, Paris, Grangé, 1770, t. II, lib. VI, tit. III, ch. I à VII.

⁴³⁵ DAMOURS (L.), *Exposition abrégée des lois*, Paris, Durand, 1751, lib. II, tit. 8.

⁴³⁶ PASQUIER (E.), *Op. Cit.*, lib. III, ch. XIV, p. 520.

⁴³⁷ BOUTARIC (F.), *Les Institutes de l'empereur justinien*, Toulouse, Gaspard Henault, 1740, lib. III, tit. XIV.

Cependant, pour eux, le juge ne sera poursuivi qu'en cas de dol, et la simple faute d'imprudence ne peut engager sa responsabilité, sans quoi « il serait trop facile au plaideur mécontent de la sentence rendue de l'actionner sans raison »⁴³⁸. Ces auteurs suppriment donc un des cas de quasi-délit du droit romain, quand le juge a agi par imprudence, cas qui avait permis aux romanistes de dégager la simple faute comme critère des quasi-délits.

C'est chez les auteurs du XVIII^e siècle que l'on retrouve des éléments intéressants qui vont faire évoluer le quasi-délit. Pendant longtemps les auteurs se sont contentés de suivre le droit romain et ses quatre cas de quasi-délits. Ainsi, même si très rapidement le critère de la faute d'imprudence a été reconnu comme critère commun à ces quatre cas, la notion de quasi-délit est restée figée. Cela était en partie dû au fait que les romanistes se trouvaient bloqués par le double emploi entre le quasi-délit et certaines actions de la loi Aquilia. Les auteurs coutumiers du XVIII^e siècle ne se sont pas posés de telles questions et ont permis l'évolution de la notion de quasi-délit. Selon Argou : « comme il y a de certaines actions qu'on ne peut pas proprement appeler criminelles, mais qui ne sont pas aussi tout à fait innocentes, parce qu'elles procèdent de la faute et de l'imprudence de celui qui les a commises, les lois leur ont donné un nom qui tient le milieu entre les actions innocentes et les actions criminelles en les appelant quasi-délits »⁴³⁹. Pour lui, il y a donc trois situations, les actions innocentes qui ne sont pas sanctionnées, les actions criminelles qui entraînent un délit, et entre les deux, les actions résultant d'une simple faute qui sont sanctionnées par le quasi-délit. Il ne limite pas le quasi-délit aux quatre cas du droit romain mais l'étend à toutes les situations de fautes non intentionnelles, le délit étant lui réservé aux fautes intentionnelles (on oublie la définition du délit de la loi Aquilia). Dans la même lignée, Houard livre également une définition du quasi-délit : « Causer dommage à quelqu'un par mégarde, par impéritie, légèreté, ignorance, défaut de réflexion, est presque un délit : l'intention a été pure, mais l'attention n'a pas été suffisante »⁴⁴⁰. Cette définition est intéressante à deux égards : parce qu'elle précise quelles sont les situations donnant naissance à un quasi-délit (mégarde, légèreté,...), mais aussi par ce

⁴³⁸ *Ibidem*.

⁴³⁹ ARGOU (G.), *Institution au droit françois*, 9^{ème} éd. rev. et corrigée et augm., conformément aux ordonnances, par M.A.G. Boucher d'Argis, Paris, Desaint et Saillant, 1764, Liv. III, Chap. I, p. 5.

⁴⁴⁰ HOUARD (D.), *Op. Cit.*, t. IV, p. 3.

qu'elle précise qu'il s'agit presque d'un délit. En effet, s'il est faux de dire, comme nous l'avons vu précédemment, que le quasi-contrat est presque un contrat, l'évolution subie par la notion de quasi-délit fait que ce raccourci peut être employé ici moins injustement. On peut en effet dire qu'il s'agit presque d'un délit puisqu'il ne manque que l'intention dolosive et que les deux situations sont sanctionnées de la même manière. Ainsi, pour le quasi-délit, l'évolution terminologique depuis le droit romain est moins dangereuse que pour le quasi-contrat car la notion a évolué dans le sens d'un « presque délit ». Signalons également Fleury, qui est un des rares auteurs à donner des exemples de quasi-délits, qui cite l'obligation du maître de réparer le dommage causé par ses animaux⁴⁴¹, et qui généralise également le quasi-délit : « On peut rapporter à cette cause toutes les actions de dommages-intérêts où l'on ne se plaint point du dol de la partie adverse »⁴⁴².

Si l'idée selon laquelle le quasi-délit reposait sur la faute non-intentionnelle est apparue très tôt chez les successeurs de Justinien (uniquement pour le juge faisant le procès sien dans un premier temps), il aura fallu attendre la veille de la Révolution pour que cette notion se généralise et que le quasi-délit devienne la sanction des actes commis par simple imprudence. Ainsi, comme le souligne Chastaignet⁴⁴³ dans la conclusion de sa thèse sur le quasi-délit, cette notion qui apparaissait comme inutile chez les Byzantins, car faisant double emploi avec la loi Aquilia, a réussi à se maintenir jusqu'à la veille de la Révolution. Chastaignet explique le maintien de cette notion au travers des siècles « par le respect des auteurs pour les principes et les textes du droit romain. Ils n'ont pas osé supprimer une notion consacrée par la compilation et l'ont conservée sans pouvoir cependant lui donner une portée utile et un contenu propre »⁴⁴⁴. Il aura fallu attendre des auteurs moins influencés par le droit romain pour que cette notion soit enfin définie et généralisée. Cependant, pour Chastaignet, cette définition n'est pas satisfaisante et il reste lui sur la définition du délit de la loi Aquilia qui englobe le quasi-délit : « On peut donc dire que si, à la fin de notre ancien droit, il y a une

⁴⁴¹ FLEURY (C.), *Institution au droit français*, Paris, éd. Laboulaye et Dareste, 1858, p. 131.

⁴⁴² FLEURY (C.), *Op. cit.*, p. 357.

⁴⁴³ CHASTAIGNET (Y.), *Op. cit.*, p. 201.

⁴⁴⁴ CHASTAIGNET (Y.), *Op. cit.*, p. 204.

notion de quasi-délict, c'est une notion purement négative puisqu'elle n'est douée d'aucune indépendance et s'absorbe dans celle du délit Aquilien »⁴⁴⁵.

Dans l'ancien droit, le quasi-contrat et le quasi-délict ont donc connu des évolutions diverses. Si à la veille de la Révolution le quasi-délict semble enfin être cerné, nous verrons que les débats autour du quasi-contrat vont continuer à intéresser les auteurs qui auront souvent tendance à oublier les origines et l'évolution de la notion que nous venons d'étudier. Cependant notre étude sur la classification des sources des obligations dans l'ancien droit n'est pas encore complète, puisque nous avons choisi d'étudier particulièrement les travaux de Domat et Pothier sur cette question afin de mieux cerner en quoi ils ont influencé le Code civil de 1804.

⁴⁴⁵ CHASTAIGNET (Y.), *Op. cit.*, p. 205.

Chapitre 2 : L'influence particulière de Domat⁴⁴⁶ et Pothier⁴⁴⁷.

L'étude de la classification des sources des obligations ne serait pas complète sans une analyse détaillée des travaux de Domat et Pothier. On a l'habitude de dire que Domat et Pothier sont les pères du Code civil tant les écrits de ces deux auteurs ont influencé les rédacteurs de 1804. Nous retrouvons ainsi tantôt l'influence de Domat, tantôt l'influence de Pothier, mais nous verrons que sur la question de la classification des sources des obligations, il y a eu un mélange des idées de ces deux auteurs qui a donné naissance à la classification du Code civil. C'est la raison pour laquelle il est particulièrement important d'étudier les travaux de ces deux auteurs concernant les sources des obligations, afin de comprendre la logique de la classification du Code civil et son interprétation au XIXe siècle. Nous commencerons par étudier les écrits de Domat sur la classification des sources des obligations (Section 1) . Au XVIIe siècle, Domat⁴⁴⁸, élève de Doneau et influencé par Grotius, évoque les sources des obligations à plusieurs reprises dans *Les lois civiles*⁴⁴⁹ et dans le *Traité des lois*⁴⁵⁰. Sa vision est novatrice et très intéressante : il est le premier à utiliser une classification bipartite pertinente, il a également la particularité de fonder les sources des obligations sur la volonté divine. Puis, nous verrons que les travaux de Pothier⁴⁵¹, qui opte lui pour une classification quintipartite à la suite d'Heineccius, ont également influencé les rédacteurs du Code civil, notamment pour le plan (Section 2). C'est à lui que nous devons l'opposition entre le contrat, qui occupe la place prépondérante dans le Code civil, et les autres sources d'obligations.

⁴⁴⁶ *Dictionnaire historique des juristes français*, p. 254, notice M.-F. Renoux-Zagamé.

⁴⁴⁷ *Dictionnaire historique des juristes français*, p. 636, notice J.-L. Thireau.

⁴⁴⁸ RENOUX-ZAGAME (M.-F.), « Domat, le salut et le droit », *Revue d'histoire des facultés et de la science juridique*, n° 8, 1989, p. 70-111 ; GILLES (D.), *La pensée juridique de Domat (1625-1696) du Grand siècle au Code civil*, thèse droit, Aix-en-Provence, 2004.

⁴⁴⁹ DOMAT (J.), *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, Coignard, 1691.

⁴⁵⁰ DOMAT (J.), *Traité des lois*, Nouvelle édition par Joseph Rémy, Paris, Firmin Didot Père et fils, 1828.

⁴⁵¹ BUGNET, *Œuvres de Pothier, Tome II : Traité des obligations*, Paris, Plon, 1861.

Section 1 : Domat et la classification des sources des obligations.

Domat essaie dans ses écrits de systématiser et rationaliser l'ensemble du droit français. Une des particularités de Domat est qu'il s'efforce d'organiser ses idées et de les exposer sous une forme binaire, il oppose ainsi le droit privé au droit public, les lois naturelles aux lois arbitraires et nous verrons qu'il fait de même en matière d'obligation en opposant les engagements volontaires aux engagements qui se forment sans convention. Domat évoque les sources des obligations à deux reprises de manière légèrement différente. Nous étudierons tout d'abord l'analyse qu'il présente dans son *Traité des lois* où il expose sa théorie sur les obligations (§1). Puis nous nous attarderons sur l'œuvre majeure de Domat, *Les lois civiles*, dans laquelle il propose une classification légèrement différente mais très importante car c'est elle qui influencera les rédacteurs du Code civil (§2).

§1 : Les obligations dans *Le traité des lois*.

Domat s'inspire en grande partie du droit romain mais il rejette dans celui-ci ce qu'il appelle les « lois barbares »⁴⁵², c'est-à-dire celles qui heurtent la morale chrétienne comme le *ius vitae necisque* du père ou du maître sur ses enfants ou ses esclaves. Il explique cette contradiction entre les lois justes et les lois barbares par le fait que les Romains ne connaissaient pas la véritable source de la justice qui réside dans la volonté divine. Domat fait en effet reposer les principes de la société sur la volonté divine qui « nous découvre en même temps quels sont ces premiers principes que Dieu a établis pour les fondements de l'ordre de la société des hommes, et qui sont les sources de toutes les règles de la justice et de l'équité »⁴⁵³. Ce sont ces principes que nous allons étudier car c'est de ceux-ci que découlent

⁴⁵² DOMAT (J.), *Traité des lois*, p.1.

⁴⁵³ DOMAT (J.), *Traité des lois*, p. 2.

les obligations et la classification des sources des obligations de Domat. Il existe deux lois fondamentales qui fondent toute la société. La première et la plus importante est celle qui commande à l'homme la recherche et l'amour de Dieu⁴⁵⁴. Elle renferme une seconde loi qui oblige les hommes à s'unir et s'aimer entre eux. Domat explique que la société tout entière est fondée sur ces deux lois par le biais de deux engagements (on retrouve une fois encore l'articulation binaire). Cette idée est traitée dans le chapitre 2 qui s'intitule : « Plan de la société sur le fondement des deux premières lois par deux espèces d'engagements »⁴⁵⁵. Le plan de la société est donc construit sur deux « engagements », mais que Domat entend-il par « engagement » ? S'agit-il d'un synonyme d'obligation ? Peut-on voir dans ce plan une première classification des sources des obligations ?

Pour Domat, Dieu a mis les hommes en société pour les placer sur la voie menant au bonheur suprême qui réside dans la connaissance et l'amour du « souverain-bien ». Il a fixé les règles de cette société pour tous les hommes dans les deux lois générales évoquées plus haut. Mais Domat explique que ces lois, étant les mêmes pour tous, ne permettent pas de créer des liens particuliers entre certaines personnes : « elles ne forment en chacun aucune relation singulière qui l'engage aux uns plus qu'aux autres »⁴⁵⁶. C'est pourquoi Dieu a ajouté à ces liaisons générales d'autres liaisons et engagements particuliers obligeant les hommes à nouer des relations particulières : « il lie de plus près les hommes entre eux, et détermine chacun à exercer effectivement envers quelques-uns les devoirs de cet amour qu'aucun ne peut exercer envers tous les autres »⁴⁵⁷. Il continue en expliquant que ces engagements qui créent des liens spéciaux entre certaines personnes forment pour eux des lois particulières et fixent leurs devoirs, et ce dans le but de respecter la deuxième loi imposant aux hommes de s'unir et s'aimer entre eux⁴⁵⁸. Dieu a donc créé des engagements de deux espèces qui permettent aux hommes de créer des liens entre eux. C'est de ces deux espèces d'engagements que découlent

⁴⁵⁴ DOMAT (J.), *Traité des lois*, n°7 p. 4.

⁴⁵⁵ DOMAT (J.), *Traité des lois*, p. 6.

⁴⁵⁶ DOMAT (J.), *Traité des lois*, n°3 p. 7.

⁴⁵⁷ DOMAT (J.), *Traité des lois*, n°3 p. 8.

⁴⁵⁸ DEROUSSIN (D.), « Le contrat de droit privé et le lien social : permanence d'un discours (Domat, Portalis, Gounot), *L'idée contractuelle dans l'histoire de la pensée politique* (XIX^{ème} colloque de l'A.F.H.I.P., AIX, 6 et 7 septembre 2007), PUAM, 2008, p. 163-185.

toutes les obligations, car Dieu a inscrit dans ces engagements ce qu'il prescrit aux hommes de faire, c'est-à-dire « les fondements des diverses règles de ce que la justice et l'équité demande de chaque personne »⁴⁵⁹. Ainsi dans ces deux espèces d'engagements retrouve-t-on toutes les obligations qui existent entre les hommes. Elles sont rangées dans deux catégories, ce qui peut être considéré comme la première classification des sources d'obligations de Domat. L'auteur ne donne pas de nom à ces deux catégories, il parle simplement de la première et de la seconde espèce d'engagements et leur consacre un chapitre à chacune. Nous allons étudier ces deux espèces d'engagements plus précisément.

A / Les liaisons naturelles.

La première espèce d'engagements regroupe ceux qui se forment par des liaisons naturelles. Il s'agit principalement des engagements qui naissent du mariage et de la filiation, ainsi que des liens d'alliances et de parentés qui en découlent. Avec ces engagements, Dieu a voulu créer une société particulière qui est la famille et au sein de laquelle les personnes seront étroitement liées et engagées « à un usage continuel des divers devoirs de l'amour mutuel »⁴⁶⁰. De ces liens familiaux naissent des obligations entre les différents membres de cette société particulière, ces obligations variant en fonction du lien qui unit les personnes. Du mariage naissent des devoirs pour le mari et pour la femme. Le but du mariage est de donner naissance à des enfants, si bien que la deuxième source d'obligations parmi les liaisons naturelles est la filiation. Celle-ci crée des liens privilégiés entre le père, la mère et les enfants, et fait naître des engagements entre eux. Les parents ont le devoir d'aimer, d'éduquer, d'instruire leurs enfants, et en contre-partie, les enfants se doivent d'obéir à leurs parents, de leur être reconnaissant, et ils sont également obligés de leur rendre secours si besoin, surtout « en ceux du déclin de l'âge et des autres faiblesses, infirmités et nécessités »⁴⁶¹. Il s'agit là

⁴⁵⁹ DOMAT (J.), *Traité des lois*, n°3 p. 8.

⁴⁶⁰ DOMAT (J.), *Traité des lois*, n°1 p. 8.

⁴⁶¹ DOMAT (J.), *Traité des lois*, n°3 p. 10.

des deux principales sources d'obligation dans la catégorie des liaisons naturelles, mais du mariage et de la filiation découlent d'autres liaisons que sont la parenté et l'alliance. La parenté lie les collatéraux, et le fondement de cette liaison est le fait d'avoir le même ascendant. Les liaisons entre ces personnes concernent surtout les questions de succession, de tutelle, ou encore les interdits au mariage entre proches. L'alliance vise les liaisons entre le mari et la famille de sa femme, et la femme et la famille de son mari. Les obligations sont les mêmes que celles qui procèdent de la parenté car les liens du mariage sont si étroits que le mari et la femme doivent considérer la famille de leur époux comme la leur. Il est à noter une fois encore que Domat s'en tient toujours à une classification binaire pour exposer ses idées : deux espèces d'engagements, deux sources principales, deux sources secondaires. La première catégorie d'engagements regroupe donc les obligations qui naissent des liaisons naturelles ou familiales, qu'en est-il de la seconde?

B / Les autres liaisons.

Domat explique que la première espèce d'engagements est insuffisante puisque Dieu a mis les hommes en société pour qu'ils exercent leur amour envers tous les hommes et pas seulement leur famille. Il fallait donc des engagements qui lient toutes sortes de personnes qu'elles soient ou non étrangères les unes aux autres. Domat fait une remarque intéressante à propos de cette seconde espèce d'engagements, il explique que c'est pour que les hommes exercent leur amour mutuel et pour qu'ils se lient (en dehors des rapports familiaux) que Dieu a multiplié les besoins des hommes⁴⁶². Or de manière générale, on dit souvent que c'est la multiplication des besoins qui fait naître la nécessité de nouer des relations entre les hommes. Chez Domat, la finalité des engagements ne se trouve pas dans les besoins de l'individu mais dans l'accomplissement du devoir d'exercer l'amour mutuel envers les autres hommes. Cette seconde catégorie regroupe donc le plus grand nombre d'engagements car elle concerne les liaisons qui naissent entre tous les hommes. C'est au sein de cette seconde espèce

⁴⁶² DOMAT (J.), *Traité des lois*, n°1 p. 12.

d'engagement que l'on retrouve une distinction très importante entre les engagements volontaires et involontaires : « Toutes ces sortes d'engagements de cette seconde espèce sont, ou volontaires, ou involontaires »⁴⁶³. Cette nouvelle dichotomie oppose les engagements volontaires pour lesquels l'homme est libre et « où il entre par sa volonté »⁴⁶⁴, aux engagements involontaires, c'est-à-dire ceux dans lesquels Dieu place l'homme « sans sa propre volonté »⁴⁶⁵. Toutefois, Domat précise que dans ces deux hypothèses, même si l'origine de l'engagement n'est pas toujours volontaire, l'homme agit par sa liberté : « c'est par sa liberté que l'homme agit dans les uns et dans les autres ; et toute sa conduite renferme toujours ces deux caractères, l'un, de la dépendance de Dieu, dont il doit suivre l'ordre, et l'autre de sa liberté, qui doit l'y porter »⁴⁶⁶ puisque, créature de Dieu, sa liberté est de se conformer au plan divin. On trouve donc chez Domat pour la première fois ce critère distinctif de la volonté parmi les différentes sources d'obligations. Il faut tout de même remarquer qu'à la différence des classifications ultérieures qui reprendront ce critère, ici, les engagements involontaires sont dictés par la volonté divine qui est fondamentale dans la théorie de Domat. Cette distinction fondée sur la volonté est assez importante dans la théorie de Domat puisque c'est la division principale de la catégorie qui regroupe le plus de sortes d'obligations. Nous allons étudier plus en détails les engagements volontaires et les engagements involontaires.

1/ Les engagements volontaires.

Domat distingue une fois encore deux sortes d'engagements volontaires, ceux qui se forment mutuellement entre deux ou plusieurs personnes « qui se lient et s'engagent réciproquement l'une à l'autre par leur volonté »⁴⁶⁷ ; et ceux qui se forment par la volonté

⁴⁶³ DOMAT (J.), *Traité des lois*, n°2 p. 13.

⁴⁶⁴ *Ibidem*.

⁴⁶⁵ *Ibidem*.

⁴⁶⁶ *Ibidem*.

⁴⁶⁷ DOMAT (J.), *Traité des lois*, n°3 p. 13.

d'une seule personne qui s'engage envers d'autres sans que celles-ci n'aient voulu traiter avec elle.

Les engagements volontaires et mutuels désignent toutes les sortes de conventions comme le louage, la vente, l'achat, l'échange. Ils interviennent pour permettre aux hommes de se communiquer et s'échanger leur travail, leur industrie, « et pour les différents commerces de toutes choses »⁴⁶⁸. L'exemple le plus classique de cette catégorie est le contrat (engagement volontaire et mutuel), même si Domat préfère employer le terme convention. Cette catégorie des engagements volontaires et mutuels ne présente pas une grande spécificité puisqu'elle rejoint la catégorie classique des contrats dans les autres classifications, seul son nom change. Il en va autrement pour l'autre catégorie des engagements volontaires.

Cette deuxième espèce d'engagements volontaires regroupe ceux qui se forment par la volonté d'un seul. Domat donne l'exemple de celui qui accepte de se rendre héritier et s'oblige alors envers les créanciers de la succession. Par la seule décision d'accepter l'héritage, il se retrouve engagé auprès d'eux sans que ceux-ci n'y aient consenti. Le deuxième exemple encore plus intéressant est celui de la gestion d'affaires. Domat écrit que « celui qui entreprend la conduite de l'affaire d'un absent, à son insu, s'oblige aux suites de l'affaire qu'il a commencée »⁴⁶⁹. Cette classification de la gestion d'affaires parmi les engagements volontaires unilatéraux (quant à leur formation) permet à Domat de supprimer le terme quasi-contrat. Plutôt que de s'attacher à rechercher un consentement présumé ou une quelconque ressemblance avec le contrat, il se contente de dire que le gérant se trouve lié par un engagement volontaire unilatéral. En effet, il a décidé seul de prendre en main l'affaire d'autrui à son insu, et c'est cet acte qui l'oblige à en continuer la gestion. Ainsi, Domat, en se débarrassant de l'héritage pesant du quasi-contrat, livre une analyse et une classification intéressante pour la gestion d'affaires en la classant parmi les engagements volontaires unilatéraux.

⁴⁶⁸ *Ibidem.*

⁴⁶⁹ *Ibidem.*

2/ Les engagements involontaires.

« Les engagements involontaires sont ceux où Dieu met les hommes sans leur propre choix »⁴⁷⁰, telle est la définition donnée par Domat. La source des obligations ici n'est pas la volonté des hommes mais celle de Dieu. C'est la morale chrétienne qui va obliger les hommes et les engager à faire des choses qu'ils n'ont pas choisies, mais que la volonté divine leur commande de faire. Cette catégorie regroupe donc des sortes d'engagement très variées. Domat cite comme exemple les personnes nommées aux charges municipales, ou encore celles engagées par la justice dans des commissions qui sont tenues d'exercer ces fonctions. Il parle encore de celui qui est nommé tuteur et qui est obligé « indépendamment de sa volonté, à tenir lieu de père à l'orphelin qu'on met sous sa charge »⁴⁷¹. On voit bien ici le lien entre cet engagement imposé par Dieu et la morale. En effet, le tuteur n'a pas choisi cette fonction, il est nommé, mais c'est la morale (religieuse chez Domat) qui l'oblige à accomplir cette obligation. Dans le même ordre d'idée, Domat évoque aussi l'obligation qu'ont tous les hommes de venir en aide à ceux qui sont dans le besoin : « l'état de ceux qui se trouvent dans la société, et sans biens, et dans l'impuissance de travailler pour y subsister, fait un engagement à tous les autres d'exercer envers eux l'amour mutuel, en leur faisant part d'un bien où ils ont droit »⁴⁷². Il précise même que ce serait une injustice de refuser l'aide aux plus nécessiteux. Il y a donc également un fort aspect social dans ces engagements où Dieu met les hommes. On peut dire en quelque sorte qu'il y a, d'une part, les engagements volontaires pour lesquels les hommes choisissent de s'obliger, et les engagements involontaires où c'est Dieu qui supplée la volonté des hommes afin qu'ils remplissent certaines obligations conformes au plan divin et à la finalité de l'homme. Dans cette catégorie des engagements involontaires, il y a un dernier exemple donné par Domat qu'il faut étudier. Il s'agit de l'obligation de celui dont l'affaire a été gérée par autrui. Nous avons vu précédemment que l'obligation du gérant de poursuivre la gestion était classée parmi les engagements volontaires unilatéraux. L'obligation du géré de rembourser les dépenses raisonnables est classée par Domat parmi les engagements

⁴⁷⁰ DOMAT (J.), *Traité des lois*, n°4 p. 13.

⁴⁷¹ DOMAT (J.), *Traité des lois*, n°4 p. 14.

⁴⁷² *Ibidem*.

involontaires. Il y a donc dissociation de l'opération qui n'est pas perçue par Domat comme un même *negotium*, mais au travers de deux points de vues différents : celui du géré et celui du gérant. En effet, le géré n'étant pas au courant de l'acte du gérant, il ne peut être obligé volontairement, en revanche, c'est une question d'équité que de rembourser les dépenses effectuées par le gérant dans son intérêt. On se retrouve comme dans les exemples précédents avec une obligation morale (dictée par la volonté de Dieu) qui s'impose au géré. Cette analyse de Domat est très intéressante et permet, au prix de l'éclatement de la notion de gestion d'affaires, d'éviter la notion controversée de quasi-contrat. On a donc un gérant d'affaires qui choisit de s'occuper de l'affaire d'autrui et se retrouve obligé par son acte à assumer les suites de l'affaire (engagement volontaire unilatéral), et un géré qui se retrouve engagé sans le vouloir, par un engagement moral, à rembourser les dépenses raisonnables du gérant (engagement où Dieu met les hommes sans leur propre choix).

On ressent fortement dans cette classification l'influence du droit naturel et de la morale chrétienne. L'idée générale de cette classification est bien résumée par cette phrase qui donne les deux principes directeurs de tous les engagements : « l'un de faire aux autres ce que nous voudrions qu'ils fissent pour nous, et l'autre de ne faire à personne ce que nous ne voudrions pas que d'autres nous fissent ; ce qui comprend la règle de ne faire tort à personne, et celle de rendre à chacun ce qui lui appartient »⁴⁷³. Il construit un système d'obligation très cohérent et logique qui contraste avec la confusion de ses prédécesseurs et contemporains notamment dans le domaine du quasi-contrat. Domat apporte une grande précision dans son analyse des obligations et la rend très claire grâce à son souci de la dichotomie. On retrouve dans ce passage du *Traité des lois* de nombreuses idées très intéressantes et pertinentes dont certaines seront reprises par les rédacteurs du Code civil (sans les références religieuses), et par les auteurs du XIXe siècle. Cependant, dans son œuvre majeure *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Domat expose une vision légèrement différente des sources des obligations.

⁴⁷³ DOMAT (J.), *Traité des lois*, n°4 p. 17.

§2 : Les sources des obligations dans *Les lois civiles*.

Dans *Les lois civiles dans leur ordre naturel*⁴⁷⁴, Domat livre une nouvelle classification des sources des obligations, bipartite elle aussi. Elle oppose les engagements volontaires et mutuels par les conventions (livre 1)⁴⁷⁵, aux engagements qui se forment sans convention (livre 2)⁴⁷⁶. Cette classification est donc essentiellement articulée autour de la convention, contrairement à l'analyse présentée dans le *Traité des lois*. Nous allons étudier en détail cette seconde classification centrée sur la convention, dont les termes sont proches de ceux du Code civil (titre 3 : Des contrats ou des obligations conventionnelles en général ; titre 4 : Des engagements qui se forment sans convention).

Domat consacre la première partie de son ouvrage aux engagements. Cette première partie est divisée en deux livres qui constituent la classification des engagements. Le premier est intitulé : « Des engagements volontaires et mutuels par les conventions »⁴⁷⁷ et regroupe toutes les obligations conventionnelles. Ce livre comprend un titre qui traite des conventions de manière générale, puis un titre consacré à chaque espèce de convention (louage, échange, contrat de vente, prêt à usage, du dépôt et du séquestre,..). Domat isole donc les contrats des autres sources d'obligations, et leur consacre un livre à eux-seuls. Il est intéressant de souligner l'évolution avec le *Traité des lois* dans lequel l'auteur avait choisi de placer les conventions dans la catégorie plus générale des engagements volontaires. Peut-être doit-on voir dans le plan des *Loix civiles* une volonté d'être plus pragmatique et donc de mettre en avant, dans un livre entier, les contrats seuls, qui constituaient alors la principale source d'engagement. Ainsi la classification du *Traité des lois* reflèterait-elle l'idéologie de Domat, qui oppose les engagements volontaires et involontaires, tandis que celle-ci serait plus pratique et prendrait en compte la réalité du droit à cette époque. Pour mieux saisir l'évolution entre ces deux classifications, il faut surtout regarder la seconde catégorie qui regroupe les

⁴⁷⁴ DOMAT (J.), *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, Coignard, 1691.

⁴⁷⁵ DOMAT (J.), *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, p. 19.

⁴⁷⁶ DOMAT (J.), *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, p. 147.

⁴⁷⁷ DOMAT (J.), *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, p. 19.

engagements qui se forment sans conventions, car c'est là que les changements sont les plus importants.

La seconde branche de cette classification regroupe tous les engagements non conventionnels. Il s'agit d'une catégorie assez générale et le seul point commun des sources d'obligation qui y sont regroupées est de n'être pas des conventions. Il s'agit en quelque sorte d'une classification par défaut. Domat est donc beaucoup moins précis ici que dans le *Traité des loix*, dans lequel il détaille et justifie toutes les distinctions qu'il fait selon la logique de sa théorie. Ici, il n'explique pas pourquoi il regroupe dans cette catégorie toutes les obligations qui ne naissent pas d'une convention. Le résultat est que l'on se retrouve avec une catégorie un peu « fourre-tout » que certains auteurs n'hésitent pas à comparer avec les *variae causarum figurae*⁴⁷⁸. En effet, se retrouvent mêlées dans cette catégorie les obligations telles que la tutelle et la curatelle, les charges publiques, la gestion d'affaires, l'indivision, les relations de voisinage, la répétition de l'indu, la responsabilité délictuelle ou encore les obligations nées de cas fortuits. On peut trouver étrange un tel contraste avec le *Traité des loix* dans lequel Domat détaille et classe minutieusement les obligations toujours selon son organisation binaire. Cependant, il est à noter que dans l'annonce du plan de ce livre second, Domat fait tout de même une distinction entre les engagements qui se forment par la volonté d'un seul, et ceux que Dieu fait naître indépendamment de la volonté humaine. Mais cette distinction n'apparaît pas dans le plan de ce livre second car, comme l'écrit Domat, « On distinguera facilement par la seule lecture des titres de ce livre, les engagements qui se forment par la volonté d'un seul, et ceux que Dieu fait naître indépendamment de la volonté de l'un et de l'autre »⁴⁷⁹. La question que l'on peut se poser est donc de savoir pourquoi Domat regroupe ici ces deux espèces d'engagements. Quel est leur point commun ?

En lisant attentivement l'annonce du plan du livre second, on se rend compte que Domat justifie son plan (engagements conventionnels/ engagements non-conventionnels) par le rôle de la volonté mutuelle : « on en a fait un plan, où l'on a distingué deux espèces

⁴⁷⁸ CONTE (E.), « La classification des sources des obligations dans la doctrine antérieure à Domat », *actes des 3^e journées d'études Poitiers-Roma tre*, LGDJ, 2007, p. 113.

⁴⁷⁹ DOMAT (J.), *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, p. 147.

d'engagements, l'une de ceux qui se forment par la volonté mutuelle...et l'autre de ceux qui se forment sans une volonté mutuelle »⁴⁸⁰. Dans le *Traité des loix*, Domat avait choisi comme principal critère de classification la volonté seule. Il opposait les engagements volontaires (mutuels et unilatéraux), aux engagements involontaires (soumis à la volonté de Dieu). Ici, il préfère comme critère la volonté mutuelle, qu'il oppose à la volonté unilatérale d'un homme ou de Dieu. Cette évolution est critiquable car la classification du *Traité des loix* paraissait plus logique et cohérente. L'opposition entre engagements volontaires et involontaires semble plus claire, alors que dans la classification des *Loix civiles* le rapport entre les engagements unilatéraux quant à leur formation et les engagements d'origine divine n'est pas évident, d'autant plus qu'il n'apparaît pas dans le plan. De ce fait, le livre second donne cette impression de « fourre-tout » où l'on a regroupé toutes les obligations qui ne naissent pas d'une convention.

Dans les *Loix civiles*, on remarque également un changement en ce qui concerne la gestion d'affaires. En effet, nous avons vu précédemment que Domat distinguait entre l'obligation du gérant qui était classée parmi les engagements volontaires unilatéraux, et l'obligation du géré, rangée parmi les engagements involontaires imposés par la volonté divine. Or, comme ici, ces deux espèces d'engagements sont confondues dans le livre second, Domat ne distingue plus entre l'obligation du gérant et celle du géré. Il ne précise pas l'origine de cet engagement. Voilà encore une raison qui nous fait regretter l'absence de distinction dans le second livre entre les engagements unilatéraux et ceux imposés par Dieu. Ici, l'argument de Domat selon lequel on distinguera facilement les deux dans la lecture du titre n'est pas pertinent et ne nous permet pas de trancher. Toutefois, cette absence de précision ne conduit pas à affirmer que Domat a abandonné son idée première qui lui faisait distinguer l'obligation du gérant de celle du géré. Dans l'annonce du titre consacré à la gestion d'affaires, il se contente de dire que c'est la loi civile qui impose cette obligation, sans préciser d'avantage. On peut donc supposer que son analyse précédente est toujours valable et qu'il considère différemment les deux obligations. Il aurait cependant été instructif que Domat fournisse un plan dans ce second livre, pour savoir comment il aurait classé cette obligation : avec les engagements unilatéraux, les engagements divins ou comme une obligation mixte. Il

⁴⁸⁰ *Ibidem*.

est simplement dommage ici que Domat n'évoque pas à nouveau son analyse si intéressante sur les deux sortes d'obligation (du gérant et du géré) qui aurait peut-être pu faire évoluer cette notion et aussi celle plus générale du quasi-contrat, compte tenu du succès des *Loix civiles*.

Domat a donc laissé deux classifications des sources des obligations. La première du *Traité des lois* est sans doute la plus aboutie et la plus complète. On peut dire qu'il s'agit d'une classification plus théorique qui correspond à l'idéal de Domat dans son système juridique. La classification des *Loix civiles* est moins détaillée et prend plus en compte les réalités du droit de l'époque. Domat entre moins dans les détails théoriques et abstraits et insiste plus sur les exemples d'obligations. Pour beaucoup d'auteurs cette seconde classification présente moins de qualités que la première : « Malheureusement, Domat ne suit pas rigoureusement dans les développements des *Loix civiles* le plan qu'il s'était fixé dans le *Traité des Lois*. Il se limite ainsi à deux catégories : celles des obligations conventionnelles et non conventionnelles, mêlant ainsi l'influence de la volonté unilatérale et de la loi »⁴⁸¹. Mais même si la classification du *Traité des Lois* est la plus cohérente et complète, c'est celle des *Loix civiles* qui revêt la plus grande importance. En effet, compte tenu du succès de l'ouvrage, cette classification sera largement répandue et influencera notamment les rédacteurs du Code civil de 1804. La ressemblance entre le plan de la première partie des *Loix civiles* de Domat et le plan du Code civil⁴⁸² est évidente : chez Domat, opposition entre engagements conventionnels (livre 1) et engagements non conventionnels (livre 2) ; dans le Code civil, opposition entre les contrats ou obligations conventionnelles (Titre 3) et les engagements qui se forment sans convention (Titre 4). Dans les deux cas, la classification repose sur la présence ou non d'un accord de volontés. Il y a également une grande ressemblance au niveau de la catégorie des engagements qui se forment sans convention. Dans cette catégorie Domat distingue deux sortes d'engagements, ceux qui naissent indépendamment de la volonté humaine (par la volonté de Dieu), et ceux qui naissent de la volonté d'une seule personne. Or, on retrouve cette distinction à l'article 1370 du Code civil entre les engagements involontaires qui résultent de la loi, et ceux qui naissent d'un fait personnel :

⁴⁸¹ VIZIOZ (H.), *La notion de quasi-contrat*, Bordeaux, Cadoret, 1912, p. 195.

Article 1370 : « Certains engagements se forment sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé.

Les uns résultent de l'autorité seule de la loi ; Les autres naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé.

Les premiers sont les engagements formés involontairement, tels que ceux entre propriétaires voisins, ou ceux des tuteurs et des autres administrateurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déferée.

Les engagements qui naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé, résultent ou des quasi-contrats, ou des délits ou quasi-délits ; ils font la matière du présent titre ».

On remarque certaines différences avec la classification de Domat. La loi divine qui était source d'obligation chez Domat est remplacée dans le Code civil par la loi civile, ce qui est beaucoup plus conforme à l'esprit des rédacteurs de 1804. Mais l'idée reste la même, ces engagements sont imposés à l'homme soit par la volonté divine (Domat), soit par la loi (Code civil). On retrouve une autre différence quant à la seconde espèce d'engagements involontaires : là où Domat parlait d'engagements qui se forment par la volonté d'un seul, les rédacteurs du Code civil préfèrent parler d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé. La référence à la volonté unilatérale disparaît, on préfère parler de faits. Il conviendra d'étudier les travaux préparatoires du Code civil pour tenter de comprendre cette évolution (Titre 2). On peut déjà avancer ici l'idée que c'est parce que les rédacteurs du Code civil ont classé parmi cette seconde espèce d'obligations les délits et quasi-délits qu'ils n'ont pas voulu parler de volonté unilatérale. Domat, lui, n'avait pas précisé quelles étaient les obligations qui naissent de la volonté divine et celles qui naissent de la volonté unilatérale, et d'une manière générale il faisait naître beaucoup d'engagements de la volonté divine. Or, les rédacteurs du Code civil ont quant à eux restreint le nombre d'engagements naissant de la loi, ce qui les oblige à élargir la seconde espèce en ne la limitant pas aux obligations résultant de la volonté unilatérale, et en parlant simplement d'un fait personnel. Par exemple, pour Domat le délit prend sa source dans la volonté divine qui impose de réparer le tort causé à autrui, tandis que les rédacteurs du Code civil ne classent pas le délit parmi les obligations naissant de la loi. S'ils avaient conservé pour la seconde catégorie les mêmes termes que Domat et parlé de volonté

⁴⁸² Ce plan sera étudié plus en détail dans le Titre suivant.

unilatérale, ils auraient eu du mal à y faire entrer toutes les obligations ne résultant pas de la loi (ce que leur permet le terme de fait personnel).

Malgré ces légères différences, l'influence de la classification de Domat sur les rédacteurs du Code civil est flagrante. L'étude des travaux de Domat nous sera donc d'une grande utilité dans la suite de notre enquête pour comprendre la classification du Code civil et les interprétations qui en ont été faites par la suite. Mais pour être complet sur les origines doctrinales du Code civil, il faut étudier également les travaux de Pothier.

Section 2 : L'influence de Pothier sur la classification des obligations.

Au XVIII^e siècle, Pothier⁴⁸³ marque le droit par la grande qualité de ses travaux tant sur le droit romain que le droit français. Selon nombres de ses contemporains, il avait atteint une connaissance inégalée du droit romain qui, conjuguée à son savoir sur le droit coutumier français lui permit de faire dans ses travaux une sorte de synthèse entre les pays de droit écrit et les pays de droit coutumier. Il a ainsi dans ses traités jeté les bases d'un droit civil national qui servira de matériau pour les rédacteurs du Code civil. L'ouvrage de Pothier qui retiendra ici davantage l'attention est son *Traité des obligations*⁴⁸⁴ paru en 1761, dans lequel il expose toute sa théorie sur le droit civil et donc aussi les sources des obligations. Pothier, comme d'autres auteurs du XVIII^e siècle, propose une classification des sources des obligations proche de celle des *Institutes* de Justinien. Cependant, il se démarque des autres auteurs sur plusieurs points. D'abord, par le fait qu'il donne une définition de chaque source d'obligation. Ensuite, il ajoute une cinquième source d'obligation et, enfin, le plan de son traité est très important car il met en exergue la prépondérance du contrat par rapport aux autres sources des obligations, ce qui va influencer les rédacteurs du Code civil.

Nous étudierons dans un premier temps la classification des sources des obligations ainsi que le plan du *Traité des obligations* de Pothier (§1), avant de nous pencher plus particulièrement sur chaque source et les définitions qu'en donne le jurisconsulte (§2).

⁴⁸³ MONEGER (J.), SOURIOUX (J.L.), TERRASSON de FOUGERES (A.), *Robert Joseph Pothier, d'hier à aujourd'hui*, Paris, Economica, 2001 ; SOURIOUX (J.L.), « Pothier ou le sphinx d'Orléans », dans *Droits*, 2004, n° 39, p.69-75 ; THIREAU (J.L.), « Pothier, le droit romain et le droit naturel », *Les grands juristes*, Aix-Marseille, PUAM, 2006, p. 113-128.

⁴⁸⁴ BUGNET, *Œuvres de Pothier, Tome II :Traité des obligations*, Paris, Plon, 1861.

§1 : La classification des causes des obligations chez Pothier.

Il convient dans un premier temps de s'arrêter sur quelques problèmes terminologiques concernant la théorie des obligations de Pothier. Comme nous l'avons vu dans le chapitre précédent, dans l'ancien droit, les auteurs utilisent des termes différents pour désigner les sources d'obligations et il existait même parfois des confusions entre certains termes, comme *obligation* et *convention*. On parlait des obligations qui naissaient de diverses sources, espèces (en référence aux *species* du droit romain), ou encore causes. Pothier n'emploie pas le terme source, mais parle plutôt de *cause* et *d'espèce*, pour désigner deux choses différentes. Pour désigner ce que nous appelons les sources des obligations, il utilise le mot cause : « Les causes des obligations sont les contrats, les quasi-contrats, les délits, les quasi-délits ; quelquefois la loi ou l'équité seule »⁴⁸⁵. Lorsqu'il parle des diverses espèces d'obligations, qui font l'objet de la deuxième partie de son traité, il vise les différentes divisions que l'on peut faire entre les obligations. Il fait ainsi dans la deuxième partie intitulée : « Des différentes espèces d'obligations »⁴⁸⁶, douze divisions qui permettent de classer les obligations autrement qu'en fonction de leur source. On peut citer comme exemple la division entre obligations civiles et naturelles, simples et conditionnelles, de donner et de faire, etc... Ainsi Pothier ne confond-il pas les termes et expose clairement qu'il y a, d'une part, les différentes causes des obligations, c'est-à-dire ce qui leur donne naissance et, d'autre part, les différentes espèces d'obligations, c'est-à-dire ce qui permet de les distinguer les unes des autres et de les classer en fonction de leurs caractéristiques. Il ne s'agit pas du même genre de division : on a d'un côté les faits générateurs de obligations et de l'autre ce qui permet de différencier des obligations déjà formées. C'est pourquoi il consacre le chapitre premier de la première partie de son traité aux causes des obligations, puisqu'il est logique d'étudier en premier lieu la formation des obligations avant de voir comment les différencier. Ce chapitre premier s'intitule « De ce qui appartient à l'essence des obligations »⁴⁸⁷, et

⁴⁸⁵ BUGNET, *op. cit.*, p. 3.

⁴⁸⁶ BUGNET, *op. cit.*, p. 196.

⁴⁸⁷ BUGNET, *op. cit.*, p. 3.

contient, outre les causes des obligations, les autres éléments fondamentaux des obligations, à savoir les choses qui peuvent en être l'objet et les personnes qui peuvent s'y obliger.

Logiquement, donc, Pothier entame son chapitre consacré à ce qui fait l'essence des obligations par l'énoncé des causes des obligations : « Il est de l'essence des obligations ; 1° qu'il y ait une cause d'où naît l'obligation... Les causes des obligations sont les contrats, les quasi-contrats, les délits, les quasi-délits ; quelquefois la loi ou l'équité seule »⁴⁸⁸. Avant d'étudier plus précisément ces causes, il faut dire quelques mots sur le plan utilisé par Pothier pour présenter ces diverses causes. Après avoir énuméré les causes des obligations, Pothier annonce le plan de son étude : « Nous traiterons : 1° des contrats qui sont la cause la plus fréquente d'où naissent les obligations ; 2° Des autres causes d'obligations »⁴⁸⁹. Il ne faut pas voir ici une classification particulière. La seule raison qui justifie cette distinction est le fait que le contrat est la source principale des obligations et qu'il faut donc lui réserver un paragraphe à part. Contrairement à Domat, Pothier ne cherche pas à classer en catégorie les différentes causes d'obligations, il se contente de les énumérer. Puis, par commodité, il sépare l'étude des contrats de celle des autres causes d'obligations. Là où Domat, dans l'exposé de sa théorie des obligations, cherchait à séparer les engagements volontaires des engagements involontaires et justifiait ses distinctions, Pothier se contente, à la manière des *Institutes* de Justinien, d'énoncer les causes des obligations. Il y a tout de même un point commun entre Domat et Pothier, puisque dans les *Lois civiles*, Domat oppose dans son plan les engagements conventionnels (les contrats), aux engagements non conventionnels (les autres causes d'obligations). Le résultat est donc le même puisque l'on a d'un côté les contrats et de l'autre les autres causes d'obligations. Cependant, on ne peut pas dire pour autant que les classifications sont les mêmes, puisque Domat fonde sa classification sur le critère de la volonté (une volonté mutuelle des parties dans les engagements conventionnels, et une absence de volonté mutuelle dans les engagements non conventionnels). Pothier de son côté opère sa distinction sur le seul constat que les contrats sont la principale source d'obligation. Mais, même si les intentions et les arguments des deux auteurs ne sont pas les mêmes, le fait est qu'il propose un classement identique des causes des obligations. On pourrait même

⁴⁸⁸ BUGNET, *op. cit.*, p. 3.

⁴⁸⁹ *Ibidem*.

supposer que les plans des deux jurisconsultes leur ont été dictés par la même raison. En effet, dans la section précédente, nous avons soulevé la question de savoir pourquoi Domat a modifié sa classification entre le *Traité de loix* et les *Loix civiles*, pour la centrer dans ce dernier ouvrage sur l'opposition entre obligations conventionnelles et non conventionnelles. Il est possible que Domat, comme le fera clairement Pothier après lui, ait voulu consacrer une partie entière à la source d'obligation principale de l'époque, c'est-à-dire le contrat. Il ne s'agit là que d'une supposition à propos de l'évolution de la classification de Domat, mais il est clair que pour Pothier, le contrat occupe la première place parmi les sources d'obligation et nous verrons que cet état de fait sera confirmé et peut être même renforcé par les rédacteurs du Code civil de 1804.

Domat et Pothier étant les principaux inspirateurs des rédacteurs du Code civil, on comprend davantage encore le plan de la partie relative aux obligations. Nous avons vu précédemment que le plan du Code civil était très proche de celui de Domat (ressemblance dans les intitulés même), mais on y retrouve également l'influence de Pothier. Le plan du Titre 3 du Livre 3 du Code civil « Des contrats ou des obligations conventionnelles en général » est un mélange entre les titres des premières parties des classifications de Domat et Pothier. On y retrouve en effet la notion d'engagement conventionnel de Domat et le contrat qui chez Pothier fait l'objet d'un paragraphe spécial. On perçoit donc ici, au moins sur le plan formel, l'influence conjuguée de Domat et Pothier sur le Code civil. Pour ce qui est du fond, nous verrons dans le paragraphe suivant les emprunts des rédacteurs du Code civil, notamment en ce qui concerne les définitions des causes des obligations.

§2 : Etude des différentes causes d'obligations.

Pothier reste assez fidèle à la classification des *Institutes* de Justinien puisqu'il se contente d'énumérer les causes des obligations que sont les contrats, les quasi-contrats, les délits et les quasi-délits. Là où il se démarque du droit romain, c'est qu'il ajoute une

cinquième cause d'obligations, qui réside dans « la loi ou l'équité seule »⁴⁹⁰. L'avantage de Pothier par rapport à ses prédécesseurs est qu'il nous livre une définition de chacune des causes des obligations, et que ces définitions serviront de matériau pour celles du Code civil. Il est donc nécessaire d'étudier ces définitions, afin de voir notamment l'évolution subie par les quatre principales sources depuis les *Institutes*, et également de comprendre ce que Pothier entend par la « loi ou l'équité seule »⁴⁹¹ comme cinquième cause d'obligation.

A/ Le contrat.

La première source citée et étudiée par Pothier est le contrat qui est le seul à faire l'objet d'une section particulière, les quatre autres sources étant regroupées dans une même section intitulée : « Des autres causes des obligations »⁴⁹², ce que Pothier justifie par le fait que le contrat est « la cause la plus fréquente d'où naissent les obligations »⁴⁹³. Les contrats sont la première cause d'obligations car naturellement ce sont eux qui permettent aux hommes de nouer des liens dans la société et la font ainsi fonctionner⁴⁹⁴. Pothier s'écarte du droit romain en ce qui concerne la définition du contrat, notamment à propos de la distinction entre les contrats et les simples pactes du droit romain : « Les principes du droit romain sur les différentes espèces de pactes, et sur la distinction des contrats et des simples pactes, n'étant pas fondés sur le droit naturel, et étant très éloignés de sa simplicité, ne sont pas admis dans notre droit »⁴⁹⁵. Pothier préfère la simplicité du droit naturel à la complexité du droit romain pour définir le contrat. Il définit ainsi le contrat comme « une convention par laquelle les deux

⁴⁹⁰ BUGNET, *op. cit.*, p. 3.

⁴⁹¹ *Ibidem*.

⁴⁹² BUGNET, *op. cit.*, p. 56.

⁴⁹³ BUGNET, *op. cit.*, p. 3.

⁴⁹⁴ AUGUSTIN (J.M.), « La classification des sources des obligations de Domat au code civil », *actes des 3^e journée d'études Poitiers-Roma tre*, LGDJ, 2007, p.124 : « Leur usage très répandu en fait la suite naturelle et, pourrait-on dire nécessaire, de l'ordre de la société civile ».

⁴⁹⁵ BUGNET, *op. cit.*, p. 4.

parties réciproquement, ou seulement l'une des deux, promettent et s'engagent envers l'autre à lui donner quelque chose, ou à faire ou à ne pas faire quelque chose »⁴⁹⁶. Pothier livre une définition du contrat en droit français claire et précise, qui sera presque reprise à l'identique à l'article 1101 du Code civil⁴⁹⁷. Pothier, par sa grande connaissance du droit romain et du droit coutumier, a donc réussi à donner une définition du contrat correspondant à la réalité juridique du XVIII^e siècle et qui, au travers du Code civil⁴⁹⁸, est toujours d'actualité. Qu'en est-il à propos du quasi-contrat, notion qui n'a cessé d'évoluer sous l'ancien droit ?

B/ Le quasi-contrat.

Nous avons vu dans le chapitre précédant que la notion de quasi-contrat avait beaucoup évolué pendant l'ancien droit. Au XVIII^e siècle, il semble que la notion se stabilise et Pothier nous en donne une définition assez claire : « On appelle quasi-contrat, le fait d'une personne permis par la loi, qui l'oblige envers une autre, ou oblige une autre personne envers elle, sans qu'il intervienne aucune convention entre elles »⁴⁹⁹. Selon Pothier, le quasi-contrat se définit donc par le critère de la licéité, contrairement au délit qui est un fait illicite, et il se différencie du contrat par le fait qu'il n'y a pas de convention entre les parties. Pothier cite comme exemple l'acceptation d'une succession par un héritier, le paiement de l'indu, ou encore la gestion d'affaires, mais il précise bien qu'il ne s'agit pas là d'une liste exhaustive : « Il y a quantité d'autres exemples de quasi-contrats »⁵⁰⁰. Ce qui est également intéressant chez Pothier, c'est qu'il explique ce qui fait la différence entre le contrat et le quasi-contrat, et il répond ainsi aux nombreuses controverses sur l'ambiguïté du terme quasi-

⁴⁹⁶ *Ibidem*.

⁴⁹⁷ Art. 1101 C.C. : « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ».

⁴⁹⁸ DEROUSSIN (D.), « le contrat à travers le Code civil des français », dans *Les penseurs du Code civil*, ouvrage coordonné par C. Gauvard, A.F.H.J., Paris, La documentation française, 2009, p. 249-289.

⁴⁹⁹ BUGNET, *op. cit.*, p. 56.

⁵⁰⁰ *Ibidem*.

contrat. C'est une fois encore sa grande connaissance du droit romain qui lui permet d'expliquer l'origine et le sens du quasi-contrat sans tomber dans la confusion avec l'idée répandue à l'époque selon laquelle le quasi-contrat serait presque un contrat. Il explique que dans le quasi-contrat ce n'est pas le consentement qui donne naissance à l'obligation mais la loi : « Dans les contrats, c'est le consentement des parties contractantes qui produit l'obligation ; dans les quasi-contrats, il n'intervient aucun consentement, et c'est la loi seule où l'équité naturelle qui produit l'obligation, en rendant obligatoire le fait d'où elle résulte. C'est pour cela que ces faits sont appelés quasi-contrats, parce que, sans être des contrats, ni encore moins des délits, ils produisent des obligations comme en produisent les contrats »⁵⁰¹. Ce qui donne donc naissance à l'obligation quasi-contractuelle, c'est la loi. Pothier s'inscrit dans la lignée des auteurs jusnaturalistes qui considèrent également l'équité ou la loi naturelle comme fait générateur du quasi-contrat. Pothier est très clair sur le fait que dans le quasi-contrat il n'est absolument pas question de consentement. La ressemblance avec le contrat se situe au niveau des effets : « ils produisent des obligations comme en produisent les contrats »⁵⁰². On retrouve ici la définition de Gaius des obligations *quasi ex contractu* qui se rapprochent du contrat au niveau de leurs effets et non quant à leur mode de formation. Cela montre que, contrairement à ce qui se passera au XIXe siècle, Pothier ne fait pas du contrat un « presque contrat » dans lequel le consentement serait présumé, même si certains auteurs, comme Goma, n'ont pas aperçu cette précision et font de lui le responsable du rapprochement entre le contrat et le quasi-contrat : « Pothier a achevé la grande erreur commencée par Justinien. Il a introduit dans le droit français l'idée la plus fautive. Le quasi-contrat n'a rien de commun avec le contrat, il n'y a aucune raison de le rapprocher du contrat »⁵⁰³.

On peut, enfin, soulever une dernière question à propos du quasi-contrat chez Pothier. Ce dernier explique que c'est la loi qui produit l'obligation du quasi-contrat. On peut alors se demander pourquoi il ne classe pas cette obligation parmi celles qui naissent de la loi, dont il fait par ailleurs une catégorie spéciale ? Il est possible que Pothier, comme d'autres auteurs

⁵⁰¹ BUGNET, *op. cit.*, p. 57.

⁵⁰² *Ibidem*.

⁵⁰³ GOMAA (N.M.K.), *Théorie des sources de l'obligation*, Paris, L.G.D.J., 1968, p. 185.

avant lui, étant très attaché au droit romain et à la classification des *Institutes* de Justinien, n'ait pas voulu supprimer une cause d'obligation qui existait. Mais même si les quasi-contrats comme d'autres obligations prennent leur source dans la loi, la distinction est tout de même pertinente puisque les quasi-contrats ont à leur origine un fait volontaire licite. Sans son attachement au droit romain et à la classification de Justinien, Pothier aurait sans doute pu adopter une classification semblable à celle de Domat, dans laquelle la loi aurait été la cause générale d'obligation, et le quasi-contrat la sous-catégorie regroupant les faits licites générateurs d'obligations. La fidélité de Pothier au droit romain semble être la meilleure explication au maintien des quasi-contrats comme source autonome d'obligation. On peut aussi avancer l'hypothèse que, plutôt que de donner la prééminence à la source médiate du quasi-contrat, c'est-à-dire la loi, il préfère mettre en exergue la source immédiate et qui le distingue des autres obligations légales, c'est-à-dire le fait licite.

C/ Les délits et quasi-délits⁵⁰⁴.

Pothier regroupe dans un même paragraphe les délits et les quasi-délits, car en dehors de leur définition qui diffère, ces deux causes d'obligations produisent les mêmes effets et ont les mêmes caractéristiques. Sa définition du délit est assez classique et ne présente guère de nouveauté : « On appelle délit, le fait par lequel une personne, par dol ou malignité, cause du dommage ou quelque tort à un autre »⁵⁰⁵.

En ce qui concerne le quasi-délit, Pothier s'inspire des définitions des auteurs coutumiers⁵⁰⁶ qui ont généralisé cette notion à tous les cas de fautes non-intentionnelles : « Le quasi-délit est le fait par lequel une personne, sans malignité, mais par une imprudence qui

⁵⁰⁴ DESCAMPS (O.), *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, Paris, LGDJ, 2005.

⁵⁰⁵ BUGNET, *op. cit.*, p. 57.

⁵⁰⁶ Voir Chapitre 1, Section 3, §2.

n'est pas excusable, cause quelque tort à un autre »⁵⁰⁷. On oublie ainsi les quatre cas classiques de quasi-délit du droit romain, et Pothier consacre l'évolution subie par la notion dans le droit coutumier. Contrairement au quasi-contrat, on peut désormais dire que le quasi-délit est presque un délit auquel il ne manque que l'intention. On a donc désormais un quasi-délit dans tous les cas de faute non intentionnelle, et c'est cette définition qui sera reprise à l'article 1383 du Code civil⁵⁰⁸.

Pothier poursuit en expliquant en quoi le délit et le quasi-délit diffèrent du quasi-contrat, puisque ces différents cas résultent tous d'un fait de l'homme. La différence est que dans le quasi-contrat le fait est permis par la loi, alors que dans le délit et le quasi-délit, ce fait est condamnable. Une fois encore, on en revient à l'idée que sans sa fidélité à la classification de Justinien, et avec les critères qu'il propose, Pothier possédait tous les éléments pour proposer une classification différente en regroupant parmi les obligations qui naissent de la loi, celle qui naissent d'un fait licite (quasi-contrat) et celles qui naissent d'un fait illicite (délit et quasi-délit). Comme il parle du fait permis par la loi dans sa définition du quasi-contrat, Pothier avait aussi dégagé le critère du fait illicite dans son commentaire de la coutume d'Orléans : « On appelle délit et quasi-délit, les faits illicites qui ont causé quelque tort à quelqu'un d'où naît l'obligation de réparer »⁵⁰⁹. Pothier n'a pas proposé une nouvelle classification fondée sur ces critères mais il a eu le mérite de proposer des définitions claires de ces sources d'obligations et d'ouvrir la voie à de nouvelles classifications. Une autre particularité de Pothier est d'avoir ajouté une cinquième cause d'obligation à la classification de Justinien : la loi.

⁵⁰⁷ BUGNET, *op. cit.*, p. 57.

⁵⁰⁸ Art. 1383 C.C. : Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou son imprudence ».

⁵⁰⁹ POTHIER (R.J.), *Coutume des duché, bailliage et prévôté d'Orléans*, Paris, Debure, 1780, Intro. Générale, Chap. IV, §2, 116, p. 57.

D/ La loi.

Pothier n'est pas le premier à faire de la loi une source d'obligation. Déjà Modestin⁵¹⁰ au III^e siècle l'avait évoquée, puis Domat a fait de la loi divine une source d'obligation comme nous l'avons vu également. Argou semble aussi avoir inspiré directement Pothier car il faisait de la loi ou de l'équité des causes d'obligations⁵¹¹. Mais c'est plus souvent à Heineccius⁵¹² que l'on attribue la découverte de l'obligation légale qui a influencé Pothier. Lorsqu'il énonce les causes des obligations, Pothier écrit qu'elles naissent quelquefois de « la loi ou l'équité seule »⁵¹³. Il ne faut pas comprendre ici qu'il y a des obligations qui naissent de la loi et d'autres de l'équité, c'est la même cause qui est visée par Pothier. Il parle ici de la loi naturelle (fondée sur l'équité) qui est source d'obligation et il donne plus de précision dans son troisième paragraphe intitulé « De la loi »⁵¹⁴.

Il commence par préciser que la loi naturelle est la cause médiate de toutes les obligations car c'est elle qui ordonne « que chacun tienne ce qu'il a promis, et qu'il répare le tort qu'il a commis par sa faute »⁵¹⁵, ce qui vise ici les contrats, délits et quasi-délits. Et c'est également cette loi naturelle qui « rend obligatoire les faits d'où il résulte quelque obligation »⁵¹⁶, c'est-à-dire, les quasi-contrats. La loi naturelle est l'équivalent, dans ses effets, pour Pothier de la loi divine chez Domat, elle est la cause de toutes les obligations. Cependant, Pothier continue en expliquant que parfois la loi peut être la seule et unique cause de certaines obligations : « Il y a des obligations qui ont pour seule et unique cause immédiate

⁵¹⁰ D. 44, 7, 52. : « *Obligamur aut re aut verbis aut simul utroque aut consensu aut lege aut iure honorario aut necessitate aut ex peccato* ».

⁵¹¹ AUGUSTIN (J.M.), « La classification des sources des obligations de Domat au code civil », *actes des 3^e journée d'études Poitiers-Roma tre*, LGDJ, 2007, p. 123.

⁵¹² HEINECCIUS, *Elementa juris secundum ordinem Pandectarum*, Francfort, 1770.

⁵¹³ BUGNET, *op. cit.*, p. 3.

⁵¹⁴ BUGNET, *op. cit.*, p. 59.

⁵¹⁵ *Ibidem*.

⁵¹⁶ *Ibidem*.

la loi »⁵¹⁷. Il cite comme exemple l'obligation pour les enfants de fournir des aliments à leurs parents quand ils sont dans le besoin, qui n'est dictée que par la loi naturelle. Il parle aussi du fait que certaines obligations naissent du principe imposé par la loi naturelle selon lequel on ne peut pas s'enrichir aux dépens d'autrui⁵¹⁸. Une fois encore la liste qu'il donne n'est pas exhaustive puisqu'il ajoute : « On peut rapporter beaucoup d'autres exemples d'obligations qui ont pour seule et unique cause la loi »⁵¹⁹. Le reproche que l'on peut faire à Pothier est celui de ne pas essayer de dégager un ou plusieurs critères des cas dans lesquels la loi naturelle est source d'obligation (en dehors du cas de l'enrichissement sans cause). C'est notamment la critique que lui adresse Gomaa qui compare la catégorie de la loi de Pothier à celle des *variis causarum figuris* de Gaius, et lui reproche de l'avoir ajoutée afin d'englober toutes les sources inclassables : « La loi, qui apparaît dans sa classification, est comparable à la *variis causarum figuris* de Gaius et à la rubrique des engagements involontaires de Domat. Mais il y a une différence, c'est que le terme utilisé par Pothier est un terme précis qui a un sens propre. Pothier l'a forcé et utilisé en dehors de son propre domaine. Donc si l'on reproche au terme de Gaius et à celui de Domat l'imprécision et l'absence de sens et de spécifique, on reproche à celui de Pothier la fausseté et la confusion »⁵²⁰. S'il est vrai que cette catégorie *loi* manque de précision et permet à Pothier de ranger les sources d'obligations « inclassables », l'ensemble de la critique de Gomaa ne nous semble pas fondée. En effet, lorsqu'il dit que le terme de loi a un sens propre, il semble parler de la loi civile et non de la loi naturelle comme Pothier. Et s'il serait effectivement maladroit de faire de la loi civile une source d'obligation, comme l'explique Pothier, la loi naturelle étant dans certains cas la seule et unique cause des obligations, la catégorie se justifie. Gomaa semble une fois encore avoir mal saisi la pensée de Pothier. Peut-être a-t-il été influencé par le Code civil dans lequel il n'est pas question de la loi naturelle mais simplement de la loi, ce qui peut créer la confusion.

Pothier a eu le mérite de donner des définitions claires des causes des obligations en faisant le lien entre le droit romain et le droit coutumier français. On peut reprocher à Pothier

⁵¹⁷ *Ibidem*.

⁵¹⁸ BUGNET, *op. cit.*, p. 60.

⁵¹⁹ *Ibidem*.

⁵²⁰ GOMAA (N.M.K.), *Op. Cit.*, p. 186.

d'avoir été trop fidèle aux *Institutes* de Justinien sur la présentation des sources des obligations et de n'avoir pas voulu proposer une organisation différente qui aurait mieux reflété sa réflexion. Les rédacteurs du Code civil, outre certaines définitions, ont surtout conservé le plan de Pothier qui oppose le contrat aux autres sources d'obligation, ce qui consacra ainsi l'hégémonie du contrat. Ils n'ont pas profité des analyses de Pothier, notamment sur le rôle de la loi, pour faire évoluer la classification. Cependant, Pothier a ouvert la voie, et nous verrons que, progressivement, au XIXe siècle, des auteurs proposeront des classifications qui étaient presque sous-entendues dans son œuvre. Nous verrons également, comme nous l'avons déjà évoqué avec Gomma, que son travail n'a pas toujours été compris et qu'on lui attribue des maladroites qui en réalité sont dues aux rédacteurs du Code civil qui, tout en s'en inspirant de lui, n'ont pas exactement repris ses définitions. C'est notamment le cas avec le quasi-contrat et la loi en tant que source des obligations (nous verrons en quoi les rédacteurs du Code civil se sont éloignés de la pensée de Pothier en étudiant les travaux préparatoires).

Domat et Pothier sont donc les deux principaux inspirateurs des rédacteurs du Code civil pour la classification des sources des obligations comme nous venons de le voir. Les œuvres de ces deux grands juristes vont guider les travaux préparatoires. Cependant, avant d'en arriver à la rédaction du Code civil de 1804, nous verrons que d'autres projets de code beaucoup plus révolutionnaires dans leur approche des sources des obligations ont existé pendant la Révolution.

Titre 2 : Des utopies révolutionnaires à l'élaboration du Code civil⁵²¹.

La révolution française de 1789 apporte de nombreux changements juridiques et modifie en profondeur le droit ainsi que les institutions juridiques qui avaient existé jusque-là. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 pose les principes de ce nouvel ordre dominé par le légicentrisme. Rapidement, les révolutionnaires tournent la page de l'Ancien régime en réformant l'organisation judiciaire par la loi des 16 et 24 août 1790, mais cette réforme tentant de mettre fin à l'arbitraire de la justice d'Ancien régime n'était pas suffisante, il fallait également satisfaire au nouveau principe d'égalité devant la loi, également tiré de la Déclaration des droits de l'homme. Ce principe apparaît en opposition au système de l'Ancien régime dans lequel les sujets étaient tout sauf égaux devant la loi. Le système des ordres et le principe de la territorialité faisaient que l'on était soumis à des règles différentes selon son statut ou selon son lieu de résidence (diversité coutumière). Les révolutionnaires ont donc voulu mettre fin à ce système en faisant de la loi le moyen de garantir le principe d'égalité, la loi étant désormais la même pour tous. Ils ont décidé d'adopter des nouvelles lois mettant en œuvre les principes révolutionnaires pour réformer la société et uniformiser le droit. Il faut signaler tout de même que la volonté d'unification du droit n'est pas née avec la Révolution. Déjà Henri III avait fait rédiger un code des lois⁵²², ainsi que Louis XIV à travers les *arrêtés* du président Lamoignon⁵²³, mais ces travaux n'avaient pas l'ampleur de ceux accomplis pendant la Révolution. Ce travail d'uniformisation du droit s'est réalisé assez

⁵²¹ HALPERIN (J.L.), *L'impossible Code civil*, Paris, PUF, 1992 ; SEVIN (F.), *Etudes sur les origines révolutionnaires des codes Napoléon*, Paris, Marchal, Billard et Cie, 1879.

⁵²² BRISSON (B.), *Le Code du roy Henry III, roy de France et de Pologne (augmenté des édits du roy Henry IV par L. Charondas Le Caron)*, Paris, Metayer et L'Huillier, 1601.

⁵²³ LAMOIGNON (G. de), *Recueil des arrêtés de M. le premier président de Lamoignon*, Paris, Merlin, 1777 ; THIREAU (J.L.), « Les arrêtés de Guillaume de Lamoignon : Une œuvre de codification du droit français », dans *Droits*, 2004, n° 39, p. 53-68.

rapidement en matière pénale, puisqu'un code pénal a été adopté par la loi des 25 septembre et 6 octobre 1791. Il était prévu de faire la même chose en matière civile et d'adopter rapidement un code uniformisant les lois civiles pour tout le territoire. Cette idée a même été inscrite dans la Constitution de 1791 qui disposait dans son Titre 1 : « il sera fait un Code des lois civiles communes à tout le Royaume »⁵²⁴. Mais à la différence du code pénal, l'adoption d'un code civil sera beaucoup plus délicate, et l'enchaînement des bouleversements révolutionnaires n'aura de cesse d'empêcher l'adoption de celui-ci. Cependant, l'idée d'adopter un code civil ne quittera jamais l'esprit des révolutionnaires, et cette période sera marquée par la rédaction d'un nombre important de projets, dont trois seront dus à Cambacérès. L'étude de ces différents projets de Code civil nous permettra d'analyser les différentes visions de la classification des sources des obligations pendant la période révolutionnaire (Chapitre 1).

L'instabilité politique de la période révolutionnaire n'ayant pas permis d'adopter un code civil, il faudra attendre l'accession au pouvoir de Bonaparte pour qu'enfin un projet aboutisse. Même s'il y a une certaine continuité avec les projets présentés pendant la Révolution, c'est l'implication personnelle de Bonaparte et la stabilisation d'un pouvoir fort qui vont permettre l'adoption du Code civil de 1804. Dans le cadre de notre étude sur la classification des sources des obligations, il est essentiel d'accorder une place importante à l'étude du Code civil qui fixe les règles relatives aux sources des obligations et à leur classification pour les siècles suivants. En effet, pour la première fois, au travers de ce Code, le législateur consacra une classification des sources des obligations. C'est la raison pour laquelle nous étudierons les travaux préparatoires de ce Code civil afin de bien saisir l'esprit et la volonté de ses rédacteurs, ainsi que le texte définitif du code civil de 1804 en ce qui concerne les sources des obligations (Chapitre 2).

⁵²⁴ BART (J.), « Il sera fait un code des lois civiles... » dans *La Famille, la Loi, l'Etat, de la Révolution au Code civil*, Paris, 1989, p. 261-273.

Chapitre 1 : La classification des sources des obligations dans le droit révolutionnaire.

Une des aspirations des révolutionnaires était d’instaurer l’égalité des citoyens devant la loi. Cela passait par une abolition des privilèges mais aussi par une unification des lois du Royaume. C’est ce que propose de faire dès 1789, Olivier⁵²⁵, lorsqu’il présente un code civil qui se veut être la conciliation des coutumes françaises (surtout la coutume de Paris) et des lois romaines⁵²⁶. De même, la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen du 26 août 1789 précise que la Loi doit être la même pour tous dans son article 6, d’où la nécessité de l’adoption d’un code des lois civiles. Cette exigence est même précisée dans le Titre 1 de la Constitution du 3 septembre 1791 « Dispositions fondamentales garanties par la Constitution », où les rédacteurs écrivent : « Il sera fait un Code des lois civiles communes à tout le Royaume ». On voit donc ici toute l’importance de la rédaction d’un code civil qui est inscrit par les constituants parmi les dispositions fondamentales. Une fois les premières grandes réformes adoptées, la rédaction du code se précise et après quelques premières tentatives de codification (Section 1), un homme s’illustre en proposant plusieurs projets au nom de la commission de codification : Jean-Jacques Régis de Cambacérès (Section 2).

⁵²⁵ *Dictionnaire historique des juristes français*, p. 596, notice J.-L. Halpérin.

⁵²⁶ OLIVIER (J.), *Nouveau code civil proposé à la nation française et soumis à l’assemblée nationale*, 1789, p. V.

Section 1 : La classification dans les premières tentatives de codification.

Dans cette section, nous allons étudier la place accordée à la classification des sources des obligations dans deux projets de code civil qui datent du début de la Révolution. Le premier projet s'intitule : *Nouveau code civil proposé à la nation française et soumis à l'assemblée nationale*⁵²⁷, il est proposé par Jean de Dieu d'Olivier en 1789 (§1). Il s'agit du premier projet de code civil présenté sous la Révolution, il est donc intéressant à ce titre de voir quelles étaient les aspirations des juristes révolutionnaires à ce moment là, et aussi de voir le chemin parcouru avec les projets suivants plus ancrés dans la Révolution. Nous étudierons ensuite le projet de code sans doute le plus marqué par l'esprit révolutionnaire dans son contenu et notamment en ce qui concerne les sources des obligations. Il s'agit du *Plan de code civil*⁵²⁸ de Durand-maillane présenté au comité de législation le 8 juillet 1793 (§2).

§1 : Le *Nouveau code civil proposé à la nation française*.

Ce projet de code civil a été présenté à l'Assemblée nationale en 1789 et se présente, de l'aveu même de son auteur, comme « le résultat d'une étude faite sur la jurisprudence civile »⁵²⁹. Il précise ensuite qu'après l'étude des différentes coutumes, il s'est surtout attaché pour construire son projet à « la conciliation de la Coutume de Paris avec les Lois romaines les plus justes, et les plus conformes à la raison naturelle »⁵³⁰. Il juge essentiel afin d'uniformiser les lois civiles de bien étudier et connaître l'ensemble des coutumes antérieures et de la jurisprudence, et c'est pourquoi le travail du juriste (le sien) doit précéder celui du

⁵²⁷ OLIVIER (J.), *Op. Cit.*

⁵²⁸ *Archives parlementaires de 1787 à 1860 : Recueil complet des débats législatifs et politiques des chambres françaises* – Tome LXX, du 30 juillet 1793 au 9 août 1793, Paris, Mavidal et Laurent, 1819, p. 662-705.

⁵²⁹ OLIVIER (J.), *Op. Cit.*, p. IV.

⁵³⁰ OLIVIER (J.), *Op. Cit.*, p. V.

législateur (l'assemblée à qui il présente son projet)⁵³¹. Il conclut enfin son introduction en précisant que les articles qu'il a réunis sont tirés directement de la jurisprudence : « Agréez, messeigneurs, que je soumette respectueusement aux lumières de votre assemblée un choix d'articles législatifs dont la plupart sont tirés dans une jurisprudence tellement compliquée, qu'on dirait qu'ils sont retirés du milieu d'anciens décombres où ils étaient ensevelis »⁵³².

Ce projet de code civil se divise en quatre sections : Des personnes, des choses, des successions, des obligations. C'est cette dernière section que nous allons étudier particulièrement. Elle est elle-même divisée en sept titres. Le premier s'intitule : *Des obligations en général*. Très rapidement dans ce titre on se rend compte que l'auteur emploie indifféremment les termes de convention et d'obligation et très souvent les termes sont pris pour synonymes : « Les conventions ou obligations sont nulles, si elles sont infectées d'une lésion assez considérable pour supposer la fraude ou le défaut de consentement de la part d'une des parties... »⁵³³. Dans cet article, Olivier parle des vices du consentement qui rendent nulles les conventions, mais aussi ce qui est plus surprenant, les obligations de manière plus générale. Il précise qu'il y a alors absence « de cette union sincère de consentemens qui seule produit l'obligation »⁵³⁴. Or s'il est vrai que dans le contrat, c'est le consentement qui produit l'obligation, ce n'est pas du tout le cas pour les autres sources d'obligation. Ainsi, le titre premier de la section consacré aux obligations et qui s'intitule « Des obligations en général » est en réalité consacré aux règles générales du contrat. Dans chaque phrase, l'auteur parle des contrats ou obligations comme si les deux termes étaient synonymes et s'il n'existait qu'une sorte d'obligation. Il expose dans ce titre les conditions de validité et de nullité des contrats. Un autre passage, révélateur, concerne l'interprétation des contrats : « Dans l'interprétation des ambiguïtés d'une convention ou obligation, on s'attache au vrai sens de l'obligation plutôt qu'à la lettre,..., ou bien l'obligation s'explique par les usages reçus dans le pays où l'on a contracté... »⁵³⁵. On voit bien ici encore la confusion entre obligation et convention,

⁵³¹ OLIVIER (J.), *Op. Cit.*, p. VI.

⁵³² *Ibidem*.

⁵³³ OLIVIER (J.), *Op. Cit.*, p. 120.

⁵³⁴ OLIVIER (J.), *Op. Cit.*, p. 120.

⁵³⁵ OLIVIER (J.), *Op. Cit.*, p. 124.

puisqu'en dehors du contrat, il n'est pas possible d'interpréter les obligations, et qu'Olivier parle de contracter l'obligation, c'est donc qu'il fait une fois encore uniquement référence au contrat. On peut ainsi multiplier les exemples, comme lorsqu'il traite de l'échéance des obligations : « Les obligations dont l'échéance n'est pas fixée dans le contrat doivent être exécutées sans délai »⁵³⁶. Cela est révélateur de la manière de penser le droit des obligations à cette époque : celui-ci se résume essentiellement au droit des contrats. Nous avons déjà vu chez Domat et Pothier que le contrat était la source principale et la plus fréquente des obligations, et Olivier qui s'appuie sur le droit coutumier et la jurisprudence de l'Ancien régime réduit le droit des obligations au contrat. Effectivement, dans beaucoup de coutumes la seule source d'obligation qui était étudiée était le contrat, et souvent également les termes obligations et conventions étaient utilisés l'un pour l'autre. Ce projet de Code civil n'est donc pas très rigoureux juridiquement, mais il a le mérite de refléter l'état du droit en 1789 et d'essayer d'en faire une synthèse pour tout le Royaume.

Dans le reste de cette section consacrée aux obligations, Olivier traite des cautionnements, de l'hypothèque, du contrat de prêt,...puis il consacre un titre aux « autres espèces de contrats ou obligations »⁵³⁷. Mais une fois encore le terme obligation est utilisé ici comme une répétition de celui de contrat, car dans ce titre, seules différentes espèces de contrats comme le mandat, le dépôt, ou encore le contrat de location, sont évoquées. Ce titre se caractérise également, comme l'ensemble de ce projet, par une certaine confusion car on retrouve parmi ces autres espèces de contrats des articles dédiés aux conditions de nullité ou encore d'exécution des contrats. Mais parmi ces dispositions diverses, on retrouve un article consacré à une autre source d'obligation que le contrat : « Le paiement d'une chose qui n'est pas due fait par celui qui croyait la devoir, emporte contre celui qui a reçu ce paiement, l'obligation de rendre »⁵³⁸. Il est vrai que cette obligation entraînée par le paiement de l'indu était assez souvent présente dans les coutumiers qui constituent la principale source d'inspiration d'Olivier. Sa présence peut être expliquée par le fait que cette obligation se rattache indirectement à un contrat puisque la personne croyait être obligée de payer en vertu

⁵³⁶ *Ibidem.*

⁵³⁷ OLIVIER (J.), *Op. Cit.*, Titre IV, p. 138.

⁵³⁸ OLIVIER (J.), *Op. Cit.*, p. 142.

d'un contrat, ce qui paraît confirmer le fait que cette disposition s'inscrit parmi les articles consacrés aux causes de nullité et aux vices affectant le contrat. C'est donc parce que le paiement de l'indu a un lien avec le contrat qu'on le retrouve dans ce titre qui est entièrement consacré au contrat lui aussi.

Il convient enfin de nous intéresser au titre VI de cette section consacrée aux obligations et qui s'intitule : « De quelques règles générales relatives aux obligations »⁵³⁹. Ce titre est assez court mais très intéressant. Là encore, il regroupe des dispositions de tous ordres comme l'exigence de la bonne foi dans les conventions, l'inefficacité de l'ignorance de la loi comme excuse en justice, ou encore le rôle de l'intention ou de l'erreur des parties. Mais parmi ces règles générales, on en retrouve plusieurs consacrées à d'autres sources d'obligations, même si ces articles sont assez isolés et peu développés. Ainsi, la loi n°5 dispose : « On ne répond que de son propre fait ; mais non du fait d'autrui »⁵⁴⁰, il s'agit d'une référence au délit mais très rapide puisque l'auteur ne nous explique pas en quoi on doit répondre de son fait, ni dans quels cas. Cela nous montre une fois encore la différence entre le contrat qui est détaillé dans toute la section, et le délit auquel est consacré un simple article très peu détaillé. Les deux seules précisions qui sont apportées se trouvent dans la loi n°7 qui dispose : « Celui qui a porté quelque préjudice à autrui doit le réparer, quoiqu'il n'en ait lui-même retiré aucun profit »⁵⁴¹, on voit ainsi que c'est le préjudice qui oblige celui qui l'a causé, et que cet auteur a l'obligation de réparer celui-ci. On note ici la rupture définitive avec la casuistique romaine puisqu'il n'est plus du tout question de faute. C'est le préjudice qui entraîne la réparation. L'autre précision concerne un cas particulier de responsabilité, celle des employeurs du fait de leurs commettant : « Celui qui tire avantage du travail d'une personne, doit répondre des dommages causés à autrui par cette même personne, en ce qu'il lui a ordonné de faire, ou en ce dont il retire profit »⁵⁴².

⁵³⁹ OLIVIER (J.), *Op. Cit.*, Titre VI, p. 155.

⁵⁴⁰ OLIVIER (J.), *Op. Cit.*, p. 156.

⁵⁴¹ *Ibidem*.

⁵⁴² OLIVIER (J.), *Op. Cit.*, p. 157. On note donc qu'il existe deux critères de la responsabilité du commettant : l'ordre (ce qui est accompli dans le cadre de la mission), et le profit (ce qui permettrait d'engager le commettant même lorsque l'acte du commis dépasse le cadre de sa mission).

Malgré ces quelques articles dédiés à la responsabilité, la place réservée aux autres sources d'obligations que le contrat est très secondaire dans ce projet de code civil. Même s'il est vrai que ce projet ne s'illustre pas par sa grande qualité et est dans l'ensemble assez confus et mal organisé, il reflète tout de même l'état du droit des obligations dans les coutumes et la jurisprudence en 1789. On voit une fois encore que le contrat est considéré comme la principale source d'obligation et même que, très souvent quand on utilise le terme d'obligation c'est pour désigner le contrat. Contrat et obligation sont souvent synonymes, les autres sources sont presque ignorées et les conditions générales de formation ou d'exécution des obligations renvoient en réalité à celles du contrat. Cette confusion est assez intéressante et nous en reparlerons lors de l'étude du plan du Code civil de 1804, car il y a sans doute dans cette habitude une part de l'explication quant à certaines incohérences concernant la partie relative aux obligations. Ce projet de code civil n'est pas le plus novateur de la période révolutionnaire, il faut attendre celui de Durand-Maillane pour voir un projet influencé par l'idéologie de cette époque.

§2 : Le plan de code civil de Durand-Maillane⁵⁴³.

Le projet de code civil élaboré par Durand-Maillane a été présenté au comité de législation de la Convention le 8 juillet 1793. Il s'intitule : « Plan de code civil et uniforme pour toute la République française »⁵⁴⁴. Selon l'aveu même de son auteur, ce projet s'appuie plus sur les principes mis en avant dans la Constitution et la législation nouvelle que sur les principes des législations anciennes. Il précise également que le temps et la Révolution ont apporté de telles modifications dans les lois et les mœurs qu'il n'est plus possible de

⁵⁴³ *Dictionnaire historique des juristes français*, p. 294, notice B. Basdevant-Gaudemet : avocat au Parlement d'Aix, se consacre au droit canonique, juriste gallican, député aux Etats généraux.

⁵⁴⁴ *Archives parlementaires de 1787 à 1860 : Recueil complet des débats législatifs et politiques des chambres françaises* – Tome LXX, du 30 juillet 1793 au 9 août 1793, Paris, Mavidal et Laurent, 1819, p. 662.

s'appuyer sur le droit romain comme c'était le cas auparavant⁵⁴⁵. Il était donc urgent et nécessaire selon Durand-Maillane d'adopter un code regroupant toutes les lois essentielles et s'inscrivant dans l'esprit de la nouvelle Constitution. Il compte sur l'évolution des mœurs et la bonne foi pour faire notamment évoluer le droit des obligations et l'adapter aux nouveaux principes de la Constitution : « S'il faut comme par le passé, hérissier les conventions de formes et de précautions contre l'artifice et la mauvaise foi, désespérons du succès de notre Constitution ; désespérons de nos lois si les mœurs ne l'aident à leur empire ! »⁵⁴⁶. On retrouve une forme d'optimisme anthropologique dans ce projet de Durand-Maillane. Cela se traduit notamment par une simplification des modes de preuves et des engagements : « J'ai écarté la trop grande rigueur des preuves et l'usage du serment, dont l'honnête homme n'a que faire, j'ai facilité l'engagement entre les citoyens par leur confiance »⁵⁴⁷. Il nous faut donc étudier plus précisément le titre consacré au droit des obligations afin d'observer la classification des sources des obligations proposée par Durand-Maillane et s'inscrivant dans l'esprit de la nouvelle Constitution.

Le titre 6 consacré aux obligations « Des obligations et conventions sociales » se situe dans le Livre 3 du Plan de code civil : « Des titres et possessions ». La première distinction qui est faite dans ce titre oppose les obligations civiles aux obligations politiques⁵⁴⁸. L'auteur définit les obligations politiques comme « les devoirs des citoyens envers la patrie ou la société »⁵⁴⁹ et explique qu'elles dérivent du contrat social. En réalité, ces obligations et devoirs politiques du citoyens sont ceux énoncés par la Constitution, à laquelle renvoie le livre 1 du projet de code civil. Mais le rappel de ces obligations politiques ici montre l'importance des devoirs des citoyens dans le nouvel ordre mis en place par la constitution et dans l'idéal révolutionnaire.

⁵⁴⁵ *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, p. 663.

⁵⁴⁶ *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, p. 691.

⁵⁴⁷ *Ibidem*.

⁵⁴⁸ *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, Art. 1 p. 690.

⁵⁴⁹ *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, Art. 2 p. 690.

Il traite ensuite des obligations civiles qu'il divise en obligations naturelles ou conventionnelles⁵⁵⁰. On peut s'en étonner : « Il existe donc des obligations civiles naturelles : voilà un langage que les Romains n'auraient pas compris ! »⁵⁵¹. Il est vrai cependant que si cette expression « obligation civile naturelle » semble maladroite, la classification est, quant à elle, assez cohérente. On retrouve dans l'opposition entre obligations conventionnelles et obligations naturelles une certaine influence du droit naturel. Toutefois, Durand-Maillane s'en démarque car ses obligations naturelles, qui ont deux sources, répondent à la définition donnée par l'article 4 : « Les obligations naturelles s'entendent ici de toutes les obligations qui ne sont point l'effet immédiat ou nécessaire d'une stipulation ou d'un contrat particulier. Les obligations naturelles sont donc imposées ou par le droit naturel ou par la justice sociale »⁵⁵². Ce qu'il faut tout d'abord signaler, c'est que l'auteur commence sa définition négativement : les obligations naturelles sont toutes celles qui ne résultent pas du contrat. On voit bien une fois encore l'omniprésence du contrat : non seulement cette classification oppose d'un côté le contrat aux autres sources, mais en plus c'est encore le contrat qui sert de référence pour définir les obligations naturelles. Mais heureusement, Durand-Maillane ne se contente pas de cette définition négative et explique que les obligations naturelles proviennent de deux sources : le droit naturel et la justice sociale. La justice sociale est plus un complément au droit naturel qu'une source à part entière, puisque s'il existe des obligations naturelles qui ne naissent que du droit naturel, il n'y en a pas qui naissent uniquement de la justice sociale. C'est sans doute que les obligations strictement naturelles existent en dehors de la société alors que les secondes puisent leur fondement dans le droit naturel, mais s'expriment à travers la vie en société. Les obligations qui naissent du droit naturel sont celles que la nature impose notamment entre les parents et les enfants, les frères et sœurs⁵⁵³. Les obligations qui dérivent du droit naturel et de la justice sociale sont plus nombreuses et regroupent notamment les cas de délits, quasi-délits et quasi-contrats. L'article 6 leur est consacré : « Nous sommes obligés de réparer les dommages que nous avons causés à autrui ; comme de rendre compte à celui dont nous avons géré les biens, de nous acquitter envers ces

⁵⁵⁰ *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, Art. 3 p. 690.

⁵⁵¹ DEROUSSIN (D.), *Histoire du droit des obligations*, Paris, Economica, 2007, p. 91.

⁵⁵² *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, Art. 5 p. 690.

⁵⁵³ *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, Art. 5 p. 690.

autres dont les biens ou les œuvres nous ont profité, etc., ce que les Romains avaient appelé : obligations par quasi-délit, ou quasi-contrat »⁵⁵⁴. Il est dommage que l'auteur ne précise pas ici davantage quel est le point commun de ces obligations. On peut peut-être voir dans la justice sociale (qui distingue ces obligations de celles qui sont « purement » naturelle) la justification de cette classification. C'est la vie en société qui impose de réparer les dommages causés que ce soit par un acte volontaire ou involontaire. Pour que la société fonctionne, il faut respecter cette justice qui impose aux hommes de ne pas causer de préjudice à autrui ou de s'enrichir à ses dépens. Il est intéressant de noter que Durand-Maillane ne consacre que trois articles à ces obligations, et qu'il traite les délits, quasi-délits et quasi-contrats dans un seul article. On sent une fois encore la différence d'importance entre les obligations contractuelles (auxquelles il consacre une dizaine d'articles) et les autres obligations.

Même si les articles consacrés aux engagements conventionnels sont plus nombreux que ceux concernant les obligations naturelles, il y en a tout de même très peu en comparaison des textes romains ou des coutumiers. On voit ici la volonté de Durand-Maillane de simplifier au maximum les dispositions de son code afin que les citoyens puissent y trouver « dans la plus grande brièveté, toutes les lois qu'il leur suffit de connaître, pour n'être, plus aucun d'eux ni victimes de leur ignorance, ni dupes des charlatans »⁵⁵⁵. Cela s'explique par l'hostilité importante des révolutionnaires envers le droit et surtout les hommes de lois⁵⁵⁶. Tout est fait pour simplifier le droit et ainsi se passer des professionnels de la justice. Dans son article 7, il définit les obligations conventionnelles comme toutes celles qui ont été contractées par le consentement⁵⁵⁷. Il est à noter qu'il n'emploie jamais le terme « contrat » mais plutôt celui de convention ou d'obligation conventionnelle. Sa classification s'appuie donc sur l'opposition entre les obligations imposées par le droit naturel, et les obligations nées de notre consentement.

⁵⁵⁴ *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, Art. 6 p. 690.

⁵⁵⁵ *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, p. 664.

⁵⁵⁶ HALPERIN (J.L.), « Haro sur les hommes de loi », *Droits* n° 17, 1993, p. 55-65.

⁵⁵⁷ *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, Art. 7 p. 690.

Durand-Maillane précise que les conventions sont de véritables lois, ce qui renforce leur importance. La seule limite étant que la loi défend les conventions contraires aux bonnes mœurs et à l'ordre public. On voit ici encore l'importance donnée à l'ordre public, qui rejoint les obligations politiques, le citoyen doit respecter les principes imposés par le nouvel ordre et son intérêt passe après l'ordre public et les bonnes mœurs. Cependant, on réaffirme également la force des conventions puisqu'il est précisé : « Une obligation consentie librement est une obligation sacrée dans une République »⁵⁵⁸. Après avoir apporté une limite aux conventions, il s'agit de dire que seules les lois protégeant l'ordre public et les bonnes mœurs sont supérieures aux conventions et que rien d'autre ne peut s'opposer à leur exécution.

Enfin signalons que dans ce même article 10, il est précisé que le seul consentement suffit à former les conventions sans qu'il soit besoin de quelques formalités. Il consacre le principe du consensualisme. Cela rejoint encore une fois un des principes voulu par l'auteur dans ce projet qui est de simplifier les formalités et de s'appuyer sur la bonne foi des citoyens pour rompre avec les systèmes compliqués de l'ancien droit. Cette idée, fondée sur un optimisme anthropologique, ressort dans les explications que Durand-Maillane donne sur le titre des obligations ; « Au lieu de jeter par nos lois la défiance entre les citoyens ; en les supposant tous méchants, le législateur ne doit plus voir en eux que de bons citoyens qui ont la meilleure opinion les uns des autres, à cause du prix infini que notre régime attache et à la bonne foi, et à la bonne réputation de chacun »⁵⁵⁹.

Malgré la maladresse de l'expression « obligations civiles naturelles », Durand-Maillane propose donc une classification des sources des obligations intéressante. Cette classification fait elle-aussi une place importante aux obligations conventionnelles qui restent la principale source. Mais elle a le mérite de trouver un fondement aux différentes sources d'obligations que sont le délit, le quasi-délit et le quasi-contrat en les faisant dériver du droit naturel et de la justice sociale.

⁵⁵⁸ *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, Art. 10 p. 690.

⁵⁵⁹ *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, p. 691.

Après avoir étudié ces deux projets de code civil qui resteront sans suite, il est important de s'arrêter sur l'étude de différents projets tous issus d'un même auteur : Cambacérés.

Section 2 : Etude des projets Cambacérés⁵⁶⁰.

Cambacérés⁵⁶¹, avocat depuis 1771, succéda à son père en tant que conseiller à la Cour des Comptes de Montpellier, puis fut élu à la convention nationale et reçut la charge en 1793 de coordonner la rédaction d'un code civil. A ce titre, il rédigea et présenta différents projets de code civil⁵⁶² : le premier, en 1793, qui fut rejeté car trop long et pas assez révolutionnaire, le deuxième l'année suivante auquel fut reproché cette fois sa brièveté. Il proposa enfin un troisième projet en 1796 qui fut quant à lui plus victime des luttes politiques dues à la période assez troublée. Chacun de ces projets comprend une partie relative aux obligations et même une classification des sources légèrement différentes qu'il convient d'étudier dans trois paragraphes distincts.

§1 : Le premier projet Cambacérés.

Le premier projet a été présenté à la Convention nationale le 9 août 1793 par Cambacérés. Le premier point qui attire l'attention dans ce projet, c'est son plan. Il se divise en quatre livres : De l'état des personnes, des biens, des contrats, des actions. Il n'y a donc pas de partie consacrée aux obligations mais seulement aux contrats. Cela reflète une fois encore la prépondérance du contrat sur les autres sources des obligations à cette époque. Le contrat étant la source la plus fréquente, Cambacérés semble oublier qu'il existe d'autres causes d'obligations. Lors de la présentation du projet, Cambacérés précise à propos de la partie relative aux contrats que celle-ci n'apporte pas de grands changements en comparaison des

⁵⁶⁰ FENET (P.A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, Tome 1.

⁵⁶¹ *Dictionnaire historique des juristes français*, p. 154, notice O. Devaux ; PINAUD (P.-F.), *Cambacérés*, Paris, 1996.

⁵⁶² HALPERIN (J.L.), *L'impossible Code civil*, Paris, PUF, 1992

autres⁵⁶³. Il l'explique par le fait que cette matière s'était déjà assez approchée de la justice, ce qui l'autorise à reprendre en partie le droit des contrats de l'ancien droit. Ainsi, lorsqu'il expose le plan du livre 3 consacré aux contrats, il précise qu'il n'étudie que les obligations qui naissent des transactions sociales, c'est-à-dire des contrats, tout d'abord de manière générale, puis comme moyen d'acquies⁵⁶⁴. A ce titre, il s'intéressera particulièrement à différents types de contrats comme le contrat de vente, de louage, le prêt, le dépôt... Dans ce projet, même s'il laisse de côté une grande partie du droit des obligations, Cambacérès a le mérite de ne pas confondre obligations et contrats comme beaucoup de ses contemporains. Il se contente simplement de n'étudier que la source la plus fréquente des obligations. Cependant, dans la rédaction de son projet, Cambacérès ne garde pas toujours cette cohérence.

Le livre 3 du projet de Cambacérès s'intitule en effet « Des contrats », mais il comporte un titre premier, intitulé « Des obligations ». Alors que ce livre ne semblait être consacré qu'aux contrats, on trouve donc tout de même une partie relative au régime général des obligations. Cela peut s'expliquer par le fait que Cambacérès a souhaité consacrer l'intitulé du livre au contrat qui est la source principale d'obligation, mais il n'en oublie pas pour autant qu'il existe d'autres sources qui seront évoquées rapidement dans ce titre. La construction de ce plan n'en reste pas moins maladroite, même si elle s'explique par le fait que Cambacérès ne souhaitait pas consacrer des développements substantiels à chaque source d'obligation. Il a donc évoqué rapidement les différentes sources d'obligations ainsi que le régime général dans ce premier titre avant de revenir au sujet central de ce livre, à savoir les contrats.

L'article premier de ce titre consacré aux obligations en donne une définition très largement inspirée du droit romain⁵⁶⁵ : « L'obligation est le lien par lequel une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire

⁵⁶³ FENET (P.A.), *Op. Cit.*, p.9.

⁵⁶⁴ FENET (P.A.), *Op. Cit.*, p. 14.

⁵⁶⁵ *Institutes* de Justinien, III, 13 : « *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura* » ; Paul, D. 44, 7, 3 : « *obligationum substantia...ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel facienendum vel praestandum* ».

quelque chose »⁵⁶⁶. Il passe ensuite au premier paragraphe qui nous intéresse particulièrement dans l'optique de notre étude puisqu'il s'intitule : « De la cause des obligations »⁵⁶⁷. C'est dans ce paragraphe que Cambacérès livre sa classification puisqu'il distingue trois causes d'obligations que sont le contrat, le fait et la loi. Cependant, ces trois causes d'obligations n'ont pas la même importance. La première source évoquée, et la plus importante, est le contrat. Il est précisé que : « Les obligations dérivent naturellement des contrats »⁵⁶⁸, on peut se demander ce que l'auteur entend par « naturellement » ? Peut-être s'agit-il de dire que la source naturelle des obligations est le contrat, ce qui sous-entendrait que le principe est que les obligations naissent du contrat, et que les autres causes ne sont que des exceptions ? Ou bien, s'agit-il de dire que l'obligation naît naturellement, immédiatement, du contrat, c'est-à-dire de la volonté créatrice ? Dans tous les cas, cela marque une fois de plus la prépondérance du contrat sur les autres sources d'obligations. Ces idées sont confirmées par les articles suivants sur les autres causes d'obligations.

L'article 3 est consacré à la deuxième cause d'obligation qui est le fait : « Il y a des faits qui obligent sans convention, et par la seule équité »⁵⁶⁹. Tous les faits ne donnent pas naissance à une obligation, seuls certains d'entre eux parce qu'ils entraînent un dommage, un déséquilibre que l'équité oblige de réparer. Cambacérès donne deux exemples de tels faits dans cet article, il s'agit de la gestion d'affaire et du délit⁵⁷⁰. Dans le premier cas, l'équité impose à l'absent de rembourser les dépenses faites par le gérant. Dans le deuxième exemple, il s'agit du dommage causé par une personne, qui doit être réparé. La encore, il y a un fait, qui, parce qu'il provoque une perte de valeur, oblige son auteur à réparer au nom de l'équité, qui impose de revenir à l'équilibre rompu. Il faut signaler ici qu'il n'est pas question de distinctions entre la faute volontaire ou involontaire qui est à l'origine du dommage. On ne distingue plus entre le délit et le quasi-délit, distinction qui était inutile compte tenu de la similitude des effets entre les deux situations. Ainsi, dans cette catégorie, il regroupe les

⁵⁶⁶ FENET (P.A.), *Op. Cit.*, p. 64.

⁵⁶⁷ FENET (P.A.), *Op. Cit.*, p. 65.

⁵⁶⁸ FENET (P.A.), *Op. Cit.*, p. 65.

⁵⁶⁹ *Ibidem.*

⁵⁷⁰ *Ibidem.*

hypothèses de quasi-contrat, délit et quasi-délict, car toutes ont un fait à leur origine et l'obligation trouve son fondement dans l'équité. Cette catégorie est donc intéressante car au contraire de nombre de juristes qui ont tenté de regrouper ces différentes sources, Cambacérès propose dans ce projet un critère qui justifie ce rapprochement. Il ne se contente pas d'opposer au contrat les autres sources d'obligations, mais leurs trouve un fondement. Après avoir évoqué le contrat et les obligations qui naissent d'un fait, il traite de la troisième cause d'obligations.

L'article 4 évoque la loi qui peut dans certaines circonstances être source d'obligations : « La loi est quelque fois une cause d'obligation, sans qu'il y ait contrat ni fait direct à opposer à celui qu'elle oblige »⁵⁷¹. La loi ne constitue pas une cause générale d'obligation. Ce n'est que dans certains cas, en l'absence de contrat et de fait, qu'elle peut être une cause d'obligation. L'exemple d'obligation légale cité dans cet article est assez différent de ceux que l'on retrouve classiquement chez les auteurs. Il s'agit des hypothèses de responsabilité du fait d'autrui : « Ainsi le fait de l'enfant ou du commis oblige le père ou le commettant dans les cas déterminés par la loi »⁵⁷². Mais s'il s'agit d'un fait, ce n'est pas le fait « direct » qui donne naissance aux obligations visées plus haut. Ce n'est donc plus l'équité qui donne naissance à l'obligation, étant donné que l'équité ne contraint à réparer que l'auteur direct du fait. Il s'agit ici d'un cas particulier dans lequel c'est la loi qui rend responsable une autre personne. Celui qui est obligé, à savoir le père ou le commettant, n'est engagé ni contractuellement ni par son propre fait, mais c'est la loi qui le rend responsable du fait d'une personne sous son autorité. Il n'est pas question, ici, de rendre le commettant responsable à cause de son choix, on ne se fonde pas sur une faute de celui-ci (on ne parle pas encore de *culpa in eligendo*). C'est le seul rapport d'autorité entre le père et l'enfant, ou le commettant et le préposé, qui entraîne la responsabilité. Une fois encore, l'avantage de cette classification est qu'elle ne fait pas de la loi une source générale d'obligation et évite ainsi la critique qui est de dire que la loi peut toujours être considérée comme la source au moins médiate de toutes les obligations. Ici, la loi n'est source d'obligation que dans un cas précis, elle n'intervient que pour préciser que dans certaines hypothèses ce n'est pas celui qui commet la faute qui est

⁵⁷¹ FENET (P.A.), *Op. Cit.*, p. 65.

⁵⁷² *Ibidem*.

obligé. La loi intervient pour déroger au principe mis en place par l'équité et n'est donc une cause d'obligation que de manière exceptionnelle.

L'article 5 résume ces trois causes d'obligations : « Les causes des obligations peuvent se définir, causes conventionnelles, causes de fait et causes légales »⁵⁷³. Malgré la forte prépondérance accordée au contrat dans ce projet de code civil, Cambacérès propose une classification des sources des obligations très intéressante et assez cohérente dont l'avantage tient au fait que chaque catégorie regroupe des sources qui ont un point commun et qui ne sont pas rapprochées par simple opposition au contrat notamment. En revanche, elle encourt la critique d'hypertrophier le contrat. En effet, les deux articles que nous venons d'étudier sont les seuls consacrés aux autres causes d'obligations, tandis que le livre entier (comme son nom l'indique) est consacré à l'étude unique du contrat.

Ce premier projet de Cambacérès n'a pas abouti et a été rejeté notamment car il ne présentait pas un aspect assez révolutionnaire⁵⁷⁴. Cela n'a pas empêché Cambacérès de se remettre au travail et de présenter un deuxième projet dans lequel la partie relative aux obligations et la classification des sources seront différentes.

§2 : Le deuxième projet Cambacérès.

Ce projet est présenté par Cambacérès à la Convention nationale au nom du Comité de législation le 23 fructidor an 2 (9 septembre 1794). Dès la présentation du projet, on retrouve la mise en avant du contrat par rapport aux autres sources d'obligations. Cambacérès l'exprime clairement dans son rapport : « Tous les droits civils se réduisent donc aux droits de liberté, de propriété et de contracter. Ainsi, les personnes, les propriétés et les conventions sont les trois objets de la législation civile »⁵⁷⁵. Une fois encore, on sent bien que le contrat est

⁵⁷³ *Ibidem*.

⁵⁷⁴ HALPERIN (J.L.), *L'impossible Code civil*, Paris, PUF, 1992.

⁵⁷⁵ FENET (P.A.), *Op. Cit.*, p. 100.

la cause principale des obligations et on l'associe même ici à la liberté et à la propriété en tant que droits essentiels mis en avant par les thermidoriens. Mais cette prépondérance du contrat ne s'explique plus seulement par le fait qu'il s'agit de la cause la plus fréquente des obligations. On insiste aussi sur le fait que le contrat dépend de la volonté et c'est cette volonté qui permet à l'homme de composer son bonheur comme il le souhaite : « De la naît le droit de contracter, qui n'est que la faculté de choisir les moyens de son bonheur »⁵⁷⁶. Le contrat s'inscrit donc parfaitement dans l'esprit révolutionnaire qui met en avant l'individualisme, car il permet à chacun de choisir les conditions de son engagement et lui permet de rechercher le bonheur. Cependant si, comme dans le premier projet, Cambacérès met plus en avant le contrat que les obligations, il ne va pas reproduire la maladresse qu'il avait commise dans son premier plan. Dans le deuxième projet, en effet, il consacre un livre aux obligations, au sein duquel il accordera une part importante au contrat. Ce plan qui comprend trois livres (les personnes, les biens et les obligations) est donc plus cohérent, et le fait de dédier le livre 3 aux obligations le rend plus compréhensible que le projet précédent.

Concernant la classification des sources des obligations en elle-même, Cambacérès l'évoque une première fois dans la présentation des trois livres du projet. Il énonce qu'il existe deux causes d'obligations : « La loi et les conventions sont les deux causes des obligations »⁵⁷⁷. Il ne donne pas plus de précisions dans son rapport sur la loi comme source d'obligation. Il faut donc se référer aux articles du projet pour en savoir plus. Comme nous l'avons déjà évoqué précédemment, ce projet de code est mieux organisé en ce qui concerne les obligations. Dans le livre 3 intitulé « Des obligations » figure en premier lieu un titre premier consacré aux obligations en général, qui s'ouvre par un article présentant les causes des obligations : « Les obligations peuvent avoir deux causes : Les conventions formées entre les parties, et la loi »⁵⁷⁸. Ce titre est très largement consacré au contrat puisque un seul article concerne la loi en tant que source des obligations, mais puisqu'il ne présente pas de particularité en ce qui concerne les contrats, nous allons essentiellement étudier la loi.

⁵⁷⁶ FENET (P.A.), *Op. Cit.*, p. 108.

⁵⁷⁷ FENET (P.A.), *Op. Cit.*, p. 108.

⁵⁷⁸ FENET (P.A.), *Op. Cit.*, p. 123.

C'est l'article 153 qui est consacré à la seconde source d'obligation : « Il y a des faits qui obligent sans convention et par la seule équité »⁵⁷⁹. Il est intéressant de remarquer que cette définition n'inclut pas la loi dans un premier temps, alors que l'article 144 précise bien que c'est la loi qui est la seconde cause d'obligations. On parle tout d'abord des faits qui obligent par le seul jeu de l'équité. Cela renvoie au premier projet de Cambacérès dans lequel le fait, et lui seul, était une source d'obligation. On retrouve dans la suite de l'article trois exemples de ces faits qui obligent selon l'équité. Il s'agit tout d'abord du cas du paiement de l'indu (le fait de recevoir le paiement oblige celui qui l'a reçu à le restituer) ; ensuite, de la gestion d'affaires⁵⁸⁰, qui entraîne un engagement réciproque entre le gérant et celui dont l'affaire a été gérée, et enfin l'hypothèse plus générale de l'obligation de réparer le dommage causé à autrui. Dans tous ces exemples, on a un fait à l'origine de l'obligation, mais à la différence du premier projet, ce n'est pas ce fait qui est retenu ici comme source de l'obligation. Il est précisé dans la dernière phrase de cet article : « Dans tous ces cas, la loi est la cause de l'obligation »⁵⁸¹. Là où la loi n'était qu'une source secondaire et exceptionnelle d'obligation dans le premier projet, elle devient une cause assez générale. On peut voir dans cette évolution la volonté de Cambacérès d'inscrire un peu plus le droit des obligations dans l'esprit révolutionnaire. En effet, la loi a été sacralisée par la Déclaration des droits de l'homme en 1789 et elle va prendre de plus en plus d'importance dans le droit.

Ainsi, dans ce projet, la classification des sources des obligations s'appuie sur deux des fondements mis en avant par les révolutionnaires, à savoir l'individualisme, qui s'exprime à travers la liberté contractuelle et l'omniprésence du contrat, qui est la principale source d'obligation, mais également la loi qui, en dehors de la volonté, est la seule à pouvoir faire naître des obligations. On peut alors reprocher à Cambacérès d'avoir fait de la loi une catégorie « fourre-tout » regroupant toutes les obligations autres que le contrat, contrairement à ce qu'il avait fait dans le premier projet où la loi n'était une cause d'obligation qu'à titre exceptionnelle en complément du contrat et du fait. Cette évolution s'explique certainement

⁵⁷⁹ FENET (P.A.), *Op. Cit.*, p. 124.

⁵⁸⁰ MARTIN (X.), « Dimension politique du Code civil naissant, l'exemple de la gestion d'affaires », dans *Revue historique de droit français et étranger*, n° 2, 2009, p. 211-235.

⁵⁸¹ FENET (P.A.), *Op. Cit.*, p. 124.

par la volonté de mettre en avant les principes révolutionnaires dont l'absence avait été reprochée dans le premier projet. Cependant, ce projet ne connaîtra pas plus de succès que le premier et sera rejeté en partie à cause de sa brièveté. Cela n'empêcha pas Cambacérès de se remettre au travail afin de préparer un troisième projet de code civil qu'il présentera au conseil des cinq cents le 24 prairial an IV.

§3 : Le troisième projet Cambacérès.

Ce troisième projet est beaucoup plus détaillé que les précédents (surtout le deuxième). Composé de 1104 articles, il se divise en trois livres : Des personnes, des biens, des obligations. Une fois encore, dès le discours préliminaire, on sent la même prépondérance du contrat dans les sources d'obligations. Cela se traduit dans les termes utilisés par Cambacérès : lorsqu'il présente le livre des obligations, il parle des obligations qui sont *contractées* par les hommes⁵⁸² ; puis, lorsqu'il résume l'importance des matières qu'il a choisi pour diviser son projet en trois livres, il ne parle plus d'obligations mais de conventions : « Ainsi les personnes, les propriétés et les conventions sont les trois objets de la législation civile »⁵⁸³. Cependant, nous verrons que dans ce projet, non seulement le livre consacré aux obligations est mieux organisé, mais aussi qu'une place légèrement plus importante est laissée aux autres sources d'obligations que le contrat.

Le discours préliminaire de Cambacérès sur ce troisième projet donne des renseignements intéressants sur les sources des obligations et particulièrement sur la loi. Comme dans le deuxième projet, le contrat et la loi sont les deux causes des obligations, mais la définition de la loi en tant que source d'obligation est assez particulière : « L'obligation dérive de deux causes : souvent elle naît d'une convention, ou plutôt elle en est inséparable ; quelquefois la loi suppose que la convention existe, et c'est elle alors qui forme

⁵⁸² FENET (P.A.), *Op. Cit.*, p. 141.

⁵⁸³ *Ibidem.*

l'obligation »⁵⁸⁴. Une fois encore on voit le déséquilibre entre les deux causes puisque l'on dit que l'obligation naît *souvent* d'une convention, et seulement *quelquefois* de la loi. Mais la principale originalité de ce projet en ce qui concerne les sources des obligations réside dans la fonction attribuée à la loi : si la loi est source d'obligation, c'est seulement parce qu'elle fait supposer qu'une convention existe. Ainsi l'obligation se rapporte-t-elle toujours à une convention, soit réelle et résultant de la volonté des parties, soit présumée, et c'est alors la loi qui la fait naître. L'avantage de ce projet est de ne pas se contenter de dire que la loi est parfois source d'obligation sans dire sur quel fondement et dans quelle situation. Ici, on sait que la loi est source d'obligation quand elle suppose l'existence d'une convention. La loi intervient en quelque sorte pour suppléer l'absence de convention expresse passée par les hommes, lorsqu'on peut en présumer l'existence. La règle générale est que les hommes ne s'obligent que par des conventions, par leur volonté. Mais il y a des hypothèses dans lesquelles cette volonté fait défaut, et par exception c'est la loi qui doit former l'obligation en se rattachant indirectement à la volonté, par une sorte de fiction. Il nous faut donc étudier dans quelles situations la loi va supposer l'existence d'une convention et ainsi former une obligation.

Dans la suite de son discours, Cambacérès précise dans quels cas la loi est source d'obligations : « La loi prescrit des devoirs individuels ; elle détermine des engagements tacites, et elle forme des contrats par les règles seules de l'équité »⁵⁸⁵. Le critère qui permet donc de supposer l'existence de conventions est l'équité. C'est donc lorsque l'équité est en jeu que la loi donne naissance à une obligation pour rétablir un certain équilibre. Cette notion d'équité qui intervient dans les sources des obligations n'est pas nouvelle puisqu'on l'a déjà vue chez certains auteurs jusnaturalistes. Ce qui est plus original, c'est de rattacher cette obligation légale à une convention supposée. Mais si on peut comprendre que pour une question d'équité la loi fasse naître des obligations, on a plus de mal à voir en quoi cette loi suppose qu'une convention existe dans les exemples donnés. Il est vrai que, pour la gestion d'affaires, on peut dire que le fait que le gérant a entamé la gestion du

⁵⁸⁴ FENET (P.A.), *Op. Cit.*, p. 169.

⁵⁸⁵ FENET (P.A.), *Op. Cit.*, p. 169.

bien d'autrui entraîne un déséquilibre, que l'équité impose donc de réparer ce déséquilibre et que la loi, en supposant qu'il y a eu une convention tacite entre le gérant et le géré, fait naître l'obligation. On rejoint ainsi l'idée fautive qui était déjà présente à cette époque selon laquelle le quasi-contrat est presque un contrat dans lequel le consentement est seulement présumé, et où la loi vient combler cette absence en imposant l'obligation. En revanche le rapport entre la convention présumée et le délit est plus difficile à établir. Il est difficile de voir en quoi il peut exister une convention entre l'auteur du délit et la personne qui a subi le préjudice. S'il existe un rapport entre ces deux personnes, c'est dans l'équité qu'il faut le trouver et non dans une quelconque convention. C'est pour une question d'équité qu'il est injuste qu'une personne qui a causé un dommage ne le répare pas, c'est pourquoi la loi impose cette obligation à l'auteur du délit. L'équité suffit pour expliquer le fondement de cette obligation. La volonté de Cambacérès de rattacher toutes les causes d'obligation à la convention est assez maladroite et apporte une certaine confusion concernant la loi, là où l'équité suffit à expliquer le fondement des obligations légales. On peut une fois encore justifier ce passage par la volonté de marquer l'importance du contrat parmi les sources, importance telle que Cambacérès a voulu faire de lui la source de toutes les obligations. Cependant, nous allons voir en étudiant les articles de ce projet que les rédacteurs n'ont pas reflété dans le texte cette omnipotence du contrat.

Il faut signaler que ce projet est le plus abouti non seulement parce qu'il est très détaillé dans sa rédaction mais aussi par son organisation claire. En ce qui concerne le livre des obligations⁵⁸⁶, il comprend un titre premier qui expose les causes et les effets des obligations. Il s'ouvre par l'annonce des deux causes d'obligations que sont le contrat et la loi, puis un paragraphe est consacré à chacune de ces sources. La structure et la présentation des obligations sont donc très claires notamment en comparaison du Code civil de 1804. On note tout de même, une fois encore, un déséquilibre entre la place accordée aux conventions et celle accordée aux obligations qui naissent de la loi. Le paragraphe premier consacré aux conventions comprend environ 30 articles et celui consacré aux obligations qui naissent de la loi seulement une dizaine (en sachant qu'il ne s'agit ici que du titre premier qui présente les causes d'obligations, le reste du livre qui comprend plus de deux cents articles étant entièrement consacré aux contrats). Concernant les obligations qui naissent de la loi, le

⁵⁸⁶ FENET (P.A.), *Op. Cit.*, p. 277.

premier article de ce paragraphe donne une définition : « Il y a des faits qui obligent sans convention et par la seule équité »⁵⁸⁷. Il n'est donc plus question ici de convention supposée, l'article n'évoque que l'équité, qui rend ces faits obligatoires. On retrouve ainsi la même définition que dans le deuxième projet étudié précédemment.

Il n'y a donc pas une grande différence dans la rédaction des deux projets, si ce n'est que le troisième est plus détaillé et mieux présenté en ce qui concerne le livre consacré aux obligations. Cambacérès dans son discours préliminaire a seulement, une fois de plus, tenté d'accentuer le rôle prépondérant du contrat en lui rattachant toutes les sources d'obligations. Ce projet connaîtra le même sort que les deux précédents et sera abandonné⁵⁸⁸. Le Consulat apporta une certaine stabilité politique propice à l'adoption d'un Code civil. Et, l'expérience acquise par Cambacérès sera mise à profit lors de la rédaction du Code civil, puisqu'il dirigea nombre de séances de travail en tant que deuxième Consul.

⁵⁸⁷ FENET (P.A.), *Op. Cit.*, p. 280.

⁵⁸⁸ HALPERIN (J.L.), *L'impossible Code civil*, Paris, PUF, 1992.

Chapitre 2 : La classification des sources des obligations dans le Code civil de 1804⁵⁸⁹.

Après les nombreuses tentatives de codification qui se sont succédées depuis le début de la période révolutionnaire, le coup d'état du 18 Brumaire an VIII marque un tournant dans l'histoire de la rédaction du Code civil. Bonaparte apporte la stabilité politique et l'autorité nécessaires pour permettre enfin l'adoption d'un code civil. Il s'implique personnellement dans la rédaction de ce code qu'il marque de son empreinte. Lors de son exil sur l'île Sainte-Hélène, Napoléon déclarera : « Ma vraie gloire, ce n'est pas d'avoir gagné quarante batailles ; Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires. Ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon Code civil ». C'est grâce à la volonté et à la personnalité du Premier consul que le Code civil voit le jour en 1804. Il fallait un acte d'autorité du pouvoir central pour donner naissance à un code dotant la France d'une loi civile uniforme. Peu de temps après le coup d'état, un premier projet de code est donc présenté par Jacqueminot⁵⁹⁰. Ce projet, rédigé très rapidement, ne présente pas un grand intérêt. On peut cependant signaler, comme particularité, qu'il ne possède pas de partie consacrée aux obligations. Présenté à la commission législative du conseil des Cinq-cents le 30 frimaire an 8 (31 décembre 1799), il est essentiellement centré sur le droit de la famille : des titres sont consacrés au mariage, au droit des époux, aux donations, aux successions, aux tutelles, mais aucun sur le droit des obligations qui n'est jamais évoqué dans ce projet. C'est sans doute une des raisons pour lesquelles ce projet sera abandonné.

⁵⁸⁹ GAUVARD (C.) (ouvrage coordonné par), *Les penseurs du code civil*, Paris, Documentation française, 2009 ; VILLENEUVE De JANTI (P.), *Bonaparte et le Code civil*, Paris, Domat-Montchrestien, 1934 ; NIORT (J.F.), *HOMO CIVILIS : Contribution à l'histoire du Code Civil français*, PUAM, 2004 ; HALPERIN (J.L.), *L'impossible Code civil*, Paris, PUF, 1992 ; BART (J.), « Le Code civil, continuité ou rupture ? », dans *Les limites de siècles. Champs de forces conservatrices et régressives depuis les Temps modernes*, Actes du colloque international de Besançon (mai 1999), réunis et édités par M. GILLI, Presses Universitaires Fanc-Comtoise, Besançon, 2001, t. I, p. 17-26 ; MARTIN (X.), *Mythologie du Code Napoléon : aux soubassements de la France moderne*, Dominique Martin Morin, 2003.

Bonaparte nomme alors une nouvelle commission composée de quatre membres : Tronchet, Portalis, Maleville, Bigot de Préameneu, chargée de rédiger un nouveau projet sous la direction de Cambacérès. L'influence de Cambacérès sera également importante. Les rédacteurs disent à son propos lors de la présentation de leur projet à la commission : « Ce magistrat, aussi sage qu'éclairé, ne nous eût rien laisser à faire, s'il eût pu donner un libre essor à ses lumières et à ses principes, et si des circonstances impérieuses et passagères n'eussent érigé en axiomes de droit, des erreurs qu'il ne partageait pas »⁵⁹¹. Après les projets révolutionnaires, les rédacteurs du Code civil entendent inscrire dans la loi la classification des faits générateurs d'obligation, alors que jusqu'à présent, elle était l'œuvre seule de la doctrine. De ce point de vue, le Code civil fait œuvre didactique, il donne des définitions, ce qui est un peu contradictoire avec l'idée affirmée par Portalis dans son discours préliminaire sur le code, selon laquelle l'art des classifications et définitions appartient plutôt à la doctrine. Cela dit, en ce qui concerne le droit des obligations, les membres de la commission adoptent une vision assez originale : sur le fond, ils s'inspirent de Pothier et Domat, tandis que la classification des sources qu'ils proposent est un mélange entre les classifications de ces deux auteurs, tout comme le plan du titre 3. Nous consacrerons la première partie de ce chapitre à l'étude de l'élaboration et des discussions sur le projet de Code civil afin de mieux cerner les intentions des rédacteurs en la matière (Section 1) ; puis, nous étudierons les sources des obligations dans la rédaction définitive du Code civil de 1804 (Section 2).

⁵⁹⁰ FENET (P.A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, Tome 1, p. 327.

⁵⁹¹ FENET (P.A.), *Op. Cit.*, Tome 1, p. 467.

Section 1 : L'élaboration du Code civil.

Dans le discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la Commission de rédaction, tous les grands thèmes du code sont abordés les uns après les autres selon l'ordre du plan. Une grande place est accordée au droit de la famille et notamment au mariage dans ce discours qui sert à justifier l'organisation du code. Il faut signaler cependant que les rédacteurs n'abordent pas la question des obligations *stricto sensu* qui est, une fois encore, supplantée par le droit des contrats. En effet, le droit des successions et le droit des contrats sont présentés comme deux matières essentielles car elles ont directement un lien avec le droit de propriété sacralisé par la Révolution de 1789. Le droit des obligations et les sources des obligations sont une fois encore absents des propos liminaires et ne constituent pas une priorité pour les rédacteurs du projet. Afin de voir quelle place les rédacteurs ont attribué aux sources des obligations, nous étudierons le projet tel qu'ils l'ont présenté (§1), puis nous nous attarderons sur les débats qui ont mené à sa rédaction définitive (§2).

§1 : Les sources des obligations dans le projet de la commission⁵⁹².

Ce projet a été présenté par la Commission du Gouvernement le 24 thermidor an VIII (12 août 1800). Il se divise en trois livres : Des personnes, des biens, des différentes manières dont on acquiert la propriété. C'est ce troisième livre qui regroupe les sources et l'étude des obligations. Dans ce projet, était placé en tête du livre 3 un article qui énumérait les différentes manières d'acquérir la propriété et qui servait de plan au livre. C'est dans cet article qu'apparaît donc la classification des sources des obligations de manière indirecte. En effet, les rédacteurs de ce projet citent deux espèces d'obligations qui permettent d'acquérir la propriété : « Par les obligations qui naissent des contrats ou conventions » et « Par les

⁵⁹² HALPERIN (J.L.), « Le projet de l'an IX- Matrice du Code civil », *Droits* n°42, 2006, p. 19-29.

obligations qui résultent d'un seul fait de l'homme sans convention, tels que les quasi-contrats ou quasi-délits »⁵⁹³. Un titre est ensuite consacré à chacune des différentes manières d'acquérir la propriété, et donc à chacune des deux sortes d'obligation.

Dans ce projet, il n'y a donc pas un livre consacré aux obligations, les rédacteurs préférèrent mettre en avant la question de l'acquisition de la propriété qui s'inscrit dans l'esprit de la Révolution, qui avait fait du droit de propriété un droit inviolable et sacré, et évoquent à cette occasion la classification des sources des obligations. Il y a une opposition entre les obligations qui naissent du contrat (Titre 2), et les obligations qui naissent d'un fait de l'homme (Titre 3). Contrairement aux projets précédents, l'opposition ne se fait plus directement entre le contrat et la loi, mais entre le contrat et le fait de l'homme. Nous verrons cependant que la loi intervient tout de même dans cette classification. Concernant le titre relatif aux contrats et conventions, ce projet ne présente pas de particularité. Il convient simplement de signaler, que, une fois encore, une certaine confusion existe entre les termes *contrat* et *obligation*, qui va entraîner une maladresse dans le plan que l'on retrouvera dans le Code civil. En effet, c'est dans le titre relatif aux contrats que sont traitées les règles générales des obligations, à savoir les différentes espèces d'obligations, l'extinction des obligations ou encore la preuve des obligations. C'est sans doute à cause de l'habitude de réduire le droit des obligations au droit des contrats que les rédacteurs (comme c'était le cas dans les autres projets) vont traiter des règles générales des obligations dans le titre consacré aux contrats. Il aurait sans doute été plus cohérent que ces règles relatives à toutes les obligations soient traitées à une autre place, pour permettre une plus grande lisibilité. Il conviendra dans le paragraphe suivant d'étudier les discussions sur ce point afin de voir si cette difficulté avait attiré l'attention.

Le Titre 3 de ce projet est donc consacré aux engagements qui se forment sans conventions, c'est-à-dire sans échange de consentements. La particularité de ce titre est qu'il ne classe que les quasi-contrats et les quasi-délits parmi ces engagements, il n'est pas question des délits : « Art. 1^{er}. Il y a certains engagements qui se forment sans qu'il intervienne aucune convention ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers lequel on est obligé.

⁵⁹³ FENET (P.A.), *Op. Cit.*, Tome 2, p. 124.

Ce sont ceux qui résultent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé. Ces engagements résultent ou des quasi-contrats, ou des quasi-délits »⁵⁹⁴. Cet article nous apprend donc que le point commun des ces engagements qui naissent sans convention est de résulter d'un fait commis par l'obligé. La classification de ce projet oppose donc les contrats aux obligations qui naissent d'un fait de l'homme, même si nous allons voir que cette classification est un peu modifiée dans les articles suivants. En effet, les articles suivants définissent ce qu'il faut entendre par quasi-contrat et quasi-délit, et précisent ainsi les sources des obligations. Les rédacteurs définissent les quasi-contrats comme des faits volontaires dont il résulte un engagement. Au-delà de cette définition que nous étudierons plus tard, l'article suivant attire l'attention, qui précise ce qu'il ne faut pas considérer comme un quasi-contrat, mais qui est tout de même source d'obligations. C'est l'article 3 de ce titre : « On ne doit pas mettre au nombre des quasi-contrats les engagements qui se forment involontairement, tels que ceux des tuteurs ou des autres administrateurs qui ne peuvent refuser la mission qui leur est confiée, ni ceux qui se forment entre propriétaires voisins. Dans tous ces cas, l'obligation ne résulte que de l'autorité de la loi »⁵⁹⁵. On apprend donc qu'il existe une autre source d'obligation qui est la loi, et qui impose des obligations en l'absence de tout fait volontaire. La construction du début de ce titre est donc un peu maladroite puisque après avoir énoncé que les engagements qui se forment sans convention résultent des quasi-contrats et des quasi-délits, cet article rajoute un nouveau cas en précisant que, les quasi-contrats ne visant que les faits volontaires, dans les autres hypothèses d'engagements formés involontairement c'est la loi qui donne naissance aux obligations. Cette présentation ne rend pas très compréhensible les différentes causes d'obligations et leur définition. Il existe une certaine confusion avec la notion de fait volontaire, vu l'enchaînement des articles, on pourrait croire que les hypothèses qui ne sont pas à ranger dans les quasi-contrats visent les faits involontaires de l'homme qui donnent naissance à des obligations, or ce n'est pas le cas. Il s'agit en réalité d'engagements involontaires, sans aucun rapport avec un fait quelconque, on se demande alors pourquoi les rédacteurs ont-ils cru utile de préciser qu'il ne fallait pas les confondre avec les quasi-contrats ? Ils souhaitent sans doute préciser qu'il existait d'autres sources d'obligation qui

⁵⁹⁴ FENET (P.A.), *Op. Cit.*, Tome 2, p. 200.

⁵⁹⁵ FENET (P.A.), *Op. Cit.*, Tome 2, p. 201.

ne résultaient pas d'un fait de l'homme. Il aurait sans doute été plus logique d'évoquer cette hypothèse dès le premier article de ce titre, même si cela aurait empêché la classification bipartite entre le contrat et le fait de l'homme. Les rédacteurs du projet ont préféré exposer cette classification bipartite et simplement signaler l'exception qui fait que la loi est parfois source d'obligation. Ce choix ne rend pas très lisible les différentes sources d'obligations, et la définition des quasi-délits ajoute à cette ambiguïté.

Non seulement la définition du quasi-délit dans ce projet est originale, mais c'est aussi l'absence du délit qui est tout autant remarquable. Cette absence s'explique par la définition très particulière qui est donnée du quasi-délit et qui n'a rien à voir avec les définitions classiques : « Art. 4. Les quasi-délits sont les faits de l'homme qui contiennent de sa part une faute non-susceptible d'être punie par la police simple, correctionnelle ou criminelle, et qui l'obligent à quelque réparation du dommage qui en est résulté »⁵⁹⁶. Les quasi-délits désignent donc ici les fautes qui ne sont pas susceptibles de poursuites pénales car elles sont de trop faible importance. Ces fautes ne constituant pas des délits au sens pénal du terme, les rédacteurs parlent de quasi-délits (assimilés à la faute civile). Dans ce projet, il y a donc une division entre les fautes punies par la police simple, correctionnelle ou criminelle, qui sont traitées par la justice pénale ; et les fautes non susceptibles de poursuites pénales qui obligent tout de même leurs auteurs à réparer civilement le dommage causé, et que l'on appelle des quasi-délits. Il n'est aucunement fait allusion ici à la notion d'acte volontaire ou involontaire pour définir le quasi-délit. C'est la qualification de l'acte (infraction pénale ou non) qui fait qu'il s'agit d'un quasi-délit ou non, ce n'est pas un critère tiré de l'intention ou de la psychologie de l'agent. Dans la section consacrée à l'étude des cas de quasi-délits, les auteurs précisent : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui, par la faute duquel il est arrivé, à le réparer, encore que la faute ne soit point de la nature de celles qui exposent à des peines de police simple ou correctionnelle »⁵⁹⁷. Cela confirme donc que les quasi-délits désignent les fautes qui ne sont sanctionnables que civilement. Il est d'ailleurs précisé par la suite que ces quasi-délits visent les dommages causés par un fait

⁵⁹⁶ FENET (P.A.), *Op. Cit.*, Tome 2, p. 201.

⁵⁹⁷ FENET (P.A.), *Op. Cit.*, Tome 2, p. 203.

volontaire, mais également par l'imprudence où la négligence⁵⁹⁸. Le critère essentiel consiste donc à distinguer deux fautes (pénales et civiles) et deux manières de réprimer ces fautes (sanction et réparation). Nous verrons que dès la présentation de ce projet devant le Tribunal de cassation cette définition du quasi-délit sera modifiée.

Ce projet de code ne contient donc pas de livre consacré à l'étude du régime général de l'obligation, celle-ci est intégrée parmi les manières d'acquérir la propriété. On retrouve tout de même une classification bipartite des sources des obligations puisque celles-ci sont divisées en deux titres, l'un consacré aux contrats, qui contient également le régime général des obligations, et l'autre consacré aux obligations qui naissent d'un fait de l'homme. Cependant, cette classification est un peu remise en cause par le fait que les rédacteurs traitent maladroitement des obligations qui naissent de la loi dans le titre consacré aux obligations qui naissent d'un fait de l'homme, en tant qu'exception. Le plan est donc assez maladroit car il laisse supposer que toutes les obligations ne naissent que des contrats ou d'un fait de l'homme. C'est pourquoi il convient d'étudier à présent l'évolution de ce projet et les discussions qu'il a entraîné pour arriver à sa rédaction définitive.

§2 : L'évolution du projet de Code civil.

Nous allons, dans ce paragraphe, étudier l'évolution de ce projet en ce qui concerne les sources des obligations lors des différentes étapes de son adoption. Il s'agira d'analyser les modifications subies, ainsi que les discussions concernant les articles relatifs aux obligations afin de bien cerner l'esprit du Code civil de 1804. Nous étudierons tout d'abord les modifications apportées par le Tribunal de Cassation (A), avant de voir les discussions et les modifications du Conseil d'Etat et des assemblées (B).

⁵⁹⁸ *Ibidem.*

A / Les modifications réclamées par le Tribunal de Cassation.

Devant le Tribunal de Cassation, la principale modification apportée concerne le titre 3 consacré aux engagements qui se forment sans convention. L'organisation et le titre même vont être modifiés ainsi que certaines définitions. On ajoute en effet aux quasi-délits et aux quasi-contrats la catégorie des délits qui était absente du projet original. On revient à une définition plus classique du quasi-délit et des sources des obligations, puisque l'on retrouve ainsi les quatre espèces des *Institutes* de Justinien : le contrat, le délit, le quasi-contrat et le quasi-délit. On modifie donc la définition du quasi-délit et l'article 4 va désormais viser à la fois les délits et les quasi-délits. On ne rajoute pas une section sur les délits en plus de celles qui existaient pour le quasi-délit et le quasi-contrat, mais on regroupe le délit et le quasi-délit. Ainsi, l'article 4 de ce Titre 3 dispose : « Les délits et quasi-délits sont les faits de l'homme desquels est résulté un dommage à la réparation duquel il est obligé, lorsque ces faits contiennent une faute, même non susceptible d'être punie par la police simple, correctionnelle ou criminelle »⁵⁹⁹. Il y a donc désormais une définition commune du délit et du quasi-délit. On peut se demander pourquoi conserver ces deux termes puisqu'ils semblent désigner la même chose : l'obligation de réparer qui naît à la suite d'une faute. Sur ce point, la version originale du projet était assez intéressante puisqu'elle ne parlait plus que du quasi-délit (même si la définition était critiquable). On a voulu ici ajouter la notion historique de délit qui était la plus connue, mais il aurait sans doute été judicieux de supprimer celle de quasi-délit qui semble superflue. On se serait alors retrouvé avec une définition du délit qui regroupe toutes les hypothèses de responsabilité pour faute et on aurait ainsi supprimé la notion de quasi-délit. On retrouve sans doute une fois encore ainsi la volonté de rester fidèle au droit romain et de conserver les quatre sources classiques d'obligation.

Outre le fait d'avoir rajouté le terme « délit », les membres du Tribunal de Cassation ont également modifié la définition du délit et du quasi-délit. La responsabilité civile n'est plus désormais conditionnée au fait que la faute ne soit pas susceptible de poursuites pénales. Il est précisé pour justifier cette modification : « Lors même qu'un délit est assez grave pour

⁵⁹⁹ FENET (P.A.), *Op. Cit.*, Tome 2, p. 604.

être poursuivi par voie de police correctionnelle ou criminellement, il n'en est pas moins vrai qu'un engagement sans convention en résulte en faveur de celui qui a éprouvé le dommage »⁶⁰⁰. Ainsi, les fautes qui peuvent être pénalement sanctionnées donnent également lieu à responsabilité civile : la même faute peut produire deux conséquences, pénale et civile, alors que, dans le projet, les rédacteurs semblaient dire qu'il n'y a responsabilité civile que lorsque la faute n'est pas grave au point d'être considérée comme une faute pénale. Pour le Tribunal de cassation, il n'y a pas deux fautes différentes, il n'y a pas deux ordres de fautes, mais deux types de responsabilités, deux types de conséquences. Il s'agit là des principales modifications apportées par le Tribunal de Cassation en ce qui concerne les sources des obligations.

Outre ces quelques modifications du Tribunal de Cassation, la plupart des discussions et des modifications sont apportées par le Conseil d'Etat et le Corps législatif.

B / Discussions et modifications lors de la discussion au Conseil d'Etat et dans les assemblées.

Nous allons tout d'abord observer les discours de présentation du titre 3 consacré aux contrats et obligations conventionnelles (1) qui illustrent une fois encore la prépondérance du contrat parmi les sources d'obligations. Puis, nous verrons que la classification des sources des obligations est surtout évoquée lors des discours et discussions relatifs au titre 4 sur les engagements qui se forment sans convention (2). Les discours de présentation des titres aux assemblées sont des indicateurs précieux, puisqu'ils nous indiquent assez souvent les idées directrices qui ont guidé les rédacteurs du Code civil. Cela est particulièrement intéressant dans la matière qui nous intéresse, étant donné qu'il n'existe pas dans le Code civil un article consacré directement à la classification elle-même, et donc pas de discussion à propos de l'adoption de cet article dans les travaux préparatoires.

⁶⁰⁰ *Ibidem.*

1 / Discussions du titre 3 consacré aux contrats.

On ne retrouve pas de discussions concernant les sources des obligations lors de la présentation du Titre 3 du Livre 3 consacré aux contrats et obligations conventionnelles. Ce titre concernant essentiellement le contrat et le régime général des obligations, il n'y a pas de discussions sur les différentes causes d'obligation. Il est à noter que dans les différentes discussions, l'idée d'introduire un article présentant les différentes sources d'obligations n'a jamais été évoquée, comme cela avait été le cas dans d'autres projets. Un tel article aurait rendu plus lisible la classification des sources des obligations dans le Code civil. Mais avant d'observer la présentation de chaque article, nous allons étudier les discours de présentation des titres consacrés aux obligations, qui donnent quelques indications sur la vision des rédacteurs à propos de la classification des sources des obligations.

Bigot-Préameneu, chargé de présenter le titre « Des contrats et obligations en général » devant le Corps législatif⁶⁰¹, insiste dans sa présentation sur les influences qui ont guidé la rédaction de ce titre et notamment le droit romain qu'il faut voir comme la raison écrite, mais également sur l'influence particulière de Domat et Pothier dont il dit que les ouvrages font partie des « plus parfaits »⁶⁰² en la matière. Mais ce qui intéresse particulièrement dans ce discours, c'est de constater qu'une fois encore règne la confusion entre les notions de contrat et d'obligation. En effet, à plusieurs reprises, Bigot-Préameneu emploie indifféremment les deux termes. Il parle notamment de la division des obligations à propos de l'article 1101 alors qu'il s'agit de la division des contrats. Avec ce discours on comprend donc mieux pourquoi le titre 3 est construit de manière maladroite et traite après les contrats du régime général des obligations. Cela s'explique par le fait qu'à cette époque on avait tendance à réduire le droit des obligations aux contrats, et comme l'explique Bigot-Préameneu, il fallait après avoir présenté le droit des contrats, présenter les règles générales qui s'y rattachent : « On a recherché à resserrer dans un cadre étroit, et en évitant l'obscurité et la confusion, les règles qui sont communes aux contrats et aux obligations conventionnelles

⁶⁰¹ FENET (P.A.), *Op. Cit.*, Tome 13, p. 215.

⁶⁰² FENET (P.A.), *Op. Cit.*, Tome 13, p. 217.

en général. Ce sont les bases de l'édifice entier »⁶⁰³. C'est pourquoi le régime général des obligations a été intégré à ce titre consacré aux contrats, ce qui donne un plan assez maladroit. On considérait simplement qu'il fallait accompagner le contrat des règles particulières et des règles générales qui le gouvernent afin d'être complet sur le sujet, sans considérer le fait qu'il existait d'autres sources d'obligations auxquelles s'appliquaient ces dispositions générales et que l'on retrouve dans le titre 4. Ce problème aurait sans doute pu être résolu s'il y avait eu un article sur les sources des obligations.

Le deuxième discours qui nous intéresse à propos de ce titre 3 est celui du tribun Favart, chargé par la section de législation de le présenter au Tribunal⁶⁰⁴. Une fois encore, on fait référence à Domat et Pothier dont on dit que : « C'est dans les ouvrages de ces deux grands hommes que le projet de loi dont je vais vous entretenir a été puisé »⁶⁰⁵, même si en réalité leurs idées n'ont pas été totalement respectées. On retrouve également dans ce discours de présentation la confusion entre le contrat et l'obligation. Lorsque le tribun Favart annonce le contenu du titre qu'il est chargé de présenter, il énonce : « Le titre des contrats est divisé en deux parties principales : L'une traite de la manière dont se forment les obligations, l'autre de la manière dont elles s'éteignent »⁶⁰⁶. On voit immédiatement la maladresse, consistant à dire que le titre consacré aux contrats traite de la formation et de l'extinction des obligations, même si effectivement ce titre consacré aux contrats comprend le régime général des obligations. La confusion procède de ce que ce titre traite de la formation des obligations puisqu'en réalité, il ne traite de la formation que d'une seule sorte d'obligation : le contrat. Mais il est vrai de dire qu'on retrouve dans ce titre les effets, les diverses espèces d'obligations et leurs modes d'extinctions. Ce qui nous semble aujourd'hui une erreur évidente dans la construction de ce titre ne l'était pas à cette époque où le contrat était vu comme la principale source d'obligation. On considérait donc que traiter des conditions d'existence du contrat, c'était traiter de la naissance des obligations, c'est la raison pour

⁶⁰³ FENET (P.A.), *Op. Cit.*, Tome 13, p. 218.

⁶⁰⁴ FENET (P.A.), *Op. Cit.*, Tome 13, p. 312.

⁶⁰⁵ FENET (P.A.), *Op. Cit.*, Tome 13, p. 313.

⁶⁰⁶ *Ibidem.*

laquelle le fait d'examiner également dans ce titre les effets et les modes d'extinctions des obligations semblait tout à fait cohérent.

L'idée de classification des sources des obligations n'apparaît qu'une seule fois à propos du titre 3, dans le discours du tribun Mouricault devant le Corps législatif. Celui-ci reprend le lien qui existe entre la propriété, l'action et l'obligation : « Parmi les biens que la propriété peut embrasser sont les actions ; parmi leurs charges sont les obligations »⁶⁰⁷. Puis il continue en exposant les sources des obligations, : « Or les obligations et les actions ont deux sources, le fait ou la convention »⁶⁰⁸. Il est intéressant de noter que c'est le premier qui, lors de la présentation du titre consacré aux contrats, pense à présenter plus généralement les sources des obligations. Il continue son discours en expliquant rapidement ce qu'il faut entendre par « fait » en tant que source des obligations. Malgré ses efforts l'explication qu'il en donne n'est pas très satisfaisante : « Celles qui naissent immédiatement de la position ou des faits des personnes sont directement réglées par la loi, sauf les modifications qu'il est permis à ceux qu'elles intéressent d'y apporter par la convention »⁶⁰⁹. Le premier point à souligner est qu'il rapporte les faits à la loi : selon lui c'est la loi qui régit les obligations qui naissent d'un fait. Les deux véritables sources d'obligations seraient donc le contrat et la loi. Le problème ici se situe dans la tournure de sa phrase, puisqu'il parle des obligations qui naissent immédiatement d'un fait qui sont régies par la loi, on peut donc se demander si la situation est différente pour les obligations qui ne dérivent pas immédiatement du fait ou de la position des personnes. Il est difficile de répondre à cette interrogation étant donné que Mouricault ne s'attarde pas sur cette seconde source d'obligation et ne fait que l'évoquer. Cela nous donne tout de même une indication sur les idées dominantes dans les comités de législation : on voit ainsi le lien établi entre la loi et les faits qui peuvent être tous deux sources d'obligations et on retrouvera cette question à propos des discussions du titre 4 et de l'ajout de la loi en tant que source d'obligation. On remarque également, une fois de plus, l'importance du contrat. Même lorsqu'il traite des autres sources d'obligations, Mouricault fait référence au contrat qui permet de venir modifier ces obligations. On voit une fois encore

⁶⁰⁷ FENET (P.A.), *Op. Cit.*, Tome 13, p. 416.

⁶⁰⁸ *Ibidem.*

⁶⁰⁹ *Ibidem*

la prépondérance du contrat et le rôle de la volonté qui sont supérieurs aux autres obligations, même imposées par la loi.

Même s'il ne s'agit que du discours de présentation de ce titre, il reflète l'opinion générale de la section de législation. D'une manière plus générale, les différents discours que nous venons d'étudier, tout comme les discussions portant sur ce titre ne laissent apparaître aucune remise en cause, ni de son organisation, ni de l'absence de classification. Le contrat étant considéré comme la principale source d'obligation, il semble logique de lui consacrer un titre, et de la même manière, il paraît évident de traiter du régime général des obligations dans ce titre. Le contrat attire à lui l'ensemble des règles relatives aux obligations. Les autres sources d'obligations ne sont que secondaires et cela se ressent déjà dans l'intitulé du titre 4 : « Des engagements qui se forment sans conventions » : ce qui compte ce n'est pas la source de ces obligations, mais l'absence de convention. Ces autres sources ont néanmoins suscité débats et discussions, notamment à propos du rôle de la loi.

Si la construction du plan et l'organisation du titre 3 n'ont pas soulevé de difficultés, au contraire celles du titre 4 ont été remises en question et cela a entraîné des modifications importantes au projet initial.

2 / Discussion du titre 4 consacré aux obligations qui se forment sans convention.

Comme nous l'avons vu précédemment, le projet initial du titre 4 énonce dans son article premier que les engagements qui se forment sans convention trouvent leur origine dans un fait personnel uniquement, et que cela regroupe les hypothèses de délits, quasi-délits et quasi-contrats. Puis, après avoir défini dans l'article 2 le quasi-contrat, l'article 3 précise qu'il ne faut pas le confondre avec certains engagements involontaires qui ne résultent que de l'autorité de la loi. On apprend donc, indirectement, qu'il existe des obligations qui naissent de l'autorité seule de la loi, seulement grâce à cette définition négative du quasi-contrat. Il y a

donc une certaine incohérence dans ce titre, qui n'a pas tardé à être soulignée. C'est la section de législation du Tribunalat qui propose de modifier l'article premier en ajoutant aux obligations qui naissent d'un fait personnel, une deuxième espèce d'engagements qui se forment sans convention, à savoir ceux qui naissent de l'autorité seule de la loi⁶¹⁰. Ainsi, la section propose que l'article premier présente les deux sortes d'engagements qui se forment sans convention : « Certains engagements se forment sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé. Les uns résultent de l'autorité seule de la loi ; les autres d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé »⁶¹¹, la suite de l'article précisant désormais quelles sont les hypothèses d'obligations naissant de l'autorité seule de la loi, à savoir les engagements formés involontairement comme ceux entre propriétaires voisins, ou ceux des tuteurs. Et enfin, on retrouve les obligations qui naissent d'un fait personnel, c'est à dire le délit, le quasi-délit et le quasi-contrat.

On a donc désormais en tête de ce titre 4 un article qui énonce clairement quelles sont les deux espèces d'obligations qui naissent sans convention. Le but de cette modification est d'ailleurs de rendre ce titre plus compréhensible et de faire ressortir les deux sortes d'engagements qui se forment sans convention, c'est ce que demandaient les membres de la section de législation : « Les uns naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé ; les autres résultent seulement de l'autorité seule de la loi. Or, c'est ce qu'il convient d'expliquer en tête du titre, pour donner des idées nettes ; et cette explication rend inutile l'article 3, qui n'était qu'une exception au principe mal posé dans l'article 1^{er} »⁶¹². Cette modification est très importante et permet ainsi de bien saisir les différentes sources d'obligation, d'un côté le contrat, et de l'autre les obligations qui naissent sans convention. Parmi celles-ci, il faut ensuite distinguer les obligations qui naissent d'un fait personnel à l'obligé, des obligations qui naissent de l'autorité seule de la loi. Cette nouvelle rédaction est validée par le Conseil d'Etat et les assemblées. On regrette une fois encore que les différentes commissions n'aient

⁶¹⁰ FENET (P.A.), *Op. Cit.*, Tome 13, p. 457.

⁶¹¹ *Ibidem.*

⁶¹² FENET (P.A.), *Op. Cit.*, Tome 13, p. 458.

pas eu la même idée de présenter distinctement les différentes sources d'obligations afin de rendre plus claire les deux titres concernés.

Une fois cette modification approuvée par le Conseil d'Etat, le titre 4 est de nouveau présenté devant le Corps législatif dans sa version définitive. A cette occasion, Treilhard prononce un discours dans lequel il énonce quelques grands principes que l'on retrouve dans le titre 4⁶¹³. Il expose notamment le fondement de ce titre des engagements qui se forment sans convention et détaille les différentes espèces de ces engagements. C'est pour lui l'occasion de justifier la classification des sources des obligations dans le Code civil : une société ne pouvant fonctionner qu'avec les obligations qui résultent des conventions, le législateur doit également intervenir pour la réguler: « Et quelle opinion devrait-on se former de la sagesse d'un législateur qui laisserait les hommes errans sans guide et sans boussole dans cette vaste mer dont personne ne sonda jamais les abîmes ? »⁶¹⁴. Le législateur a donc un rôle essentiel à jouer dans la formation des obligations. Après la volonté, qui joue le rôle primordial parmi les sources d'obligations, c'est la loi qui doit parfois intervenir : « La loi doit donc vouloir pour nous ce que nous voudrions nous-mêmes si nous étions juste, et elle suppose entre les hommes, dans les cas imprévus, les obligations nécessaires pour le maintien de l'ordre social »⁶¹⁵. On retrouve ici l'influence du droit naturel et notamment de Domat, avec le rôle de la loi qui vient suppléer la volonté individuelle dans certains cas. En réalité, plus que l'opposition contrat/engagements qui se forment sans convention, la réelle dichotomie se fait entre le contrat et la loi. C'est la loi qui est à l'origine des engagements qui se forment sans convention, qu'ils résultent soit directement de sa seule autorité, soit indirectement, par l'intermédiaire d'un fait personnel. Treilhard explique ensuite que cette seconde catégorie se divise elle-même entre les obligations résultant d'un fait permis et celles qui résultent d'un fait illicite. Les premières sont les quasi-contrats, les autres sont les délits et quasi-délits. Treilhard précise : « Dans les quasi-contrats,..., comme dans les délits et les quasi-délits, l'obligation, ainsi que je l'ai déjà observé résulte d'un fait : c'est la loi qui le rend

⁶¹³ FENET (P.A.), *Op. Cit.*, Tome 13, p. 464.

⁶¹⁴ *Ibidem.*

⁶¹⁵ *Ibidem.*

obligatoire »⁶¹⁶. Il précise encore que ces obligations qui résultent indirectement de la loi trouvent leur fondement dans deux grands principes de la morale : « qu'il faut faire aux autres ce que nous désirerions qu'ils fissent pour nous dans les mêmes circonstances, et que nous sommes tenus de réparer les torts et les dommages que nous avons pu causer »⁶¹⁷. Le fondement de ces obligations se trouverait donc dans les principes de la morale, les principes du droit naturel que la loi garantit depuis la Révolution. On voit, dans ces explications de Treilhard, apparaître clairement les différents degrés dans la conception des sources des obligations. Du point de vue matériel, il faut un fait à l'origine de l'obligation, mais si on aborde la question d'un point de vue juridique, c'est toujours la loi qui rend ce fait obligatoire, qui lui fait produire des conséquences juridiques sous certaines conditions. Mais en remontant encore pour rechercher le fondement moral de l'obligation, on le trouve dans les préceptes du droit naturel ou l'utilité sociale, de ce point de vue, les rédacteurs du Code civil s'inscrivent dans la logique de l'école moderne du droit naturel. Si l'article 1 de ce titre 4 est tout de même assez clair dans la présentation des différents engagements qui se forment sans convention, il est à regretter qu'il ne présente pas aussi clairement que Treilhard la classification de ces obligations qui résultent de la loi. On peut également se demander s'il n'aurait pas été plus logique d'intituler ce titre : « les engagements qui naissent de la loi », puisque nous venons de voir qu'il regroupe les obligations qui dérivent de la loi directement, ou indirectement, par l'intermédiaire d'un fait. Une fois encore c'est l'opposition avec le contrat qui a été préférée, et qui rappelle la prépondérance de celui-ci dans le droit des obligations. On préfère dire qu'il y a d'un côté le contrat et de l'autre tout ce qui ne dérive pas du contrat. Finalement, il y a deux classifications dans ce Code civil : celle qui résulte du plan et celle qui résulte plus de l'esprit des articles et qui oppose quant à elle le contrat à la loi. On retrouve les mêmes idées dans les autres discours de présentation sur ce titre, avec quelques précisions toutefois.

Lors de la présentation de ce titre au Tribunat, Bertrand-de-Greuille apporte des précisions sur la notion de quasi-contrat. Il explique que contrairement au contrat, il n'y a pas de consentement, si bien que « c'est uniquement de l'équité naturelle que dérivent les

⁶¹⁶ FENET (P.A.), *Op. Cit.*, Tome 13, p. 465.

⁶¹⁷ *Ibidem*.

obligations »⁶¹⁸ résultant du fait volontaire qui est à l'origine des quasi-contrats. Il précise ensuite que l'avantage du Code civil par rapport au droit romain est d'avoir différencié les obligations qui naissent directement de la loi de celles qui dérivent de celle-ci par l'intermédiaire d'un fait volontaire, c'est-à-dire les quasi-contrats. D'un côté, c'est uniquement la loi qui fait naître l'obligation et ces hypothèses sont disséminées dans tout le Code civil ; de l'autre, c'est un fait volontaire de l'homme qui engendre l'obligation et la loi reconnaît ces engagements qui sont traités dans le titre 4. Il ajoute enfin qu'il y a, outre ces faits volontaires autorisés par la loi, d'autres faits de l'homme qui eux sont réprouvés et punis par la loi et qui engendrent également des obligations : les délits et les quasi-délits. Comme pour les quasi-contrats, ce n'est pas la loi seule qui donne naissance à l'obligation mais il y a un fait de l'homme, illicite cette fois.

Tout cela vient confirmer que la réelle classification des sources des obligations dans ce projet réside dans l'opposition entre le contrat et la loi : en l'absence d'un consentement des parties, seule la loi peut engendrer des obligations, soit par sa seule autorité, soit par l'intermédiaire d'un fait licite (quasi-contrat), ou illicite (délit et quasi-délit). C'est sous cette forme que le projet est adopté et c'est donc cette classification que l'on retrouve dans le Code civil de 1804. Il convient à présent, après avoir vu les origines de ce texte et les inspirations de ses rédacteurs, de se pencher plus spécifiquement sur l'étude et l'analyse de la classification des sources des obligations dans le texte du Code civil de 1804.

⁶¹⁸ FENET (P.A.), *Op. Cit.*, Tome 13, p. 469.

Section 2 : La classification des sources des obligations dans le Code civil de 1804.

Le Code civil est promulgué le 21 mars 1804, après avoir fait l'objet de nombreuses discussions au Conseil d'Etat et devant les assemblées. Constituant depuis plus de deux siècles l'essence même de notre droit civil, il est très largement commenté par la doctrine du XIXe siècle. Concernant les sources des obligations, les articles sont restés les mêmes depuis 1804. C'est pourquoi il est essentiel pour la suite de notre étude d'étudier précisément la classification des sources des obligations qui ressort du Code civil. Avec le Code civil, on a désormais une classification légale des sources des obligations. Dans un premier temps nous analyserons le plan relatif aux sources des obligations et la classification qui en résulte, ainsi que l'influence réelle de Domat et Pothier sur cette partie du Code civil (§1) ; puis nous détaillerons chacune des sources des obligations et la définition qu'en fait le Code civil (§2).

§1 : Analyse du plan et de la classification du Code civil.

Dans ce paragraphe, nous tenterons d'analyser objectivement la classification des sources des obligations qui résulte du plan et des articles définitifs du Code civil, afin de bien connaître le point de départ du travail de la doctrine du XIXe siècle qui commentera largement celle-ci (A). Puis, nous étudierons l'influence réelle de Domat et Pothier sur le droit des obligations dans le Code civil, afin de voir si leurs idées ont été fidèlement représentées dans le texte, ou si elles ont été interprétées par les rédacteurs (B).

A / La classification dans le Code civil.

Le premier point qu'il convient d'étudier est le plan du Code civil. Comme nous l'avons vu lors de l'étude des travaux préparatoires, il n'existe pas d'article consacré aux sources des obligations, ni même un livre relatif aux obligations. C'est donc au travers de l'étude du plan du Code civil que l'on peut voir apparaître une classification des sources des obligations, grâce à l'articulation des différents titres.

La matière des obligations est en effet traitée dans un ensemble plus général qui regroupe les différentes manières d'acquérir la propriété. Plutôt que de mettre en avant les obligations, les rédacteurs ont privilégié le droit de propriété⁶¹⁹ qui est devenu avec la Révolution un droit primordial. Ce livre regroupe donc les différents moyens d'acquérir la propriété, à savoir : la succession, la donation entre-vifs ou testamentaire, et les obligations. Cette organisation est déjà critiquable, car si la succession, les donations et les testaments sont des moyens d'acquérir la propriété, cela est plus discutable en ce qui concerne les obligations. Il semblerait une fois encore que les rédacteurs du Code civil aient résumé le droit des obligations au droit des contrats. En effet, les contrats sont dans la vie juridique le mode le plus courant d'accession à la propriété, et à ce titre leur place dans ce livre est totalement justifié, mais peut-on dire plus généralement que ce soit le cas des obligations dans leur ensemble ? Si on observe les autres sources d'obligations que le contrat, qui sont traitées dans le titre 4 de ce livre, on se rend compte que ni les délits et les quasi-délits, ni les quasi-contrats ou encore les obligations légales n'ont pour effet l'accession à la propriété. C'est encore une fois, uniquement en considérant les caractéristiques du contrat que le droit des obligations dans son ensemble a été rangé dans ce livre. Peut-être peut-on voir ici une explication à l'articulation en deux titres du droit des obligations dans le Code civil ? En effet, à aucun moment dans le Code n'est justifié l'existence de deux titres en ce qui concerne les obligations, pourquoi ne pas avoir traité dans un seul titre de toutes les sources des obligations ? Cela est peut être dû au fait que seul les contrats sont des moyens d'acquérir la propriété, et donc il était nécessaire de leur consacrer un titre, puis il fallait ensuite tout de

⁶¹⁹ HALPERIN (J.L.), *Le Code civil*, Paris, Dalloz, 2003, 2^e éd., p. 55-76.

même traiter, mais séparément, des autres sources d'obligations. Cela expliquerait aussi en partie les intitulés des deux titres, avec d'un côté les contrats et obligations conventionnelles, et de l'autre les obligations qui se forment sans convention. Le fait de ne pas avoir consacré un livre aux obligations a sans doute un peu piégé les rédacteurs. En effet, faire une place importante à la propriété était une idée intéressante qui permettait de traiter également les contrats, mais difficilement le reste des sources des obligations. C'est peut-être la raison pour laquelle les autres sources se sont retrouvées dans un titre à part, alors même que le régime général des obligations avait été traité dans le titre relatif aux contrats. Evidemment, ces idées sont à rapprocher du fait qu'à cette époque, le contrat était considéré comme la principale source d'obligation, comme nous l'avons remarqué dans les travaux préparatoires, et bien souvent on résumait tout le droit des obligations au seul contrat. C'est sans doute pourquoi, dans un premier temps, l'idée de traiter du droit des obligations dans les manières d'acquérir la propriété n'a pas posé de problème, puisque par droit des obligations, on pensait droit des contrats. Un dernier élément vient renforcer cette idée dans le projet de la commission. En effet, dans ce projet, l'article 711 qui présente le livre 3 consacré aux différentes manières d'acquérir la propriété et qui en annonce le plan explique qu'il y a deux sortes d'obligations qui permettent d'acquérir la propriété : « les obligations qui naissent des contrats ou conventions » et « les obligations qui résultent d'un seul fait de l'homme sans convention, tels que les quasi-contrats ou quasi-délits »⁶²⁰. Mais cet article qui présente ainsi les différents titres du livre 3 a été modifié par la suite, pour dans le texte définitif du Code civil ne plus parler d'une manière générale que des effets des obligations qui permettent d'acquérir la propriété. La distinction entre les obligations du titre 3 et du titre 4 n'apparaît plus dans l'annonce du plan. On peut alors s'interroger sur les motifs de cette modification, alors que le fait de présenter dans l'article 711 les différentes manières d'acquérir la propriété, qui faisaient chacune l'objet d'un titre, semblait intéressant. On ne retrouve cependant pas de discussions à ce sujet dans les travaux préparatoires, il faut donc une fois encore émettre des suppositions. Peut-être s'est-on rendu compte qu'il n'était pas juste de dire que les obligations autres que le contrat permettent d'acquérir la propriété, et que préciser cette hypothèse dans l'article 711 aurait été une erreur ? Plutôt que de dire explicitement que la propriété des biens

⁶²⁰ FENET (P.A.), *Op. Cit.*, Tome 2, p. 124.

peut être acquise par le délit ou le quasi-contrat, peut être a-t-on préféré parler de manière plus générale des obligations ? Là encore, ce terme « obligation » serait donc employé pour désigner seulement les contrats. Cependant, si l'article 711 a été modifié, on a tout de même maintenu les deux titres consacrés aux obligations. Il était en effet difficile de ne traiter que des obligations conventionnelles dans ce livre, le plan choisi empêchant de ranger les autres obligations dans un livre différent. Sans un titre consacré spécifiquement aux obligations, il fallait alors placer les engagements qui se forment sans convention à la suite des obligations conventionnelles, c'est ce qui semblait le plus cohérent. L'opposition entre les deux sortes d'obligations, conventionnelles et non conventionnelles, n'est donc pas uniquement dictée par la prépondérance du contrat sur les autres sources d'obligation. Elle est aussi due au fait que seuls les contrats permettent d'acquérir la propriété parmi les sources d'obligation.

On peut également reprocher aux rédacteurs du Code civil de ne pas avoir fait clairement apparaître la classification des obligations qu'ils semblent défendre. En effet, à plusieurs reprises dans les travaux préparatoires, il est clairement dit que les obligations naissent de deux sources : le contrat ou la loi. Or, cette classification ne ressort pas dans l'organisation et le plan du Code civil. On ne voit pas cette classification dans les deux titres consacrés aux obligations : si le titre 3 est bien consacré à la première source de cette classification, c'est-à-dire le contrat, le titre 4 s'intitule : Des engagements qui se forment sans convention. Ce titre ne fait pas apparaître l'idée que ce sont des engagements qui naissent de la loi, puisqu'il ne fait que définir négativement ces obligations. Ainsi, les intitulés des titres ne reflètent pas la classification contrat/loi, mais nous allons voir que les articles eux-mêmes ne sont pas clairs à ce sujet, car si les articles du titre 3 consacrés aux contrats, qui est le premier élément de cette classification, ne soulèvent pas de problème, tel n'est pas le cas de ceux du titre 4, et particulièrement de l'article 1370. C'est cet article qui définit les engagements qui se forment sans convention et en donne la liste. Selon les travaux préparatoires, tous ces engagements trouvent leur origine dans la loi, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un fait de l'homme. Le problème tient au fait qu'il ne précise pas que c'est toujours la loi qui est à l'origine de l'obligation et se contente de distinguer deux sortes d'engagements qui se forment sans convention : « Les uns résultent de l'autorité seule de la

loi ; les autres naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé »⁶²¹. A la lecture de cet article, on comprend qu'il y a deux sortes d'engagements qui se forment sans convention, ceux qui proviennent directement de la loi et ceux qui naissent d'un fait de l'homme, de sorte qu'il n'est pas explicite que c'est la loi qui rend le fait de l'homme obligatoire et donc que, soit directement ou indirectement, c'est toujours elle qui est à l'origine de l'obligation. Cette maladresse dans la rédaction occulte l'idée principale du projet : l'opposition contrat/loi, au profit d'une classification qui fait apparaître une opposition contrat/engagements sans convention, avec parmi ces engagements ceux qui naissent de la loi et ceux qui naissent du fait de l'homme. Les rédacteurs n'ont pas réussi à retranscrire clairement la classification des sources dans le Code civil, cela étant peut être aussi dû à l'absence d'un titre spécifique sur les obligations, et même à l'absence d'un article présentant les sources des obligations qui aurait permis, comme c'était le cas dans certains projets antérieurs ou dans les travaux préparatoires, d'énoncer explicitement les sources des obligations.

La conséquence en est que la loi, qui dans l'esprit des rédacteurs était la seconde source d'obligation, au même titre que le contrat, se trouve reléguée au second plan dans l'article 1370, à égalité avec le fait de l'homme comme fait générateur des engagements qui se forment sans convention. Le Code civil n'a donc pas consacré formellement la loi comme unique source concurrente du contrat. Cependant il y a sans doute ici le point de départ d'une montée en puissance de la loi, source d'obligation, qui va s'affirmer durant le XIXe siècle.

Après avoir analysé la classification définitive des sources des obligations dans le Code civil, il est intéressant de se tourner vers le passé et de confronter ce résultat aux écrits de ceux dont les rédacteurs du Code ont revendiqué l'influence : Domat et Pothier.

⁶²¹ Art. 1370 du Code civil.

B/ L'influence réelle de Domat et Pothier.

Nous avons étudié précédemment et en détail la vision de la classification des sources des obligations chez ces deux grands auteurs a été déjà étudiée⁶²². Il s'agira de la confronter à la classification du Code civil afin de dégager l'influence réelle de Domat et Pothier.

1/ L'influence de Domat.

Pour découvrir l'influence de Domat sur la classification des sources des obligations dans le Code civil, il ne faut pas chercher dans son *Traité des lois*⁶²³, mais plutôt dans *Les lois civiles*⁶²⁴. La filiation entre cet ouvrage et le Code civil en ce qui concerne les obligations est évidente. Domat consacre en effet deux livres aux obligations : le premier aux engagements volontaires et mutuels engendrés par les conventions, le second aux engagements qui se forment sans convention. Le parallèle est ici évident avec les titres 3 et 4 du livre 3 du Code civil. Il y a sans doute dans cette influence de Domat un nouvel argument pour expliquer le choix du titre 4 qui ne reflète pas, contrairement aux travaux préparatoires, l'importance de la loi comme source d'obligation. Les rédacteurs ont peut être privilégié la fidélité à Domat, plutôt que de consacrer la loi comme principe général pour les engagements qui se forment sans convention. D'autant plus que l'influence de Domat ne se limite pas aux intitulés des titres du Code civil. En ce qui concerne les engagements qui se forment sans convention, Domat distingue deux espèces : les engagements qui se forment par la volonté d'un seul, et ceux que Dieu fait naître indépendamment de la volonté humaine⁶²⁵. On retrouve quasiment cette distinction dans l'article 1370 du Code civil qui regroupe les engagements qui naissent

⁶²² Voir Titre 1, Chapitre 2.

⁶²³ DOMAT (J.), *Traité des lois*, Nouvelle édition par Joseph Rémy, Paris, Firmin Didot Père et fils, 1828.

⁶²⁴ DOMAT (J.), *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, Coignard, 1691.

⁶²⁵ DOMAT (J.), *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, p. 147

d'un fait personnel, et ceux qui naissent de l'autorité seule de la loi, à la différence que la loi a remplacé la volonté divine : c'est la volonté générale qui permet de donner naissance aux obligations. Mais si l'origine de l'obligation change, le principe reste le même : c'est l'autorité qui peut dans certains cas imposer une obligation. La principale différence est que dans le Code civil, on met en avant le fait qui donne naissance à l'obligation et non plus la volonté unilatérale. Cela est dû au fait que Domat classait parmi les obligations qui naissent de la volonté individuelle principalement les quasi-contrats, tandis que les obligations délictuelles résultent de la volonté divine, qui impose de réparer le tort que l'on a causé à autrui. Les rédacteurs du Code civil ont préféré choisir le fait de l'homme, et non sa volonté unilatérale, comme fait générateur pour regrouper les quasi-contrats, délits et quasi-délits, et les différencier ainsi des obligations qui ne naissaient que de la loi. Mais à la différence de Domat, pour qui ces engagements avaient deux fondements (la volonté unilatérale ou la volonté divine) dans le Code civil, le fondement de l'obligation ne peut pas être un simple fait de l'homme, c'est indirectement la loi qui donne à ce fait un caractère obligatoire. Dans le Code civil, les engagements qui se forment sans convention résultent, directement ou par l'intermédiaire d'un fait, de la loi. Si en apparence, les deux classifications sont assez proches, la volonté générale a remplacé Dieu. Les rédacteurs se sont contentés de laïciser le système proposé par Domat. Nous venons de voir l'influence de Domat principalement en ce qui concerne l'articulation des titres 3 et 4, qu'en est-il de celle de Pothier ?

2/ L'influence de Pothier.

La ressemblance entre le plan dressé par Pothier et celui du Code civil est moins flagrante, mais l'idée générale est la même. Pothier, dans son *Traité des obligations*, traite d'abord des contrats, puis des autres sources d'obligations⁶²⁶. On tient là la même opposition que dans le plan du Code civil entre les titres 3 et 4 du livre 3. Cependant, chez Pothier, ce plan constitue plus une manière d'organiser son ouvrage qu'une réelle classification. Il n'y a

⁶²⁶ BUGNET, *Œuvres de Pothier, Tome II : Traité des obligations*, Paris, Plon, 1861, p. 3.

pas de justification de ce plan outre le fait que le contrat soit la source principale des obligations. Pothier reste pour sa part assez fidèle à la classification des *Institutes* de Justinien : « Les causes des obligations sont les contrats, les quasi-contrats, les délits, les quasi-délits ; quelquefois la loi ou l'équité seule »⁶²⁷. La seule différence est qu'il ajoute la loi comme cinquième source d'obligation. L'influence de Pothier ne se retrouve donc pas particulièrement dans la classification en elle-même, mais plutôt dans la liste des sources des obligations, puisque le Code civil reprend les cinq mêmes sources. Le contrat est traité séparément dans le titre 3 puis dans le titre 4, et spécialement à l'article 1370, on retrouve le quasi-contrat, le délit, le quasi-délit et la loi. Mais là où son influence va se faire sentir, c'est dans la définition des différentes sources d'obligations. Si l'on se penche par exemple sur la définition du quasi-contrat, on retrouve chez Pothier l'idée que c'est le fait d'une personne qui l'oblige sans qu'il y ait de convention. Mais il y a tout de même une différence, c'est que Pothier dans sa définition du quasi-contrat fait expressément référence au caractère licite du fait générateur (« On appelle quasi-contrat, le fait d'une personne permis par la loi, qui l'oblige envers une autre, ou oblige une autre personne envers elle, sans qu'il intervienne aucune convention entre elles »⁶²⁸), alors que la définition du quasi-contrat de l'article 1371 du Code civil ne précise pas ce caractère licite du fait qui permet pourtant de différencier le quasi-contrat du délit. Chez Pothier, on retrouve également l'idée que c'est la loi qui donne naissance à l'obligation dans les quasi-contrats : « Dans les contrats, c'est le consentement des parties contractantes qui produit l'obligation ; dans les quasi-contrats, il n'intervient aucun consentement, et c'est la loi seule où l'équité naturelle qui produit l'obligation, en rendant obligatoire le fait d'où elle résulte »⁶²⁹. C'est la même idée que celle qui est développée dans les travaux préparatoires du Code, seulement cette idée n'apparaît pas dans la définition du quasi-contrat, ni dans la classification. Cela aura une assez grande importance, puisque les commentateurs du Code civil ne prendront pas souvent cette idée en considération. L'idée que c'est la loi qui rend obligatoire le fait générateur du quasi-contrat n'étant pas inscrite dans la définition du quasi-contrat, la porte est ouverte à de nombreuses interprétations. Retenons

⁶²⁷ BUGNET, *op. cit.*, p. 3.

⁶²⁸ BUGNET, *op. cit.*, p. 56.

⁶²⁹ BUGNET, *op. cit.*, p. 57.

simplement pour l'instant que la définition du quasi-contrat du Code civil est fidèle à celle de Pothier, mais aussi moins précise. On remarque également que l'idée exprimée dans les travaux préparatoires, selon laquelle c'est la loi qui indirectement est à l'origine du quasi-contrat, est aussi due à l'influence de Pothier.

En ce qui concerne le délit et le quasi-délit, les rédacteurs du Code civil ont une fois encore repris les définitions de Pothier, notamment à propos du quasi-délit qui résulte d'un dommage causé par imprudence. Les rédacteurs du Code civil n'ont cependant pas précisé dans les articles 1382 et 1383 qu'il s'agissait respectivement de la définition du délit et du quasi-délit. Ils se sont contentés dans le titre du chapitre de dire que celui-ci traitait des délits et quasi-délits. Il s'agit une fois encore d'une maladresse de la part des rédacteurs : puisque les articles 1382 et 1383 reprennent très fidèlement les définitions de Pothier, on ne peut pas penser qu'ils souhaitent ainsi marquer un changement avec le jurisconsulte.

Qu'en est-il de l'influence de Pothier en ce qui concerne la loi en tant que source des obligations ? Une fois de plus, l'influence de Pothier est grande, mais elle ne se traduit pas complètement dans le Code civil. Si Pothier, comme le précise l'article 1370 du Code civil, énonce que dans certaines situations des obligations naissent de l'autorité seule de la loi, il ajoute également que la loi est aussi source d'obligation indirecte quand elle rend obligatoire certains faits⁶³⁰. On voit donc ici l'influence directe de la pensée de Pothier sur les rédacteurs du Code, puisque c'est là l'idée exprimée à plusieurs reprises lors des travaux préparatoires, selon laquelle dans les engagements qui se forment sans convention c'est toujours la loi qui est à l'origine de l'obligation, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un fait. Le Code civil n'évoque donc que la loi en tant que cause immédiate des obligations à l'article 1370. On peut sans doute voir dans l'œuvre de Pothier un nouvel argument pour justifier le fait que les rédacteurs du Code n'aient pas mis en avant l'opposition contrat/loi dans le plan du Code. En effet, Pothier avait développé l'idée que dans toutes les hypothèses autres que le contrat, c'est toujours la loi qui, médiatement ou immédiatement, est à l'origine du contrat. Cependant, il avait tout de même conservé dans son énoncé des causes des obligations les cinq sources, sans remplacer le délit, le quasi-délit et le quasi-contrat par la loi. On pourrait voir là, chez Pothier,

⁶³⁰ BUGNET, *op. cit.*, p. 59.

une certaine volonté de rester fidèle au droit romain et à la classification des *Institutes* de Justinien. Les rédacteurs du Code civil ont fait la même chose : tout en reconnaissant le principe selon lequel c'est toujours la loi qui est à l'origine des obligations non conventionnelles, ils ont maintenu toutes les causes d'obligations reconnues par Pothier, ce qui leur permettait par la même occasion de les ranger dans la classification de Domat.

On voit donc que Domat et Pothier ont été très largement repris par les rédacteurs du Code civil : Domat principalement en ce qui concerne le plan opposant le contrat aux obligations non conventionnelles, mais aussi à l'article 1370 pour la distinction fait/loi ; Pothier s'agissant des définitions des sources des obligations, même si, comme nous l'avons souligné, certaines imprécisions des rédacteurs ne reflètent pas totalement les idées du jurisconsulte et auront des conséquences par la suite. Les idées de Pothier ont encore influencé l'esprit des rédacteurs relativement au rôle de la loi dans la classification. On pourra regretter que ceux-ci n'aient pas su aller plus loin que leur inspirateur en se débarrassant des vestiges romains et en consacrant la loi comme seule source des obligations concurrente du contrat. Pour terminer cette analyse de la classification dans le Code civil, il convient désormais de s'attarder plus spécifiquement sur chacune des sources des obligations présentée.

§2 : Analyse des sources des obligations dans le Code civil.

La première source des obligations évoquée dans le Code civil est le contrat⁶³¹. Un titre entier lui est consacré. En la matière, le Code civil reprend en grande partie les travaux de Pothier et s'inscrit dans une certaine continuité avec le droit des contrats sous l'Ancien régime. Il faut signaler, une fois encore, que le Code consacre la primauté du contrat parmi les sources d'obligations. C'est une évidence dans les travaux préparatoires, ainsi que dans le

⁶³¹ DEROUSSIN (D.), « le contrat à travers le Code civil des français », dans *Les penseurs du Code civil*, ouvrage coordonné par C. Gauvard, A.F.H.J., Paris, La documentation française, 2009, p. 249-289.

plan du Code qui lui réserve un titre spécifique. D'ailleurs, le titre 3, Des contrats ou des obligations conventionnelles en général, comprend plus de 250 articles, alors que le titre 4, Des engagements qui se forment sans convention, n'en comprend qu'une vingtaine. Même si cette comparaison est à nuancer par le fait que le titre 3 regroupe également des règles relatives à toutes les obligations, cela reflète tout de même l'importance du contrat dans la vie juridique de cette époque. Le Code civil traite avec beaucoup de soin ce domaine qui est la première source d'obligation, mais même si les autres sources sont traitées plus brièvement, le Code nous en donne des définitions intéressantes.

Concernant tout d'abord le quasi-contrat, l'article 1371 en donne la définition suivante : « Les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties ». Le Code vient donc consacrer l'évolution du quasi-contrat en tant que fait, on est bien loin du droit romain dans lequel on ne parlait que d'une obligation *quasi ex contractu* pour désigner certaines obligations dont les effets étaient proches de ceux du contrat. On a désormais une définition positive du quasi-contrat, c'est un fait volontaire dont il résulte un engagement unilatéral ou réciproque des parties. On peut cependant reprocher à cette définition de ne pas préciser que c'est la loi qui rend ce fait obligatoire et ainsi d'occulter la cause réelle du quasi-contrat. S'il est répété dans les travaux préparatoires que c'est la loi qui rend le fait obligatoire, comme le précisait Pothier dans son *Traité des obligations*⁶³², cette idée n'est pas reprise ici, tout comme la précision selon laquelle le quasi-contrat provient d'un fait licite. L'absence de cette précision est assez regrettable puisque le caractère licite du fait est ce qui permet de différencier le quasi-contrat du délit et du quasi-délit qui, eux, résultent d'un fait illicite. Cette opposition avait pourtant été clairement définie dans les travaux préparatoires et permettait de structurer un peu plus la classification des sources des obligations. On aurait pu ainsi distinguer parmi les engagements qui se forment sans convention, ceux qui résultent directement de la loi et ceux qui résultent d'un fait de l'homme (ce que précise l'article 1370) ; puis, parmi ces obligations, on aurait opposé celles qui naissent d'un fait licite à celles qui naissent d'un fait illicite (distinction absente des articles du Code). En revanche, on peut trouver curieux la précision apportée par les rédacteurs du

⁶³² BUGNET, *op. cit.*, p. 57.

Code sur le fait que les quasi-contrats sont les faits « purement » volontaires de l'homme : existe-t-il une différence entre un fait volontaire et un fait purement volontaire ? La définition des quasi-contrats manque donc quelque peu de précision, et cela aura des répercussions sur les interprétations doctrinales au cours du XIXe siècle. Cependant, il faut signaler ici qu'à aucun moment dans les travaux préparatoires ni dans le Code lui-même n'apparaît l'idée que le quasi-contrat pourrait être un « presque contrat », auquel il ne manque que le consentement. Cette idée que l'on retrouvait dans l'ancien droit avait été combattue par Pothier et les rédacteurs du Code civil l'ont suivi pour dire que dans le quasi-contrat, c'est la loi qui rend le fait obligatoire, et que la ressemblance avec le contrat se situe au niveau des effets et non au niveau de la formation de l'acte.

Les articles suivants du Code civil donnent des exemples de quasi-contrats : la gestion d'affaires⁶³³ et le paiement de l'indu. Pour beaucoup d'interprètes du Code civil, il s'agira là d'une liste exhaustive. Pourtant cela est discutable. En effet, dans son rapport fait devant le Tribunat, Bertrant de Greuille dit, à propos des quasi-contrats, qu'il eut été trop compliqué pour le législateur d'en fournir tous les exemples et donc que celui-ci s'est contenté de fixer les règles générales, à charge pour le juge de les appliquer : « Aussi le projet qui vous occupe s'est-il borné à déterminer des règles générales, et ces règles deviennent suffisantes pour éclairer sur l'étendue des devoirs qui résultent des faits personnels le plus ordinairement en usage dans la société »⁶³⁴. Voilà encore une information importante sur les quasi-contrats, empruntée à Pothier, mais qui elle non plus n'est pas précisée dans les articles du Code civil, ce qui laissera, là encore, la porte ouverte aux interprètes. Malgré sa définition, assez innovante et qui vient consacrer l'évolution de la notion de quasi-contrat, le Code civil a manqué de précision sur certains points qui auraient permis d'éviter de laisser une trop grande marge d'interprétations aux commentateurs du Code en ce qui concerne cette notion.

⁶³³ MARTIN (X.), « Dimension politique du Code civil naissant : l'exemple de la gestion d'affaires », dans *Revue historique de droit français et étranger*, 2009, n° 2, p. 211-235.

⁶³⁴ FENET (P.A.), *Op. Cit.*, Tome 13, p. 470.

Concernant le délit et le quasi-délit⁶³⁵, ils sont traités dans le même chapitre, sans que chacun dispose de sa propre définition. L'article 1382 pose le principe selon lequel tout fait de l'homme qui cause un dommage oblige celui-ci à le réparer, et l'article 1383 précise que l'on est responsable du dommage causé par un fait volontaire, mais aussi par imprudence ou négligence. A aucun moment il n'est question de dire que les hypothèses de faits volontaires visent les délits, et ceux par imprudence ou négligence, les quasi-délits. Cette idée n'est pas exprimée dans le Code civil. En s'en tenant à la lettre des articles, ce chapitre présente d'une manière générale les hypothèses de responsabilités en cas de dommage causé volontairement ou non. Mais les rédacteurs du Code civil ne se sont pas, là encore, affranchis du poids de la tradition, et n'ont pas abandonné l'un de ces deux termes alors même que, dans le projet initial de la commission, seul le quasi-délit subsistait pour désigner toutes les hypothèses de responsabilité civile. Il aurait donc été judicieux de ne recourir qu'à un seul terme, comme notion générique pour la responsabilité civile. Mais il semble que les rédacteurs, comme Pothier avant eux, soient restés trop attachés à la tradition et aux sources classiques pour réussir à se passer de la notion de quasi-délit dans le Code.

Enfin, la dernière source des obligations évoquée par le Code civil est la loi. Malgré la théorie mise en avant par Pothier et reprise par les rédacteurs du Code civil qui faisait de la loi la source au moins médiate de toutes les obligations qui se forment sans convention, seule la loi source immédiate d'obligation est évoquée dans le Code civil. Les hypothèses d'obligation qui naissent directement de la loi ne sont d'ailleurs pas traitées dans le titre 4 du livre 3 mais disséminées dans le Code, l'article 1370 se contentant de donner quelques exemples. Cet article énonce que les obligations qui naissent directement de l'autorité seule de la loi « sont les engagements formés involontairement, tels que ceux entre propriétaires voisins, ou ceux des tuteurs et des autres administrateurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déferée »⁶³⁶. Même si ce n'est pas précisé ici, il s'agit bien dans ces hypothèse de la loi civile, et non de la loi divine comme chez Domat : la loi positive prend le relais de la loi divine ou de la loi naturelle pour imposer certaines obligations à l'homme pour le maintien de l'ordre

⁶³⁵ DESCAMPS (O.), « La responsabilité dans le Code civil », dans *Les penseurs du Code civil*, ouvrage coordonné par C. Gauvard, A.F.H.J., Paris, La documentation française, 2009, p. 291-310.

⁶³⁶ Art. 1370 al. 3 du Code civil.

social. C'est d'ailleurs l'idée évoquée par Treilhard dans son discours devant le corps législatif : « La loi doit donc vouloir pour nous ce que nous voudrions nous-mêmes si nous étions juste, et elle suppose entre les hommes, dans les cas imprévus, les obligations nécessaires pour le maintien de l'ordre social »⁶³⁷.

Le Code civil maintient ainsi les cinq sources d'obligations citées par Pothier dans son *Traité des obligations* : les quatre sources classiques des *Institutes* de Justinien (contrat, quasi-contrat, délit, quasi-délit) auxquelles est venue s'ajouter la loi. Cependant, certaines de ses définitions, tout comme la classification des sources des obligations qu'il adopte ne manqueront pas de susciter rapidement les critiques de la part de la doctrine. Celle-ci n'aura de cesse, notamment au XIXe siècle, d'analyser et de questionner cette classification des sources des obligations afin d'en saisir le véritable sens. Si pendant longtemps, le texte de référence a été la classification des *Institutes* de Justinien, c'est désormais la classification du Code civil qui servira de base aux travaux des auteurs sur la matière ; et comme nous venons de le voir, certaines maladresses et imprécisions du Code laissent une porte grand ouverte aux commentateurs.

⁶³⁷ FENET (P.A.), *Op. Cit.*, Tome 13, p. 464.

Conclusion de la première partie :

Nous arrivons, avec cette étude de la classification des sources des obligations dans le Code civil, au terme de notre première partie. Après avoir été longtemps l'œuvre de la doctrine, la classification est désormais fixée par le législateur. En observant l'évolution de la classification au cours des siècles, nous avons pu constater que même si, en apparence, la classification du Code civil n'est pas très éloignée de celle des *Institutes* en ce qu'elle reprend les quatre sources classiques en y ajoutant seulement la loi, en réalité, d'une part, certaines notions de cette classification comme le quasi-contrat et le quasi-délit ont totalement changé de signification et, d'autre part, l'apparition de la loi en tant que cinquième source des obligations se révèle plus importante qu'il n'y paraît.

Il est évident que le contrat, auquel est consacré un titre entier et plus de 250 articles, conserve son rang de principale source des obligations dans le Code civil et continue, comme c'était souvent le cas sous l'ancien droit, à attirer à lui parfois l'ensemble du droit des obligations. On l'observe dans le plan même du Code, dans le fait que les règles générales des obligations sont traitées dans le titre consacré aux contrats et dans les propos mêmes des rédacteurs qui confondent encore contrat et obligation. Cependant, le Code civil, en s'inscrivant dans la lignée de Domat et Pothier, ouvre la porte à une nouvelle vision du droit des obligations. Comme nous l'avons remarqué, ces deux auteurs font une place importante à la loi en tant que source des obligations, Pothier allant jusqu'à écrire que la loi est la source au moins médiate de tous les engagements qui se forment sans conventions⁶³⁸. On retrouve cette idée dans les travaux préparatoires du Code civil, dans lesquels il est dit à plusieurs reprises que dans les hypothèses où ce n'est pas le consentement qui engendre l'obligation, c'est la loi qui, de sa seule autorité ou par l'intermédiaire d'un fait, donne naissance à l'obligation. Dans l'esprit des rédacteurs du Code, la loi est donc plus qu'une cinquième source d'obligation, elle est en réalité la cause de toutes les obligations qui ne naissent pas d'un contrat. Cette idée n'est pas expressément traduite dans les articles du Code, mais elle est sous-jacente, et ne va

⁶³⁸ BUGNET, *op. cit.*, p. 59.

pas tarder à être prise à leur compte par les interprètes du Code civil. Domat et Pothier, suivis par les rédacteurs du Code civil, ouvrent ainsi la voie à une nouvelle classification opposant le contrat à la loi. C'est cette opposition entre le contrat et la loi qui va désormais intéresser la doctrine au cours du XIXe siècle et plus exactement le rôle et la place de cette nouvelle source principale qu'est la loi. Nous verrons ainsi comment a évolué cette nouvelle classification et de quelle manière le contrat qui était sous l'ancien droit et dans le Code civil la source principale des obligations cède progressivement du terrain face à la loi, dont le domaine d'influence ne cesse de s'étendre.

Deuxième partie : La classification des
sources des obligations au XIXe siècle :
La loi pivot des classifications doctrinales.

Le XIXe siècle s'ouvre avec l'adoption du Code civil en 1804 qui a permis de fixer le droit après les années révolutionnaires tourmentées. Avec ce Code civil, la doctrine voit son rôle évoluer. Désormais, elle dispose d'un texte unique et fondateur, là où auparavant elle puisait tantôt dans les coutumes, tantôt dans le droit romain. Dans un premier temps, et même si l'existence d'une école de l'exégèse a été ces dernières années reléguée au rang de mythe⁶³⁹, les auteurs vont essentiellement commenter le Code article par article, et essayer de construire leurs réflexions et leurs théories en s'appuyant sur les articles du Code⁶⁴⁰. Il est très difficile de dégager une évolution chronologique de la pensée des auteurs du XIXe siècle sur la classification des sources des obligations. S'il existe un premier courant majoritaire qui se contente souvent de commenter le Code article par article, il ne faut pas pour autant oublier certains auteurs du tout début du XIXe siècle, qui n'hésitent pas à rompre avec la classification du Code civil (Titre 1). Les juristes majoritaires qui commentent le Code se montrent très fidèles à celui-ci, et se contentent de l'expliquer et parfois même de le justifier dans la plupart des cas dans un objectif didactique, le but étant d'enseigner ce nouveau Code civil aux étudiants et de l'expliquer aux praticiens. C'est pourquoi, en matière de classification des sources des obligations, on ne trouve chez ces auteurs, dans un premier temps, qu'une énumération des cinq sources d'obligations prévues par le Code civil. Progressivement cependant, apparaît une autre classification qui, elle, reprend le plan du Code civil, et oppose les contrats aux engagements qui se forment sans convention. Mais, une fois encore, la doctrine ne fait que suivre l'ordre et le plan du Code civil pour classer les obligations.

Il faut attendre le milieu du XIXe siècle, et la génération des juristes nés avec le Code civil, pour voir se développer un mouvement plus critique envers celui-ci. Ces juristes qui n'ont connu que le Code civil, se montrent moins respectueux envers lui que leurs prédécesseurs. La doctrine devient plus critique envers lui et ses rédacteurs. Elle ne se contente plus d'expliquer, mais analyse et critique en détail chaque concept du Code, pour

⁶³⁹ HAKIM (N.), *L'autorité de la doctrine civiliste au XIXe siècle*, Paris, LGDJ, 2002 ; HALPERIN (J.L.), *Le Code civil*, Paris, Dalloz, 2003, 2^e éd. ; V° Ecole de l'Exégèse, in *Dictionnaire des idées*, Encyclopedia Universalis, 2005, p. 227-230.

⁶⁴⁰ HALPERIN (J.L.), *Le Code civil*, Paris, Dalloz, 2003, 2^e éd., p. 95 et s.

arriver parfois à demander de réformer certains passages. La doctrine devient alors un véritable outil de réflexion et de remise en cause du droit. Cela se confirme en matière de droit des obligations. Les auteurs remettent en question la classification des sources des obligations du Code civil, ainsi que le plan même du Code concernant le droit des obligations. De ces critiques vont naître de nouvelles classifications des sources des obligations. On exagère à peine en disant que chaque auteur présente sa propre classification des sources des obligations. Il est tout de même possible de dégager quelques grands courants permettant de déceler dans quel sens va évoluer la classification des sources des obligations. Bref, entre le début et la fin du siècle, la classification des sources des obligations est totalement modifiée. Michel Boudot résume bien une partie des transformations dues à la doctrine du XIXe siècle : « Le 19e siècle va tout à la fois justifier et promouvoir la bipartition, et donner une consistance à la catégorie des obligations autres que dérivant du contrat »⁶⁴¹. Nous étudierons en détail cette évolution, et notamment comment les auteurs ont réussi à dégager un critère commun à ces engagements qui se forment sans convention.

Comme nous l'avons vu précédemment, le Code civil exalte la position dominante du contrat dans le domaine des sources des obligations. Tout l'intérêt de cette étude du XIXe siècle est donc d'observer comment on est progressivement passé de cette prédominance du contrat, à celle de la loi. En effet, la loi qui dans un premier temps ne sert qu'à regrouper les obligations autres que contractuelles prend progressivement de l'importance, pour être même considérée par quelques auteurs comme la seule et unique source d'obligation. Si les classifications proposées par les auteurs du XIXe siècle ne vont pas forcément perdurer, elles préparent progressivement le terrain à une évolution plus profonde de la classification des sources des obligations au début du XXe siècle. Le XIXe siècle constitue donc une transition importante entre le Code civil et la remise en cause profonde des sources des obligations au début du XXe siècle. Comme l'écrit Michel Boudot : « Il y a un pas, et même un grand écart à franchir avec beaucoup de souplesse, entre cette position qui exalte « l'accord, le pacte, l'alliance » et celle qui divise les actes et les faits juridiques par la volonté individuelle »⁶⁴². Si

⁶⁴¹ BOUDOT (M.), « La classification des sources des obligations au tournant du 20^e siècle », *actes des 3^e journées d'études Poitiers-Roma tre*, LGDJ, 2007, p. 139.

⁶⁴² BOUDOT (M.), *Op. Cit.*, p. 135.

ce grand écart a été franchi, c'est en grande partie grâce à la doctrine du XIXe siècle, qui a progressivement fait évoluer la classification avec l'apparition de nouveaux concepts, et la remise en cause de certaines notions comme le quasi-contrat. Les classifications du XIXe siècle vont promouvoir la loi en tant que second pilier de la classification des sources des obligations, en l'opposant au contrat symbole de l'autonomie de la volonté.

Dans un premier temps, nous étudierons les auteurs, qui, au tout début du XIXe siècle se détachent du plan du Code civil pour proposer une classification originale (Titre 1), puis nous verrons qu'en dépit de ces quelques auteurs, la première moitié du XIXe siècle voit se dégager un courant d'auteurs qui se sont montrés très fidèles au Code civil. Si ces auteurs ont très largement suivi le Code civil, ils ont eu le mérite de généraliser la classification bipartite contrat/engagements qui se forment sans convention (Titre 2). Puis, nous verrons que progressivement les auteurs s'éloignent de la lettre de la classification du Code civil, notamment en faisant une place grandissante à la loi en tant que source des obligations, ce qui n'est pas sans rappeler la classification défendue par les rédacteurs du Code civil (Titre 3).

Titre 1 : La promotion de la loi en rupture avec le Code civil.

Contrairement à l'avis généralement répandu, les premiers commentateurs du Code civil ne se montrent pas les plus fidèles à celui-ci. Et c'est chez les auteurs du tout début du XIXe siècle que l'on trouve des classifications s'éloignant du plan du Code civil. La classification qui se dégage chez ces auteurs est une classification opposant la loi au fait de l'homme. Cette classification est intéressante car, pour la première fois, elle signe l'abandon du contrat en tant que source principale d'obligation. Le contrat qui était parfois considéré au XVIII^e siècle comme la seule source d'obligation, puis dans le Code civil comme la source principale dictant le plan et la répartition des articles au point que l'idée de contrat était même confondue avec celle d'obligation dans l'esprit de beaucoup de juristes et même des rédacteurs du Code, est désormais absent de la classification élaborée par certains auteurs. Cela caractérise le déclin du contrat et la montée en puissance de la loi érigée en pilier de la classification. Cela ouvrira des perspectives intéressantes aux générations suivantes de juristes qui, débarrassés des anciennes traditions, pourront faire avancer considérablement le droit des obligations. On trouve déjà les prémises de cette classification chez Carrier, dans l'introduction de son *Traité des obligations* en 1818⁶⁴³. En effet, après avoir énoncé que les obligations proviennent de cinq causes, il en fait l'énumération : certaines naissent immédiatement de la loi, « les autres sources sont les contrats, les quasi-contrats, les délits, les quasi-délits ce sont des faits que la loi rend obligatoires ; elle en fait naître des obligations qui ne proviennent plus d'elle que médiatement, et qui dérive immédiatement du fait qui leur a donné l'existence »⁶⁴⁴. On retrouve bien présente ici, dès le début du XIXe, siècle cette opposition entre la loi et le fait de l'homme. L'auteur ne la développe pas plus et consacre

⁶⁴³ CARRIER (J.-B.), *Traité des obligations d'après les principes du Code civil*, Dijon, Bernard-Defay, 1818.

⁶⁴⁴ CARRIER (J.-B.), *Op. Cit.*, p. 12.

l'essentiel de son ouvrage à l'étude du contrat dans le Code civil, il faudra attendre un peu avant de voir cette classification approfondie.

Cette classification reprend donc la loi en tant que source principale d'obligation et introduit le fait de l'homme. Il sera donc intéressant d'étudier comment les auteurs justifient cette opposition loi/fait de l'homme et surtout si elle permet une classification efficace et pertinente des sources des obligations.

Cette classification loi/fait de l'homme recouvre elle aussi différents courants. Tous les auteurs n'ont pas la même définition des faits de l'homme, et donc, ils ne rangent pas tous les mêmes obligations dans chacune des deux catégories. Une première tendance considère que toutes les obligations « classiques » dérivent d'un fait de l'homme, et que seules les obligations légales de l'article 1370 font exception (Chapitre 1). Pour d'autres, la catégorie « fait de l'homme » ne regroupe que certaines obligations que sont le contrat et le quasi-contrat, la catégorie des obligations légales étant étendue aux autres obligations (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Le fait de l'homme à l'origine des obligations « classiques ».

Dans la rédaction du Code civil, une place importante est faite au fait de l'homme, puisqu'une des deux catégories d'engagements qui se forment sans convention résulte « d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé »⁶⁴⁵. Certains auteurs au XIX^e siècle s'appuient sur ce fait pour construire une classification des sources des obligations. Le premier auteur à avancer une telle classification est Delvincourt⁶⁴⁶ qui donne un rôle fondamental au fait de l'homme. Delvincourt considère que dans la plupart des cas c'est un fait de l'homme qui est à l'origine des obligations, sauf dans quelques rares hypothèses, ou alors, c'est la loi seule qui impose une obligation. Il exprime très clairement cette classification bipartite : « L'obligation peut provenir, ou de la loi seule, ou d'un fait obligatoire de l'homme »⁶⁴⁷. Il convient donc de s'attarder sur ces deux catégories et d'essayer de comprendre ce qu'il entend par là.

Concernant les obligations qui résultent de l'autorité seule de la loi, il écrit : « Il est en effet des obligations qui n'ont que la loi pour cause unique et immédiate, sans aucun fait de la part de l'une ni de l'autre partie »⁶⁴⁸. Il donne ensuite des exemples de ces obligations comme l'obligation pour les ascendants et descendants de se fournir des aliments, ou encore les obligations entre propriétaires voisins. On constate donc que Delvincourt reprend ici la définition des obligations qui naissent de l'autorité seule de la loi selon le Code civil. En effet, l'article 1370 du Code civil énonce à propos de celles-ci : « Les uns résultent de l'autorité seule de la loi... . Les premiers sont les engagements formés involontairement, tels que ceux

⁶⁴⁵ Art. 1370 du Code civil.

⁶⁴⁶ DELVINCOURT (C.), *Cours de Code civil*, Paris, Chez Delestre-Boulage, 1824 ; *Dictionnaire historique des juristes français*, p. 240, notice N. HAKIM : (1762-1831) avocat et professeur, il est l'un des premiers commentateurs du Code civil, souvent critiqué pour « la sécheresse de son style et l'absence de couleur de son propos », mais aussi loué pour sa rigueur. Il s'oppose notamment à ceux qui, comme Proudhon, commente le Code article par article.

⁶⁴⁷ DELVINCOURT (C.), *Op. cit.*, tome 2, p. 117.

⁶⁴⁸ DELVINCOURT (C.), *Op. cit.*, tome 2, p. 118.

entre propriétaires voisins,⁶⁴⁹ ou ceux des tuteurs et des autres administrateurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déferée ». Le parallèle est évident entre les deux formulations. Delvincourt est donc fidèle au Code civil en ce qui concerne les obligations qui naissent de l'autorité seule de la loi. La seule différence tient à ce que Delvincourt précise que ces obligations naissent sans aucun fait de la part des parties, là où le Code civil se contentait de signaler que ces engagements sont formés involontairement. L'expression utilisée par Delvincourt marque ainsi l'opposition avec la deuxième catégorie d'obligations de sa classification, qui est celle des obligations résultant d'un fait de l'homme.

Pour être tout à fait exact, Delvincourt parle des obligations qui naissent « d'un fait obligatoire de l'homme »⁶⁵⁰. Il ne précise pas ce qu'il entend par « fait obligatoire » mais il s'agit sans doute d'indiquer que ce fait donne naissance à une obligation. La question que l'on peut se poser est de savoir si ce fait obligatoire correspond au fait volontaire de l'article 1370 du Code civil. On peut effectivement considérer que ces deux notions sont proches. Il y a cependant une grande différence, c'est que Delvincourt range le contrat parmi les obligations qui naissent d'un « fait obligatoire ». Il reconnaît deux types de fait obligatoire, un qui est commun aux deux parties et l'autre qui est le fait d'une seule partie, et qui correspond alors au fait volontaire de l'article 1370 du Code civil. Voici la définition qu'il donne de ce fait obligatoire : « Ce fait peut être commun aux deux parties, et alors il en résulte ce qu'on appelle une convention ou un contrat ; ou c'est le fait d'une seule des parties qui donne lieu à l'obligation, et alors les engagements qui en résultent, sont désignés sous le nom générique d'engagements qui se forment sans convention »⁶⁵¹. Dans sa classification, le fait obligatoire englobe donc les contrats ainsi que les engagements qui résultent d'un fait volontaire prévus à l'article 1370 du Code civil, c'est-à-dire : les délits, les quasi-délits et les quasi-contrats. Le problème est que Delvincourt ne donne pas d'explication sur sa classification, il nous faut donc avancer des hypothèses pour tenter de mieux la comprendre. On peut dire pour la résumer qu'il ne fait qu'élargir l'opposition de l'article 1370 du Code civil entre les deux espèces d'engagements qui se forment sans convention : d'un côté ceux qui naissent de

⁶⁴⁹ Art. 1370 du Code civil.

⁶⁵⁰ DELVINCOURT (C.), *Op. cit.*, tome 2, p. 118.

⁶⁵¹ *Ibidem.*

l'autorité seule de la loi, de l'autre ceux qui résultent d'un fait de l'homme. Seulement, il inclut dans les obligations qui naissent d'un fait de l'homme les contrats. On peut dire qu'il s'agit d'une exception parmi les obligations qui naissent d'un fait de l'homme, car dans les contrats, il y a un fait qui intervient de la part des deux parties. C'est sans doute ce qui justifie que les contrats ne soient pas rangés avec les obligations qui naissent d'un fait volontaire dans le Code. Mais une explication plus plausible serait que si les rédacteurs du Code n'ont pas simplement appliqué cette classification loi/fait de l'homme, c'est parce que les contrats, par leur rôle prépondérant parmi les sources d'obligations, méritaient d'être traités à part.

Finalement, cette classification proposée par Delvincourt est assez intéressante et pertinente. Opposer les obligations dans lesquelles l'homme intervient aux obligations imposées par la loi est assez juste, et cela permet encore de faire une sous-distinction parmi les obligations qui naissent du fait de l'homme, entre les obligations qui résultent d'un fait d'une seule des parties ou des deux parties. Toute l'originalité de cette classification réside dans l'idée selon laquelle le contrat provient d'un fait commun aux deux parties. L'accord de volontés est considéré comme un fait donnant naissance à l'obligation. Cette classification, pourtant séduisante de Delvincourt ne connaît pas un grand succès dans la doctrine du XIX^e siècle. On la retrouve tout de même chez Aubry et Rau⁶⁵², mais ceux-ci lui apportent une légère modification.

Aubry et Rau ont pour particularité, dans leur ouvrage, d'abandonner l'ordre du Code civil. Ils adoptent un plan qui présente plus de logique en traitant tout d'abord du régime général des obligations, puis ensuite seulement des diverses espèces d'obligations. Dans ce titre, ils énumèrent et traitent les différentes sources d'obligation du Code civil sans chercher à les classer. Cependant, ils consacrent tout de même un paragraphe au « fondement juridique des obligations »⁶⁵³, dans lequel ils vont présenter une classification des sources des

⁶⁵² AUBRY (C.) et RAU (C.), *Cours de Code civil français d'après la méthode de Zachariae*, Paris, Marchal et Billard, 1871, 4^e éd. ; *Dictionnaire historique des juristes français*, p. 22 et 653, notice J.L. HALPERIN : Aubry (1803-1883), Rau (1803-1877), ces deux professeurs strasbourgeois sont connus pour leur *Cours de Code civil* qui rompt avec le plan du Code civil, ils tentent un compromis entre « méthode exégétique et enseignement dogmatique ».

⁶⁵³ AUBRY (C.) et RAU (C.), *Op. Cit.*, § 305, p. 92.

obligations. Ils proposent deux fondements juridiques aux obligations : « Les obligations ont pour fondement immédiat la loi, ou un fait de l'homme »⁶⁵⁴. Comme chez Delvincourt, les obligations qui résultent de la loi sont celles prévues à l'article 1370 du Code civil, cette catégorie n'appelle donc pas de remarque particulière. En revanche, si les obligations qui naissent d'un fait de l'homme sont également les mêmes que dans la classification de Delvincourt, leur présentation est différente. Les obligations fondées sur la loi étant classées à part, il reste les contrats, quasi-contrats, délits et quasi-délits. Mais là où Delvincourt reprenait plutôt le Code civil, en opposant les obligations de l'article 1370 qui résultent du fait d'une des parties aux contrats qui résultent d'un fait commun aux deux parties, Aubry et Rau proposent une autre division. Parmi ces obligations qui naissent du fait de l'homme, ils opposent celles qui proviennent d'un fait licite à celles qui naissent d'un fait illicite : « Les obligations de la seconde espèce repose sur un fait licite ou sur un fait illicite. Dans le premier cas, elles résultent d'un contrat (art. 1101) ou d'un quasi-contrat (art. 1370) ; dans le second, d'un délit ou d'un quasi-délict (art. 1382 et s.) »⁶⁵⁵. Ces auteurs s'éloignent donc un peu plus du Code civil et préfèrent rapprocher le quasi-contrat du contrat, plutôt que de le ranger aux côtés des délits et quasi-délits. Ils renouent ainsi en quelque sorte avec la classification de Justinien opposant symétriquement le contrat et le quasi-contrat au délit et quasi-délict. D'ailleurs, ce rapprochement entre le contrat et le quasi-contrat leur sera reproché car il renforce l'idée selon laquelle le quasi-contrat serait presque un contrat. Cette division des faits de l'homme entre fait licite et illicite, si elle semble plus claire que celle de Delvincourt, a donc le désavantage de renforcer la confusion au niveau du quasi-contrat.

Enfin, signalons que Mourlon⁶⁵⁶ reprend également cette classification loi/fait de l'homme, en faisant comme Aubry et Rau le rapprochement entre le contrat et le quasi-contrat. Il écrit à propos des sources des obligations : « Elles naissent d'un fait de l'homme ou de la loi. Ce fait peut être licite ou illicite. S'il est licite, c'est un contrat ou un quasi-contrat.

⁶⁵⁴ *Ibidem*.

⁶⁵⁵ *Ibidem*.

⁶⁵⁶ MOURLON (F.), *Répétitions écrites sur le 2^{ème} examen du code Napoléon*, Paris, Marescq, 1859, 5^e éd. rev. et corrigée. ; *Dictionnaire historique des juristes français*, p. 583, notice N. HAKIM : (1811-1866) avocat et professeur, son ouvrage fut très prisé des étudiants et loué pour sa clarté et ses explications synthétiques.

S'il est illicite, c'est un délit ou un quasi-délit »⁶⁵⁷. Mais contrairement aux autres auteurs, il propose une explication plus approfondie. Il explique le raisonnement qui l'amène à cette classification et commence par préciser que, d'un point de vue juridique, c'est toujours de la loi civile que vient l'obligation et donc que « sous ce rapport, aucune distinction n'est possible : toutes les obligations viennent de la loi »⁶⁵⁸. Il faut donc trouver un autre fondement pour classer les obligations. Il continue ainsi soulignant que si l'on recherche la cause première et immédiate des obligations, alors, aucune obligation ne vient de la loi civile, elles naissent toutes du droit naturel et sont ensuite sanctionnées par la loi : « Sous ce rapport encore, aucune distinction n'est possible : Les obligations ne dérivent jamais de la seule autorité de la loi »⁶⁵⁹. Il faut donc trouver ce qui permet de distinguer la source des obligations et Mourlon pense découvrir ce critère dans ce qui est à l'origine de l'obligation naturelle : « Les obligations naturelles que la loi sanctionne ont leur source soit dans un fait de l'homme, soit dans un événement autre qu'un fait de l'homme »⁶⁶⁰. Voilà pour lui le critère distinctif : soit il y a fait de l'homme, soit il y a absence de fait de l'homme. On a donc le premier terme de la classification qui est le fait de l'homme, mais qu'en est-il du second ? Mourlon explique que les événements autres qu'un fait de l'homme donnant naissance à des obligations sont trop variés pour être regroupés sous un nom générique. C'est pourquoi les rédacteurs du Code ont dit à l'article 1370 que ces obligations naissaient de l'autorité seule de la loi, qui permet de recouvrir toutes ces hypothèses : « Les obligations qui résultent de l'autorité seule de la loi sont donc celles qui dérivent d'un événement ou d'une circonstance autre qu'un fait de l'homme, et que la loi fait sienne en les sanctionnant »⁶⁶¹. Il nous fait donc comprendre que cette classification loi/fait de l'homme est un compromis. En réalité, la classification qui conviendrait plus justement serait une classification fait de l'homme/ autres obligations, mais cela ne serait pas très précis. On a donc désigné cette deuxième catégorie en recherchant le point commun de toutes ces obligations, c'est-à-dire le fait d'être sanctionnées

⁶⁵⁷ MOURLON (F.), *Op. Cit.*, p. 517.

⁶⁵⁸ MOURLON (F.), *Op. Cit.*, p. 855.

⁶⁵⁹ *Ibidem.*

⁶⁶⁰ *Ibidem.*

⁶⁶¹ *Ibidem.*

par la loi. Cette explication de Mourlon est très intéressante et reflète bien le fonctionnement de cette classification.

D'autres auteurs proposent une classification opposant la loi au fait de l'homme, mais donnent une consistance totalement différente aux deux groupes d'obligation. Ils ne suivent pas la logique de Mourlon concernant cette classification. Et si, au même titre qu'Aubry et Rau, et Mourlon, ils rapprochent le contrat du quasi-contrat dans leur classification, ils n'adoptent pas la même répartition entre les deux catégories de la classification. Cette légère différence modifie l'équilibre de la classification et aboutit à un résultat totalement opposé. Une des principales conséquences sera de renforcer un peu plus le rapprochement entre le quasi-contrat et le contrat, et développer la fausse idée selon laquelle le quasi-contrat serait presque un contrat.

Chapitre 2 : Le fait de l'homme, source du contrat et du quasi-contrat.

A la suite de Delvincourt, d'autres auteurs proposent une classification loi/fait de l'homme. Mais, bien que reprenant les mêmes termes, la classification que nous allons à présent étudier est très différente de celle de Delvincourt. En effet, les obligations qui naissent de la loi, ainsi que celles qui naissent d'un fait de l'homme ne seront pas les mêmes que chez Delvincourt. Nous verrons que cette autre version de la classification loi/fait de l'homme est moins pertinente que la première, et surtout qu'elle renforcera la confusion autour de la notion de quasi-contrat.

Duranton⁶⁶² compte parmi les auteurs qui présentent cette deuxième version de la classification loi/fait de l'homme. A première vue, il s'agit pourtant du même principe que celui étudié précédemment, Duranton écrit : « Les obligations naissent, ou d'un fait de l'homme, auquel la loi attache la force obligatoire, ou de la loi seule, qui les impose directement et immédiatement aux citoyens »⁶⁶³. La différence se situe au niveau des obligations regroupées dans chacune des catégories. Dans la classification précédente, le fait de l'homme regroupait toutes les obligations autres que celles qui naissaient de l'autorité seule de la loi. Ici, la catégorie des obligations qui naissent du fait de l'homme est réservée au contrat et au quasi-contrat, les autres obligations étant considérées comme naissant de la loi. Voyons comment Duranton justifie cette classification.

Commençons par les obligations qui naissent d'un fait de l'homme. Il s'agit donc uniquement des contrats et des quasi-contrats. Sur le contrat, il n'insiste pas et se contente de dire qu'il se situe au premier rang des faits de l'homme qui produisent des obligations. Concernant le quasi-contrat, il y a en revanche plus de choses à dire. Duranton en donne une

⁶⁶² DURANTON (A.), *Cours de droit français suivant le Code civil*, Paris, Thorel, 1844, 4^e éd. ; *Dictionnaire historique des juristes français*, p. 295, notice J.L. HALPERIN : (1783-1866) avocat et professeur à Paris, malgré un commentaire assez fidèle au Code civil, il apporte quelques précisions, notamment en matière de droit des obligations, et souligne les différences entre Pothier et le Code civil.

⁶⁶³ DURANTON (A.), *Op. cit.*, n° 20 p. 10.

définition intéressante : « Les obligations qui naissent de ces faits sont fondées sur l'équité, qui ne permet pas qu'on s'enrichisse aux dépens d'autrui, et elles sont confirmées par la loi, qui en ordonne l'exécution comme s'il y avait eu une convention formelle à cet égard ; on est obligé comme dans les contrats, médiatement par le fait, et immédiatement par la loi »⁶⁶⁴. On voit donc clairement ici le rapprochement entre le contrat et le quasi-contrat. Il précise d'ailleurs que la loi ordonne l'exécution de ces obligations « comme s'il y avait eu une convention »⁶⁶⁵. Il n'insiste pas sur le fait qui est à l'origine de l'obligation, mais plus sur la comparaison avec le contrat. Mais là où on saisit plus exactement le fondement de la classification de Duranton, c'est en étudiant la seconde catégorie, c'est-à-dire les obligations qui naissent de la loi.

C'est dans la définition de ces obligations légales que l'on comprend mieux pourquoi Duranton a regroupé les contrats et les quasi-contrats : « Plusieurs espèces d'engagements ou obligations naissent de la seule autorité de la loi, en ce sens qu'elle ne suppose même pas un consentement dans celui qui se trouve ainsi obligé, sans toutefois pour cela exclure l'idée de ce consentement : c'est la loi qui oblige immédiatement »⁶⁶⁶. Le véritable fondement de la classification des sources des obligations résiderait donc dans la présence ou non du consentement. Dans les contrats et les quasi-contrats, il y a un consentement exprès (contrat), ou la loi présume l'existence de ce consentement (quasi-contrat), alors que dans les autres sources d'obligations, c'est la loi seule qui oblige. L'essentiel de cette classification réside donc dans la définition du quasi-contrat : c'est parce que Duranton considère que dans le quasi-contrat, c'est le consentement de l'obligé présumé par la loi qui fait naître l'obligation, qu'il regroupe le contrat et le quasi-contrat. Nous verrons par la suite que cette définition du quasi-contrat développée par certains auteurs sera fortement remise en cause à la fin du XIXe siècle, et c'est pourquoi la classification de Duranton ne perdurera pas. Après avoir défini en quoi les contrats et les quasi-contrats naissent d'un fait de l'homme, il restait à Duranton à justifier pourquoi les délits et les quasi-délits, qui chez beaucoup d'auteurs provenaient également d'un fait de l'homme, dérivent, ici, de l'autorité seule de la loi.

⁶⁶⁴ DURANTON (A.), *Op. cit.*, n° 21 p. 11.

⁶⁶⁵ *Ibidem.*

⁶⁶⁶ DURANTON (A.), *Op. cit.*, n° 23 p. 12.

Dans sa définition des délits et des quasi-délits, Duranton commence par reconnaître qu'ils sont issus d'un fait de l'homme : « Un grand nombre d'obligations naissent des délits, qui sont des faits illicites... . D'autres obligations naissent des quasi-délits qui sont aussi des faits illicites qui nuisent à autrui »⁶⁶⁷. On peut donc se demander pourquoi il ne les classe pas parmi les obligations qui naissent d'un fait de l'homme ? Duranton apporte une réponse très claire à cette interrogation : « Ces obligations (quasi-délits), ainsi que celles qui naissent d'un délit ne sont pas fondées sur la présomption d'un consentement de la part de l'obligé, comme celles qui naissent des quasi-contrats ; elles sont uniquement fondée sur le fait »⁶⁶⁸. On comprend donc définitivement que le vrai fondement de la classification n'est pas le fait de l'homme, mais bien l'existence ou non d'un consentement de l'obligé. Mais celui-ci ne justifie en rien la classification loi/ fait de l'homme, puisque, après avoir reconnu que les délits et les quasi-délits naissent d'un fait de l'homme, il les range dans la catégorie des obligations légales. La classification de Duranton manque donc totalement de cohérence. Compte tenu de ses explications, il aurait été plus logique de parler d'une classification qui opposerait les obligations résultant d'un consentement de l'obligé, à celles ne nécessitant pas de consentement.

Duranton ne présente donc pas réellement une classification loi/fait de l'homme, mais l'étude de sa classification est tout de même intéressante à plusieurs titres. D'une part, elle nous permet de voir que dans toute classification, la définition faite des sources des obligations peut influencer sur les différentes catégories. En fonction de la définition d'une obligation, elle sera tantôt rangée dans une catégorie, tantôt dans une autre, comme le montre l'exemple du quasi-contrat. Le fait de considérer que dans le quasi-contrat, la loi présume l'existence d'un consentement a entraîné Duranton à le classer avec le contrat. Alors que pour d'autres auteurs, c'est le fait ou encore la loi naturelle qui étaient déterminants dans la définition du quasi-contrat, et qui donc influaient sur la classification retenue.

Nous avons vu que certains commentateurs du tout début du XIXe siècle ont pris leurs distances avec le plan du Code et donc finalement la classification des sources des obligations

⁶⁶⁷ DURANTON (A.), *Op. cit.*, n° 28 et 29 p. 15.

⁶⁶⁸ DURANTON (A.), *Op. cit.*, n° 30 p. 16.

qui en découlent. Cependant, la majorité des auteurs de la première moitié du XIXe siècle, en commentant le Code article par article, se montrent plus fidèles à la classification du Code civil. Cela nous montre simplement qu'il ne faut pas trop chercher à généraliser, certes une majorité d'auteurs du XIXe se montrent fidèles au Code civil, mais on remarque tout de même une certaine liberté vis-à-vis du Code chez les auteurs que nous venons d'étudier.

Titre 2 : Des réticences à la promotion de la loi : la fidélité à la lettre du Code civil.

La doctrine du XIXe siècle reste, en règle générale, assez fidèle à la classification du Code civil et plus exactement au plan de celui-ci qui, en matière d'obligation, oppose les contrats (livre 3, titre 3) aux engagements qui se forment sans convention (livre 3, titre 4). Dans leurs ouvrages, les auteurs étudiant le Code dans l'ordre des articles, c'est donc naturellement qu'ils conservent la classification des sources des obligations qui dans le Code civil découle du plan même. Ils s'inscrivent ainsi, également, dans la continuité de l'œuvre de Pothier qui, le premier, avait opposé dans son *Traité des obligations*⁶⁶⁹, les contrats aux autres causes d'obligation. Finalement ils procèdent à une simple présentation des différentes sources d'obligations énumérées par le Code : le contrat, le quasi-contrat, le délit, le quasi-délit et la loi. Dans beaucoup d'ouvrages, il n'y a pas d'analyse, ni de tentative de justification de la classification des sources des obligations, l'auteur se contentant de suivre le plan du Code et de définir article par article les sources des obligations. Cependant, nous verrons que certains auteurs tentent de justifier le plan du Code civil en matière d'obligation et donc la classification des sources qui en découle. De même, il existe certaines nuances parmi ces auteurs quant à l'analyse et la présentation des différentes sources d'obligations qu'il sera intéressant d'observer. Enfin, un autre mérite de la doctrine du XIXe siècle, et non des moindres, est d'avoir progressivement généralisé la bipartition contrat/engagements qui se forment sans convention, et ainsi d'avoir entamer la rupture avec la classification traditionnelle des sources héritées de Justinien. Beaucoup d'auteurs du XIXe siècles se contentent dans leurs ouvrages de suivre l'ordre des articles du Code civil et présentent ainsi les différentes sources des obligations. La plupart le font sans même discuter ou justifier le plan et la classification de ces sources d'obligations. Cependant, certains s'arrêtent sur le plan

⁶⁶⁹ BUGNET, *Œuvres de Pothier, Tome II : Traité des obligations*, Paris, Plon, 1861.

du Code civil en matière d'obligations, et le justifient avant de le reprendre dans leur ouvrage. Tout d'abord, ils s'interrogent afin de savoir quelles influences ont inspiré les rédacteurs du Code civil, ce qui leur permet de mieux l'interpréter, et ainsi de tenter d'expliquer et de justifier la classification (Chapitre 1). Puis, nous étudierons différentes classifications inspirées de l'ordre du Code mais qui présentent certaines variantes intéressantes (Chapitre 2). Enfin, nous verrons que si ces auteurs se montrent fidèles à la lettre du Code civil, cela ne les empêche pas d'avoir un regard critique sur ce dernier (Chapitre 3).

Avant d'analyser le Code civil, certains auteurs se sont penchés sur les véritables influences qui ont guidées ses rédacteurs. Ces quelques remarques ne nous sont pas inutiles afin de pouvoir au mieux analyser et commenter la classification des sources des obligations dans le Code civil. Certains auteurs, comme Laurent, remarquent avec raison que, contrairement à l'idée avancée lors des travaux préparatoires notamment par l'orateur du gouvernement, selon laquelle le droit des obligations dans le Code civil serait issu du droit romain, celui-ci est en réalité inspiré des travaux de Domat et Pothier : « Le titre des obligations est d'origine coutumière plutôt que d'origine romaine ; il a été puisé dans les ouvrages de Domat et Pothier »⁶⁷⁰. Laurent reprend cette idée et la développe dans ses *Principes du droit français*⁶⁷¹ pour mettre en garde contre la fausse influence du droit romain : « Ce serait fausser le droit français que d'y voir une copie du droit romain. Si l'on interprétait le Code civil par le Digeste, on aboutirait à des conséquences erronées, on introduirait dans notre droit des principes qui lui sont étrangers, des théories qui ne sont pas celles du droit français et que les auteurs du code ignoraient. Nous avons déjà eu l'occasion de signaler l'invasion des idées romaines comme un danger pour le droit pratique : elle fait dire au code ce qu'il n'a pas voulu dire, et si elle réussissait, elle mettrait à la place du code civil français un code civil romain »⁶⁷². Nous aurons l'occasion de revenir sur cette idée justement à propos de certains auteurs qui tentent d'interpréter le Code civil avec les principes du droit

⁶⁷⁰ LAURENT (F.), *Cours élémentaire de droit civil*, Paris, Marescq, 1878, Tome 2, n° 459 p. 337.

⁶⁷¹ LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, Paris, Marescq, 1878, 3^e éd.

⁶⁷² LAURENT (F.), *Op. Cit.*, Tome 15, n°421 p. 474.

romain. Baudry-Lacantinerie⁶⁷³ fait également référence à Domat et Pothier pour souligner la différence principale entre le droit des obligations du Code civil et ces auteurs, et Baudry-Lacantinerie nous permet de comprendre pourquoi, malgré les critiques portées contre le plan du Code civil, jugé plus maladroit que celui de Domat ou Pothier, beaucoup d'auteurs du XIXe siècle lui sont restés fidèles : « Ce qui n'empêche pas cette division d'être souverainement illogique. Pothier et Domat, qu'on peut considérer comme les vrais auteurs du titre Des obligations, avaient adopté un plan bien préférable ; notre législateur leur a tout emprunté, sauf la méthode. Ici, comme ailleurs, nous respecterons cependant son œuvre, même dans ses imperfections, persuadé qu'il y aurait plus de préjudice que de profit pour nos jeunes lecteurs à modifier les grandes lignes du saint édifice au milieu duquel nous essayons de guider leurs premiers pas »⁶⁷⁴. C'est également pour des raisons didactiques et pédagogiques que les auteurs du XIXe siècle, quand bien même ils critiquent le plan du Code civil, suivent tout de même celui-ci. Cela s'explique par le fait que les ouvrages de la doctrine du XIXe siècle étaient des manuels destinés aux étudiants. Cependant, nous verrons plus tard que cette fidélité au plan du Code civil pour la présentation des sources des obligations n'a pas empêché ces auteurs de critiquer celui-ci. Il est intéressant de noter ici l'impact du Code civil sur les commentateurs. Baudry parle du « saint édifice », et de son hésitation quant à l'idée de ne pas respecter l'ordre de ce dernier. On peut faire un parallèle avec le droit Romain et les *Institutes* de Justinien. Comme nous l'avons signalé à plusieurs reprises lors de notre étude, les auteurs semblent souvent avoir hésité à abandonner la classification quadripartite héritée de Justinien. Malgré des analyses souvent intéressantes des causes des obligations et des critiques du droit romain, notamment chez Pothier ou encore chez les rédacteurs du Code civil, on a toujours maintenu les quatre sources classiques des obligations par déférence envers le droit romain sans doute. Or, on se rend compte avec les auteurs du XIXe siècle, que c'est désormais le Code civil qui joue le rôle de référence. Comme on n'osait pas remettre en cause la classification du droit romain, beaucoup d'auteurs n'oseront pas remettre en cause celle du Code civil. Ils se contenteront de l'analyser, de critiquer parfois

⁶⁷³ BAUDRY-LACANTINERIE (G.), *Précis de droit civil*, Paris, Larose et Forcel, 1883 ; *Dictionnaire historique des juristes français*, p. 54, notice N. HAKIM : (1837-1913) professeur de droit civil, loué pour sa clarté et sa sobriété, il reste très fidèle au Code civil.

⁶⁷⁴ BAUDRY-LACANTINERIE (G.), *Op. Cit.*, n° 751 p. 530.

le plan du Code, mais il faudra attendre un certains temps avant de voir une réelle remise en question profonde de la classification des sources des obligations. Voilà une nouvelle explication à la survie de la classification de Justinien et des sources si souvent critiquées du quasi-délit et du quasi-contrat. Nous avons observé dans la première partie comment celles-ci ont évolué sous l'ancien droit et comment elles se sont maintenues par respect des auteurs, et également des rédacteurs du Code civil, envers la tradition romaine. C'est ensuite le respect du Code civil, nouvelle référence intégrant ces sources, qui va leurs permettre de traverser les siècles comme nous le verrons par la suite.

La tendance dans les années suivant la publication du Code civil est donc au respect de l'ordre du plan dans les ouvrages lui étant consacré. La classification des sources des obligations dans le Code civil découlant directement du plan du livre 3, elle n'est, elle non plus, pas remise en question par la doctrine. Beaucoup d'auteurs se contentent donc de présenter les différents articles du Code selon l'ordre et le plan, mais certains essayent de justifier et d'expliquer le plan concernant le droit des obligations et donc la classification des sources.

Chapitre 1 : La justification du plan du Code.

Plusieurs auteurs vont, dans leurs ouvrages, justifier la classification des sources des obligations dictée par le plan du Code. Pour ce faire, ils fondent leur argumentation sur différents points. Pour certains, c'est la prépondérance du contrat sur les autres sources d'obligations, que nous avons déjà évoquée à plusieurs reprises, qui est le meilleur argument pour justifier le plan du Code (Section 1). Pour d'autres, il faut voir dans la classification des obligations du Code civil une opposition entre deux sources d'obligations : la convention et l'engagement (Section 2). Enfin, quelques auteurs tirent argument de l'intitulé même du titre 3 du livre 3 pour essayer d'appuyer leur classification, et nous verrons que la rédaction de cet intitulé a soulevé un débat assez intéressant (Section3).

Section 1 : La prépondérance du contrat.

L'explication la plus courante pour justifier le plan du Code civil en matière d'obligations, outre la référence à Pothier, est la prépondérance du contrat sur les autres sources d'obligations. Le contrat étant la cause principale d'obligation, il était logique de lui consacrer un titre entier et de nombreux développements, puis de traiter les autres sources dans un autre titre. Là encore, les auteurs restent fidèles aux rédacteurs du Code civil qui, comme nous l'avons vu précédemment, plaçaient le contrat sur un piédestal. Toullier⁶⁷⁵ avance une explication plus originale pour justifier la classification des sources des obligations dans le Code civil entre les contrats du titre 3 et les engagements qui se forment sans convention du titre 4. Il ne se contente pas de dire comme les autres auteurs que c'est parce que les contrats sont la cause la plus fréquente des obligations qu'un titre entier leur est consacré, il ajoute une autre raison pour expliquer ce plan : « La raison est que les conventions sont la source la plus abondante des obligations ; qu'elles sont assujetties à un nombre de règles et de disposition beaucoup plus grand que les autres obligations ; mais c'est surtout qu'elles ont un caractère particulier et un effet bien remarquable, qui les distinguent des autres, et qui les place dans une classe séparée ; elles peuvent transmettre la propriété des biens »⁶⁷⁶. Cette explication est intéressante, nous avons également évoqué cette idée précédemment en tentant de comprendre la construction particulière du plan du Code civil⁶⁷⁷. Il semble en effet curieux de ranger les obligations autres que le contrat parmi les manières d'acquérir la propriété car, comme l'écrit Toullier : « Les engagements qui se forment sans convention ne produisent qu'une action personnelle contre celui qui se trouve obligé : il était donc naturel de parler des obligations conventionnelles à la suite des autres manières dont on

⁶⁷⁵ TOULLIER (C.B.M.), DUVERGIER (J.B.), *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, Paris, Cotillon, 1845, 6^e éd. ; *Dictionnaire historique des juristes français*, p. 304, notice J.L. HALPERIN : (1752-1835) avocat et professeur, homme d'ancien régime, il livre une analyse originale du Code civil, s'attachant à concilier la morale, la religion et la loi civile.

⁶⁷⁶ TOULLIER (C.B.M.), DUVERGIER (J.B.), *Op. cit.*, Tome 11, n° 7 p. 3.

⁶⁷⁷ Voir Ière partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §1.

acquiert la propriété »⁶⁷⁸. Toullier est le seul à évoquer cette idée qui montre l'incohérence du plan du Code civil qui range parmi les manières d'acquérir la propriété, des obligations qui ne le permettent pas. Seulement, comme nous l'avons supposé dans la première partie, les rédacteurs du Code ont privilégié le contrat (source principale d'obligation), qui est une manière d'acquérir la propriété, pour construire le plan. Mais ils ne pouvaient pas ensuite séparer les autres sources d'obligations et les placer dans un autre titre. Ils les ont donc traitées à la suite des contrats, même si cela rendait le plan incohérent. On en revient ainsi à l'idée originelle, c'est parce que le contrat était la source principale d'obligation que ce plan a été choisi, et que les autres sources d'obligations ont été rangées dans ce livre 3 (on peut voir là une application de la règle selon laquelle l'accessoire suit le principal).

⁶⁷⁸ TOULLIER (C.B.M.), DUVERGIER (J.B.), *Op. cit.*, Tome 11, n° 7 p. 4.

Section 2 : L'opposition obligation/engagement.

Laurent⁶⁷⁹ suit lui aussi la classification des sources des obligations du Code civil, mais il lui donne une tout autre explication. Selon lui, les rédacteurs ne se sont pas contentés d'opposer les contrats et obligations conventionnelles aux engagements qui se forment sans convention sur la seule idée de la prépondérance des contrats sur les autres sources. Il y a, pour lui, une différence essentielle entre les obligations conventionnelles et les engagements, car à ses yeux, les termes « obligation » et « engagement » n'ont pas rigoureusement la même signification. Il existe, d'une part, les obligations conventionnelles pour lesquelles il y a un consentement des parties et, d'autre part, des engagements qui « résultent non d'un concours de consentement des parties intéressées, mais d'un fait »⁶⁸⁰. La logique de la classification est toujours la même, simplement, Laurent attache un sens particulier au terme « engagement », différent de celui d'obligation, et qui permet de regrouper les obligations du titre 4 du Code civil. Il précise cette idée dans le tome 3 de son *Cours* : « le mot “engagements” est synonyme d’“obligations” ; le code s'en sert spécialement pour désigner les obligations qui ne naissent pas d'un concours de consentement, tandis que l'obligation naît d'un contrat (titre III). L'expression d'engagements comprend même les rapports qui naissent des servitudes légales ; et en cette matière, il ne peut être question de droit de créance ; elle a donc un sens plus étendu que celle d'obligations »⁶⁸¹. Le sens des mots employés par les rédacteurs doit donc être pris en compte dans la classification des sources des obligations, puisque le terme *obligation* ne s'appliquerait qu'aux contrats, et celui d'engagement, aux autres sources dans lesquelles il n'y a pas d'accord de volontés. Cette idée est intéressante car elle permet aussi d'expliquer la confusion fréquente entre le contrat et l'obligation chez les rédacteurs du Code, et également le fait que le régime général des obligations a été traité dans le titre relatif aux contrats. Cependant, ce dernier point est contestable, car même si on considère les engagements comme des sources à part, le régime général des obligations ne leurs reste pas

⁶⁷⁹ LAURENT (F.), *Op. Cit.*

⁶⁸⁰ LAURENT (F.), *Op. Cit.*, Tome 2, n° 460 p. 338.

⁶⁸¹ LAURENT (F.), *Op. Cit.*, Tome 3, n° 323 p. 192.

moins applicable. L'explication de Laurent n'est donc pas très pertinente, même si elle légitime la confusion existante entre le contrat et l'obligation ; surtout, il est difficile d'affirmer comme il le fait, que les rédacteurs du Code ont voulu réserver le terme *obligation* aux seuls contrats et parler d'engagements pour les autres sources. On retrouve également cette idée chez Larombière⁶⁸², qui l'exprime dans les termes suivants : « Dans le langage ordinaire, les mots, obligation, engagement, sont synonymes. Ils expriment également le lien de droit par lequel une personne est tenue de donner, de faire ou de ne pas faire quelque chose. Mais, dans la pureté rigoureuse de la langue juridique, bien qu'ils y soient pris indifféremment l'un pour l'autre et dans le même sens, il semble cependant que le mot, obligation, est plus spécialement affecté à exprimer le lien de droit qui résulte d'une convention, tandis que le mot, engagement, est particulièrement destiné à désigner le lien de droit par lequel une personne est astreinte sans qu'aucune convention soit intervenue »⁶⁸³. Larombière rejoint donc Laurent sur ce point, mais nous allons voir à présent que ce n'est pas le cas de tous les auteurs, dont certains s'attardent même à combattre cette idée.

Par exemple, Huc évoque simplement cette notion d'engagement lorsqu'il présente le titre 4 du Code civil : « Il va être question dans ce titre des obligations dérivant d'une source autre que la convention. Le législateur donne à ces obligations un nom particulier ; il les appelle des *engagements*. Mais souvent, il revient à la dénomination ordinaire⁶⁸⁴, car au fond c'est la même chose ». Il n'insiste pas davantage car, selon lui, engagement et obligation désignent la même chose. D'autres auteurs poussent leur analyse plus loin. Pour Marcadé⁶⁸⁵, le fait de parler dans le titre 3 d'obligation et dans le titre 4 d'engagement n'est qu'une astuce des rédacteurs du Code civil pour masquer la maladresse de leur plan qui divise injustement les sources des obligations en deux titres. Il n'y a pas selon lui de différence de sens entre les

⁶⁸² LAROMBIERE (L.), *Théorie et pratique des obligations*, Paris, Pedonne-Lauriel, 1885 ; *Dictionnaire historique des juristes français*, p. 468, notice J.L. HALPERIN : (1813-1893) avocat, rattaché à l'école de l'exégèse, il se démarque par son attachement au volontarisme comme fondement des obligations.

⁶⁸³ LAROMBIERE (L.), *Op. Cit.*, Tome 7, n°1 p. 389.

⁶⁸⁴ HUC (T.), *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, Paris, Pichon, 1894, Tome 8, n° 373 p. 491 ; *Dictionnaire historique des juristes français*, p. 413, notice J. POUMAREDE : (1829-1906) avocat et professeur, tenant de l'école exégétique, son ouvrage suit l'ordre du Code civil.

⁶⁸⁵ MARCADE (V.), *Explication théorique et pratique du code Napoléon*, Paris, Delamotte, 1869, 6^e éd.

deux termes : « On appelle *obligation* ou *engagement* (car ces deux mots sont synonymes) une nécessité juridique, un lien civil, qui astreint telle personne, spécialement, à une prestation quelconque au profit d'une autre personne »⁶⁸⁶. Il ajoute que cette synonymie était perçue par les rédacteurs du Code civil et que, s'ils ont utilisé les deux termes plutôt qu'un seul, c'était pour dissimuler l'incohérence de la division entre les deux titres⁶⁸⁷. Pour Marcadé, s'il est vrai que les rédacteurs ont, dans les intitulés des titres, établi une différence entre *obligation* et *engagement*, il ne s'agit que d'une astuce qui n'a pas de conséquences sur le régime des obligations, ce qui confirme selon lui la comparaison du volume des deux titres consacrés aux sources des obligations : « C'est parce que la plupart des règles générales, tracées par notre titre pour les obligations conventionnelles, s'appliquent aussi et nécessairement aux obligations non conventionnelles, que les rédacteurs ont eu si peu de chose à dire quand ils sont arrivés à leur second titre des obligations, lequel, en effet, se compose de dix-sept articles, tandis que le nôtre en contient près de trois cents ! Par la force même des choses, la presque totalité de la matière du second titre se trouvait expliquée d'avance dans le premier »⁶⁸⁸. Il illustre ainsi parfaitement le côté artificiel de cette distinction entre obligation et engagement, et aussi l'incohérence du titre 3 qui traite du régime général des obligations avant même d'avoir évoqué toutes les sources d'obligations.

⁶⁸⁶ MARCADE (V.), *Op. Cit.*, Tome 4, n°377 p. 340.

⁶⁸⁷ MARCADE (V.), *Op. Cit.*, Tome 4, n°377 p. 341: « Les rédacteurs du Code, au contraire, ont commencé par diviser la matière des obligations (considérée en général) en deux titres, l'un pour les *obligations conventionnelles*, l'autre pour les *obligations qui se forment sans convention* ; et, comme pour dissimuler l'unité toute naturelle de la matière qu'ils soumettaient à cette division illogique, ils ont affecté de réserver le nom d'*obligations* à celles qui résultent des conventions, en donnant aux autres le nom d'*engagements*, quoiqu'ils reconnussent bien au fond que *engagement* et *obligation*, *être obligé* et *être engagé*, sont complètement synonymes »

⁶⁸⁸ *Ibidem*.

Section 3 : L'analyse de l'intitulé du titre 3.

Certains auteurs s'attachent à expliquer et justifier l'intitulé du titre 3 du livre 3 : « Des contrats ou des obligations conventionnelles en général », même s'ils ne sont pas tous d'accords. Certains adoptent un point de vue critique, notamment Marcadé qui reproche aux rédacteurs du Code civil d'avoir une nouvelle fois confondu les termes *contrat* et *obligation* : « Ce principe, que les rédacteurs admettaient, bien entendu, mais qu'ils ont trop souvent oublié, c'est qu'autre chose est le contrat, qui donne naissance à l'obligation, autre chose l'obligation conventionnelle, qui n'est que l'effet du contrat »⁶⁸⁹. Ils ont, assimilé l'effet à la cause. En effet, la conjonction « ou » est ici employé pour désigner deux termes équivalents : les contrats et les obligations conventionnelles, qui sont traités dans ce titre⁶⁹⁰, ce qui explique pourquoi on retrouve le régime général des obligations dans ce titre 3. Marcadé développe sa théorie en se fondant sur les travaux préparatoires du Code, que nous avons étudiés précédemment, dans lesquels la confusion entre le contrat et l'obligation est évidente. Il cite plusieurs extraits du discours de Bigot-Préameneu devant le Corps législatif⁶⁹¹, dans lequel ce dernier n'a de cesse de confondre les termes *contrat* et *obligation*, et d'employer l'un pour l'autre indifféremment. Cela pousse Marcadé à conclure de la manière suivante : « Ainsi donc, dans le langage, inouï jusque-là, des rédacteurs du Code, *contrat* et *obligation* sont des termes synonymes, qui expriment une seule et même idée ; et notre titre s'occupe *des contrats, C'EST-A-DIRE des obligations conventionnelles* »⁶⁹². Il en profite également pour critiquer le plan relatif aux obligations, ce que nous verrons ultérieurement.

Mais ce point de vue critique ne fait pas l'unanimité et certains auteurs interprètent différemment celui-ci.

⁶⁸⁹ MARCADE (V.), *Op. Cit.*, Tome 4, n° 378 p. 341.

⁶⁹⁰ MARCADE (V.), *Op. Cit.*, Tome 4, n° 378 p. 342 : « il est certain que le texte officiel porte la conjonction *ou* ; il n'est pas moins certain que cette conjonction a été mise à dessein, comme synonyme de *c'est à dire*, et pour identifier l'obligation avec la convention même, avec le contrat ».

⁶⁹¹ FENET (P.A.), *Op. Cit.*, Tome 13, p. 215 et s.

Pour Colmet de Santerre⁶⁹³, le plan du Code civil en matière d'obligation est cohérent car il consacre un titre entier à la principale source d'obligation : le contrat. Ce titre regroupe les règles relatives aux contrats mais aussi, de manière plus générale, les règles s'appliquant à toutes les obligations : « Les règles générales des contrats sont l'objet du présent titre. Une partie de ces règles, commune à toutes les obligations, n'a été insérée ici que parce que la convention est, comme on l'a dit, le principe le plus ordinaire de leur formation »⁶⁹⁴. La prépondérance du contrat sur les autres sources justifie, selon lui, que le régime général des obligations soit traité dans le titre 3. Cependant, il explique qu'il ne faut pas pour autant penser que les rédacteurs du Code civil faisaient la confusion entre les termes *contrat* et *obligation*, et développe pour cela une analyse différente de l'intitulé du titre 3 pour le démontrer : « Le mot *obligation* est loin d'être synonyme du mot *contrat*. L'obligation est le lien du droit, le contrat est un des faits qui engendrent des obligations ; l'une est l'effet, l'autre est la cause. Si on a pu accuser les rédacteurs du Code d'avoir employé ces deux expressions comme identiques dans la rubrique du titre que nous étudions, c'est faute d'avoir réfléchi sur la construction grammaticale de cette rubrique et sur la loi générale qui préside à la rédaction des courtes phrases qui servent à désigner l'objet d'une œuvre quelconque de l'intelligence »⁶⁹⁵. Pour lui, les auteurs qui comme Marcadé ont critiqué cette intitulé se sont mépris sur les intentions des rédacteurs, et ont mal compris le sens grammatical de celui-ci. Sur cette question, Demolombe s'oppose également à Marcadé et estime la critique du plan du Code infondée : « Ce n'est pas que le plan adopté par le législateur en 1804, nous paraisse mériter tous les reproches qui lui ont été faits ; et quand Marcadé l'accuse d'avoir, dans la rubrique du titre III, *confondu le contrat avec l'obligation qui en découle* (tome IV, n° 378), nous croyons que le savant interprète n'a pas saisi le vrai sens de ces mots : *Des contrats ou*

⁶⁹² MARCADE (V.), *Op. Cit.*, Tome 4, n° 378 p. 342.

⁶⁹³ DEMANTE (A.M.), *Cours analytique de Code Napoléon (continué depuis l'article 980 par E. Colmet de Santerre)*, Paris, Plon, 1865 ; *Dictionnaire historique des juristes français*, p. 197, notice J.L. HALPERIN : (1821-1930), il continue l'œuvre de Demante après sa mort, son ouvrage est un commentaire classique article par article du Code.

⁶⁹⁴ DEMANTE (A.M.), *Op. Cit.*, Tome 5, n° 2 p. 3.

⁶⁹⁵ DEMANTE (A.M.), *Op. Cit.*, Tome 5, n° 2 bis p. 3-4.

des obligations conventionnelles »⁶⁹⁶. Alors que Marcadé interprétait la conjonction « ou » comme signifiant « c'est-à-dire », et considérait donc les termes *contrat* et *obligation* conventionnelle comme synonymes ; Colmet de Santerre et Demolombe considèrent ce terme comme une conjonction servant à préciser qu'il sera traité dans ce titre de deux choses : les contrats, mais aussi les obligations conventionnelles. Les termes de l'intitulé ne sont donc pas synonymes mais supplétifs et indiquent deux objets. Cela découle de la présence de l'article « des » devant *obligations conventionnelles* : « Le titre n'est pas intitulé *des contrats ou obligations conventionnelles*, ce qui pourrait faire croire que ses rédacteurs ont présenté la seconde expression comme une traduction de la première : il traite *des contrats ou DES obligations conventionnelles* ; c'est à dire que son objet est désigné par deux intitulés qui, sans être la traduction l'un de l'autre, expriment chacun, d'une manière différente, quelles sont les matières qu'il régit »⁶⁹⁷. Il continue en citant l'exemple du titre de l'œuvre de Beaumarchais *Le mariage de Figaro ou la Folle journée* où, là aussi, les termes ne sont pas synonymes : l'un précise et complète l'autre, comme pour le titre 3 du Code civil. L'analyse de Colmet de Santerre est ici critiquable : on peut soutenir au contraire que les mots « folle journée » désignent effectivement le mariage de Figaro, alors que Colmet de Santerre tente d'expliquer que le terme *contrat* ne désigne pas la même chose que les mots *obligations conventionnelles* ! Si dans l'œuvre de Beaumarchais on ne peut remplacer « ou » par « et », ce qui changerait le sens, selon l'argument de Colmet de Santerre, cela est-il possible pour le titre 3 du livre 3 du Code ? C'est là, le principal reproche que l'on peut faire à Colmet de Santerre: si, comme il l'affirme, les rédacteurs du Code civil avaient voulu préciser dans cet intitulé que ce titre traiterait de deux choses, pourquoi ne l'ont-ils pas appelé : Des contrats et des obligations conventionnelles ? Cette rédaction aurait levé toute ambiguïté et aurait clairement exprimé l'idée de Colmet de Santerre, c'est-à-dire que ce titre traite non seulement des contrats mais aussi de ses effets, les obligations conventionnelles.

Il faut signaler que si Demolombe tient un raisonnement à peu près similaire à celui de Colmet de Santerre, il conclut différemment. Il donne lui aussi une grande importance à

⁶⁹⁶ DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon T.XXIV- Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général T. I*, Paris, Lahure, 1878, n° 2 p. 2.

⁶⁹⁷ DEMANTE (A.M.), *Op. Cit.*, Tome 5, n° 2 bis p. 3-4

l'article « des » qui, placé devant « obligations conventionnelles » change le sens de ce titre. Mais pour lui, il ne s'agit pas non plus de dire qu'il sera traité dans le titre 3 des contrats ET des obligations conventionnelles : « La rubrique dit : *Des contrats ou DES obligations conventionnelles* ; ce qui fait deux intitulés, dont le second est distinct du premier, et qui ont pour but d'exprimer, ensemble, qu'il sera traité dans le titre III : *Des obligations qui dérivent des contrats* »⁶⁹⁸. Pour Demolombe, c'est la combinaison des deux termes qui permet de bien saisir le contenu de ce titre. Cependant, on pourrait opposer à Demolombe que si les deux termes ont pour but d'exprimer qu'il sera traité « *Des obligations qui dérivent des contrats* », l'expression « obligation conventionnelle » reflète parfaitement cette idée à elle seule : d'où vient alors la nécessité d'intituler ce titre « Des contrats », si ce n'est pour marquer une nouvelle fois l'hégémonie de cette source ?

Il semblerait donc effectivement que cet intitulé reflète une fois de plus la confusion des rédacteurs entre le contrat et l'obligation, ou tout au moins, même si les rédacteurs avaient conscience de la différence entre le contrat, qui est la cause, et l'obligation qui est la conséquence, le fait qu'ils n'ont pas réussi à le traduire dans leur plan. L'intitulé du titre 3 traduit donc, d'une part, la maladresse des rédacteurs du Code qui n'ont pas su sur ce point s'exprimer clairement, et ont ainsi ajouté à l'incohérence du plan de la partie relative aux obligations ; d'autre part, il montre une nouvelle fois la prépondérance du contrat sur les autres sources d'obligation, qui fait sans doute que les auteurs ont jugé nécessaire d'intituler ce titre « Des contrats » quand bien même il traitait de manière plus générale également du régime des obligations. C'est là qu'intervient l'utilité de la deuxième partie du titre : elle vient préciser que non seulement ce titre traite du contrat, mais aussi de ses conséquences au travers des obligations engendrées par les contrats.

Après avoir observé les différentes justifications et explications de ces auteurs sur le plan et la classification du Code civil, nous allons nous intéresser particulièrement aux différentes variations des classifications proposées par les auteurs du XIXe siècle qui s'inscrivent dans la lignée du plan du Code civil.

⁶⁹⁸ DEMOLOMBE (C.), *Op. Cit.*, Tome 1, n° 2 p. 2.

Chapitre 2 : Variations autour de la classification du code civil.

Parmi les auteurs qui se rangent derrière la classification des sources des obligations du Code civil, il est possible de distinguer certaines nuances. Certains se contenteront de reprendre les cinq sources d'obligations énumérées dans le Code et s'inscriront ainsi dans la continuité de Justinien (Section 1). D'autres, quant à eux, préféreront retenir le plan du Code civil qui insiste sur la bipartition contrat/autres sources, et feront ainsi progresser la classification dans un sens nouveau (Section 2). Nous verrons également que certains auteurs ont retenu du Code civil une classification tripartite, contrat/fait/loi, qui annonce les prémices de l'évolution de la classification (Section 3).

Comme nous l'avons déjà signalé, une des raisons qui explique pourquoi de nombreux auteurs ont conservé la classification des sources du Code civil dans leurs ouvrages est que celle-ci reprenait l'ordre du Code et que les auteurs, dont les ouvrages avaient un objectif didactique, ne souhaitaient pas rompre avec cette étude progressive du Code. Cette idée est énoncée de manière explicite encore à la fin du XIX^e siècle par Baudry-Lacantinerie qui explique pourquoi il préfère suivre l'ordre du Code civil⁶⁹⁹ : « Ici, comme ailleurs, nous respecterons cependant son œuvre, même dans ses imperfections, persuadé qu'il y aurait plus de préjudice que de profit pour nos jeunes lecteurs à modifier les grandes lignes du saint édifice au milieu duquel nous essayons de guider leurs premiers pas »⁷⁰⁰. Cependant, parmi ces auteurs, on peut distinguer différents courants : ceux qui suivent l'ordre du Code mais pour mieux le critiquer, que nous étudierons particulièrement dans la suite de ce chapitre ; ceux qui évoquent la classification qui résulte du plan du Code, mais qui ensuite se contentent de présenter individuellement les cinq sources d'obligations résultant de la classification ; et ceux qui détaillent particulièrement cette classification et lui apportent des nuances.

⁶⁹⁹ Sur cette question du respect à l'ordre du Code civil et son intérêt pour les étudiants : HAKIM (N.), *L'autorité de la doctrine civiliste au XIX^e siècle*, Paris, LGDJ, 2002, p. 169 et s. : sur l'opposition entre la méthode dite exégétique et la méthode dite dogmatique ou « la célèbre querelle du commentaire et du traité ».

⁷⁰⁰ BAUDRY-LACANTINERIE (G.), *Op. Cit.*, Tome 3, n° 751 p. 530.

Section 1 : L'énumération des cinq sources des obligations.

Certains auteurs ne s'attardent donc pas spécialement sur l'opposition contrat/loi proposée par le plan du Code civil et se contentent d'exposer les différentes sources d'obligations. C'est le cas de Vigie : « Les obligations, dans notre droit, dérivent de cinq sources différentes : 1° de la loi ; 2° du contrat ; 3° du quasi-contrat ; 4° du délit ; 5° du quasi-délit »⁷⁰¹, ou de Huc : « Le contrat est la source la plus ordinaire des obligations ; mais ce n'est pas la seule. L'obligation peut encore dériver de la loi, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit »⁷⁰². Ils reprennent les cinq sources du Code et les définissent successivement en s'appuyant sur les articles correspondants dans le Code civil mais sans tenter de regroupement. La démarche de Demolombe est un peu différente, car il évoque plusieurs classifications des sources dans ses traités, mais signalons tout de même que dans son *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*⁷⁰³, il énonce que les obligations peuvent dériver de cinq sources : contrat, quasi-contrat, délit, quasi-délit et loi. Ces auteurs s'inscrivent donc dans la continuité de la classification de Justinien dont les *Institutes* énoncent simplement les quatre sources d'obligations, mais également de Pothier qui, dans son *Traité des obligations*, énumère les cinq causes d'obligation qu'il considère : « Les causes des obligations sont les contrats, les quasi-contrats, les délits, les quasi-délits ; quelquefois la loi ou l'équité seule »⁷⁰⁴. Ces auteurs s'arrêtent finalement plus sur la filiation directe entre les écrits de Pothier et le Code civil, que sur la classification que d'autres tirent de l'organisation en deux titres des sources des obligations dans le plan du Code. Ils se contentent des sources d'obligation présentes et définies dans le Code, sans chercher à les regrouper. Cette tendance n'est cependant pas majoritaire, et les auteurs du XIXe siècle ont plutôt tendance à

⁷⁰¹ VIGIE (A.), *Cours élémentaire de droit civil français T. 2*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1893-1895, n° 1099 p. 502.

⁷⁰² HUC (T.), *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, Paris, Pichon, 1894, p. 6.

⁷⁰³ DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon T.XXIV- Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général T. I*, Paris, Lahure, 1878, p. 9.

⁷⁰⁴ BUGNET, *op. cit.*, p. 3.

abandonner cette énumération des sources pour se tourner vers une classification bipartite dictée dans un premier temps par le plan du Code civil.

Section 2 : La généralisation de la classification bipartite.

Dans un premier temps, l'évolution vers la classification bipartite résulte simplement du fait que de nombreux auteurs reprennent dans leurs ouvrages l'opposition entre les deux titres du Code civil consacrés aux sources des obligations. Ils divisent l'étude des sources des obligations en deux temps, tout d'abord, celle des obligations qui naissent du contrat, puis celles des obligations qui naissent sans convention. En conséquence, ils généralisent progressivement la classification bipartite, et nous verrons par la suite que cette classification bipartite va être le point de départ de nouvelles oppositions entre les sources qui vont petit à petit s'éloigner du plan du Code et être théorisées. On peut d'ailleurs être plus précis : si certains auteurs se contentent d'exposer en deux temps les obligations qui dérivent du contrat, puis les autres (quasi-contrat, quasi-délit, délit, loi) sans faire d'autres distinctions, d'autres, en revanche, établissent une seconde division au sein des engagements qui se forment sans convention. Ils tirent en effet comme conséquence de l'article 1370 alinéa 2 du Code civil que ces engagements sont de deux espèces : ceux qui naissent de l'autorité seule de la loi et ceux qui naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé. Ils suivent ainsi à la lettre l'organisation du Code civil et les distinctions proposées par celui-ci entre, d'une part, les contrats et les engagements sans convention et, d'autre part, les engagements qui se forment de l'autorité seule de la loi et ceux qui résultent d'un fait personnel. C'est le cas de Colmet de Santerre⁷⁰⁵ ou encore Thiry⁷⁰⁶. Ces auteurs ne cherchent pas, dans la plupart des cas, à justifier cette seconde distinction imposée par l'article 1370 du Code civil et se contentent d'y classer les différentes sources d'obligation et de les définir. En revanche, Arntz, dans son

⁷⁰⁵ DEMANTE (A.M.), *Op. Cit.*, Tome 5, p. 659 : « Les conventions sont comme nous l'avons dit, la principale, mais non l'unique source des obligations ou engagements. Il en est qui résultent immédiatement de la loi, ... Il est aussi des engagements qui naissent également sans convention, mais d'un fait personnel, la loi dit à *celui qui se trouve obligé*... Si le fait est licite, c'est un quasi-contrat ; s'il est illicite, c'est un délit ou un quasi-délit ».

⁷⁰⁶ THIRY (V.), *Cours de droit civil professé à l'université de Liège*, Paris, Larose et Forcel, 1893, n°560 p. 547.

*Cours de droit civil français*⁷⁰⁷ propose une classification originale inspirée toujours du plan du Code civil.

⁷⁰⁷ ARNTZ (E.R.N.), *Cours de droit civil français*, Paris, Marescq, 1879, 2^e éd.

Section 3 : Une variante de la classification du Code civil.

A la différence des auteurs que nous venons d'étudier, Arntz⁷⁰⁸, universitaire belge d'origine allemande qui consacra une grande partie de son travail au droit comparé, propose une classification tripartite qui place sur le même plan trois sources d'obligations : le contrat, le fait de l'homme et la loi⁷⁰⁹. Il passe outre l'opposition contrats/engagements qui se forment sans conventions, et ne retient que la définition positive des sources de l'article 1370, c'est-à-dire les obligations qui naissent de la loi et celles qui naissent d'un fait de l'homme. Il ajoute ces deux sources au contrat, qui reste la cause principale des obligations. L'intérêt de cette classification est de dépasser le clivage finalement très artificiel imposé par le plan du Code civil entre les obligations conventionnelles et les autres. Arntz, tout en respectant la classification du Code civil, se passe de ce regroupement négatif des sources qui ne sont pas contractuelles, et préfère avoir une vision globale des trois causes principales d'obligations dégagées par le Code : le contrat, le fait de l'homme et la loi. Mais ce respect a ses limites : malgré l'article 1370 et sa répartition entre les obligations qui naissent de l'autorité seule de la loi et celles qui naissent d'un fait personnel, il range les quasi-contrats parmi les obligations légales (nous étudierons ces critiques qui touchent à la rédaction de l'article 1370 dans le chapitre suivant). Cette classification de Arntz est assez originale puisque si, comme nous le verrons par la suite, de nombreux auteurs ont trouvé un autre fondement à la classification du Code civil (en préférant parler d'opposition contrat/loi), il est le seul au XIXe siècle à proposer directement cette classification tripartite qui cherche à présenter les trois sources d'obligations évoquées par le Code civil.

Après avoir étudié les auteurs qui suivent la classification dictée par le plan du Code civil et les justifications qu'ils donnent, nous allons à présent voir que cela n'a pas empêché

⁷⁰⁸ CORNIL (G.), « Arntz » *Biographie nationale*, Académie royale des sciences, des lettres et des beaux-arts de Belgique, Tome trentième, , supplément tome II (fascicule 1^{er}), Bruxelles, Bruylant, 1958.

⁷⁰⁹ ARNTZ (E.R.N.), *Op. Cit.*, Tome 3, p. 1 et 2.

ceux-ci d'avoir un regard critique sur la construction de sa partie relative aux obligations et sur la rédaction de l'article 1370 en particulier.

Chapitre 3 : Une fidélité nuancée par des critiques.

De nombreux auteurs du XIXe siècle ont donc repris dans leurs ouvrages le plan du Code civil en matière d'obligation, qui oppose en deux titres les obligations conventionnelles et les engagements qui se forment sans convention. Cette fidélité au plan du Code civil s'explique tantôt par un souci pratique qui vise à rendre plus facile l'enseignement de la matière, en suivant l'ordre du Code, tantôt par une réelle adhésion des auteurs à la classification induite par ce plan, mais aussi par l'ancien droit, qui opposait le contrat, source principale des obligations, aux autres sources. Cependant, le fait de suivre l'ordre du Code et d'adopter la même classification des sources des obligations n'empêche pas ces auteurs d'avoir un regard critique sur celui-ci. Les principales critiques ainsi formulées portent essentiellement sur deux points : la construction du titre 3, qui traite des contrats mais aussi du régime général des obligations, d'une part (Section 1), et la rédaction de l'article 1370 qui, selon ces auteurs, présente certaines maladresses, d'autre part (Section 2).

Section 1 : La critique du plan du Code civil relatif aux obligations.

Il s'agit d'un point récurrent dans la doctrine du XIXe siècle. La quasi-totalité des auteurs s'accorde en effet pour critiquer l'organisation des deux titres consacrés au droit des obligations par le Code civil. Nous verrons dans un premier temps l'analyse de Marcadé⁷¹⁰ qui est très virulent à l'encontre des rédacteurs du Code et qui développe longuement sa critique du plan du Code civil (§1). Puis nous évoquerons quelques-uns des arguments développés par Demolombe⁷¹¹ qui, tout en étant moins vigoureux que Marcadé, n'en reste pas moins critique vis-à-vis de ce plan (§2).

§1 : La critique de Marcadé⁷¹² : l'absence de méthode des rédacteurs du Code civil.

Le principal reproche qui est fait aux rédacteurs du Code civil par les exégètes en matière d'obligations concerne donc l'organisation du plan : « Rien n'est plus vicieux que la méthode suivie par les rédacteurs du Code dans la matière à laquelle nous arrivons. Ou,⁷¹³ plutôt, on va voir qu'il y a absence de toute méthode ». Cette absence de méthode dans le livre 3 du Code civil vise le fait que les rédacteurs ont traité du régime général des obligations dans le titre 3 consacré aux obligations conventionnelles, alors que ces règles s'appliquent pour la plupart également aux engagements qui se forment sans convention (titre 4). Marcadé explique ainsi que c'est parce qu'une grande partie des règles traitées dans le titre 3 (effets,

⁷¹⁰ MARCADE (V.), *Op. Cit.*

⁷¹¹ DEMOLOMBE (C.), *Op. Cit.*

⁷¹² *Dictionnaire historique des juristes français*, p. 537, notice N. HAKIM : (1810-1854) avocat, rattaché à l'« école des praticiens » car il associe la théorie aux besoins de la pratique, il estime que la doctrine doit prendre position face à la loi et la jurisprudence, ce qui explique ces critiques envers le Code civil.

⁷¹³ MARCADE (V.), *Op. Cit.*, Tome 4, n° 376 p. 340.

preuves, extinctions des obligations) s'appliquent également aux obligations non conventionnelles qu'il existe une telle différence quantitative entre ces deux titres : « les rédacteurs ont eu si peu de choses à dire quand ils sont arrivés à leur second titre des obligations, lequel, en effet, se compose de *dix-sept* articles, tandis que le nôtre en contient près de *trois cents* ! Par la force même des choses, la presque totalité de la matière du second titre se trouvait expliquée d'avance dans le premier »⁷¹⁴. Il aurait donc fallu traiter de ces règles générales à toutes les obligations uniquement après avoir évoqué les sources des obligations, conventionnelles et non conventionnelles, et non dans le titre 3. C'est d'ailleurs ce que propose Marcadé : regrouper dans un seul titre toute la matière des obligations, puis distinguer à l'intérieur de celui-ci, dans un premier temps les sources des obligations, conventionnelles et non conventionnelles, puis ensuite seulement traiter la question du régime général des obligations (effets, extinction,...)⁷¹⁵. Mais Marcadé va plus loin : selon lui, cette maladresse des rédacteurs du Code ne s'arrête pas à un problème d'organisation, mais révèle une confusion sur le fond.

En regardant de plus près le titre 3 consacré aux obligations conventionnelles, on découvre en effet un chapitre intitulé : « *De l'effet des obligations* ». Outre qu'il n'est pas logique de traiter de l'effet des obligations dans un titre consacré uniquement aux contrats, Marcadé fait remarquer une nouvelle fois les conséquences de la confusion fréquente chez les rédacteurs du Code entre le contrat et la convention . En effet, dans ce chapitre consacré aux effets des obligations, il est parfois question des effets des contrats et non plus seulement des obligations. Donc, non seulement le plan est maladroit car il traite des effets des obligations dans le titre relatif aux contrats, mais en plus, il opère une confusion entre les effets des obligations et les effets des contrats : « Ce chapitre est intitulé *De l'effet des obligations* ; or, il commence par indiquer dans une première section les effets des *conventions* ; il mélange ensuite, dans la section II, les effets de certaines *conventions* avec ceux de certaines obligations, et après s'être occupé des obligations seulement dans les sections III et IV, il revient à l'interprétation des *conventions* dans la section V, et à l'effet *des conventions* envers les tiers dans la section VI. Ainsi, on place là, parmi les EFFETS *des obligations*, des règles

⁷¹⁴ MARCADE (V.), *Op. Cit.*, Tome 4, n° 377 p. 341.

⁷¹⁵ *Ibidem*.

relatives *aux conventions*, c'est-à-dire AUX CAUSES de ces obligations ! »⁷¹⁶. On voit donc une nouvelle fois que la différence entre contrat et obligation n'a pas été clairement formulée par les rédacteurs du Code, et cela vient confirmer la théorie de Marcadé sur la confusion déjà présente dans l'intitulé même de ce titre « *Des contrats ou des obligations conventionnelles en général* ».

Marcadé établit alors une comparaison intéressante avec le plan du *Traité* de Pothier, et signale que les rédacteurs du Code, qui avaient parfois tendance à copier « même trop servilement » le jurisconsulte, ne l'ont pas fait en l'espèce puisque Pothier présentait un plan parfaitement cohérent. En effet, après avoir évoqué les différentes sources des obligations, Pothier traitait de l'objet des obligations, de l'effet des obligations, des différentes espèces d'obligations, de l'extinction et de la preuve des obligations. La principale erreur des rédacteurs du Code civil est d'avoir voulu traiter dans un titre à part des engagements qui se forment sans convention. En conséquence, même si les intitulés des différents chapitres du titre 3 du livre 3 du Code civil sont les mêmes que ceux du traité de Pothier, le contenu est quant à lui différent. En s'en tenant à la lettre de l'intitulé du titre 3, il ne s'agirait que des effets des obligations conventionnelles et non de toutes les obligations, comme dans le traité de Pothier. Or, comme l'écrit justement Marcadé, les chapitres en question embrassent aussi les obligations non conventionnelles, contrairement à ce que laisse penser ce plan maladroit : « Ainsi par exemple, est-ce qu'il n'y a d'obligations solidaires que celles qui résultent d'une convention ? Est-ce que la payement n'éteint que les obligations conventionnelles ? Où sont les règles sur l'extinction et la preuve des obligations non conventionnelles, si elles ne sont pas dans notre titre ?...Il est donc certain que, malgré sa rubrique, notre titre pose des principes généraux, qui embrassent les obligations non conventionnelles comme celles qui résultent d'un contrat »⁷¹⁷.

On ne retrouve donc pas, et c'est à regretter, la logique du plan de Pothier dans le Code civil. Les rédacteurs du Code, en séparant les sources d'obligations en deux titres, ont totalement perdu la cohérence qu'avait Pothier dans son *Traité*. C'est ce que Marcadé

⁷¹⁶ MARCADE (V.), *Op. Cit.*, Tome 4, n° 379 p. 342.

⁷¹⁷ MARCADE (V.), *Op. Cit.*, Tome 4, n° 379 p. 343.

reproche aussi aux auteurs auxquels a échappé cette différence entre le plan de Pothier et celui du Code civil, notamment Duranton⁷¹⁸. Celui-ci, en effet, fait l'apologie du plan du Code en affirmant même qu'il est repris de Pothier : « Cet ordre si méthodique et en même temps si rationnel, adopté par les rédacteurs de notre Code, est dû au savant et judicieux Pothier, qui, dans son *Traité des obligations*, avait tracé à nos législateurs un plan qu'ils se sont empressés d'adopter »⁷¹⁹. Marcadé termine l'analyse de ce titre 3 en résumant son contenu et en tentant d'indiquer « l'objet véritable » de celui-ci : « Le titre propose des principes généraux sur les contrats d'abord, puis sur les obligations découlant soit des contrats, soit de toute autre source. Il est divisé en six chapitres qui traitent : le premier, de la nature et de la classification des contrats ; le deuxième, des conditions nécessaires pour la formation et la validité des contrats ; le troisième, de l'effet des contrats et de l'effet des obligations (contractuelles ou non) ; le quatrième, des diverses espèces d'obligations ; le cinquième, de l'extinction des obligations ; le sixième, de la preuve des obligations et de celle de leur paiement. Le titre suivant traite des sources d'obligations autre que le contrat »⁷²⁰. Ce passage illustre bien l'incohérence de ce titre et la difficulté éprouvée à bien saisir les matières qu'il regroupe. Ce qui ressort de cette analyse, c'est la confusion qui régnait entre le contrat et l'obligation dans l'esprit des rédacteurs du Code, qui les a conduit à adopter ce plan illogique et assez éloigné de celui de Pothier.

Nous allons à présent nous intéresser à une autre critique du plan du Code civil en matière d'obligation, celle de Demolombe qui, tout en étant moins vindicatif que Marcadé, ne se prive pas d'égratigner l'œuvre du législateur de 1804.

⁷¹⁸ DURANTON (A.), *Cours de droit français suivant le Code civil*, Paris, Thorel, 1844, 4^e éd.

⁷¹⁹ DURANTON (A.), *Op. cit.*, Tome X, n° 8 p. 5.

§2 : Une critique plus feutrée : Charles Demolombe⁷²¹.

A la différence de Marcadé, Demolombe ne considère pas l'intitulé du titre 3 comme erroné⁷²², et ne pense donc pas que les rédacteurs aient confondu le contrat avec l'obligation conventionnelle. Pour lui, l'incohérence du plan ne résulte pas d'une confusion entre le contrat et l'obligation mais simplement d'une maladresse : les rédacteurs du Code se sont laissés entraîner par le plan qui traitait dans un premier temps du contrat seulement et, comme ils souhaitaient évoquer toutes les règles relatives à celui-ci dans ce titre, ils ont aussi placé dans celui-ci les règles communes à toutes les obligations, sans même prendre le soin de les rappeler dans le titre suivant. Ainsi, par souci d'exhaustivité en ce qui concerne le contrat, source principale des obligations dans leur esprit, ils ont rendu le plan totalement incohérent et déséquilibré, et sur ce point Demolombe rejoint Marcadé : « Que la rigueur logique puisse trouver là quelque chose à reprendre, il serait difficile de le contester ; et le seul rapprochement des titres III et IV, l'un si long, l'autre si bref, suffit à constater une telle disproportion, qu'elle trahit visiblement un défaut d'ordonnance dans la conception scientifique de l'œuvre législative »⁷²³. Demolombe reconnaît donc également l'incohérence de ce plan, même s'il se montre moins sévère avec les rédacteurs du Code que Marcadé. Quoiqu'il en soit, et malgré des différences, la grande majorité des auteurs critiquent la construction de ce titre 3 du livre 3 du Code civil et voient là sans doute une des plus grandes erreurs commise par les rédacteurs du Code civil. Il est d'ailleurs intéressant de noter que celle-ci n'a jamais été rectifiée depuis 1804 alors que ce plan n'a cessé d'être critiqué dans les ouvrages consacrés au droit des obligations. Le conservatisme et le caractère sacré prêté au texte de 1804 qui l'ont emporté sur la cohérence scientifique.

⁷²⁰ MARCADE (V.), *Op. Cit.*, Tome 4, n° 381 p. 344.

⁷²¹ *Dictionnaire historique des juristes français*, p. 245, notice J. MUSSET : (1804-1887) professeur, souvent considéré comme le « prince de l'exégèse », il ne considère que le « droit vivant » ce qui lui vaudra de nombreuses critiques.

⁷²² Voir Section I, §2, C.

⁷²³ DEMOLOMBE (C.), *Op. Cit.*, tome 24, n° 3 p. 3.

Cette première critique concerne essentiellement l'organisation du Code civil puisque l'on reproche aux rédacteurs du Code d'avoir adopté un plan incohérent, différent de celui de Pothier, et qui ne permet pas de comprendre aisément la matière des obligations. On retrouve assez fréquemment une deuxième critique chez les auteurs du XIXe siècle, qui concerne cette fois-ci la rédaction-même de l'article 1370 du Code civil.

Section 2 : La critique de l'article 1370 du Code civil.

Comme le souligne Demolombe, la qualité rédactionnelle des énoncés juridiques, spécialement celle des articles du Code civil, a toute son importance car « L'inexactitude de l'expression peut si souvent conduire à l'inexactitude des principes ! »⁷²⁴. De ce point de vue, l'article 1370 du Code civil fait l'objet d'une double critique, qui concerne aussi bien la formule de l'alinéa 1 que celle des alinéas 2 et 3.

§1 : La rédaction de l'alinéa 1.

L'article 1370 alinéa 1 du Code civil dispose : « Certains engagements se forment sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé ». Ce qui pose problème ici et qui va être vivement critiqué par Demolombe et Marcadé notamment, c'est le fait que les rédacteurs parlent de conventions qui se forment de la part d'une seule personne. Il est en effet curieux de dire qu'une convention intervient de la part d'une personne, alors que l'on a plutôt l'habitude d'écrire qu'une convention intervient *entre* deux personnes. Demolombe souligne que cet article est en contradiction avec la définition classique de la convention⁷²⁵ : « Il est clair pourtant qu'une convention ne peut être que l'œuvre du concours des volontés des deux parties »⁷²⁶.

⁷²⁴ DEMOLOMBE (C.), *Op. Cit.*, tome 31, n° 10 p. 11.

⁷²⁵ Cette définition classique renvoie, selon lui, à l'idée « qu'une convention ne peut être que l'œuvre du concours des volontés des deux parties » et il cite en référence l'article 1101 du Code civil qui définit pourtant le contrat et non la convention. C'est que Marcadé et Demolombe rejettent la possibilité d'un engagement unilatéral, sous-entendu par la rédaction de cet alinéa, et assimilent l'obligation conventionnelle à la seule hypothèse contractuelle.

⁷²⁶ DEMOLOMBE (C.), *Op. Cit.*, tome 31, n° 10 p. 11.

Marcadé⁷²⁷ fait la même critique et ajoute qu'il aurait mieux valu écrire : « sans qu'il intervienne aucune convention ENTRE celui qui s'oblige et celui envers lequel il est obligé » ou encore : « sans qu'il intervienne **aucune volonté de s'obliger** »⁷²⁸. Ces deux rédactions auraient été plus rigoureuses que celle choisie par les rédacteurs. Autre point commun entre Marcadé et Demolombe : tout d'eux s'étonnent de la différence entre l'œuvre de Pothier et le Code civil et estiment une fois encore que les rédacteurs du Code n'ont pas été aussi rigoureux que le jurisconsulte, car s'ils ont repris dans les grandes lignes les définitions de Pothier, ils se sont montrés maladroits sur certains détails. Dans son *Traité*, Pothier écrivait avec raison à propos du quasi-contrat : « On appelle quasi-contrat, le fait d'une personne permis par la loi, qui l'oblige envers une autre, ou oblige une autre personne envers elle, sans qu'il intervienne aucune convention *entre elles* »⁷²⁹. Il est difficile de comprendre pourquoi les rédacteurs du Code n'ont pas repris cette formule qui, en plus d'être précise juridiquement, a le mérite de la simplicité. Au contraire la rédaction choisie insinue que les conventions peuvent être le fait d'une seule personne, ce qui est en opposition avec la conception de Marcadé et Demolombe de l'obligation conventionnelle qui ne peut être que bilatérale, et traduit la tradition française du rejet de l'engagement unilatéral comme source d'obligation. Marcadé, s'il excuse les praticiens d'avoir ainsi failli, est plus sévère avec les professeurs ce qui montre qu'on a affaire ici à une question de principe : « Si de telles inexactitudes d'expression s'expliquent à la rigueur chez des praticiens, comme MM. Tronchet, Bigot et autres, comment les comprendre dans la bouche de professeurs ? Comment Toullier (XI, 6) et M. Duranton (XIII, 629), ayant à choisir entre la locution de Pothier et celle du Code, ont-ils pu adopter la dernière »⁷³⁰. Mais ce n'est pas la seule maladresse commise dans la rédaction de cet article, puisque l'alinéa suivant offre une rédaction ambiguë également.

⁷²⁷ MARCADE (V.), *Op. Cit.*, Tome 5, n° 1 p. 243.

⁷²⁸ *Ibidem*.

⁷²⁹ BUGNET, *Œuvres de Pothier, Tome II : traité des obligations*, Tome 2, n° 113 p. 56.

⁷³⁰ MARCADE (V.), *Op. Cit.*, Tome 5, n° 1 p. 244.

§2 : La rédaction des alinéas 2 et 4.

Concernant l'alinéa 2 de l'article 1370 du Code civil, c'est la deuxième partie de la phrase définissant les obligations qui naissent d'un fait personnel qui est critiquée par Demolombe⁷³¹ et Marcadé⁷³² : « Les uns résultent de l'autorité seule de la loi ; les autres naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé ». L'alinéa 4 reprend la même expression : « Les engagements, qui naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé,... ». Le problème est que, selon cette rédaction, l'obligation ne peut naître que d'un fait de l'obligé or, dans certains quasi-contrats, ce n'est pas seulement l'auteur du fait qui est obligé. Dans la gestion d'affaires par exemple, le fait oblige son auteur envers le géré, mais il engage également celui-ci envers le gérant : « un fait émané de moi peut donc faire naître quelquefois une obligation chez vous, et il est inexact, dès lors, de ne présenter les obligations dont il s'agit que comme résultant d'un fait personnel à *celui qui se trouve obligé* »⁷³³. Et une fois encore ces deux auteurs se rejoignent pour dire que, chez Pothier, cette idée était traduite de manière plus exacte : « On appelle quasi-contrat le fait d'une personne, permis par la loi, qui l'oblige envers une autre, ou oblige une autre personne envers elle, sans qu'il intervienne aucune convention entre elles »⁷³⁴. La rédaction de Pothier traduisait ainsi parfaitement l'idée que le fait d'une personne peut l'obliger envers une autre mais également que ce fait peut engager autrui envers elle. Les rédacteurs du Code, tout en s'inspirant de Pothier, n'ont pas repris sa rédaction et ont, du coup, manqué de précision. On peut cependant émettre une hypothèse pour expliquer cette différence de rédaction entre Pothier et le Code civil. Là où Pothier ne parlait que du quasi-contrat, l'article 1370 alinéa 2 traite plus généralement de toutes les obligations qui naissent d'un fait. On peut donc supposer que c'est parce que les rédacteurs souhaitent définir par ces termes toutes les obligations naissant d'un fait (quasi-contrat, délit, quasi-délit) qu'ils ont repris le cas le plus fréquent, c'est-à-dire celui dans lequel c'est l'auteur du fait qui est obligé. En effet, en matière de délits et de quasi-délits, c'est

⁷³¹ DEMOLOMBE (C.), *Op. Cit.*, tome 31, n° 10 p. 12.

⁷³² MARCADE (V.), *Op. Cit.*, Tome 5, n° 3 p. 246.

⁷³³ *Ibidem.*

⁷³⁴ BUGNET, *Op. cit.*, Tome 2, n° 113 p. 56.

toujours l'auteur du fait qui se retrouve obligé. C'est donc parce que les rédacteurs du Code civil ont voulu regrouper dans une catégorie générique les obligations naissant d'un fait personnel qu'ils ont proposé cette définition qui ne reflète pas exactement toutes les hypothèses envisageables. Mais même cette catégorie générique n'empêchait pas les rédacteurs de préciser que, dans certaines hypothèses, le fait n'obligeait pas son auteur mais une autre personne. Cela aurait été plus clair, mais une fois encore les rédacteurs ont fait preuve de maladresse et ont manqué de précision.

Cela permet au moins de rappeler que, même si les rédacteurs du Code civil ont puisé en grande partie le droit des obligations chez Pothier, ils se sont parfois éloignés de la rédaction qu'il avait adoptée et ont de ce fait perdu la cohérence de son œuvre. En cumulant toutes ces maladresses dans le plan et la rédaction des articles, on en arrive à une matière bien éloignée de celle présente dans le *Traité des obligations* de Pothier. Il faut garder cette idée à l'esprit en permanence car, comme nous le verrons dans la suite de notre étude, certains auteurs ont parfois tendance à tenter d'expliquer ou de justifier certains passages du Code civil en se référant à Pothier, alors que les deux œuvres, bien que proches en apparence, sont parfois assez différentes, et donc qu'il n'est pas possible de toujours tirer argument des écrits de Pothier. Le Code civil, bien qu'inspiré des travaux du jurisconsulte, constitue un nouvel édifice, distinct du système de Pothier. C'est donc dans les travaux préparatoires du Code ou dans les articles mêmes de celui-ci que les commentateurs devraient tirer des arguments pour appuyer leurs théories sur les sources des obligations.

Si une grande partie des commentateurs du Code civil au XIXe siècle s'est contentée, dans un premier temps, de suivre le plan du Code pour présenter les sources des obligations, progressivement certains d'entre eux vont s'en éloigner en proposant de nouvelles classifications bipartites faisant une place de plus en plus grande à la loi.

Titre 3 : La promotion de la loi fidèle à l'esprit du Code civil.

Si dans la première moitié du XIX^e siècle, les commentateurs se sont contentés de commenter le Code article par article, en matière de source des obligations, ils ont tout de même généralisé la classification bipartite contrat/engagements non conventionnels, qu'ils ont substitué à la classification pentipartite. Avec la génération des auteurs nés avec le Code civil, les choses évoluent. Même si, la plupart du temps, on en reste au commentaire article par article, les critiques et les remises en question du Code civil se font plus nombreuses. La doctrine qui jusque-là se contentait d'expliquer le Code, élabore désormais de véritables théories juridiques réclamant parfois la réforme de certains points du Code civil⁷³⁵. Comme l'explique clairement Michel Boudot, dans son article sur la classification des sources des obligations : « Alors que les premiers commentateurs concevaient le Code civil comme un système dont il fallait analyser, mesurer et critiquer les applications concrètes par rapport au système lui-même, par une voie essentiellement déductive et critique de la déduction, les successeurs, dès les années 1850-1860, vont utiliser la critique de la solution pour invalider la règle et promouvoir la réforme. La méthode d'analyse bascule en un demi-siècle de pratiques déductives à une logique inductiviste »⁷³⁶.

En ce qui concerne la classification des sources des obligations, cette évolution se traduit, dans un premier temps, par la volonté de trouver un fondement à la catégorie des engagements qui se forment sans convention. C'est à partir de ce moment là que se développe le rôle de la loi dans la classification des sources des obligations, qui devient le second pilier

⁷³⁵ HAKIM (N.), *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, Paris, LGDJ, 2002.

⁷³⁶ BOUDOT (M.), « La classification des sources des obligations au tournant du 20^e siècle », *actes des 3^e journées d'études Poitiers-Roma tre*, LGDJ, 2007, p. 133.

en opposition au contrat. Dans un premier temps, ces auteurs vont trouver dans la loi le fondement de toutes les obligations non contractuelles. Cette idée n'est pas totalement nouvelle, puisqu'on la trouvait déjà chez Pothier, puis dans les travaux préparatoires du Code civil. La nouveauté consiste à imposer progressivement la loi comme deuxième source de la classification bipartite en opposition au contrat, ce qui marque une certaine fidélité à l'esprit du Code civil (Chapitre 1). Enfin, nous constaterons que cette promotion de la loi dans la classification des sources des obligations a eu des conséquences, et principalement sur la notion de quasi-contrat (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La classification contrat/loi fidèle à l'esprit du Code civil.

Comme nous l'avons vu, certains commentateurs du XIXe siècle se détachent progressivement du plan et de la classification des sources des obligations du Code civil. Dans un premier temps, ces auteurs essayent de regrouper les sources du Titre 4 en leur trouvant un fondement commun. C'est la loi qui va jouer ce rôle : on affirme que tous les engagements qui se forment sans convention trouvent leur origine dans la loi. On ne les définit plus négativement par le fait qu'ils ne sont pas le fruit d'une convention, mais positivement par le fait qu'ils naissent de la loi. Cela symbolise déjà la revalorisation de ces sources qui ne sont plus perçues simplement comme « les autres sources », mais comme des sources propres d'obligation. Mais l'émergence de la loi comme source générique des obligations du titre 4 du Code civil n'est pas uniquement le fruit de la réflexion des auteurs du XIXe siècle. En effet, déjà dans les travaux préparatoires⁷³⁷ du Code, les rédacteurs avaient émis l'idée que les sources des obligations autres que conventionnelles trouvaient leur origine dans la loi : « Dans les quasi-contrats, ..., comme dans les délits et les quasi-délits, l'obligation, ainsi que je l'ai déjà observé résulte d'un fait : c'est la loi qui le rend obligatoire »⁷³⁸. Cette idée était également très présente chez Pothier pour qui, « dans les contrats, c'est le consentement des parties contractantes qui produit l'obligation ; dans les quasi-contrats, il n'intervient aucun consentement, et c'est la loi seule où l'équité naturelle qui produit l'obligation, en rendant obligatoire le fait d'où elle résulte »⁷³⁹, et qui précisait encore : « C'est aussi cette même loi qui rend obligatoires les faits d'où il résulte quelque obligation »⁷⁴⁰. L'idée que la loi a un rôle à jouer dans la naissance de ces obligations n'est donc pas totalement nouvelle. Les commentateurs puisent d'ailleurs dans ces réflexions pour justifier leurs théories faisant de la loi la source commune de toutes les sources d'obligations non contractuelles. Mais cette nouvelle classification qui oppose le contrat à la loi n'est pas

⁷³⁷ Voir le partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

⁷³⁸ FENET (P.A.), *Op. Cit.*, Tome 13, p. 465.

⁷³⁹ BUGNET, *op. cit.*, p. 57.

⁷⁴⁰ BUGNET, *op. cit.*, p. 59.

identique chez tous les auteurs qui l'adoptent. Ceux-ci vont principalement s'opposer sur la définition de la loi et sur le fait de savoir s'il s'agit de la loi civile ou de la loi naturelle. En outre, ils sont critiqués par une partie de la doctrine qui ne conçoit pas que la loi puisse être à l'origine de toutes ces obligations. L'apparition de cette classification va donc faire naître de nombreux débats au sein de la doctrine, qui vont permettre de réfléchir plus profondément sur la classification des sources des obligations et de prendre du recul vis-à-vis du Code civil. Les débats autour de la loi marquent une première étape dans l'évolution de la classification des sources des obligations ; étape qui conduira certains auteurs à considérer que la loi est la source de toutes les obligations, y compris contractuelles.

Nous consacrerons donc ce chapitre à l'étude de cette classification contrat/loi et des différents débats qu'elle a suscités, ainsi qu'à ses incidences sur l'évolution de la classification des faits générateurs des obligations. Nous étudierons dans un premier temps les différentes visions des auteurs sur cette classification contrat/loi (Section 1), puis nous verrons ensuite comment une partie de la doctrine a été jusqu'à affirmer que la loi était la seule source d'obligation (Section 2).

Section 1 : Les partisans de la classification contrat/loi.

Dans un premier temps, nous étudierons comment ses partisans présentent l'introduction de cette nouvelle classification dans leurs ouvrages (§1). Puis, nous verrons que s'il est possible d'observer cette classification contrat/loi chez plusieurs auteurs, elle donne lieu en réalité à différentes versions, car tous n'ont pas la même définition de la loi (§2).

§1 : Présentation de la classification contrat/loi.

Nous avons choisi de présenter les auteurs défendant cette classification dans un ordre chronologique. Nous incluons dans cette présentation les travaux de Baudry-Lacantinerie et Planiol qui, quoi qu'ils se situent au tournant des XIXe et XXe siècle, s'inscrivent dans la continuité de la doctrine du XIXe. Ils viennent compléter l'évolution de cette classification et il était donc essentiel de les étudier dans ce chapitre.

A / Toullier.

La démarche de Toullier⁷⁴¹, en ce qui concerne la classification des sources des obligations, est assez originale puisqu'il émet plusieurs avis différents dans son ouvrage. Dans un premier temps, au tome 6, il défend l'idée selon laquelle c'est la loi qui est à l'origine de toutes les obligations (nous étudierons cette idée plus en détail dans la section suivante) : « Toute obligation vient de la loi, soit immédiatement par un simple acte de la

⁷⁴¹ TOULLIER (C.B.M.), DUVERGIER (J.B.), *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, Paris, Cotillon, 1845, 6^e éd.

volonté du législateur, soit par le moyen de la volonté ou du fait de l'homme »⁷⁴². Mais dans le tome 11, lorsqu'il étudie plus précisément les obligations, Toullier rectifie son premier point de vue : « C'est donc manquer d'exactitude que de dire, comme nous l'avons fait, ..., que toute obligation vient de la loi »⁷⁴³, et présente une nouvelle classification qui comporte deux sources d'obligations : « On ne trouve que deux causes vraiment génératrices des obligations, la volonté de l'homme et la loi »⁷⁴⁴. Il reconnaît que dans les contrats, la volonté de l'homme seule suffit à faire naître l'obligation, sans intervention de la loi. Si la loi joue un rôle dans les conventions, c'est seulement *a posteriori* pour garantir leur exécution. Toullier reconnaît ainsi avoir commis une approximation dans le Tome 6, en affirmant que le rôle de la loi dans les conventions ne se limite pas à la question de leur exécution. C'est donc principalement sur son analyse du contrat que Toullier a évolué et en conséquence a fait évoluer sa classification. En ce qui concerne les engagements qui se forment sans convention, il considère toujours que ceux-ci ne doivent leur naissance qu'à « la toute-puissance de la loi »⁷⁴⁵. Cependant, Toullier va presque jusqu'à renverser totalement le fondement de sa première classification, puisqu'il émet l'idée que ce serait, en réalité, toujours la volonté de l'homme qui est la source des obligations. En effet, la loi, étant l'expression de la volonté générale, n'est que le résultat de la soumission des citoyens à celle-ci par un acte de volonté individuelle⁷⁴⁶. La volonté de l'homme est donc également à l'origine de la loi, et serait donc ainsi la seule source d'obligation. Il est intéressant d'observer ainsi l'évolution de la pensée de Toullier qui, après avoir énoncé que la loi est la seule source des obligations, n'est pas loin de reconnaître ensuite que c'est toujours la volonté de l'homme qui est la source de toutes les obligations. Cependant, il ne franchit pas ce pas, car il précise à propos de l'influence de la volonté humaine sur la loi que ce n'est là qu'une influence lointaine : « Si la volonté du plus grand nombre ou la volonté générale est réellement la cause qui nous oblige d'obéir aux lois,

⁷⁴² TOULLIER (C.B.M.), DUVERGIER (J.B.), *Op. cit.*, Tome 6, n° 3 p. 2.

⁷⁴³ TOULLIER (C.B.M.), DUVERGIER (J.B.), *Op. cit.*, Tome 11, n° 4 p. 2.

⁷⁴⁴ TOULLIER (C.B.M.), DUVERGIER (J.B.), *Op. cit.*, Tome 11, n° 2 p. 2.

⁷⁴⁵ TOULLIER (C.B.M.), DUVERGIER (J.B.), *Op. cit.*, Tome 11, n° 6 p. 3.

⁷⁴⁶ *Ibidem.*

il n'en est pas moins vrai que ce n'est que la cause éloignée⁷⁴⁷ des engagements, et que la cause prochaine et génératrice de ces engagements est, ou la convention, ou la loi particulière d'où dérive chacun d'eux »⁷⁴⁸. On peut reprocher à Toullier de confondre un peu la volonté particulière et la volonté générale, car si dans le cas du contrat, c'est l'accord de volontés individuelles qui est la source de l'obligation, pour la loi, c'est la volonté générale de la nation, différentes de la simple somme des volontés individuelles, qui s'exprime et donc donne naissance indirectement à certaines obligations. Certes, comme l'explique Toullier, à l'origine c'est un acte de volonté individuelle qui soumet chaque individu à l'autorité de la loi, mais il est très difficile de faire remonter, à cet acte très éloigné, l'origine des obligations non conventionnelles. Il n'en reste pas moins que, idéologiquement, cette approche de Toullier traduit une forme de libéralisme dans sa conception des sources des obligations : la volonté individuelle prime sur la volonté générale.

B / Larombière⁷⁴⁹.

Larombière présente sa vision des sources des obligations dans son commentaire de l'article 1370 du Code civil. Il ne reproche rien au titre 3 du Code civil qui traite des contrats, car il considère également que c'est une source d'obligation, mais il en va autrement pour le titre 4. Il conteste l'idée que le fait puisse être la source d'une obligation comme cela est indiqué dans l'article 1370 du Code civil. Dans le contrat, c'est parce qu'il y a un accord de volontés que l'obligation peut naître et la loi ne fait que le reconnaître, or un simple fait n'a pas ce pouvoir de créer une obligation : « Mais lorsqu'il s'agit d'un simple fait à la

⁷⁴⁷ Cela rappelle les différentes notions de cause dégagées par le droit savant : BALDE, *Baldi Ubaldi commentaria in...codicis libris*, Lyon, 1585, IV, 30, 13 ; BARTOLE, *Bartoli commentaria in primam codicis partem*, Lyon, 1552. Cf. également sur cette notion de cause : cause éloignée, *causa proxima* : FABRE-MAGNAN (M.), *Les obligations*, Paris, P.U.F., 2004, n°140 p. 360 ; MAZEAUD (D.), « La cause » dans *Le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 451-472.

⁷⁴⁸ TOULLIER (C.B.M.), DUVERGIER (J.B.), *Op. cit.*, Tome 11, n° 6 p. 3 .

⁷⁴⁹ LAROMBIERE (L.), *Théorie et pratique des obligations*, Paris, Pedonne-Lauriel, 1885.

consommation duquel n'ont présidé aucunes volontés concordantes, comme on ne peut expliquer l'engagement qui en résulte par aucune intention corrélative des parties, expresse ou tacite, on est forcé de recourir aux principes supérieurs de justice et d'équité qui régissent les rapports des hommes entre eux »⁷⁵⁰. En l'absence d'accord de volontés, c'est donc la loi qui rend ces faits obligatoires et ainsi engendre la naissance de l'obligation : « Là est l'origine de cet engagement formé sans convention ; c'est-à-dire qu'elle réside dans la loi qui le crée et l'établit de son autorité propre, sans le concours d'aucune volonté particulière, contre la volonté même de celui qui se trouve obligé »⁷⁵¹. Il oppose ainsi la loi au contrat comme source d'obligation : soit l'obligation naît de l'accord de volontés, soit, à défaut, de l'autorité de la loi. Seules ces deux causes peuvent être source d'obligations. Cependant, à propos des obligations qui naissent de la loi, il précise que les engagements résultent soit directement de la loi, soit par l'intermédiaire d'un fait que la loi rend obligatoire. Il établit ainsi la même distinction que celle de l'article 1370 du Code civil, sauf qu'il considère que dans les deux hypothèses, c'est toujours la loi qui est à l'origine de l'obligation. On retrouve donc, chez Larombière, les idées évoquées par les rédacteurs du Code civil ou encore Pothier, selon lesquelles, en dehors des obligations qui naissent des contrats, c'est toujours la loi qui est la source des autres obligations, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un fait. Larombière reproche simplement aux rédacteurs du Code civil de ne pas avoir précisé dans cet article 1370 que dans tous les engagements qui se forment sans convention, c'est toujours la loi qui est la source de l'obligation. L'objectif de Larombière est principalement de rendre plus lisible le Code civil en regroupant dans la loi toutes les obligations non contractuelles, et non de faire émerger une nouvelle classification. Il résume son idée en exposant, selon lui, quelle aurait été la meilleure rédaction pour l'article 1370 : « Outre les obligations conventionnelles, certains engagements se forment sans conventions ; ils sont établis par la loi, soit qu'ils résultent involontairement de son autorité seule, soit qu'ils en résultent à l'occasion d'un fait personnel à celui qui est obligé, ou envers lequel on est obligé »⁷⁵². Il précise ensuite clairement qu'il n'y a que deux sources d'obligation, le contrat et la loi, et que cette dernière

⁷⁵⁰ LAROMBIERE (L.), *Op. Cit.*, Tome 7, n° 2 p. 391.

⁷⁵¹ *Ibidem*.

⁷⁵² LAROMBIERE (L.), *Op. Cit.*, Tome 7, n° 3 p. 392.

se divise en quatre sous-catégories : la loi seule, les quasi-contrats, les quasi-délits et les délits. On voit donc que cette classification contrat/loi s'inscrit parfaitement dans le plan du Code civil, Larombière ne fait que reprendre le point de vue de certains rédacteurs du Code civil en considérant que les engagements qui se forment sans conventions trouvent leur origine dans la loi.

C / Huc⁷⁵³.

Huc reconnaît également, mais de manière moins explicite, que la loi est la source de toutes les obligations non-conventionnelles. Il le fait dans son commentaire de l'article 1370 du Code civil. Selon Huc, l'article 1370 énonce que les engagements qui se forment sans conventions proviennent soit d'un fait personnel, soit d'un fait impersonnel. En effet, l'alinéa 2 de cet article précise bien que certains engagements naissent d'un fait personnel. Mais qu'entend-il par fait impersonnel ? Huc désigne sous ce terme les engagements qui naissent de la loi et qui constituent le deuxième exemple d'engagements qui se forment sans convention, et il est vrai que l'article 1370 précise à propos des engagements qui résultent de la loi : « Les premiers sont les engagements formés involontairement ». Cela rejoint donc l'idée qu'il n'y a pas d'intervention personnelle ici, mais simplement l'action impersonnelle de la loi. Mais pourquoi parler d'un fait impersonnel ? Huc a sans doute voulu faire le parallèle avec le fait personnel que l'on retrouve dans les quasi-contrats, quasi-délits et délits. Il a ainsi pu regrouper les obligations de l'article 1370 du Code civil comme tirant toutes leur source d'un fait, personnel ou impersonnel. Mais, pour autant, il ne considère pas que la classification des sources des obligations se résume à une opposition contrat/fait, car il précise ensuite que ces faits personnels ou impersonnels sont rendus obligatoires par la loi : « Les faits obligatoires qui se produisent en dehors des conventions ou contrats, se trouvent ainsi divisés en faits personnels et faits impersonnels. La loi sanctionne les seconds aussi bien que les premiers. Mais comme l'intervention de l'homme est inutile dans les seconds, on dit que

⁷⁵³ HUC (T.), *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, Paris, Pichon, 1894.

l'engagement en résultant dérive directement de la loi »⁷⁵⁴. La classification des sources, selon Huc, revient donc à dire que les obligations naissent, d'une part, des contrats et, d'autre part, de la loi, par l'intermédiaire d'un fait personnel ou d'un fait impersonnel. Cette notion de fait impersonnel finalement employée pour désigner les obligations naissant de l'autorité seule de la loi est assez critiquable et peu pertinente dans cette situation, et ne sert qu'à trouver un point commun à tous les engagements visés par l'article 1370 du Code civil, qui ainsi résultent tous d'un fait.

D / Baudry-Lacantinerie⁷⁵⁵.

Baudry-Lacantinerie, après avoir lui aussi analysé en détail la classification du Code civil, la critique en reprochant l'existence de cinq sources d'obligations : le contrat, le quasi-contrat, le délit, le quasi-délit et la loi. Puis il présente sa classification, qui elle, est bipartite : « Il conviendrait de ne reconnaître que deux sources d'obligations : L'accord des volontés du créancier et du débiteur, et la loi. En d'autres termes, il faudrait distinguer seulement les obligations contractuelles et les obligations légales »⁷⁵⁶. Contrairement à Huc, il n'insiste pas sur l'importance du fait, il l'ignore même : « Qu'importe que, dans ces prétendues sources d'obligations que le Code appelle quasi-contrats, délits et quasi-délits, on trouve un fait personnel de l'une des parties ? Il n'en est pas moins vrai que la cause génératrice des obligations y consiste dans la volonté du législateur »⁷⁵⁷. Il ne retient donc pas la cause intermédiaire qu'est le fait, mais seulement la cause principale qui pour lui est la loi. Il s'inscrit donc dans le courant de la classification bipartite contrat/loi, que l'on retrouve également systématisée et généralisée par Planiol.

⁷⁵⁴ HUC (T.), *Op. Cit.*, Tome 8, n° 373 p. 492.

⁷⁵⁵ BAUDRY-LACANTINERIE (G.), *Traité théorique et pratique de droit civil-Des obligations*, Paris, Larose et forcel, 1902.

⁷⁵⁶ BAUDRY-LACANTINERIE (G.), *Op. Cit.*, Tome 3, n° 2787 p. 1040.

⁷⁵⁷ *Ibidem*.

E / Planiol⁷⁵⁸.

C'est dans son article paru à la *Revue de critique de législation et de jurisprudence*⁷⁵⁹ que Planiol expose sa vision de la classification des sources des obligations. Planiol commence cet article en exposant ce qui est selon lui la vraie classification des sources des obligations : « Il n'y a que deux sources d'obligations : L'accord de volontés entre le créancier et le débiteur, et la volonté toute puissante de la loi »⁷⁶⁰. Il résume donc également les sources des obligations aux contrats et à la loi, cette dernière regroupant toutes les hypothèses d'engagements non conventionnels de l'article 1370 du Code civil. Mais Planiol va plus loin que ces prédécesseurs dans son analyse de la classification des sources des obligations. Il s'appuie sur ces sources pour critiquer la notion de quasi-contrat et la rédaction du Code civil, laissant une place importante au fait volontaire. Selon lui, le fait volontaire d'une personne ne peut en aucun cas être à l'origine d'un quasi-contrat, c'est la loi, et seulement la loi, qui fait naître l'obligation (Nous reviendrons plus en détail sur cette question dans le chapitre 2 qui étudiera l'influence de l'évolution de la classification sur la notion de quasi-contrat). Pour en revenir aux obligations légales, Planiol a le mérite de les définir précisément et d'expliquer leur origine : « Toute obligation qui ne dérive pas d'un contrat n'a d'autre cause que la loi ; toute obligation légale a pour motif la crainte d'une lésion injuste pour autrui, qu'il s'agit d'éviter si elle est encore à l'état futur ; de réparer, si elle est déjà réalisée »⁷⁶¹. Planiol distingue parmi ces obligations légales celles qui ont pour but d'éviter

⁷⁵⁸ *Dictionnaire historique des juristes français*, p. 629, notice J.L. HALPERIN : (1853-1931) avocat et professeur, attaché à un certain réalisme positiviste, célèbre pour ses prises de position souvent à contre-courant (notion de cause, responsabilité objective, fiction).

⁷⁵⁹ PLANIOL (M.), « Classification des sources des obligations », *Revue critique de législation et jurisprudence*, 1904, p. 224-237.

⁷⁶⁰ PLANIOL (M.), « Classification des sources des obligations », *Revue critique de législation et jurisprudence*, 1904, p. 225.

⁷⁶¹ PLANIOL (M.), « Classification des sources des obligations », *Revue critique de législation et jurisprudence*, 1904, p. 231.

une lésion, et il s'agit là de ce que le code appelle les obligations qui naissent de l'autorité seule de la loi, de celles qui ont pour objectif de réparer un préjudice et qui sont les délits, les quasi-délits et les quasi-contrats dans le Code civil. Il pense avoir trouvé le fondement des obligations légales. Il explique que la loi impose certaines obligations à des personnes pour éviter un danger à une autre personne : « Qu'on supprime par la pensée une obligation ainsi imposée par la loi à une personne ; immédiatement on verra apparaître pour une autre personne, un danger plus ou moins considérable, le risque d'une lésion future plus ou moins proche, alors que, pour supprimer ce risque, il suffit d'imposer à quelqu'un un sacrifice moindre »⁷⁶². Cette explication est cohérente s'agissant des obligations qui naissent de l'autorité seule de la loi, mais ne correspond pas totalement aux autres hypothèses de l'article 1370 du Code civil. Pour ces situations, Planiol précise que dans le cas du quasi-contrat, du délit et du quasi-délit, il s'agit d'hypothèses dans lesquelles l'obligation légale n'a pas été respectée. Il faut donc réparer le préjudice par ces trois moyens qui représentent « la transformation en argent d'une obligation légale préexistante, qui a été inexécutée ou violée. C'est, en d'autres termes, l'application aux obligations légales du principe qui remplace l'obligation contractuelle inexécutée par l'obligation de payer des dommages-intérêts »⁷⁶³. Pour résumer, on peut dire que l'on a deux sources d'obligations : le contrat et la loi, l'obligation légale étant imposée par la volonté du législateur pour éviter de causer un préjudice à certaines personnes. Mais dans certains cas, qui sont visés à l'article 1370 du Code civil comme étant des délits, quasi-délits et quasi-contrats, l'obligation légale n'a pas suffi à protéger les intérêts d'une personne et il faut donc alors réparer le préjudice causé, au moyen d'une sanction qui prend la forme d'une de ces trois qualifications. Mais dans tous les cas, l'origine de l'obligation se trouve dans la loi : « Ainsi la catégorie des obligations légales proprement dites est la catégorie primordiale ; elle nous montre les obligations non contractuelles qui ne sont pas transformées en dommages-intérêts et qui se présentent à nous

⁷⁶² PLANIOL (M.), « Classification des sources des obligations », *Revue critique de législation et jurisprudence*, 1904, p. 230.

⁷⁶³ PLANIOL (M.), « Classification des sources des obligations », *Revue critique de législation et jurisprudence*, 1904, p. 231.

avec leur objet primitif, comme obligation de faire ou de ne pas faire quelque chose dans l'intérêt d'autrui »⁷⁶⁴.

On voit donc que Planiol a poussé très loin sa réflexion sur les obligations légales, ce qui l'amène à présenter une théorie plus aboutie que ses prédécesseurs. Cette théorie lui permet de donner une analyse très intéressante du quasi-contrat que nous étudierons ultérieurement, car l'évolution de la classification des sources des obligations va entraîner une remise en question de certaines sources classiques d'obligation. Quoi qu'il en soit, Planiol termine ses développements sur les obligations légales en présentant une formule générale explicitant l'obligation légale : « Ne pas nuire à autrui sans droit »⁷⁶⁵. Il nous reste à étudier la classification contrat/loi selon Vizioz.

F/ Vizioz.

Vizioz⁷⁶⁶ présente sa classification des sources des obligations dans la conclusion de sa thèse sur la notion de quasi-contrat. Il se range à l'avis de Planiol et admet qu'il n'existe que deux sources d'obligations : la volonté et la loi⁷⁶⁷. Selon lui, l'élément déterminant n'est pas le contrat mais bien la volonté qui donne naissance à l'obligation, et c'est là dessus qu'il va construire sa classification fondée sur la volonté et la loi. Il pense en effet que « ces deux forces peuvent agir isolément,⁷⁶⁸ ou se combiner, et, de ce jeu, dérive toute une gamme de rapports à chacun desquels se rattache une classe spéciale d'obligations ». Il explique qu'il n'est pas exact de dire que les obligations naissent soit de la seule volonté, soit uniquement de

⁷⁶⁴ *Ibidem*.

⁷⁶⁵ PLANIOL (M.), « Classification des sources des obligations », *Revue critique de législation et jurisprudence*, 1904, p. 232 : cela fait écho à la fois à l'*iniuria* du droit romain (WITTMANN, *Die Körperverletzung an Freien im Klassischen römischen Recht*, Munich, 1972) et à la démarche de l'école moderne du droit naturel.

⁷⁶⁶ VIZIOZ (H.), *La notion de quasi-contrat*, Bordeaux, Cadoret, 1912.

⁷⁶⁷ VIZIOZ (H.), *Op. Cit.*, p. 338.

⁷⁶⁸ *Ibidem*.

la loi. Au contraire, il y a dans toutes les obligations l'intervention combinée de la volonté et de la loi. La classification des sources des obligations résulte donc d'une gradation entre l'intervention de la loi et de la volonté. A l'une des extrémités se trouve le contrat, dans lequel « la volonté atteint son maximum de puissance, et où la loi engendre le minimum d'effets »⁷⁶⁹. Mais pour autant, la volonté ne joue pas un rôle exclusif, la loi intervient, même de manière minime, notamment en imposant certaines restrictions aux contractants. A l'autre extrémité se trouve selon Vizioz le délit, dans lequel la loi joue un rôle essentiel et la volonté un rôle moindre. La loi impose la réparation du dommage, et la volonté guide l'auteur de l'acte dommageable « où l'auteur de l'acte illicite a voulu l'accomplir, le sachant tel, afin d'en retirer certains avantages »⁷⁷⁰. On retrouve ensuite entre ces deux extrêmes, l'ensemble des obligations : « En prenant comme point de départ le contrat pour aboutir au délit, on passe par une série d'échelons intermédiaires, où l'action de la volonté s'efface de plus en plus, tandis que celle de la loi s'affirme d'avantage, dans la formation du rapport »⁷⁷¹. Cela permet à Vizioz de ranger l'ensemble des obligations dans huit catégories. On retrouve donc tout d'abord les obligations qui naissent de la volonté (contrat), puis celles qui naissent de la volonté et de la loi (obligation de l'héritier,...). On a ensuite les obligations qui naissent de la loi et d'un autre élément : les obligations qui naissent de la loi à l'occasion d'un acte volontaire licite, les obligations légales sanctionnant un état de fait, les obligations qui naissent de la loi en cas d'enrichissement sans cause, les obligations légales attributives d'un risque, les obligations qui naissent de la loi à l'occasion d'une faute, et enfin, les obligations qui naissent de la loi à l'occasion d'un acte volontaire illicite. En prenant comme base la classification contrat/loi, Vizioz aboutit à cette classification très détaillée reposant sur le rôle respectif de la volonté et de la loi. Cette classification des sources des obligations est assez originale et résulte principalement, chez lui, de sa volonté d'abandonner la notion de quasi-contrat qu'il juge inutile. Cette classification lui permet de se passer de cette notion en rangeant les traditionnels quasi-contrats en fonction du rôle plus ou moins grand de la loi et de la volonté dans leur formation. Cette idée est selon lui beaucoup plus révélatrice de la

⁷⁶⁹ *Ibidem.*

⁷⁷⁰ VIZIOZ (H.), *Op. Cit.*, p. 339.

⁷⁷¹ VIZIOZ (H.), *Op. Cit.*, p. 341.

véritable source de ces obligations, plutôt que la notion vague et injuste de quasi-contrat. (Nous reviendrons plus précisément sur la critique de cette notion dans le chapitre 2).

Mais l'autre point important de cette classification est la loi. Vizioz ne se contente pas de dire que certaines obligations naissent de la loi, il associe toujours un autre élément à celle-ci, qui permet de distinguer plusieurs sortes d'obligations légales. Mais comme nous allons le voir, la particularité de la classification contrat/loi au XIXe siècle tient à ce que tous ses partisans ne s'accordent pas sur la même définition de la loi en tant que source d'obligation. Et nous verrons dans le paragraphe suivant, les différents aspects de l'obligation légale au XIXe siècle.

§2 : Les différentes conceptions de l'obligation légale.

Même si tous les auteurs que nous venons de citer prônent une classification contrat/loi, tous n'ont pas la même vision de l'obligation légale. Pour certains, ce serait en effet la loi civile qui serait source d'obligation, alors que pour d'autres, il s'agirait de la loi naturelle. Nous allons donc analyser les différents points de vues des auteurs sur l'obligation légale ainsi que les différentes critiques formulées à son sujet.

Arrêtons nous tout d'abord sur le point de vue de Toullier à propos de l'obligation légale. Nous avons vu précédemment que cet auteur a vu son opinion évoluer au cours de son ouvrage, alors que dans un premier temps il reconnaissait que seule la loi était source d'obligation, il a ensuite reconnu qu'il existait deux sources d'obligation, la loi et le contrat. Nous allons essayer de saisir sa définition de l'obligation légale. Toullier est revenu sur sa première opinion, car il s'est rendu compte que même si la loi intervient dans toutes les obligations, elle n'en est pas toujours le fait générateur. Ainsi, si la loi intervient dans les obligations contractuelles, c'est uniquement pour garantir leur exécution et non dans leur formation. Il faut donc regarder dans quels cas la loi est la cause génératrice des obligations. Toullier apporte une précision concernant ce que le Code civil appelle les engagements qui

naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé. Selon lui, les rédacteurs auraient du préférer l'expression : « les autres naissent à l'occasion d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé »⁷⁷², car ce n'est pas du fait que naît l'obligation mais bien de la loi. Or, la rédaction du Code civil laisse penser le contraire. Toullier étaye son raisonnement en expliquant que celui qui a commis le fait n'avait absolument pas l'intention de s'engager, donc ce n'est pas ce fait qui est la source de l'obligation. Il donne l'exemple d'un voleur pour illustrer son idée : « Le voleur a eu réellement la volonté de s'approprier l'objet volé ; mais la loi lui impose, contre sa volonté, l'obligation de le restituer : c'est donc à l'occasion du vol que la loi fait naître cette obligation ; ce n'est pas le fait même du vol qui la produit »⁷⁷³. Et il résume la classification bipartite et la différence entre les obligations contractuelles et légales de la manière suivante : « Le fait précède, l'obligation le suit, et naît immédiatement après, en vertu de l'autorité de la loi. Au lieu que, dans les obligations conventionnelles, l'obligation doit sa naissance immédiatement à la convention, indépendamment de la loi »⁷⁷⁴. Pour lui, c'est donc la loi civile qui est à l'origine des obligations non conventionnelles.

L'opinion de Larombière n'est pas très éloignée de celle de Toullier. Comme lui il pense que l'obligation ne peut pas naître d'un fait, mais seulement à l'occasion d'un fait : « Et si l'on peut dire, dans ce cas, que l'engagement naît du fait qui y donne lieu, c'est seulement en ce sens que la loi le fait naître à l'occasion de ce fait, à cause de ce fait »⁷⁷⁵. On note tout de même une différence avec Toullier : Larombière fait référence à des « principes supérieurs de justice et d'équité qui régissent les rapports des hommes entre eux »⁷⁷⁶, comme fondement des obligations légales. Son raisonnement revient à dire que, comme on ne peut pas expliquer ces obligations par un accord de volontés, il faut en rechercher ailleurs le fondement, plus précisément dans ces principes de justice et d'équité. Il semblerait donc que Larombière fasse plus référence à la loi naturelle qu'à la loi civile comme source des obligations. Le problème est que dans le reste de son explication, il utilise seulement le terme « loi », sans plus de

⁷⁷² TOULLIER (C.B.M.), DUVERGIER (J.B.), *Op. cit.*, Tome 11, n° 8 p. 4.

⁷⁷³ *Ibidem.*

⁷⁷⁴ *Ibidem.*

⁷⁷⁵ LAROMBIERE (L.), *Op. Cit.*, Tome 7, n° 2 p. 391.

⁷⁷⁶ *Ibidem.*

précision. On ne peut donc pas affirmer avec certitude que Larombière considère la loi naturelle comme la source de l'obligation, contrairement à Toullier qui parle de la loi civile. S'il ne répond pas clairement à la question de savoir si c'est la loi civile ou la loi naturelle qui est la source des obligations, Demolombe, en revanche, aborde plus profondément le problème et, après avoir critiqué les opinions de Toullier et Larombière, présente une analyse intéressante de l'obligation légale.

Demolombe reproche principalement à ces deux auteurs d'avoir fait une place trop importante au rôle du Législateur dans la formation des obligations, d'avoir « fait à son intervention dans cette matière, une part beaucoup trop grande »⁷⁷⁷. D'une manière générale, Demolombe considère que si la loi civile intervient dans toutes les obligations, c'est seulement pour les reconnaître et non pour leur donner naissance : « C'est la loi civile qui les consacre, et qui peut seule leur imprimer la force juridique »⁷⁷⁸. Que faut-il entendre par là ? Les développements de Demolombe ne sont pas, ici, exempts de toute ambiguïté. Il précise en effet : « Cette intervention de la loi civile est d'ailleurs plus ou moins directe, suivant le caractère du fait d'où l'obligation procède d'après la loi naturelle »⁷⁷⁹. Pour Demolombe, c'est donc la loi naturelle qui fait naître les obligations par l'intermédiaire d'un fait. Mais il ajoute que toutes les obligations résultent d'une intervention combinée de la loi civile et de la loi naturelle. Les conventions résultent essentiellement de la loi naturelle alors que, dans les autres engagements, la loi civile a un rôle plus important à jouer. C'est ce qui, selon lui, a poussé les auteurs que nous venons d'étudier à considérer qu'il n'existait que deux sources d'obligations : le contrat et la loi civile. Or, pour Demolombe, la loi civile intervient également dans la formation des conventions : « car si la convention est le fait générateur de l'obligation, la loi civile n'en est pas moins toujours la source, d'où procède sa formation civile »⁷⁸⁰. La classification contrat/loi n'a alors plus aucun sens puisque la loi civile et la loi naturelle interviennent à différents degrés dans toutes les sources des obligations. La loi qu'elle soit civile ou naturelle n'est donc pas un critère de classification des sources des

⁷⁷⁷ DEMOLOMBE (C.), *Op. Cit.*, tome 31, n° 12 p. 14.

⁷⁷⁸ DEMOLOMBE (C.), *Op. Cit.*, tome 31, n° 15 p. 15.

⁷⁷⁹ *Ibidem.*

⁷⁸⁰ DEMOLOMBE (C.), *Op. Cit.*, tome 31, n° 16 p. 16.

obligations. Nous verrons cependant que Demolombe, comme Marcadé, trouvera une classification intéressante fondée sur la loi, en faisant une gradation en fonction de la place de la loi dans les différentes sources (Section 2). Pour en revenir à la critique de Demolombe, on peut lui reprocher sur ce dernier point de mélanger un peu les choses. En effet, lorsqu'il dit que la loi civile intervient dans les conventions au niveau de leur formation civile, il semble qu'il ne parle plus de la source des obligations au même titre que ses confrères. Quand on parle de la source des obligations classiquement, on vise la cause première qui leur donne naissance, et non pas celle qui procède à sa « formation civile ». Dire que la loi civile intervient dans la formation civile des conventions, ce n'est pas dire qu'elle joue un rôle dans leur naissance. Sur ce point, la critique de la classification contrat/loi de Demolombe n'est donc pas fondée.

Cependant, son analyse sur l'origine des obligations non conventionnelles est quant à elle beaucoup plus pertinente. Au contraire de Toullier et Larombière, il considère que les engagements qui se forment sans convention proviennent d'un fait et non de la loi, la loi civile tout au moins : « Et le rôle de la loi civile consiste encore, dans ce cas, à les reconnaître et à les consacrer. Ce n'est pas, en effet, la loi civile elle-même, qui engendre le droit, ni qui crée les obligations. C'est la loi naturelle avec ses maximes éternelles et inaltérables »⁷⁸¹. Pour lui la rédaction de l'article 1370 du Code civil est juste car c'est bien du fait que naît l'obligation : « C'est le fait lui-même, tout d'abord, qui, d'après la loi naturelle, en est la source première »⁷⁸². Il reprend l'exemple du voleur exposé par Toullier, pour dire que la loi naturelle impose la restitution de l'objet volé dès la commission de l'infraction : c'est donc bien le fait qui est la source de l'obligation, et non la loi civile qui n'intervient que postérieurement. La source de ces obligations se trouve donc dans la loi naturelle par l'intermédiaire de certains faits. Selon Demolombe, on a toujours une combinaison entre la loi civile et la loi naturelle comme sources des obligations, le rôle de la loi civile dans ces obligations étant alors seulement de se borner « à leur imprimer le caractère des obligations, dont l'exécution peut être demandée en justice »⁷⁸³. Ce qui est sûr, c'est que Demolombe n' a

⁷⁸¹ DEMOLOMBE (C.), *Op. Cit.*, tome 31, n° 17 p. 17.

⁷⁸² DEMOLOMBE (C.), *Op. Cit.*, tome 31, n° 18 p. 18.

⁷⁸³ *Ibidem*.

pas du tout la même conception de l'obligation légale que Toullier et Larombière. Pour lui ce n'est en aucun cas la loi civile seule qui donne naissance à ces obligations, mais plutôt la loi naturelle par l'intermédiaire d'un fait. Cela l'amène donc à rejeter la classification contrat/loi qu'il ne trouve pas pertinente compte tenu du rôle que jouent, selon lui, la loi civile et la loi naturelle dans la naissance de toutes les obligations. Voyons à présent l'avis de Planiol qui tente d'imposer la classification contrat/loi en expliquant clairement le fondement de l'obligation légale qui réside selon lui dans la loi naturelle.

Dans son article sur la classification des sources des obligations⁷⁸⁴, Planiol s'étend longuement sur la loi qui est selon lui, avec le contrat, la principale source des obligations, comme nous l'avons vu précédemment. La question que l'on peut se poser compte tenu des développements précédents est de savoir si Planiol considère que c'est la loi civile ou la loi naturelle qui est la source des obligations ? Planiol n'exprime pas explicitement son avis sur la question. Il faut donc analyser ses explications sur l'obligation légale afin de se faire une idée. Avant d'étudier l'avis de Planiol dans son article, observons ce qu'il écrivait à propos des obligations légales dans son *Traité de droit civil*⁷⁸⁵. Dans ce traité, il ne considérait pas encore que la loi était la source de toutes les obligations autres que contractuelles. Il l'étudiait simplement comme la cinquième source d'obligation prévue par le Code civil à l'article 1370, au même titre que le contrat, le délit, le quasi-délit et le quasi-contrat. Il formulait également une remarque intéressante à propos des obligations légales, expliquant qu'aucune obligation ne peut naître de la volonté seule de la loi, c'est-à-dire que « cette volonté n'est jamais arbitraire et capricieuse »⁷⁸⁶. La volonté du Législateur n'est pas la seule à entrer en jeu dans la naissance de ces obligations : « il y a toujours, ..., une circonstance de fait qui justifie et rend nécessaire l'existence de cette obligation »⁷⁸⁷. Mais à la différence des quasi-contrats, délits et quasi-délits, qui eux naissent d'un fait personnel, Planiol précise que ces obligations

⁷⁸⁴ PLANIOL (M.), « Classification des sources des obligations », *Revue critique de législation et jurisprudence*, 1904, p. 224-237.

⁷⁸⁵ PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, Pichon, 1902, 2^e éd.

⁷⁸⁶ PLANIOL (M.), *Op. Cit.*, n° 830 p. 253.

⁷⁸⁷ *Ibidem*.

légales proviennent d'un « fait naturel indépendant de la volonté de l'obligé »⁷⁸⁸. On peut donc voir, derrière ce « fait naturel » qui rend nécessaire l'obligation, l'influence de la loi naturelle. Il semblerait que Planiol se rattache ici à l'idée selon laquelle c'est la loi naturelle qui est la source des obligations légales et non la loi civile. Il est clair en tout cas qu'il considère que la seule volonté du Législateur ne peut pas être l'unique source de ces obligations. Il est à regretter qu'il ne précise pas ce qu'il entend par des « faits naturels ». Il semblerait tout de même que ces faits soient en rapport avec la loi naturelle, puisque Planiol précise que la volonté du législateur n'est pas arbitraire et que le fait ne provient pas d'une personne, mais d'une circonstance qui rend l'obligation nécessaire. On peut donc supposer que c'est la nature qui impose de faire naître une obligation pour plus d'équité ou pour éviter un préjudice, et c'est d'ailleurs l'idée que l'on retrouvera dans l'article de Planiol à la *Revue critique*. Une dernière remarque à propos de ce passage du *Traité* de Planiol renforce cette hypothèse. L'auteur renvoie à Domat pour justifier l'idée que les obligations légales proviennent d'un fait naturel : « Domat a fort bien mis en relief cette idée. Pour lui, les obligations que nous appelons « légales » naissent « de l'ordre divin » »⁷⁸⁹. Or, nous avons vu précédemment, que les obligations que Domat faisait naître de l'ordre divin étaient chez les jusnaturalistes des obligations résultant de la loi naturelle. On retrouvait dans les deux cas les mêmes fondements reposant sur la morale et l'équité, et les principes de ne pas nuire à autrui ou ne pas s'enrichir à ses dépens. Il y a donc plusieurs éléments dans le *Traité de droit civil* de Planiol qui laissent penser qu'il considère que c'est la loi naturelle qui est source d'obligation. Mais, il faut rappeler que dans ce *Traité*, il ne considère l'obligation légale que comme la cinquième source d'obligation et non comme la source regroupant toutes les obligations non contractuelles. En gardant ces éléments à l'esprit, il convient à présent d'étudier la vision de l'obligation légale qu'il expose dans son article à la *Revue critique* de 1904.

Nous avons déjà étudié cet article précédemment, mais nous allons à présent nous intéresser particulièrement aux indices permettant de définir si Planiol considère que c'est la loi naturelle ou la loi civile qui est la source des obligations. La différence avec son *Traité de droit civil*, tient au fait que dans l'article de la *Revue critique*, Planiol propose une

⁷⁸⁸ *Ibidem*.

⁷⁸⁹ PLANIOL (M.), *Op. Cit.*, note de bas de page, n° 2 p. 253.

classification bipartite dans laquelle les deux sources d'obligation sont « l'accord de volontés entre le créancier et le débiteur, et la volonté toute puissante de la loi »⁷⁹⁰. La loi est cette fois-ci considérée comme la source de tous les engagements qui se forment sans convention, et Planiol en explique le fondement. Selon lui, les obligations légales ont pour motif « la crainte d'une lésion injuste pour autrui, qu'il s'agit d'éviter, si elle est encore à l'état futur ; de réparer, si elle est déjà réalisée »⁷⁹¹. Le législateur a donc créé ces obligations pour éviter ou réparer une lésion injuste. Mais qu'est-ce qu'une lésion injuste ? Comment définit-on ce qui est juste ? C'est là que s'établit la référence au droit naturel, les principes du juste et de l'équitable renvoyant à la nature. Il semblerait, selon la logique de Planiol, que les codificateurs aient imposé certaines obligations dans le Code civil à l'article 1370 pour respecter l'obligation imposée par le droit naturel de ne pas nuire à autrui. Ainsi, la cause première de ces obligations légales se trouverait bien dans la loi naturelle, et non dans la loi civile qui ne fait que retranscrire les moyens de faire respecter cette obligation. La loi naturelle impose de ne pas nuire à autrui, et le législateur tente de faire respecter ce principe de deux manières : en imposant certaines obligations afin d'éviter une lésion (ce sont les obligations qui naissent de l'autorité seule de la loi) ou en imposant de réparer certains dommages (ce sont les hypothèses des quasi-contrats, quasi-délits et délits). Et Planiol énonce clairement que le principe qui est à l'origine de l'obligation légale est « Ne pas nuire à autrui sans droit »⁷⁹², qui se retrouvait également parmi les anciens *praecepta iuris* du droit romain « *Neminem laedere* »⁷⁹³.

On peut donc affirmer que pour Planiol c'est la loi naturelle qui est la source première des obligations, et que la loi civile ne fait que transcrire les moyens de respecter ce principe. Dans sa théorie, les deux sources d'obligations sont donc le contrat, dans lequel c'est l'accord

⁷⁹⁰ PLANIOL (M.), « Classification des sources des obligations », *Revue critique de législation et jurisprudence*, 1904, p. 225.

⁷⁹¹ PLANIOL (M.), « Classification des sources des obligations », *Revue critique de législation et jurisprudence*, 1904, p. 231.

⁷⁹² PLANIOL (M.), « Classification des sources des obligations », *Revue critique de législation et jurisprudence*, 1904, p. 232.

⁷⁹³ *Ibidem*.

de volontés qui fait naître l'obligation⁷⁹⁴, et la loi naturelle, où c'est du principe de ne pas nuire à autrui que dérivent les obligations. Planiol permet donc à la classification contrat/loi de franchir un cap en trouvant un fondement cohérent à l'obligation légale. Ses prédécesseurs avaient tantôt rattaché cette obligation légale à la volonté seule du législateur, ou à l'existence d'un fait, sans jamais aboutir à une théorie convaincante. Planiol, au tournant des XIXe et XXe siècles, développe donc une théorie solide de l'obligation légale et de la classification des sources des obligations. Nous verrons ultérieurement que cette classification et son analyse des sources des obligations lui permettront de remettre en question la notion de quasi-contrat et d'entraîner derrière lui tout un courant de remise en cause des sources classiques des obligations, auquel appartiennent Goublet ou encore Vizioz⁷⁹⁵. Goublet dans sa thèse sur la notion de quasi-contrat⁷⁹⁶ s'inscrit dans la lignée de Planiol en reconnaissant qu'il n'existe que deux sources d'obligation, le contrat et la loi⁷⁹⁷. Mais il énonce quant à lui plus clairement que c'est la loi naturelle qui est la source des obligations : « Nous allons procéder maintenant à un examen sommaire des prétendues obligations quasi-contractuelles, et des obligations légales dont s'est occupé le Code civil, afin de reconnaître jusqu'à quel point il a entendu consacrer les principes de ce que nous avons dit être en cette matière, la loi naturelle »⁷⁹⁸. Quant à Vizioz, il reprend en partie les idées de Planiol dans sa thèse et présente une analyse assez intéressante de l'obligation légale. Il pose une question qui est essentielle pour définir précisément l'obligation légale, qui est de savoir ce qu'on entend par source de l'obligation ?⁷⁹⁹. En effet, les principales divergences entre les auteurs à propos de la définition de l'obligation légale viennent du fait qu'ils n'ont pas tous la même conception de ce qu'est la source d'une obligation. Comme l'écrit justement Vizioz : « Les classifications des obligations sont souvent proposées et critiquées en partant de points de vues différents....

⁷⁹⁴ Cependant, le contrat engageant en vertu d'une règle naturelle elle aussi (respecter la parole donnée), ne pourrait-on pas alors considérer que la loi naturelle est à l'origine de toutes les obligations ?

⁷⁹⁵ VIZIOZ (H.), *La notion de quasi-contrat*, Bordeaux, Cadoret, 1912.

⁷⁹⁶ GOUBLET (G.), *La notion du quasi-contrat : Classification rationnelle des sources d'obligations*, Paris, Girard et Brière, 1904.

⁷⁹⁷ GOUBLET (G.), *Op. Cit.*, n° 58 p. 35.

⁷⁹⁸ GOUBLET (G.), *Op. Cit.*, n° 61 p. 37.

⁷⁹⁹ VIZIOZ (H.), *Op. Cit.*, p. 226.

Pour atteindre son adversaire, il faut d'abord le rencontrer, et la rencontre ne peut avoir lieu que sur le même terrain »⁸⁰⁰. Tout le problème vient du fait qu'en matière d'obligation, la loi joue un double rôle : « Tantôt elle se contente de sanctionner un rapport personnel voulu par les parties ou par l'une d'entre elles, tantôt elle crée, de sa propre autorité, un rapport personnel, en dehors de toute volonté de l'assujetti ou même contre cette volonté »⁸⁰¹. Donc, en fonction du point de vue adopté, on peut considérer qu'aucune obligation ne naît de la loi seule, ou au contraire que toutes les obligations naissent de la loi en ce qu'elle régit le lien de droit. Vizioz développe ensuite les deux points de vues envisageables : « Si l'on considère la loi dans son premier rôle, on peut dire qu'elle est la source unique des obligations, parce que tout rapport juridique ne devient obligatoire que s'il est reconnu et protégé par la loi qui met en mouvement ses forces de contrainte, pour le faire respecter »⁸⁰². Mais sous cet angle, comme le remarque justement Vizioz, aucune classification n'est possible puisque toute obligation résulte de la loi : « aucun lien juridique obligatoire ne peut se manifester en dehors de la sphère prévue et consacrée par l'ordre juridique positif »⁸⁰³. Il faut donc considérer l'obligation sous un autre aspect pour pouvoir déboucher sur une classification. Il faut pour cela s'intéresser à la « nature intime »⁸⁰⁴ de l'obligation, c'est-à-dire rechercher la cause première qui donne naissance à l'obligation et pas seulement à l'aspect juridique. Dans la perspective précédente, la loi n'apparaît pas à la naissance du rapport « mais postérieurement pour lui donner efficacité »⁸⁰⁵, c'est ailleurs qu'il faut rechercher ce qui a donné naissance à l'obligation, ce qui l'a formée : « C'est dans la force qui a voulu qu'une obligation naisse qu'il faut rechercher la source véritable, c'est à dire la cause créatrice de l'obligation »⁸⁰⁶. C'est sous cet aspect que l'on peut déceler les véritables sources des obligations, c'est-à-dire « la force » qui leur donne naissance, et ainsi proposer une classification pertinente. Selon Vizioz, ces forces sont de deux sortes : « Cette force se trouve être la volonté de l'individu

⁸⁰⁰ VIZIOZ (H.), *Op. Cit.*, p. 227.

⁸⁰¹ *Ibidem.*

⁸⁰² *Ibidem.*

⁸⁰³ VIZIOZ (H.), *Op. Cit.*, p. 228.

⁸⁰⁴ *Ibidem.*

⁸⁰⁵ *Ibidem.*

⁸⁰⁶ *Ibidem.*

mue par des intérêts privés,..., ou la volonté du législateur agissant en vue de l'utilité générale »⁸⁰⁷. La loi ne joue donc pas le même rôle selon qu'elle attribue la force obligatoire à des faits, ou qu'elle est à l'origine de l'obligation, c'est-à-dire qu'elle incarne la force qui lui donne naissance. En recherchant donc ce qui donne naissance à l'obligation, Vizioz reconnaît qu'il existe deux forces, la volonté de l'individu et la volonté du législateur. On pourrait penser que Vizioz se rattache au courant qui considère que c'est la loi naturelle qui est source d'obligation, mais ce n'est pas tout à fait le cas. En effet, Vizioz ne fait jamais la distinction entre la loi civile et naturelle, il semblerait qu'il ne traite que de la loi civile. Cela se vérifie car il précise bien que la force qui donne naissance à l'obligation est bien la volonté du législateur. Il a donc une approche différente de l'obligation légale de ses prédécesseurs et ne considère que son aspect civil, simplement, il ne faut pas seulement regarder le rapport entre la loi et les obligations, mais bien rechercher les hypothèses dans lesquelles la loi est à l'origine des obligations. C'est seulement dans ces circonstances que l'on peut dire que la loi est source d'obligation au même titre que la volonté individuelle. Le point essentiel n'est donc pas la définition de l'obligation légale, ou le fait de savoir s'il s'agit de la loi naturelle ou civile, mais plutôt de bien définir ce qu'il faut entendre par source d'obligation. Et c'est justement en recherchant quelles sont les véritables sources des obligations que Vizioz pourra proposer une classification intéressante et très détaillée, notamment sur les obligations naissant de la loi.

Planiol, de qui Vizioz s'est beaucoup inspiré, en est donc venu à consacrer l'idée qui s'est développée tout au long du XIXe siècle selon laquelle la loi serait la source de toutes les obligations non contractuelles. Même si cette théorie était la plus répandue, certains auteurs ne se sont pas contentés de faire de la loi une des deux sources des obligations avec le contrat, ils ont été jusqu'à faire de la loi la seule et unique source de toutes les obligations.

⁸⁰⁷ VIZIOZ (H.), *Op. Cit.*, p. 229.

Section 2 : La loi, seule et unique source d'obligation⁸⁰⁸.

Si l'on s'en tient à la lettre du Code civil, la loi n'était qu'une des sources des obligations au même titre que le contrat, le délit, le quasi-délit et le quasi-contrat. Nous venons de voir qu'au fil du XIXe siècle, la loi a été considérée par un certain nombre d'auteurs comme la source de tous les engagements qui se forment sans convention. Mais la montée en puissance de la loi en tant que source des obligations ne s'arrête pas là, puisque quelques auteurs ont même été jusqu'à considérer que la loi était la seule et unique source des obligations. Toullier est sans doute le premier à émettre cette idée mais il s'est par la suite ravisé pour finalement l'abandonner (§1), ce que Marcadé lui reproche vivement, lui qui développe l'idée selon laquelle c'est toujours la loi qui est à l'origine des obligations (§2). Nous étudierons également la classification originale sous-entendue par Demolombe, qui combine la loi civile et la loi naturelle en tant que source de toutes les obligations (§3). Enfin nous terminerons en étudiant une autre hypothèse originale, celle de Gouplet qui, dans sa thèse, tente également de prouver que la loi est en réalité la seule et unique source des obligations (§4).

⁸⁰⁸ On retrouve cette idée dans la pensée de Locke mise en évidence par L. Jaume, dans son ouvrage sur les origines du libéralisme : JAUME (L.), *Les origines philosophiques du libéralisme*, Flammarion, 2010, p. 127-166 : « L'obligation et ses motivations » : La loi naturelle est source d'obligations contractuelles en ce qu'elle impose au hommes de respecter la parole donnée, et parce que le législateur doit également au travers de la loi civile rester fidèle à la loi de nature : « Le concept de l'obligation chez lui (Locke) suppose toujours une prise en compte des mobiles qui font que l'homme consent à la loi (loi naturelle voulue par Dieu ou loi civile) » p. 129.

§1 : Un repenti : Toullier.

Nous avons déjà évoqué à plusieurs reprises l'évolution de la pensée de Toullier entre le Tome 6 et le Tome 11 de son ouvrage⁸⁰⁹. Nous allons à présent nous intéresser plus particulièrement à la première classification qu'il évoque au Tome 6, et qui fait de la loi la seule et unique source de toutes les obligations, puis nous étudierons également les raisons invoquées par Toullier lui-même afin de la réfuter dans le Tome 11.

Cette classification est proposée par Toullier lors de la présentation du titre 3 du livre 3 du Code civil consacré aux contrats et obligations conventionnelles. Cette classification s'appuie sur la définition de l'obligation en droit romain⁸¹⁰ (le *vinculum juris*) : « Toute obligation vient donc de la loi, *vinculum juris* ; c'est la loi qui la produit, en nous imposant la nécessité ou la contrainte morale de faire les actions qu'elle commande, d'éviter celles qu'elle défend, et de souffrir celles qui sont permises »⁸¹¹. Toullier est d'ailleurs le seul auteur à se référer à la définition romaine de l'obligation, en en faisant une lecture positiviste, pour en déduire sa classification. Ce qui fait dire à Toullier que toute obligation vient de la loi, c'est l'expression « *secundum nostrae civitatis jura* ». Toullier en déduit que toute obligation suppose une loi antérieure qui l'impose aux citoyens. Sans loi, il ne peut y avoir d'obligation. On pourrait reprocher ici à Toullier de commettre une confusion car, si effectivement une obligation doit être prévue par la loi pour s'imposer, cela ne veut pas dire pour autant que la loi en soit la source première, sauf à adopter une conception positiviste du droit ne prenant en considération que la loi civile. Toullier poursuit son explication en précisant qu'il existe des variations : « Toute obligation vient de la loi, soit immédiatement par un simple acte de la volonté du législateur, soit par le moyen de la volonté ou du fait de l'homme »⁸¹². Donc, l'obligation vient effectivement toujours de la loi même si, parfois, elle est accompagnée de la

⁸⁰⁹ TOULLIER (C.B.M.), DUVERGIER (J.B.), *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, Paris, Cotillon, 1845, 6^e éd.

⁸¹⁰ *Inst.* III. 13 pr. « *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura* ».

⁸¹¹ TOULLIER (C.B.M.), DUVERGIER (J.B.), *Op. cit.*, Tome 6, n° 3 p. 2.

⁸¹² *Ibidem*.

volonté ou d'un fait de l'homme. Ces hypothèses renvoient, en ce qui concerne la volonté, aux contrats, et, en ce qui concerne le fait de l'homme, aux quasi-contrats, quasi-délits et délits. Le fait de dire que les engagements non contractuels trouvent leur origine dans la loi n'est pas exceptionnel. Nous avons vu qu'une grande partie de la doctrine du XIXe siècle le pensait également. Il est plus original en revanche de considérer que les obligations contractuelles naissent également de la loi. Toullier l'exprime de la manière suivante : « les conventions elles-mêmes n'obligent qu'en vertu de la loi qui commande de tenir la parole qu'on a donné »⁸¹³. Toullier ne semble pas considérer ce que d'autres appellent la source première des obligations. La preuve en est lorsqu'il écrit : « Il y a donc des obligations imposées par la loi immédiatement, sans le concours de la volonté (1370) ou même contre la volonté des personnes obligées ; il y en a d'autres que la loi n'impose que par le moyen ou par la suite de leur volonté, comme un effet de cette volonté qu'elle sanctionne. Ce sont les obligations conventionnelles produites immédiatement par les contrats »⁸¹⁴. Il serait plus juste de considérer simplement que la loi civile joue un rôle dans toutes les obligations, mais il est difficile de dire que c'est la source de toutes les obligations. S'agissant des contrats, la loi n'intervient qu'au niveau de la sanction et non de la formation de l'obligation. Il est évident que si l'on se place d'un point de vue strictement juridique, toute obligation pour être imposée doit être prévue par la loi, et dans ce cas là, effectivement, toute obligation vient de la loi. Mais si on regarde les choses d'une manière plus générale et que l'on recherche la cause première des obligations, la source qui leur donne naissance, alors, il n'est pas possible de considérer que c'est la loi civile qui est à l'origine de toutes les obligations. C'est d'ailleurs le reproche que fera Marcadé à Toullier en critiquant sa classification et que nous étudierons ultérieurement. Mais Toullier aperçoit lui-même les limites de cette approche positiviste des sources des obligations et apporte une rectification dans le Tome 11 de son ouvrage.

C'est en abordant le titre 4 du livre 3 consacré aux engagements qui se forment sans convention que Toullier revoit sa classification des sources des obligations. Il considère désormais qu'à côté de la loi, la volonté peut être source d'obligation : « En réfléchissant attentivement sur la source des engagements, on ne trouve que deux causes vraiment

⁸¹³ TOULLIER (C.B.M.), DUVERGIER (J.B.), *Op. cit.*, Tome 6, n° 4 p. 2.

⁸¹⁴ TOULLIER (C.B.M.), DUVERGIER (J.B.), *Op. cit.*, Tome 6, n° 4 p. 2 et 3.

génératrices des obligations, la volonté de l'homme et la loi »⁸¹⁵. Il est à noter que cette fois-ci, son vocabulaire est beaucoup plus clair, car il parle effectivement de cause génératrice des obligations. Ce qui a fait évoluer Toullier, c'est qu'il reconnaît dès lors que la volonté de l'homme seule peut suffire à faire naître une obligation sans qu'il soit besoin de l'intervention de la loi : « L'obligation est parfaite par sa volonté seule, sans l'intervention de la loi, qui n'intervient, *ex post facto*, que pour lui prêter sa force, et pour en garantir l'exécution ou l'accomplissement, en contraignant l'obligé d'accomplir sa promesse, en cas qu'il ait l'injustice de s'y refuser ou de la violer ; mais non pour donner naissance à l'obligation »⁸¹⁶. Toullier abandonne le point de vue adopté dans le Tome 6 : si la loi intervient effectivement pour garantir l'exécution des contrats, elle n'est pour rien dans la naissance de l'obligation. Il a ici recherché effectivement la cause première de l'obligation, celle qui lui donne naissance et il en a déduit que « Les obligations conventionnelles sont produites immédiatement par la volonté de l'homme ; elles existent indépendamment de la loi »⁸¹⁷. Il est donc intéressant de noter cette évolution dans la pensée de Toullier et cette remise en question qui lui fait dire désormais que la volonté de l'homme seule peut être source d'obligation. Il abandonne son point de vue positiviste pour une conception plus subjectiviste. Il insiste d'ailleurs longuement sur son changement d'avis (y compris en note où il en développe les raisons), qu'il qualifie d'erreur induite par un manque d'exactitude, ce qui est assez rare pour être souligné. Toutefois, cette remise en question et l'évolution de sa vision de la classification des sources des obligations n'entraîneront pas l'unanimité de la doctrine. Pour Marcadé, aucune des ces deux visions de la classification des sources n'est juste et il reprochera longuement à Toullier de ne pas avoir su trouver le bon angle d'approche pour traiter des sources des obligations. A priori, Marcadé et Toullier semblaient avoir des conceptions proches puisque tout deux considéraient que la loi était la seule source d'obligation mais en réalité, leurs visions de la loi en tant que source d'obligation est bien différente.

⁸¹⁵ TOULLIER (C.B.M.), DUVERGIER (J.B.), *Op. cit.*, Tome 11, n° 2 p. 2.

⁸¹⁶ TOULLIER (C.B.M.), DUVERGIER (J.B.), *Op. cit.*, Tome 11, n° 3 p. 2

⁸¹⁷ TOULLIER (C.B.M.), DUVERGIER (J.B.), *Op. cit.*, Tome 11, n° 4 p. 2.

§2 : la classification de Marcadé.

Après avoir critiqué la mauvaise rédaction du Code civil et s'être opposé aux avis de Toullier et Duranton sur la question, Marcadé expose sa vision de la classification des sources des obligations en présentant la catégorie des obligations qui naissent de l'autorité seule de la loi (article 1370 du Code civil). Il tente d'expliquer pourquoi cette catégorie est placée spécialement sous l'égide de la loi alors que, selon lui, « toutes les autres obligations, sans distinction, viennent également de la loi : toute obligation civile, quelle qu'elle soit, vient d'un principe de l'équité naturelle, sanctionné par la loi positive »⁸¹⁸. Les choses sont donc clairement définies pour Marcadé : à l'origine, un principe d'équité naturelle justifie l'existence d'une obligation, qui est ensuite garantie par la loi civile. Dans la théorie de Marcadé, c'est donc la loi naturelle qui est la source première des obligations, puisque le rôle du législateur n'est alors que de reprendre celles-ci dans ses lois (notamment le Code civil). Le fait de dire que la loi naturelle est source d'obligation n'est pas nouveau, nous l'avons déjà vu, ce qui l'est plus est de dire qu'elle est la source de toutes les obligations, y compris du contrat. Pour se justifier, il expose quels sont les différents principes de droit naturel à l'origine de chaque obligation. Le quasi-contrat trouve son fondement dans le principe que nul ne doit s'enrichir au dépens d'autrui ; Le délit et le quasi-délit, du principe que tout dommage causé doit être réparé par l'auteur de ce fait. Quant au contrat, qui contrairement aux autres sources précédentes n'est jamais rattaché à la loi, Marcadé explique que « l'obligation vient également de la loi, qui sanctionne et fait respecter ce principe d'équité que tout homme doit tenir sa parole et remplir ses promesses »⁸¹⁹. Il conclut donc en affirmant : « L'obligation vient donc de la loi dans tous les cas possibles »⁸²⁰. On pourrait reprocher à Marcadé d'avoir une vision un peu simpliste, notamment à propos du contrat, et lui opposer que dans ce cas ce n'est pas la loi qui fait naître l'obligation mais bien l'accord de volonté. La loi ne faisant que tirer les conséquences de cet accord. Mais l'explication de sa classification ne s'arrête pas là : il fait entrer en considération un élément déterminant entre

⁸¹⁸ MARCADE (V.), *Op. Cit.*, Tome 5, n° 2 p. 245.

⁸¹⁹ *Ibidem.*

⁸²⁰ *Ibidem.*

ces différentes obligations, qui est le fait. Marcadé explique que dans les quatre premières obligations (le contrat, délit, quasi-délit et quasi-contrat), « il existe, à côté de la loi et avant son intervention, un fait de l'homme qui n'existe plus dans la cinquième (la loi), et le Code se sert du nom générique de ce fait pour distinguer les différentes catégories »⁸²¹. Ainsi, ce fait serait donc l'accord de volontés des parties dans le contrat, le dommage causé dans les délits et quasi-délits, la gestion de l'affaire d'autrui ou le paiement indu dans le quasi-contrat. Mais Marcadé ajoute ensuite que, même pour la cinquième source, c'est-à-dire la loi, il y a également des circonstances qui déterminent l'intervention de la loi, « et ici comme dans les quatre autres cas, le législateur ne fait que sanctionner une obligation de conscience, de justice naturelle, qu'il voit préexister »⁸²². Par exemple, l'obligation de se soumettre à la mission de tuteur procède de la loi naturelle qui impose de ne pas laisser sans protection un enfant ; la loi qui impose de subvenir aux besoins de son père indigent ne fait que consacrer une obligation écrite dans notre conscience. Mais la différence entre cette source d'obligation et les quatre autres est qu'il n'existe pas un terme générique pour désigner le fait qui en est à l'origine : « les circonstances variées qui peuvent se rencontrer ici ne sauraient être rangées sous une expression générique et les embrassant toutes, le Code, toujours d'après Pothier, désigne ici la source de l'obligation par la loi même, ce qui suffit pour distinguer la cinquième classe, puisque chacune des quatre autres porte une désignation différente »⁸²³. Marcadé répond ainsi à ceux qui reprochent aux rédacteurs du Code d'avoir inscrit dans celui-ci que certaines obligations naissent de l'autorité seule de la loi, et d'avoir ainsi créé une catégorie « fourre tout ». Selon lui, dire que certaines obligations naissent de l'autorité seule de la loi, c'est dire qu'il n'y a pas un fait particulier qui leur donne naissance mais il y a tout de même des circonstances particulières, révélées par le droit naturel, à leur origine. Il explique ainsi le sens du mot « seule » utilisé par les rédacteurs du Code : « le mot *seule* n'a pas un sens absolu, mais un sens relatif : on veut dire que la loi est seule en ce qu'elle n'est accompagnée ni d'un contrat, ni d'un quasi-contrat, ni d'un délit, ni d'un quasi-délit ;..., on ne veut pas dire qu'elle soit seule absolument, et qu'il n'ait existé aucune circonstance ayant déterminé son

⁸²¹ MARCADE (V.), *Op. Cit.*, Tome 5, n° 2 p. 246.

⁸²² *Ibidem.*

⁸²³ *Ibidem.*

intervention par la formation d'un engagement de raison et d'équité naturelle »⁸²⁴. Il résume donc la classification des sources des obligations de la manière suivante : « Ainsi l'obligation vient : 1° du contrat et de la loi, 2° du quasi-contrat et de la loi, 3° du délit et de la loi, 4° du quasi-délit et de la loi ; 5° enfin, de quelque circonstance autre que les quatre ci-dessus et de la loi, de la loi qui, bien que principe commun aux cinq classes d'obligations, présente ainsi une appellation spéciale à la dernière »⁸²⁵. On en revient donc à la classification du Code civil. Les rédacteurs n'ont fait que dénommer les différentes sources d'obligation par le fait qui en est à l'origine lorsque ce fait est clairement identifiable (un accord, un délit) et permet de singulariser le cas en cause. C'est par commodité et pour la clarté que le Code civil parle d'obligation contractuelle ou délictuelle, il prend acte de l'habitude prise à qualifier de contrat ou de délit le fait auquel la loi rattache l'obligation. Dans les autres cas, à défaut d'habitude ou quand il n'y a pas de qualification possible à l'avance, il parle d'obligation légale à défaut d'être plus précis. Marcadé justifie ainsi la classification du Code, tout en présentant le fondement des sources des obligations qui, selon lui, se trouve dans la loi.

En outre, il pousse plus loin son explication lorsqu'il critique les idées de Toullier. Il se sert des différents points de vues de ce dernier afin de préciser les rôles respectifs de la loi naturelle et de la loi civile dans la naissance des obligations. Marcadé reproche à Toullier d'être passé dans son ouvrage d'un extrême à l'autre lorsqu'il a changé d'avis à propos des sources des obligations. Comme nous l'avons vu précédemment, dans un premier temps, Toullier considérait que toute obligation trouvait son origine dans la loi civile⁸²⁶, puis, il a abandonné cette idée au tome 11 de son ouvrage, allant même jusqu'à reconnaître que pour les obligations conventionnelles, la loi civile n'avait aucun rôle à jouer⁸²⁷. Selon Marcadé, aucune de ces deux propositions n'est exacte et il en fait la démonstration de la manière suivante. Selon lui, le problème de Toullier tient au fait qu'il essaye de séparer deux choses qui sont nécessairement réunies dans l'obligation : « Le lien purement moral et naturel » et

⁸²⁴ MARCADE (V.), *Op. Cit.*, Tome 5, n° 4 p. 248.

⁸²⁵ MARCADE (V.), *Op. Cit.*, Tome 5, n° 3 p. 246.

⁸²⁶ TOULLIER (C.B.M.), DUVERGIER (J.B.), *Op. cit.*, Tome 6, n° 3 p. 2.

⁸²⁷ TOULLIER (C.B.M.), DUVERGIER (J.B.), *Op. cit.*, Tome 11, n° 2-6 p. 2 et 3.

« le lien purement juridique et civil »⁸²⁸. Ainsi, l'erreur de Toullier a été de considérer dans un premier temps l'obligation seulement dans son aspect purement civil, et alors il est vrai de dire que toute obligation naît de la loi civile, puis dans un second temps, sous son aspect purement naturel, et alors il est exact que l'obligation conventionnelle est parfaite sans intervention de la loi, par le seul effet de l'échange des consentements conformément aux enseignements du droit naturel. Mais Marcadé précise que si ces deux propositions peuvent être vraies tour à tour en fonction du point de vue adopté, dans tous les cas elles « sont fausses et incomplètes toutes deux, quand on se place au vrai point de vue et qu'on envisage l'objet entier... »⁸²⁹. Toullier n'a donc proposé que des explications partielles des sources des obligations en s'occupant tantôt de l'aspect civil, tantôt de l'aspect naturel ; Marcadé formule lui une explication qui englobe l'obligation dans son entier, qui ne sépare pas la loi civile de la loi naturelle. Toutes les deux interviennent à des stades différents dans la formation des obligations : « L'obligation, dans notre droit français, c'est la réunion des deux liens moral et juridique ; c'est l'obligation naturelle, légalisée et devenue obligation civile par la sanction du droit positif »⁸³⁰. On ne peut donc pas expliquer la naissance des obligations uniquement sous l'aspect civil ou naturel, mais par l'effet d'une combinaison des deux. Quel est le rôle joué par ces deux aspects ? Marcadé répond de manière extrêmement claire : « Dans la génération de toute obligation on trouve, et la loi naturelle comme cause médiate, primitive et plus éloignée, et la loi civile comme cause immédiate, définitive et plus rapprochée. L'obligation implique, à côté du lien juridique qui ne peut venir que du droit civil, le lien moral qui vient de la conscience »⁸³¹. Marcadé concilie positivisme et jusnaturalisme dans sa conception des sources des obligations. La loi civile et la loi naturelle sont, en même temps, les causes génératrices de l'obligation : il y a donc obligation quand ces deux lois s'accordent sur un point particulier, pour traiter ce fait comme une cause d'obligation.

Ainsi, on ne peut dire comme certains auteurs que toute obligation vient de la loi naturelle ou de la loi civile, mais plutôt du concours des deux. Cela concerne l'origine des

⁸²⁸ MARCADE (V.), *Op. Cit.*, Tome 5, n°4 p. 250.

⁸²⁹ *Ibidem.*

⁸³⁰ *Ibidem.*

⁸³¹ *Ibidem.*

obligations, qui, dans tous les cas, se trouve dans la loi, ou plutôt les lois (naturelle et civile) selon Marcadé. Mais cela ne permet pas de différencier les diverses espèces d'obligations, c'est pourquoi les rédacteurs du Code ont choisi un autre critère de distinction : le fait, qui est l'élément discriminant selon Marcadé. C'est ce qu'ont fait les rédacteurs du Code en nommant les différentes sources d'obligations en fonction du fait qui était à leur origine, comme nous l'avons vu précédemment. Finalement, Marcadé ne remet pas en cause la classification du Code, il ne fait que préciser le rôle de la loi dans la naissance des obligations et justifier cette classification. Mais il est intéressant de voir que là où, auparavant, les auteurs justifiaient la classification du Code civil par la prépondérance du contrat parmi les sources des obligations, c'est désormais en fonction du rôle essentiel de la loi qu'est expliquée celle-ci. Cela illustre parfaitement l'évolution subie par le droit des obligations au cours du XIX^e siècle. Marcadé n'est d'ailleurs pas le seul à faire de la loi la source de toutes les obligations. Dans la même ligne, Demolombe puise dans une combinaison entre la loi civile et la loi naturelle une classification des sources des obligations intéressante.

§3 : La classification de Demolombe.

Demolombe livre une analyse très détaillée des différentes classifications proposées par Toullier ou encore Larombière. Il critique longuement les différents points de vues de ces auteurs, et c'est en faisant cette analyse des différentes classifications que l'on retrouve dans la doctrine que Demolombe présente une classification assez originale des sources des obligations : « Toutes les obligations dérivent, à la fois de deux sources, dont la réunion y est, en effet indispensable ; à savoir : De la loi naturelle et de la loi civile »⁸³². Demolombe explique que comme il s'agit d'obligations civiles que nous étudions, elles sont forcément reconnues par le législateur, donc la loi civile intervient dans toutes les obligations. Mais d'un autre côté, comme Pothier l'avait fait avant lui, il reconnaît que la loi naturelle est la source au moins médiate de toutes les obligations, et que c'est la loi civile qui les consacre et leur

⁸³² DEMOLOMBE (C.), *Op. Cit.*, tome 31, n° 14 p. 15.

imprime la force juridique : « Cette intervention de la loi civile est d'ailleurs plus ou moins directe, suivant le caractère du fait d'où l'obligation procède d'après la loi naturelle »⁸³³. Et c'est la-dessus que va reposer la classification de Demolombe, sur le rapport entre l'intervention de la loi civile et la loi naturelle dans les différentes obligations. Dans les obligations conventionnelles, Demolombe précise que si l'obligation naît effectivement de la convention (d'après la loi naturelle), la loi civile intervient pour « sa formation civile, avec la force juridique, qui s'y attache »⁸³⁴. Quant aux obligations qui se forment sans convention, là encore c'est la loi naturelle qui en est à l'origine : « C'est la loi naturelle avec ses maximes éternelles et inaltérables : que le droit de propriété est sacré, et ne peut pas être enlevé au propriétaire sans son consentement ; que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui ; que chacun est tenu de réparer le dommage qu'il a causé par sa faute »⁸³⁵. La loi civile vient ensuite consacrer ces maximes par des textes (art. 555, 861, 1241, 1312, 1381, 1382). Il précise même ensuite que c'est d'abord le fait personnel qui est à l'origine de l'obligation d'après la loi naturelle, et qu'ensuite c'est la loi civile qui leur imprime « le caractère des obligations, dont l'exécution peut être demandée en justice »⁸³⁶. Une fois encore, on a donc l'origine de l'obligation qui se trouve dans la loi naturelle, et qui fait naître le principe de l'obligation d'un fait que la loi civile rend exécutoire.

Enfin, concernant les obligations qui d'après le Code naissent de l'autorité seule de la loi, là encore « il faut assigner la double origine d'où procède toute obligation ; à savoir : la loi naturelle et la loi civile »⁸³⁷. Demolombe reprend l'argumentaire de Marcadé pour dire que dans le Code l'expression « autorité seule » n'a pas un sens exclusif mais relatif, et donc qu'il ne faut pas en conclure qu'aucune autre circonstance n'intervient dans leur formation. Il cite également Pothier qui, tout en reconnaissant que certaines obligations ont la loi civile comme seule et unique cause immédiate, admettait que la loi naturelle est la cause médiante de toutes les obligations. Donc, pour les obligations légales également, c'est la loi naturelle qui

⁸³³ DEMOLOMBE (C.), *Op. Cit.*, tome 31, n° 15 p. 15.

⁸³⁴ DEMOLOMBE (C.), *Op. Cit.*, tome 31, n° 16 p. 16.

⁸³⁵ DEMOLOMBE (C.), *Op. Cit.*, tome 31, n° 17 p. 17.

⁸³⁶ DEMOLOMBE (C.), *Op. Cit.*, tome 31, n° 18 p. 18.

⁸³⁷ DEMOLOMBE (C.), *Op. Cit.*, tome 31, n° 19 p. 18.

reconnaît des obligations dans certaines circonstances, même en l'absence d'un fait de l'homme, et que la loi civile consacre. Demolombe va même encore plus loin en exprimant que même ces obligations trouvent leur origine : « les obligations, qui, d'après notre texte, *résultent de l'autorité seule de la loi*, sont toujours aussi fondées sur un fait, qui en est le vrai principe générateur »⁸³⁸. Par exemple, à propos des engagements formés entre propriétaires voisins imposés par la loi, ils résultent « de la contiguïté ou du voisinage des propriétés, qui en est la cause première »⁸³⁹.

Cette constatation amène donc Demolombe à reconnaître que toutes les obligations puisent leur origine dans un fait : « C'est, en effet, une maxime élémentaire que toutes les obligations prennent naissance dans un fait. Et cette maxime est applicable aux obligations, qui résultent de la loi, aussi bien qu'aux obligations, qui résultent des contrats, des quasi-contrats, des délits ou des quasi-délits »⁸⁴⁰. Pour résumer la pensée de Demolombe en matière de source d'obligation, on peut dire que toute obligation trouve son origine dans un fait, personnel ou non, duquel la loi naturelle fait naître une obligation qui est ensuite rendue juridiquement obligatoire par la loi civile. On retrouve donc le même schéma pour toutes les obligations, et on en revient donc à la remarque de Marcadé : la seule chose qui permet de différencier les obligations et donc de les classer, c'est le fait qui en est à l'origine. Demolombe ne va pas jusqu'à cette conclusion car il ne propose pas de classification, mais c'est le constat qu'amène son analyse. Ainsi, s'il critique la rédaction de certains articles du Code civil en rapport avec les sources des obligations, il ne remet pas en cause la classification en elle-même et il suit l'ordre du Code pour étudier les différentes sources d'obligation. Mais si l'on s'interroge une fois encore seulement sur la cause première de l'obligation, celle qui lui donne naissance, on constate que c'est la loi naturelle, la loi civile n'intervenant que postérieurement pour consacrer juridiquement l'obligation. Toujours est-il que cette analyse de Demolombe, dans laquelle il rejette notamment la classification contrat/loi, fait une grande place au rôle de la loi, civile et naturelle, ce qui illustre une fois encore la montée en puissance de cette source qui, au début du siècle était à peine évoquée

⁸³⁸ DEMOLOMBE (C.), *Op. Cit.*, tome 31, n° 21 p. 19.

⁸³⁹ DEMOLOMBE (C.), *Op. Cit.*, tome 31, n° 21 p. 20.

⁸⁴⁰ DEMOLOMBE (C.), *Op. Cit.*, tome 31, n° 21 p. 19.

comme source résiduelle d'obligation. Donc, plus qu'une classification qui ferait de la loi la seule et unique source d'obligation et qui de ce fait n'aurait pas grand intérêt, ce qu'il faut retenir de Marcadé et Demolombe, c'est le recentrage de la classification autour de la loi et non plus autour de la volonté individuelle. Là où au début du siècle, on ne voyait dans la classification du Code civil que la consécration de la supériorité du contrat comme source d'obligation prépondérante, certains auteurs considèrent désormais que c'est la loi qui est à l'origine de toutes les obligations. Mais, il est également à noter que le fait est de plus en plus fréquemment cité par les auteurs comme ayant un rôle déterminant à jouer dans la naissance des obligations, et nous verrons que cela va inspirer une partie de la doctrine.

Avant d'aborder cette nouvelle classification prenant le fait en considération, il nous reste à étudier un dernier auteur considérant la loi comme source unique d'obligation, mais présentant une explication assez originale.

§ 4 : La vision originale de Goublet.

Goublet, dans sa thèse sur la notion de quasi-contrat⁸⁴¹, s'attarde sur la classification des sources des obligations et plus particulièrement sur le rôle essentiel joué selon lui par la loi. Il considère les obligations comme faisant partie de la masse des richesses d'un individu et c'est en fonction de cette masse qu'il va considérer la classification des sources des obligations. En effet, les obligations permettent d'augmenter ou de diminuer la masse, et c'est en étudiant les origines des rapports entre cette masse et les obligations qu'il va déduire que c'est toujours la loi qui est source d'obligation. Il commence son exposé en se rangeant derrière l'avis de Toullier et Planiol, en reconnaissant qu'il existe deux sources d'obligation, la convention et la loi. Il reprend d'ailleurs le raisonnement de Planiol pour justifier que tous les engagements non conventionnels naissent de la loi. Cependant, Goublet se demande

⁸⁴¹ GOUBLET (G.), *La notion du quasi-contrat : Classification rationnelle des sources d'obligations*, Paris, Girard et Brière, 1904.

pourquoi les partisans de la classification contrat/loi n'ont pas poussé la généralisation plus loin en reconnaissant que c'est toujours la loi qui est source des obligations, y compris en ce qui concerne les contrats : « Nous ne voyons pas pourquoi ces auteurs ne sont pas allés jusqu'à dire que les obligations conventionnelles étaient, elles aussi, des obligations légales »⁸⁴². Selon lui, il faut considérer la masse des biens d'un individu sous l'aspect obligatoire. Celle-ci comprend toutes les obligations à la charge des personnes envers le titulaire de la masse. Ces obligations ont, selon Gouplet, « pour motif la crainte d'une lésion injuste pour autrui, qu'il s'agit d'éviter »⁸⁴³. Il poursuit en expliquant que cette lésion injuste peut provenir aussi bien de la violation d'une obligation conventionnelle que d'une obligation légale. Il prend ici appui sur Planiol, qui avait reconnu que « la différence que l'on fait entre la faute contractuelle et la faute délictuelle manque entièrement de base ; ce n'est qu'une sorte d'illusion résultant d'un examen superficiel »⁸⁴⁴. La réparation de cette lésion est toujours imposée par la loi, qui « n'intervient que pour transformer ces obligations intellectuelles en choses matérielles, lorsqu'elles ont été violées »⁸⁴⁵. Ainsi, il considère que c'est toujours la loi qui est la source des obligations en ce qu'elle impose la réparation des lésions causées que ce soit à la suite du non respect d'une obligation contractuelle ou d'une obligation délictuelle. Pour Gouplet, c'est donc la loi civile qui serait toujours à l'origine des obligations. Le problème est qu'il ne développe pas beaucoup cette théorie, il ne fait qu'émettre une hypothèse, car il se concentre dans la suite de sa thèse sur l'étude des engagements non conventionnels de l'article 1370 du Code civil, et particulièrement sur les quasi-contrats. Il remet en cause l'existence de ces derniers et propose une autre classification concernant l'ensemble des obligations légales, c'est pourquoi il ne développe pas plus l'idée que nous venons d'aborder. D'autant plus que le fait de dire que toutes les obligations viennent de la loi civile ne permet pas de classer efficacement les sources des obligations. Cependant, on peut faire à Gouplet le même reproche qu'à Toullier, c'est-à-dire de ne pas rechercher la cause efficiente des obligations. Il dit en effet clairement que dans toutes les hypothèses la loi ne fait qu'intervenir pour transformer des obligations intellectuelles en choses matérielles. Elle ne

⁸⁴² GOUBLET (G.), *Op. Cit.*, n° 59 p. 35.

⁸⁴³ GOUBLET (G.), *Op. Cit.*, n° 60 p. 36.

⁸⁴⁴ PLANIOL (M.), *Op. Cit.*, n° 914 p. 278.

⁸⁴⁵ GOUBLET (G.), *Op. Cit.*, n° 60 p. 36.

donne donc pas naissance aux obligations, et à ce titre la loi ne fait qu'intervenir pour consacrer, transformer, ou faire exécuter l'obligation. Nous reviendrons toutefois sur le travail de Goublet qui est beaucoup plus précis en ce qui concerne la remise en cause de la notion de quasi-contrat.

Nous venons de voir au travers de ce chapitre que la doctrine du XIXe siècle s'est progressivement appuyée sur la loi pour construire la classification des sources des obligations. La loi qui dans un premier temps n'était qu'une source résiduelle d'obligation est devenue la source génératrice de toutes les obligations non contractuelles. Le fait de trouver une définition positive aux sources non contractuelles a permis de développer une véritable classification bipartite et ainsi de tourner le dos à la classification de Justinien ou à celle de Pothier. Cette classification contrat/loi qui était présente dans l'esprit des rédacteurs du Code mais qui n'était pas apparente dans le plan du Code civil a connu un vif succès au fil du XIXe siècle, même si différents courants se sont opposés, mettant en avant certains de ses défauts. On retrouve d'ailleurs cette classification dans le projet de code international⁸⁴⁶ de David Field de 1881. Dans le titre XXVI consacré aux obligations, l'article 598 stipule : « L'obligation naît : 1. D'une convention entre parties, ou 2. De l'effet de la loi »⁸⁴⁷. Cela confirme donc le succès de cette classification à la fin du XIXe siècle, et sa généralisation. Le principal mérite de cette classification et de ses tenants sera donc d'avoir permis une rupture avec la classification du Code civil et d'avoir ainsi généralisé la bipartition. Le fait d'abandonner la classification du Code, ainsi que les interrogations sur le

⁸⁴⁶ FIELD (D.), *Projet d'un code international*, Paris, Pédone-Lauriel, 1881 : Field était un avocat américain, docteur en droit et ancien membre du congrès, amoureux des codifications et admirateur du Code civil français, il est le rédacteur des Codes de New-York. Ce projet de Code international a vu le jour à son initiative : il propose, en 1866, lors de la réunion de l'association anglaise pour le progrès des sciences sociales à Manchester, qu'une commission soit créée afin de rédiger un projet de Code international. Mais devant les difficultés de communication entre les différents membres de cette commission, Field pris l'entière responsabilité de la rédaction du projet qu'il acheva en 1872.

⁸⁴⁷ FIELD (D.), *Op. cit.*, art. 598 p. 458.

rôle réel de la loi dans la naissance des obligations vont ensuite entraîner une remise en cause des sources classiques d'obligation et notamment du quasi-contrat. On comprend donc l'importance des débats et des réflexions autour de la loi que nous venons d'étudier pour l'évolution de la classification des sources des obligations. Si ce chapitre a mis en évidence l'importance grandissante reconnue par les auteurs à la loi, et nous a montré qu'il existe une interaction entre la définition des obligations et la classification des sources, et si comme nous venons de le voir, la définition des sources influence la classification, la réciproque est également vraie. Nous allons voir dans le dernier Chapitre de cette partie comment l'évolution de la classification des sources des obligations tout au long du XIXe siècle a permis une remise en cause des sources classiques des obligations. Nous nous intéresserons particulièrement au cas du quasi-contrat, et nous verrons que sans la remise en cause de la classification du Code civil par la doctrine du XIXe siècle, celle du quasi-contrat n'aurait sans doute pas abouti.

Chapitre 2 : Le quasi-contrat victime de la promotion de la loi.

Comme nous l'avons vu dans la première partie⁸⁴⁸, la notion de quasi-contrat semblait être bien cernée dans l'esprit des rédacteurs du Code civil. Ils considéraient le quasi-contrat comme un fait volontaire, dont il résulte un engagement unilatéral ou réciproque des parties, ce fait étant rendu obligatoire par la loi. A aucun moment, il n'était question d'une quelconque ressemblance avec le contrat, ou de considérer que le quasi-contrat est presque un contrat, comme c'était parfois le cas parfois sous l'ancien droit. Mais le problème est que la rédaction finale du Code civil ne dégage pas autant de clarté que les travaux préparatoires. En effet, l'article 1371 ne précise pas que c'est la loi qui est à l'origine de l'obligation, et on ne sait pas non plus si la liste des quasi-contrats est exhaustive ou non. L'article 1370 du Code civil est également critiquable en ce qu'il parle d'un fait personnel à l'obligé. Ces maladresses et imprécisions dans la rédaction du Code civil vont encourager différentes interprétations doctrinales au XIXe siècle. Les auteurs développent différentes théories autour du quasi-contrat, et notamment celle faisant du quasi-contrat un « presque-contrat », dans lequel le consentement est seulement présumé. Dans le même temps, les auteurs s'éloignent de plus en plus du Code en ce qui concerne la classification des sources des obligations, notamment en proposant de nouvelles classifications bipartites. L'abandon de la classification du Code civil coïncide ainsi avec la mise en cause des sources classiques des obligations, et principalement du quasi-contrat. En recherchant le véritable fondement des obligations, certains auteurs se persuadent de l'inutilité de cette notion, au point de prêcher pour son abandon.

Dans le cadre de cette étude sur la remise en cause du quasi-contrat à la fin du XIXe siècle, nous prendrons en considération les travaux de certains auteurs qui datent du tout début du XXe siècle. En effet, ces travaux s'inscrivent dans la continuité du XIXe siècle et la remise en cause des quasi-contrats n'est que la conséquence de l'apparition des nouvelles classifications des sources des obligations. C'est notamment le cas pour les thèses de

⁸⁴⁸ Voir Ière partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §2.

Vizioz⁸⁴⁹ et de Goublet⁸⁵⁰ relatives au quasi-contrat. Ces auteurs reprennent très longuement les différents avis des auteurs du XIXe siècle sur la classification des sources des obligations, avant d'en tirer des conclusions quant à la notion de quasi-contrat. L'existence de ces deux thèses sur la notion de quasi-contrat au tout début du XXe siècle, d'ailleurs souvent citées par la doctrine dominante⁸⁵¹, est un signe de la remise en cause profonde des sources des obligations induites par la doctrine de la fin du XIXe siècle. Il en va de même pour Planiol⁸⁵², dont l'article sur la classification des sources des obligations date de 1904, mais qui s'appuie, là encore, sur la nouvelle classification contrat/loi issue du XIXe siècle pour construire sa critique sur le quasi-contrat.

A ce propos, Vizioz fait directement le lien entre le développement de la loi en tant que source d'obligation et la question du quasi-contrat. Il explique que le principal mérite de cette notion était d'être vague et imprécise, et ainsi de permettre d'y ranger « des choses très diverses qu'on éprouvait de la peine à classer »⁸⁵³. Or, le développement de la loi, en tant que source des obligations, a permis de ranger plus précisément ces obligations si bien que, constate Vizioz, « le quasi-contrat a d'ailleurs perdu peu à peu de son importance à cet égard, à mesure que s'est dégagé le rôle de la loi comme source d'obligations, beaucoup plus séduisante »⁸⁵⁴. Ainsi, les auteurs qui ont développé l'idée de la loi comme source d'obligations se sont progressivement rendu compte de l'inutilité de la notion de quasi-contrat, et c'est ce que nous allons étudier plus en détail dans ce chapitre.

La doctrine du XIXe siècle est loin d'envisager de manière uniforme le quasi-contrat. Certains auteurs ont vu dans le quasi-contrat un presque contrat, alors que d'autres ont recherché son fondement dans la notion d'enrichissement sans cause. Pour certains, le

⁸⁴⁹ VIZIOZ (H.), *La notion de quasi-contrat*, Bordeaux, Cadoret, 1912.

⁸⁵⁰ GOUBLET (G.), *La notion du quasi-contrat : Classification rationnelle des sources d'obligations*, Paris, Girard et Brière, 1904.

⁸⁵¹ Cf. GAUDEMET (E.), *Théorie générale des obligations*, Paris, 1937, rééd. Dalloz, 2004, préf. D. Mazeaud.

⁸⁵² PLANIOL (M.), « Classification des sources des obligations », *Revue critique de législation et jurisprudence*, 1904, p. 224-237.

⁸⁵³ VIZIOZ (H.), *Op. Cit.*, p. 315.

⁸⁵⁴ *Ibidem*.

problème soulevé par la notion de quasi-contrat remonte même au droit romain. Selon Acolas, qui reprend une phrase de Condorcet pour critiquer le droit romain et le quasi-contrat, « le droit romain “ à qui nous avons dû un petit nombre de vérités utiles et beaucoup plus de préjugés tyranniques” (Condorcet, *Esquisse des progrès de l’esprit humain*), le droit romain, s’il n’a pu faire dans cette matière œuvre de tyrannie, a du moins réussi à faire œuvre de science incomplète et fautive ; il a à peine discernée la notion de quasi-contrat »⁸⁵⁵. Nous nous contenterons d’étudier ici les principales critiques portées par les auteurs du XIXe siècle à la notion moderne de quasi-contrat, et principalement celle du Code civil. Nous allons essayer d’étudier les principaux points de vue des auteurs du XIXe siècle sur la notion de quasi-contrat, ainsi que leurs tentatives de définition (Section 1). Mais si de nombreux auteurs du XIXe siècle ont critiqué la notion de quasi-contrat du Code civil, tous l’ont repris dans leurs ouvrages et leurs classifications, et il faut attendre le début du XXe siècle pour que certains auteurs aillent plus loin dans la remise en cause du quasi-contrat et l’abandonnent totalement (Section 2).

⁸⁵⁵ ACOLLAS (E.), *Manuel de droit civil à l’usage des étudiants*, Paris, Thorin, 1869, p. 726.

Section 1 : Les débats autour du quasi-contrat.

La première incertitude dans la rédaction du Code civil relativement aux quasi-contrats réside dans le fait de savoir si la liste des quasi-contrats de l'article 1371 est exhaustive ou non. La doctrine du XIXe siècle s'est penchée sur la question, et c'est en partie ces discussions qui mèneront à l'émergence d'un principe général du quasi-contrat (§ 1). Mais ces auteurs vont également s'interroger sur le fondement de la notion de quasi-contrat. Que signifie cette expression ? Qu'est-ce qui donne naissance à ces quasi-contrats ? C'est en recherchant le véritable fondement de cette notion que les auteurs vont développer des critiques de plus en plus prononcées quant à l'utilité de la notion et entamer la remise en cause du quasi-contrat (§ 2).

§ 1 : La liste des quasi-contrats.

A défaut de précision dans la rédaction du Code civil, il est tentant de se pencher sur les travaux préparatoires mais, là encore, les choses ne sont pas claires. Tarrille dans son discours de présentation du Titre 4 du livre 3 devant le corps législatif énonce clairement : « Cette analyse ne laisse dans le rang des quasi-contrats proprement dits que deux espèces d'engagemens, celui qui résulte de la gestion des affaires d'autrui et celui qui s'engendre par le paiement d'une chose non due »⁸⁵⁶. Cela laisse donc supposer que les seuls quasi-contrats reconnus sont ceux énoncés dans le Code civil aux articles 1371 et suivants. Mais selon Bertrand de Greville, dans son rapport fait devant le Tribunat, le Législateur s'est contenté en matière de quasi-contrat de poser simplement les fondements⁸⁵⁷ : « Vous penserez sans doute qu'il eût été difficile de fournir des exemples de tous les quasi-contrats, et

⁸⁵⁶ FENET (P.A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, Tome 13, p. 482.

d'analyser l'espèce, la nature et l'étendue des engagements qu'ils produisent divisément. Les exemples appartiennent à la doctrine ; le législateur doit seulement poser les fondemens de la loi, et son application, suivant les circonstances et les faits particuliers, rentre dans le domaine des juges. Aussi le projet qui vous occupe s'est-il borné à déterminer des règles générales, et ces règles deviennent suffisantes pour éclairer sur l'étendue des devoirs qui résultent des faits personnels le plus ordinairement en usage dans la société »⁸⁵⁸. Selon lui, il est clair que la liste des quasi-contrats du Code civil n'est pas exhaustive, et qu'il existe d'autres faits personnels susceptibles d'engendrer des obligations. Le problème vient donc du fait qu'en dehors de ces deux avis, il n'y a pas d'éléments de la part des rédacteurs, ni dans la rédaction définitive qui permettent d'affirmer que la liste des quasi-contrats du Code civil est exhaustive. C'est pourquoi on retrouve les deux opinions dans la doctrine du XIXe siècle, mais nous verrons que l'une d'entre elle va dominer, et cela en partie à cause de l'évolution de la définition du quasi-contrat.

La plupart des auteurs du XIXe siècle considèrent que la liste du Code civil n'est pas exhaustive. Tel n'est cependant pas l'avis de Laurent⁸⁵⁹. Il pose la question de savoir si les deux exemples de quasi-contrat du Code civil sont les seuls qui existent dans notre droit français⁸⁶⁰. Selon lui, c'est le cas, car il ne peut y avoir de quasi-contrat sans loi. Il faut donc que les cas de quasi-contrats soient énoncés par le Code civil : « Un fait par lui seul, ne saurait engendrer d'obligation sans l'autorité du législateur. Vainement invoque-t-on l'équité, l'équité est étrangère au droit, en ce sens que, par elle-seule, elle ne crée ni droit ni obligation »⁸⁶¹. Il n'existe donc pas, selon lui, un principe général du quasi-contrat selon lequel tout fait volontaire et licite de l'homme pourrait engendrer une obligation selon l'équité. Il a une vision strictement positiviste des sources des obligations. C'est donc parce qu'il donne un rôle très important à la loi positive que Laurent ne reconnaît pas d'autres cas

⁸⁵⁷ On retrouve ici l'idée de Pothier : « Il y a quantité d'autres exemples de quasi-contrats », BUGNET, *Œuvres de Pothier, Tome II : Traité des obligations*, Paris, Plon, 1861, p. 56.

⁸⁵⁸ FENET (P.A.), *Op. Cit.*, Tome 13, p. 470.

⁸⁵⁹ LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, Paris, Marescq, 1878, 3^e éd.

⁸⁶⁰ LAURENT (F.), *Op. Cit.*, Tome 20, n° 309 p. 339.

⁸⁶¹ LAURENT (F.), *Op. Cit.*, Tome 20, n° 309 p. 340.

de quasi-contrat que ceux énoncés dans le Code civil. Nous étudierons dans le paragraphe suivant sa vision du fondement du quasi-contrat qui explique en partie cette position. Mais la plus grande partie des auteurs du XIXe siècle s'oppose à lui sur ce point et reconnaît, au contraire, qu'il existe bien un principe général du quasi-contrat, et que la liste du Code civil n'est pas exhaustive.

La majorité de la doctrine du XIXe siècle admet donc, suivant en cela Pothier, que la liste des quasi-contrats ne se limite pas aux deux exemples du Code civil⁸⁶². Elle considère en effet que le Code ne fait qu'énoncer un principe selon lequel tous les actes volontaires et licites de l'homme engendrant une obligation sont des quasi-contrats. Ces auteurs considèrent que l'article 1370 du Code civil pose un principe général, qui ne concerne pas seulement les deux exemples qui suivent dans le Code. C'est cette idée qu'exprime très clairement Larombière en disant à propos des quasi-contrats : « Mais l'on comprend qu'il en existe beaucoup d'autres. Car il y a une infinité de faits licites et volontaires, desquels résultent des engagements unilatéraux ou réciproques, sans qu'il soit intervenu entre les parties aucune convention »⁸⁶³. Demolombe est également de cet avis. Il répond point par point aux arguments de Laurent mais, aussi, précise quelque peu le cadre du quasi-contrat, car il trouve les formules de ses prédécesseurs « un peu absolues »⁸⁶⁴. Pour que les faits volontaires et licites se voient attribuer le caractère d'un quasi-contrat, il faut qu'ils rentrent dans la définition prévue à l'article 1371 du Code civil. Et il ajoute : « Il y a, en effet, un certain nombre de faits juridiques auxquels cette définition s'adapte, suivant nous, très exactement ; de sorte que les obligations, qu'ils produisent, doivent être considérées comme naissant d'un quasi-contrat »⁸⁶⁵. Il donne comme exemples les obligations de la tutelle, quand le tuteur l'a volontairement acceptée, celles qui résultent de l'acceptation d'une succession, ou encore celles produites par l'indivision d'une chose commune résultant de l'acceptation d'une donation ou d'un legs. Mais contrairement à ses prédécesseurs, Demolombe ne se contente

⁸⁶² DEMANTE (A.M.), *Op. Cit.*, Tome 5, n° 348 bis p. 662.; TOULLIER (C.B.M.), DUVERGIER (J.B.), *Op. Cit.*, Tome 11, n° 17 p. 16; PLANIOL (M.), *Op. cit.*, Tome 2, n° 813 p. 248.

⁸⁶³ LAROMBIERE (L.), *Théorie et pratique des obligations*, Paris, Pedonne-Lauriel, 1885, Tome 5, n° 6 p. 400.

⁸⁶⁴ DEMOLOMBE (C.), *Op. Cit.*, Tome 31, n° 39 p. 35.

⁸⁶⁵ *Ibidem*.

pas de cette énumération et précise en quoi ces faits juridiques s'inscrivent dans la définition de l'article 1371 du Code civil : « Ce sont aussi des faits de l'homme, volontaires et licites, qui produisent des obligations soit unilatérales, soit bilatérales, entre deux personnes, sans qu'il soit intervenu, entre elles, aucune convention »⁸⁶⁶. Voilà une définition précise et complète du quasi-contrat. Demolombe ajoute encore, pour répondre à la critique de Laurent, que ce n'est donc pas l'équité seule qui produit ces obligations, comme certains auteurs auraient pu le penser : « Non ! Sans doute, l'équité seule ne crée pas des obligations civiles, sous un régime de lois codifiées comme le nôtre. Il faut un texte ; on a raison de le demander. Eh bien ! Ce texte, nous le montrons dans l'article 1371 »⁸⁶⁷. Demolombe reconnaît que l'équité joue un rôle dans la naissance des quasi-contrats, mais il faut qu'elle soit reconnue par la loi, et c'est selon lui l'objet de l'article 1371 du Code civil, qui impose le principe général du quasi-contrat. On retrouve la conception positiviste légaliste du système juridique chez Demolombe : l'équité seule ne peut suffire, il faut un fondement légal.

Ainsi, si la plupart des auteurs du XIXe siècle considèrent que la liste des quasi-contrats dans le Code civil n'est pas exhaustive, tous ne sont pas d'accords sur le contenu de cette liste. Comme nous venons de le voir avec Demolombe ou encore Laurent, cela dépend du fondement assigné aux quasi-contrats, et qui a été source de débats entre les auteurs du XIXe siècle.

§ 2 : Le fondement du quasi-contrat.

Concernant le fondement de la notion de quasi-contrat, une partie de la doctrine reste assez fidèle au Code civil et s'appuie très largement sur la définition de l'article 1371. Selon ces auteurs, parmi lesquels Larombière⁸⁶⁸ ou encore Demante⁸⁶⁹, le quasi-contrat est un fait

⁸⁶⁶ DEMOLOMBE (C.), *Op. Cit.*, Tome 31, n° 39 p. 36.

⁸⁶⁷ *Ibidem.*

⁸⁶⁸ LAROMBIERE (L.), *Op. Cit.*, n° 4 p. 399.

⁸⁶⁹ DEMANTE (A.M.), *Op. Cit.*, Tome 5, n° 347 p. 660.

volontaire et licite. Ces auteurs se contentent d'ajouter le caractère licite du fait générateur des quasi-contrats, qui n'avait pas été précisé dans le Code civil, et qui permet de différencier le quasi-contrat des délits et quasi-délits. Demante précise davantage encore la notion en écrivant qu'il s'agit d'un fait volontaire et licite différent d'une convention et qui oblige « celui qui l'a accompli et quelques fois un autre »⁸⁷⁰. Cela lui permet de différencier également le quasi-contrat du contrat. Ces auteurs, très fidèles au Code civil ne bouleversent pas le fondement des quasi-contrats, mais l'émergence des critiques autour de la classification des sources des obligations va conduire à une remise en cause de celui-ci.

La remise en cause de la notion de quasi-contrat est donc liée à l'évolution de la classification des sources des obligations. Et puisque la loi a pris de plus en plus d'importance dans cette classification, certains auteurs ont recherché en elle le fondement des quasi-contrats. Mais une fois encore, comme la notion de quasi-contrat est tributaire de la classification des sources, tous les auteurs n'ont pas développé les mêmes idées relativement au rôle de la loi dans la naissance des quasi-contrats.

Duranton⁸⁷¹ et Laurent⁸⁷² ont la même conception du quasi-contrat. Selon eux, les quasi-contrats sont fondés sur l'équité et confirmés par la loi « qui en ordonnent l'exécution comme s'il y avait eu une convention formelle à cet égard »⁸⁷³. Le fondement de ces obligations repose donc bien sur l'équité, mais la loi intervient car, en raison de l'équité, les parties sont « censés consentir »⁸⁷⁴. Cela explique donc le terme « quasi-contrat », comme le dit clairement Laurent : « Voilà pourquoi la loi donne le nom de quasi-contrat au fait volontaire dont il résulte des engagements ; le consentement est supposé, présumé. Il y a donc une grande analogie entre les contrats et les quasi-contrats »⁸⁷⁵. On rejoint l'idée selon laquelle le quasi-contrat serait presque un contrat, la seule différence consistant dans la présomption de consentement. On est bien loin, ici, de l'obligation *quasi ex contractu* du droit

⁸⁷⁰ *Ibidem*.

⁸⁷¹ DURANTON (A.), *Op. cit.*, n° 20 p. 10.

⁸⁷² LAURENT (F.), *Op. Cit.*, Tome 20, n° 308 p. 339.

⁸⁷³ DURANTON (A.), *Op. cit.*, n° 20 p. 10.

⁸⁷⁴ LAURENT (F.), *Op. Cit.*, Tome 20, n° 308 p. 339.

⁸⁷⁵ *Ibidem*.

romain dans laquelle la ressemblance avec le contrat se situait au niveau des effets et non au niveau de la naissance de l'obligation. Cette idée selon laquelle le quasi-contrat résulterait d'un consentement présumé renforce l'hostilité d'une partie de la doctrine contre cette notion qui sera jugée totalement abstraite⁸⁷⁶. A la suite de Duranton et Laurent, Demolombe⁸⁷⁷ ne fait pas preuve d'une grande originalité et reste assez fidèle au Code civil. Il ajoute simplement le rôle de l'équité et de la loi et reprend à son compte le fondement dégagé par les auteurs que nous venons d'étudier, mais sans dire que la loi présume l'existence d'un consentement. D'autres auteurs vont plus loin dans la recherche du fondement du quasi-contrat, et amorcent ainsi la remise en cause de cette notion.

C'est Toullier⁸⁷⁸ qui, le premier, rejette la notion de quasi-contrat et tente de la remplacer par celle de l'enrichissement sans cause. Selon lui l'explication donnée par l'article 1371 du Code civil sur le quasi-contrat est « insignifiante »⁸⁷⁹. Il ajoute même que la dénomination « quasi-contrat » donnée par cet article est impropre pour désigner les faits licites dont naissent des obligations. Il expose donc quel est, selon lui, le véritable fondement de ces obligations : « Tout fait licite quelconque de l'homme, qui enrichit une personne au détriment d'une autre, oblige celle que ce fait enrichit, sans qu'il y ait eu intention de la gratifier, à rendre la chose ou la somme dont elle se trouve enrichie »⁸⁸⁰. Ainsi, le fondement de la notion de quasi-contrat, même si ce terme est impropre, serait donc l'enrichissement sans cause. Il n'est pas question de ressemblance avec le contrat, ou d'intervention de la loi. Toullier va jusqu'à souhaiter le remplacement de la notion impropre de quasi-contrat par celle d'enrichissement sans cause. Voilà la porte ouverte à la remise en cause de cette notion de quasi-contrat.

⁸⁷⁶ C'est ce qui va pousser certains auteurs à dire que cette notion est inutile, car la loi ne peut présumer un consentement là où il n'y en a pas. Toujours est-il que cette remise en cause de la notion même du quasi-contrat n'interviendra pas avant le début du XXe siècle.

⁸⁷⁷ DEMOLOMBE (C.), *Op. Cit.*, Tome 31, n° 39 p. 36.

⁸⁷⁸ TOULLIER (C.B.M.), DUVERGIER (J.B.), *Op. Cit.*, Tome 11, n° 19 et 20 p. 16 et s.

⁸⁷⁹ TOULLIER (C.B.M.), DUVERGIER (J.B.), *Op. Cit.*, Tome 11, n° 20 p. 16.

⁸⁸⁰ TOULLIER (C.B.M.), DUVERGIER (J.B.), *Op. Cit.*, Tome 11, n° 20 p. 17-18.

Il est pourtant curieux d'observer que malgré cette opposition de Toullier à la notion de quasi-contrat, il faudra attendre le tout début du XXe siècle pour que, véritablement, on envisage de supprimer cette notion. Les auteurs du XIXe siècle critiquent la rédaction de l'article 1371, remettent en cause les fondements du quasi-contrat (notamment en se fondant comme Toullier sur l'enrichissement sans cause⁸⁸¹), mais tous conservent ce terme dans leurs développements, sans doute par respect du Code civil. Les choses évoluent cependant au tournant du XXe siècle. Certains tirent alors les conséquences de l'évolution de la classification des sources des obligations, et du fondement des quasi-contrats, pour abandonner la notion de quasi-contrat.

⁸⁸¹ BUFNOIR (C.), *Propriété et contrat- Théorie des modes d'acquisition des droits réels et des sources des obligations*, Paris, Rousseau, 1900, p. 787 ; ARNTZ (E.R.N.), *Cours de droit civil français*, Paris, Marescq, 1879, 2^e éd., Tome 3 p. 1 et 2.

Section 2 : L'abandon du quasi-contrat.

Les auteurs du XIXe siècle ont pour la plupart critiqué la rédaction du Code civil concernant les quasi-contrats, ainsi que le fondement de cette notion, mais tous ont maintenu le quasi-contrat dans leurs ouvrages parmi les sources d'obligation. Ils n'ont pas poussé leur réflexion jusqu'à remettre en cause l'existence même des quasi-contrats. Planiol l'exprime dans l'introduction de son article à la *Revue critique* en 1904 : « Cette classification n'a jamais été soumise à une critique sérieuse, bien que son vice principal ait été aperçu par plusieurs auteurs, notamment par Demolombe et Laurent. Tout deux ont bien vu ce qu'a de faux et de vide la notion de quasi-contrat, mais ils n'ont tiré aucune conséquence de leur observation, et après l'avoir faite, ils se sont remis docilement à exposer la formule traditionnelle et ses applications, sans se préoccuper de rien mettre à sa place »⁸⁸². De la même manière Vizioz prône la remise en cause des anciennes notions devenues inutiles, comme le quasi-contrat et cite pour illustrer son propos une phrase très pertinente de Dereux : « Il est utile de soumettre les anciennes distinctions à un nouveau contrôle et de rayer toutes celles qui ne se soutiennent plus que par la force tyrannique de la tradition »⁸⁸³. Ces exemples attestent la prise de conscience de ces auteurs vis-à-vis du quasi-contrat, et leur volonté de réformer la classification des obligations. Ils ont hérité des critiques élaborées par la doctrine du XIXe siècle sur le quasi-contrat, et en ont tiré les conséquences. Ainsi, au tournant du XXe siècle, Planiol, Vizioz, et encore Goublet⁸⁸⁴ consacrent leurs travaux au quasi-contrat et à sa remise en question. L'existence de deux thèses sur le sujet, à la même période, montre bien que la question du quasi-contrat était au centre des débats au tournant entre le XIXe et le XXe siècle, notamment à cause des critiques développées par la doctrine du XIXe. Ces auteurs se sont donc appuyés sur l'évolution de la classification des sources des

⁸⁸² PLANIOL (M.), « Classification des sources des obligations », *Revue critique de législation et jurisprudence*, 1904, p. 225.

⁸⁸³ VIZIOZ (H.), *La notion de quasi-contrat*, Bordeaux, Cadoret, 1912, p. 337.

⁸⁸⁴ GOUBLET (G.), *La notion du quasi-contrat : Classification rationnelle des sources d'obligations*, Paris, Girard et Brière, 1904

obligations au XIXe siècle pour construire leurs réflexions sur le quasi-contrat. Nous allons étudier à présent comment ils ont tiré les conséquences de cette évolution afin d'abandonner la notion de quasi-contrat. Nous étudierons dans un premier temps l'avis de Planiol sur le quasi-contrat dans son article sur la classification des sources des obligations, avant de nous pencher sur les thèses de Gouplet et Vizioz sur la notion de quasi-contrat.

§ 1 : « L'inanité de la notion de quasi-contrat »⁸⁸⁵ selon Planiol.

Le principal reproche que Planiol adresse à la classification classique des sources des obligations porte sur le quasi-contrat. En effet, selon lui : « Partout où ne se rencontre pas ce concours de volontés qui est l'essence du contrat, il ne peut y avoir rien qui ressemble à un contrat. Aucune autre source d'obligations n'a une nature *presque contractuelle*, parce qu'il n'en est aucune qui présente quelque chose d'analogue à une entente volontaire entre le créancier et son débiteur »⁸⁸⁶. Il accuse Heineccius, qui a été repris par Pothier, d'être à l'origine de cette erreur. Il lui reproche d'avoir fait du quasi-contrat et du quasi-délit des sources d'obligations, là où chez les Romains ces expressions servaient à rendre compte d'une ressemblance au niveau des effets, et non au niveau de la naissance du fait à l'origine de l'obligation. C'est de là qu'est née l'idée fautive selon laquelle le quasi-contrat serait presque un contrat. Planiol s'attache donc à démontrer que les quasi-contrats ne sont en aucun cas des presque contrats, notamment en s'appuyant sur l'idée de consentement. Si Heineccius justifiait le rapprochement entre les contrats et les quasi-contrats en disant que dans les quasi-contrats le consentement était présumé (idée souvent reprise ensuite), Planiol rejette cette idée comme « inadmissible : s'il y avait un consentement présumé ou sous-entendu, il y aurait véritablement contrat, comme dans le cas de mandat tacite ; un consentement présumé aurait

⁸⁸⁵ PLANIOL (M.), « Classification des sources des obligations », *Revue critique de législation et jurisprudence*, 1904, p. 227.

⁸⁸⁶ PLANIOL (M.), « Classification des sources des obligations », *Revue critique de législation et jurisprudence*, 1904, p. 226.

le même effet qu'un consentement réel »⁸⁸⁷. Selon lui, il n'y a pas de consentement, même présumé, dans les quasi-contrats. On ne peut pas trouver d'indice laissant supposer une quelconque intention de s'engager chez le débiteur. Il précise même au contraire que, dans la plupart des cas, la volonté du débiteur résiste à l'obligation. Il ajoute un autre argument pour rejeter cette idée de consentement présumé : dans les contrats, c'est le consentement des parties qui donne naissance à l'obligation ; pour que ce consentement soit valable, il faut que les parties aient la capacité de s'engager. La capacité des parties est donc une condition nécessaire des contrats. Or, dans le quasi-contrat, la capacité des parties n'est pas une condition de validité. Voilà donc la preuve que l'obligation se forme indépendamment de la volonté des parties. Celle-ci n'intervient pas dans la formation des quasi-contrats, il n'est donc pas question de consentement présumé. C'est la loi qui, selon Planiol, est à l'origine des quasi-contrats, comme nous l'avons vu précédemment en étudiant sa vision de la classification des sources des obligations. Poussant plus loin sa réflexion, il indique que, la volonté n'étant pour rien dans les quasi-contrats, il est faux de dire que ce sont des faits volontaires de l'homme comme le fait le Code civil, repris par toute la doctrine du XIXe siècle. Dans les quasi-contrats, le fait volontaire qui en est à l'origine selon la plupart des auteurs n'est pas le fait de celui qui s'oblige mais plutôt du créancier. Le fait n'a donc pas été réalisé dans le but de s'engager, ce n'est pas ce fait qui est à l'origine de l'obligation : « Ce n'est pas l'auteur du fait qui se trouve obligé ; c'est une autre personne qui, le plus souvent, y est restée étrangère, ou qui du moins n'y a joué qu'un rôle passif, comme le propriétaire du terrain sur lequel la construction a été élevée : celui qui devient débiteur n'est donc pas obligé parce qu'il l'a voulu. Dès lors, pourquoi dire que le quasi-contrat est un fait volontaire ? »⁸⁸⁸. Il est donc impropre de qualifier les quasi-contrats de faits volontaires, car s'il y a effectivement un fait volontaire, il n'est pas à l'origine de l'obligation. Voilà encore une différence avec le contrat dans lequel, la volonté du débiteur donne effectivement naissance à l'obligation.

⁸⁸⁷ PLANIOL (M.), « Classification des sources des obligations », *Revue critique de législation et jurisprudence*, 1904, p. 227.

⁸⁸⁸ PLANIOL (M.), « Classification des sources des obligations », *Revue critique de législation et jurisprudence*, 1904, p. 228.

Mais Planiol va également contester le second caractère que l'on attribue généralement aux quasi-contrats, c'est-à-dire leur licéité. Planiol préfère rapprocher les quasi-contrats des délits et quasi-délits, car il voit en eux des faits illicites. Cela s'explique car il ne prend pas en considération le fait classiquement connu pour être à l'origine du quasi-contrat. Comme nous venons de le voir, Planiol ne considère pas que le fait du créancier puisse être le fondement de l'obligation. Si les faits reconnus par le Code, comme par exemple le paiement d'une somme indue ou la construction sur un terrain dont on n'est pas propriétaire, sont licites, il ne s'agit pas là selon lui des faits à l'origine de l'obligation : « l'obligation ne prend pas naissance en la personne de leur auteur ; ce n'est pas le payeur ou le constructeur qui se trouve obligé, c'est l'autre partie. Or, il est de toute évidence que le fait générateur d'une obligation doit se produire en la personne de celui qui en est tenu ; sans cela, on se trouverait obligé par le fait d'autrui, ce qui est inadmissible »⁸⁸⁹. Au contraire, le véritable fait à l'origine des quasi-contrats est illicite. Et c'est là que Planiol expose sa conception du quasi-contrat. Selon lui, dans tous les cas de quasi-contrats, le fait à l'origine de l'obligation est un enrichissement sans cause aux dépens d'autrui. Or, cet enrichissement est par définition illicite car il est injuste : « Il ne serait pas permis à celui qui le possède de prétendre le conserver ; son obligation a pour cause un état de fait contraire au droit »⁸⁹⁰. Ce n'est donc pas un fait volontaire et licite qui est à l'origine des quasi-contrats, mais bien un fait involontaire et illicite, qui réside dans l'enrichissement sans cause.

Pour Planiol, c'est donc l'enrichissement sans cause qui est le véritable fondement des quasi-contrats, comme pour d'autres auteurs du XIXe siècle, mais la différence est que Planiol en conclut à l'inutilité du quasi-contrat : « Ceci revient à dire que l'expression quasi-contrat est tout à fait fautive ; il n'y en a peu être pas, dans le droit tout entier, une seconde qui puisse rivaliser avec elle en impropriété. La chose que ce mot a pour but d'indiquer n'existe pas ; il n'y a pas de source d'obligations qui ressemble au contrat ; il n'y a pas de cas où une personne devienne débitrice d'une autre parce qu'elle a *presque fait un contrat avec elle* »⁸⁹¹.

⁸⁸⁹ PLANIOL (M.), « Classification des sources des obligations », *Revue critique de législation et jurisprudence*, 1904, p. 229.

⁸⁹⁰ *Ibidem*.

⁸⁹¹ *Ibidem*.

Il rejette donc totalement la notion de quasi-contrat et lui préfère celle d'enrichissement sans cause, qui reflète mieux la véritable origine de ces obligations, c'est-à-dire un fait involontaire et illicite. L'apport de Planiol ne réside finalement pas tant dans le fait de reconnaître l'enrichissement sans cause comme fondement des obligations classées habituellement dans les quasi-contrats, mais plus dans le souhait de voir abandonner le terme impropre de quasi-contrat.

Nous allons à présent à étudier la thèse de Goublet, qui porte également sur la notion de quasi-contrat, dans laquelle il va s'efforcer de démontrer l'inutilité de cette notion, qui peut selon lui, toujours être remplacée par une autre source.

§ 2 : Le quasi-contrat selon Goublet⁸⁹².

Goublet, dans sa thèse⁸⁹³, fait une grande place à la loi comme source d'obligation. Elle est, pour lui, la seule source des obligations non contractuelles. Mais il explique que les rédacteurs du Code ont voulu faire des distinctions parmi ces obligations légales pour rendre plus claire la classification. Il admet la particularité des obligations délictuelles qui naissent d'un préjudice causé à autrui, mais il ne comprend pas la distinction entre les obligations qui naissent de l'autorité seule de la loi et les quasi-contrats. Selon lui, il n'y a pas de critère qui justifie la réunion de certaines obligations sous le terme impropre de quasi-contrat, quand d'autres sont regroupées sous l'autorité seule de la loi. Cette distinction n'est pas fondée : « La distinction faite par le législateur n'avait pas de raison d'être : il faut en prendre

⁸⁹² Nous ne disposons que de peu d'informations sur Goublet, en dehors de sa thèse sur le quasi-contrat soutenue à Paris en 1904 et d'une autre thèse soutenue l'année suivante sur l'assurance vie : GOUBLET (G.), *Analyse économique et juridique des éléments de composition de la prime dans l'assurance sur la vie*, Paris, Girard et Brière, 1905. Après avoir servi dans la marine, il suivit une carrière de Préfet et fut promu au grade d'officier de la légion d'honneur en 1919.

⁸⁹³ GOUBLET (G.), *La notion du quasi-contrat : Classification rationnelle des sources d'obligations*, Paris, Girard et Brière, 1904.

son parti et laisser, dans le système du Code, subsister ces cinq groupes à l'état d'isolement ; ou bien, si l'on veut à tout prix les réunir, il n'est pas possible de le faire sous un autre nom que celui d'obligations légales : nous revenons ainsi à peu près au *proprio quodam jus* de Gaius »⁸⁹⁴. La seule classification des sources logique est donc, pour lui, la classification contrat/loi, ce qui l'amène à prôner la suppression des quasi-contrats : « Nous nous contenterons, en présence de l'article 1370 du Code civil, de déclarer que nous considérons comme légales au sens du Code toutes les obligations des cinq groupes énoncés plus haut, ce qui nous conduit à supprimer simplement l'expression de quasi-contrat »⁸⁹⁵.

Voilà exposée la classification des sources des obligations selon Goublet. Mais celui-ci étudie de nouveau le quasi-contrat, en considérant cette fois-ci le système du Code civil. Et même en se plaçant dans ce système de classification, Goublet démontre l'inutilité de la notion de quasi-contrat : « Il va nous être facile de prouver que les obligations dites quasi-contractuelles peuvent être considérées *même sous le régime du Code civil*, les unes comme de même nature que les obligations légales de sa terminologie, les autres comme délictuelles ou quasi-délictuelles »⁸⁹⁶. Il respecte alors les sources des obligations définies par le Code pour cette démonstration. En ce qui concerne le paiement de l'indu, il faut distinguer selon que *l'accipiens* est de bonne ou de mauvaise foi. Si *l'accipiens* est de bonne foi, selon Goublet, l'obligation vient de la loi seule, elle est identique à celle qui naît d'un enrichissement sans cause, et qui est également imposée par la loi. En revanche, si *l'accipiens* est de mauvaise foi, il retient sans cause la chose d'autrui, et cet acte mérite d'être qualifié de délictuel, si bien que l'obligation qui résulte du paiement de l'indu est alors considérée comme délictuelle aussi. Goublet conclut sur le paiement de l'indu en résumant les choses de la manière suivante : « Nous avons dans le premier cas une obligation légale, car celle dont est tenu *l'accipiens* de bonne foi est bien identique à celle des personnes enrichies sans cause en dehors de leur volonté ; dans le deuxième cas, une obligation délictuelle »⁸⁹⁷.

⁸⁹⁴ GOUBLET (G.), *Op. Cit.*, n° 56 p. 34.

⁸⁹⁵ GOUBLET (G.), *Op. Cit.*, n° 61 p. 37.

⁸⁹⁶ GOUBLET (G.), *Op. Cit.*, n° 85 p. 48.

⁸⁹⁷ GOUBLET (G.), *Op. Cit.*, n° 86 p. 49.

Concernant la gestion d'affaires, là encore il faut distinguer, mais la distinction porte cette fois sur l'obligation du gérant et celle du maître. L'obligation du maître de l'affaire est légale car elle naît, elle aussi, du principe de l'enrichissement sans cause. Quant à l'obligation du gérant, elle ne se produit qu'en cas d'interruption de la gestion, ou encore de négligence de la part de celui-ci à la mort du maître. Il y a donc dans tous les cas une faute du gérant, et Goublet considère alors que l'on est en présence d'une obligation quasi-délictuelle⁸⁹⁸. Il y a quasi-délit car le gérant n'avait pas l'intention de causer un préjudice au moment où il a pris en main la gestion de l'affaire, mais en le faisant, il a fait courir un risque au patrimoine du maître.

Goublet démontre ainsi que la catégorie des quasi-contrats est inutile, car même en respectant les catégories du Code civil, il est toujours possible de classer ces obligations sans se servir de cette notion. Goublet ne cherche pas à trouver un fondement permettant de remplacer le quasi-contrat, il se contente de rejeter cette notion et de démontrer son inutilité. A ses yeux, la catégorie des obligations légales suffit à classer toutes les obligations non contractuelles : « Pour conclure, n'hésitons pas à dire que le mot quasi-contrat est dépourvu de sens, et que toutes les dispositions du Code civil qui tendent à établir la distinction entre les obligations légales et quasi-contractuelles doivent être tenues par l'interprète pour nulles et non avenues »⁸⁹⁹.

Vizioz dans sa thèse sur *la notion de quasi-contrat*⁹⁰⁰ se montre tout autant virulent que Goublet et Planiol envers cette notion. Comme Planiol, il lui cherche un autre fondement mais contrairement à ce dernier, il ne va pas totalement s'appuyer sur l'enrichissement sans cause pour remplacer le quasi-contrat.

⁸⁹⁸ GOUBLET (G.), *Op. Cit.*, n° 89 p. 50.

⁸⁹⁹ GOUBLET (G.), *Op. Cit.*, n° 91 p. 51.

§3 : L'inutilité du quasi-contrat selon Vizioz⁹⁰¹.

Après avoir étudié l'évolution du quasi-contrat du droit romain au Code civil, Vizioz consacre le chapitre 5 de sa thèse à la critique de cette notion⁹⁰². Cette longue étude historique lui permet alors de juger la notion de quasi-contrat, et son jugement est sans appel : « Elle est inutile, puisqu'elle n'est d'aucun secours pour fixer la substance des obligations qu'on veut lui rattacher. Elle est dangereuse, en tant que, par sa qualification, elle provoque une assimilation trompeuse avec le contrat dont elle diffère essentiellement... Elle est fautive, parce qu'elle groupe un certain nombre d'obligations très différentes par leur nature et par leur origine, les empêchant ainsi de trouver leur place naturelle dans une classification scientifique »⁹⁰³. Il réussit tout de même à trouver une qualité au quasi-contrat, c'est que son caractère vague et indéterminé, ainsi que « l'absence complète de tout critérium susceptible d'en préciser le contenu »⁹⁰⁴, ont permis de regrouper sous ce terme les obligations diverses ne rentrant pas dans d'autres catégories : « C'était le bassin douteux et mal connu dans lequel on jetait autrefois tout ce qui ne rentrait pas dans les autres catégories »⁹⁰⁵. Ce constat pousse Vizioz à remettre en cause la classification traditionnelle des sources des obligations, et ce qu'il appelle « son plus médiocre ornement »⁹⁰⁶, c'est-à-dire, le quasi-contrat.

Vizioz évoque également les critiques de ses prédécesseurs et remarque à propos que, si nombreux soient-ils ceux qui ont critiqué la notion de quasi-contrat, aucun n'a réussi à

⁹⁰⁰ VIZIOZ (H.), *Op. Cit.*

⁹⁰¹ Après avoir soutenu sa thèse à Bordeaux, il est devenu professeur dans cette même université dans laquelle il exercera les fonctions de doyen entre 1944 et 1948. A ce titre il fut chargé de développer l'école de droit dans les Antilles, rattachée à la faculté de Bordeaux, il mourut dans un accident d'avion, au retour de son voyage en Martinique, pour mettre en place la nouvelle organisation de la faculté de droit des Antilles qui porte depuis le nom d'Institut Henri Vizioz. (MALHERBE (M.), *La faculté de droit de Bordeaux 1870-1970*, Talence, Presse Universitaire de Bordeaux, 1996.)

⁹⁰² VIZIOZ (H.), *Op. Cit.*, p. 314 et s.

⁹⁰³ *Ibidem.*

⁹⁰⁴ VIZIOZ (H.), *Op. Cit.*, p. 315.

⁹⁰⁵ *Ibidem.*

⁹⁰⁶ VIZIOZ (H.), *Op. Cit.*, p. 316.

abandonner cette notion totalement. Vizioz avance plusieurs hypothèses pour expliquer ce maintien du quasi-contrat malgré la critique. Il pense, d'une part, qu'il y a une certaine emprise du Code civil, qui aurait empêché les auteurs de rompre avec les catégories du code : une sorte de « respect un peu superstitieux des textes »⁹⁰⁷. Ce respect du Code civil s'accompagne également de l'influence de la tradition qui empêche les juristes d'abandonner une notion devenue classique comme celle du quasi-contrat. Cette remarque est intéressante, on rencontrait déjà la même idée sous l'ancien droit, ou lors de la rédaction du Code civil, à propos du maintien des catégories des quasi-contrats et quasi-délits. Très tôt ces concepts ont été remis en question, critiqués, mais ils se sont maintenus, d'abord par respect envers le droit romain et la tradition, à quoi s'est ensuite ajouté le respect envers ce texte fondateur qu'est le Code civil. Vizioz réussit, lui, non seulement à franchir le cap et à abandonner la notion de quasi-contrat dans sa classification des sources des obligations, mais aussi à rechercher le véritable fondement des obligations classiquement rattachées à cette notion.

Vizioz a une vision assez proche de celle de Planiol, à qui il fait souvent référence dans ses développements. Comme lui, il reconnaît l'importance du contrat et de la loi comme sources d'obligation. Mais nous avons vu précédemment qu'il propose à la fin de sa thèse une classification des sources des obligations originale, dans laquelle le rôle de la loi et de la volonté se combinent⁹⁰⁸. Il aboutit à une classification qui oppose d'un côté les obligations qui naissent de la loi, et de l'autre celles qui naissent de la volonté. Et entre les deux se situent plusieurs catégories d'obligations qui mêlent à différents degrés l'intervention de la loi et de la volonté. Nous allons voir à présent que cette classification lui a été dictée par son étude des quasi-contrats, et par le constat qu'il a dégagé à partir des différentes obligations que l'on range classiquement dans cette catégorie. Comme Planiol, il reconnaît que la définition du Code civil est fautive et que les quasi-contrats ne sont absolument pas des faits volontaires et licites. Il reprend d'ailleurs dans sa thèse l'argumentaire de Planiol, et rejette cette définition trop générale et imprécise de l'article 1371 du Code civil. Mais par la suite, sa pensée se sépare de celle de Planiol au niveau du véritable fondement des quasi-contrats. Vizioz ne reconnaît pas, comme Planiol, que l'enrichissement sans cause soit à l'origine de toutes les

⁹⁰⁷ VIZIOZ (H.), *Op. Cit.*, p. 320.

⁹⁰⁸ Voir infra Chapitre 1, Section 1, §1, F.

obligations quasi-contractuelles du Code civil. Selon lui, cette notion d'enrichissement sans cause ne peut se substituer à celle de quasi-contrat⁹⁰⁹. Contrairement à Planiol, qui place l'origine des obligations quasi-contractuelles dans une violation de la loi qui interdit de s'enrichir aux dépens d'autrui, Vizioz estime que ce n'est pas une loi mais un principe général de morale qui pose cette interdiction : « C'est un simple devoir moral ou social de conduite, dont la méconnaissance n'oblige pas toujours »⁹¹⁰. La loi n'intervient pour faire respecter ce principe que dans certains cas, où la limite de la concurrence normale entre les hommes est dépassée. Donc, selon Vizioz, le principe de l'enrichissement sans cause est un principe trop général. Il faut trouver le critère qui détermine dans quels cas la loi doit intervenir pour faire respecter ce principe. De plus, il reproche à Planiol de rapprocher les quasi-contrats des délits et quasi-délits, car dans ces deux cas, c'est l'auteur de la faute qui supporte la responsabilité ; or, dans les hypothèses d'enrichissement sans cause, l'obligé n'a commis aucun acte positif susceptible de l'engager : « c'est par suite d'un fait de la victime qu'il se trouve tenu, car son fait propre d'avoir reçu l'indu de bonne foi, d'avoir eu sa chose gérée par un tiers, n'offre en soi rien d'illicite »⁹¹¹. L'obligation ne naît donc pas du fait de l'obligé. Vizioz préfère dire qu'elle naît d'un état contraire au droit, provoqué par le fait de la personne lésée⁹¹².

Au fond, Vizioz ne pense pas qu'il existe un seul fondement permettant de regrouper toutes les hypothèses d'obligations quasi-contractuelles. Il considère qu'elles sont toutes différentes et ont chacune un fondement particulier. Cette idée se reflète dans la classification des sources des obligations qu'il propose. Celle-ci comporte huit catégories regroupant toutes les sources des obligations. Vizioz tire ainsi les conséquences de son étude historique du quasi-contrat. Il comprend que ses prédécesseurs ont tenté, en vain, de regrouper, sous une même entité, des obligations qui ont des origines différentes. C'est pourquoi il propose de les classer dans des catégories différentes. C'est ainsi que certaines de ces obligations naissent de la volonté et de la loi, d'autres naissent de la loi à l'occasion d'un acte volontaire licite, parfois il s'agit d'une obligation légale sanctionnant un état de fait, ou encore d'obligations

⁹⁰⁹ VIZIOZ (H.), *Op. Cit.*, p. 329.

⁹¹⁰ VIZIOZ (H.), *Op. Cit.*, p. 328.

⁹¹¹ VIZIOZ (H.), *Op. Cit.*, p. 329.

⁹¹² *Ibidem.*

naissant de la loi à cause d'un enrichissement sans cause⁹¹³. Le mérite de cette classification, outre l'abandon de la notion de quasi-contrat, est d'être très détaillée et de rechercher le fondement précis de chaque obligation. Mais, cette qualité peut aussi être vue comme un défaut, car elle donne à voir une classification peu lisible, comprenant peut-être trop de catégories. Enfin, retenons cette remarque de Vizioz au terme de sa thèse, qui éclaire son opinion : « Notre longue étude nous a ainsi conduit, pas à pas, vers des conclusions absolument négatives, sur la notion de quasi-contrat. Puisqu'elle ne correspond, au point de vue d'une analyse rigoureuse, à aucune réalité, il faut la bannir de nos classifications, comme il faut éliminer de notre vocabulaire juridique le terme qui la désigne »⁹¹⁴.

L'étude de ces auteurs montre l'évolution de la notion de quasi-contrat qui, après avoir été remise en question par les auteurs du XIXe siècle, est totalement rejetée et abandonnée au début du XXe siècle. Nous verrons dans la suite de notre étude que cette critique du quasi-contrat va se poursuivre dans la première moitié du XXe siècle de manière tout aussi virulente parfois. Mais il est d'ores et déjà possible de formuler une remarque concernant cette volonté d'abandonner le quasi-contrat. Les auteurs que nous venons d'étudier prônent l'abandon pure et simple de la notion, qu'il juge fausse, inutile, impropre : Planiol, en remplaçant le quasi-contrat par le critère de l'enrichissement sans cause ; Gouplet, en l'absorbant dans les quasi-délits ; Vizioz, en renonçant à l'unité de la notion et en développant une multitude de critères propre à chaque situation concrète. Or, le quasi-contrat va continuer à occuper les débats de la doctrine et les manuels de droit jusqu'à aujourd'hui. Cela nous permet de revenir sur ce que Vizioz avait bien senti, c'est-à-dire, l'influence de la tradition et le respect des auteurs envers les textes, qui font se maintenir des notions parfois inutiles. On s'interroge dès lors sur l'influence réelle de la doctrine puisque l'on se rend compte que la critique peut être unanime et parfois même très virulente sans que cela importe, tant que le législateur maintient l'existence de la notion de quasi-contrat. Elle continue à être enseignée aux étudiants et à être utilisée par les praticiens. Cependant, cette remise en cause du quasi-contrat est très

⁹¹³ VIZIOZ (H.), *Op. Cit.*, p. 336 et s.

⁹¹⁴ VIZIOZ (H.), *Op. Cit.*, p. 336.

importante dans l'histoire de la classification des sources des obligations. Avec elle, une étape supplémentaire dans la rupture de la doctrine avec la classification du Code est franchie, puisque l'on abandonne une des sources des obligations traditionnelles. Et cette rupture s'accroît dès le début du XXe siècle avec l'apparition de nouvelles classifications totalement indépendante du Code civil.

Conclusion de la deuxième partie :

Le XIXe siècle a été essentiel dans l'évolution de la classification des sources des obligations. Celui-ci s'est ouvert sur l'adoption du Code civil qui a consacré une certaine classification des sources des obligations, dans laquelle le contrat était la source principale des obligations. Les premiers commentateurs du Code lui sont restés très fidèles et n'ont fait que renforcer la prédominance du contrat. Ce n'est que progressivement que la doctrine s'est interrogée sur la classification des sources des obligations en cherchant un fondement positif aux obligations qui ne naissent pas d'un contrat. Progressivement la loi s'est imposée comme source des obligations à parité avec le contrat. On opposait ainsi la volonté individuelle à la volonté générale. Comme nous l'avons vu, certains auteurs ont même été jusqu'à faire de la loi la seule et unique source des obligations. On est ainsi passé d'un système dans lequel le contrat était quasiment la seule source d'obligation à l'opposé, c'est-à-dire un système dans lequel c'est la loi qui est la source des obligations. Bien sur, il s'agit là des positions extrêmes qui ont été adoptées par la doctrine du XIXe siècle, qui est passée par tous les états. Une multitude de classifications a été proposée au fil du siècle et nous n'avons fait que reprendre les grands courants ayant marqué l'évolution de la classification.

Mais il y a eu beaucoup d'autres tentatives isolées de classification parfois très intéressante, comme celle d'Acollas⁹¹⁵, que nous évoquerons ici à titre indicatif. Acollas propose une classification bipartite qui est originale, non pas dans le contenu de ses deux catégories, mais dans l'intitulé de celles-ci. Selon lui, il existe deux causes d'obligations : « L'assistance volontaire, intéressée ou non intéressée, prêtée à la liberté d'autrui » et « le préjudice causé à la liberté d'autrui »⁹¹⁶. Il range dans la première catégorie les contrats et les quasi-contrats, et dans la seconde les délits et les quasi-délits. Il définit le délit, non pas par son illicéité, mais par le préjudice causé. Les deux catégories sont fondées sur la liberté d'autrui, soit on lui apporte son concours, soit on lui cause un préjudice. C'est une vision intéressante des choses qui est centrée sur l'individu, le subjectif. La première

⁹¹⁵ ACOLLAS (E.), *Manuel de droit civil à l'usage des étudiants*, Paris, Thorin, 1869.

⁹¹⁶ ACOLLAS (E.), *Op. Cit.*, p. 725.

catégorie est particulièrement intéressante car elle met en jeu « l'assistance volontaire », dans laquelle on peut voir apparaître l'idée de volonté individuelle. Or, nous verrons que dans le courant du XXe siècle, certains auteurs vont tenter de développer la volonté individuelle, plutôt que l'accord de volontés, comme source d'obligations.

Les différentes classifications des sources des obligations du XIXe siècle, même si elles sont toutes plus ou moins critiquables, selon l'angle sous lequel on les regarde, ont de nombreux mérites. Elles ont permis de rompre, d'une part, avec la classification héritée des *Institutes* de Justinien, en tentant systématiquement d'imposer des classifications bipartites. Elles ont aussi permis de sortir de la classification du Code civil qui faisait du contrat la clé de voûte de tout le droit des obligations. On a vu, peu à peu, diminuer l'influence du contrat dans les classifications, pour arriver à la fin du XIXe siècle par la voir presque disparaître. En effet, nous avons vu que certains auteurs ne prenaient plus le contrat comme fait générateur, mais plutôt le fait de l'homme, qui s'opposait à la loi. Comme nous l'avons également observé dans le dernier chapitre, la rupture avec le Code civil s'est renforcée avec la volonté croissante d'abandonner une des sources traditionnelles des obligations qu'est le quasi-contrat. L'ensemble de ces éléments, ainsi que l'influence de nouveaux codes rédigés à la même période à l'étranger, fait que l'on se retrouve au début du XXe siècle dans un contexte propice à l'innovation. Nous allons voir à présent, comment les auteurs du XXe siècle se sont servis de ces évolutions pour totalement remanier la classification des sources des obligations sur des fondements nouveaux.

Troisième partie : La classification des sources
des obligations au XXe siècle : classer ou
énumérer ?

A la suite des critiques tournées contre la classification des sources des obligations au XIXe siècle, la doctrine du XXe siècle va, elle aussi, s'emparer des débats autour de celle-ci. Seulement, on constate une rupture dans la doctrine entre le XIXe et le XXe siècle, due en grande partie au contexte de cette période. Contrairement à leurs prédécesseurs, les auteurs du début du XXe siècle se tournent moins vers le Code civil, mais trouvent notamment dans la doctrine juridique allemande de nouvelles influences⁹¹⁷. Les auteurs français développent la théorie de l'acte juridique (d'inspiration allemande), et très rapidement cela va déboucher sur de nouvelles classifications des sources des obligations. L'acte juridique se substitue progressivement au contrat comme source principale d'obligation. Cela aura notamment pour conséquence d'entraîner la remise en cause totale du système du Code civil. En effet, ce dernier reposait sur la prédominance du contrat et de l'accord des volontés dans la classification des sources des obligations, alors que la théorie de l'acte juridique met en avant le rôle de la volonté unilatérale. Le développement de cette théorie de l'acte juridique aura une deuxième conséquence liée justement, en partie, à la prise de conscience du rôle de la volonté individuelle dans la formation des obligations : il permet l'émergence de nouvelles sources d'obligations comme l'engagement unilatéral ou encore l'enrichissement sans cause. Le fait d'abandonner l'étude analytique du Code civil permet donc aux auteurs de s'émanciper et de la classification et des sources classiques d'obligations.

Après s'être attardé sur le contexte du tournant entre le XIXe et le XXe siècle, permettant de comprendre l'évolution de la classification des sources des obligations dans la doctrine française du XXe siècle (Chapitre préliminaire), nous verrons comment l'émergence de la théorie de l'acte juridique permet l'apparition de nouvelles classifications des sources des obligations, dont la classification en actes et faits juridiques qui est encore présente aujourd'hui dans de nombreux manuels (Titre 2). Si les nouvelles classifications n'ont pas fait l'unanimité, la théorie de l'acte juridique, d'inspiration allemande, aura permis de s'interroger sur l'existence de nouvelles sources d'obligations (Titre 1).

⁹¹⁷ Ces influences étant primordiales pour la compréhension de cette partie, nous leurs consacrons un chapitre préliminaire et ne les développons pas dans cette introduction.

Chapitre préliminaire : Le contexte politique et international du début du XXe siècle.

Au début du XXe siècle, différents facteurs se cumulent et finissent par influencer la doctrine juridique française. Cette évolution de la doctrine française est importante pour cette étude car elle conditionne l'évolution de la classification des sources des obligations durant tout le XXe siècle. Après avoir étudié le contexte politique de cette période (Section 1), il faut s'attarder sur le contexte international qui voit l'adoption de nombreux Codes civils, étant autant de sources d'inspiration pour nos auteurs (Section 2).

Section 1 : Le contexte politique.

Le tournant entre le XIXe et le XXe siècle est une période cruciale pour le droit français⁹¹⁸. Celui-ci se voit concurrencé par le développement de nouvelles sciences sociales⁹¹⁹ comme la sociologie, ou encore l'économie politique qui mènent à une évolution de la doctrine française qui s'oriente vers les méthodes scientifiques et historiques⁹²⁰. L'approche du centenaire du Code à laquelle s'ajoute l'adoption du Code civil allemand (BGB), dont nous verrons toute l'influence en matière de droit des obligations, posent la question de la nécessité ou non d'une réforme du Code civil français⁹²¹. Cette période est également marquée par la publication d'œuvres juridiques majeures de Gény⁹²², Saleilles⁹²³ ou encore Planiol⁹²⁴, mais aussi par la création de la *Revue trimestrielle de droit civil* en 1902.

⁹¹⁸ Il s'agit selon Nader Hakim et Fabrice Melleray d'un « moment politique » et d'un « moment doctrinal », où se combinent l'impact de la défaite de Sedan et son influence sur les élites françaises (« miroir allemand »), mais également l'approche du centenaire du Code civil et la concurrence des sciences sociales et économiques (HAKIM (N.), MELLERAY (F.) (études réunies par), *Le renouveau de la doctrine française- Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXe siècle*, Paris, Dalloz, 2009, p. 1-12.) ; JAMIN (C.), JESTAZ (P.), *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, p. 120 ; NIORT (J.F.), *HOMO CIVILIS : Contribution à l'histoire du Code Civil français*, PUAM, 2004, p. 371 et s.

⁹¹⁹ AUDREN (F.), *Les juristes et les mondes de la science sociale en France*, Dijon, 2005.

⁹²⁰ HAKIM (N.), *L'autorité de la doctrine civiliste au XIXe siècle*, Paris, LGDJ, 2002, p. 217 : « La société devient le seul moteur et le seul centre d'intérêt digne de ce nom pour des juristes qui se veulent scientifiques » ; JAMIN (C.), « L'oubli et la science. Regard partiel sur l'évolution de la doctrine positiviste à la charnière des XIXe et XXe siècles », *RTD civ.*, 1994, p. 815-827 ; DEROUSSIN (D.), *Histoire du droit privé*, Paris, Ellipses, 2010, p. 8 et s. : sur le rapport entre les juristes et la *question sociale* au tournant des XIXe et XXe siècles, et le rejet de la sociologie par les juristes après guerre, notamment chez Ripert.

⁹²¹ *Le Code civil 1804-1904- Livre du centenaire* (présentation J.L. Halpérin), Paris, Dalloz, 2004 : la quatrième partie est consacrée entièrement à « la question de la révision ».

⁹²² GENY (F.), *Méthode et sources juridiques en droit privé positif*, Paris, Sirey, 1913.

⁹²³ SALEILLES (R.), *De la déclaration de volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Paris, Pichon, 1901.

⁹²⁴ PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, Pichon, 1902, 2^e éd.

Tous ces événements ne sont pas sans conséquences sur le droit des obligations et particulièrement l'organisation des faits générateurs d'obligations.

Si déjà au XIX^e siècle les critiques étaient nombreuses envers la classification du Code civil, les auteurs se rattachaient toujours à la classification d'origine. Le XX^e siècle marque une rupture puisque certains auteurs vont totalement se détacher du Code civil pour fonder de nouvelles théories sur les sources des obligations. Ils vont pour certains être influencés par le droit allemand et en particulier les travaux préparatoires du BGB, qui sera adopté en 1896 et entrera en vigueur en 1900, et ils reprendront la théorie des actes juridiques pour servir de base à une nouvelle classification des sources des obligations.

Il y a un autre élément qui explique en partie cette rupture avec le Code civil, c'est la réforme de l'enseignement du droit par l'arrêté du 24 Juillet 1895⁹²⁵. Avec cet arrêté, l'enseignement du droit ne se fait plus selon l'ordre du Code civil. La première année correspond ainsi plus ou moins à l'étude d'une partie générale semblable à celle du Code civil allemand (titre préliminaire, état et capacité des personnes, droit des biens, prescription), la deuxième étant consacrée à la théorie du droit des obligations et la troisième au droit de la famille. Ainsi, comme le remarque M. Boudot : « Ce programme...emprunte moins à l'architecture du Code civil français, qu'il n'affirme la supériorité méthodologique du Code civil allemand »⁹²⁶. Les auteurs ne sont donc plus liés par l'ordre du Code, et comme nous l'avons vu, il y a un lien direct entre le plan d'exposition des sources des obligations dans les manuels et la théorie des obligations. Les auteurs vont donc proposer de nouveaux plans d'exposition des sources des obligations, parfois inspirés du droit allemand, souvent en rupture avec le Code civil français. C'est donc la combinaison de ces deux éléments : influence du droit allemand et réforme de l'enseignement du droit, qui incite la doctrine du début du XX^e siècle à révolutionner la théorie des sources des obligations en droit français. Ce travail nous amènera à étudier principalement les manuels de droit civil de cette époque

⁹²⁵ HAKIM (N.), « De l'esprit et de la méthode des civilistes dans la deuxième moitié du XIX^e siècle : l'exemplarité de Claude Bufnoir », *Droits* n° 47, 2008, p. 47-75.

⁹²⁶ BOUDOT (M.), « La classification des sources des obligations au tournant du 20^e siècle », *actes des 3^e journées d'études Poitiers-Roma tre*, LGDJ, 2007, p. 141.

car comme l'écrit Michel Boudot : « Il y a un lien entre le plan d'exposition du droit des obligations dans les manuels de droit civil, et la théorie des sources des obligations, et en chassant l'un, on trouve l'autre »⁹²⁷. Avant d'étudier les auteurs français, il faut s'attarder sur une autre influence du début du XXe siècle, à savoir l'adoption de plusieurs codes contenant des nouvelles classifications des sources des obligations.

⁹²⁷ BOUDOT (M.), art. précit. , p. 130.

Section 2 : Le contexte international.

Le Code civil de 1804 a servi de modèle au XIXe siècle en terme de codification⁹²⁸, mais à la fin du XIXe siècle, on va voir un nouveau courant de codification⁹²⁹ influencé notamment par la doctrine allemande⁹³⁰. La plupart de ces nouveaux codes disposent d'un article énumérant les sources des obligations, et, très souvent, les codificateurs s'inspirent de la doctrine de la fin du XIXe et du début du XXe siècle pour moderniser la classification des sources des obligations dans ces différents codes.

Prenons pour commencer l'exemple du Code civil allemand⁹³¹ que nous avons déjà évoqué à plusieurs reprises et dont nous avons vu l'influence sur la doctrine française en matière de droit des obligations. Le Code civil allemand est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1900, presque un siècle exactement après le Code civil français. Comme le Code civil français a servi de référence au cours du XIXe siècle, le BGB sera le modèle du XXe siècle et inspirera notamment le code civil japonais, le code civil italien de 1942, ou encore le code fédéral suisse des obligations de 1912. Cependant, en matière de droit des obligations, il ne

⁹²⁸ Voir le Code civil Roumain de 1864, le Code civil italien de 1865 (VECCHI (P.M.), « les classifications des sources des obligations dans le code de 1865 », *actes des 3^e journées d'études Poitiers-Roma tre*, LGDJ, 2007, p. 159-169), également le Code civil espagnol de 1889, qui, s'il est très proche du Code civil français sur le fond, adopte un plan beaucoup plus cohérent concernant les obligations puisqu'il consacre un titre aux dispositions générales avant d'étudier les différentes sources des obligations.

⁹²⁹ HALPERIN (J.L.), *Histoire des droits en Europe*, Paris, Flammarion, nouvelle édition mise à jour 2006, p. 60 et s.

⁹³⁰ Citons également l'exemple du Code civil portugais de 1867 qui se démarque par son originalité : il n'y a pas un titre consacré aux obligations, mais l'étude des différentes sources est disséminée dans le Code. Celui-ci est construit autour de l'acquisition des droits, le contrat est donc traité avec les droits qu'on acquiert par son fait (2^e partie, livre II, Titre 1), la gestion d'affaires avec les droits qui s'acquièrent par le fait d'autrui (2^e partie, livre III, titre 1), la responsabilité civile se retrouvant dans la quatrième partie relative à la violation des droits et leur réparation (4^e partie, livre I) : LANEYRIE (G.), *Code civil portugais du 1^{er} juillet 1867*, Paris, Impr. Nationale, 1896.

⁹³¹ *Code civil allemand*, traduit et annoté par C. BUFNOIR, J. CHALLAMEL, J. DRIOUX, F. GENY, P. HAMEL, H. LEVY-ULLMANN, R. SALEILLES, Paris, Impr. Nationale, 1904-1914.

fournit aucune énumération des sources des obligations, tout comme dans le Code civil français. Toutefois, le code allemand présente un plan plus logique que le Code civil français en matière d'obligations. En effet, il expose dans un premier temps les règles générales de formation, extinction, nullité des obligations ; puis, dans un second temps seulement, il détaille les différentes sources d'obligations. C'est dans les différentes sources également que l'on voit l'évolution entre les deux codes. En effet, le code allemand abandonne le quasi-contrat et reconnaît l'enrichissement sans cause comme une source générale d'obligation, de même qu'il fait une place à la gestion d'affaires et au paiement de l'indu. L'absence des quasi-contrats et cette énumération des sources des obligations marque la modernité de ce code. De plus, on retrouve une autre source d'obligations, à savoir l'engagement unilatéral, même si elle reste une source exceptionnelle. C'est finalement plus au niveau des sources des obligations exposées et de la méthode utilisée pour présenter le droit des obligations que le BGB va avoir une grande influence, puisqu'il ne propose pas de véritable classification des sources des obligations. La doctrine puis les rédacteurs des codes postérieurs vont souvent reprendre les mêmes sources et déduire du BGB la classification qui semble sous-jacente et qui est la suivante : actes entre vifs (contrat et engagements unilatéraux) , actes illicites, et « certaines causes spéciales »⁹³² (certains codes feront de l'enrichissement sans cause le fondement de cette troisième catégorie). En outre, il faut rappeler que la modernité du BGB, procède aussi de sa théorie de l'acte juridique. Le BGB est innovant par sa partie générale qui présente certaines notions fondamentales comme l'acte juridique. Mais c'est la notion d'acte juridique en particulier qui aura une grande influence, notamment sur la doctrine française, plus que la partie générale. En effet, la doctrine française va appliquer la théorie de l'acte juridique spécifiquement au droit des obligations et s'en servir comme fondement pour classer les sources des obligations. Le BGB a ainsi influencé de manière indirecte une partie des classifications que nous retrouverons dans les Codes ou les projets de code du XXe siècle.

⁹³² SALEILLES (R.), *Etudes sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand*, Paris, L.G.D.J., 1925, 3^e éd., n°6 p. 5.

Le Japon adopte en 1896 un Code civil inspiré du droit allemand alors que tout au long du XIXe siècle le droit français avait servi de modèle aux juristes japonais. Boissonade⁹³³ avait d'ailleurs été chargé de rédiger un projet de Code civil adapté à la société japonaise et plus moderne que le Code civil français, mais à la même époque la diffusion des travaux préparatoires du BGB ont attiré l'attention, et les rédacteurs japonais ont préféré suivre ce modèle innovant et contemporain. En étudiant le projet présenté par Boissonade, on voit que celui-ci s'était inspiré en matière de droit des obligations des théories récentes puisqu'il abandonnait la catégorie des quasi-contrats qu'il remplaçait par celle de l'enrichissement injuste, et qu'il regroupait les délits et quasi-délits sous le terme de dommage injuste causé volontairement ou par imprudence⁹³⁴. De plus il avait regroupé les quatre sources d'obligations à l'article 316 énonçant : « Les obligations naissent : 1°- Des conventions et des contrats, 2°- D'un enrichissement indu ou sans cause légitime, 3°- D'un dommage injuste causé volontairement ou par imprudence, 4°- Des dispositions de la loi »⁹³⁵. Cet article permet ainsi clairement d'exposer les sources des obligations avant de les définir en détail. On voit toute la différence avec le Code civil français : Boissonade proposait là une classification moderne, abandonnant les vestiges des anciennes classifications, rendant claire la présentation des sources des obligations. Malheureusement pour la classification de Boissonade, les travaux préparatoires du BGB et son plan novateur avec sa partie générale ont eu raison de ce projet de Code civil.

Au début du XXe siècle a été adopté également le Code fédéral suisse des obligations, entré en vigueur en 1912. Les rédacteurs de ce code adoptent une classification des sources des obligations simplifiée. Il s'agit d'une classification tripartite abandonnant également les notions de quasi-contrat et quasi-délict. On ne retrouve pas d'article énonçant les sources des obligations, mais le plan du Titre premier consacré à la formation des obligations fait

⁹³³ ARABAYRE (P.), HALPERIN (J.L.), KRYNEN (J.) (Sous la direction de), *Dictionnaire historique des juristes français*, p. 100, notice N. HAKIM ; BOISSONADE (G.), *Projet de code civil pour l'empire du Japon*, Paris, Thorin, 1883 ; OKUBO (Y.), « La querelle sur le premier Code civil japonais et l'ajournement de sa mise en œuvre : le refus du législateur étranger ? », *Revue international de droit comparé*, 1991, p. 389-405.

⁹³⁴ BOISSONADE (G.), *Op. cit.*, p. 14.

⁹³⁵ *Ibidem*.

apparaître clairement la classification. Ce titre est composé de trois chapitres qui correspondent aux trois sources des obligations. Le premier concerne « les obligations résultant d'un contrat », le deuxième « les obligations résultant d'actes illicites », et le troisième « les obligations résultant de l'enrichissement illégitime ». Ce code fait donc de l'enrichissement injuste un principe général d'obligation⁹³⁶, englobant les obligations classées habituellement dans la catégorie des quasi-contrats.

Un autre code adopté à la même période présente un intérêt certain dans l'étude de sa classification des sources des obligations, il s'agit du Code des obligations de la République de Pologne⁹³⁷. L'article 1^{er} de ce code présente ainsi les sources des obligations : « Les obligations naissent des déclarations de volonté, ainsi que des faits et autres événements dont la loi fait découler le lien obligatoire ». Il s'agit là d'une classification bipartite originale opposant la déclaration de volonté, qui regroupe les contrats et les engagements unilatéraux comme les actes juridiques dans le droit allemand, à une seconde catégorie très générale qui semble se rapprocher de la catégorie des faits juridiques. Le Code Polonais des obligations a donc été directement inspiré par les théories développées, notamment par la doctrine française, se servant de la distinction entre les actes et les faits juridiques comme d'une classification des sources des obligations. La seconde catégorie regroupe diverses sources comme la gestion d'affaires, l'enrichissement injuste, les prestations indues et les actes illicites. Ce code a donc appliqué dans la pratique les idées de la doctrine et a consacré la classification en actes et faits juridiques. Mais cette classification reste assez isolée, et l'on

⁹³⁶ On retrouve également la classification tripartite : contrat, responsabilité, enrichissement sans cause en droit grec et turque : KERAMEUS (K.), KOZIRIS (P.), *Introduction to Greek law*, Boston, Kluwer law, 1988 ; ANSAY (T.), WALLACE Jr (D.), *Introduction to Turkish law*, international, Kluwer law, 2005, 5e éd. En droit musulman, si on ne retrouve pas de classification des sources des obligations dans les textes, C. Chehata dégage également une classification tripartite: acte juridique, fait dommageable, enrichissement injuste: CHEHATA (C.), *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, Paris, Dalloz, 2005.

⁹³⁷ *Code des obligations de la République de Pologne*, Paris, Sirey, 1935 ; CAPITANT (H.), « Le caractère social du projet de Code international des obligations et des contrats », *Thémis polonaise*, Varsovie, 1930, vol. V, série 3 ; FRANKOWSKI (S.), *Introduction to Polish law*, international, Kluwer law, 2005.

retrouve plus fréquemment la classification tripartite inspirée du BGB, comme dans le Code civil italien de 1942⁹³⁸.

Ce code civil italien comporte également un article énonçant les sources des obligations, c'est l'article 1173 qui dispose : « Les obligations découlent d'un contrat, d'un fait illicite et de tout acte ou de tout fait susceptible de les engendrer conformément à l'ordre juridique ». Ici, en plus du contrat et de la responsabilité, on retrouve donc une troisième catégorie qui, selon Edoardo Varano, est venue se substituer à celle des quasi-contrats : « C'est la généralisation du principe de l'enrichissement sans cause qui fonde les autres sources légales des obligations codifiées en 1942, et cette généralisation sanctionne l'abandon définitif, même au niveau doctrinal, des quasi-contrats de l'ancienne tradition. Ces obligations ne naissent pas à travers un consentement ou acte de volonté des parties, mais seulement par le fait objectif prévu par la loi »⁹³⁹. Une fois encore, il faut noter qu'on retrouve dans ce code l'abandon des quasi-contrats et des quasi-délits, ainsi que la généralisation du principe d'enrichissement sans cause, même si en l'espèce, on ne fait pas de ce dernier une source générale d'obligations. Les codes adoptés au début du XXe siècle ont donc tiré les conséquences de l'évolution de la théorie des obligations, et se sont inspirés souvent du code civil allemand.

Le contexte du début du XXe siècle est propice à l'innovation, c'est principalement autour de la notion d'acte juridique que va évoluer la classification des sources des obligations, et ce, tout d'abord par l'apparition de nouvelles sources d'obligations.

⁹³⁸ VARANO (E.), « les classifications des sources des obligations dans le code de 1942 », *actes des 3^e journées d'études Poitiers-Roma tre*, LGDJ, 2007, p. 185-191.

⁹³⁹ VARANO (E.), « les classifications des sources des obligations dans le code de 1942 », *actes des 3^e journées d'études Poitiers-Roma tre*, LGDJ, 2007, p. 190.

Titre 1 : Vers de nouvelles sources d'obligations.

La théorie de l'acte juridique a eu des conséquences directes sur les sources des obligations. Le point essentiel apporté par la théorie de l'acte juridique concerne le rôle de la volonté. En étudiant les définitions des actes et des faits juridiques, les auteurs insistent dorénavant davantage sur le rôle de la volonté unilatérale que sur l'accord de volontés, au point que certains d'entre eux remplacent le contrat par l'acte juridique dans leur classification, et revoient totalement la construction de celle-ci. Plutôt que de mettre l'accord de volontés au centre de la classification, ils construisent des classifications des sources des obligations en considérant la volonté unilatérale. Mais, dans un premier temps, certains auteurs vont simplement voir dans l'acte juridique une source d'obligation qui vient concurrencer le contrat (Chapitre 1). La théorie de l'acte juridique (et l'influence allemande) a une deuxième conséquence sur les sources des obligations. En effet, la doctrine s'émancipe des catégories du Code civil et tente d'imposer une nouvelle source d'obligation : l'enrichissement sans cause (Chapitre 2). Mais le développement de ces nouvelles sources d'obligations ne fait pas totalement oublier les anciennes, et on voit même ressurgir le quasi-contrat. Celui-ci, très critiqué et remis en cause à la fin du XIXe siècle trouve un nouvel essor grâce à la théorie de l'acte juridique (Chapitre 3).

Chapitre 1 : L'acte juridique : source d'obligations.

Au tournant du XXe siècle, l'influence allemande a donc permis le développement de la théorie de l'acte juridique en droit français. Mais, avant d'étudier plus précisément comment la doctrine française a vu dans l'acte juridique une source d'obligations (Section 2), il convient de présenter rapidement la théorie de l'acte juridique et son développement en droit français (Section 1). Dans le sillage de l'acte juridique, une notion importante émerge dans la doctrine française. A côté du contrat, la théorie de l'acte juridique laisse place à un autre acte de volonté à savoir : l'engagement unilatéral. Cette notion fait l'objet de nombreux débats tout au long du XXe siècle pour savoir s'il s'agit ou non d'une source d'obligation en droit français (Section 3).

Section 1 : La théorie de l'acte juridique⁹⁴⁰ et son développement dans la doctrine française.

Afin de mesurer l'influence de la théorie des actes juridiques sur la classification des sources des obligations, ainsi que la manière dont elle a été interprétée et adaptée par la doctrine française du début du XXe siècle, il est nécessaire de préciser que cette théorie des actes juridiques a été développée par la doctrine allemande du XIXe siècle, qui a intégré la notion dans la partie générale du BGB⁹⁴¹. Cette théorie, outre-rhin, ne s'applique donc pas spécialement au droit des obligations et définit l'acte juridique comme une manifestation de volonté dont le but est de produire des effets juridiques. Dans la partie générale du BGB, on retrouve ainsi l'étude des vices du consentement, de la nullité, de la licéité... de l'ensemble des actes juridiques. Le contrat n'est qu'une espèce d'acte juridique qui est traité dans la partie spéciale avec les autres espèces d'actes juridiques, les règles communes étant traitées dans la partie générale. Les juristes français s'inspirent de cette théorie de l'acte juridique, mais en la cantonnant essentiellement au droit des obligations. Pour la plupart, ils ne vont pas tenter de transposer la partie générale du BGB en droit français, mais utiliser l'acte juridique pour repenser la classification des sources des obligations. Cette théorie allemande ne sera donc pas exactement transposée en droit français, mais plutôt adaptée. La remise en cause du

⁹⁴⁰ ANCEL (P.), « Acte juridique et déclaration de volonté : la greffe allemande sur le droit français des obligations », *Traditions savantes et codifications*, Colloque ARISTEC des 8, 9 et 10 septembre 2005, LGDJ, 2007, p. 161-186 ; RIEG (A.), *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Paris, L.G.D.J., 1961 ; SALEILLES (R.), *De la déclaration de volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Paris, Pichon, 1901.

⁹⁴¹ § 104 à 185 : le concept d'acte juridique ne se limite pas au droit des obligations mais concerne également d'autres types d'actes (mariage, adoption,...), il est à rapprocher de la notion de déclaration de volonté, qui constitue le noyau de l'acte juridique. L'acte juridique se compose d'une ou plusieurs déclarations de volontés, et a pour but de réaliser les effets juridiques souhaités par les parties, dans le respect de la loi. Sur la notion d'acte juridique en droit allemand : WITZ (C.), *Droit privé allemand*, Paris, Litec, 1992, n° 27 ; FERRAND (F.), *Droit privé allemand*, Paris, Dalloz, 1997, p. 213 et s. ; LIMBACH (F.), *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales : de l'utilité du concept de la déclaration de volonté*, Paris, LGDJ, 2004, n°27 et s.

Code civil français et de la classification des sources des obligations par la doctrine du XIXe siècle trouve son prolongement, au tournant du XXe siècle, dans le développement de la théorie de l'acte juridique inspirée du code civil allemand. Certains auteurs, comme Planiol⁹⁴² ou Henri Capitant⁹⁴³, dans leurs ouvrages développent une partie générale, semblable à celle du BGB, dans laquelle ils énoncent leur vision de l'acte juridique.

Planiol dans son *Traité élémentaire de droit civil*⁹⁴⁴ expose dans une partie introductive une théorie générale des actes juridiques⁹⁴⁵. Il commence par définir ce qu'il faut entendre par acte juridique : « On appelle de ce nom les actes accomplis uniquement pour réaliser un ou plusieurs effets de droit, ils sont dits « juridiques » à raison de la nature de leurs effets »⁹⁴⁶. Il précise ce que sont les actes juridiques en insistant sur la place de la volonté dans leur formation : « En principe, pour faire un acte juridique, il faut deux personnes au moins, par ce que la plupart des actes juridiques sont des conventions, c'est à dire des accords de volontés entre diverses personnes »⁹⁴⁷. Chez Planiol, la définition de l'acte juridique reste très proche de celle du contrat, il n'admet l'existence d'acte juridique unilatéraux que de manières exceptionnelles (rédaction d'un testament, offre de vente,...), tout en précisant que dans ces hypothèses, l'unité de volonté n'est qu'apparente ou seulement temporaire : « il faut que plus tard une autre volonté se rencontre, qui vienne se joindre à la première, et c'est alors seulement que l'effet juridique se réalisera »⁹⁴⁸. Il rejette d'ailleurs clairement la théorie de la

⁹⁴² ARABAYRE (P.), HALPERIN (J.L.), KRYNEN (J.) (Sous la direction de), *Dictionnaire historique des juristes français*, Paris, PUF, 2007, p. 629, notice J.-L. Halpérin ; REMY (P.), « Planiol, un civiliste à la belle époque », *RTD civ.*, 2002, p. 31-45.

⁹⁴³ DEROUSSIN (D.), « La pensée juridique de Henri Capitant », dans *Le renouveau de la doctrine française- Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXe siècle*, (études réunies par N. Hakim, F. Melleray), Paris, Dalloz, 2009, p. 15-67 ; ARABAYRE (P.), HALPERIN (J.L.), KRYNEN (J.) (Sous la direction de), *Dictionnaire historique des juristes français*, Paris, PUF, 2007, p. 158, notice J.-L. Halpérin.

⁹⁴⁴ PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, Pichon, 1902, 2^e éd.

⁹⁴⁵ PLANIOL (M.), *Op. Cit.*, p. 101.

⁹⁴⁶ PLANIOL (M.), *Op. Cit.*, n° 245 p. 101.

⁹⁴⁷ PLANIOL (M.), *Op. Cit.*, n° 248 p. 103.

⁹⁴⁸ PLANIOL (M.), *Op. Cit.*, n° 250 p. 103.

volonté unilatérale comme source d'obligation : « Il est bien peu probable que cette doctrine nouvelle ait de l'avenir pour elle et soit appelée à renouveler la théorie des obligations »⁹⁴⁹.

Cette théorie de l'acte juridique n'est pas directement associée au droit des obligations chez Planiol, mais on peut tout de même y voir les prémises d'une classification des sources. En effet, après avoir défini ces actes juridiques, Planiol énonce qu'il existe d'autres causes susceptibles de produire des effets de droit, même si elles sont plus rares, qui sont des « états de fait » ou « des actes matériels »⁹⁵⁰. Parmi les états de fait, il cite le voisinage de deux immeubles, qui fait naître des obligations réciproques entre les propriétaires, ou encore la parenté, qui implique des obligations comme l'obligation alimentaire. Concernant les actes matériels susceptibles de faire naître des effets de droit, il cite le délit, qui « oblige son auteur à en réparer les conséquences ; il fait naître une créance au profit de la victime du dommage »⁹⁵¹. On retrouve donc entre les actes juridiques d'un côté et les états de fait et actes matériels de l'autre, une sorte de classification des obligations sous-entendues par la théorie des actes juridiques.

Capitant, dans son *Introduction à l'étude du droit civil* en 1898⁹⁵², présente également une théorie de l'acte juridique, mais largement différente de celle de Planiol. On retrouve une fois encore l'influence du droit allemand dans cet ouvrage qui est vu « comme un exposé analogue aux parties générales qui se trouvent en tête de tous les cours de Pandectes publiés en Allemagne »⁹⁵³. Capitant consacre un chapitre à la naissance et l'extinction des droits, dans lequel il va exposer sa théorie des actes juridiques⁹⁵⁴. Il commence par définir ce que sont les faits juridiques, en s'appuyant sur les définitions de Savigny⁹⁵⁵ et Unger⁹⁵⁶ : « Les

⁹⁴⁹ PLANIOL (M.), *Op. Cit.*, note de bas de page n°1 p. 103.

⁹⁵⁰ PLANIOL (M.), *Op. Cit.*, n° 245 p. 101.

⁹⁵¹ PLANIOL (M.), *Op. Cit.*, n° 245 p. 102.

⁹⁵² CAPITANT (H.), *Introduction à l'étude du droit civil*, Paris, Pedone, 1898.

⁹⁵³ FOURNIER (P.), *Compte rendu à la NRH* 1898. 417.

⁹⁵⁴ CAPITANT (H.), *Op. cit.*, p. 205 et s.

⁹⁵⁵ SAVIGNY (F.C.), *Traité de droit romain*, III, § CIV, trad. Guénoux, Paris, Panthéon-Assas, 2002, p. 3 : « J'appelle faits juridiques les événements en vertu desquels les rapports de droit commencent ou finissent.

événements qui font naître les droits, les transmettent ou les modifient, constituent des faits juridiques »⁹⁵⁷. Il s'agit donc d'une définition assez large du fait juridique, qu'il va préciser par la suite en énonçant les deux catégories de faits juridiques existant : les actes volontaires et les événements accidentels. Les actes volontaires ont leur source « dans un fait accompli par une personne capable de vouloir, comme les contrats, les quasi-contrats, les délits, les quasi-délits, etc. »⁹⁵⁸, alors que les événements accidentels sont indépendants de la volonté de l'homme et sont très divers ; il donne comme exemples : la naissance, la mort ou encore le voisinage, qui entraînent des rapports de droit involontaires. A ce stade de son raisonnement, CAPITANT fait une comparaison intéressante avec l'article 1370 du Code civil⁹⁵⁹ et souligne que le Code civil fait une distinction analogue entre les obligations qui naissent de la volonté ou d'un fait de l'homme, qui correspondent aux actes volontaires dans sa théorie, et les obligations qui naissent de l'autorité seule de la loi, catégorie réunissant « tous les événements autres qu'un fait de l'homme, qui donnent naissance à des obligations »⁹⁶⁰, et qui correspondent à ce qu'il nomme événements accidentels. CAPITANT fait donc un premier rapprochement entre la classification des sources des obligations et la théorie de l'acte juridique, mais sans pour autant utiliser cette théorie pour classer les sources des obligations.

Il poursuit son raisonnement en détaillant la catégorie des actes volontaires qui « forment la classe la plus importante et la plus nombreuse »⁹⁶¹, et qui se divise en deux catégories : d'une part, les actes juridiques et, d'autre part, les actes illicites. La « première comprend les actes juridiques proprement dits, c'est-à-dire les actes qui sont faits dans le but de créer, de modifier ou d'éteindre un droit, comme les conventions, les quasi-contrats, la

Ainsi, tous les faits juridiques ont pour caractère commun d'apporter dans le temps un changement aux rapports de droit de personnes déterminées ».

⁹⁵⁶ UNGER (J.), *System des österreichischen allgemein Privatrechts*, Allemagne, Leipzig Breitkopf und Hartel, 1892, II, §71, p. 2.

⁹⁵⁷ CAPITANT (H.), *Op. cit.*, p. 207 : « « Tous les faits juridiques, dit Unger, ont pour effet de produire une modification dans la sphère juridique d'une personne déterminée ».

⁹⁵⁸ CAPITANT (H.), *Op. cit.*, p. 208.

⁹⁵⁹ CAPITANT (H.), *Op. cit.*, p. 208, note n° 2.

⁹⁶⁰ *Ibidem*.

⁹⁶¹ CAPITANT (H.), *Op. cit.*, p. 208.

renonciation, le testament ; la deuxième se compose des actes illicites, c'est-à-dire des actes prohibés par la loi qui causent un dommage à autrui, les délits et les quasi-délits »⁹⁶². La différence entre les actes juridiques et les actes illicites se situe donc au niveau de l'intention : s'il s'agit toujours d'actes volontaires, dans les actes juridiques les auteurs ont l'intention de créer, de modifier ou d'éteindre un droit, ce qui n'est pas le cas des auteurs d'actes illicites. Capitant en arrive donc enfin à la définition des actes juridiques : « On appelle actes juridiques les déclarations de volonté qui ont spécialement pour but de créer, de modifier ou d'éteindre des droits »⁹⁶³. Les actes juridiques sont définis de manière plus large que les contrats. Alors que les contrats consistent en un accord de volontés, l'acte juridique résulte, lui, d'une simple déclaration de volonté. Cette déclaration de volonté est l'élément essentiel de tout acte juridique, selon lui. C'est d'ailleurs sur ce critère de la déclaration de volonté qu'il construit la classification des actes juridiques, selon que l'acte exige une seule déclaration de volonté (actes unilatéraux) ou un concours de deux volontés (actes bilatéraux)⁹⁶⁴. La catégorie des actes bilatéraux regroupe les conventions qui supposent « l'accord de volontés de deux ou plusieurs personnes en vue de produire un effet juridique »⁹⁶⁵. Si celle-ci ne présente pas de particularités, il en va autrement pour les actes unilatéraux sur lesquels il faut s'attarder plus spécialement. Concernant les actes juridiques unilatéraux, la volonté d'une personne suffit à produire des effets juridiques. Il donne comme exemple le testament, la renonciation à une succession ou un legs, la reconnaissance d'enfant naturel, ou encore les quasi-contrats. On n'en est pas encore à dire que les actes juridiques unilatéraux peuvent être source d'obligation, mais Capitant classe les quasi-contrats dans cette catégorie. En effet, en s'arrêtant sur la définition du quasi-contrat, comme le fait Capitant⁹⁶⁶, le quasi-contrat rentre bien dans la définition des actes juridiques unilatéraux. Il s'agit d'un fait volontaire et licite, provenant de la volonté d'une seule personne, et susceptible de créer ou de modifier un rapport de droit entre deux personnes.

⁹⁶² *Ibidem*.

⁹⁶³ CAPITANT (H.), *Op. cit.*, p. 209.

⁹⁶⁴ CAPITANT (H.), *Op. cit.*, p. 210.

⁹⁶⁵ *Ibidem*.

⁹⁶⁶ CAPITANT (H.), *Op. cit.*, p. 212.

On trouve là un critère intéressant pour enfin classer de manière pertinente les quasi-contrats, au regard de leur définition. Il n'est nullement besoin d'avoir recours à un consentement présumé ou à un *presque contrat* : la déclaration de volonté permet de différencier les contrats des quasi-contrats. Mais, une fois encore, il faut préciser que cette théorie des actes juridiques n'est pas présentée dans un objectif de classification des sources des obligations. A ce titre, Capitant évoque la classification des sources des obligations en note de bas de page, et semble voir dans le Code civil une classification qui oppose la volonté de l'homme à l'autorité de la loi⁹⁶⁷. Il ne développe pas davantage cette idée, mais le rapport avec sa théorie de l'acte juridique est perceptible, puisque contrairement à ses prédécesseurs qui opposaient le contrat ou l'accord de volonté à la loi dans leur classification, il parle, quant à lui, de la volonté de l'homme. On sent qu'une évolution est en train de se produire au niveau du rôle de la volonté individuelle. Pour en revenir à la théorie de l'acte juridique, elle ne concerne pas particulièrement le droit des obligations, mais le droit dans son ensemble : « ...pour qu'il soit possible d'en faire l'objet d'une exposition générale, comme c'est ici notre but »⁹⁶⁸. Le but de cette introduction, et de ce chapitre en particulier, est de présenter de manière générale la naissance et l'extinction de tous les droits, et pas particulièrement des obligations. On perçoit clairement dans cet ouvrage de Capitant l'influence allemande, son *Introduction à l'étude du droit civil* se veut être le pendant de la partie générale du BGB : un exposé des principes généraux applicables à l'ensemble du droit. Cependant, on voit déjà apparaître, de manière sous-jacente chez Capitant, les possibilités offertes par la théorie des actes juridiques pour classer les sources des obligations.

On retrouve ces idées un peu plus tard dans le *Cours élémentaire de droit civil* rédigé avec A.Colin⁹⁶⁹. Ce cours reprend dans un premier temps, en partie, la théorie générale des actes juridiques présente dans *l'introduction* de Capitant. Cependant, il y a une différence importante entre les deux ouvrages. Dans le *Cours élémentaire de droit civil*, l'accent est mis d'avantage sur l'acte juridique. En effet, Colin et Capitant définissent les actes juridiques et les opposent ensuite aux autres faits juridiques qui ne sont pas des actes. Le paragraphe

⁹⁶⁷ CAPITANT (H.), *Op. cit.*, p. 208, note n° 2.

⁹⁶⁸ CAPITANT (H.), *Op. cit.*, p. 209.

⁹⁶⁹ COLIN (A.), CAPITANT (H.), *Cours élémentaire de droit civil français*, Paris, Dalloz, 1928, 5^e éd.

s'intitule d'ailleurs : « Faits juridiques ne constituant pas des actes »⁹⁷⁰. Là où, auparavant, les actes juridiques étaient seulement une des catégories d'actes volontaires, à côté des actes illicites, ils sont désormais mis en avant. Il y a d'un côté les actes juridiques et de l'autre les faits qui ne constituent pas des actes, c'est-à-dire, les faits indépendants de la volonté de l'homme (événements naturels et accidentels) et les actes illicites. On retrouve, en réalité, les mêmes catégories que dans *l'Introduction au droit civil*, mais la différence se situe au niveau de l'opposition entre ces catégories. Dans *l'Introduction au droit civil*, Capitant s'est fondé sur le fait volontaire pour classer les différents faits juridiques, alors que désormais, Colin et Capitant se fondent en plus sur l'intention de l'auteur de produire un effet juridique : « lorsqu'il n'y a pas opération volontaire, intentionnelle, il n'y a pas acte juridique »⁹⁷¹. Cela permet d'isoler les actes juridiques des autres faits juridiques. Les actes juridiques sont les seuls faits dans lesquels la personne agit volontairement dans le but de produire un effet juridique précis. On commence véritablement à voir apparaître l'opposition actes/faits juridiques, puisque même s'ils rappellent au début du chapitre que les actes juridiques sont des faits juridiques, ils marquent l'opposition en affirmant : « On appellera *faits juridiques* tous les événements qui entraînent la naissance, la transmission, la transformation, l'extinction des droits sans impliquer l'intervention d'une volonté intentionnelle »⁹⁷². Donc non seulement, les actes juridiques se définissent comme les actes volontaires et intentionnels, mais désormais, les faits juridiques sont définis, à l'inverse, comme les faits ne présentant pas cette volonté intentionnelle de produire des effets juridiques. Même si les actes juridiques sont des faits juridiques dans l'absolu, l'opposition semble de plus en plus marquée entre les deux catégories, et annonce la future classification. Cela dit, comme dans *l'Introduction au droit civil*, la théorie des actes juridiques n'est pas appliquée spécialement au droit des obligations, mais plus généralement à tout le droit. Il n'y a donc pas non plus de tentative de classifications des sources des obligations. Cependant, nous verrons ultérieurement que le développement de la théorie de l'acte juridique va inspirer

⁹⁷⁰ COLIN (A.), CAPITANT (H.), *Op. cit.*, p. 61.

⁹⁷¹ COLIN (A.), CAPITANT (H.), *Op. cit.*, p. 61.

⁹⁷² *Ibidem*.

de nouvelles classification des sources des obligations, notamment à Colin et Capitant⁹⁷³, faisant largement place à la volonté individuelle (voir Titre 2).

L'influence du droit allemand s'est donc fait sentir chez les auteurs que nous venons d'étudier par l'introduction d'une partie générale dans leurs manuels, intégrant notamment la théorie des actes juridiques. Si, dans un premier temps, cette théorie concerne l'ensemble du droit, nous avons vu qu'elle présente des liens particuliers avec le droit des obligations. C'est pourquoi certains auteurs vont utiliser cette théorie des actes et des faits juridiques pour classer les sources des obligations. Mais avant d'étudier les classifications inspirées de la théorie des actes juridiques, il convient de nous attarder sur les auteurs qui font de l'acte juridique une nouvelle source d'obligations.

⁹⁷³ COLIN (A.), CAPITANT (H.), *Op. cit.*, Tome 2, Livre 2, p. 255.

Section 2 : Définition de l'acte juridique source d'obligations.

Demogue⁹⁷⁴, dans son *Traité des obligations en général*⁹⁷⁵, évoque la théorie des actes juridiques dans le chapitre 2 consacré aux sources des obligations⁹⁷⁶, et l'utilise pour énoncer sa classification. Il commence d'ailleurs ce chapitre par la phrase suivante : « Les obligations ont toutes pour sources des faits juridiques »⁹⁷⁷, puis il définit ce qu'il entend par fait juridique et acte juridique. Dans ce contexte, la théorie des actes juridiques est utilisée pour structurer la présentation des sources des obligations, et les différentes définitions données amènent Demogue à repenser totalement la classification des sources des obligations. Il convient donc, afin de mieux comprendre la classification proposée par Demogue, de s'attarder sur sa présentation de la théorie des actes juridiques.

D'une manière générale Demogue reste proche des définitions de Capitant ou Planiol, mais il apporte tout de même quelques précisions, notamment sur le rapport entre la volonté et le rôle social dans les actes juridiques. Concernant les faits juridiques, il fait une distinction entre les faits juridiques *lato sensu* et les faits juridiques *stricto sensu*⁹⁷⁸. Il part donc d'une définition très large du fait juridique dans laquelle : « tout fait ayant des rapports avec la vie humaine »⁹⁷⁹ est considéré comme un fait juridique, pour présenter ensuite la notion classique de fait juridique (*stricto sensu*) : « l'événement duquel un rapport de droit commence ou finit »⁹⁸⁰ (définition qu'il emprunte à Savigny⁹⁸¹). Mais, il reproche à cette définition classique de ne pas refléter la réalité en donnant trop d'importance à un seul fait, qui serait à l'origine

⁹⁷⁴ ARABAYRE (P.), HALPERIN (J.L.), KRYNEN (J.) (Sous la direction de), *Dictionnaire historique des juristes français*, p. 243, notice C. Jamin.

⁹⁷⁵ DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général – Source des obligations*, Paris, Rousseau et cie, 1923.

⁹⁷⁶ DEMOGUE (R.), *Op. Cit.*, Tome 1, p. 21.

⁹⁷⁷ *Ibidem*.

⁹⁷⁸ DEMOGUE (R.), *Op. Cit.*, Tome 1, n°11 p. 22.

⁹⁷⁹ *Ibidem*.

⁹⁸⁰ DEMOGUE (R.), *Op. Cit.*, Tome 1, n°11 p. 23.

⁹⁸¹ SAVIGNY (F.C.), *Traité de droit romain*, III, § CIV, trad. Guénoux, Paris, Panthéon-Assas, 2002, p. 3.

de la naissance du rapport de droit, « alors qu'en réalité il naît du concours de plusieurs circonstances »⁹⁸². Il reprend la définition de Endeman⁹⁸³, selon laquelle : « Sous le terme de fait juridique, il faut comprendre l'ensemble des conditions matérielles et juridiques nécessaires pour un effet juridique »⁹⁸⁴. Il lui paraît trop simpliste de penser qu'un seul fait est à l'origine du rapport de droit alors que, en réalité, c'est dans la plupart des cas une combinaison ou une suite d'événements qui lui donne naissance. Il est donc selon lui plus exact de dire que les faits juridiques *stricto sensu* « sont ceux qui réunis en petits groupes suffisent à créer, modifier ou éteindre un rapport de droit »⁹⁸⁵. Après avoir défini les faits juridiques, Demogue va les détailler afin de présenter les différentes catégories de faits juridiques que l'on peut distinguer, et qui seront utiles dans la perspective de la classification des sources des obligations.

Il commence par distinguer les faits ne comprenant pas la volonté de l'homme, comme l'obligation alimentaire, des faits juridiques volontaires, comme le contrat ou l'acte illicite⁹⁸⁶. C'est le premier critère de distinction entre les obligations. Puis, parmi les faits juridiques volontaires, il fait une seconde distinction capitale selon « l'intention de celui qui a voulu »⁹⁸⁷. Certains faits sont réalisés sans que leur auteur n'ait eu l'intention de leurs faire produire un effet juridique. D'autres en revanche « ont été accomplis par leur auteur en acceptant de produire un effet de droit »⁹⁸⁸, et ce sont ces faits qui sont nommés des actes juridiques. Il en donne ensuite une définition précise : « Les actes juridiques sont donc tous les faits juridiques volontaires conformes à la volonté de leur auteur qui produisent un effet de droit »⁹⁸⁹. Il y a donc deux critères principaux pour définir les actes juridiques : ce sont des faits volontaires, et productifs d'effets de droit. Demogue en donne pour exemple les conventions, les testaments ou encore les renonciations volontaires. Ces différentes

⁹⁸² *Ibidem*.

⁹⁸³ ENDEMANN (F.), *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Berlin, Heymann, 1901, p. 258.

⁹⁸⁴ *Ibidem*.

⁹⁸⁵ DEMOGUE (R.), *Op. Cit.*, Tome 1, n°11 p. 24.

⁹⁸⁶ DEMOGUE (R.), *Op. Cit.*, Tome 1, n°12 p. 24.

⁹⁸⁷ DEMOGUE (R.), *Op. Cit.*, Tome 1, n° 12 p. 25.

⁹⁸⁸ *Ibidem*.

⁹⁸⁹ DEMOGUE (R.), *Op. Cit.*, Tome 1, n° 12 p. 25.

distinctions à partir du fait juridique permettent de classer les différentes sources d'obligations, car elles ont toute à l'origine un fait juridique. Certaines sont issues d'un fait juridique involontaire comme les obligations alimentaires, d'autres d'un fait volontaire mais dont le résultat n'était pas souhaité comme les délits, et enfin d'autres naissent des actes juridiques. On voit donc clairement l'utilité de la théorie des actes juridiques pour la classification des sources des obligations. Mais Demogue ne va pas jusqu'à exposer clairement une classification sur ces critères, et il n'utilise pas non plus l'opposition acte/fait juridique, car il considère, comme ses prédécesseurs, que les actes juridiques sont une espèce de faits juridiques. Le temps n'est pas encore venu pour la classification en actes et faits juridiques.

Pour conclure sur Demogue et sa théorie des actes juridiques, il convient d'apporter quelques précisions. Il reproche aux définitions de l'acte juridique de ses prédécesseurs et des juristes allemands de faire une trop grande place à la volonté. Selon lui, tout ne réside pas dans la volonté de l'auteur de l'acte de créer une situation juridique déterminée, il faut également prendre en considération le rôle social du droit. Il dit à propos des définitions de ses confrères : « Le but social du droit n'y apparaît pas assez, surtout à une époque comme la nôtre, où l'autonomie de la volonté, le respect de la volonté pour elle-même ne sont plus les idées dominantes »⁹⁹⁰. Cette remarque sur l'autonomie de la volonté est intéressante et a des conséquences s'agissant de la classification des sources proposées par Demogue. Donc, pour en revenir à la définition de l'acte juridique, elle doit selon Demogue combiner la volonté individuelle et le but social : « Il faut donc définir l'acte juridique : Celui où le but social poursuivi concorde avec une volonté individuelle »⁹⁹¹. Et c'est là toute la difficulté dans les actes juridiques, de concilier l'intérêt social et la volonté individuelle⁹⁹². Dans les actes juridiques, il faut donc un accord entre la volonté individuelle et l'intérêt social, et c'est de cet accord que résulte l'obligation. Il dit ainsi des actes juridiques qu'« ils obligent comme répondant à une volonté individuelle qu'on présume d'accord avec l'intérêt social, accord qui résultera tantôt de la présomption de la loi (acte juridique unilatéral) tantôt de l'approbation

⁹⁹⁰ DEMOGUE (R.), *Op. Cit.*, Tome 1, n° 13 p. 27.

⁹⁹¹ *Ibidem.*

⁹⁹² DEMOGUE (R.), *Op. Cit.*, Tome 1, n° 13 p. 28.

donnée par les intéressés les plus directs (co-contractants) »⁹⁹³. Cette définition confirme encore une fois que les actes juridiques, envisagés à la fois du point de vue des parties et du point de vue social, sont bien considérés comme une source d'obligation, et que Demogue introduit une nouvelle distinction, cette fois-ci au sein même des actes juridiques entre les actes unilatéraux et les contrats ; distinction qui est fondée non pas sur le nombre de volontés en présence, mais sur la manière de reconnaître l'accord entre la volonté individuelle et l'intérêt social : présomption légale, ou consentement des parties elles-mêmes dans le contrat.

Toute cette théorie de l'acte juridique est très liée chez Demogue au droit des obligations, et même plus précisément à la présentation des sources des obligations. Nous verrons ultérieurement le lien entre cette théorie et la classification des sources des obligations proposée par Demogue. C'est donc une évolution importante que l'on doit à cet auteur, d'avoir appliqué la théorie des actes et des faits juridiques au droit des obligations. Cependant, il n'est pas allé jusqu'à faire de l'acte juridique une des catégories de sa classification des sources des obligations, ni élaborer une classification actes/faits juridiques puisque, chez lui encore, les actes juridiques sont des faits juridiques.

Ce cap est franchi par Saleilles⁹⁹⁴ puis Josserand⁹⁹⁵. Saleilles fonde sa théorie des obligations sur le projet de Code civil allemand. Seulement, il ne va pas exposer la théorie de l'acte juridique dans une partie générale, mais bien dans une section relative aux sources des obligations⁹⁹⁶. Il existe selon lui trois sources d'obligations principales : l'acte juridique, le délit, et l'enrichissement sans cause. Il ne s'attarde pas d'ailleurs sur la théorie ou la définition de l'acte juridique. Il précise simplement que la notion d'acte juridique est préférable à celle de contrat, car elle permet d'inclure la promesse unilatérale comme source d'obligation. Alors que le contrat implique le concours de deux volontés, il existe des cas « assez rares »⁹⁹⁷, selon Saleilles, où il suffit d'une seule volonté pour faire naître l'obligation. Saleilles précise bien

⁹⁹³ DEMOGUE (R.), *Op. Cit.*, Tome 1, n° 15 p. 33.

⁹⁹⁴ SALEILLES (R.), *Etudes sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand*, Paris, L.G.D.J., 1925, 3^e éd.

⁹⁹⁵ JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil*, Paris, Sirey, 1939, 3^e éd.

⁹⁹⁶ SALEILLES (R.), *Op. Cit.*, p. 140.

⁹⁹⁷ SALEILLES (R.), *Op. Cit.*, n°136 p. 140.

que le projet de Code civil allemand « admet, à côté du contrat, et tout à fait par exception, la simple promesse ou pollicitation »⁹⁹⁸ comme source d'obligation. Nous reviendrons ultérieurement sur cette question de savoir si la volonté unilatérale est source d'obligation ou non, qui a fait l'objet de nombreux débats au début du XXe siècle. Saleilles se contente de dire que l'acte juridique le plus fréquent est le contrat, mais que les rédacteurs du Code civil allemand ont admis par exception que la simple promesse puisse être également source d'obligation (rangée parmi les actes juridiques)⁹⁹⁹. La notion d'acte juridique n'est donc plus cantonnée à la théorie générale du droit, ni même à la présentation des sources des obligations, mais est reconnue en tant que source des obligations à part entière. Ce sera également le cas chez Josserand, dans son *Cours de droit civil*¹⁰⁰⁰.

Josserand¹⁰⁰¹, dans son chapitre consacré aux sources des obligations, après avoir critiqué la classification du Code civil et notamment la notion de quasi-contrat (« sorte de monstre légendaire qu'il faut se décider à bannir du vocabulaire juridique »¹⁰⁰²), énonce sa classification des sources des obligations. Il distingue quatre grandes sources d'obligation : les actes juridiques, les actes illicites, l'enrichissement sans cause et la loi¹⁰⁰³. Il fait donc des actes juridiques une des sources des obligations et apporte une précision à propos de la classification bipartite contrat/loi, que l'on retrouve notamment chez Planiol. S'il est d'accord pour reconnaître que les obligations autres que contractuelles trouvent leur origine dans la loi, il précise aussitôt que ce n'est pas un critère pertinent de classification. Comme il l'écrit, « l'argument prouve trop »¹⁰⁰⁴, car il faudrait alors considérer que les obligations contractuelles sont aussi des obligations légales car « elles ne produisent d'effets que par la

⁹⁹⁸ SALEILLES (R.), *Op. Cit.*, n°137 p. 141.

⁹⁹⁹ SALEILLES (R.), *Op. Cit.*, n°141 p. 147.

¹⁰⁰⁰ JOSSERAND (L.), *Op. Cit.*

¹⁰⁰¹ ARABAYRE (P.), HALPERIN (J.L.), KRYNEN (J.) (Sous la direction de), *Dictionnaire historique des juristes français*, p. 429, notice C. Fillon ; DEROUSSIN (D.), « Louis Josserand, le droit comme science sociale ? », *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques sous la IIIe République : la Faculté de droit de Lyon*, Paris, La mémoire du droit, 2007, p. 63-122.

¹⁰⁰² JOSSERAND (L.), *Op. Cit.*, n°10 p. 7.

¹⁰⁰³ JOSSERAND (L.), *Op. Cit.*, n° 11 p. 8.

¹⁰⁰⁴ JOSSERAND (L.), *Op. Cit.*, n° 12 p. 8.

permission et l'ordre du législateur qui veut que les conventions fassent loi entre ceux qui les ont conclues (art. 1143 §1) »¹⁰⁰⁵. Il justifie ensuite sa classification quadripartite par le fait que, contrairement à ce que font certains auteurs, il ne faut pas prendre en considération, pour élaborer la classification, « la source première et lointaine de l'obligation, l'*ultima ratio* »¹⁰⁰⁶, mais plutôt la source immédiate et la plus proche. Le premier chapitre qu'il consacre aux sources des obligations est intitulé : « les actes juridiques, plurilatéraux et unilatéraux »¹⁰⁰⁷. Il consacre donc également l'acte juridique en tant que source d'obligation, et en fait la première source dans la présentation de sa classification. Il commence par donner une définition de l'acte juridique : « l'acte juridique est celui qui est accompli en vue de produire des effets juridiques »¹⁰⁰⁸. Il donne ainsi une définition simple et classique de l'acte juridique, avant d'en exposer les deux espèces : l'acte juridique peut être un accord de volontés, c'est-à-dire une convention, ou un acte unilatéral : « plus exactement un acte à formation unilatérale »¹⁰⁰⁹ (ce qui permet d'éviter la confusion avec les contrats unilatéraux qui, eux, sont de véritables contrats, résultant d'un accord de volontés). On voit une fois encore que l'adaptation de la catégorie des actes juridiques vise à faire entrer les actes unilatéraux parmi les sources des obligations, et donc de ne plus limiter le rôle de la volonté à la formation des contrats, en matière de droit des obligations. On voit apparaître toutes les implications de l'incorporation des actes juridiques dans la classification des sources des obligations, et les conséquences que cela va entraîner (nous les étudierons ultérieurement). Il convient à présent d'étudier plus en détail cette question de l'engagement unilatéral source d'obligation.

¹⁰⁰⁵ JOSSERAND (L.), *Op. Cit.*, n° 12 p. 8.

¹⁰⁰⁶ *Ibidem.*

¹⁰⁰⁷ JOSSERAND (L.), *Op. Cit.*, p. 8.

¹⁰⁰⁸ JOSSERAND (L.), *Op. Cit.*, n°13 p. 8.

¹⁰⁰⁹ *Ibidem.*

Section 3 : L'engagement unilatéral : une variété d'acte juridique¹⁰¹⁰.

Quelles ont été les conséquences du développement de la théorie de l'acte juridique sur les sources mêmes des obligations ? La première d'entre elles est sans doute l'émergence d'une nouvelle source d'obligation appelée « engagement unilatéral » ou « volonté unilatérale ». Cette source est directement liée à la théorie des actes juridiques car, comme nous l'avons vu précédemment, les auteurs font une place de plus en plus grande à la volonté individuelle dans les sources des obligations. La volonté individuelle est sur le point de supplanter l'accord de volontés comme élément principal de la classification des sources des obligations. Mais la question qui va nous préoccuper est de savoir si un engagement unilatéral peut être à lui seul source d'obligation, et si oui, sous quelles conditions ?

Dans un premier temps, nous étudierons les origines de cette notion d'engagement unilatéral vue comme une source d'obligation, qui se trouvent dans le projet de Code civil allemand de 1896, et comment elle a été très vite transposée en droit français, notamment par l'intermédiaire de Worms¹⁰¹¹ (§1). Puis, nous consacrerons la suite de cette section à l'étude des différents arguments en faveur ou contre la reconnaissance de l'engagement unilatéral en droit français, question qui a occupé les juristes tout au long du XXe siècle (§2).

¹⁰¹⁰ Sur la question : MATHIEU-IZORCHE (M.L.), *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, Aix-en-Provence, PUAM, 1995 ; FRISON-ROCHE (M.-A.), « Unilatéralité et consentement », dans *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Paris, Economica, 1999, p. 21-30 ; FILIOS (C.), *L'enrichissement sans cause en droit privé français*, Bruxelles, Bruylant, 1999 ; GRIMALDI (C.), *Quasi-engagement et engagement en droit privé : recherche sur les sources de l'obligation*, Paris, Defrénois, 2006. Cette question a fait l'objet de plusieurs thèses à cette époque : ELIAS (R.), *Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale*, Paris, 1909 ; GOLDBERG (A.), *Essai d'une théorie générale de l'engagement juridique par volonté unilatérale d'après le Code civil allemand*, Paris, Larose et Thorin, 1913 ; CHABAS (J.), *De la déclaration de volonté en droit civil français*, Paris, Sirey, 1931 ; CAROUS (P.), *La volonté unilatérale-Source d'obligations en droit privé moderne*, Lille, Duriez-Bataille, 1938.

¹⁰¹¹ WORMS (R.), *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations en droit romain et en droit français*, Paris, Girard, 1891.

§1 : Les origines de la notion.

Comme le souligne Planiol¹⁰¹², cette théorie de la volonté unilatérale comme source d'obligation est née en Allemagne à la fin du XIXe siècle¹⁰¹³. Il la définit comme tendant à créer une nouvelle source d'obligation : « Une déclaration unilatérale de volonté pourrait être considérée comme liant par elle-même celui qui l'a faite, indépendamment de toute acceptation par une autre personne. C'est ce qu'on appelle la volonté unilatérale »¹⁰¹⁴. Très vite s'est posée la question de savoir si cette volonté unilatérale pouvait être une source générale d'obligations. En effet, dans le droit allemand, puis ensuite dans le droit français, on aperçoit le lien qui peut être établi entre la théorie de l'acte juridique et le rôle de la volonté unilatérale. Saleilles le remarque, fort à propos, dans sa présentation des actes juridiques dans le projet de Code civil allemand : « Le projet a cependant considéré comme ayant une valeur distincte et une existence juridique indépendante, avant même qu'elles se rencontrent, chacune des deux manifestations de volonté destinées à former le contrat »¹⁰¹⁵. On ne met plus en avant l'accord des deux volontés, mais bien chacune des deux volontés individuelles qui, une fois réunies, forment le contrat. C'est de là qu'est née la théorie de l'engagement unilatéral. Planiol fait la même interprétation pour le droit français : « En France, l'idée a été présentée comme ayant l'avenir pour elle. Elle serait conforme à l'évolution entière du droit qui cherche à assurer de plus en plus l'efficacité juridique de la volonté, et le progrès qui lui est réservé consisterait à voir dans la volonté unilatérale la source unique de toutes les obligations créées par les particuliers. Tout contrat serait dissocié en deux actes distincts, et

¹⁰¹² PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, n°831 p. 254.

¹⁰¹³ KUNTZE (J.), *Die Lehre von der Inhaberpapieren*, Leipzig, 1857; SIEGEL(H.), *Das Vesprechen als Verpflichtung im heutigen recht*, Berlin, Vahlen, 1873.

¹⁰¹⁴ PLANIOL (M.), *Op. Cit.*, n°831 p. 254.

¹⁰¹⁵ SALEILLES (R.), *Etudes sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand*, n° 138 p. 142.

chaque partie s'obligerait par un acte unique de sa propre volonté »¹⁰¹⁶. On voit ici le parallèle entre le rôle de la volonté individuelle dans les sources des obligations (découlant de la théorie des actes juridiques), et l'existence d'une nouvelle source d'obligation autonome, qui serait la volonté unilatérale. Mais si les deux sont liés, il ne faut pas pour autant les confondre, car si on reconnaît le rôle de la volonté individuelle dans la formation des obligations en générale, ce n'est pas pour autant qu'il faut considérer que la volonté unilatérale est une source d'obligation. Le Code civil allemand fait d'ailleurs bien la différence sur ce point. Son principe, exposé par Saleilles, est simple : l'article 342 énonce que la volonté unilatérale n'est pas une source d'obligation, mais qu'il existe des exceptions prévues par la loi¹⁰¹⁷. Selon Saleilles, les rédacteurs du Code civil ont précisé, dans l'article 342, le rejet de manière générale de la volonté individuelle comme source d'obligation, pour éviter toutes confusions : « C'est précisément, parce qu'il a accepté l'idée comme fondement de certaines théories juridiques, qu'il a pu craindre une fausse interprétation de sa pensée. On aurait pu en induire qu'il acceptait pour chacun, d'une façon générale, la possibilité de s'engager sans manifestation de volonté de la part du futur créancier »¹⁰¹⁸. C'est notamment la confusion qui sera faite par une partie de la doctrine française, qui voudra faire de la volonté unilatérale une source générale d'obligation. Pour en revenir au droit allemand, la volonté unilatérale n'est donc reconnue source d'obligations que de manière marginale. Il s'agit de quelques cas énumérés précisément : la stipulation pour autrui, la promesse de récompense, la fondation et les titres au porteur. En dehors de ces hypothèses précises, la volonté individuelle n'est pas une source d'obligations.

En France, la mise en garde de Saleilles s'est avérée inutile et s'est très vite opérée la confusion entre le rôle de la volonté unilatérale dans la théorie des actes juridiques et la volonté unilatérale en tant que source d'obligation. On le remarque déjà chez Planiol, lorsqu'il écrit que certains auteurs français voient dans la volonté unilatérale la source unique de toutes les obligations. Planiol rejette très justement cette idée et se réfère au droit allemand pour rappeler qu'il n'admet que dans certaines hypothèses que la volonté unilatérale puissent être

¹⁰¹⁶ PLANIOL (M.), *Op. Cit.*, n°831 p. 254.

¹⁰¹⁷ SALEILLES (R.), *Op. cit.*, n°142 p. 149.

¹⁰¹⁸ *Ibidem.*

source d'obligations. Selon lui, il en va de même en droit français, où les cas dans lesquels la volonté unilatérale est source d'obligations doivent demeurer limités : « Elles concernent les stipulations pour autrui, les titres à ordre ou au porteur, les offres diverses (offres de récompense, offres de contracter) »¹⁰¹⁹.

C'est également l'analyse livrée par Worms¹⁰²⁰ dans la conclusion de sa thèse sur la volonté unilatérale. Tentant dans son travail d'adapter la théorie de l'engagement unilatéral au droit français, il en tire la conclusion suivante : « Nous voyons qu'une déclaration unilatérale de volonté peut être considérée, dans l'état actuel de notre législation, comme liant, en certains cas exceptionnels, celui qui l'a faite »¹⁰²¹. Il rejette en revanche l'idée selon laquelle la volonté unilatérale puisse être considérée comme la source de toutes les obligations, mais de façon nuancée : il est, selon lui, simplement trop tôt pour envisager cette idée, dans l'état actuel du droit, car « la théorie de l'engagement par volonté unilatérale n'est pas encore définitivement arrêtée »¹⁰²². Worms sous-entend donc que la volonté unilatérale a un rôle plus important à jouer dans l'avenir parmi les sources des obligations. D'après lui, elle est amenée à devenir la principale source d'obligations, selon une évolution logique du droit qui, après avoir progressivement abandonné le formalisme pour laisser une plus grande place à la volonté, va abandonner l'accord, vestige du formalisme, pour donner toute son importance à la volonté individuelle. Clairement il affirme que le but de cette théorie n'est pas encore atteint : « Ce n'est qu'avec une certaine prudence qu'elle s'achemine vers son but, qui est de faire valider, dans tous les cas, un engagement pris par une simple déclaration individuelle »¹⁰²³. Worms souhaite donc faire une grande place à la volonté unilatérale en tant que source d'obligation. Elle aurait selon lui un rôle à jouer dans toutes les sources d'obligations : « la volonté unilatérale apparaîtrait ainsi comme la vraie source des obligations de tout genre »¹⁰²⁴. Mais il semble, une fois encore, que l'on retombe ici dans la confusion,

¹⁰¹⁹ PLANIOL (M.), *Op. Cit.*, n°833 p. 254.

¹⁰²⁰ WORMS (R.), *Op. Cit.*, p. 197 et s.

¹⁰²¹ WORMS (R.), *Op. Cit.*, p. 197.

¹⁰²² *Ibidem*.

¹⁰²³ WORMS (R.), *Op. Cit.*, p. 198.

¹⁰²⁴ WORMS (R.), *Op. Cit.*, p. 94.

mise en avant par Saleilles, entre le rôle de la volonté unilatérale dans la théorie générale des obligations et la volonté unilatérale comme source autonome d'obligations. Et c'est là tout le problème de la doctrine française vis-à-vis de la volonté unilatérale, et c'est peut être ce qui explique la difficulté à intégrer cette notion dans la classification des sources des obligations. Mais cependant, Worms ne confond pas sa théorie sur la volonté unilatérale, qui devrait être la source principale des obligations, avec le droit positif de la fin du XIXe siècle dans lequel on ne trouve que quelques exemples dans lesquels la volonté unilatérale donne naissance à l'obligation : la stipulation pour autrui, le titre à ordre, le titre au porteur, la promesse de fondation, la promesse de récompense, l'offre de vente. Gommaa¹⁰²⁵ souligne malgré tout que si l'on s'en tient à l'analyse du droit positif, la thèse de Worms présente tout de même des qualités, si l'on met de côté la trop grande généralisation du rôle de la volonté unilatérale qu'il juge exagérée¹⁰²⁶. En revanche Tarde¹⁰²⁷, qui s'inscrit dans la même lignée que Worms quelques années plus tard concernant le rôle de la volonté unilatérale, n'a cependant pas les mêmes scrupules : il regarde également le contrat comme la rencontre de deux volontés unilatérales, mais considère que toutes les obligations viennent plus ou moins directement de la volonté unilatérale : « Toute obligation contractuelle ou non découle avant tout d'une haute et profonde volonté unilatérale, celle du maître »¹⁰²⁸. On remarque donc que, dès son introduction en droit français, la théorie de la volonté unilatérale est marquée par une certaine ambiguïté. On a tendance à confondre le rôle de la volonté unilatérale dans la formation des obligations et la volonté unilatérale en tant que source autonome d'obligations.

Voilà donc comment cette théorie a pénétré le droit français, sous l'effet de l'influence du droit allemand, repris par Saleilles et Planiol, mais également avec une certaine confusion sur les enjeux réels de la volonté unilatérale en tant que source des obligations que l'on retrouve dans la thèse de Worms, qui a généralisé la notion en droit français. Nous allons à présent étudier quelle a été l'évolution de cette théorie dans la doctrine française du XXe siècle.

¹⁰²⁵ GOMAA (N.M.K.), *Théorie des sources de l'obligation*, Paris, L.G.D.J., 1968.

¹⁰²⁶ GOMAA (N.M.K.), *Op. Cit.*, n°88 p. 101.

¹⁰²⁷ TARDE (G.), *Les transformations du droit*, Paris, Alcan, 1893.

¹⁰²⁸ TARDE (G.), *Op. Cit.*, p. 120.

§2 : La volonté unilatérale dans la doctrine du XXe siècle.

Nous allons dans ce paragraphe étudier comment la doctrine du début du XXe siècle a tenté d'intégrer la volonté unilatérale parmi les sources des obligations (A), et comment progressivement au fil du siècle cette notion s'est essoufflée et n'a pas réussi à s'imposer (B).

A/ Les partisans de la volonté unilatérale.

Rouast¹⁰²⁹, dans son *Cours de droit civil approfondi (1933-1934)* consacré aux obligations dont la source n'est ni le contrat ni la faute, présente une étude intéressante sur l'engagement unilatéral. Il commence son cours en critiquant la classification des sources des obligations du Code civil. Selon lui, ses rédacteurs ont oublié deux sources que sont l'enrichissement sans cause (que nous étudierons ultérieurement) et l'engagement unilatéral. A propos de l'engagement unilatéral, il commence par préciser qu'il a fait l'objet de nombreux débats pour déterminer s'il s'agit ou non d'une source d'obligations, et que même si le débat est toujours d'actualité, la plupart des auteurs le reconnaissent comme tel : « à côté du contrat et distinctement par rapport au contrat »¹⁰³⁰. Rouast juge tout de même nécessaire d'étudier en détail l'engagement unilatéral afin de savoir s'il s'agit réellement d'une source d'obligations : « la volonté d'un seul ne pourra-t-elle pas aussi créer des obligations ? »¹⁰³¹.

Rouast précise d'abord que, dans tous les cas, il ne s'agit pas pour la volonté unilatérale d'imposer une obligation à autrui, mais seulement pour l'auteur de cette volonté de s'engager lui-même. Il avance un premier argument intéressant pour justifier l'existence de cette source d'obligation, qui est qu'il est fréquent dans notre droit de reconnaître des effets

¹⁰²⁹ ROUAST (A.), *Cours de droit civil approfondi- Les obligations dont la source n'est ni le contrat ni la faute*, Paris, Les cours de droit, 1933-1934.

¹⁰³⁰ ROUAST (A.), *Op. Cit.*, p. 4.

¹⁰³¹ ROUAST (A.), *Op. Cit.*, p. 35.

juridiques à la suite d'un acte unique de volonté. Il donne comme exemples l'acquisition de la propriété par l'occupation, l'acte unilatéral de volonté nécessaire pour que la prescription soit acquise, ou encore le testament¹⁰³². Le deuxième argument est que la volonté unilatérale a également un rôle à jouer dans le droit des obligations au niveau de l'extinction de celles-ci. Il cite l'exemple du contrat de travail à durée indéterminée auquel il peut être mis fin par une déclaration unilatérale de l'employeur ou de l'employé¹⁰³³. Il en conclut qu'il serait logique que la volonté unilatérale, qui peut éteindre ou supprimer des obligations, puisse également leur donner naissance : « La création d'obligations par la volonté unilatérale n'apparaîtrait pas comme quelque chose d'extraordinaire, puisque la volonté unilatérale joue un rôle considérable dans notre droit, et qu'elle intervient même pour la suppression d'obligations dans certains cas »¹⁰³⁴. Après avoir démontré que rien, en théorie, ne s'oppose à la reconnaissance de la volonté unilatérale comme source d'obligation, Rouast expose les différentes conceptions de cette théorie.

La première conception qu'il présente est celle selon laquelle la volonté unilatérale serait la seule source d'obligations : « Il faudrait analyser les obligations comme résultant toutes de la volonté unilatérale »¹⁰³⁵. Nous avons déjà trouvé cette idée chez Worms et Tarde. Selon lui, cette conception s'inscrit dans la continuité du rôle prépondérant reconnu au XIXe siècle à l'autonomie de la volonté : après avoir fait de l'accord de volontés l'élément essentiel des sources des obligations, il fallait aller encore plus loin dans la reconnaissance du rôle de la volonté et donc faire de la volonté individuelle la source de toutes les obligations. Mais Rouast rejette cette conception en s'appuyant principalement sur le contrat. En effet, selon cette théorie, le contrat n'est pas formé par l'accord des volontés mais par deux volontés unilatérales. Or le fait de scinder le contrat en deux obligations est pour Rouast une régression car il a fallu longtemps pour que le contrat soit vu comme un acte unique. Il cite l'exemple de la vente à Rome qui à l'origine devait se présenter comme une opération double (de la part de l'acheteur et de la part du vendeur) et voit un progrès dans le fait d'avoir finalement « lier les

¹⁰³² ROUAST (A.), *Op. Cit.*, p. 36.

¹⁰³³ ROUAST (A.), *Op. Cit.*, p. 37.

¹⁰³⁴ *Ibidem.*

¹⁰³⁵ ROUAST (A.), *Op. Cit.*, p. 39.

deux opérations pour les fondre en une seule »¹⁰³⁶. La théorie de l'acte unilatéral constituerait sur ce point un retour en arrière et non un progrès. Le second argument, encore plus probant, est que cette théorie fait dépendre l'existence du contrat uniquement de la volonté, sans tenir compte de l'objet ni de la cause. En effet, derrière la rencontre des volontés, l'accord, entrent en considération la cause et l'objet du contrat. Or, en considérant le contrat comme deux engagements unilatéraux, on oublie ces éléments déterminants pourtant dans la conclusion d'un contrat.

La deuxième conception considère l'engagement unilatéral comme une source autonome d'obligations coexistant avec le contrat : « L'engagement unilatéral serait une source libre et générale d'obligations... Toute manifestation de volonté serait ainsi obligatoire pour celui qui en est l'auteur »¹⁰³⁷. Cette conception est celle qui reconnaît la volonté unilatérale comme source des obligations à part entière sans aucune restriction, ses partisans considérant qu'on est libre de s'obliger par un simple acte unilatéral. Rouast rejette également cette deuxième conception beaucoup trop large à son goût de l'engagement unilatéral. Le premier argument s'opposant à cette conception est de dire que les obligations issues de ces engagements unilatéraux seraient sans valeur car elles pourraient être détruites à tout moment par leur auteur de la même façon qu'elles sont nées. En effet, comme l'écrit Rouast, « Si l'on admet que la volonté peut librement créer une obligation, il faut admettre aussi que la volonté peut librement détruire cette même obligation »¹⁰³⁸. Dans ses conditions, comment dire qu'une personne est obligée, quand elle peut se rétracter à tout moment ? Où est l'obligation ? Rouast ajoute pour appuyer son propos le cas de la nullité des contrats conclus avec une condition potestative¹⁰³⁹. Un tel contrat, dont la réalisation dépend de la seule volonté de celui qui s'oblige, est nul, donc il devrait en être de même d'un engagement unilatéral puisqu'il ne dépend que du bon vouloir de son auteur. Il ajoute également que, sous cet aspect, on admet que dans l'engagement unilatéral il n'y ait pas de créancier alors que, dans la conception traditionnelle de l'obligation, celle-ci se définit comme le rapport entre un créancier et un

¹⁰³⁶ ROUAST (A.), *Op. Cit.*, p. 40.

¹⁰³⁷ ROUAST (A.), *Op. Cit.*, p. 41.

¹⁰³⁸ *Ibidem.*

¹⁰³⁹ Article 1174 du Code civil.

débiteur, ce qui n'est pas le cas si l'on accepte que tout engagement unilatéral puisse être une obligation : « S'il n'y a point de créancier, il n'y a point d'obligation. L'obligation unilatérale n'est donc qu'une chimère »¹⁰⁴⁰. Rouast rejette donc ces deux premières conceptions assez larges et générales de l'engagement unilatéral en tant que source d'obligations, mais il lui reconnaît tout de même un certain rôle à jouer dans les sources des obligations, et cela dans la troisième conception qu'il présente et dont il est partisan.

Cette troisième conception était celle défendue notamment par Demogue¹⁰⁴¹, Josserand¹⁰⁴² ou encore Colin et Capitant¹⁰⁴³. Elle se rapproche de la solution retenue par le Code civil allemand, c'est sans doute pourquoi elle a été défendue par ces auteurs qui ont beaucoup puisé dans la théorie allemande. Rouast la résume en disant que l'engagement unilatéral n'est pas de manière générale une source d'obligations mais peut, dans certains cas exceptionnels, être créateur d'obligations, « ces exceptions étant justifiées par la sécurité des relations sociales »¹⁰⁴⁴. Il explique clairement qu'en règle générale l'engagement unilatéral est sans valeur, ce n'est pas une source d'obligation, sauf dans quelques exceptions qu'il convient de préciser, c'est-à-dire « lorsque son inexécution pourrait tromper la confiance légitime¹⁰⁴⁵ de quelqu'un, et pourrait causer à une personne un préjudice véritable »¹⁰⁴⁶. C'est donc pour préserver la sécurité juridique que, dans des cas exceptionnels, on reconnaît à l'engagement unilatéral la possibilité de donner naissance à une obligation. Dans ces hypothèses, la personne qui a voulu s'engager sera tenue de respecter son engagement pour ne pas léser les personnes qui auraient pris au sérieux son engagement. Il ne détaille pas des exemples précis comme le feront d'autres auteurs mais répond aux critiques évoquées précédemment. Dans cette conception, on ne peut plus reprocher à l'engagement unilatéral d'être sans efficacité puisque révocable, car la définition même de l'engagement unilatéral, ici, est d'assurer le maintien de l'engagement pour éviter l'insécurité juridique. De la même manière, cette

¹⁰⁴⁰ ROUAST (A.), *Op. Cit.*, p. 42.

¹⁰⁴¹ DEMOGUE (R.), *Op. Cit.*, p. 51 et s.

¹⁰⁴² JOSSERAND (L.), *Op. Cit.*, p. 220 et s.

¹⁰⁴³ COLIN (A.), CAPITANT (H.), *Op. cit.*, p. 158 et s.

¹⁰⁴⁴ ROUAST (A.), *Op. Cit.*, p. 43.

¹⁰⁴⁵ Sur cette notion : LEVY (E.), *La confiance légitime*, Paris, Larose, Tenin, Sirey, 1910.

¹⁰⁴⁶ ROUAST (A.), *Op. Cit.*, p. 43.

définition répond au reproche de l'absence de créancier : soit l'offre est faite à une personne déterminée, dans ce cas là le créancier est connu ; Soit l'offre est fait de manière indéterminée, mais dans ce cas là le créancier sera déterminable, c'est la personne qui acceptera l'offre pendant le délai durant lequel le débiteur est tenu de la maintenir pour préserver la sécurité juridique. Dans cette conception il s'agit donc bien d'une obligation puisque l'on a un débiteur et un créancier déterminé ou déterminable. Il existe une dernière critique assez répandue, à laquelle répond Rouast, selon laquelle, la théorie de l'engagement unilatéral ferait double emploi avec celle des avant-contrats. Rouast réfute cette critique en expliquant simplement que la différence entre un avant-contrat et un engagement unilatéral tient au fait que dans l'avant-contrat, il y a une rencontre de deux volontés, il y a un accord et qu'il s'agit donc d'un contrat préparatoire¹⁰⁴⁷. Au contraire, dans l'offre qui constitue un engagement unilatéral, le débiteur est engagé dès qu'il émet l'offre, sans qu'il y ait accord avec le créancier, qui parfois est d'ailleurs indéterminé. Rouast justifie ainsi la nécessité de l'existence des engagements unilatéraux parmi les sources des obligations, même s'il ne s'agit que d'une hypothèse assez restreinte et exceptionnelle. Nous verrons par la suite que c'est pour cela que certains auteurs tentent de remplacer ce concept par d'autres ou de le rattacher à certains contrats.

Rouast conclut que le dernier point qui reste à éclaircir est de savoir « s'il faut entendre plus ou moins largement la théorie de l'engagement unilatéral » même s'il est certains que « cette théorie a un domaine, plus ou moins large, elle a donc place parmi les sources des obligations »¹⁰⁴⁸. Il nous reste donc à présent à tenter de définir précisément quel est le domaine de cette théorie en étudiant les positions des différents auteurs de cette époque, partisans de cette conception de l'engagement unilatéral.

On retrouve chez Demogue la même conception de la volonté unilatérale que chez Rouast, à quelques nuances près. En effet, Demogue fait partie de ces auteurs qui reconnaissent que dans le cadre d'une offre faite à personne déterminée, la théorie de la

¹⁰⁴⁷ ROUAST (A.), *Op. Cit.*, p. 45.

¹⁰⁴⁸ *Ibidem.*

volonté unilatérale n'est pas utile, et que l'on peut lui substituer celle de l'avant-contrat¹⁰⁴⁹. Il considère que dans cette hypothèse le promettant a fait une double promesse, celle de maintenir son offre, puis celle de se lier par contrat : « le destinataire peut être présumé avoir accepté tacitement la première, de sorte que dès la réception il y a un avant-contrat tacite ayant pour objet le maintien provisoire de l'offre. On reste donc dans la théorie classique du concours de volontés »¹⁰⁵⁰. En revanche, dans le cas d'une offre à personne indéterminée, il faut avoir recours à la théorie de l'engagement unilatéral pour assurer la sécurité juridique et protéger les personnes qui pourraient se trouver lésées par le retrait de cette offre. Il justifie ainsi que la volonté unilatérale ne soit pas toujours source d'obligations : « Ainsi des nécessités sociales, sort la règle morale : tiens ta parole. Mais le droit n'a pas à la consacrer toute entière. C'est affaire de temps et de milieu »¹⁰⁵¹. Demogue ne précise pas dans le détail quels sont les cas de figures dans lesquels la volonté unilatérale est source d'obligation. Il se contente de poser le principe, puis il fait une rapide comparaison avec les droits étrangers. Il ne revient pas sur le droit allemand dont nous avons déjà vu qu'il acceptait par exception l'engagement unilatéral comme source d'obligation. S'agissant du droit italien¹⁰⁵², Demogue le compare au droit français et remarque que la question y est également très controversée, et que si le principe semble être admis en théorie, cela est beaucoup moins évident dans la pratique. En Suisse, le Code des obligations ne parle pas de l'engagement unilatéral, mais certains textes, sans employer l'expression, se rapprochent de cette notion¹⁰⁵³. Il s'agit essentiellement de l'hypothèse de l'offre de contrat, prévue par le Code Suisse : l'offrant est obligé de maintenir l'offre pendant un certain délai. Au Maroc¹⁰⁵⁴ et en Tunisie¹⁰⁵⁵, le

¹⁰⁴⁹ DEMOGUE (R.), *Op. Cit.*, p. 55.

¹⁰⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁰⁵¹ DEMOGUE (R.), *Op. Cit.*, p. 56.

¹⁰⁵² DEMOGUE (R.), *Op. Cit.*, p. 60.

¹⁰⁵³ Code fédéral suisse des obligations de 1911 : Art. 3 : Toute personne qui propose à une autre la conclusion d'un contrat en lui fixant un délai pour accepter est liée par son offre jusqu'à l'expiration du délai. Art. 8 : Celui qui promet publiquement un prix est tenu de le payer conformément à sa promesse.

¹⁰⁵⁴ Code des obligations et des contrats du Maroc de 1913 : Art. 14 : La simple promesse ne crée point d'obligation et art. 15: La promesse,...., d'une récompense à celui qui trouvera un objet perdu ou accomplira un autre fait, est réputée acceptée par celui qui, même sans connaître l'avis, rapporte l'objet ou accomplit le fait ; l'auteur de la promesse est tenu, dès lors, de son côté, à accomplir la prestation promise.

principe est que la simple promesse ne crée pas d'obligation, mais la promesse de récompense est, quant à elle, source d'obligation et, même, il est prévu que les engagements unilatéraux deviennent obligatoires, dès lors qu'ils sont parvenus à la connaissance de l'autre partie (au point que l'on se situe ici, avec cette solution, à mi-chemin entre l'engagement unilatéral et la théorie de l'avant-contrat : l'engagement unilatéral n'est pas obligatoire dès l'origine, mais il le devient dès réception par le destinataire). Au Portugal également la notion est d'usage limité, ni la promesse de récompense ni l'offre à personne indéterminée ne sont vues comme des obligations unilatérales, mais on y explique la fondation et l'offre sous forme de titre au porteur par la théorie de l'engagement unilatéral¹⁰⁵⁶. Enfin, en Espagne, la théorie ne semble pas acceptée. On voit donc que la question de l'engagement unilatéral est très controversée dans ces différents pays, mais il faut tout de même reconnaître, qu'un point commun se dégage : dans la plupart des pays, on accepte dans des cas exceptionnels seulement de reconnaître la volonté unilatérale comme source d'obligations. Qu'en est-il du droit français ?

Colin et Capitant, ainsi que Josserand apportent des éléments de réponse intéressants à cette question. Colin et Capitant exposent de manière très claire la situation de l'engagement unilatéral. Dans un premier temps, ils posent la règle, qui est la suivante : « En principe la manifestation unilatérale de volonté n'oblige pas son auteur »¹⁰⁵⁷. Puis ils précisent aussitôt que cette règle présente des exceptions qui peuvent être classées en trois groupes. C'est donc dans ces trois groupes que l'on trouve quelles sont, selon ces auteurs, les hypothèses du droit français dans lesquelles la volonté unilatérale est source d'obligations. Le premier groupe est celui des « offres de contracter avec délai exprès ou tacite pour l'acceptation »¹⁰⁵⁸. Quand l'offre est accompagnée d'un délai, son auteur est obligé de maintenir son engagement pendant la durée de celui-ci. Ce qui caractérise ce premier groupe c'est que l'engagement n'est pas définitif, il n'est que temporaire jusqu'à l'expiration du délai ou l'acceptation de

¹⁰⁵⁵ Code des obligations et des contrats de Tunisie de 1906 : Art. 18 : La simple promesse ne crée point d'obligation et art. 19: La promesse, ..., d'une récompense à celui qui trouvera un objet perdu ou accomplira un autre fait, est réputée acceptée par celui qui, même sans connaître l'avis, rapporte l'objet ou accomplit le fait ; l'auteur de la promesse est tenu, dès lors, de son côté, à accomplir la prestation promise.

¹⁰⁵⁶ DEMOGUE (R.), *Op. Cit.*, p. 62.

¹⁰⁵⁷ COLIN (A.), CAPITANT (H.), *Op. cit.*, n° 170 p. 158.

¹⁰⁵⁸ COLIN (A.), CAPITANT (H.), *Op. cit.*, n° 172 p. 158.

l'offre. Le deuxième groupe réunit trois exemples d'engagement unilatéral dans lesquels « un engagement définitif naît à la charge d'une personne par sa seule volonté »¹⁰⁵⁹. Le premier cas est celui de l'acquéreur d'un immeuble grevé de privilèges ou d'hypothèques qui veut le purger de ces charges. Il peut le faire par une déclaration unilatérale faite aux créanciers inscrits, dans laquelle il s'engage à payer les dettes et charges hypothécaires jusqu'à concurrence du prix. Cette déclaration, une fois faite, est irrévocable, sans qu'il soit besoin d'attendre l'acceptation des créanciers. Le deuxième exemple est celui de l'acceptation d'une succession. En acceptant la succession, l'héritier est obligé de payer les dettes du défunt soit totalement, soit à concurrence de l'actif s'il a accepté la succession sous bénéfice d'inventaire. Enfin, le dernier exemple de ce groupe est la gestion d'affaires. Celui qui entame volontairement la gestion des affaires d'autrui est obligé de la continuer. Il est vrai que, ici aussi, l'engagement naît de la seule volonté du gérant. L'engagement unilatéral pourrait ainsi être un moyen pour supprimer la catégorie des quasi-contrats. Colin et Capitant placent ainsi la gestion d'affaires parmi les engagements unilatéraux. Mais le problème est qu'ils n'évoquent que les obligations du gérant, et pas celles du maître de l'affaire, car, comme nous l'avons vu, s'il est possible de s'engager par sa volonté unilatérale, il n'est jamais admis que l'on puisse engager une autre personne. Ainsi, dans la gestion d'affaires, seule l'obligation du gérant naîtrait de la volonté unilatérale, mais alors où classer l'obligation du maître de l'affaire ? Les auteurs ne donnent pas plus de précisions, mais sans doute serait-il possible d'utiliser une autre théorie nouvelle pour classer cette obligation, celle de l'enrichissement sans cause. En effet, la gestion faite par le gérant enrichi le maître ou l'empêche de s'appauvrir, on peut donc y voir la source de l'obligation pour celui-ci d'indemniser le gérant. Enfin, le troisième groupe est celui de l'« engagement unilatéral greffé sur un contrat »¹⁰⁶⁰. Il s'agit d'une personne qui décide dans un contrat passé avec une autre personne de s'engager envers un tiers. Cet engagement est définitif et irrévocable envers le tiers car « dans ces cas là, l'obligation est incorporée dans un contrat et puise par la même une force particulière »¹⁰⁶¹. Colin et Capitant donnent deux exemples la stipulation pour autrui et les titres négociables.

¹⁰⁵⁹ COLIN (A.), CAPITANT (H.), *Op. cit.*, n°173 p. 158.

¹⁰⁶⁰ COLIN (A.), CAPITANT (H.), *Op. cit.*, n°174 p. 159.

¹⁰⁶¹ *Ibidem.*

De son côté, Jossérand également commence en énonçant le principe selon lequel une volonté unilatérale ne peut pas créer d'obligations. Il précise : « pour atteindre ce but, elle doit se lier à une autre volonté, ce qui revient à dire que la source des obligations volontaires est essentiellement de nature volontaire »¹⁰⁶². Mais il ajoute aussitôt que, par dérogation, dans certaines hypothèses, la volonté unilatérale peut être source d'obligations. La particularité de Jossérand est que, non seulement il admet que la volonté unilatérale permet de devenir débiteur mais, et c'est plus rare, qu'elle permet également de devenir créancier d'une obligation. Pour éviter tout problème, il ne parle pas d'actes unilatéraux, car il y aurait alors un risque de confusion avec les contrats unilatéraux, et préfère parler d'actes juridiques à formation unilatérale¹⁰⁶³. La liste de ces actes juridiques à formation unilatérale est plus restreinte que chez Colin et Capitant, on y retrouve : les offres accompagnées d'un délai exprès ou tacite, la stipulation pour autrui, les titres à ordre et au porteur, les actes confirmatifs et la gestion d'affaires. Cependant, concernant ce dernier exemple, sa conception est assez originale. En effet si, comme ces prédécesseurs, il reconnaît que les obligations du gérant naissent de l'acte unilatéral qu'il accomplit, il ajoute que les obligations du maître également dérivent de celui-ci (et répond ainsi à l'interrogation laissée en suspens par Colin et Capitant). Ainsi, la gestion d'affaires prend naissance dans un acte juridique unilatéral du géré qui l'engage envers le maître et qui engage réciproquement le maître envers lui. L'acte juridique unilatéral est donc susceptible, dans ce cas de figure, de faire naître des obligations réciproques entre le maître et le gérant. Jossérand est un des rares auteurs à reconnaître cette possibilité aux engagements unilatéraux dans le cadre de la gestion d'affaires.

Nous voyons donc que pour une majorité d'auteurs au début du XXe siècle, l'engagement unilatéral est une source d'obligations dans certains cas précis, dont la liste n'est pas définie précisément et varie selon les auteurs. Mais il faut signaler que pour d'autres auteurs, la volonté unilatérale ne peut en aucun cas être source d'obligations.

¹⁰⁶² JOSSERAND (L.), *Op. Cit.*, n°396 p. 220.

¹⁰⁶³ JOSSERAND (L.), *Op. Cit.*, n° 398 p. 221.

B/ Les opposants à la volonté unilatérale.

C'est l'idée qui est défendue par Planiol et Ripert¹⁰⁶⁴, qui critiquent la théorie de l'engagement unilatéral. Selon ces auteurs, la théorie de l'engagement unilatéral acceptée par une partie de la doctrine mais ignorée de la jurisprudence française est « une exagération et une déformation de l'autonomie de la volonté »¹⁰⁶⁵. La volonté unilatérale ne peut pas créer, à elle seule, un rapport obligatoire car si elle le pouvait, elle pourrait aussi le défaire et alors il n'y aurait pas d'obligations. S'ils reconnaissent que dans certaines situations la volonté unilatérale peut « créer ou modifier une situation propre à faire naître un rapport juridique »¹⁰⁶⁶, ils estiment que ce n'est pas alors la volonté seule qui est source d'obligation parce qu'elle trouve un soutien dans une situation établie (par la loi notamment) ou dans la forme qu'elle prend pour se manifester. Ainsi, la volonté unilatérale a parfois un effet, mais qui est dû à la loi. En réalité l'obligation vient de la loi et la personne ne fait que se placer dans la situation prévue par la loi au travers d'une déclaration unilatérale. Ils citent comme exemples : la reconnaissance d'enfants naturels, l'acceptation d'une succession, les offres aux fins de purge, l'émancipation. Dans les autres hypothèses étudiées précédemment, Planiol et Ripert, s'efforcent également de démontrer que ce n'est jamais la volonté unilatérale qui oblige. Dans le cas de l'offre de contracter, ce n'est pas selon eux l'offre qui fait naître l'obligation mais bien le retrait de l'offre qui est fautif. De plus, ils expliquent qu'à partir du moment où l'offre est connue du destinataire, celui-ci a pris acte du fait que l'offrant doive la maintenir et donc qu'une convention s'est réalisée¹⁰⁶⁷. Dans le cas de la promesse de récompense, on ne peut vérifier la réalité de l'obligation que si quelqu'un réalise la condition demandée, et là encore tant que cette personne ne réclame pas la récompense, il n'y a pas de créancier, donc il n'y a pas d'obligation. L'obligation ne naît qu'au moment de la réclamation de la récompense. Le même raisonnement expliquerait selon eux le titre à ordre ou au

¹⁰⁶⁴ PLANIOL (M.), RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français-Tome 6 : Obligations*, Paris, LGDJ, 1952.

¹⁰⁶⁵ PLANIOL (M.), RIPERT (G.), *Op. Cit.*, n°1175 p. 453.

¹⁰⁶⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁶⁷ PLANIOL (M.), RIPERT (G.), *Op. Cit.*, n°10 p.11.

porteur : ce n'est pas l'émission du titre qui fait naître l'obligation mais la remise du titre, car tant que l'auteur du titre l'a entre ses mains, il est libre de le détruire, ce qui n'est plus le cas après la remise.

On l'a bien compris avec ces quelques exemples, Planiol et Ripert n'accordent que peu de crédits à la théorie de l'engagement unilatéral, et ils font d'ailleurs à son propos une remarque intéressante : « On ne trouve donc guère d'hypothèses où il paraisse nécessaire d'admettre la doctrine de l'engagement par déclaration de volonté unilatérale »¹⁰⁶⁸. Par une telle affirmation, ils contribuent à limiter l'évolution de ce concept en niant son utilité. S'il peut expliquer certaines obligations, on n'est jamais obligé d'y avoir recours et on peut toujours trouver une autre explication, notamment en ayant recours à la théorie contractuelle.

Cette notion étant essentiellement doctrinale en France, va progressivement s'essoufflée car elle ne trouvera jamais d'applications pratiques, comme le souligne Gomaa : « La théorie de l'acte de la volonté unilatérale ne s'est fait jour que dans l'activité doctrinale. Jusqu'aujourd'hui, la théorie fut l'objet d'une discussion plus ou moins aiguë, entre partisans et adversaires »¹⁰⁶⁹. Inexorablement, l'influence du contrat se fait sentir et absorbe les hypothèses que nous venons d'étudier, comme le signale justement Gomaa : « La conception du contrat, si souple et si large, est capable de couvrir toutes les hypothèses d'échange par voie volontaire. Donc si les principes actuellement en cours sont suffisant pour satisfaire la vie pratique, il n'y a pas de raison pour essayer de forger un autre principe »¹⁰⁷⁰. Ce rejet de l'engagement unilatéral peut être vu, plus généralement, comme un rejet de l'influence allemande¹⁰⁷¹. Suite aux deux guerres mondiales, on préfère revenir à la tradition juridique française du contrat (formé par la rencontre des volontés), et abandonner l'engagement unilatéral, héritage du droit allemand. Dans la catégorie des actes juridiques, qui comprend le contrat et les actes juridiques unilatéraux, le contrat va progressivement

¹⁰⁶⁸ PLANIOL (M.), RIPERT (G.), *Op. Cit.*, n°11 p. 14.

¹⁰⁶⁹ GOMAA (N.M.K.), *Op. Cit.*, n°95 p. 106.

¹⁰⁷⁰ GOMAA (N.M.K.), *Op. Cit.*, n°92 p. 103.

¹⁰⁷¹ À propos de la relation d' « attraction-répulsion » entre les juristes français et allemands : CHERFOUH (F.), *Le juriste entre science et politique : la Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, (1877-1938), thèse, Bordeaux, 2010, p. 383 et s.

reprendre le monopole, et apparaître comme la seule source d'obligation volontaire pour de nombreux auteurs, comme c'était le cas dans le Code civil de 1804. Déjà chez Rouast, on sentait la tentation de rattacher les engagements unilatéraux aux contrats : « Je n'aurai pas à insister longuement sur cette source d'obligations, pour la raison très simple que l'engagement unilatéral se rapproche beaucoup du contrat par ses effets »¹⁰⁷². La conclusion de Gomaa est très pertinente : si l'engagement unilatéral ne s'est pas imposé, c'est que la pratique n'en avait pas l'utilité, et qu'elle n'a jamais été consacrée en France par le droit positif : « Bien que l'institution en question soit, moralement et techniquement, justifiée, elle a besoin d'être autorisée par le droit objectif, pour être considérée comme une source d'obligation »¹⁰⁷³ ; mais il reconnaît tout de même que cette théorie peut avoir un avenir car « Elle peut être la base et le soutien des hypothèses qui vont apparaître avec la vie moderne, ou des hypothèses existant déjà mais mal basées ou expliquées d'une façon plus ou moins forcée »¹⁰⁷⁴. Cela explique peut être pourquoi, au cours des dernières années, cette théorie a connu un certain renouveau dans la doctrine française. On retrouve notamment chez Terré et Lequette la question suivante : « Est-il, en l'état du droit positif français, souhaitable d'accueillir la théorie de l'engagement unilatéral de volonté et, à supposer que l'on réponde par l'affirmative, dans quelle mesure ? »¹⁰⁷⁵. Ces auteurs reprennent les arguments développés par les partisans de la notion au début du XXe siècle et admettent que rien ne s'oppose à la reconnaissance des engagements unilatéraux en tant que sources des obligations, si ce n'est qu'ils ne sont pas énumérés par le Code civil. Il appartient donc, selon eux, aux juges de déterminer « Si les besoins sociaux rendent nécessaire ou utile l'admission d'une nouvelle source d'obligation »¹⁰⁷⁶. Si, dans un premier temps, ils dressent le même constat que Gomaa (la théorie est inutile dans le droit français car elle ne vient qu'expliquer *a posteriori* des situations existant depuis longtemps et, dans les autres cas, le droit français réussit à expliquer les situations nouvelles en recourant à d'autres concepts comme le contrat ou la responsabilité

¹⁰⁷² ROUAST (A.), *Op. Cit.*, p. 35.

¹⁰⁷³ GOMAA (N.M.K.), *Op. Cit.*, n°95 p. 106.

¹⁰⁷⁴ GOMAA (N.M.K.), *Op. Cit.*, n°92 p. 103.

¹⁰⁷⁵ TERRE (F.), LEQUETTE (Y.), SIMLER (T.), *Droit civil-Les obligations*, Paris, Dalloz, 2005, 9^e éd., n°51 p. 60.

¹⁰⁷⁶ TERRE (F.), LEQUETTE (Y.), SIMLER (T.), *Op. Cit.*, n°52 p. 51.

civile), ils reconnaissent toutefois que l'engagement unilatéral peut être amené, en droit français, à jouer un rôle subsidiaire parmi les sources des obligations, quand celui-ci revêt une utilité sociale et économique. C'est ainsi qu'ils donnent plusieurs exemples récents dans lesquels on a eu recours à cette théorie. Les juges considèrent que la promesse d'exécuter une obligation naturelle s'analyse en un engagement unilatéral de volonté¹⁰⁷⁷. La loi du 11 juillet 1985, sur l'EURL, permettant à une société d'être constituée d'une seule personne semble également s'appuyer sur la théorie de l'engagement unilatéral¹⁰⁷⁸. La théorie de l'engagement unilatéral n'a toujours pas été consacrée en tant que source d'obligation, mais elle influence donc la jurisprudence et la loi. Elle joue son rôle de source ponctuelle et, comme l'avait envisagé Goma, elle permet d'expliquer des hypothèses nouvelles de la vie moderne. Nous verrons ultérieurement qu les rédacteurs du projet Catala de réforme du droit des obligations font dans ce projet une place à l'engagement unilatéral en tant que source d'obligations.

Muriel Fabre-Magnan consacre également une place importante à l'engagement unilatéral dans son ouvrage sur les obligations¹⁰⁷⁹. Après avoir présenté les termes du débat et les différentes positions doctrinales, elle insiste surtout sur le développement jurisprudentiel de la notion en droit positif. Elle cite le domaine du droit du travail dans lequel la Cour de cassation « a admis de façon tout à fait générale que l'engagement unilatéral de l'employeur lie ce dernier. La doctrine travailliste ne s'interroge dès lors plus sur l'existence de cette source d'obligation et l'envisage tout naturellement, à côté des autres sources du droit du travail »¹⁰⁸⁰. On voit donc apparaître ici toute l'utilité de la notion d'engagement unilatéral qui, bien qu'elle ne soit pas consacrée par la loi, a été reconnue par la chambre sociale de la Cour de cassation. Les chambres civiles reconnaissent, quant à elles, de manière ponctuelle seulement, l'aspect obligatoire des engagements unilatéraux. C'est donc par la pratique que l'engagement unilatéral va peut être réussir à s'imposer comme une source d'obligation et être reconnu ensuite par la loi. Muriel Fabre-Magnan énonce plusieurs conditions nécessaires à la

¹⁰⁷⁷ Cass. 1^{ère} civ. 21 juill. 1987 ; Cass. 1^{ère} civ. 10 oct. 1995 ; Cass. 1^{ère} civ. 4 janv. 2005.

¹⁰⁷⁸ TERRE (F.), LEQUETTE (Y.), SIMLER (T.), *Op. cit.*, n°54 p. 64.

¹⁰⁷⁹ FABRE-MAGNAN (M.), *Les obligations*, Paris, P.U.F., 2004.

¹⁰⁸⁰ FABRE-MAGNAN (M.), *Op. cit.*, p. 623.

validité des engagements unilatéraux¹⁰⁸¹, qu'elle tire pour partie de la théorie mais aussi de la jurisprudence des arrêts de la Cour de cassation en la matière. Il faut tout d'abord, pour qu'un engagement unilatéral ait force obligatoire, qu'il y ait une deuxième personne qui ait à souffrir du non-respect de cet engagement. Il faut ensuite que cette deuxième personne ait connaissance de la promesse : « C'est ainsi par exemple qu'en droit du travail, l'engagement unilatéral de l'employeur doit avoir reçu une certaine publicité, soit que les déclarations aient été faites devant des représentants des salariés, soient qu'elles aient été reproduites dans des notes de service rendues publiques ou des courriers adressés aux salariés »¹⁰⁸². Enfin, il faut que celui qui invoque l'engagement unilatéral ait pu légitimement croire à celle-ci. Les paroles de l'auteur de l'acte doivent avoir été « suffisamment précises et fermes pour que leur destinataire ait pu compter sur l'engagement du promettant »¹⁰⁸³. Voilà donc précisée, en droit positif, la notion d'engagement unilatéral, et sa fonction renforcée particulièrement par la pratique du droit social. Alain Sériaux dans son article sur « *L'engagement unilatéral en droit positif français actuel* »¹⁰⁸⁴ dresse le même constat, mais il ajoute deux exemples de manifestation de l'engagement unilatéral en droit positif. Il s'agit, d'une part, de la reconnaissance par la première chambre civile de la Cour de cassation de l'obligation qui pèse sur l'auteur d'une reconnaissance mensongère d'un enfant « de se comporter comme un père, en subvenant notamment aux besoins de l'enfant reconnu »¹⁰⁸⁵. Cet engagement n'est fondé sur aucune obligation naturelle pré-existante, car l'homme n'est pas le père de l'enfant. C'est donc uniquement par son engagement qu'il fait naître l'obligation de se comporter comme le père légitime de l'enfant. Le second exemple, plus critiqué, constitue une reconnaissance légale de l'engagement unilatéral. L'article 311-20 du Code civil dispose en effet : « le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action en contestation de filiation ». On est totalement ici dans l'hypothèse de Gomaa de l'utilité de l'engagement unilatéral « comme le soutien des hypothèses qui vont apparaître avec la vie

¹⁰⁸¹ FABRE-MAGNAN (M.), *Op. cit.*, p. 624.

¹⁰⁸² FABRE-MAGNAN (M.), *Op. cit.*, p. 625.

¹⁰⁸³ *Ibidem*.

¹⁰⁸⁴ SERIAUX (A.), « *L'engagement unilatéral en droit positif français actuel* » p.7-20, dans JAMIN (C.), MAZEAUD (D.), *Unilatéralisme et droit des obligations*, Paris, Economica, 1999.

¹⁰⁸⁵ Civ. 1^{er}, 6 décembre 1988 ; Civ. 1^{er}, 21 juillet 1987 et 10 juillet 1990.

moderne »¹⁰⁸⁶. En effet, si on recherche dans ce cas de figure le fondement de l'obligation des parents, force est de constater qu'il se situe bien dans un acte unilatéral de volonté : « Ces deux engagements unilatéraux parallèles (du père et de la mère) aboutissent cette fois à constituer *ex nihilo* ce que jamais aucun vouloir humain ne sera capable de faire : une paternité et une maternité complètes, plus vraies que nature »¹⁰⁸⁷.

Nous venons d'étudier la position de la doctrine sur l'engagement unilatéral au XXe siècle. Cette notion apparue au début du siècle sous l'influence allemande était promise à un avenir important par certains auteurs. Mais l'absence de consécration légale et l'hypertrophie du modèle contractuel en droit des obligations français ont progressivement eu raison de cette notion. Si l'on se réfère aux manuels modernes de droit des obligations, l'engagement unilatéral n'a guère sa place parmi les sources des obligations, et quand il est évoqué, c'est simplement à titre de source exceptionnelle. Cependant, les quelques exemples que nous venons d'étudier nous montrent un certain renouveau de la notion, principalement dans la pratique judiciaire. Sur cette base, le législateur, dans une optique de réforme du droit des obligations viendra-t-il consacrer cette source d'obligation en tenant compte de son utilité dans certains domaines du droit positif ?¹⁰⁸⁸

¹⁰⁸⁶ GOMAA (N.M.K.), *Op. Cit.*, n°92 p. 103.

¹⁰⁸⁷ SERIAUX (A.), « *L'engagement unilatéral en droit positif français actuel* » p.20, dans JAMIN (C.), MAZEAUD (D.), *Unilatéralisme et droit des obligations*, Paris, Economica, 1999.

¹⁰⁸⁸ Voir étude du projet Catala : titre 2, chapitre 2, section 2, §2.

Chapitre 2 : L'enrichissement sans cause : Source d'obligation en droit français ?¹⁰⁸⁹

L'enrichissement sans cause n'est pas une notion inventée par la doctrine du XXe siècle. Elle trouve son origine dans le droit romain et a ensuite évolué au fil des siècles comme on a pu l'expliquer¹⁰⁹⁰. Pendant longtemps, la notion de l'enrichissement sans cause a été abordée essentiellement sous son aspect pratique, et c'est d'ailleurs la jurisprudence qui, à la fin du XIXe siècle, fait émerger cette source d'obligation. Ce n'est que par la suite que la doctrine tente de la théoriser et de lui trouver un fondement, dans la première moitié du XXe siècle. Certains auteurs, à la suite de la remise en cause des sources traditionnelles des obligations, et plus particulièrement du quasi-contrat, cherchent dans la théorie de l'enrichissement sans cause un nouveau fondement pour certaines obligations. Nous allons donc dans un premier temps faire un rapide rappel historique sur la notion d'enrichissement sans cause (Section 1), puis nous étudierons les théories développées par les auteurs du XXe siècle pour intégrer l'enrichissement sans cause dans la classification des sources des obligations (Section 2).

¹⁰⁸⁹ CHAINE (P.), *L'enrichissement sans cause dans le droit civil français*, Lyon, Waltener et cie, 1909 ; GORE (F.), *L'enrichissement aux dépens d'autrui : source autonome et générale d'obligations en droit privé français : essai d'une construction technique*, Paris, Dalloz, 1949 ; BONNET (G.), *L'enrichissement sans cause : droit privé et droit public*, Paris, Librairies techniques, 1989 ; EL NACEF (N.), *L'enrichissement sans cause en droit français et en droit libanais*, thèse, Rennes, 2001 ; AUGUSTIN (J.M.), « Introduction historique à l'enrichissement sans cause en droit français », *actes des 3^e journée d'études Poitiers-Roma tre*, LGDJ, 2007, p. 31-42

¹⁰⁹⁰ AUGUSTIN (J.M.), « Introduction historique à l'enrichissement sans cause en droit français », *actes des 3^e journée d'études Poitiers-Roma tre*, LGDJ, 2007, p. 31-42.

Section 1 : Rappel historique.

Chez Pothier, l'enrichissement sans cause est rattaché aux quasi-contrats, et surtout, ne donne pas lieu à théorisation¹⁰⁹¹, l'auteur traitant essentiellement des cas pratiques et particuliers. Dans le Code civil, l'autonomie de la notion d'enrichissement sans cause n'est pas non plus affirmée, seul le paiement de l'indu, qui est classiquement une des hypothèses d'enrichissement sans cause, étant cité comme source d'obligation et rangé parmi les quasi-contrats. A aucun moment, l'expression « enrichissement sans cause » n'est utilisée mais, pour autant, on en retrouve des applications au travers du Code civil¹⁰⁹², qui touchent au droit de propriété, l'article 544 dispose que le propriétaire du sol qui a fait des travaux avec des matériaux ne lui appartenant pas est tenu d'en rembourser la valeur à leur propriétaire, ou qui, comme l'article 1312 prévoient que l'incapable peut obtenir l'annulation d'un engagement contracté de manière irrégulière, sans être obligé de rembourser, sauf si ce qu'il a reçu à tourner à son profit, ce qui évite ainsi qu'il s'enrichisse injustement aux dépens de son cocontractant. On relève donc certaines applications du principe de l'enrichissement sans cause, sans que jamais ne soit évoquée cette théorie. C'est pourquoi Jean-Marie Augustin cite fort à propos Ripert qui écrit s'agissant de l'enrichissement sans cause : « Comme un fleuve souterrain, le principe alimente des règles précises qui en révèle l'existence, mais il ne sort jamais au jour »¹⁰⁹³. La jurisprudence puis la doctrine du XIXe siècle tentent ensuite de faire place au principe de l'enrichissement sans cause, en l'intégrant dans celui de la gestion d'affaires. Cela leur permet de s'appuyer sur un principe du Code, la gestion d'affaires, qu'ils étendent de manière un peu artificiel pour traiter certains cas d'enrichissement sans cause. Ce n'est qu'à la fin du XIXe siècle que la jurisprudence développe véritablement la notion d'enrichissement sans cause en tant que source autonome d'obligation.

¹⁰⁹¹ BUGNET, *Œuvres de Pothier, Tome V : traité du contrat de mandat*, Paris, Plon, 1845-1861, n° 189-193.

¹⁰⁹² AUGUSTIN (J.M.), « Introduction historique à l'enrichissement sans cause en droit français », *actes des 3^e journée d'études Poitiers-Roma tre*, LGDJ, 2007, p. 35.

¹⁰⁹³ RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 1949, 4^e éd., n°133 p. 246.

Une fois encore l'Allemagne a servi de modèle puisque déjà le Code prussien de 1861 énonçait un principe selon lequel nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui, et de manière moins générale dans le projet de Code civil allemand. De plus, l'enrichissement sans cause a été théorisé par les juristes allemands comme Zachariae qui sera repris en France par Aubry et Rau. Mais en France, comme l'explique J.M. Augustin¹⁰⁹⁴, c'est surtout au travers de la pratique judiciaire que la notion d'enrichissement sans cause va s'imposer en tant que source d'obligation. Ce sont d'abord les cours d'appel qui ont fréquemment, entre 1850 et 1890, rendu des arrêts ordonnant la restitution d'enrichissement injuste¹⁰⁹⁵, la Cour de cassation se refusant toujours à reconnaître une source générale d'obligation dans l'enrichissement sans cause, comme l'atteste un arrêt de la Chambre des requêtes du 11 juillet 1889¹⁰⁹⁶. Mais un célèbre revirement de jurisprudence va s'opérer en 1892 avec l'arrêt de la chambre des requêtes du 15 juin 1892¹⁰⁹⁷, fréquemment appelé l'arrêt Boudier. Dans cette affaire, un marchand d'engrais avait vendu sa marchandise à un fermier exploitant les terres d'un propriétaire. Or, après la résiliation du bail du fermier, celui-ci s'était retrouvé insolvable et avait abandonné ses récoltes sans avoir payé le fournisseur d'engrais. Le fournisseur d'engrais s'était alors retourné contre le propriétaire pour obtenir un dédommagement sur le fondement que celui-ci avait bénéficié de meilleures récoltes grâce à l'engrais fourni, et s'était donc enrichi injustement. Le tribunal de première instance accueille la demande, et sur pourvoi en cassation, se pose la question de savoir s'il est possible d'appliquer l'action *de in rem verso* en l'espèce. La Cour de cassation va aller très loin dans son arrêt en reconnaissant très largement le principe de l'enrichissement sans cause comme une source d'obligation : « Sur la troisième branche relative à l'application de l'action *de in rem verso* : - Attendu que cette action dérive du principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui et n'ayant été réglementé par aucun texte de nos lois, son exercice n'est soumis à aucune condition

¹⁰⁹⁴ AUGUSTIN (J.M.), « Introduction historique à l'enrichissement sans cause en droit français », *actes des 3^e journée d'études Poitiers-Roma tre*, LGDJ, 2007, p. 38.

¹⁰⁹⁵ Paris en 1850 et 1888, Rennes en 1859, Montpellier en 1869, Orléans en 1889.

¹⁰⁹⁶ Dalloz 1889, 1, 393, note Petiton ; Sirey, 1890, 1, 97, note Labbé : Labbé qui en l'espèce reprochait à la chambre des requêtes de ne pas avoir reconnu la théorie de l'enrichissement sans cause, mais qui rattachait ce refus au cas d'espèce.

¹⁰⁹⁷ Dalloz 1892, 1, 596 ; Sirey 1893, 1, 282, note Labbé.

déterminée ; qu'il suffit pour la rendre recevable que le demandeur allègue et offre d'établir l'existence d'un avantage qu'il aurait, par un sacrifice ou un fait personnel, procuré à celui contre lequel il agit ». Voilà un arrêt très original qui reconnaît pleinement le principe de l'enrichissement sans cause, et surtout, ce qui est plus curieux, sans aucune condition restrictive, ce qui fit dire à Jean Carbonnier : « L'arrêt Boudier ouvrit toutes grandes les écluses »¹⁰⁹⁸. Cet arrêt constituait-il un appel au législateur pour qu'il précise les conditions d'exercice de cette action ? ou bien le cas ne se prêtait-il pas à apporter des conditions plus restrictives pour encadrer la notion ? Toujours est-il, que la Cour de cassation n'en reste pas là et, progressivement, définit les conditions d'exercice de l'action *de in rem verso*. Par un premier arrêt, la Cour de cassation, le 18 octobre 1898¹⁰⁹⁹, ajoute deux conditions à l'exercice de cette action : il faut, d'une part, que cette action soit la seule envisageable et, d'autre part, qu'il y ait une absence de cause à l'enrichissement, deux conditions qui faisaient défaut en l'espèce. Une troisième condition est imposée plus tard par la Cour de cassation dans un arrêt du 28 mars 1939¹¹⁰⁰ : il faut établir, en outre, pour que l'action soit recevable, l'absence d'intérêt ou de faute de l'appauvri. En résumé, la Cour de cassation ajoute donc trois conditions à l'exercice de l'action *de in rem verso* : que cette action soit la seule possible pour l'appauvri, que l'enrichissement soit véritablement dépourvu de cause, et enfin, l'absence d'intérêt ou de faute chez l'appauvri. Cela a conduit Philippe Malaurie et Laurent Aynès à reconnaître que « les écluses que l'arrêt de 1892 avaient largement ouvertes sont presque entièrement fermées »¹¹⁰¹. Comparée par Ripert à un « fleuve souterrain », « l'action *de in rem verso* qui le sanctionne est devenue un filet d'eau, c'est-à-dire une action résiduelle »¹¹⁰². La jurisprudence a donc reconnu le principe de l'enrichissement sans cause en tant que source des obligations, mais a limité dans la pratique son application. Comme nous venons de le voir, la construction de cette notion en droit français est essentiellement jurisprudentielle. Cependant, la doctrine du début du XXe siècle tire profit de cet essor de l'enrichissement sans

¹⁰⁹⁸ CARBONNIER (J.), *Droit civil-Tome 4 : les obligations*, Paris, P.U.F., 2000, 22^e éd. refondue., n°312.

¹⁰⁹⁹ Dalloz pér., 1899,1, 105, note L.S.

¹¹⁰⁰ Sirey 1939, 1, 265, note Audiat ; Dalloz, rec. Crit., 1942, 119, note F.G.

¹¹⁰¹ MALAURIE (P.), AYNES (L.), *Droit civil-les obligations*, 1998, 8e éd., n°942.

¹¹⁰² AUGUSTIN (J.M.), « Introduction historique à l'enrichissement sans cause en droit français », *actes des 3^e journée d'études Poitiers-Roma tre*, LGDJ, 2007, p. 40-41.

cause pour tenter d'en construire la théorie ; théorie qui permettrait notamment de faire de l'enrichissement sans cause une source générale d'obligation remplaçant le quasi-contrat dans la classification des sources des obligations.

Section 2 : La construction doctrinale de la théorie de l'enrichissement sans cause.

On peut dégager deux tendances parmi la doctrine du début du XXe siècle à propos de la notion d'enrichissement sans cause : d'une part, les auteurs qui fondent l'origine de cette source d'obligation dans un fait (de l'enrichi ou de l'«enrichisseur»¹¹⁰³)(§1), d'autre part, ceux qui la justifient par la création d'un déséquilibre (§2).

§1 : L'enrichissement sans cause fondé sur un fait.

La notion d'enrichissement sans cause a été très discutée au début du XXe siècle, comme le prouvent les thèses que lui consacrent F. Goré et P.Chaine¹¹⁰⁴. Ce dernier adopte une approche originale de l'enrichissement sans cause et explique que si l'enrichissement est sans cause, c'est parce qu'il ne découle d'aucune des sources d'obligations prévues par le législateur : « Il lui manque simplement une cause cataloguée par le Code civil »¹¹⁰⁵. Il résume le problème posé par la notion d'enrichissement sans cause de la manière suivante : il généralise la situation en prenant le cas d'un fait quelconque de l'homme, qui procure à autrui un enrichissement « en dehors de tout contrat, de tout quasi-contrat, de tout délit ou quasi-délit »¹¹⁰⁶. La question à laquelle il faut alors répondre est de savoir : « sans l'appui d'aucun

¹¹⁰³ RIPERT et TEISSEIRE, « Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause dans le droit civil français », *Revue trimestrielle de droit civil*, 4^e trimestre, 1904, p. 727-796.

¹¹⁰⁴ CHAINE (P.), *L'enrichissement sans cause dans le droit civil français*, Lyon, Waltener et cie, 1909 ; GORE (F.), *L'enrichissement aux dépens d'autrui : source autonome et générale d'obligations en droit privé français : essai d'une construction technique*, Paris, Dalloz, 1949.

¹¹⁰⁵ CHAINE (P.), *Op. cit.*, p. 6.

¹¹⁰⁶ CHAINE (P.), *Op. cit.*, p. 8.

texte de loi, doit-on accorder à l'enrichisseur une action contre l'enrichi ? »¹¹⁰⁷. Il répond par l'affirmative et donne une définition détaillée de l'enrichissement sans cause : « En vertu du principe que nul ne doit s'enrichir, sans cause légitime, aux dépens d'autrui, celui qui par son fait personnel aura procuré un enrichissement à autrui, pourra, dans certains cas, en poursuivre le recouvrement, à condition qu'il existe entre son fait et l'enrichissement une relation directe de cause à effet »¹¹⁰⁸. Nous verrons que Chaine, concernant le fondement de la notion d'enrichissement sans cause, se rattache à la vision de Ripert et Teisseire que nous exposerons ultérieurement, et qui s'inscrit dans la lignée de Planiol, qui rapproche cette notion de la responsabilité.

Celui-ci en effet s'en tient plus ou moins à la notion d'enrichissement sans cause dégagée par la jurisprudence. Il insiste cependant sur le caractère illicite de l'enrichissement¹¹⁰⁹. On connaît l'opposition de Planiol envers la notion de quasi-contrat, et de ce fait, il s'oppose à ceux qui rattachent l'enrichissement sans cause à la notion de quasi-contrat. Selon lui, elle est plutôt à rapprocher des quasi-délits puisqu'il s'agit d'un acte illicite : « Si l'enrichissement obtenu sans cause aux dépens d'autrui doit être restitué, c'est qu'il n'est pas permis de le conserver, et l'on se convaincra que cette action est bien réellement quasi-délictuelle »¹¹¹⁰. Souhaitant rapprocher l'enrichissement sans cause d'une catégorie déjà existante dans la classification des obligations, il affirme qu'il est plus proche du quasi-délit que du quasi-contrat. Dans son article sur la *classification des sources des obligations*, Planiol va même plus loin et classe l'enrichissement sans cause, au côté du délit et du quasi-délit, comme « trois degrés » dans les obligations illicites. Il existe selon lui en effet « trois degrés dans la moralité de l'agent »¹¹¹¹ : s'il a causé intentionnellement le dommage, il y a délit ; s'il a causé le dommage sans intention de nuire, il y a quasi-délit ; et, pour finir, « il peut enfin n'être pas l'auteur du fait dommageable, et profiter seulement d'un

¹¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹¹⁰⁸ CHAINE (P.), *Op. cit.*, p. 34.

¹¹⁰⁹ PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, Pichon, 1902, 2^e éd., n°937 p. 291.

¹¹¹⁰ PLANIOL (M.), *Op. Cit.*, n°937 p. 291.

¹¹¹¹ PLANIOL (M.), « Classification des sources des obligations », *Revue critique de législation et jurisprudence*, 1904, p. 232.

acte d'autrui ; on dit alors qu'il y a quasi-contrat. Mieux vaudrait dire qu'il y a enrichissement sans cause »¹¹¹². En effet, Planiol préfère ramener tous les quasi-contrats à l'enrichissement sans cause, et classer cette catégorie parmi les actes illicites. Cette vision originale de la théorie de l'enrichissement sans cause n'est pas isolée, elle sera reprise par Ripert et Teisseire¹¹¹³, mais ne connaîtra pas un franc succès. Ces derniers font un parallèle entre la théorie de l'enrichissement sans cause et celle de la responsabilité qu'ils pensent nées d'une même origine. Mais, à la différence de Planiol qui voit la source de l'obligation dans le fait de l'enrichi, eux la voient dans le fait de l'« enrichisseur » qui crée l'enrichissement. Le parallèle avec la responsabilité est assez intéressant : dans la responsabilité, le fait de l'homme qui cause un dommage oblige son auteur à le réparer. Dans l'enrichissement sans cause, le fait de l'« enrichisseur », qui crée un enrichissement dans le patrimoine d'autrui, donne droit à son auteur de le récupérer. Chaine se rattache à cette conception de Ripert et Teisseire, et il va même plus loin en disant : « Qu'enrichissement sans cause et responsabilité sont deux problèmes indissolublement liés ; ou mieux, un seul problème envisagé sous deux angles différents »¹¹¹⁴. La théorie de l'enrichissement sans cause serait le contre-poids de celle de la responsabilité : si le dommage causé doit être réparé, alors l'enrichissement doit être répété. Mais cette théorie n'est pas la seule à avoir été développée sur le fondement de la notion d'enrichissement sans cause. D'autres auteurs tels que Rouast et Gomaat vont développer leur théorie en fondant l'origine de l'enrichissement sans cause dans un déséquilibre.

¹¹¹² *Ibidem*.

¹¹¹³ RIPERT et TEISSEIRE, « Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause dans le droit civil français », *Revue trimestrielle de droit civil*, 4^e trimestre, 1904, p. 727-796.

¹¹¹⁴ CHAINE (P.), *Op.Cit.*, p. 114.

§2 : L'enrichissement sans cause fondé sur un déséquilibre.

D'après Rouast le fondement de l'enrichissement sans cause repose sur l'existence d'un déséquilibre entre deux patrimoines qu'aucune cause juridique ne vient justifier. Alors « l'équité appelle un rétablissement de l'équilibre détruit »¹¹¹⁵. Ce serait donc ce déséquilibre qui serait à l'origine de l'obligation. L'action de l'enrichissement sans cause permettrait de rétablir l'équilibre entre les parties en restituant à l'appauvri ce dont l'autre partie s'est enrichie. Gomaa¹¹¹⁶ adopte un point de vue similaire. Il commence par différencier l'enrichissement sans cause du quasi-contrat par le fait que c'est une notion « qui peut avoir la chance de se transformer en un principe général...Elle a sa physionomie, son sens propre, ses caractères spécifiques. Elle peut dominer plusieurs applications pratique et, avec elles, constituer une rubrique de source des obligations »¹¹¹⁷. La seule difficulté par rapport aux autres sources d'obligations tient à ce qu'elle n'est pas consacrée par la loi et, de ce fait, met plus de temps à s'imposer. Or selon Gomaa, il y a à l'origine de ce principe un déséquilibre entre deux patrimoines¹¹¹⁸. Mais il faut surtout que celui-ci ne puisse pas être justifié : « L'absence de cause est choisie pour freiner le déséquilibre en tant qu'élément constructif de l'institution. Si l'on peut considérer l'équilibre rompu comme son élément matériel, on peut considérer la cause perdue comme son élément moral, juridique, comme son âme »¹¹¹⁹. Enfin, il précise que ce déséquilibre injustifié doit engendrer une obligation qui a comme objet la valeur de l'appauvrissement et qui ne dépasse pas celle de l'enrichissement. Cela lui permet notamment de rejeter la théorie de Planiol rapprochant l'enrichissement sans cause de la responsabilité car, dans l'enrichissement sans cause, le débiteur n'est pas tenu de restituer plus que son enrichissement : « Si l'on obligeait à restituer plus que son enrichissement nous serions en présence d'une peine...Cela signifie que cette obligation aurait pour résultat l'enrichissement du demandeur. Donc au lieu de rétablir un équilibre

¹¹¹⁵ ROUAST (A.), *Op. Cit.*, p. 61.

¹¹¹⁶ GOMAA (N.M.K.), *Théorie des sources de l'obligation*, Paris, L.G.D.J., 1968.

¹¹¹⁷ GOMAA (N.M.K.), *Op.cit.*, n°174 p. 163.

¹¹¹⁸ GOMAA (N.M.K.), *Op.cit.*, n°183 p. 166.

¹¹¹⁹ GOMAA (N.M.K.), *Op.cit.*, n°184 p. 167.

rompu, elle rétablirait un nouveau déséquilibre »¹¹²⁰. Il en déduit donc que si la sanction excède l'enrichissement ou l'appauvrissement, il ne s'agit pas d'une hypothèse d'enrichissement sans cause. C'est sur ce principe qu'il rejette le rattachement du paiement de l'indu à la catégorie de l'enrichissement sans cause. En effet, dans le paiement de l'indu, l'*accipiens* est tenu de restituer l'indu et non pas l'enrichissement. Ainsi, l'*accipiens* de bonne foi conserve les fruits et les intérêts qui constituent un enrichissement aux dépens du solvens¹¹²¹. On ne peut également pas rattacher la gestion d'affaires à l'enrichissement sans cause, tout d'abord car les obligations du gérant n'ont rien à voir avec l'enrichissement sans cause et, ensuite, parce que les obligations du géré ne répondent pas à un déséquilibre injustifié. Ce déséquilibre se justifie par la volonté du gérant de rendre service à autrui¹¹²². Donc, si Gomaa explique et généralise la théorie de l'enrichissement sans cause en la fondant sur un déséquilibre injustifié, il n'admet pas qu'elle puisse englober les hypothèses de quasi-contrats prévues par le Code civil : « Ce principe... est impuissant à englober la gestion d'affaires et le paiement de l'indu. Il est vrai qu'il comprend tous les cas de l'action *de in rem verso*. Mais au-delà de cette action, il ne comprend pas les autres cas de sources de l'obligation inclassable »¹¹²³. Il existe donc bien un principe général de l'enrichissement sans cause, source d'obligation, mais ce principe ne se substitue pas à ce que le Code civil range dans la catégorie des quasi-contrats. Gomaa fait la démonstration qu'il est impossible de vouloir tout expliquer par cette notion, contrairement à ceux qui tentent d'élargir la notion d'enrichissement sans cause dégagée par la jurisprudence.

Cependant, tous les auteurs ne cherchent pas à trouver un fondement théorique à la notion d'enrichissement sans cause. Jossierand par exemple rejette toutes les théories, comme celle de Planiol ou d'autres, qui tentent de rattacher l'enrichissement sans cause à une théorie plus générale, que ce soit la responsabilité ou les quasi-contrats, l'équivalence ou encore le devoir moral¹¹²⁴. Il se contente de constater son existence et reconnaît qu'elle constitue une

¹¹²⁰ GOMAA (N.M.K.), *Op.cit.*, n°185 p. 168.

¹¹²¹ GOMAA (N.M.K.), *Op.cit.*, n°193 p. 171.

¹¹²² GOMAA (N.M.K.), *Op.cit.*, n°192 p. 170.

¹¹²³ GOMAA (N.M.K.), *Op.cit.*, n°194 p. 171.

¹¹²⁴ JOSSERAND (L.), *Op. Cit.*, n°566 p. 358.

source générale d'obligation issue de la jurisprudence. Il déclare donc : « On doit reconnaître à cette construction juridique son autonomie »¹¹²⁵. La notion d'enrichissement sans cause est d'après lui un produit des mœurs et de la jurisprudence, plutôt que d'en déceler le fondement théorique, il se contente de constater son origine coutumière et expose ensuite les conditions d'exercice de son action dégagées par la jurisprudence.

La matière de l'enrichissement sans cause en tant que source d'obligation est donc un cas assez particulier. En effet, si la notion était évoquée de longue date par la doctrine, c'est la jurisprudence qui l'a consacrée et en a fait une source générale d'obligation. Ce n'est *qu'a posteriori* que la doctrine a tenté de construire une théorie expliquant le fondement et l'origine de cette notion. Mais, souvent, ces auteurs sont allés chercher trop loin et ont compliqué une notion qui semble évidente. Il semblerait que la jurisprudence ait puisé dans le droit naturel, dans la notion d'équité, le principe que l'on ne peut pas s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui. C'est l'idée qu'exprime très justement J.M. Augustin dans la conclusion de son article : « l'équité est à l'origine de cette procédure et les tentatives doctrinales qui l'ont méconnue ont échoué. Ni Planiol, ni Ripert ne sont parvenus à construire une théorie doctrinale rendant compte de la réalité juridique telle qu'elle est exprimée par la jurisprudence »¹¹²⁶. Dans tous les cas, il est certains que l'enrichissement sans cause est devenu une source d'obligation autonome en droit français, au même titre que le contrat et le délit. Cependant, il n'est toujours pas reconnu par la loi et n'a pas été intégré dans le Code civil en tant que source d'obligation. Du côté de la doctrine, le débat autour de la notion d'enrichissement sans cause n'est pas clos, et certains auteurs continuent de rattacher cette notion à celle de quasi-contrat, soit qu'elle en soit le fondement, soit qu'elle constitue l'une de ses hypothèses. C'est pourquoi on ne retrouve pas dans tous les manuels de droit des obligations l'enrichissement sans cause en tant que source autonome d'obligation¹¹²⁷. Une fois encore, la doctrine préfère s'en tenir à une notion consacrée par le Code civil comme celle de quasi-contrat pour classer l'enrichissement sans cause. On retrouve cet immobilisme

¹¹²⁵ *Ibidem*.

¹¹²⁶ AUGUSTIN (J.M.), « Introduction historique à l'enrichissement sans cause en droit français », *actes des 3^e journée d'études Poitiers-Roma tre*, LGDJ, 2007, p. 42.

¹¹²⁷

caractéristique de la matière de la classification des sources des obligations. Cette notion de quasi-contrat qui connaît grâce à la théorie de l'acte juridique un certain renouveau.

Chapitre 3 : Le renouveau du quasi-contrat¹¹²⁸.

La notion de quasi-contrat a été très fortement critiquée à la fin du XIXe siècle et au début du XXe siècle¹¹²⁹. De nombreux auteurs l'ont abandonnée dans leur classification des sources des obligations. Sous l'influence de la théorie des actes juridiques, certains ont tenté de replacer les obligations traditionnellement rangées parmi les quasi-contrats dans les nouvelles catégories de l'engagement unilatéral ou de l'enrichissement sans cause. Cependant, d'autres auteurs se sont servis de la théorie des actes juridiques pour tenter de redéfinir la notion de quasi-contrat et lui donner un nouvel essor.

Ces auteurs s'appuient sur la théorie de l'acte juridique et particulièrement sur le rôle de la volonté unilatérale dans la formation des obligations pour trouver un nouveau fondement aux quasi-contrats et justifier l'existence de cette source d'obligations. Demogue illustre clairement ce mouvement dans sa présentation des sources des obligations : « En réalité l'obligation naît ici par la volonté du créancier »¹¹³⁰. Le fondement du quasi-contrat résiderait donc dans la volonté du créancier qui donne naissance à l'obligation. Mais il y a, semble-t-il, un second aspect, qui réside dans l'idée de solidarité. Demogue précise en effet à propos des quasi-contrats : « La loi reconnaît cette obligation à raison de la solidarité sociale. Elle approuve celui qui se mêle des affaires d'autrui dans certains cas »¹¹³¹. Comme l'écrit

¹¹²⁸ GOUBLET (G.), *La notion du quasi-contrat : Classification rationnelle des sources d'obligations*, Paris, Girard et Brière, 1904 ; VIZIOZ (H.), *La notion de quasi-contrat*, Bordeaux, Cadoret, 1912 ; DOUCHY (M.), *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, Paris, Economica, 1997 ; CHANTELOUP (H.), *Les quasi-contrats en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1998 ; TERRIER (E.), « La fiction au secours des quasi-contrats ou l'achèvement d'un débat juridique », *Dalloz 2004*, p. 1179-1185 ; PEIS-HITIER (M.P.), « De la croyance légitime comme critère de définition des quasi-contrats », *Petites affiches*, n°18, 25 janvier 2006, p. 8-14.

¹¹²⁹ Cf. *supra*.

¹¹³⁰ DEMOGUE (R.), *Op. Cit.*, Tome 1, p. 46.

¹¹³¹ *Ibidem*.

justement Michel Boudot¹¹³², Demogue se sert de la gestion d'affaires comme modèle pour illustrer sa définition du quasi-contrat¹¹³³. L'obligation naît de la volonté du créancier (le gérant) qui, en s'immisçant dans les affaires d'autrui, rend ce dernier débiteur. Fondamentalement, ce qui explique la naissance de cette obligation à la charge du géré, c'est la solidarité : « Socialement, le quasi-contrat ainsi compris repose sur cette idée que, dans un intérêt de solidarité, une personne peut agir par rapport au patrimoine d'autrui et réclamer certains droits, sauf à assumer certaines obligations »¹¹³⁴. On peut ainsi dire que les quasi-contrats naissent d'un acte unilatéral de volonté de la part du créancier qui agit dans un esprit de solidarité. Demogue range différentes obligations sous cette définition : « C'est le cas pour la gestion d'affaires, pour l'enrichissement sans cause venant d'un acte de l'appauvri. C'est le cas aussi pour l'acceptation de succession, la tutelle prise volontairement, c'est le cas pour certains actes du droit administratif : réquisitions militaires, expropriation pour cause d'utilité publique »¹¹³⁵. Comme le souligne Demogue lui-même, cette définition se situe à l'opposée de celle du Code civil qui fait reposer le quasi-contrat sur un acte volontaire de la part du débiteur (art. 1370 Code civil : « naissant d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé). Donc, même s'il défend l'idée de quasi-contrat, Demogue critique la définition du Code civil et préfère mettre en avant la volonté unilatérale du créancier et l'intérêt social. Cette définition l'amène également à reconnaître un nombre non limité d'obligations quasi-contractuelles (comme nous l'avons vu dans l'énumération précédente), et ainsi à ne pas tenir compte de la liste du Code civil¹¹³⁶.

¹¹³² BOUDOT (M.), « La classification des sources des obligations au tournant du 20^e siècle », *actes des 3^e journées d'études Poitiers-Roma tre*, LGDJ, 2007, p. 130-158.

¹¹³³ BOUDOT (M.), « La classification des sources des obligations au tournant du 20^e siècle », *actes des 3^e journées d'études Poitiers-Roma tre*, LGDJ, 2007, p. 155 : « Demogue voit dans la gestion d'affaires le modèle des quasi-contrats : le modèle des obligations qui dérivent de la volonté du créancier seul ».

¹¹³⁴ DEMOGUE (R.), *Op. Cit.*, Tome 3, n°3 p. 5.

¹¹³⁵ *Ibidem*.

¹¹³⁶ On retrouvera cette idée et cette tentative de réhabilitation du quasi-contrat également dans le projet Catala.

Demogue n'est pas le seul à conserver le quasi-contrat dans sa classification des sources des obligations, Ripert également ressuscite la catégorie des quasi-contrats¹¹³⁷. Ripert s'exprime moins clairement sur la définition de ce qu'il entend par quasi-contrat. Il critique la définition du Code civil, et l'analyse des auteurs qui rapprochent le quasi-contrat d'une obligation légale ou d'un acte illicite¹¹³⁸. Pour lui, les obligations quasi-contractuelles résultent d'un fait de l'homme, d'un acte de volonté¹¹³⁹. Il ne se réfère pas comme Demogue à l'acte unilatéral du créancier pour fonder le quasi-contrat mais plutôt à une comparaison avec le contrat : « On pourrait en s'inspirant du rapprochement très naturel avec certains contrats, qui est à l'origine de la notion d'obligation quasi-contractuelle, exposer les règles de la gestion d'affaires après celles du mandat, et, moins heureusement, celles de la répétition de l'indu après celles du prêt »¹¹⁴⁰. Mais ne revient-on pas ainsi à la confusion entre le quasi-contrat et le « presque contrat » ? Ne justifie-t-on pas l'expression « quasi-contrat » par un rapprochement substantiel au niveau de la naissance de l'obligation, alors que, historiquement, il s'agissait d'un rapprochement au niveau des effets du contrat ? Ripert fait tout pour appuyer cette comparaison : « d'où cette idée qu'elles naissent comme s'il y avait eu contrat, *quasi ex contractu* »¹¹⁴¹. Il rapproche ensuite la gestion d'affaires du mandat en détaillant la ressemblance et en soulignant simplement l'absence d'accord de volontés ; et, pour le paiement de l'indu, il explique qu'il y a eu un paiement, qui est un fait volontaire, fait sans cause et accepté, et donc qu'« il s'agit donc bien d'une obligation qui naît comme d'un contrat ; d'ailleurs la répétition est souvent la conséquence de l'annulation ou de la résolution d'un contrat »¹¹⁴². La définition du quasi-contrat donnée par Ripert est donc totalement différente de celle de Demogue. Leur seul point commun tient à leur souhait de réhabiliter cette notion de quasi-contrat critiquée de toutes parts à cette époque.

¹¹³⁷ BOUDOT (M.), « La classification des sources des obligations au tournant du 20^e siècle », *actes des 3^e journées d'études Poitiers-Roma tre*, LGDJ, 2007, p. 151.

¹¹³⁸ PLANIOL (M.), RIPERT (G.), *Op. Cit.*, n°1183 p. 455.

¹¹³⁹ *Ibidem*.

¹¹⁴⁰ PLANIOL (M.), RIPERT (G.), *Op. Cit.*, n°7 p. 8.

¹¹⁴¹ PLANIOL (M.), RIPERT (G.), *Op. Cit.*, n°1183 p. 455.

¹¹⁴² PLANIOL (M.), RIPERT (G.), *Op. Cit.*, n°1185 p. 456.

Ainsi, la théorie de l'acte juridique a mené la doctrine française à réfléchir sur l'existence de nouvelles sources d'obligations en droit français, mais elle a également entraîné l'apparition de nouvelles classifications des sources des obligations.

Titre 2 : Vers de nouvelles classifications.

La deuxième conséquence de l'intégration en droit français de la notion d'acte juridique est donc d'avoir entraîné l'apparition de nouvelles classifications des sources des obligations. A partir du moment où l'on développe de nouvelles sources, cela remet en question la classification traditionnelle : comment faire cohabiter le contrat et l'acte juridique ? Comment intégrer la notion d'enrichissement sans cause ? Que faire du quasi-contrat ? C'est à ces questions que va tenter de répondre la doctrine française. Cependant, il convient de faire une distinction : d'une part, certains auteurs intègrent les nouvelles sources dans des classifications qui sont en réalité plus des énumérations des faits générateurs d'obligations (Chapitre 1), quand, d'autre part, une partie de la doctrine tente d'imposer une nouvelle classification fondée sur l'opposition entre les actes et les faits juridiques (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Les classifications descriptives.

Une partie de la doctrine du début du XXe siècle s'inspire de la théorie des actes juridiques pour proposer de nouvelles classifications incluant souvent la catégorie des actes juridiques à côté d'autres catégories plus ou moins innovantes. Il s'agit ici de présenter les différentes classifications des sources des obligations qui vont apparaître au début du XXe siècle, dans la foulée du développement de la théorie des actes juridiques. Même si aucun courant dominant ne se dégage nettement, il est possible de déceler plusieurs tendances qui seront approfondies dans les sections suivantes. Le début du XXe siècle est une période de transition en ce qui concerne la classification des sources des obligations, non seulement en raison de l'influence du droit allemand, mais aussi parce que la doctrine hésite entre la poursuite de la remise en cause du Code civil entamée à la fin du XIXe siècle, notamment par Planiol, et un retour, même partiel, à la classification des sources des obligations du Code civil. Nous allons donc, dans cette section, étudier les principales classifications des sources des obligations des auteurs influents du début du XXe siècle : Saleilles, Demogue, Colin et Capitant, et enfin Josserand. Parmi ces auteurs, deux tendances se dégagent : quand Saleilles et Demogue restent fidèles à la catégorie des quasi-contrats (Section 1), Colin et Capitant, tout comme Josserand l'abandonnent (Section 2). Le projet franco-italien de code des obligations s'inscrit également dans ce mouvement d'énumération des sources des obligations (Section 3).

Section 1 : Les nouvelles classifications conservant le quasi-contrat.

Certains auteurs, tout en étant influencés par la théorie de l'acte juridique, jugent nécessaire de conserver la catégorie des quasi-contrats. Cela ne les empêche pas de critiquer parfois cette notion tout en la jugeant utile, ni de présenter des classifications des sources des obligations originales.

§1 : La classification des sources des obligations chez Saleilles.

La première classification que nous allons présenter est celle de Saleilles¹¹⁴³, directement influencée par le projet de Code civil allemand. Même s'il existe des différences entre la présentation de Saleilles et celle du BGB. Lorsqu'il présente la classification du Code allemand, Saleilles dit qu'il existe trois sources : l'acte entre vifs, le délit et diverses causes¹¹⁴⁴. Outre la présence des actes juridiques plutôt que des contrats, et le regroupement des actes illicites sous le terme unique de délit, le point essentiel est, ici, ce que Saleilles appelle les « diverses causes ». Immédiatement après avoir énoncé cette catégorie, il s'empresse de préciser qu'elle correspond « à ce que nous appelons le quasi-contrat »¹¹⁴⁵, alors qu'il peut paraître curieux de comparer cette catégorie assez vague du Code civil allemand à une catégorie tout aussi imprécise du Code civil français. Mais Saleilles souhaite sans doute, par cette comparaison un peu maladroite, signifier qu'on retrouve les mêmes situations obligationnelles dans ces deux catégories. Par la suite d'ailleurs il ne compare plus ces deux catégories, sauf lorsqu'il énonce les trois sources d'obligation qu'il présente dans son ouvrage, à la fin de l'introduction relative aux sources des obligations : les actes

¹¹⁴³ SALEILLES (R.), *Etudes sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand*, Paris, L.G.D.J., 1925, 3^e éd.

¹¹⁴⁴ SALEILLES (R.), *Op. cit.*, n°136 p. 140.

¹¹⁴⁵ *Ibidem*.

juridiques, les délits, et enfin les quasi-contrats. Il semble donc effectivement que Saleilles assimile les quasi-contrats aux « diverses causes » du Code civil allemand, et également qu'il conserve dans sa classification la catégorie si controversée des quasi-contrats. Seulement, il ne s'agit là que de la présentation faite par Saleilles du BGB, la classification qu'il présente est bien différente. Si, dans un premier temps, il consacre effectivement un paragraphe aux actes juridiques puis un aux délits, contrairement à son annonce, le troisième n'est pas consacré aux quasi-contrats. En effet, le troisième paragraphe s'intitule « enrichissement sans cause ». A l'entame de ce paragraphe, il explique le choix de cet intitulé. Il précise alors que la catégorie des « diverses causes » du Code civil allemand ne correspond pas aux quasi-contrats, mais que parmi un ensemble de causes diverses figurent celles que l'on appelle en droit français les quasi-contrats¹¹⁴⁶. Il indique ensuite qu'il ne va pas s'intéresser à chaque espèce particulière de cause, comme les quasi-contrats, mais plutôt s'en tenir à l'idée générale commune à toutes ces obligations, qui réside d'après lui dans l'enrichissement sans cause : « Nous trouvons comme expression de ces dernières l'importante matière de l'enrichissement sans cause »¹¹⁴⁷. Dans la continuité des auteurs de la fin du XIXe siècle, Saleilles préfère donc abandonner la notion de quasi-contrat, fortement critiquée, pour lui préférer dans sa classification, celle d'enrichissement sans cause. Il annonce là une des grandes questions qui va agiter la doctrine, et sur laquelle nous nous sommes penchés précédemment, à savoir : est-ce que l'enrichissement sans cause est une source d'obligation en droit français ? D'une certaine manière, Saleilles ne tranche pas la question, puisqu'il se contente de commenter le projet allemand et non le droit français. Il ne fait donc que rattacher certaines hypothèses du droit allemand à la théorie de l'enrichissement sans cause. Il rappelle d'ailleurs ce principe : « Tout enrichissement dépourvu de cause juridique donne naissance, au profit de celui aux dépens de qui il a eu lieu, à une obligation de restituer ce qu'il en reste »¹¹⁴⁸. Il faut donc pour qu'il y ait obligation un enrichissement et une absence de cause juridique. Cela dit, et contrairement aux premières apparences, Saleilles abandonne bien la catégorie des quasi-contrats et il propose une classification tripartite inspirée du projet de

¹¹⁴⁶ SALEILLES (R.), *Op. cit.*, n°340 p. 449.

¹¹⁴⁷ *Ibidem.*

¹¹⁴⁸ SALEILLES (R.), *Op. cit.*, n°341 p. 450.

Code civil allemand : actes juridiques, délits, enrichissement sans cause. Cette classification est celle qui illustre le mieux l'influence du droit allemand au début du XXe siècle puisque l'on y voit apparaître les principaux points qui feront débats à savoir l'acte juridique (et notamment l'engagement unilatéral), le quasi-contrat et l'enrichissement sans cause. Saleilles en étudiant le projet de Code civil allemand est donc au cœur de l'innovation. La classification qu'il propose a-t-elle reçu un écho positif dans la doctrine française ? Comment les débats soulevés à cette période vont-ils évoluer ?

§2 : La classification de Demogue.

Demogue également tire les conséquences de la théorie des actes juridiques et, en conséquence, développe et précise le rôle de la volonté unilatérale parmi les sources des obligations. Après avoir rejeté la classification contrat/loi, en affirmant que si l'on regarde les choses de près toutes les obligations sont légales, de sorte que ce critère n'aide en rien à la classification (« Ce caractère légal est donc trop général pour être utile »¹¹⁴⁹), Demogue présente le critère qui permet, selon lui, une classification pertinente : la volonté privée. Il l'exprime très expressément avant de présenter sa classification : « Au contraire, il y a un critérium meilleur si on tient compte de l'intervention des volontés privées »¹¹⁵⁰. Par cette expression « volonté privée », il vise en réalité la volonté unilatérale. Mais, à la différence de Colin et Capitant, Demogue fait intervenir la volonté unilatérale dans toutes les sources des obligations. C'est le critérium de classification qui consiste à classer les sources des obligations en fonction du nombre de volontés unilatérales exprimées, de l'auteur de cette volonté, ou de l'absence de volonté unilatérale. Cela aboutit à une classification en cinq sources d'obligation.

¹¹⁴⁹ DEMOGUE (R.), *Op. Cit.*, Tome 1, n°17 p. 45.

¹¹⁵⁰ *Ibidem.*

Il y a tout d'abord le contrat qui est la rencontre de deux volontés unilatérales, celle du débiteur et du créancier. On retrouve, ensuite, la volonté unilatérale du débiteur seulement qui lui permet également de s'obliger, puis les actes illicites qui regroupent les délits et les quasi-délits. Là encore, ces actes supposent, selon Demogue, « une certaine volonté et une certaine capacité de la part de celui qui est obligé »¹¹⁵¹, mais il ne précise pas plus en quoi ils diffèrent de la catégorie précédente, si ce n'est sans doute par leur caractère illicite. Vient ensuite le quasi-contrat. C'est là aussi une des particularités de Demogue, qui défend l'idée du quasi-contrat : « Tout en critiquant l'expression en elle-même, il faut l'employer »¹¹⁵². Selon lui, ses prédécesseurs n'ont pas saisi la réelle signification du quasi-contrat, il ne s'agit pas d'une question de loi ou d'équité, mais une fois encore de volonté unilatérale. Dans les quasi-contrats, l'obligation est voulue par le créancier : « En réalité, l'obligation naît ici par la volonté du créancier...le créancier reconnaît cette obligation »¹¹⁵³. Demogue, en tentant de réhabiliter la notion de quasi-contrat, critiquée de toute part, va donc à l'encontre du courant dominant mais d'une manière plus générale, sa classification se rapproche également beaucoup de celle du Code civil et marque ainsi un certain retour de la classification traditionnelle. Enfin, la dernière catégorie de cette classification regroupe les obligations dans lesquelles la volonté unilatérale n'intervient pas. Il s'agit selon les termes de Demogue du « simple fait engendrant une obligation »¹¹⁵⁴. C'est alors la loi qui détermine quels sont les faits donnant naissance à une obligation : « Dès que ces faits se produisent, il y a obligation »¹¹⁵⁵. C'est donc la seule catégorie dans laquelle aucune volonté unilatérale n'intervient.

On assiste donc chez Demogue à un certain retour à la classification du Code civil, au niveau des différentes sources des obligations, mais aussi à la tentative de réhabilitation du quasi-contrat. Bonnecase l'avait déjà noté : « Au moment où l'on pouvait croire que le mouvement de réaction déclenché par Planiol l'avait emporté d'une façon décisive, voilà que

¹¹⁵¹ DEMOGUE (R.), *Op. Cit.*, Tome 1, n°17 p. 45.

¹¹⁵² DEMOGUE (R.), *Op. Cit.*, Tome 1, n°17 p. 46.

¹¹⁵³ *Ibidem.*

¹¹⁵⁴ DEMOGUE (R.), *Op. Cit.*, Tome 1, n°17 p. 47.

¹¹⁵⁵ *Ibidem.*

dans son *Traité des obligations en général*, M. Demogue mettait en avant une classification des sources des obligations, qui évoque singulièrement celle adoptée par le Code civil et la doctrine classique »¹¹⁵⁶. Il y a donc une certaine rupture dans la remise en question de la classification du Code civil par Demogue, et nous verrons que, notamment en ce qui concerne le renouveau du quasi-contrat, sa position fera des émules dans la doctrine (Section 3). Mais du point de vue du rôle de la volonté unilatérale, Demogue a joué un rôle profondément novateur. Il s'est inspiré de la théorie de l'acte juridique pour faire de la volonté unilatérale le critère de classification des sources des obligations. Même si sa classification présente quelques maladresses, c'est surtout cette idée qui est très intéressante, car comme le fait remarquer Michel Boudot : « Il est posé que le critère de classification des sources est l'intervention de la volonté privée, prise individuellement et non l'accord comme le pensait encore Planiol »¹¹⁵⁷. On voit là une conséquence directe de la théorie de l'acte juridique, du fait de parler de manière plus générale de l'acte juridique, et non plus spécialement du contrat, ce qui a permis de remettre en cause la toute puissance de l'accord de volontés. Cela conduit à aborder la classification des sources des obligations sous un nouveau jour. Alors que, de longue date, le contrat et l'accord de volontés étaient au cœur de la classification (le Code civil oppose les contrats aux engagements qui se forment sans convention, Planiol oppose le contrat à la loi...), désormais on envisage le fait que ce soit la volonté individuelle qui puisse être source des obligations. Il y a là un argument important dans le débat que nous avons abordé dans le titre précédent et qui a divisé la doctrine du XXe siècle, sur le fait de savoir si la volonté unilatérale était ou non source d'obligation. Cette théorie de la volonté unilatérale sera également à la base du renouveau de la notion de quasi-contrat puisqu'elle permet de trouver un fondement communs aux divers quasi-contrats dans la volonté unilatérale du créancier. Certains auteurs, au contraire, s'opposent à ce renouveau, c'est le cas de Josserand ou encore Colin et Capitant, dont nous allons à présent étudier les classifications des sources des obligations.

¹¹⁵⁶ BAUDRY-LACANTINERIE (G.), *Traité théorique et pratique de droit civil : Supplément par Julien Bonnecase*, tome 1, n° 304 p. 346.

¹¹⁵⁷ BOUDOT (M.), « La classification des sources des obligations au tournant du 20^e siècle », *actes des 3^e journées d'études Poitiers-Roma tre*, LGDJ, 2007, p. 155.

Section 2 : Les nouvelles classifications abandonnant le quasi-contrat.

La théorie des actes juridiques permet à certains auteurs de proposer des nouvelles classifications en rupture avec le Code civil et qui abandonnent la catégorie très critiquée des quasi-contrats.

§1 : La classification de Colin et Capitant.

Colin et Capitant critiquent également la classification du Code civil et en particulier la catégorie des quasi-contrats. C'est d'ailleurs en partant de cette critique des quasi-contrats qu'ils vont proposer leur classification des sources des obligations, influencée largement, comme nous l'avons vu précédemment, par la théorie des actes juridiques. Dans le livre 2 consacré aux sources des obligations, l'introduction est consacrée à la critique de la classification du Code civil¹¹⁵⁸. Cette critique concerne essentiellement le quasi-contrat : « Il n'y a pas de notion plus indécise que cette dernière. Les jurisconsultes se la transmettent depuis le Droit romain, sans être arrivés à se mettre d'accord sur son contenu »¹¹⁵⁹. Il explique d'ailleurs en partant du droit romain, que la notion de quasi-contrat est née d'une confusion, les romains souhaitaient simplement signifier par cette expression qu'il existait des cas dans lesquels, sans qu'il y ait contrat ni délit, des obligations naissaient, et que ces obligations ressemblaient plus par leurs effets à des contrats, qu'à des délits. Par la suite, les auteurs ont transformé le quasi-contrat pour en faire une source d'obligation : « et on a déformé l'idée ancienne qui se référait à l'effet des obligations, en en faisant le principe d'une classification des sources des obligations »¹¹⁶⁰. Mais il est temps d'après Colin et Capitant d'abandonner cette catégorie, comme l'ont fait les codes modernes (Allemagne, Suisse), qui ne correspond à

¹¹⁵⁸ COLIN (A.), CAPITANT (H.), *Cours élémentaire de droit civil français*, Paris, Dalloz, 1928, 5^e éd., p. 253.

¹¹⁵⁹ *Ibidem*.

aucune réalité, et ce d'autant plus que cette notion « n'a plus aucun intérêt, aucune utilité...il s'agit là d'une conception purement théorique, n'emportant aucune conséquence pratique »¹¹⁶¹. Après avoir critiqué cette notion et plus généralement la classification du Code civil, Colin et Capitant concluent qu'il faut abandonner celle-ci et proposent donc leur classification : « Ne nous considérant pas liés par la classification du Code civil, voici comment l'observation nous suggère de classer les sources diverses d'obligations »¹¹⁶². Nous allons voir que cette classification est largement influencée par la théorie des actes juridiques et qu'elle annonce également les controverses du XXe siècle sur la classification des sources des obligations.

Dans leur « essai d'une classification rationnelle »¹¹⁶³, Colin et Capitant conservent la catégorie des contrats, qu'ils jugent la source « la plus usuelle et de beaucoup la plus importante »¹¹⁶⁴. La deuxième catégorie est beaucoup plus originale puisqu'il s'agit des obligations qui naissent de la volonté unilatérale, et ils donnent comme exemple la gestion d'affaires et l'acceptation d'une succession, entre autres. Enfin, la troisième catégorie de cette classification est la loi : toutes les obligations qui ne naissent ni d'un accord de volonté, ni d'une manifestation unilatérale de volonté, proviennent de la loi. Cependant, la classification finale de Colin et Capitant est quadripartite, car ils vont distinguer parmi les obligations légales celles qui naissent strictement et uniquement de la loi de celles qui naissent de la loi par l'intermédiaire d'un acte illicite, c'est-à-dire un délit ou un quasi-délit. Finalement, seule la catégorie des quasi-contrats est abandonnée et remplacée par la volonté unilatérale comme source d'obligation. Cependant, cette catégorie des obligations naissant de la volonté unilatérale ne se superpose pas à celle des quasi-contrats. En effet, Colin et Capitant rangent la gestion d'affaires dans cette catégorie, mais le paiement de l'indu, ainsi que l'enrichissement sans cause, sont vus comme des obligations légales. La catégorie des quasi-contrats est donc supprimée, mais elle n'est pas remplacée par la volonté unilatérale. Ces

¹¹⁶⁰ COLIN (A.), CAPITANT (H.), *Op. cit.*, p. 255.

¹¹⁶¹ *Ibidem.*

¹¹⁶² *Ibidem.*

¹¹⁶³ *Ibidem.*

¹¹⁶⁴ *Ibidem.*

auteurs ont simplement constaté qu'il n'existait pas de cohérence dans cette catégorie et que certaines des obligations y figurant pouvaient être rattachées aux obligations légales, et d'autres à la nouvelle catégorie de la volonté unilatérale. La reconnaissance du rôle de la volonté unilatérale dans les sources des obligations est encore une fois directement liée à l'influence de la théorie de l'acte juridique qui a permis de mettre en avant l'existence, parmi les actes juridiques, d'actes résultant d'un accord de volontés et d'actes résultant d'une volonté unilatérale. La nouveauté chez Colin et Capitant tient à l'utilisation de la volonté unilatérale afin de justifier l'abandon de la catégorie des quasi-contrats, puisque selon eux, dans la gestion d'affaires, l'obligation naît de la volonté unilatérale du gérant. On voit donc tout l'intérêt de la théorie de l'acte juridique, et de ses conséquences, à savoir, l'émergence de la volonté unilatérale comme source d'obligation. Le problème de Colin et Capitant est qu'ils ne développent pas dans leurs explications la catégorie des obligations qui naissent de la volonté unilatérale : « De ces quatre sources, nous étudierons dans ce livre la première et la troisième (le contrat, et les délits et quasi-délits). Les deux autres ne demandent pas d'explications spéciales »¹¹⁶⁵. Ils se justifient en ce qui concerne les obligations naissant de la volonté unilatérale en affirmant que ces obligations sont peu nombreuses, et qu'elles sont soumises aux mêmes règles que celles qui régissent les contrats. Il aurait tout de même été intéressant d'avoir, en dehors de la théorie de l'acte juridique, des explications sur la volonté unilatérale source d'obligations.

La classification de Colin et Capitant a le mérite de rompre avec celle du Code civil, et d'abandonner la catégorie si critiquée des quasi-contrats. Elle tire les conséquences de la théorie des actes juridiques en intégrant dans la classification la catégorie des obligations naissant de la volonté unilatérale, même si celle-ci n'est pas véritablement détaillée

¹¹⁶⁵ COLIN (A.), CAPITANT (H.), *Op. cit.*, p. 256.

§2 : La classification de Josserand.

La classification des sources des obligations proposées par Josserand, dans son *Cours de droit civil français*¹¹⁶⁶, est également intéressante sur plusieurs points. Non seulement Josserand fait de l'acte juridique une source d'obligation, mais aussi, et contrairement à Demogue, il combat la notion de quasi-contrat et préfère mettre en avant l'enrichissement sans cause et l'engagement unilatéral comme sources d'obligation.

Josserand intitule donc la première catégorie de sa classification : les actes juridiques. Cela lui permet de regrouper les contrats et les engagements unilatéraux. Le fait de ne plus avoir une catégorie uniquement consacrée aux contrats montre le changement opéré par la théorie des actes juridiques. En effet, le fait de regrouper le contrat et l'engagement unilatéral sous le titre d'actes juridiques atteste que c'est désormais la volonté individuelle qui est le critère déterminant et non plus l'accord de volontés.

Concernant le quasi-contrat, Josserand en est l'un des plus célèbres opposants : il le qualifie de « sorte de monstre légendaire qu'il faut se décider à bannir du vocabulaire juridique »¹¹⁶⁷. Il n'essaye pas de conserver l'expression quasi-contrat, comme le fait Demogue, en lui trouvant un nouveau fondement dans l'engagement unilatéral. Cependant, Josserand rejoint Demogue en rangeant la gestion d'affaires parmi les engagements unilatéraux, mais cela ne justifie pas selon lui le maintien de la catégorie des quasi-contrats. S'il classe la gestion d'affaires avec les engagements unilatéraux, le paiement de l'indu est rattaché à l'enrichissement sans cause. C'est la deuxième particularité de la classification de Josserand, qui fait de l'enrichissement sans cause une source autonome d'obligations. Il explique alors pourquoi l'enrichissement sans cause doit être une source autonome d'obligation et quelles sont les conditions de son application (nous étudierons sa théorie dans la section 4 consacrée à l'enrichissement sans cause). Josserand démontre ainsi l'inutilité de la notion de quasi-contrat, grâce aux deux nouvelles sources d'obligations qu'il intègre dans sa

¹¹⁶⁶ JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil*, Paris, Sirey, 1939, 3^e éd..

¹¹⁶⁷ JOSSERAND (L.), *Op. Cit.*, n°10 p. 7.

classification : L'engagement unilatéral et l'enrichissement sans cause. On retrouve cette idée dans un article qu'il a écrit à propos du Code libanais dont il a été l'inspirateur¹¹⁶⁸ : « Le Code libanais a consacré les solutions les plus modernes et, à mon sentiment, les meilleures, pratiquement et scientifiquement, par exemple lorsqu'il exclut la notion archaïque et périmée du prétendu quasi-contrat et lorsqu'il rattache la gestion d'affaires à la catégorie des actes à formation unilatérale »¹¹⁶⁹.

Josserand propose donc une classification quadripartite qui regroupe les actes juridiques (contrat et actes unilatéraux), les actes illicites (délits et quasi-délits), l'enrichissement sans cause et la loi. Il a su tirer toutes les conséquences des nouvelles théories du début du XXe siècle et n'a pas hésité à rompre avec la tradition du Code civil en abandonnant notamment le quasi-contrat et en intégrant le contrat dans la catégorie plus générale des actes juridiques. Cependant, les prises de positions innovantes de Josserand ne seront pas suivies par tous. S'il a totalement opté pour le changement en acceptant l'acte unilatéral et l'enrichissement sans cause comme sources d'obligation, ces positions ne font pas l'unanimité. Nous allons à présent étudier le projet franco-italien de code des obligations dans lequel les rédacteurs tentent également de faire une place aux nouvelles sources d'obligations dans ce qui ressemble plus à une énumération qu'à une classification.

¹¹⁶⁸ DEROUSSIN (D.), « L. Josserand, le Code civil et le Code libanais des obligations et des contrats », *Le Code civil français et le dialogue des cultures juridiques* (Colloque international de Beyrouth 2004), Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 49-94.

¹¹⁶⁹ JOSSERAND (L.), « Le Code libanais des obligations et des contrats, et le mouvement législatif et jurisprudentiel contemporain », dans *Livre du 25^{ème} anniversaire de l'école française de droit de Beyrouth – Mélanges à la mémoire de Paul Huvelin*, Paris, Sirey, 1938, p. 165.

Section 3 : Le projet franco-italien de code des obligations¹¹⁷⁰.

Ce projet de code commun des obligations entre la France et l'Italie¹¹⁷¹ est à l'origine un projet privé lancé pendant la première guerre mondiale par un professeur italien Scialoja. Deux comités composés de professeurs furent créés en France et en Italie pour travailler sur ce projet. Parmi les membres du comité français, on peut citer : Colin, Capitant, Ripert, Julliot de la Morandiere. On retrouve des auteurs dont nous avons déjà étudié le travail en matière d'obligations, il y a là d'éminents juristes qui ont, pour beaucoup, critiqué la classification du Code civil. L'étude de ce projet, dont le texte du projet a été rendu public en 1927 après 10 ans de travaux, va nous permettre de voir comment la doctrine a voulu traduire en pratique l'évolution des sources des obligations.

L'exposé des motifs s'ouvre sur une critique de la classification des sources des obligations contenue dans le Code civil italien et dans le Code civil français¹¹⁷². On reproche notamment à la classification française d'être « inexacte et irrationnelle, car les catégories du quasi-contrat et du quasi-délit sont des formations hybrides et illogiques surgies inopinément de prémices et de concepts propres au droit romain classique »¹¹⁷³. Les rédacteurs décident donc de supprimer la notion de quasi-délit en la rattachant avec les délits à la notion plus large de faits illicites, et également les quasi-contrats jugeant cette notion archaïque et prêtant trop à confusion, car laissant supposer que le quasi-contrat est un « presque contrat ». Ils définissent

¹¹⁷⁰ Commission française d'études de l'union législative entre les nations alliées et amies, *Projet de Code des obligations et des contrats*, Rome, Provvediterato Generale dello Stato Libreria, 1928

¹¹⁷¹ A ce sujet voir : WITZ (C.), « La longue gestation d'un code européen des contrats. Rappel de quelques initiatives oubliées », *RTD civ.* 2003, p. 447 et s. ; BEAUCHARD (J.), « La classification des sources des obligations dans les projets de code contemporains », *actes des 3^e journées d'études Poitiers-Roma tre*, LGDJ, 2007, p. 171-184 ; DEROUSSIN (D.), « Le Projet de Code des obligations et des contrats franco-italien de 1927 : chant du signe de la culture juridique latine ? », *Revue électronique Clio@themis numero 2*, novembre 2009.

¹¹⁷² Commission française d'études de l'union législative entre les nations alliées et amies, *Projet de Code des obligations et des contrats*, Rome, Provvediterato Generale dello Stato Libreria, 1928, p. LI et s.

¹¹⁷³ Commission française d'études de l'union législative entre les nations alliées et amies, *Op. cit.*, p. LIII.

plutôt les quasi-contrats comme un « fait objectif auquel la loi attribue comme effet la naissance de l'obligation »¹¹⁷⁴, mais ils n'essayent pas pour autant de remplacer cette catégorie des quasi-contrats. En conséquence de la suppression de ces catégories, les rédacteurs décident de se passer d'un article présentant la classification des sources des obligations : « On a décidé de supprimer toute énumération et d'effacer les dispositions qui se trouvent actuellement dans l'article 1370 du Code français et 1097 du Code italien, parce que la distinction faite par ces deux articles convient mieux à une exposition didactique qu'à un texte de loi »¹¹⁷⁵. On se contente donc d'exposer les sources des obligations les unes à la suite des autres sans chercher à les classer, ni à les présenter dans un article. La raison de cette absence de classification est, comme cela est expliqué dans les motifs, qu'il s'agit d'un texte normatif et non théorique ; mais, sans doute, cela évitait également de se lancer dans un débat interminable pour trancher en faveur d'une classification. Les rédacteurs du projet précisent ainsi, dans la présentation de celui-ci, que l'absence d'une classification sera un avantage pour la doctrine qui sera libre d'élaborer ses propres classifications : « La doctrine pourra continuer à professer l'ancienne classification ou bien elle pourra la remplacer par d'autres plus rationnelles. Le résultat obtenu, c'est que par la suppression réalisée dans le projet, le texte légal ne sera plus aucun obstacle à la libre élaboration des concepts juridiques »¹¹⁷⁶. La frontière est donc bien tracée entre le code, dont le but est l'exposition des sources des obligations de manière pragmatique, et les ouvrages de doctrine visant à élaborer des concepts juridiques et donc une classification rationnelle des sources des obligations. Ainsi, on ne retrouve pas de classification des sources des obligations dans ce projet et le chapitre 1 intitulé *Des sources des obligations* est divisé en sept sections, correspondant chacune à une source d'obligation.

Les sources des obligations présentes dans ce projet sont : le contrat, la promesse unilatérale, la gestion d'affaires, le paiement de l'indu, l'enrichissement sans cause, les actes illicites, l'obligation de présenter une chose. Il convient de faire plusieurs remarques sur ces sources. Tout d'abord, on observe la reconnaissance en tant que sources des obligations de

¹¹⁷⁴ Commission française d'études de l'union législative entre les nations alliées et amies, *Op. cit.*, p. LV.

¹¹⁷⁵ *Ibidem.*

¹¹⁷⁶ Commission française d'études de l'union législative entre les nations alliées et amies, *Op. cit.*, p. LVII.

nouveaux concepts comme la promesse unilatérale et l'enrichissement sans cause, cela correspond parfaitement aux tendances de la doctrine française de l'entre-deux guerres. Nous avons déjà étudié ces deux notions qui se sont développées dans la doctrine (pour la promesse unilatérale) et la jurisprudence (pour l'enrichissement sans cause) au début du XXe siècle, et qui sont ainsi ajoutées aux anciennes sources d'obligations. Ce projet de code des obligations consacre donc l'évolution des sources des obligations avec l'ajout de ces nouvelles sources. Mais si la promesse unilatérale a connu un essor important grâce à la théorie de l'acte juridique et au BGB, pour autant il n'est fait aucune mention de cette notion d'acte juridique dans le projet. Il y a une section consacrée aux contrats et une autre aux promesses unilatérales, sans lien entre les deux. Cela s'explique parfaitement par la volonté de faire un code pratique et non un ouvrage didactique. La section consacrée à la promesse unilatérale n'est constituée que d'un seul article, l'article 60, qui dispose : « La promesse unilatérale, si elle est faite par écrit et si sa durée n'est pas indéterminée, oblige son auteur aussitôt qu'elle est arrivée à la connaissance de la personne à laquelle elle est destinée, à moins que celle-ci ne la refuse »¹¹⁷⁷. On retrouve une fois encore l'influence allemande puisque le projet reconnaît la promesse unilatérale comme source d'obligations mais seulement à certaines conditions. Il faut que la promesse soit faite par écrit et que sa durée soit déterminée, et l'obligation ne naît qu'à la réception de la promesse par son destinataire. La rédaction de cet article laisse un doute à propos des promesses faites à personnes indéterminées. On ne sait pas si, dans cette hypothèse, le promettant est engagé ou non. Or les deux cas de figures sont envisageables : soit on suppose que les rédacteurs ont voulu poser comme condition que la promesse soit faite à personne déterminée en précisant qu'elle n'engageait son auteur qu'à sa réception par le destinataire, soit, cette personne à laquelle l'offre est destinée n'est pas déterminée dans la promesse, mais déterminable, et c'est seulement quant elle aura eu connaissance de celle-ci que son auteur sera engagé. Un seul article est consacré à la promesse unilatérale car le deuxième alinéa précise que toutes les règles applicables aux contrats le sont également à la promesse unilatérale, exceptées la nécessité d'un accord de volonté pour sa formation.

Concernant l'enrichissement sans cause, la notion avait d'abord été reconnue par la Cour de cassation en France, avant que la doctrine ne s'en empare. Dans le projet, un seul

¹¹⁷⁷ Commission française d'études de l'union législative entre les nations alliées et amies, *Op. cit.*, art. 60 p. 27.

article est consacré à cette notion, l'article 73, qui dispose : « Quiconque s'enrichit sans cause au détriment d'une autre personne, est tenu de l'indemniser, dans la mesure de son propre enrichissement, de ce qu'elle s'est appauvrie »¹¹⁷⁸. Le projet énonce là un principe assez général d'enrichissement sans cause sans donner plus de précisions sur les conditions d'exercices de l'action, alors que la jurisprudence française exige que, pour que soit reconnu l'enrichissement sans cause, l'absence de cause légitime à l'enrichissement et d'une autre action à disposition du débiteur¹¹⁷⁹. Ici, les rédacteurs se sont contentés d'exposer le principe général sans préciser les conditions d'exercice de l'action, laissant sans doute le soin aux juges de préciser celles-ci.

Concernant les autres sources de ce projet, on remarque que la gestion d'affaires et le paiement de l'indu sont traités séparément, puisque l'on a supprimé la catégorie des quasi-contrats, et sans que l'on cherche à les rattacher à un autre principe. On voit également que les délits et quasi-délits ont été regroupés sous le terme plus général d'actes illicites. Cette évolution était inévitable et réclamée par l'ensemble de la doctrine française de longue date, compte tenu de l'absence de différence dans le régime du délit et du quasi-délit. Enfin il reste à voir une dernière source d'obligation qui est prévue à l'article 86 du projet qui est l'obligation de présenter une chose. Cette obligation, de l'aveu même des rédacteurs du projet, est directement inspirée du Code civil allemand et du Code fédéral suisse des obligations¹¹⁸⁰. Cette obligation se rattache essentiellement à la procédure civile, puisqu'il s'agit de l'obligation pour le possesseur d'une chose de la présenter quand son examen est nécessaire pour déterminer l'existence d'un droit allégué par un tiers, ou lorsque le juge ordonne la présentation d'un titre ou document d'où peut être déduite la preuve d'un droit. Selon Roger Nerson, cet article aurait plus sa place dans un Code de procédure civile, de sorte qu'il juge peu « opportun de placer dans un Code des obligations des règles qui concernent essentiellement le droit judiciaire »¹¹⁸¹. De même Jean Beauchard rapproche cette obligation

¹¹⁷⁸ Commission française d'études de l'union législative entre les nations alliées et amies, *Op. cit.*, art. 73 p. 35.

¹¹⁷⁹ Cass. Civ 1^o, 18 octobre 1898, Dalloz pér., 1899, 1, 105, note L.S.

¹¹⁸⁰ Commission française d'études de l'union législative entre les nations alliées et amies, *Op. cit.*, p. XCI.

¹¹⁸¹ NERSON (R.), « De l'influence exercée sur le droit français des obligations », dans *Le projet franco-italien du code des obligations*, Padova, CEDAM, 1980, p. 32.

de l'obligation de communication préalable à un procès qui figure sous l'article 11 du Nouveau Code de procédure civil français¹¹⁸². La présence de cette source d'obligation est très originale, mais on ne la retrouvera pas dans d'autres projets ni dans les ouvrages de doctrine, sans doute car elle se rapporte plus à la procédure qu'au droit des obligations.

A la suite des événements politiques, ce projet a été mis entre parenthèses une dizaine d'années et les travaux des comités suspendus. Une nouvelle réunion eut lieu en 1935 où l'on décida de réviser le projet et de l'étendre aux obligations commerciales¹¹⁸³, mais finalement le projet fut définitivement abandonné en 1939. A cette période en effet, les travaux de rédaction du Code civil italien avaient été entrepris par le nouveau gouvernement, et le Code civil italien fut adopté en 1942. Cependant, ce projet franco-italien a servi de modèle à de nombreux codes comme le Code polonais des obligations de 1937, le Code albanais de 1927, le Code roumain de 1934, le Code grec de 1940. Cela montre toute la pertinence et la modernité de ce projet de code des obligations. En France, ce projet n'est pas totalement tombé dans l'oubli, puisqu'il a fait l'objet d'une étude de l'association Henri Capitant en 1953¹¹⁸⁴, et notamment d'un article intéressant de Rotondi sur « l'intérêt d'actualité du projet de code franco-italien des obligations »¹¹⁸⁵, dans lequel il prône la reprise de celui-ci. Il se sert de cette tentative d'unification pour demander l'adoption à plus ou moins long terme d'une législation unique en Europe dans certains domaines juridiques. Cette vision est intéressante et assez visionnaire à la veille de la construction européenne, et souligne toute l'importance du projet franco-italien. Rotondi cite une phrase intéressante de Capitant extrait de la préface du Code polonais en 1935 : « Certes, ce n'est pas en cette période de nationalisme exaspéré qu'une pareille tentative d'unification entre les nations peut aboutir, mais cette période n'aura qu'un temps ; les peuples reviendront sans doute, sous l'empire de la nécessité, à des idées économiques plus raisonnables, et, ce jour là, ils comprendront quel immense progrès

¹¹⁸² BEAUCHARD (J.), « La classification des sources des obligations dans les projets de code contemporains », *actes des 3^e journées d'études Poitiers-Roma tre*, LGDJ, 2007, p. 175.

¹¹⁸³ BEAUCHARD (J.), « La classification des sources des obligations dans les projets de code contemporains », *actes des 3^e journées d'études Poitiers-Roma tre*, LGDJ, 2007, p. 174.

¹¹⁸⁴ *Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française*, T.8, Paris, Dalloz, 1953.

¹¹⁸⁵ ROTONDI (M.), « L'intérêt d'actualité du projet de code franco-italien des obligations », *Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française*, T.8, Paris, Dalloz, 1953, p. 58-72.

constituerait l'unification de certaines parties de leurs législations »¹¹⁸⁶. Si l'évolution des mentalités en matière économique s'est effectivement produite et a permis une collaboration très poussée avec la création de la communauté européenne, les choses n'ont pas été si évidentes en matière juridique et particulièrement sur le plan du droit des obligations. Il aura fallu attendre le début des années 1990 pour voir réapparaître un projet d'unification portant uniquement sur le droit des contrats, avec le projet Gandolfi¹¹⁸⁷. Ce projet fait suite à l'annonce par le Parlement européen de sa volonté de voir adopter un code unifié européen de droit civil. On peut signaler également le projet de la commission Von Bar¹¹⁸⁸ qui a repris en partie les travaux entamés plus tôt dans le projet Landö de Principes européens de droit des contrats¹¹⁸⁹. Tous ces projets sont centrés sur le droit des contrats et non sur le droit des obligations, et il semble encore que nous soyons loin de l'adoption d'un code européen unifié en la matière. Cela souligne une fois encore l'importance de la rédaction du projet franco-italien, et le travail considérable qu'a demandé à ses auteurs l'unification des droits dans ce projet.

En dehors de ces classifications descriptives ou énumératives que nous venons d'étudier, une partie de la doctrine du XXe siècle tente d'élaborer une nouvelle classification des sources des obligations fondée sur l'opposition entre les actes et les faits juridiques.

¹¹⁸⁶ ROTONDI (M.), « L'intérêt d'actualité du projet de code franco-italien des obligations », *Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française*, T.8, Paris, Dalloz, 1953, p. 72.

¹¹⁸⁷ GANDOLFI (G.), *Code européen des contrats : avant-projet*, Milano, Giuffrè, 2004.

¹¹⁸⁸ VON BAR (C.), *Principles, definitions and model rules of European private law*, Munich, Sellier 2009.

¹¹⁸⁹ *Principes du droit européen du contrat*, Paris, Société de législation comparée, 2003 ; LANDO (O.), « L'avenir du droit des contrats », *D.* 2008, Entretien. 904. ; MAZEAUD (D.), « Un droit européen en quête d'identité. Les principes du droit européen du contrat. », *D.* 2007. Chron. 2959.

Chapitre 2 : La classification actes et faits juridiques¹¹⁹⁰.

Comme nous l'avons évoqué précédemment, la théorie de l'acte juridique est inspirée du droit allemand et s'est développée en droit français au début du XXe siècle par l'intermédiaire d'auteurs comme Saleilles¹¹⁹¹ ou encore Bufnoir¹¹⁹². Dans un premier temps, ces auteurs essaient seulement de transposer la notion d'acte juridique telle qu'elle existe dans le droit allemand. On assiste même à des tentatives d'introduction d'une partie générale dans les manuels français semblable à celle du BGB. Mais, rapidement, la théorie de l'acte juridique va être appliquée spécifiquement par les auteurs français au droit des obligations. Ils utilisent l'acte juridique pour servir de critère de classification des sources des obligations. L'acte juridique prend progressivement le pas sur le contrat dans la classification. Ce moment aboutit à la création d'une nouvelle classification des sources des obligations en droit français, opposant l'acte juridique au fait juridique, qui connaîtra un franc succès jusqu'à nos jours, c'est pourquoi il est utile d'étudier son origine et son évolution.

A partir de la théorie de l'acte juridique, certains auteurs élaborent une classification opposant les actes aux faits juridiques (section 1), mais il faut noter également que cette opposition inspire les rédacteurs des projets de réforme du Code Civil (section 2).

¹¹⁹⁰ MOORE (B.), « De l'acte et du fait juridique : un critère de distinction incertain », *Revue Juridique Thémis*, vol. 31, n°2, 1997.

¹¹⁹¹ ARABAYRE (P.), HALPERIN (J.L.), KRYNEN (J.) (Sous la direction de), *Dictionnaire historique des juristes français*, Paris, PUF, 2007, p. 695, notice J.L. Halpérin ; TISSIER (A.), « Raymond Saleilles », *RTD civ.*, 1912, p. 293-303.

¹¹⁹² HAKIM (N.), « De l'esprit et de la méthode des civilistes dans la deuxième moitié du XIXe siècle : l'exemplarité de Claude Bufnoir », *Droits n° 47*, 2008, p. 47-75 ; ARABAYRE (P.), HALPERIN (J.L.), KRYNEN (J.) (Sous la direction de), *Dictionnaire historique des juristes français*, Paris, PUF, 2007, p. 143, notice N. HAKIM.

Section 1 : Les tentatives doctrinales.

Bonnecase¹¹⁹³, auteur du supplément du *Traité théorique et pratique de droit civil* de Baudry-lacantinerie¹¹⁹⁴, précise dès l'entame de ce supplément que, bien que le traité de Baudry-Lacantinerie soit toujours d'actualité, il était nécessaire d'y apporter des précisions compte tenu de l'évolution du droit au début du XXe siècle. Dans ce supplément, il s'attarde longuement sur la théorie de l'acte et du fait juridiques. Il reproche à ses prédécesseurs, y compris Baudry, d'avoir surtout développé une théorie de l'acte juridique, mais jamais de l'acte et du fait juridiques, et ainsi d'avoir donné une place trop importante à la catégorie des actes juridiques dans la classification des sources des obligations¹¹⁹⁵. C'est notamment le reproche qu'il fait à Planiol, selon qui les actes juridiques constitueraient « l'objet principal de la science du droit »¹¹⁹⁶. Selon Bonnecase, Planiol « exagère d'une part la portée de l'acte juridique et réduit par trop, d'autre part, celle du fait juridique »¹¹⁹⁷. Il adresse le même reproche à Colin et Capitant, qui considèrent que les actes juridiques constituent « la trame de la vie sociale »¹¹⁹⁸, et qui en déduisent que « la volonté est la source génératrice la plus abondante des droits civils »¹¹⁹⁹. Ces auteurs font la même fixation sur l'acte juridique, que les auteurs du XIXe sur le contrat. On sent encore la prépondérance du contrat reparaître dans la théorie de l'acte juridique. Colin et Capitant l'expriment clairement, en expliquant que si les actes juridiques constituent la catégorie la plus importante de la vie juridique, c'est parce

¹¹⁹³ HAKIM (N.), « Julien Bonnecase : historien de la science juridique ? » dans *Histoire de l'histoire du droit*, actes des journées internationales de la société d'histoire du droit (Toulouse, 1-4 juin 2005), textes réunis par J. Poumarède, *Etudes d'histoire du droit et des idées politiques*, n° 10, 2006, p. 291-302.

¹¹⁹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁹⁵ BAUDRY-LACANTINERIE (G.), *Traité théorique et pratique de droit civil : Supplément par Julien Bonnecase*, tome 2, n°280 p. 315.

¹¹⁹⁶ PLANIOL (M.), *Op. Cit.*, tome 1, n°265.

¹¹⁹⁷ BAUDRY-LACANTINERIE (G.), *Traité théorique et pratique de droit civil : Supplément par Julien Bonnecase*, tome 2, n°316 p. 362.

¹¹⁹⁸ CAPITANT (H.), *Introduction à l'étude du droit civil*, n°229.

¹¹⁹⁹ COLIN (A.), CAPITANT (H.), *Traité de droit civil*, tome 1, p. 60.

que les contrats sont les actes juridiques les plus nombreux et sont « la substance, la trame même de la vie juridique »¹²⁰⁰. Il reproche également à certains auteurs de ne pas avoir saisi la différence existant entre le fait juridique de manière générale et le fait juridique *stricto sensu*, et d'avoir ainsi minimisé la place de ces derniers dans la classification des sources des obligations, en la remplaçant par différentes notions comme les délits ou quasi-contrats. D'une manière générale, il résume cette critique envers la doctrine française dans son *Précis de droit civil* : « Elle n'a pas compris que l'acte juridique s'absorbait dans le fait juridique au sens large par rapport au fait juridique *stricto sensu*. En second lieu, elle a par trop racorni la notion d'acte juridique en se laissant hypnotiser par l'une de ses variétés : le contrat. En troisième lieu, elle a, suivant en cela une tradition rétrograde, fractionné à l'excès la notion de fait juridique *stricto sensu* en voyant des notions se suffisant à elles-mêmes dans de simples catégories du fait juridique. Elle a, par voie de conséquence, passée à côté de la théorie de l'acte juridique et du fait juridique »¹²⁰¹. Ce sont ces idées que Bonnecase tente de combattre en développant une véritable théorie de l'acte et du fait juridique, faisant une place égale à ces deux catégories.

Il commence par donner sa définition de l'acte juridique, qui est très précise et détaillée, et repose sur une conception assez positiviste : « L'acte juridique est une manifestation extérieure de volonté, bilatérale ou unilatérale, dont le but direct est d'engendrer, sur le fondement d'une règle de droit, à l'encontre ou au profit d'une ou de plusieurs personnes, un état, c'est-à-dire une situation juridique permanente et générale ou, au contraire, un effet de droit limité se ramenant à la formation, à la modification ou à l'extinction d'un rapport de droit »¹²⁰². Cette définition de l'acte juridique est plus large que celles des autres auteurs que nous avons étudiés précédemment. Bonnecase apporte des précisions supplémentaires et complète ainsi la définition, en différenciant l'« état » et l'« effet de droit » qui peuvent tous deux être engendrés par l'acte juridique. Il fait également référence à la « règle de droit », ce qui illustre une conception positiviste de l'acte juridique.

¹²⁰⁰ *Ibidem*.

¹²⁰¹ BONNECASE (J.), *Précis de droit civil*, Paris, A. Rousseau, 1939, 2^e éd., Tome 2, n° 450.

¹²⁰² BAUDRY-LACANTINERIE (G.), *Traité théorique et pratique de droit civil : Supplément par Julien Bonnecase*, tome 1, n°373 p. 586.

La principale innovation de Bonnecase se situe au niveau de la définition, ou plutôt des définitions, du fait juridique. En effet, il distingue le sens général du sens spécial du fait juridique. Dans le sens général, comme nous l'avons vu précédemment, le fait juridique englobe la notion d'acte juridique. L'acte juridique est une espèce du genre « fait juridique », dont la définition est alors : « un événement engendré par l'activité humaine ou purement matériel pris en considération par le Droit pour en faire dériver, à l'encontre ou au profit d'une ou plusieurs personnes, un état, c'est-à-dire une situation juridique générale et permanente ou, au contraire, un effet de droit limité »¹²⁰³. Cette définition du fait juridique *lato sensu* n'est pas révolutionnaire, et ce n'est pas celle qui doit le plus retenir notre attention. De l'aveu même de Bonnecase, il faut surtout retenir la définition *stricto sensu*, qui permet d'opposer le fait juridique à l'acte juridique. Le fait juridique au sens spécial est donc : « Soit un événement purement matériel, tel que la naissance ou la filiation, soit des agissements plus ou moins volontaires, générateurs de situations ou d'effets juridiques, sur la base d'une règle de droit, alors que le sujet de cet événement ou de ces agissements n'a pu avoir ou n'a nullement eu le dessein de se placer à leur occasion sous l'empire du Droit »¹²⁰⁴. Dans ce sens, le fait juridique s'oppose à l'acte juridique, dans la mesure où la volonté du sujet de produire un effet juridique n'est pas requise. Cette opposition permet ainsi de classer les sources des obligations. Parmi les faits juridiques, Bonnecase propose même une distinction entre les événements purement matériels et les agissements plus ou moins volontaires. Cette seconde catégorie regroupe les quasi-contrats, délits et quasi-délits, et c'est à leur propos que Bonnecase exprime l'idée selon laquelle les auteurs ont souvent trop détaillé cette catégorie en s'arrêtant sur ces quelques notions plutôt que sur la catégorie générique, ils ont « suivant en cela une tradition rétrograde, fractionné à l'excès la notion de fait juridique *stricto sensu* en voyant des notions se suffisant à elles-mêmes dans de simples catégories du fait juridique »¹²⁰⁵. Il faut donc selon lui faire une place plus importante à la catégorie des faits juridiques au sens spécial, et l'opposer à celle des actes juridiques pour avoir un panorama complet des sources des obligations. D'autant plus qu'il montre un rapprochement

¹²⁰³ *Ibidem*.

¹²⁰⁴ BAUDRY-LACANTINERIE (G.), *Traité théorique et pratique de droit civil : Supplément par Julien Bonnecase*, tome 1, n°373 p. 587.

¹²⁰⁵ BONNECASE (J.), *Précis de droit civil*, Paris, A. Rousseau, 1939, 2^e éd., Tome 2, n° 450.

entre la définition de l'acte et du fait juridiques qui va s'avérer déterminant dans la classification des sources des obligations qu'il propose. D'après les deux définitions que nous venons d'étudier, il ressort que l'acte et le fait juridiques « se ramènent tout deux à mettre en mouvement...une règle de droit ou une institution juridique »¹²⁰⁶, la différence étant que « l'auteur de l'acte juridique tend directement et d'une manière réfléchie à ce résultat » alors que « l'auteur du fait juridique le subit »¹²⁰⁷. Ce qu'il faut retenir, c'est donc ce point commun autour de la règle de droit et de l'institution juridique, car c'est de là qu'il va déduire qu'il n'existe en réalité qu'une seule source d'obligation, c'est-à-dire la loi. Il part du constat que le fait juridique et l'acte juridique opèrent « par l'effet et dans les limites des règles de droit et des institutions juridiques »¹²⁰⁸, pour affirmer qu'il n'existe qu'une seule source d'obligation : la loi. Il en arrive ainsi à présenter sa classification des sources des obligations de la manière suivante : « Il n'y a qu'une seule source des obligations : la loi dans le sens large du terme, se diversifiant en règles de droit et en institutions juridiques et engendrant des obligations à l'encontre ou au profit de personnes déterminées, par l'intermédiaires d'actes juridiques ou de faits juridiques »¹²⁰⁹. En résumé, on peut dire que toutes les obligations proviennent médiatement de la loi, qu'elle est la source éloignée, et que la cause immédiate ou rapprochée, se trouve elle, soit dans un acte juridique, soit dans un fait juridique. Bonnecase arrive donc à une classification des sources des obligations qui oppose l'acte et le fait juridique, mais surplombée par la référence à la loi comme véritable source.

Nous avons ainsi pu voir comment la théorie de l'acte juridique, inspirée du droit allemand, a progressivement pénétré le droit français. Dans un premier temps et d'une manière générale, au même titre que dans le Code civil allemand, cette théorie s'appliquait à l'ensemble du droit. Puis les auteurs français la rapprochent progressivement du droit des obligations. C'est ainsi que cette théorie est ensuite appliquée spécifiquement au droit des

¹²⁰⁶ BAUDRY-LACANTINERIE (G.), *Traité théorique et pratique de droit civil : Supplément par Julien Bonnecase*, tome 1, n°375 p. 587.

¹²⁰⁷ *Ibidem*.

¹²⁰⁸ BAUDRY-LACANTINERIE (G.), *Traité théorique et pratique de droit civil : Supplément par Julien Bonnecase*, tome 1, n°384 p. 592.

¹²⁰⁹ BAUDRY-LACANTINERIE (G.), *Traité théorique et pratique de droit civil : Supplément par Julien Bonnecase*, tome 1, n°384 p. 593.

obligations pour finalement, sous la plume de Bonnecase, servir de classification pour les sources des obligations. On voit toute l'importance de l'émergence de cette théorie au tournant du XXe siècle, qui marquera fortement et durablement la classification des sources des obligations jusqu'à nos jours. Cette classification en actes et faits juridiques est en effet reprise notamment par Carbonnier¹²¹⁰, élève de Bonnecase, qui la généralisera dans son manuel de droit civil. Elle sera également reprise ensuite par J.Flour¹²¹¹, mais également par Ph.Malaurie et L.Aynès¹²¹² dans leurs manuels. Ainsi, l'émergence de la théorie des actes juridiques aura mené à l'élaboration d'une nouvelle classification qui progressivement s'impose au fil du XXe siècle et qui est fréquemment utilisée dans les manuels modernes de droit des obligations.

Nous venons d'étudier les conséquences de l'apparition de la théorie de l'acte juridique sur les sources des obligations. D'un point de vue théorique, elle a totalement transformé la classification des sources des obligations, mais qu'en est-il de la pratique ? Nous verrons que la remise en question de la classification des sources des obligations au début du XXe siècle mène à des tentatives de réforme du Code civil qu'il conviendra d'étudier. En attendant, quel bilan peut-on faire de la théorie des actes juridiques ? Une première réponse pourrait être tirée d'une remarque intéressante de Gomaa qui explique que le problème de la classification des sources des obligations ne vient pas des obligations qui naissent de la volonté. Les juristes n'ont jamais eu de difficultés pour les classer, que ce soit sous le terme « contrat » ou « acte juridique » conformément à la nouvelle théorie. Le problème vient de ce qu'il appelle les sources inclassables. Cette théorie les regroupe dans la catégorie des faits juridiques. Or si cette expression n'est pas fautive, elle n'est pas assez précise : « Si, pour définir les sources extra volontaristes, on dit que c'est le fait juridique, c'est exactement comme si pour définir la cathédrale « Notre Dame », on dit que c'est un bâtiment, ou pour définir un avocat, que c'est un homme. La réponse n'est pas inexacte, mais elle ne précise rien »¹²¹³. Cette catégorie « faits juridiques » correspond donc à celle des

¹²¹⁰ CARBONNIER (J.), *Droit civil-Tome 4 : les obligations*, Paris, P.U.F., 2000, 22^e éd. refondue.

¹²¹¹ FLOUR (J.), AUBERT (J.L.), SAVAUX (E.), *Les obligations*, Paris, Sirey, 2006, 12^e ed.

¹²¹² MALAURIE (P.), AYNES (L.), *Les obligations*, Paris, Defrénois, 2005, 2^e éd.

¹²¹³ GOMAA (N.M.K.), *Op.cit.*, n° 235 p. 203.

variae causarum figuris chez Gaius, elle sert à classer toutes les obligations qui ne naissent pas d'un acte juridique. Si la théorie de l'acte juridique en elle-même est intéressante, car elle permet de faire une place aux engagements unilatéraux à côté des contrats, en revanche, vouloir se servir de l'opposition actes/faits juridiques comme critère de classification des sources des obligations semble moins pertinent. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle certains auteurs ont intégré la notion d'acte juridique dans leur classification sans pour autant l'opposer à celle de fait juridique. Ainsi, la tendance de la doctrine à vouloir simplifier les sources des obligations s'est inversée, et avec l'émergence des nouvelles sources d'obligations que nous avons étudiées précédemment, les auteurs ont tendance à simplement énumérer les différentes sources d'obligations. C'est notamment la position adoptée par Rouast qui reconnaît l'autonomie de certaines sources d'obligations : « les contrats, les actes unilatéraux de volonté, les délits, l'enrichissement sans cause, la gestion d'affaires, et enfin, la loi »¹²¹⁴. Cette simple énumération évite d'avoir à regrouper artificiellement des sources d'obligations très distinctes et, si elle n'est pas très recherchée d'un point de vue théorique, elle a des qualités pratiques puisqu'elle expose simplement les sources des obligations.

Il nous reste donc à présent à nous pencher sur les conséquences qu'ont pu avoir toutes les critiques et les remises en question de la classification du Code civil par la doctrine. Nous étudierons les différentes tentatives et projets de réformes de la classification des sources des obligations tentant d'introduire la théorie des actes et faits juridiques dans le Code civil français.

¹²¹⁴ ROUAST (A.), *Op. Cit.*, p. 33.

Section 2 : Les tentatives de réforme du Code civil.

Le droit des obligations a beaucoup évolué depuis l'adoption du Code civil en 1804. Nous avons vu que la critique envers la classification des sources des obligations du Code civil n'a cessé de croître, et la doctrine s'est progressivement détachée de celle-ci. Dans le même temps, plusieurs projets de réforme ont été menés pour réviser le droit des obligations dans le Code civil au cours du XXe siècle, et le moderniser en égard aux théories nouvelles et principalement de celle de l'acte juridique. Aucun n'a abouti mais il est intéressant de voir quelles ont été les classifications proposées dans les différents projets de code. On l'a vu, dès la fin du XIXe siècle, les critiques adressées à la classification du Code civil se sont multipliées. Cette tendance s'est accentuée chez les auteurs du début du XXe siècle influencés par l'apparition de nouvelles théories et l'adoption du code civil allemand. Cette influence s'est traduite par l'émergence de nouvelles classifications des sources des obligations dans les manuels de droit. Elle aboutit également à plusieurs projets de réforme du Code civil, et particulièrement du droit des obligations. Il n'est donc pas superflu dans le cadre de ce travail d'étudier la classification des sources des obligations présentes dans ces différents projets de réforme du Code civil. C'est à l'occasion du centenaire du Code civil que se pose la question de la nécessité d'une révision¹²¹⁵ et même d'une refonte complète de ce dernier. Elle fera l'objet de nombreux débats lors des réunions de la Société d'études législatives en 1904¹²¹⁶. La question centrale porte davantage sur l'opportunité d'une révision partielle ou d'ensemble du Code¹²¹⁷, que sur le fond de celle-ci (même si très souvent, ressort la question de l'intégration dans le Code civil du droit du travail en plein développement à cette époque). L'année 1904 verra également la nomination d'une commission de révision du Code civil

¹²¹⁵ NIORT (J.F.), *HOMO CIVILIS : Contribution à l'histoire du Code Civil français*, PUAM, 2004, p.447 et s.

¹²¹⁶ *Bulletin de la Société d'études législatives 1904 et 1905*, Paris, Rousseau, 1902-1946.

¹²¹⁷ Pour Saleilles, qui était favorable à une refonte totale du Code civil : « Tant qu'on aura pas touché à l'ensemble du Code civil, ce sont les réformes partielles qui sont impossibles », *Bulletin de la Société d'études législatives 1905*, p. 79.

chargée de rédiger un projet de réforme¹²¹⁸. Elle se réunira plusieurs années durant et ses travaux seront publiés dans les *Bulletins de la Société d'études législatives*. La sous-commission chargée du droit des obligations a essentiellement travaillé sur le droit des contrats. S'il n'est pas question de la classification des sources des obligations, on retrouve tout de même des questions sur la nécessité ou non de l'intégration des actes unilatéraux dans le Code civil¹²¹⁹, la possibilité d'abandonner le quasi-contrat¹²²⁰, ou encore la modification de l'intitulé¹²²¹ du titre « des contrats ou des obligations conventionnelles ». Il ne s'agit là que des questions soulevées par les membres de la commission, aucun élément de réponse, ni aucune proposition de modification du Code ne sont avancés. La commission a émis quelques projets de réforme mais pas en matière d'obligations. Il faudra donc attendre encore un peu avant de voir éclore des projets de réforme plus approfondis dans lesquels les rédacteurs vont tenter d'introduire la classification en actes et faits juridiques.

Le premier projet que nous allons étudier est le projet de la commission de réforme du Code civil dans les années 1950 (§1), avant de voir le dernier projet de réforme en date qui est celui de la commission Catala en 2005 (§2).

¹²¹⁸ Arrêté du Garde des sceaux du 3 décembre 1904 instituant à la Chancellerie une Commission chargée de l'étude des réformes à apporter au Code civil, *Bulletin de la Société d'études législatives* 1904, p. 93.

¹²¹⁹ *Bulletin de la Société d'études législatives* 1907, p. 248.

¹²²⁰ *Bulletin de la Société d'études législatives* 1907, p. 268.

¹²²¹ *Bulletin de la Société d'études législatives* 1907, p.249.

§1 : La classification des sources des obligations dans les travaux de la commission de réforme du Code civil¹²²².

La commission de réforme du Code civil a été nommée au lendemain de la seconde guerre mondiale par le gouvernement provisoire de la République. Elle était composée d'universitaires, dont certains avaient été membres du comité de travail sur le projet franco-italien de code des obligations, et présidée par Juliot de la Morandière¹²²³. Comme le souligne Jean Beauchard¹²²⁴, cette commission porte mal son nom car son objectif n'était pas de réformer le Code civil, mais bien d'en rédiger un nouveau sur un plan totalement différent. Le travail de la commission a débuté en 1945 et a duré jusqu'en 1964, mais nous allons essentiellement étudier les travaux des années 1946-1947 et 1948-1949, car c'est à cette époque qu'a été traité le droit des obligations.

La première phase des travaux concernant le droit des obligations a été l'élaboration du plan. Une des questions qui a occupé les membres de la commission était de savoir quelle place accordée aux actes juridiques. Si la notion était absente du projet franco-italien, la commission de réforme décide de l'intégrer dans son projet de code civil. Dans un premier temps, il était question de traiter de l'acte juridique dans un livre préliminaire semblable à la partie générale du BGB. Mais cette idée a été abandonnée et on a voulu par la suite regrouper la théorie des actes juridiques et des obligations¹²²⁵. Plusieurs plans ont été proposés. Un premier¹²²⁶ aurait regroupé dans un même livre : un titre 1 consacré aux actes juridiques, un titre 2 consacré aux obligations et un titre 3 consacré aux faits juridiques. Ce plan a été rejeté car il laissait faussement supposer que les actes juridiques étaient uniquement source

¹²²² *Travaux de la commission de réforme du Code civil*, années 1946-1947, Paris, Sirey, 1948, et années 1948-1949, Paris, Sirey, 1950 ; NIORT (J.F.), *HOMO CIVILIS : Contribution à l'histoire du Code Civil français*, PUAM, 2004, IIIe partie, p. 671 et s.

¹²²³ BEAUCHARD (J.), « La classification des sources des obligations dans les projets de code contemporains », *actes des 3^e journées d'études Poitiers-Roma tre*, LGDJ, 2007, p. 177.

¹²²⁴ *Ibidem*.

¹²²⁵ *Travaux de la commission de réforme du Code civil*, années 1946-1947, Paris, Sirey, 1948, p. 108.

¹²²⁶ *Travaux de la commission de réforme du Code civil*, années 1946-1947, Paris, Sirey, 1948, p. 109.

d'obligations alors qu'ils sont à l'origine de nombreuses autres situations juridiques. Le second plan¹²²⁷ était composé de deux livres, le premier consacré aux actes juridiques et le second aux obligations et contrats. Ce plan était très confus car, d'une part, il séparait les contrats des actes juridiques alors que les contrats sont une espèce d'actes juridiques et, d'autre part, il rapprochait les contrats des obligations, alors que les contrats, au même titre que les actes juridiques, sont des sources d'obligations. Enfin, un troisième plan est proposé, qui servira de base pour l'élaboration du projet et prévoit deux livres¹²²⁸ : un consacré aux actes et faits juridiques, et l'autre aux obligations. Dans ce plan, les contrats étaient présentés parmi les actes juridiques dont ils sont une espèce, et de la même façon le titre consacré aux faits juridiques présentait certaines sources d'obligations comme l'enrichissement sans cause. Ainsi le titre consacré aux actes et faits juridiques constituait déjà une classification des sources des obligations. Seulement, il ne s'agissait là que d'un exposé général des différents actes et faits juridiques et non de leur étude particulière en tant que source d'obligations. A ce stade des travaux, rien n'était définitif, il ne s'agissait que des grandes lignes du projet qui étaient discutées, mais cela permet de se faire une idée des discussions et de l'évolution du projet. Le premier point à retenir est l'importance qui est donnée à la distinction des actes et faits juridiques dans le plan, contrairement à ce qui avait été fait dans le projet franco-italien. Le second tient à l'importance du droit comparé dans la réflexion de la commission, consistant dans l'étude des différents plans des codes civils modernes relativement au droit des obligations. Elle a notamment pu constater ainsi que, dans la plupart des codes modernes, figure une présentation des sources des obligations à l'entame de la partie consacrée au droit des obligations. Après avoir comparé les plans des différents codes, les membres de la commission ont conclu que le meilleur plan concernant le droit des obligations était celui du projet de Code franco-italien. On constate une fois encore l'influence de ce projet, puisque la commission suit son plan.

Plus précisément, la commission a dans un premier temps adopté un plan provisoire laissant apparaître une classification. Ce plan provisoire¹²²⁹ était organisé de la manière

¹²²⁷ *Ibidem.*

¹²²⁸ *Ibidem.*

¹²²⁹ *Travaux de la commission de réforme du Code civil, années 1946-1947, Paris, Sirey, 1948, p. 124.*

suivante. Le titre 1 « Dispositions générales » comportait un chapitre 1 relatif à la formation des obligations. C'est dans ce chapitre qu'était exposée la classification des sources des obligations. En effet, ce chapitre était divisé en deux sections, l'une consacrée aux sources volontaires des obligations, et l'autre aux sources non volontaires. Le critère de classification des sources des obligations était donc la volonté (ce qui permet de revenir à la classification en actes juridiques et faits juridiques déjà évoquée dans le projet). La section 1 était elle-même divisée en deux sous-sections, l'une pour les contrats et l'autre pour l'engagement unilatéral (deux espèces d'actes juridiques source d'obligation). La section 2 regroupait comme sources non volontaires la loi et l'enrichissement sans cause (nous verrons ultérieurement le cas des délits et quasi-délits, ainsi que du paiement de l'indu). On voit que cette classification intègre les sources modernes comme l'engagement unilatéral et l'enrichissement sans cause, mais aussi qu'elle ne comprend pas les délits, quasi-délits et le paiement de l'indu qui seront traités en dehors du droit des obligations.

Une modification importante va être apportée à ce plan et à la classification lors d'une séance ultérieure, concernant l'engagement unilatéral. C'est H. Mazeaud qui est à l'origine de cette modification. Lors de la réunion du 22 février 1946, il remet en cause la sous-section consacrée à l'engagement unilatéral¹²³⁰. Dans le plan provisoire, cette sous-section comprenait l'étude de l'offre avec délai d'acceptation, de la promesse de récompense et de la gestion d'affaires. H. Mazeaud pense que l'étendue de cette sous-section est très réduite car il faut, selon lui, traiter de l'offre avec délai en même temps que l'étude du contrat, et également rattacher l'offre avec promesse de récompense au contrat car « celle-ci n'a de valeur que lorsqu'elle est acceptée, donc lorsqu'elle prend une allure contractuelle »¹²³¹. Il ne resterait alors plus que la gestion d'affaires à traiter dans cette sous-section relative à l'engagement unilatéral. Cependant, les membres de la commission ne sont pas tous d'accord avec la position d'H. Mazeaud. Houin quant à lui propose la reconnaissance de l'engagement unilatéral en tant que source des obligations comme un principe général élargi : « On considérerait comme des engagements unilatéraux des situations très diverses et toujours plus

¹²³⁰ *Travaux de la commission de réforme du Code civil*, années 1946-1947, Paris, Sirey, 1948, p. 128.

¹²³¹ *Travaux de la commission de réforme du Code civil*, années 1946-1947, Paris, Sirey, 1948, p. 129.

nombreuses avec la vie moderne »¹²³². Une partie de la commission pense donc qu'il est nécessaire de reconnaître l'existence de ces engagements unilatéraux : « Il y a vraiment dans les relations extrapatrimoniales des situations qui ne peuvent être ramenées au contrat. Les ignorer serait négliger l'existence d'actes unilatéraux très nombreux...une place devrait être faite à ces actes unilatéraux »¹²³³. Mais cette conception moderniste à propos de l'engagement unilatéral n'était pas majoritaire dans la commission, qui finalement décide de supprimer la sous-section lui étant consacrée. Cela confirme la conclusion de notre étude sur l'engagement unilatéral en droit français : celui-ci n'a jamais réussi à s'imposer en tant que source autonome, car la doctrine française a toujours réussi à expliquer ces différentes hypothèses d'engagements en les rattachant au droit des contrats. C'est également ce qui s'est passé dans ce projet de réforme. La conception française traditionnelle, réduisant l'obligation volontaire au seul contrat, reste dominante, et est finalement retenue dans ce projet. S'est alors posée la question de savoir où placer l'étude de la gestion d'affaires. Il a alors été décidé de rattacher la gestion d'affaires à l'étude des sources non volontaires des obligations, dans la section 2. Cela illustre une nouvelle fois l'indécision autour de certaines notions et la difficulté à classer les sources des obligations, puisque la gestion d'affaires, à l'origine considérée dans le projet comme une source volontaire d'obligation, finit par se retrouver classée parmi les sources non volontaires.

Intéressons nous à présent aux travaux des années 1948-1949¹²³⁴. Après avoir traité dans les grandes lignes du droit des obligations et avoir adopté un plan provisoire, il s'agissait dès lors d'adopter le plan définitif, ce qui ne se fera pas sans de nombreux débats. Plusieurs projets de plan ont été présentés qui proposaient tous une classification des sources des obligations légèrement différente. Le premier plan exposé est celui de Niboyet¹²³⁵, qui propose deux livres, l'un consacré aux actes juridiques et l'autre aux obligations et contrats. On trouve ensuite le plan de H. Mazeaud qui comprend un « livre spécial des actes juridiques

¹²³² *Ibidem.*

¹²³³ *Ibidem.*

¹²³⁴ *Travaux de la commission de réforme du Code civil*, années 1948-1949, Paris, Sirey, 1950.

¹²³⁵ *Travaux de la commission de réforme du Code civil*, années 1948-1949, Paris, Sirey, 1950, p. 9.

et un livre particulier des obligations »¹²³⁶. Enfin Houin propose un plan différent qui regroupe dans un seul livre les actes juridiques, les contrats et les obligations¹²³⁷. Ce livre est divisé en trois titres : un pour les actes juridiques et les contrats, un pour les sources non-volontaires, et le troisième consacré aux obligations en général. On remarque que la difficulté pour les rédacteurs de ce projet était de réussir à concilier et à organiser l'étude des actes juridiques et des obligations, ce que H. Mazeaud souligne bien : « Le plan que j'ai proposé a un inconvénient : il oblige, dans les obligations, à traiter des contrats ; or, les contrats sont des actes juridiques ; mais je n'ai pas trouvé le moyen de séparer logiquement les deux questions. Le plan de M. Houin a un inconvénient : les obligations disparaissent. Il est tout à fait illogique d'avoir un titre III « Des obligations » où il n'est pas question des sources des obligations »¹²³⁸. Ils avaient du mal à trouver le bon compromis : fallait-il présenter les sources des obligations dans un livre consacré aux actes et faits juridiques ? Fallait-il seulement inclure l'étude du contrat avec les actes juridiques ? Les débats sur ces questions ont divisé la commission. La difficulté à organiser ce plan s'explique aisément par la mauvaise appréhension de la théorie des actes juridiques en droit français. Les membres de la commission de réforme ont souhaité innover en introduisant la notion d'acte juridique dans le code, comme c'était le cas en Allemagne. Seulement, dans le BGB, la notion d'acte juridique est traitée dans la partie générale du code et se rapporte à l'ensemble du droit : le BGB étudie l'acte juridique de manière générale. Au contraire, en France, la théorie de l'acte juridique a été très vite rattachée spécifiquement au droit des obligations et a servi de base à la classification des sources des obligations. Il est donc très difficile de traiter dans ce code à la fois de la théorie des actes juridiques et des sources des obligations sans faire double emploi. Il aurait fallu aborder la théorie des actes juridiques de manière plus générale, comme dans le BGB, et ensuite seulement traiter plus spécifiquement du droit des obligations. Nous verrons qu'après de nombreux débats, les rédacteurs du projet se sont rapprochés de cette solution. Le compte rendu des débats de la commission à ce propos rend d'ailleurs compte de la difficulté à articuler les actes juridiques et les obligations. Voici un extrait de ces débats :

¹²³⁶ *Travaux de la commission de réforme du Code civil*, années 1948-1949, Paris, Sirey, 1950, p. 10-11.

¹²³⁷ *Travaux de la commission de réforme du Code civil*, années 1948-1949, Paris, Sirey, 1950, p. 18-19.

¹²³⁸ *Travaux de la commission de réforme du Code civil*, années 1948-1949, Paris, Sirey, 1950, p. 67.

« M. Niboyet : Il s'agit de savoir si l'on fera un Livre intitulé « actes juridiques », ou pas.

M. Mazeaud : L'acte juridique est souvent source d'obligation mais, il ne l'est pas forcément ; c'est là la difficulté.

M. de Lapanouse : A moins d'intituler le Livre simplement « Des actes juridiques » et de le subdiviser.

M. Mazeaud : Non, parce que l'acte juridique ne comporte pas nécessairement la théorie des obligations »¹²³⁹.

H. Mazeaud résume bien toute la difficulté du problème dans la formule suivante : « La théorie des actes juridiques chevauche sur celle des obligations, chacune déborde l'autre, comme deux cercles qui ne concordent pas exactement »¹²⁴⁰. Il était donc difficile d'élaborer un plan cohérent traitant de l'ensemble des deux matières sans répétitions. Finalement, la solution retenue consiste à rédiger deux livres différents, l'un pour les actes et les faits juridiques (livre IV du projet), et l'autre pour les obligations (livre V). Le livre consacré aux actes et faits juridiques, plus général, permet de donner la définition de ces notions ; quant au livre V, il traite spécifiquement des sources, de la formation, de l'exécution et de l'extinction des obligations. On peut ainsi déjà voir une première classification dans l'opposition actes/faits juridiques, même si elle ne s'applique pas spécifiquement au droit des obligations. La véritable classification des sources des obligations se trouve dans le Titre 1 du Livre V intitulé : « Des sources et de la formation des obligations ». Ce Titre comporte trois chapitres : le premier porte sur la formation des contrats, le chapitre 2 sur l'interprétation des contrats et le chapitre 3 sur les sources non volontaire des obligations.

Le plan de ce titre est un peu maladroit. Il aurait été plus judicieux de consacrer un seul chapitre à la formation et l'interprétation des contrats. Il en ressort tout de même une classification des sources des obligations qui oppose les contrats aux sources non volontaires d'obligations. Cette classification rejoint un peu celle qui distingue les actes des faits

¹²³⁹ *Ibidem*.

¹²⁴⁰ *Travaux de la commission de réforme du Code civil*, années 1948-1949, Paris, Sirey, 1950, p. 68.

juridiques, puisque après avoir supprimé les engagements unilatéraux, les contrats sont les seuls actes juridiques créateurs d'obligations, les faits juridiques regroupant quant à eux les sources non volontaires d'obligation. Finalement, on n'est pas très loin non plus de l'opposition du Code civil de 1804 entre les contrats et les engagements non conventionnels, mais cette fois-ci avec un plan beaucoup plus cohérent. La différence procède essentiellement des obligations rangées parmi les sources non volontaires d'obligation, et aussi celles qui en sont absentes.

Les sources non volontaires d'obligation qui sont classées dans le chapitre 3 sont la loi, l'enrichissement sans cause et la gestion d'affaires. L'enrichissement sans cause est introduit comme un principe général d'obligation, et la gestion d'affaires qui, dans un premier temps, avait été classée audacieusement parmi les engagements unilatéraux, est replacée parmi les sources non volontaires après la suppression de cette catégorie. Mais, finalement, ce qui caractérise le plus ce chapitre, c'est l'absence de certaines sources habituelles comme les actes illicites et le paiement de l'indu. Le paiement de l'indu est traité dans ce projet de code avec l'exécution des obligations, puisqu'il concerne un paiement. Quant aux délits et quasi-délits, ils sont rattachés à l'inexécution des obligations, et traité avec la responsabilité contractuelle. Il s'agit là d'un choix audacieux et discutable, ce que d'ailleurs, lors des débats sur ce point, le président Julliot de la Morandière le concède : « Le rejet de la responsabilité délictuelle en dehors des sources des obligations, et son étude à propos de l'inexécution des obligations, est le point qui, théoriquement, peut donner lieu à plus de discussions, avec la règle de l'unité de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle »¹²⁴¹. Selon H. Mazeaud, cette unité est pourtant nécessaire, car les mêmes règles s'appliquent aux deux responsabilités (préjudice, lien de causalité, cause d'exonération). Ce dernier ajoute que la responsabilité délictuelle n'est rien d'autre que l'inexécution d'une obligation légale, ce qui justifie qu'elle soit étudiée avec la responsabilité contractuelle dans les cas d'inexécution des obligations. Mais, d'un autre côté, on peut reprocher à ce plan de retirer les délits des sources des obligations alors qu'ils sont considérés comme tel depuis toujours et par l'ensemble de la doctrine. C'est une idée assez peu reconnue de souligner, comme Mazeaud, que le délit résulte de l'inexécution d'une obligation légale, dans la mesure où il s'agit avant tout d'un fait

¹²⁴¹ *Travaux de la commission de réforme du Code civil*, années 1948-1949, Paris, Sirey, 1950, p. 79.

dommageable créant une obligation de réparer à la charge de son auteur. Mais l'idée de Mazeaud n'est pas le seul argument en faveur de ce plan. En effet, devant la réticence de certains membres de la commission, il ajoute : « La question de plan n'est ici que secondaire du moment qu'on admet de traiter ensemble les deux responsabilités »¹²⁴². L'essentiel n'est donc pas dans le plan ni dans la classification, mais dans la cohérence. C'est pour une raison pragmatique que Mazeaud souhaite regrouper les deux responsabilités, peu importe à quel endroit elles sont traitées. Il s'agit là d'une question pratique et il ne faut pas perdre de vue qu'il s'agit d'un projet de code et non d'un manuel, raison pour laquelle il est possible de regrouper tous les cas de responsabilité au même endroit. Quoiqu'il en soit, il s'agissait là d'un choix audacieux et assez innovant, qui certes ne permet pas une classification complète des sources des obligations, mais présente de nombreux avantages. Il aurait cependant été possible avec un article général présentant les sources des obligations d'évoquer la responsabilité délictuelle, et de renvoyer ensuite à l'inexécution des obligations pour son étude.

Après une présentation au gouvernement en 1953 et la publication d'un projet inachevé en 1955, les travaux de la commission cessèrent. Le projet ne fut jamais présenté au Parlement et tomba dans l'oubli. Si, depuis, certaines parties du Code civil ont été réformées, comme le droit de la famille en 1965, il faut attendre le projet Catala pour voir un nouveau projet de réforme du droit des obligations.

¹²⁴² *Travaux de la commission de réforme du Code civil*, années 1948-1949, Paris, Sirey, 1950, p. 80.

§2 : La classification des sources des obligations dans le projet Catala¹²⁴³.

Ce projet de réforme du droit des obligations et de la prescription a été remis au Garde des sceaux en septembre 2005. Il a été rédigé assez rapidement par une commission d'universitaires. De l'aveu même de P. Catala, et contrairement au projet que nous venons d'étudier, il ne s'agit pas d'une refonte totale du droit des obligations du Code civil : « L'avant-projet ne propose pas un code de rupture mais d'ajustement »¹²⁴⁴. Les rédacteurs de ce projet ont tenté de concilier certaines notions historiques avec d'autres notions plus modernes comme les actes et les faits juridiques.

La première particularité de cet avant-projet est de comporter un chapitre préliminaire consacré aux sources des obligations. Ce chapitre énumère la classification des sources des obligations et donne une définition de ces sources. Ce chapitre, assez original dans un code, a un intérêt essentiellement didactique : « Le praticien ne s'y attardera sans doute pas. Le professeur oui »¹²⁴⁵. Il montre l'importance donnée par les rédacteurs à la classification des sources des obligations et, contrairement à certains projets antérieurs, marque le fait que ce code n'est pas uniquement destiné à la pratique, mais qu'il prend également en considération les aspects théoriques. Cet avant-projet fait une place importante à la théorie des actes et des faits juridiques. Cette idée est développée dès l'introduction par G. Cornu qui, après avoir rappelé que le contrat demeurerait la « figure centrale »¹²⁴⁶ (on n'oublie pas les fondements du Code de 1804), présente la division majeure des sources des obligations en actes et faits juridiques. Comme le souligne G. Cornu, ce chapitre présente bien l'ensemble des sources des obligations, et pas seulement des obligations conventionnelles. Malgré la remarque préliminaire, ce projet est moins centré sur le contrat que le Code Napoléon, et ses auteurs ont

¹²⁴³ CATALA (P.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, La documentation française, 2006 ; SARGOS (P.), « Aperçus sur la réforme du droit des obligations et de la responsabilité dans le projet Catala », *Rev. Jur. Eco. Publ.*, Ed. du Juris-Classeur, 2007, p. 319.

¹²⁴⁴ CATALA (P.), *Op. Cit.*, p. 15.

¹²⁴⁵ BEAUCHARD (J.), « La classification des sources des obligations dans les projets de code contemporains », *actes des 3^e journées d'études Poitiers-Roma tre*, LGDJ, 2007, p. 182.

¹²⁴⁶ CATALA (P.), *Op. Cit.*, p. 19.

tenté de rendre le plan d'exposition beaucoup plus cohérent. Il présente rapidement les deux catégories principales d'obligations, parmi les actes juridiques on retrouve les conventions, l'acte juridique unilatéral et l'acte collégial. Quant aux faits juridiques, ils regroupent les quasi-contrats et la responsabilité civile. On peut déjà faire deux remarques : d'une part, on voit l'introduction parmi les sources d'obligations de l'acte unilatéral et de l'acte collégial, ce qui est un signe de modernité ; mais d'autre part, on voit aussi que les rédacteurs ont choisi de conserver les quasi-contrats parmi les sources des obligations, ce qui démontre un certain conservatisme mais qui peut s'expliquer également par le regain d'intérêt, dans la jurisprudence récente, pour cette catégorie juridique. Venons-en à présent à une étude plus détaillée de ce projet pour essayer de mieux comprendre la classification des sources des obligations proposée.

Contrairement au Code civil, ce projet comprend un seul et unique titre consacré aux obligations, qui s'intitule simplement « Des obligations ». Ce titre regroupe ainsi toutes les sources des obligations contractuelles et non contractuelles. Cette méthode d'exposition est beaucoup plus cohérente que le système confus du Code civil. Ce titre s'ouvre par le chapitre préliminaire qui expose les sources des obligations et les définit. Il se compose d'un article qui présente la classification en actes et faits juridiques (Art. 1101) , puis un article définissant les actes juridiques (Art. 1101-1) et un autre pour les faits juridiques (Art. 1101-2). L'article 1101 dispose : « Les obligations naissent d'actes ou de faits juridiques »¹²⁴⁷. Le second alinéa précise que certaines obligations naissent de l'autorité seule de la loi comme les obligations de voisinage et les charges publiques, mais renvoie à l'étude de ces dispositions particulières « dans les matières qui les concernent »¹²⁴⁸. On passe ensuite à la définition des deux sources principales. Les actes juridiques se divisent en trois espèces : les actes juridiques conventionnels (contrats), les actes juridiques unilatéraux et les actes juridiques collégiaux. Ce projet fait enfin une place importante à l'acte unilatéral en tant que source d'obligation et introduit, en outre, l'acte collégial. On est loin de l'idée du contrat comme seule source d'obligations volontaires. Cependant, la définition de ces actes unilatéraux et collégiaux n'est pas davantage détaillée, car il est précisé que ces actes obéissent pour leurs effets et leur

¹²⁴⁷ CATALA (P.), *Op. Cit.*, p. 77.

¹²⁴⁸ *Ibidem*.

validité aux mêmes règles que les conventions. Il n'est pas précisé dans quels cas l'acte unilatéral est source d'obligation, l'article 1101-1 disposant seulement que « l'acte juridique unilatéral est un acte accompli par une seule ou plusieurs personnes unies dans la considération d'un même intérêt en vue de produire des effets de droit dans les cas admis par la loi ou l'usage »¹²⁴⁹. Le problème est que l'on ne sait pas quels sont ces cas prévus par la loi ou l'usage, il y a là sans doute un manque de précision de la part des rédacteurs de ce projet. A ce propos, dans l'exposé des motifs, G. Cornu précise : « Quant à la volonté unilatérale, elle n'a pas été érigée en source générale d'obligation. Elle peut seulement prospérer sous l'égide de la loi ou (c'est une ouverture) de l'usage »¹²⁵⁰. C'est donc à la loi (ou l'usage) de préciser, à l'avenir sans doute, les hypothèses dans lesquelles la volonté unilatérale sera source d'obligations. Si le contrat n'est plus la seule source volontaire, il est toujours l'élément principal de cette catégorie et l'ensemble du Sous-titre 1 lui est consacré. Le contrat sert toujours et encore de modèle pour les actes juridiques.

Concernant les faits juridiques, leur définition est posée par l'article 1101-2 : « Les faits juridiques sont des agissements ou des événements auxquels la loi attache des effets de droit »¹²⁵¹. Cet article présente ensuite les deux espèces de faits juridiques reconnus par le projet en tant que source d'obligations, à savoir les quasi-contrats et la responsabilité civile, les faits juridiques profitables et dommageables. Il est curieux de retrouver ici la catégorie des quasi-contrats si critiquée depuis plus d'un siècle par une grande partie de la doctrine. Mais la définition qui est donnée du quasi-contrat est assez originale : « Le fait qui procure à autrui un avantage auquel il n'a pas droit constitue un quasi-contrat »¹²⁵². Le fondement du quasi-contrat semble être l'absence de droit justifiant l'avantage reçu par une personne. Autrement dit, le quasi-contrat trouve son origine dans un fait juridique profitable. Le maintien du quasi-contrat s'explique par son utilité : parmi les faits juridiques, il permet de distinguer les faits dommageables source de la responsabilité des faits profitables, source de quasi-contrats : « Face au dommage causé sans droit, un avantage reçu sans droit : en ce point

¹²⁴⁹ *Ibidem.*

¹²⁵⁰ CATALA (P.), *Op. Cit.*, p. 26.

¹²⁵¹ CATALA (P.), *Op. Cit.*, p. 77.

¹²⁵² *Ibidem.*

commun se rejoignent tous les quasi-contrats »¹²⁵³. En réalité, donc, on ne retrouve en rien les définitions habituelles du quasi-contrat. On est loin de l'idée d'un « presque contrat », ou d'une ressemblance quelconque avec les contrats. Cette catégorie sert ici de subdivision aux faits juridiques : d'un côté, la responsabilité civile, de l'autre, les quasi-contrats. On aurait pu donner un autre nom à cette catégorie, mais la conservation du terme *quasi-contrat* évite la rupture avec le Code civil de 1804, d'autant plus que la gestion d'affaires et le paiement de l'indu figurent dans cette catégorie. Cependant, on peut se demander si le maintien du terme *quasi-contrat* ne dessert pas la nouvelle classification. En effet, les quasi-contrats sont perçus de manière très négative et ont été largement critiqués. Nombreux sont ceux qui ont souhaité leur suppression et on ne les retrouve dans aucun code moderne. Le maintien de ce terme n'est pas un signe de modernité et semble consacrer un certain conservatisme qui fait perdurer cette notion depuis des siècles. On aurait pu, en gardant la même classification, supprimer ce terme et le remplacer par exemple par l'expression *avantage reçu sans droit*. Toujours est-il que la notion de quasi-contrat définie dans ce projet n'a rien à voir avec la notion classique et constitue un véritable concept, seulement les mots employés ne le reflètent pas vraiment. Le projet prévoit trois cas de quasi-contrats : la gestion d'affaires et le paiement de l'indu, présents dans le Code civil, auxquels s'ajoute l'enrichissement sans cause, qui avait déjà été consacré par la jurisprudence. G. Cornu justifie cette classification en démontrant que, dans ces trois cas de figures, un avantage est procuré à une personne sans qu'il existe une cause : « C'est la théorie de la cause qui, en dernière analyse, unit la trilogie. Le paiement est indu à la condition qu'il ne procède ni d'une intention libérale, ni d'une obligation naturelle, ni d'une autre cause (art. 1330 al. 2). Semblablement, l'enrichissement est sans cause lorsque (et parce que) la perte de l'appauvri ne procède ni de son intention libérale envers l'enrichi, ni de l'accomplissement d'une obligation dont il serait tenu envers lui en vertu de la loi, du jugement, du contrat, ou de la poursuite d'un intérêt personnel (art. 1337). De son côté la gestion du gérant d'affaire est sans titre »¹²⁵⁴. Il en vient même à conclure que cette théorie du quasi-contrat vient au secours de la légitimité de la cause en matière contractuelle : « La

¹²⁵³ *Ibidem.*

¹²⁵⁴ *Ibidem.*

présence de la cause dans le contrat répond à l'absence de cause dans le quasi-contrat »¹²⁵⁵. Un Sous-titre entier est consacré aux quasi-contrats, c'est en cela aussi que l'on peut voir une classification tripartite des sources des obligations dans ce projet, puisque le titre consacré aux obligations comporte trois sous-titres : un pour les contrats, un pour les quasi-contrats, et le dernier qui est consacré à la responsabilité.

La seconde espèce de faits juridiques regroupe les faits dommageables illicites : « Le fait qui cause sans droit un dommage à autrui oblige son auteur à le réparer »¹²⁵⁶. C'est le Sous-titre 3 qui traite de ces obligations et qui est intitulé « De la responsabilité civile ». Dans ce projet, on a regroupé les délits et les quasi-délits dans ce Sous-titre. La distinction entre les deux ayant disparu depuis longtemps dans la pratique, c'était là une évolution inévitable et logique. C'est l'article 1340 qui énonce ce principe de responsabilité : « Tout fait illicite ou anormal ayant causé un dommage à autrui oblige celui à qui il est imputable à le réparer »¹²⁵⁷. Mais l'innovation principale en matière de responsabilité est le regroupement avec la responsabilité contractuelle. En effet, le Sous-titre « De la responsabilité civile » traite de toute la matière de la responsabilité, délictuelle et contractuelle. Cette idée avait déjà été évoquée dans le projet de la commission de réforme présidée par J. de la Morandière, mais la différence était que toute la matière de la responsabilité avait été sortie des sources des obligations, pour être traitée avec l'inexécution des obligations. La solution retenue dans le projet Catala semble plus satisfaisante car elle n'écarte pas une des principales sources d'obligation. C'est le second alinéa de l'article 1340 qui énonce le principe de la responsabilité contractuelle : « De même, toute inexécution d'une obligation contractuelle ayant causé un dommage au créancier oblige le débiteur à en répondre »¹²⁵⁸. Comme nous l'avons déjà dit pour le projet de la commission, cette solution, critiquable sur le plan doctrinal, présente de nombreux intérêts pratiques et permet de traiter dans un seul endroit du code toute la matière de la responsabilité. G. Viney dans l'exposé des motifs¹²⁵⁹ de ce Sous-

¹²⁵⁵ *Ibidem*.

¹²⁵⁶ CATALA (P.), *Op. Cit.*, p. 77.

¹²⁵⁷ CATALA (P.), *Op. Cit.*, p. 171.

¹²⁵⁸ *Ibidem*.

¹²⁵⁹ CATALA (P.), *Op. Cit.*, p. 162.

titre 3, explique que la question du regroupement de la responsabilité contractuelle et délictuelle a beaucoup divisé la commission. Ce n'est qu'après avoir rédigé les dispositions relatives à ces deux types de responsabilité et constaté que la majorité des règles étaient communes, que le choix a été fait de les regrouper sous le terme de «responsabilité civile». C'est uniquement l'aspect pratique qui a guidé les rédacteurs du projet.

Il convient de faire une dernière remarque sur ce projet de réforme et plus exactement sur son plan. Si le projet d'une manière générale est assez bien organisé et présente un plan pour les obligations beaucoup plus cohérent que celui du Code civil, il n'est pas exempt de tout reproche. En effet, le projet regroupe tout le droit des obligations dans un seul titre, présente clairement les sources des obligations, et consacre un sous-titre à chaque source principale. Mais le problème se situe davantage au niveau de ce qu'on pourrait appeler les dispositions générales. En effet, les rédacteurs n'ont pas choisi de traiter des règles communes à toutes les obligations dans un chapitre spécial. Ces règles sont évoquées dans le Sous-titre 1 consacré aux contrats. On y retrouve les règles relatives aux modalités de l'obligation (Chapitre IV), à l'extinction des obligations (Chapitre V), et à la preuve des obligations (Chapitre VII). Ainsi, comme dans le Code civil de 1804, les dispositions générales du droit des obligations sont traitées avec les contrats. Le contrat reste la figure principale des obligations. Il est à regretter tout de même que les rédacteurs de ce projet n'aient pas réussi à corriger cette maladresse, et à proposer un plan comprenant une partie regroupant les dispositions communes à toutes les obligations.

Ce projet de réforme est intéressant car il présente une classification claire des sources des obligations en actes et faits juridiques. Il se montre assez innovant en introduisant les actes juridiques unilatéraux et les actes collégiaux parmi les sources des obligations, même si ce n'est que de manière restreinte. Sur d'autres points, le projet semble plus conservateur, notamment en ce qui concerne la catégorie des quasi-contrats, mais comme nous l'avons vu, la notion présentée n'a rien à voir avec celle du Code civil et il s'agit là d'un véritable concept positif. Cependant, le simple maintien de ce terme, même si le fond est différent, risque de

porter préjudice à cette classification. Le quasi-contrat a été supprimé par la plupart des codes modernes et reste une exception française. C'est peut être dans cette optique que les rédacteurs ont souhaité conserver cette particularité. D'ailleurs, dans la présentation du projet, P. Catala ne s'est pas caché de la volonté de ne pas totalement transformer le Code civil, mais simplement de l'adapter. Si la seconde partie de ce projet a débouché sur la réforme du droit de la prescription dans le Code civil, la partie concernant le droit des obligations est restée sans suite à l'heure actuelle. Il est difficile de dire si cet avant-projet est définitivement abandonné, toujours est-il que le temps qui passe ne joue pas en sa faveur. Il faut tout de même signaler le projet de réforme du droit des contrats de juillet 2008 émis par la Chancellerie¹²⁶⁰, s'inspirant du projet Catala mais ne traitant que des contrats. Ce projet reprend très largement le projet Catala et, il est intéressant de noter qu'on y retrouve une classification des sources des obligations. En effet, bien que ne traitant que du droit des contrats, ce projet contient un chapitre préliminaire intitulé : « La source des obligations » qui entame le Titre III consacré aux obligations. L'article premier dispose : « Les obligations naissent d'actes, de faits juridiques ou encore de l'autorité seule de la loi ». L'article 2 reprend la définition de l'acte juridique qui regroupe les contrats et les actes unilatéraux, et l'article 3 la définition des faits juridiques comprenant les quasi-contrats et la responsabilité civile. Ces articles et les définitions qu'ils proposent sont très proche de ceux du projet Catala. La principale différence concernant la classification concerne le rajout de la loi comme troisième source d'obligation. L'expression employée est la même qu'à l'article 1370 du Code civil. Mais, contrairement aux deux autres sources, aucun article de ce chapitre préliminaire ne définit la loi en tant que source d'obligation. Comme pour l'article 1370, cela renvoie sans doute aux obligations disséminées dans le Code et imposées par la loi (entre propriétaires voisins, etc...). Comme dans le projet Catala, il est précisé que les actes juridiques unilatéraux suivent les mêmes règles que les contrats, ce qui laisse supposer que le Code réformé présenterait trois sous-titres : le contrat (qui fait l'objet de ce projet de réforme), le quasi-contrat, et la responsabilité civile (non-évoqués dans ce projet). Il existe une version modifiée

¹²⁶⁰ GHESTIN (J.) (dir.), « Observation sur le projet de réforme du droit des contrats » (Projet Chancellerie), *Les Petites Affiches*, n° 31, 12 février 2009 ; GHOZI (A.), LEQUETTE (Y.), « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la chancellerie », *D. 2009. Chron. 2609.* ; BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit civil-Les obligations*, 2010, 12^e éd., p. 38.

de ce projet datant de mai 2009. L'article premier s'est vu ajouter un second alinéa : « Elles peuvent naître de l'exécution volontaire ou de la promesse d'exécution d'un devoir de conscience envers autrui ». Il ne faut sans doute pas voir là de nouvelles sources d'obligations mais plutôt un complément au premier alinéa, une formule générale résumant les hypothèses de sources des obligations. Cette phrase est ambiguë et son utilité pose question, il est difficile de se prononcer à son sujet sans un rapport des rédacteurs du projet. Pourquoi dire que les obligations naissent de l'exécution volontaire ? Elles naissent plutôt de l'accord de volontés ou de la volonté unilatérale. Qu'est-ce que la promesse d'exécution d'un devoir de conscience envers autrui ? Cela semble renvoyer à la responsabilité (et aux principes du droit naturel ?), mais pourquoi là encore, insister sur l'exécution ? La première formulation de cet article nous semble plus adaptée à une présentation claire des sources des obligations dans un code civil. Il nous faut faire une dernière remarque sur ce projet et le projet Catala. Ce dernier, sous sa forme originelle d'une réforme d'ensemble du droit des obligations semble avoir été abandonné, le projet de réforme des contrats de la Chancellerie semble, lui, plus d'actualité. On s'achemine sans doute plus vers une réforme par étapes du droit des obligations. A ce titre, il nous semble que si cette réforme s'effectue ainsi, il sera difficile d'incorporer un chapitre relatif aux sources des obligations, ou du moins pas avant la réforme complète du droit des obligations. Et si les choses continuent dans cette voie, c'est-à-dire vers une réforme dans un premier temps du droit des contrats seulement, le chapitre préliminaire du projet de la Chancellerie semble inutile : comment annoncer que les sources des obligations sont les actes et les faits juridiques, et ensuite retrouver dans le Code l'article 1370 ? Comment définir les faits juridiques comme regroupant les quasi-contrats et la responsabilité sans modifier les articles qui leurs sont consacrés ? Mais d'une manière plus générale, si l'on tient compte de la rédaction actuelle de notre Code civil, il semble impossible de réformer seulement le droit des contrats, si on veut obtenir un résultat cohérent. En effet, les rédacteurs du Code ayant maladroitement traité du régime général des obligations avec le droit des contrats, il faut pour redonner une cohérence à ce titre le reprendre dans son ensemble et non par morceau, sans quoi on risque encore d'ajouter à la confusion. Le projet de réforme du seul droit des contrats ne semble donc pas être le bon moyen pour parvenir à une présentation claire et précise des sources des obligations.

Conclusion de la troisième partie :

La réforme du droit des obligations reste une nécessité. Sans doute les projets européens d'uniformisation du droit des contrats n'ont pas favorisé l'adoption d'une réforme française du droit des obligations. C'est peut être par l'intermédiaire d'une réforme d'harmonisation européenne que la France reformera enfin son droit des obligations dans le Code civil. Pour conclure sur le XXe siècle, prenons l'exemple d'un code civil adopté tout récemment, celui du Québec, dont l'évolution reflète bien ce que nous venons de souligner : entre le Code civil du Bas-Canada adopté en 1866 et le Code civil du Québec de 1994, on retrouve toute l'évolution de la classification des sources des obligations entre ces deux périodes. Dans le Code civil du Bas-Canada de 1866, très largement inspiré du Code civil français, figure une énumération des sources des obligations à l'article 983¹²⁶¹ : les sources des obligations sont les contrats, délits, quasi-contrats, quasi-délits et la loi. On rencontre donc effectivement les cinq sources d'obligations présentes dans le Code civil, mais énoncées cette fois-ci de manière précise. Si cette classification datant du milieu du XIXe siècle était totalement inspirée du Code civil français, il en va tout autrement de celle du Code civil du Québec de 1994¹²⁶². Son article 1372 dispose que l'obligation « naît du contrat et de tout acte ou fait auquel la loi attache d'autorité les effets d'une obligation ». Il s'agit d'une classification bipartite totalement différente de celle du Code du Bas-Canada. Elle oppose le contrat à une catégorie qui semble regrouper ce que l'on nomme souvent des faits juridiques. Il n'y a pas opposition entre actes et faits juridiques car le Code civil du Québec ne semble pas reconnaître les actes unilatéraux comme source d'obligation. On est proche d'une classification qui oppose le contrat à la loi comme le préconisait Planiol, à la différence qu'il y a ici un acte ou un fait à l'origine de l'obligation. Ainsi, dans les articles suivants qui présentent les différentes sources d'obligations on retrouve ces actes ou ces faits. On peut même voir dans l'organisation du Code une seconde classification, en effet, après avoir présenté les contrats dans le chapitre 2, le chapitre 3 est consacré à la responsabilité civile, et le chapitre 4 est intitulé « De certaines autres sources de l'obligation ». Ce chapitre est lui-

¹²⁶¹ TANCELIN (M.A.), *Théorie du droit des obligations*, Québec, Les presses de l'université Laval, 1975, p. 5.

¹²⁶² PINEAU (J.), BURMAN (D.), GAUDET (S.), *Théorie des obligations*, Montréal, Thémis, 2001, 4^e éd., p.51-56.

même divisé en trois sections consacrées à la gestion d'affaires, à la réception de l'indu, et à l'enrichissement injustifié. Ainsi, on retrouve plutôt une classification tripartite comprenant les contrats, la responsabilité civile et les « autres sources d'obligations ». Cette classification n'est pas sans nous rappeler celle des *Institutes* de Gaius. Ainsi, si dans la présentation de la classification des sources des obligations, le Code civil du Québec semble influencé par les théories modernes, en revanche dans l'exposition des différentes sources on voit une grande ressemblance avec la classification tripartite de Gaius. Cette classification présente donc un aspect moderne et en même temps un retour aux origines. On peut d'ailleurs se poser la question de savoir si la classification de Gaius, reprise approximativement dans ce code, présentant les deux principales sources d'obligation : le contrat et la responsabilité, et laissant une troisième catégorie pour les autres sources n'est pas la meilleure solution pour exposer les sources des obligations ? Pour en revenir à la classification du Code civil du Québec, on note l'abandon de la catégorie des quasi-contrats, des quasi-délits et de la loi, ainsi que la reconnaissance de l'enrichissement sans cause en tant que source d'obligation. C'est en cela également qu'il y a une rupture avec le système du Code civil français de 1804, et que l'on retrouve l'influence des théories modernes du droit des obligations. Les rédacteurs du Code civil québécois ont donc adapté leur classification des sources des obligations aux évolutions du XXe siècle, ce que l'on n'a pas encore réussi à faire en France malgré les nombreuses tentatives et propositions de la doctrine.

Conclusion générale :

Nous avons dans notre étude relaté l'évolution de la classification des sources des obligations de ses origines romaines à nos jours. La question de la classification a principalement intéressé la doctrine au fil des siècles. Dès son origine, à Rome, c'est dans un souci didactique que les jurisconsultes ont souhaité classer les sources des obligations. Les discussions sur la classification des sources des obligations ont été très nombreuses aux XIX^e et XX^e siècles, et elles ont permis la remise en cause des sources classiques des obligations. Cependant, si les critiques ont été nombreuses, et les propositions de nouvelles sources et classifications variées, on constate dans la pratique de l'enseignement et, dans l'organisation du Code civil français un maintien relatif de la classification classique inspirée de Justinien. On peut donc remarquer un certain conservatisme en la matière, comme le montre l'exemple du quasi-contrat : dès l'ancien droit, on a critiqué la notion et son fondement, reprochant à Justinien une erreur d'interprétation ; pour autant, le terme s'est maintenu dans le Code civil de 1804, avant de faire l'objet d'une profonde remise en question au tournant du XX^e siècle mais, là encore, malgré les critiques, on a continué à employer ce terme et à enseigner ce qu'il recouvre, ce qui est une spécificité française. On remarque encore ce conservatisme dans le projet Catala, qui perpétue l'usage du terme, comme pour marquer une spécificité du droit français. Il semble cependant, que si l'on se dirige vers une harmonisation européenne du droit des obligations, la France sera tenue d'abandonner cette notion qui n'existe dans aucun autre droit européen. La classification des sources des obligations qui semblerait s'imposer serait alors celle qui distingue l'acte juridique, la responsabilité et l'enrichissement sans cause. Nous sommes encore loin d'une telle harmonisation, mais il est vrai que si le législateur français poursuit sa réforme du droit des obligations, il serait utile d'envisager une réforme compatible avec les droits de nos pays voisins, et non de rester figé sur des principes français qu'il faudrait ensuite modifier de nouveau.

Le deuxième point à aborder dans cette conclusion concerne le rapport entre l'évolution de la classification des sources des obligations et l'évolution du droit, ou plus généralement de la société. Nous avons constaté que la classification des sources des obligations a tantôt été dominée par le modèle contractuel, puis par la loi, et enfin l'acte juridique. Ces évolutions sont le reflet de l'évolution générale du droit. Le contrat a pendant longtemps été la principale source d'obligation, et était même souvent considéré comme la seule source d'obligation sous l'ancien droit. Encore dans le Code civil, on ressent la prépondérance du contrat sur les autres sources, notamment au travers du plan de celui-ci. A cette époque, le rôle de la responsabilité n'était pas encore très développé, le contrat était le principal vecteur d'obligation dans la vie courante, chacun avait recours au contrat. Les classifications de l'ancien droit, et même celle du Code civil, reflètent cet état de fait. C'est l'accord des volontés qui était la principale source d'obligations. Au fil du XIXe siècle, on a vu se développer dans les classifications l'importance de la loi en tant que source des obligations, qui est venue concurrencer et même parfois supplanter le contrat. On a considéré que la loi et donc le législateur avait un rôle important à jouer dans les sources des obligations, en imposant des obligations aux citoyens. La volonté du législateur est venue concurrencer celle des individus. C'est que l'interventionnisme de l'état se faisait de plus en plus grand et cela s'est traduit dans la classification des sources des obligations, incitant certains auteurs à faire de la loi la source de toutes les obligations. On a vu se développer également les cas de responsabilité, le législateur les a multipliés avec le développement de l'industrie et de la théorie du risque. Le domaine de la responsabilité n'a cessé de s'étendre, tout comme les obligations imposées par la loi. Le lien entre l'évolution sociologique du droit et la classification des sources des obligations est évident et conditionne la place respective du contrat et de la loi dans cette dernière¹²⁶³. La classification des sources des obligations est le reflet de l'évolution des rapports obligationnels, son étude permet de constater ainsi l'influence de l'évolution économique et sociale sur le droit, comme le disent justement Jossierand (« l'organisation des rapports obligatoires entre les hommes est fonction de la vie

¹²⁶³ Cf. RIPERT (G.), *Le déclin du droit*, Paris, LGDJ, 1949, n°59 : Les atteintes portées par la loi aux contrats ; CHAZAL (J.P.), « Ripert et le déclin du contrat », dans *Revue des contrats*, 1/04/2004, n° 2, p. 244-256.

économique et sociale »¹²⁶⁴) et Tarde (« la nature des devoirs imposés par la société à l'individu non consulté change avec l'état social, avec les changements apportés à l'agriculture, à l'industrie, aux relations politiques, par des innovations accumulées »¹²⁶⁵). Dans les classifications proposées au XXe siècle, l'opposition contrat/loi s'est atténuée, notamment grâce au développement de la notion d'acte juridique ; notion qui, comme nous l'avons vu est également imprégnée de l'esprit de son temps puisqu'elle reflète le fait que de plus en plus d'engagements se forment de manière unilatérale, raison pour laquelle on parle plus généralement d'acte juridique et non plus seulement du contrat. La classification des sources des obligations évolue donc, car les sources mêmes des obligations évoluent. On ne peut classer les sources des obligations de l'époque romaine comme celles du Code civil, ni celles du Code civil comme les sources des obligations actuelles. Pour autant, si les sources ont énormément évolué depuis le droit romain, en apparence la classification est restée très proche de ses origines, par exemple si l'on compare notre Code civil actuel et la classification de Justinien. C'est l'illustration d'un certain conservatisme des juristes : si la société et les pratiques juridiques évoluent, ils souhaitent toujours se rattacher à des traditions anciennes. Toute la difficulté de la classification des sources des obligations, et de son étude, réside dans le fait de savoir si on traite des sources positives des obligations ou, si l'on peut dire, des sources absolues. Comme souvent, et ici en particulier, du point de vue auquel on se rattache va dépendre la classification adoptée. Ainsi, si l'on se place au point de vue de la théorie abstraite des obligations, il existe sans doute une classification immuable, qui permet de définir les sources des obligations et de les classer. Il s'agit là plus d'une classification philosophique, morale, ou même religieuse des obligations, que d'une classification juridique car, comme l'exprime Vizioz, le droit n'aspire pas à une telle classification : « Comment une science dont l'objet est en incessante évolution pourrait-elle aspirer à des règles immuables ? Mais l'immobilité du droit, ce serait la mort du droit ! »¹²⁶⁶. C'est ainsi que l'on fera tantôt naître les obligations de la raison humaine, du contrat social, de Dieu, ou de tout autre principe. Nous avons ainsi pu constater dans notre étude cette ambivalence de la classification

¹²⁶⁴ JOSSERAND (L.), « L'essor moderne du concept contractuel », dans *Recueil d'étude sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris, Sirey, 1934, p. 333-346.

¹²⁶⁵ TARDE (G.), *Les transformations du droit*, Paris, Alcan, 1893.

¹²⁶⁶ VIZIOZ (H.), *La notion de quasi-contrat*, Bordeaux, Cadoret, 1912, n° 80 p. 337.

entre son évolution en fonction de la société et son ancrage profond dans la tradition. De même, on comprend le grand nombre de classifications et les débats soulevés par celles-ci dans la doctrine, en gardant à l'esprit le fait que la classification des sources des obligations peut revêtir un aspect très subjectif en fonction du point de vue adopté. La question est de savoir s'il est possible objectivement de dégager une classification des sources des obligations abstraite et immuable ? Cette classification est-elle la même que celle qui tend à définir les sources positives des obligations ? Sans répondre à toutes ces questions, la classification en actes et faits juridiques permet de concilier assez bien ces deux intérêts. En effet, elle définit de manière générale deux catégories objectives de sources d'obligations à l'intérieur desquelles on peut faire entrer les différentes sources positives d'obligations. Mais la classification en actes et faits juridiques n'est pas entièrement satisfaisante, car si la notion d'acte juridique permet d'intégrer les engagements unilatéraux dans la classification, la notion de faits juridiques est critiquable.

Celle-ci n'est-elle pas, ni plus ni moins, que l'équivalent des *variis causarum figuris* du droit romain ? De tous temps les juristes n'ont éprouvé aucune difficulté à classer les obligations résultant de la volonté individuelle (contrat, engagement volontaire, actes juridiques), le problème a toujours concerné les « sources inclassables »¹²⁶⁷. L'expression « faits juridiques » n'est-elle pas vague et imprécise ? Il est vrai que nous avons signalé lors de l'étude de cette classification que les actes juridiques sont eux-même des faits juridiques, d'où l'incohérence de cette classification. D'une manière plus générale, le problème de la classification des sources des obligations a toujours été l'impossibilité d'y faire entrer certaines sources, c'est-à-dire son manque d'exhaustivité. Si le contrat, les délits ont pu être aisément rangés, ce n'est pas le cas d'autres sources. C'est la raison pour laquelle les auteurs ont inventé différentes catégories pour essayer de classer ces sources. Cela a commencé avec les *variis causarum figuris* de Gaius, puis la catégorie des obligations *quasi ex contractu* de Justinien, les engagements involontaires de Domat, le quasi-contrat et la loi chez Pothier et dans le Code civil, le fait juridique dans la doctrine du XXe siècle¹²⁶⁸. On en revient donc à cette idée de subjectivité, : comme il n'existe pas un critère évident permettant de regrouper

¹²⁶⁷ GOMAA (N.M.K.), *Op. Cit.*, n°235 p. 203.

¹²⁶⁸ GOMAA (N.M.K.), *Op. Cit.*, n° 236 p. 204.

ces obligations, chacun essaie de leur trouver un fondement selon les principes qui guident sa réflexion : « Celui qui s'inspire trop de l'individualisme, voit dans la volonté une puissance comparable à la loi (la confusion vient du fait, ici, que la loi autorise les mêmes effets désirés par la volonté individuelle), celui qui s'inspire du socialisme (la suprématie de la société) voit dans la loi la puissance unique et dominant tous les faits juridiques. Celui qui s'inspire de la morale, voit dans l'équité la source de certains engagements inclassables »¹²⁶⁹. Cependant, si les différentes classifications sont critiquables sur ce fondement, en ce que chaque auteur ou courant de pensée range les « sources inclassables » en fonction des influences auxquelles il choisit de se soumettre, cela ne concerne pas la classification de Gaius. En effet, il est reconnu que le contrat et le délit, ou plus généralement, la volonté individuelle et l'acte dommageable sont deux sources d'obligations importantes. Il y a là deux catégories reconnues depuis le droit romain, auxquelles sont venues s'ajouter de nouvelles sources par la suite. Ce sont ces sources qu'il est difficile de classer et regrouper. Or Gaius dans la classification qu'il propose dans les *Res cottidianae* se contente de créer cette catégorie générique des *variis causarum figuris*, qui permet de regrouper les obligations qui ne naissent ni d'un contrat ni d'un délit. Et si, comme souvent, la solution ne résidait-elle pas dans la simplicité ? Pourquoi vouloir trouver un fondement commun à des sources d'obligation variées, quant il suffit de constater qu'elles n'ont pas de point commun ? Si la classification de Gaius ne semble pas satisfaisante sur un plan intellectuel, en raison de son imprécision quant à l'origine de ces sources, on ne peut pas dire qu'elle soit fausse ou orientée, contrairement à d'autres classifications. Devant l'augmentation constante du nombre de sources d'obligations, elle semble même devoir s'imposer. Il est toujours vrai de dire que les obligations naissent de la volonté individuelle, des dommages causés, et d'une multitude d'autres causes diverses, que l'on ne peut regrouper sous un titre, et qu'il convient simplement d'énumérer.

Au terme de notre étude, nous pouvons également nous interroger sur l'intérêt même de la classification des sources des obligations, qui est remise en question par certains auteurs. Selon Paul Esmein par exemple, la classification des obligations selon leur source ne serait pas très pertinente. Il lui préfère la classification entre obligations de moyen et de

¹²⁶⁹ *Ibidem*.

résultat¹²⁷⁰ : « Les différences entre obligation de sources diverses apparaissent comme devant être atténuées, la notion d'obligation étant, dans les traits généraux, la même, quelle que soit la source »¹²⁷¹. L'idée qu'il défend est que la classification des obligations en fonction de leur source n'a pas une grande incidence sur la pratique du droit, elle a plus un intérêt théorique ou didactique, qui est celui de déterminer le fondement et l'origine des obligations. H. Mazeaud défend la même idée dans son article à la *Revue trimestrielle* de 1936¹²⁷². On a selon lui, depuis le droit romain, exagéré l'importance de la classification des obligations selon leur source, cela étant dû au fait que l'on a d'abord constaté l'existence de ces sources, le contrat et le délit, pour en déduire ensuite une théorie générale de l'obligation. C'est l'étude des sources qui a mené à l'obligation, et non la théorie qui a mené à la recherche des sources des obligations. Selon H. Mazeaud, cette classification ne doit servir qu'à souligner les différences dans la formation des obligations, et non les différences qui les séparent une fois qu'elles sont nées, comme cela a été souvent le cas, la classification des sources des obligations étant la classification unique pour beaucoup d'auteurs : « On l'a prise comme base de l'étude générale des obligations et, par là, on a commis une erreur grave. En prétendant s'en servir pour créer ou expliquer des différences de principe séparant les obligations une fois qu'elles sont nées, on a jeté l'obscurité la plus complète dans la matière »¹²⁷³. Au contraire pour H. Mazeaud, « c'est dans le contenu des obligations que doit être recherché le critère d'une classification lorsqu'on veut faire l'étude de l'obligation une fois qu'elle est formée »¹²⁷⁴. Il préfère donc mettre en avant la classification des obligations qui oppose les obligations générales de prudence et de diligence aux obligations déterminées, ou encore les obligations de résultats aux obligations de moyen. Cette classification s'est largement

¹²⁷⁰ Cf. DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général – Source des obligations*, Paris, Rousseau et cie, 1923, n° 1237.

¹²⁷¹ ESMEIN (P.), « Remarques sur de nouvelles classifications des obligations », dans *Mélanges Capitant*, Paris, Dalloz, 1939, p. 235-240.

¹²⁷² MAZEAUD (H.), « Essai de classification des obligations », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1936, p. 3-58.

¹²⁷³ MAZEAUD (H.), « Essai de classification des obligations », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1936, n° 20 p. 17.

¹²⁷⁴ MAZEAUD (H.), « Essai de classification des obligations », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1936, n°3 p. 3.

développée au cours du XXe siècle compte tenu de sa grande importance pratique, mais elle n'a pas pour autant éclipsé la classification des obligations selon leur source. Même si cette classification est de plus en plus concurrencée, elle n'en reste pas moins fondamentale dans la théorie des obligations, on a toujours besoin de connaître l'origine des obligations au moins d'un point de vue didactique.

La classification des sources des obligations conserve donc toujours une place importante dans les manuels de droit des obligations. Dans la théorie des obligations, elle reste un préalable nécessaire à l'étude de la matière : il faut déterminer les origines des obligations avant de les étudier, même si, pour l'étude des différentes caractéristiques de l'obligation, d'autres classifications interviennent. D'un point de vue pratique, la classification des sources des obligations a un intérêt moindre, même si, comme nous l'avons vu, les projets de réforme du Code civil intègrent toujours une classification des obligations selon leur source. D'une manière plus générale, cette classification est toujours l'occasion de débats et d'évolution. On le remarque encore avec la thèse que consacre Stéphane Obelliane aux sources des obligations¹²⁷⁵, dans laquelle il étudie particulièrement la notion même de source d'obligations, qui est, selon lui, trop souvent laissée de côté par les auteurs¹²⁷⁶. Or, comme il l'explique justement, la classification des sources des obligations dépend de la notion de source qui est retenue : « Le choix d'une classification sera directement fonction de la notion de source qui sera choisie. C'est bien la notion de source qui déterminera la méthode

¹²⁷⁵ OBELLIANE (S.), *Les sources des obligations*, Aix-en-Provence, PUAM, 2009 : nous voyons au travers de son étude que la classification des sources des obligations est toujours d'actualité et soulève toujours autant de débats et de controverses. Il propose pour sa part une classification des sources des obligations qui oppose la source classique, qui est la liberté du débiteur de s'engager, à la source moderne, qui repose sur le besoin de protection du créancier. Ce sont ces deux éléments qui sont pour lui la source substantielle de toutes les obligations. On voit donc toujours apparaître de nouvelles classification ou tout au moins, des auteurs qui ont une approche différente des sources des obligations.

¹²⁷⁶ Benoît Moore centre son article consacré à la classification des sources des obligations sur les notions de source. Selon lui, la difficulté à classer les sources des obligations vient du fait que les auteurs mélangent les différentes sources d'obligations dans leurs classifications, à savoir : la source formelle (médiante), la source matérielle (immédiate) et la source normative. C'est notamment le cas dans la classification contrat-loi, qui selon lui, met sur le même niveau une source formelle (la loi) et une source matérielle (le contrat) : MOORE (B.), « La théorie des sources des obligations : éclatement d'une classification », *Revue Juridique Thémis*, n°36, 2002.

de classification : Objet de la classification, elle en influencera naturellement les caractères »¹²⁷⁷. Il est vrai qu'il est très rare de retrouver des auteurs définissant ce qu'est une source : ils se contentent de livrer leur classification. Les auteurs s'intéressent beaucoup plus à la notion d'obligation qu'à celle de source, alors que la définition et le choix de la notion de source jouent un rôle déterminant dans toute classification. C'est pour cela qu'avant d'étudier une classification des sources des obligations, il convient de déterminer la notion de source retenue par son auteur. Cela vient confirmer qu'il est très difficile, voir impossible, de dégager une classification absolue et parfaite des sources des obligations, compte tenu de la nature évolutive de la science juridique, des différentes conceptions de ce qu'est une source et des influences variées des auteurs. Mais c'est paradoxalement là l'intérêt d'une classification des sources des obligations : son étude permet en permanence de réfléchir aux fondements des obligations dans une société, à un instant donné. Il faut sans cesse remettre en question cette classification, trouver les fondements justes, intégrer les notions nouvelles pour tenter de s'approcher au plus près de la réalité. C'est pour ces raisons qu'il est délicat d'arrêter une classification des sources des obligations dans un texte législatif comme le code civil, car il est toujours difficile de prévoir l'évolution à venir des sources des obligations. A ce titre, il faut reconnaître une fois encore l'intérêt d'une classification assez large comme celle de Gaius laissant place à l'évolution.

Nous terminerons cette conclusion par une citation de Dereux sur l'intérêt de la remise en cause des classifications, qui résume bien le sentiment qui s'exprime dans cette conclusion : « Il est utile de soumettre toujours les anciennes distinctions à un nouveau contrôle et de rayer toutes celles qui ne se soutiennent plus que par la force tyrannique de la tradition. Peut-être dans ce vaste champ d'idées et de principes qui constitue le droit civil, faut-il déplacer bien des points de repère, creuser de tout autres sillons. Les théories nouvelles, même quand elles ne montrent pas le droit chemin, peuvent exciter à le chercher et démasquer l'erreur. Sans doute, elles risquent souvent de nous égarer, sans doute elles exigent parfois de

¹²⁷⁷ OBELLIANE (S.), *Op. cit.*, n°21 p. 39.

nous des efforts d'esprit inutiles, mais ce n'est jamais qu'en amoncelant une grande quantité d'efforts que l'on découvre une parcelle de vérité »¹²⁷⁸.

¹²⁷⁸ DEREUX (G.), *Rev. crit.*, 1902, p. 115.

BIBLIOGRAPHIE

I – SOURCES

A – Sources antérieures à 1804

ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, Paris, Flammarion, 2004.

AULU-GELLE, *Noctium atticarum*, Venise, Philipus Pincia Mantuanus, 1500.

GAIUS, *Institutes (texte établi et traduit par Julien Reinach)*, Paris, Les Belles Lettres, 1991.

LEGAT (B.J.), *Les Institutes de Théophile, paraphrase des Institutes de Justinien*, Paris, A. Leclere, 1847.

Ancien droit :

ACCURSE (F.), *Corpus glossatorum juris civilis*, Fac-sim. De l'éd. de Venise : Baptista de Tortis, 1487

Archives parlementaires de 1787 à 1860 : Recueil complet des débats législatifs et politiques des chambres françaises – Tome LXX, du 30 juillet 1793 au 9 août 1793, Paris, Mavidal et Laurent, 1819.

- ARGOU (G.), *Institution au droit françois*, 9^{ème} éd. rev. et corrigée et augm., conformément aux ordonnances, par M.A.G. Boucher d'Argis, Paris, Desaint et Saillant, 1764.
- ARNDTS, *Lehrbuch der pandekten*, Stuttgart, Gotta, 1886.
- AZON, *Summa Azonis*, Venise, 1610.
- BALDE, *Commentaires sur le Code*, 1526.
- BARTOLE, *Opera*, Lyon, J. Sacon et N. Benedictis, 1504-1511.
- BASNAGE (H.), *La coutume réformée du pays et duché de Normandie*, Rouen, Pierre Ferrand et Antoine Maurry, 1694.
- BEAUMANOIR (P. de), *Coutumes de Beauvaisis*, Tome I par A.M. Salmon, réimpression de l'édition originale de 1899, Paris, Picard, 1970.
- BEAUMANOIR (P. de), *Coutumes de Beauvaisis*, Tome III par G. Hubrecht, commentaire historique et juridique, Paris, Picard, 1974.
- BERROYER (C.), LAURIERE (E. de), *Bibliothèque des coutumes*, Paris, Chez Nicolas Gosselin, 1699.
- BORETIUS (A.), KRAUSE (V.), *Capitularia regum francorum*, Hannoverae, 1897.
- BOURDOT DE RICHEBOURG, *Nouveau coutumier général, ou corps des coutumes générales et particulières de France et des provinces connues sous le nom de Gaules*, Paris, Michel Brunet, 1724.

- BOURJON (F.), *Le droit commun de la France et de la coutume de Paris (divisés en six livres et en deux volumes in-folio)*, Paris, Grangé, 1770.
- BOUTARIC (F.), *Les Institutes de l'empereur justinien*, Toulouse, Gaspard Henault, 1740.
- BOUTILLIER (J.), *Le grand coutumier et pratique du droit civil et canon*, Paris, Chez Nicolas Buon, 1621.
- BRISSON (B.), *Le Code du roy Henry III, roy de France et de Pologne (augmenté des édicts du roy Henri IV par L. Charondas Le Caron)*, Paris, Metayer et L'Huillier, 1601.
- BUGNET, *Œuvres de Pothier, Tome II : traité des obligations*, Paris, Plon, 1845-1861.
- BUGNET, *Œuvres de Pothier, Tome V : traité du contrat de mandat*, Paris, Plon, 1845-1861.
- CAMBACERES (J.J.R. de), *Mémoires inédits*, Paris, Perrin, 1999.
- CAMBACERES (J.J.R. de), *Projet de Code civil (réimpression anastatique de l'édition de Paris 1796)*, Paris, Duchemin, 1977.
- CHARONDAS LE CARON, *Œuvres*, Paris, Etienne Richer, 1637.
- CUJAS, *Opera priora*, Paris, Fabrot, 1658.
- DAMOURS (L.), *Exposition abrégée des lois*, Paris, Durand, 1751.
- DARESTE (R.), LABOULAYE (E.), *Le grand coutumier de France*, nouvelle édition, Paris, Durand et Pedone-Lauriel, 1868.

D'ARGENTRE (V.C.B.), *Coutume générale du pays et duché de Bretagne*, Paris, Jacob D'Allin, 1660.

DOMAT (J.), *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, Coignard, 1691.

DOMAT (J.), *Traité des lois*, Nouvelle édition par Joseph Rémy, Paris, Firmin Didot Père et fils, 1828.

DONEAU, *Opera omnia*, , Rome, 1830.

DUMOULIN (C.), *Opera*, 1658.

DUPLESSIS (C.), *Traité de M. Duplessis sur la coutume de Paris*, 3^e éd. revue avec des notes de M.M. Berroyer et Laurière, Paris, Gosselin, 1709.

FABER (J.), *Lectura super quatuor libros Institutionum*, Lyon, 1931.

FERRIERE (C.J. de), *Dictionnaire de droit et de pratique*, Paris, Saugrain, 1762.

FERRIERE (C.J. de), *Nouveau commentaire sur la coutume de la prévoté et vicomté de Paris*, nouv. ed., Paris, Chez Guillaume Cavelier, 1719.

FLEURY (C.), *Institution au droit français*, Paris, éd. Laboulaye et Dareste, 1858.

FOURNIER (P.), *Les collections canoniques attribuées à Yves de chartres*, Paris, A. Picard, 1897.

GAUDENZI (A.), *Una antica compilazione di diritto romano e visigotho*, Bologne, Regia tipografica, 1886.

- GROTIUS (H.), *Le droit de la guerre et de la paix*, (nouvelle traduction par J. Barbeyrac), Amsterdam, P. de Coup, 1724.
- GROTIUS (H.), *Inleidinge tot de Hollandshe rechts-geleerdheid*, Arnhem, Gouda Quint, 1895.
- GUENOIS (P.), *La conférence des coutumes tant générales que locales et particulières du Royaume de France*, Paris, Chez Guillaume Chaudière, 1596.
- GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, Paris, Visse, 1784.
- HEINECCIUS, *Elementa juris secundum ordinem Pandectarum*, Francfort, 1770.
- HOBBS (T.), *De cive : ou les fondements de la politique*, (traduction S. Sorbière), Paris, Sirey, 1981.
- HOTMAN (F.), *Opera*, 1599.
- HOUARD (D.), *Dictionnaire analytique, historique, étymologique, critique et interprétatif de la coutume de Normandie*, Rouen, Le Boucher jeune, 1780-1783.
- LAMOIGNON (G. de), *Recueil des arrêtés de M. le premier président de Lamoignon*, Paris, Merlin, 1777.
- L'HOMMEAU (P.), *Les maximes généralles du droict françois : divisée en trois livres*, Rouen, Chez C. le Villain, 1612.
- LOYSEL (A.), *Institutes coutumières*, Paris, Videcoq, 1846, nouvelle édition revue, corrigée et augmentée par M. Dupin et M. Laboulaye.

MAINE (H.S.), *Etudes sur l'ancien droit et la coutume primitive*, Paris, Thorin, 1884.

MAINE (H.S.), *Etudes sur l'histoire du droit*, Paris, Thorin, 1889.

MAINE (H.S.), *L'ancien droit considéré dans ses rapports avec l'histoire de la société primitive et avec les idées modernes*, Paris, Durand et Pedone Lauriel, 1874.

MAYNO (J. de), *Lectura praeclarissima*, Lugduni, 1525.

MERCIER (J.), *Remarques nouvelles du droit françois, sur les Institutes de Justinien*, Paris, Chez Augustin Besoigne, 1682.

OLIVIER (J.), *Nouveau code civil proposé à la nation française et soumis à l'assemblée nationale*, 1789.

PARDESSUS (J.M.), *Loi Salique*, Paris, Imprimerie Royale, 1843.

PASQUIER (E.), *L'interprétation des Institutes de Justinian*, Paris, A. Durand, 1847.

PLACENTIN, *Summa cum essem Mantuae sive de accionum varietatibus*, Ed. Pescatore, 1897.

PORTALIS (J.E.M.), *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Paris, Joubert, 1844.

PORTALIS (J.E.M.), *Discours préliminaire au 1^{er} projet de Code civil*, Bordeaux, Confluences, 1999.

POTHIER (R.J.), *Coutume des duché, bailliage et prévôté d'Orléans*, Paris, Debure, 1780.

POULLAIN DU PARC, *Principes du droit françois, suivant les maximes de Bretagne*, Rennes, Chez François Vatar, 1768.

PREVOT DE LA JANES, *Principes de la jurisprudence française*, éd. 1750.

PUFENDORF (S.), *Le droit de la nature et des gens (traduction de Jean Barbeyrac)*, Bâle, chez E. et J.R. Thourneisen, 1732.

VINNIUS, *Commentarius academicus et forensis in Inst.*, 1642.

WOLFF (C.), *Principes du droit de la nature et des gens (par Jean-Henry-Samuel Formey)*, Amsterdam, chez Marc-Michel Rey, 1758.

B – Sources postérieures à 1804

1 – Ouvrages

19^e siècle :

ACOLLAS (E.), *Manuel de droit civil à l'usage des étudiants*, Paris, Thorin, 1869.

AHRENS (H.), *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit*, 7^{ème} éd., Leipzig, F.A. Brockhaus, 1875.

ARNTZ (E.R.N.), *Cours de droit civil français*, Paris, Marescq, 1879, 2^e éd.

AUBRY (C.) et RAU (C.), *Cours de Code civil français d'après la méthode de Zachariae*, Paris, Marchal et Billard, 1871, 4^e éd.

BAUDRY-LACANTINERIE (G.), *Traité théorique et pratique de droit civil-Des obligations*, Paris, Larose et forcel, 1902.

BAUDRY-LACANTINERIE (G.), *Précis de droit civil*, Paris, Larose et Forcel, 1883.

BUFNOIR (C.), *Propriété et contrat- Théorie des modes d'acquisition des droits réels et des sources des obligations*, Paris, Rousseau, 1900.

CARRIER (J.-B.), *Traité des obligations d'après les principes du Code civil*, Dijon, Bernard-Defay, 1818.

DELVINCOURT (C.), *Cours de Code civil*, Paris, Chez Delestre-Boulage, 1824.

DEMANTE (A.M.), *Cours analytique de Code Napoléon (continué depuis l'article 980 par E. Colmet de Santerre)*, Paris, Plon, 1865.

DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon T.XXIV- Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général T. I*, Paris, Lahure, 1878.

DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon T. XXXI- Traité des engagements qui se forment sans convention T. VIII*, Paris, Lahure, 1880.

DURANTON (A.), *Cours de droit français suivant le Code civil*, Paris, Thorel, 1844, 4^e éd.

ESMEIN (A.), *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, Paris, Larose, 1895, 2^e éd.

ESMEIN (A.), *Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français*, Paris, Larose et Forcel, 1883.

FENET (P.A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827.

HOROY (C.A.), *Cours de droit canonique dans ses rapports avec le droit civil*, Paris, Chevalier-Marescq, 1887.

HUC (T.), *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, Paris, Pichon, 1894.

LAFERRIERE (F.), *Essai sur l'histoire du droit français*, Paris, Guillaumin et Cie, 1859, 2^e éd.

LAROMBIERE (L.), *Théorie et pratique des obligations*, Paris, Pedonne-Lauriel, 1885.

LAURENT (F.), *Avant-projet de révision du Code civil*, Bruxelles, Bruylant, 1884.

LAURENT (F.), *Cours élémentaire de droit civil*, Paris, Marescq, 1878.

LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, Paris, Marescq, 1878, 3^e éd.

LOCRE (J.G.), *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, Paris, Treuttel et Würtz, 1828.

MALEVILLE (J.), *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au conseil d'Etat*, Paris, Garnery et Laporte, 1805.

MARCADE (V.), *Explication théorique et pratique du code Napoléon*, Paris, Delamotte, 1869, 6^e éd.

MOURLON (F.), *Répétitions écrites sur le 2^{ème} examen du code Napoléon*, Paris, Marescq, 1859, 5^e éd. rev. et corrigée.

SAGNAC (P.), *La législation civile de la Révolution française (1789-1804)*, Verlag Detlev Auvermann KG, Glushütten im Taunus, 1971.

SEVIN (F.), *Etudes sur les origines révolutionnaires des codes Napoléon*, Paris, Marchal, Billard et Cie, 1879.

TARDE (G.), *Les transformations du droit*, Paris, Alcan, 1893.

TARDIF (A.), *Histoire des sources de droit français*, Paris, A. Picard, 1890.

THIRY (V.), *Cours de droit civil professé à l'université de Liège*, Paris, Larose et Forcel, 1893.

TOULLIER (C.B.M.), DUVERGIER (J.B.), *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, Paris, Cotillon, 1845, 6^e éd.

VIGIE (A.), *Cours élémentaire de droit civil français T. 2*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1893-1895.

ZACHARIAE (K.S.), *Le droit civil français (traduit de l'allemand sur la 5^e édition par G. Masse et C. Vergé)*, Paris, Durand, 1858.

20^e siècle :

BAUDRY-LACANTINERIE (G.), *Traité théorique et pratique de droit civil : Supplément par Julien Bonnecase*, Paris, librairie de la société du recueil Sirey, 1924.

BONNECASE (J.), *Précis de droit civil*, Paris, A. Rousseau, 1939, 2^e éd.

Bulletin de la Société d'études législatives, Paris, Rousseau, 1902-1946

CAPITANT (H.), *De la cause des obligations*, Paris, Dalloz, 1923.

CAPITANT (H.), *Introduction à l'étude du droit civil*, Paris, Pedone, 1898.

CAPITANT (H.), *Introduction à l'étude du droit civil*, Paris, Pedone, 1927, 5^e éd.

CATALA (P.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, La documentation française, 2006.

COLIN (A.), CAPITANT (H.), *Cours élémentaire de droit civil français*, Paris, Dalloz, 1928, 5^e éd.

- DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général – Source des obligations*, Paris, Rousseau et cie, 1923.
- DE MUNAGORI (R.E.), *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, Paris, L.G.D.J., 1996.
- JOSEPHUS JITTA (D.), *La substance des obligations dans le droit international privé*, Paris, Marchal et Billard, 1906-1907.
- JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil*, Paris, Sirey, 1939, 3^e éd.
- MANNINO (V.), OPHELE (C.), *L'enrichissement sans cause-La classification des sources des obligations*, Paris, LGDJ, 2007.
- PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, Pichon, 1902, 2^e éd.
- PLANIOL (M.), RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français-Tome 6 : Obligations*, Paris, LGDJ, 1952.
- RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 1949, 4^e éd.
- RIPERT (G.), *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, Paris, LGDJ, 1957.
- ROUAST (A.), *Cours de droit civil approfondi- Les obligations dont la source n'est ni le contrat ni la faute*, Paris, Les cours de droit, 1933-1934.
- SAVATIER (R.), *La théorie des obligations-Vision juridique et économique*, Paris, Dalloz, 1974, 3^e éd.

Travaux de la commission de réforme du Code civil, années 1946-1947, Paris, Sirey, 1948.

Travaux de la commission de réforme du Code civil, années 1948-1949, Paris, Sirey, 1950.

2 – Articles

ALBERTARIO, « Le fonti delle obbligazioni », *Rivista di diritto commerciale*, 1923, p. 496-497.

ARANGIO-RUIZ (V.), « Ancora sulle res cottidianae », dans *Studi in onore di Pietro Bonfante*, Milano, Fratelli Treves editori, 1930, p. 493-521.

ARANGIO-RUIZ (V.), « D. 44, 7, 25 §1 e la classificazione Gaiana delle fonti di obbligazione », dans *Mélanges de droit romain dédiés à Georges Cornil (vol. 1)*, Paris, Sirey, 1926, p. 83-95.

AUGUSTIN (J.M.), « La classification des sources des obligations de Domat au code civil », *actes des 3^e journée d'études Poitiers-Roma tre*, LGDJ, 2007, p. 119-129.

AUGUSTIN (J.M.), « Introduction historique à l'enrichissement sans cause en droit français », *actes des 3^e journée d'études Poitiers-Roma tre*, LGDJ, 2007, p. 31-42.

BASTIT (M.), « Suggestions sur les origines philosophiques de l'acte juridique », dans *Revue française de théorie juridique*, n°7, Paris, PUF, 1988, p. 10-19.

- BEAUCHARD (J.), « La classification des sources des obligations dans les projets de code contemporains », *actes des 3^e journées d'études Poitiers-Roma tre*, LGDJ, 2007, p. 171-184.
- BOUDOT (M.), « La classification des sources des obligations au tournant du 20^e siècle », *actes des 3^e journées d'études Poitiers-Roma tre*, LGDJ, 2007, p. 130-158.
- CHEVALERIE (A. de la), « Observations sur la classification des obligations chez Gaius », *Archives d'histoire du droit oriental, Revue internationale des droits de l'antiquité*, Tome 1, Bruxelles, Office International de Librairie, 1952, p. 379-384.
- CONTE (E.), « La classification des sources des obligations dans la doctrine antérieure à Domat », *actes des 3^e journées d'études Poitiers-Roma tre*, LGDJ, 2007, p. 109-118.
- CORNIL (G.), « Arntz » *Biographie nationale*, Académie royale des sciences, des lettres et des beaux-arts de Belgique, Tome trentième, , supplément tome II (fascicule 1^{er}), Bruxelles, Bruylant, 1958.
- DE VISSCHER (F.), « Les origines de l'obligation ex delicto », *Etudes de droit romain*, Paris, Sirey, 1931, p. 257-312.
- ESMEIN (P.), « Remarques sur de nouvelles classifications des obligations », dans *Mélanges Capitant*, Paris, Dalloz, 1939, p. 235-240.
- GAUDEMET (J.), « Naissance d'une notion juridique, les débuts de « l'obligation » dans le droit de la Rome antique », *Archives de philosophie du droit- L'obligation*, T. 44, Paris, Dalloz, 2000, p. 19-32.
- JOSSERAND (L.), « L'essor moderne du concept contractuel », dans *Recueil d'étude sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris, Sirey, 1934, p. 333-346

- JOSSERAND (L.), « Le Code libanais des obligations et des contrats, et le mouvement législatif et jurisprudentiel contemporain », dans *Livre du 25^{ème} anniversaire de l'école française de droit de Beyrouth – Mélanges à la mémoire de Paul Huvelin*, Paris, Sirey, 1938, p. 161-173.
- MAZEAUD (H.), « Essai de classification des obligations », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1936, p. 3-58.
- MOORE (B.), « La théorie des sources des obligations : courte histoire d'une valse-hésitation », *Revue Juridique Thémis* 274, n°36, 2002.
- NERSON (R.), « De l'influence exercée sur le droit français des obligations », dans *Le projet franco-italien du code des obligations*, Padova, CEDAM, 1980.
- PEPPE (L.), « Les classifications des sources des obligations chez les juristes romains », *actes des 3^e journées d'études Poitiers-Roma tre*, LGDJ, 2007, p. 92-108.
- PIERI (G.), « Obligation », *Archives de philosophie du droit- Vocabulaire fondamental du droit*, T. 35, Paris, Sirey, 1990, p. 221-231.
- PILLET (S.), « Les ordonnances de plaidoyer de bouche et par escript des frères Maucreux (BnF.ms.fr 19832) », *Revue historique de droit français et étranger*, 2006, p. 177-228 .
- PLANIOL (M.), « Classification des sources des obligations », *Revue critique de législation et jurisprudence*, 1904, p. 224-237.
- RAMPELBERG (R.M.), « L'obligation romaine : Perspective sur une évolution », *Archives de philosophie du droit- L'obligation*, T. 44, Paris, Dalloz, 2000, p. 52-68.

- REMY (P.), « Revisiter le titre III du livre troisième du Code civil ? », *Revue des contrats* 2004/4, p. 1169-1187.
- ROTONDI (M.), « L'intérêt d'actualité du projet de code franco-italien des obligations », *Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française*, T.8, Paris, Dalloz, 1953, p. 58-72.
- TERRIER (E.), « La fiction au secours des quasi-contrats ou l'achèvement d'un débat juridique », *Dalloz* 2004, p. 1179-1185.
- THIREAU (J.L.), « La doctrine civiliste avant le Code civil », *La doctrine juridique*, Paris, PUF, 1993, p.13-51.
- THIREAU (J.L.), « Hugues Doneau et les fondements de la codification moderne », *Droits*, n°26, 2^e partie, 1997, p. 81-99.
- VARANO (E.), « les classifications des sources des obligations dans le code de 1942 », *actes des 3^e journées d'études Poitiers-Roma tre*, LGDJ, 2007, p. 185-191.
- VECCHI (P.M.), « les classifications des sources des obligations dans le code de 1865 », *actes des 3^e journées d'études Poitiers-Roma tre*, LGDJ, 2007, p. 159-169.
- VILLERS (R.), « Compte rendu de l'ouvrage de W. Wolodkiewicz », *RHD* 1972, p. 618.

3 – Thèses

CAROUS (P.), *La volonté unilatérale-Source d'obligations en droit privé moderne*, Lille, Duriez-Bataille, 1938.

CHABAS (J.), *De la déclaration de volonté en droit civil français*, Paris, Sirey, 1931.

CHAINED (P.), *L'enrichissement sans cause dans le droit civil français*, Lyon, Waltener et cie, 1909.

CHANTELOUP (H.), *Les quasi-contrats en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1998.

CHASTAIGNET (Y.), *La notion de quasi-délit*, Bordeaux, Imprimerie de l'université, 1927.

DOUCHY (M.), *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, Paris, Economica, 1997.

ELIAS (R.), *Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale*, Paris, 1909.

GOLDBERG (A.), *Essai d'une théorie générale de l'engagement juridique par volonté unilatérale d'après le Code civil allemand*, Paris, Larose et Thorin, 1913.

GOMAA (N.M.K.), *Théorie des sources de l'obligation*, Paris, L.G.D.J., 1968.

GORE (F.), *L'enrichissement aux dépens d'autrui : source autonome et générale d'obligations en droit privé français : essai d'une construction technique*, Paris, Dalloz, 1949.

GOUBLET (G.), *La notion du quasi-contrat : Classification rationnelle des sources d'obligations*, Paris, Girard et Brière, 1904.

NIORT (J.F.), *HOMO CIVILIS : Contribution à l'histoire du Code Civil français*, PUAM, 2004.

OBELLIANE (S.), *Les sources des obligations*, Aix-en-Provence, PUAM, 2009.

TANAGHO (S.), *De l'obligation judiciaire*, Paris, LGDJ, 1965.

VIZIOZ (H.), *La notion de quasi-contrat*, Bordeaux, Cadoret, 1912.

WORMS (R.), *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations en droit romain et en droit français*, Paris, Girard, 1891.

C – Droit comparé

ANSAY (T.), WALLACE Jr (D.), *Introduction to Turkish law*, international, Kluwer law, 2005, 5e éd.

BIRKS (F.), *The classification of obligations*, Oxford, Clarendon press, 1997.

BOISSONADE (G.), *Projet de code civil pour l'empire du Japon*, Paris, Thorin, 1883.

CHEHATA (C.), *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, Paris, Dalloz, 2005.

Code civil allemand, traduit et annoté par C. BUFNOIR, J. CHALLAMEL, J. DRIOUX, F. GENY, P. HAMEL, H. LEVY-ULLMANN, R. SALEILLES, Paris, Impr. Nationale, 1904-1914.

Code des obligations de la République de Pologne, Paris, Sirey, 1935.

Commission française d'études de l'union législative entre les nations alliées et amies, *Projet de Code des obligations et des contrats*, Rome, Provvediterato Generale dello Stato Libreria, 1928.

D'ARBOIS DE JUBAINVILLE, *Etudes sur le droit celtique*, Paris, Thorin et fils, 1895.

ENDEMANN (F.), *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Berlin, Heymann, 1901.

FERRAND (F.), *Droit privé allemand*, Paris, Dalloz, 1997.

FIELD (D.), *Projet d'un code international*, Paris, Pédone-Lauriel, 1881.

- FRANKOWSKI (S.), *Introduction to Polish law, international*, Kluwer law, 2005.
- GANDOLFI (G.), *Code européen des contrats : avant-projet*, Milano, Giuffrè, 2004.
- KERAMEUS (K.), KOZIRIS (P.), *Introduction to Greek law*, Boston, Kluwer law, 1988.
- KUNTZE (J.), *Die Lehre von der Inhaberpapieren*, Leipzig, 1857.
- LANEYRIE (G.), *Code civil portugais du 1^{er} juillet 1867*, Paris, Impr. Nationale, 1896.
- PINEAU (J.), BURMAN (D.), GAUDET (S.), *Théorie des obligations*, Montréal, Thémis, 2001, 4^e éd.
- Principes du droit européen du contrat*, Paris, Société de législation comparée, 2003.
- ROTONDI (M.), *Le projet franco-italien du code des obligations*, Padova, CEDAM, 1980.
- SALEILLES (R.), *De la déclaration de volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Paris, Pichon, 1901.
- SALEILLES (R.), *Etudes sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand*, Paris, L.G.D.J., 1925, 3^e éd.
- STEUERMAN (L.), *Contribution à l'étude du projet Franco-italien de code des obligations et à son introduction en Roumanie (théorie des quasi-contrats)*, Paris, Domat, 1933.
- TANCELIN (M.A.), *Théorie du droit des obligations*, Québec, Les presses de l'université Laval, 1975.

UNGER (J.), *System des österreichischen allgemein Privatrechts*, Allemagne, Leipzig
Breitkopf und Hartel, 1892.

VON BAR (C.), *Principles, definitions and model rules of European private law*, Munich,
Sellier 2009.

WITZ (C.), *Droit privé allemand*, Paris, Litec, 1992.

II – BIBLIOGRAPHIE

A – Ouvrages

1 – Droit romain

ARANGIO-RUIZ (V.), *Istituzioni di diritto romano*, decima edizione, Napoli, casa editrice Dott. Eugenio Jovene, 1949.

BIONDI (B.), *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1952.

BONFANTE, *Storia del diritto romano*, Milan, 1909

BREGI (J.F.), *Droit romain : Les obligations*, Ellipses, 2006.

CANNATA (C.A.), SCHMIDLIN (B.), *Droit privé romain*, Lausanne, Payot, 1987.

CANTARELLA (E.), CAPELLINI (P.), MAROTTA (V.), SANTALUCIA (B.), SCHIAVONE (A.), SPAGNULO VIGORITA (T.), VINCENTI (U.), *Diritto privato romano. Un profil storico*, Turin, 2003.

COLLINET, *Répétitions écrites de droit romain des obligations*, Paris, Les cours de droit, 1927-1928.

CUQ (E.), *Manuel des institutions juridiques des romains*, Paris, LGDJ, 1917.

DI MARZO (S.), *Istituzioni di diritto romano*, quarta edizione, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1945.

DU CAURROY (A.M.), *Institutes de Justinien traduites et expliquées*, Paris, Thorel, 1851.

GAIUS, *Institutes (texte établi et traduit par Julien Reinach)*, Paris, Les Belles Lettres, 1991.

GAUDEMET (J.), *Droit privé Romain*, Paris, Montchrestien, 2000, 2^e éd.

GIFFARD (A.E.), *Précis de droit romain: Tome 2- Obligations*, Paris, Dalloz, 1938, 2^e éd.

GIFFARD (A.E.), VILLERS (R.), *Droit romain et ancien droit français (obligations)*, Dalloz, 1970, 3^e éd.

GIRARD (P.F.), *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, Dalloz, 2003, 8^e éd.

IGLESIAS (J.), *Instituciones de derecho romano*, Barcelona, 1951.

KASER (M.), *Das römische Privatrecht*, t. 1, Munich, 1971.

KRUGER (P.), *Histoire des sources du droit romain*, Paris, Fontemoing, 1894.

LEPOINTE (G.) et MONIER (R.), *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, Paris, Sirey, 1954.

MACQUERON (J.), *Histoire des obligations- Le droit romain*, 2^e éd., Aix-en-Provence, Association Auguste Dumas, 1975.

MAY (G.), *Eléments de droit romain*, Paris, Larose et Forcel, 1898, 5^e éd.

MOLITOR (J.P.), *Les obligations en droit romain*, Paris, Thorin, 1874.

- MONIER (R.), *Manuel de droit romain- Les obligations*, Paris, Domat-Montchretien, 1944, 3^e éd. rev. et complétée.
- MONIER (R.), *Histoire de la notion d'obligation et de la classification des obligations d'après leur source, Cours de doctorat*, Paris, Les Cours de droit, 1948-1949.
- OURLIAC (P.) et DE MALAFOSSE (J.), *Droit romain et ancien droit : Les obligations*, Paris, P.U.F., 1957.
- PEROZZI, *Le Obligationi Romane*, Bologne, 1903.
- PEROZZI(S.), *Dalle obbligazioni da delito*, 1916.
- PICHONNAZ (P.), *Les fondements romains du droit privé*, Paris, LGDJ, 2008.
- RAMPELBERG (R.M.), *Repères romains pour le droit européen des contrats*, Paris, L.G.D.J., 2005.
- ROBAYE (R.), *Le droit romain*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 3^e éd.
- SAVIGNY (F.C.), *Le droit des obligations*, Paris, Pedone et Lauriel, 1873.
- SAVIGNY (F.C.), *Traité de droit romain*, III, § CIV, trad. Guénoux, Paris, Panthéon-Assas, 2002.
- VERNET (P.), *Textes choisis sur la théorie des obligations en droit romain*, Paris, Durand, 1865.
- WINIGER (B.), *La responsabilité aquilienne romaine*, Bâle, Helbing et Lichtenhahn, 1997.

WOLODKIEWICZ (W.), *Obligationes ex variis causarum figuris*, Varsovie, 1968.

ZIMMERMANN (R.), *The law of obligations-Roman foundations of the civilian tradition*, Cape Town, Juta and co, 1990.

2 – Droit français

ARABAYRE (P.), HALPERIN (J.L.), KRYNEN (J.) (Sous la direction de), *Dictionnaire historique des juristes français*, Paris, PUF, 2007.

ARNAUD (A.J.), *Les origines doctrinales du Code civil français*, LGDJ, 1969.

AUDREN (F.), *Les juristes et les mondes de la science sociale en France*, Dijon, 2005.

BART (J.), *Histoire du droit privé : De la chute de l'empire romain au XIXe siècle*, Paris, Montchrestien, 1998.

BART (J.), *Du droit de la province au droit de la nation*, Dijon, publication du centre Georges Chevrier,

BEAUCHET (L.), *Histoire du droit privé de la république Athénienne- vol. 4 : Le droit des obligations*, Paris, Chevalier-Marescq, 1897.

BONNET (G.), *L'enrichissement sans cause : droit privé et droit public*, Paris, Librairies techniques, 1989.

BRISSAUD (J.), *Manuel d'histoire du droit privé*, Paris, Fontemoing, 1908.

- BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit civil-Les obligations*, 2010, 12^e éd.
- CARBONNIER (J.), *Droit civil-Tome 4 : les obligations*, Paris, P.U.F., 2000, 22^e éd. refondue.
- CHENON (E.), *Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815*, Paris, Sirey, 1926.
- CHERFOUH (F.), *Le juriste entre science et politique : la Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger, (1877-1938)*, thèse, Bordeaux, 2010.
- CHEVREAU (E.), MAUSEN (Y.) BOUGLE (C.), *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, Litec, 2007.
- COLIN (A.), CAPITANT (H.), *Cours élémentaire de droit civil français*, Paris, Dalloz, 1942, 9^e éd. (refondue et mise à jour par Léon Julliot de la Morandière).
- DEROUSSIN (D.), *Le juste sujet de croire dans l'ancien droit français*, Paris, De Boccard, 2001.
- DEROUSSIN (D.), *Histoire du droit des obligations*, Paris, Economica, 2007.
- DEROUSSIN (D.), *Histoire du droit privé*, Paris, Ellipses, 2010.
- DESCAMPS (O.), *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, Paris, LGDJ, 2005.
- DIJON (X.), *Droit naturel, Tome I- Les questions du droit*, Paris, PUF, 1998.

- DUGUIT (L.) , *Transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, La mémoire du droit, 1999. (réimpression de l'édition de 1920).
- EL NACEF (N.), *L'enrichissement sans cause en droit français et en droit libanais*, thèse, Rennes, 2001.
- EYSSEL (M.A.P.), *Doneau, sa vie et ses ouvrages*, Dijon, 1860.
- FABRE-MAGNAN (M.), *Les obligations*, Paris, P.U.F., 2004.
- FILIOS (C.), *L'enrichissement sans cause en droit privé français*, Bruxelles, Bruylant, 1999.
- FLOUR (J.), AUBERT (J.L.), SAVAUX (E.), *Les obligations*, Paris, Sirey, 2006, 12^e ed.
- GARRAUD (M.), *Histoire générale du droit privé français de 1789 à 1804- La Révolution et l'égalité civile*, Paris, Sirey, 1953.
- GARRAUD (M.), *Histoire générale du droit privé français de 1789 à 1804- La Révolution et la propriété foncière*, Paris, Sirey, 1959.
- GAUDEMET (E.), *Théorie générale des obligations*, Paris, Dalloz, 2004.
- GAUVARD (C.)(ouvrage coordonné par), *Les penseurs du code civil*, Paris, Documentation française, 2009 .
- GAZZANIGA (J.L.), *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, P.U.F., 1992.
- GENY (F.), *Méthode et sources juridiques en droit privé positif*, Paris, Sirey, 1913.

GILISSEN (J.), *Introduction historique au droit*, Bruxelles, Bruylant, 1979.

GILLES (D.), *La pensée juridique de Jean Domat*, Aix-Marseille, 2004.

GRIMALDI (C.), *Quasi-engagement et engagement en droit privé : recherche sur les sources de l'obligation*, Paris, Defrénois, 2006.

GOYARD-FABRE (S.), *Pufendorf et le droit naturel*, Paris, PUF, 1994.

HAKIM (N.), *L'autorité de la doctrine civiliste au XIXe siècle*, Paris, LGDJ, 2002.

HAKIM (N.), MELLERAY (F.) (études réunies par), *Le renouveau de la doctrine française- Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXe siècle*, Paris, Dalloz, 2009.

HALPERIN (J.L.), *Le Code civil*, Paris, Dalloz, 2003, 2^e éd.

HALPERIN (J.L.), *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, P.U.F., 1996.

HALPERIN (J.L.), *Histoire des droits en Europe*, Paris, Flammarion, nouvelle édition mise à jour 2006.

HALPERIN (J.L.), *L'impossible Code civil*, Paris, PUF, 1992.

JAMIN (C.), MAZEAUD (D.), *Unilatéralisme et droit des obligations*, Paris, Economica, 1999.

JAMIN (C.), JESTAZ (P.), *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004.

JAUME (L.), *Les origines philosophiques du libéralisme*, Flammarion, 2010.

LAURENT (P.), *Pufendorf et la loi naturelle*, Paris, Vrin, 1982.

Le Code civil 1804-1904- Livre du centenaire (présentation J.L. Halpérin), Paris, Dalloz, 2004.

LEVY (E.), *La confiance légitime*, Paris, Larose, Tenin, Sirey, 1910.

LEVY (J.P.), *Histoire des obligations*, Paris, Litec, 1995.

LEVY (J.P.), CASTALDO (A.), *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, 2002.

LIMBACH (F.), *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales : de l'utilité du concept de la déclaration de volonté*, Paris, LGDJ, 2004.

MALAURIE (P.), AYNES (L.), *Les obligations*, Paris, Defrénois, 2005, 2^e éd.

MALHERBE (M.), *La faculté de droit de Bordeaux 1870-1970*, Talence, Presse Universitaire de Bordeaux, 1996

MALINVAUD (P.), *Droit des obligations*, Paris, Litec, 2007, 10^e éd.

MARTIN (X.), *Mythologie du Code Napoléon : aux soubassements de la France moderne*, Dominique Martin Morin, 2003.

MATHIEU-IZORCHE (M.L.), *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, Aix-en-Provence, PUAM, 1995.

MAZEAUD (H.,L.,J.); CHABAS (F.): *Leçons de droit civil-Tome 2 : Obligations, théorie générale*, Paris, Montchrestien, 1991, 8^e éd.

- MONEGER (J.), SOURIOUX (J.L.), TERRASSON de FOUGERES (A.), *Robert Joseph Pothier, d'hier à aujourd'hui*, Paris, Economica, 2001.
- OLIVIER-MARTIN (F.), *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Paris, Domat-Montchrétien, 1948, 8^e éd.
- OURLIAC (P.) et DE MALAFOSSE (J.), *Histoire du droit privé : Les obligations*, Paris, P.U.F., 1957.
- PINAUD (P.-F.), *Cambacérés*, Paris, 1996.
- POIRMEUR (Y.), BERNARD (A.), *La doctrine juridique*, Paris, P.U.F., 1993.
- POUGHON (J.M.), *Histoire doctrinale de l'échange*, Paris, LGDJ, 1987.
- RIEG (A.), *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Paris, L.G.D.J., 1961.
- RIPERT (G.), *Le déclin du droit*, Paris, LGDJ, 1949.
- ROMMEN (H.), *Le droit naturel : histoire, doctrine*, Paris, Egloff, 1945.
- SERIAUX (A), *Le droit naturel*, Paris, PUF, 1999.
- STARCK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *Obligations*, Paris, LITEC, 1991, 4^e éd.
- TERRE (F.), LEQUETTE (Y.), SIMLER (T.), *Droit civil-Les obligations*, Paris, Dalloz, 2005, 9^e éd.
- TIMBAL (P.C.), *Les obligations contractuelles d'après la jurisprudence du Parlement*, Paris, C.N.R.S., 1973.

VILLENEUVE De JANTI (P.), *Bonaparte et le Code civil*, Paris, Domat-Montchrestien, 1934.

VIOLLET (P.), *Histoire du droit civil français (réimpr. de la 3^e éd. du « Précis de l'histoire du droit français »)*, Aalen, Scientia Verlag, 1966.

B – Articles

BART (J.), « Le droit privé de la Révolution ou la régénération de la société par la loi », dans *Le temps des constitutions 1787-1789*, 1988, P. 37-43.

BART (J.), « Il sera fait un code des lois civiles... » dans *La Famille, la Loi, l'Etat, de la Révolution au Code civil*, Paris, 1989, p. 261-273.

BART (J.), « Le Code civil, continuité ou rupture ? », dans *Les limites de siècles. Champs de forces conservatrices et régressives depuis les Temps modernes*, Actes du colloque international de Besançon (mai 1999), réunis et édités par M. GILLI, Presses Universitaires Fanc-Comtoise, Besançon, 2001, t. I, p. 17-26.

BRUGEILLES (R.), « Recherche d'une base scientifique pour la classification des droits et des obligations », *Revue trimestrielle de droit civil 1910*, Paris, Sirey, 1910, p. 361-386.

CAPITANT (H.), « Le caractère social du projet de Code international des obligations et des contrats », *thémis polonaise*, Varsovie, 1930, Vol. V., série 3.

CHAZAL (J.P.), « Ripert et le déclin du contrat », dans *Revue des contrats*, 1/04/2004, n° 2, p. 244-256.

DEROUSSIN (D.), « Louis Josserand, le droit comme science sociale ? », *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques sous la IIIe République : la Faculté de droit de Lyon*, Paris, La mémoire du droit, 2007, p. 63-122.

DEROUSSIN (D.), « L. Josserand, le Code civil et le Code libanais des obligations et des contrats », *Le Code civil français et le dialogue des cultures juridiques* (Colloque international de Beyrouth 2004), Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 49-94.

- DEROUSSIN (D.), « Le contrat de droit privé et le lien social : permanence d'un discours (Domat, Portalis, Gounot), *L'idée contractuelle dans l'histoire de la pensée politique* (XIX^{ème} colloque de l'A.F.H.I.P., AIX, 6 et 7 septembre 2007), PUAM, 2008, p. 163-185.
- DEROUSSIN (D.), « le contrat à travers le Code civil des français », dans *Les penseurs du Code civil*, ouvrage coordonné par C. Gauvard, A.F.H.J., Paris, La documentation française, 2009, p. 249-289.
- DEROUSSIN (D.), « La pensée juridique de Henri Capitant », dans *Le renouveau de la doctrine française- Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, (études réunies par N. Hakim, F. Melleray), Paris, Dalloz, 2009, p. 15-67.
- DEROUSSIN (D.), « Le Projet de Code des obligations et des contrats franco-italien de 1927 : chant du signe de la culture juridique latine ? », *Revue électronique [Clio@themis](#)* numero 2, novembre 2009.
- DESCAMPS (O.), « La responsabilité dans le Code civil », dans *Les penseurs du Code civil*, ouvrage coordonné par C. Gauvard, A.F.H.J., Paris, La documentation française, 2009, p. 291-310.
- FRISON-ROCHE (M.-A.), « Unilatéralité et consentement », dans *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Paris, Economica, 1999, p. 21-30.
- GHESTIN (J.) (dir.), « Observation sur le projet de réforme du droit des contrats » (Projet Chancellerie), *Les Petites Affiches*, n° 31, 12 février 2009.
- GHOZI (A.), LEQUETTE (Y.), « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la chancellerie », *D. 2009. Chron. 2609*.

- HAKIM (N.), « Julien Bonnecase : historien de la science juridique ? » dans *Histoire de l'histoire du droit*, actes des journées internationales de la société d'histoire du droit (Toulouse, 1-4 juin 2005), textes réunis par J. Poumarède, *Etudes d'histoire du droit et des idées politiques*, n° 10, 2006, p. 291-302.
- HAKIM (N.), « De l'esprit et de la méthode des civilistes dans la deuxième moitié du XIXe siècle : l'exemplarité de Claude Bufnoir », *Droits* n° 47, 2008, p. 47-75.
- HALPERIN (J.L.), « Haro sur les hommes de loi », *Droits* n° 17, 1993, p. 55-65.
- HALPERIN (J.L.), « Le projet de l'an IX- Matrice du Code civil », *Droits* n°42, 2006, p. 19-29.
- JAMIN (C.), « l'oubli et la science. Regard partiel sur l'évolution de la doctrine positiviste à la charnière des XIXe et XXe siècle », *RTD civ.*, 1994, p. 815-827.
- LANDO (O.), « L'avenir du droit des contrats », *D.* 2008, Entretien. 904.
- MARTIN (X.), « Dimension politique du Code civil naissant, l'exemple de la gestion d'affaires », dans *Revue historique de droit français et étranger*, n° 2, 2009, p. 211-235.
- MAZEAUD (D.), « La cause » dans *Le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 451-472.
- MAZEAUD (D.), « Un droit européen en quête d'identité. Les principes du droit européen du contrat. », *D.* 2007. Chron. 2959.
- MOORE (B.), « De l'acte et du fait juridique : un critère de distinction incertain », *Revue Juridique Thémis*, vol. 31, n°2, 1997.

- MOORE (B.), « La théorie des sources des obligations : éclatement d'une classification », *Revue Juridique Thémis*, vol. 36, n°3, 2002.
- OKUBO (Y.), « La querelle sur le premier Code civil japonais et l'ajournement de sa mise en œuvre : le refus du législateur étranger ? », *Revue internationale de droit comparé*, 1991, p. 389-405.
- PEIS-HITIER (M.P.), « De la croyance légitime comme critère de définition des quasi-contrats », *Petites affiches*, n°18, 25 janvier 2006, p. 8-14.
- PIGNARRE (G.), « A la redécouverte de l'obligation de *praestere* », *RTD civ.* 2001, p. 41-76.
- REMY (P.), « Planiol, un civiliste à la belle époque », *RTD civ.*, 2002, p. 31-45.
- RENOUX-ZAGAME (M-F.), « Domat, le salut et le droit », *Revue d'histoire des facultés et de la science juridique*, n° 8, 1989, p. 70-111.
- SARGOS (P.), « Aperçus sur la réforme du droit des obligations et de la responsabilité dans le projet Catala », *Rev. Jur. Eco. Publ.*, Ed. du Juris-Classeur, 2007, p. 319.
- SOURIOUX (J.L.), « Pothier ou le sphinx d'Orléans », dans *Droits*, 2004, n° 39, p.69-75.
- TERRIER (E.), « La fiction au secours des quasi-contrats ou l'achèvement d'un débat juridique », *Dalloz*, 2004, p. 1179-1185.
- THIREAU (J.L.), « Les arrêtés de Guillaume de Lamoignon : Une œuvre de codification du droit français », dans *Droits*, 2004, n° 39, p. 53-68.
- THIREAU (J.L.), « Pothier, le droit romain et le droit naturel », *Les grands juristes*, Aix-Marseille, PUAM, 2006, p. 113-128.

THOMAS (Y.), « *Fictio legis*. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », *Droits-Revue française de théorie juridique n°21*, Paris, PUF, 1995, p. 17-63.

TISSIER (A.), « Raymond Saleilles », *RTD civ.*, 1912, p. 293-303.

VILLEY (M.), « Métamorphose de l'obligation », *Archive de philosophie du droit*, T.15, Paris, Sirey, 1970, p. 287-300.

WITZ (C.), « La longue gestation d'un code européen des contrats. Rappel de quelques initiatives oubliées », *RTD civ.* 2003, p. 447 et s.

Table des matières

Chapitre préliminaire : La classification des sources des obligations en droit romain.	15
Section 1 : La classification bipartite de Gaius.	21
§1 : L'origine contractuelle ou délictuelle de l'obligation à Rome.	25
A / L'origine du contrat à Rome.	25
1/ Les prémisses de l'obligation contractuelle.	25
2/ L'apparition de la notion de contrat.	28
B/ L'origine de l'obligation <i>ex delicto</i> .	33
§2 : Analyse de la classification bipartite de Gaius.	37
A / L'antériorité de l'obligation contractuelle.	37
1 / Etude du plan des <i>Institutes</i> .	37
2 / L'étude des textes des <i>Institutes</i> .	40
B / Critique de la classification de Gaius.	44
Section 2 : La classification tripartite des <i>res cottidianae</i> .	49
§1 : Gaius a-t-il écrit les <i>Res cottidianae</i> ?	50
A / Gaius n'est pas l'auteur des <i>Res cottidianae</i> .	51
1 / Analyse des <i>Res cottidianae</i> .	51
2 / Qui a écrit les <i>Res cottidianae</i> ?	56
B / Gaius est l'auteur des <i>Res cottidianae</i> .	57
§2 : Etude des <i>variae causarum figurae</i> .	62
A / Le contenu des <i>variae causarum figurae</i> .	63
B / L'annonce de la classification quadripartite.	65
Section 3 : La classification de Justinien et son évolution.	67
§1: L'ambiguïté des <i>Institutes</i> de Justinien.	68
A / Présentation de la classification.	68
B / Tentatives d'explication de la classification.	70
§2 : L'évolution de la classification quadripartite.	73

Première partie : De la liberté doctrinale à la codification.	77
Titre 1 : La classification des sources des obligations dans l'ancien droit.	81
Chapitre 1 : Etude des pratiques coutumières et doctrinales de l'ancien droit.	83
Section 1 : Renaissance et développement de la classification dans les doctrines universitaires.	85
§1 : La classification dans la doctrine du Moyen-âge.	85
A / Apparition de la classification au Moyen-âge.	85
B / La classification chez les Glossateurs.	89
C / La classification chez les Bartolistes.	92
§2 : La classification dans la doctrine moderne.	94
A / La classification chez les auteurs Humanistes.	95
B / La classification des sources des obligations dans le droit naturel.	97
1 / Grotius.	97
2 / Pufendorf.	99
3 / Heineccius.	104
4 / Wolff.	105
Section 2 : La raréfaction de la classification des sources des obligations dans les coutumiers.	111
§1 : La classification dans les coutumes et coutumiers.	111
A / Les recueils coutumiers médiévaux.	112
B / L'ancien droit.	117
§2 : La classification chez les auteurs coutumiers.	120
Section 3 : L'évolution du quasi-contrat et du quasi-délit dans l'ancien droit.	125
§1 : Le quasi-contrat.	125
A / L'équité.	127
B / L'utilité.	129
C / La licéité.	133
§2 : Le quasi-délit.	135
Chapitre 2 : L'influence particulière de Domat et Pothier.	143
Section 1 : Domat et la classification des sources des obligations.	145
	526

§1 : Les obligations dans <i>Le traité des lois</i> .	145
A / Les liaisons naturelles.	147
B / Les autres liaisons.	148
1/ Les engagements volontaires.	149
2/ Les engagements involontaires.	151
§2 : Les sources des obligations dans <i>Les lois civiles</i> .	153
Section 2 : L'influence de Pothier sur la classification des obligations.	159
§1 : La classification des causes des obligations chez Pothier.	160
§2 : Etude des différentes causes d'obligations.	162
A/ Le contrat.	163
B/ Le quasi-contrat.	164
C/ Les délits et quasi-délits.	166
D/ La loi.	168
 Titre 2 : Des utopies révolutionnaires à l'élaboration du Code civil.	 171
Chapitre 1 : La classification des sources des obligations dans le droit révolutionnaire.	173
Section 1 : La classification dans les premières tentatives de codification.	175
§1 : <i>Le Nouveau code civil proposé à la nation française</i> .	175
§2 : Le plan de code civil de Durand-Maillane.	179
Section 2 : Etude des projets Cambacérès.	185
§1 : Le premier projet Cambacérès.	185
§2 : Le deuxième projet Cambacérès.	189
§3 : Le troisième projet Cambacérès.	192
Chapitre 2 : La classification des sources des obligations dans le Code civil de 1804.	197
Section 1 : L'élaboration du Code civil.	199
§1 : Les sources des obligations dans le projet de la commission.	199
§2 : L'évolution du projet de Code civil.	203
A / Les modifications réclamées par le Tribunal de Cassation.	204
B / Discussions et modifications lors de la discussion au Conseil d'Etat et dans les assemblées.	205
1 / Discussions du titre 3 consacré aux contrats.	206
	527

2 / Discussion du titre 4 consacré aux obligations qui se forment sans convention.	209
Section 2 : La classification des sources des obligations dans le Code civil de 1804.	215
§1 : Analyse du plan et de la classification du Code civil.	215
A / La classification dans le Code civil.	216
B/ L'influence réelle de Domat et Pothier.	220
1/ L'influence de Domat.	220
2/ L'influence de Pothier.	221
§2 : Analyse des sources des obligations dans le Code civil.	224
Deuxième partie : La classification des sources des obligations au XIXe siècle : pivot des classifications doctrinales.	La loi 231
Titre 1 : La promotion de la loi en rupture avec le Code civil.	237
Chapitre 1 : Le fait de l'homme à l'origine des obligations « classiques ».	239
Chapitre 2 : Le fait de l'homme, source du contrat et du quasi-contrat.	245
Titre 2 : Des réticences à la promotion de la loi : la fidélité à la lettre du Code civil.	249
Chapitre 1 : La justification du plan du Code.	253
Section 1 : La prépondérance du contrat.	255
Section 2 : L'opposition obligation/engagement.	257
Section 3 : L'analyse de l'intitulé du titre 3.	261
Chapitre 2 : Variations autour de la classification du code civil.	265
Section 1 : L'énumération des cinq sources des obligations.	267
Section 2 : La généralisation de la classification bipartite.	269
Section 3 : Une variante de la classification du Code civil.	271
Chapitre 3 : Une fidélité nuancée par des critiques.	273
Section 1 : La critique du plan du Code civil relatif aux obligations.	275
§1 : La critique de Marcadé : l'absence de méthode des rédacteurs du Code civil.	275
§2 : Une critique plus feutrée : Charles Demolombe.	279
Section 2 : La critique de l'article 1370 du Code civil.	281
	528

§1 : La rédaction de l'alinéa 1.	281
§2 : La rédaction des alinéas 2 et 4.	283
Titre 3 : La promotion de la loi fidèle à l'esprit du Code civil.	285
Chapitre 1 : La classification contrat/loi fidèle à l'esprit du Code civil.	287
Section 1 : Les partisans de la classification contrat/loi.	289
§1 : Présentation de la classification contrat/loi.	289
A / Toullier.	289
B / Larombière.	291
C / Huc.	293
D / Baudry-Lacantinerie.	294
E / Planiol.	295
F/ Vizioz.	297
§2 : Les différentes conceptions de l'obligation légale.	299
Section 2 : La loi, seule et unique source d'obligation.	309
§1 : Un repentir : Toullier.	310
§2 : la classification de Marcadé.	313
§3 : La classification de Demolombe.	317
§ 4 : La vision originale de Gouplet.	320
Chapitre 2 : Le quasi-contrat victime de la promotion de la loi.	325
Section 1 : Les débats autour du quasi-contrat.	329
§ 1 : La liste des quasi-contrats.	329
§ 2 : Le fondement du quasi-contrat.	332
Section 2 : L'abandon du quasi-contrat.	337
§ 1 : « L'inanité de la notion de quasi-contrat » selon Planiol.	338
§ 2 : Le quasi-contrat selon Gouplet.	341
§3 : L'inutilité du quasi-contrat selon Vizioz.	344

Troisième partie : La classification des sources des obligations au XXe siècle : classer ou énumérer ?	353
Chapitre préliminaire : Le contexte politique et international du début du XXe siècle.	357
Section 1 : Le contexte politique.	359
Section 2 : Le contexte international.	363
Titre 1 : Vers de nouvelles sources d'obligations.	369
Chapitre 1 : L'acte juridique : source d'obligations.	371
Section 1 : La théorie de l'acte juridique et son développement dans la doctrine française.	373
Section 2 : Définition de l'acte juridique source d'obligations.	381
Section 3 : L'engagement unilatéral : une variété d'acte juridique.	387
§1 : Les origines de la notion.	388
§2 : La volonté unilatérale dans la doctrine du XXe siècle.	392
A/ Les partisans de la volonté unilatérale.	392
B/ Les opposants à la volonté unilatérale.	401
Chapitre 2 : L'enrichissement sans cause : Source d'obligation en droit français ?	407
Section 1 : Rappel historique.	409
Section 2 : La construction doctrinale de la théorie de l'enrichissement sans cause.	413
§1 : L'enrichissement sans cause fondé sur un fait.	413
§2 : L'enrichissement sans cause fondé sur un déséquilibre.	416
Chapitre 3 : Le renouveau du quasi-contrat.	421
Titre 2 : Vers de nouvelles classifications.	425
Chapitre 1 : Les classifications descriptives.	427
Section 1 : Les nouvelles classifications conservant le quasi-contrat.	429
§1 : La classification des sources des obligations chez Saleilles.	429
§2 : La classification de Demogue.	431
Section 2 : Les nouvelles classifications abandonnant le quasi-contrat.	435
	530

§1 : La classification de Colin et Capitant.	435
§2 : La classification de Josserand.	438
Section 3 : Le projet franco-italien de code des obligations.	441
Chapitre 2 : La classification actes et faits juridiques.	447
Section 1 : Les tentatives doctrinales.	449
Section 2 : Les tentatives de réforme du Code civil.	455
§1 : La classification des sources des obligations dans les travaux de la commission de réforme du Code civil.	457
§2 : La classification des sources des obligations dans le projet Catala.	465
Conclusion	477
BIBLIOGRAPHIE	487