



HAL
open science

La classification des sources des obligations au tournant du 20e siècle

Michel Boudot

► **To cite this version:**

Michel Boudot. La classification des sources des obligations au tournant du 20e siècle. in C. Ophèle et V. Mannino. Enrichissement sans cause – classification des sources des obligations, Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers - LGDJ, pp.131-158, 2007, 9782275027708. hal-04010875

HAL Id: hal-04010875

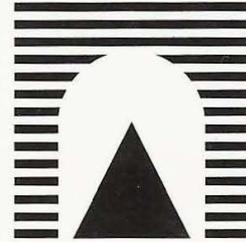
<https://hal.science/hal-04010875>

Submitted on 19 Mar 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Université de Poitiers
COLLECTION DE LA FACULTÉ DE DROIT
ET DES SCIENCES SOCIALES



L'enrichissement sans cause
La classification des sources des obligations

Etudes réunies par
Vincenzo MANNINO et Claude OPHÈLE

Faculté de droit et des
sciences sociales de Poitiers

Università degli Studi, Roma Tre
Facoltà di giurisprudenza

LA CLASSIFICATION DES SOURCES DES OBLIGATIONS AU TOURNANT DU 20^e SIÈCLE

Michel BOUDOT
Maître de conférences
Université de Poitiers.

1. La question doctrinale de la classification des sources des obligations au tournant du 20^e siècle nous renvoie plus à l'étude des principaux manuels et traités de droit civil, qu'à celle de la jurisprudence, même si la période 1880 – 1914 est fertile en arrêts majeurs ; car 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. Mais il faut ouvrir grand les bras et embrasser largement plus que le virage vers 20^e siècle, car, pour comprendre ce moment doctrinal innovant, qui est au cœur, il faut mettre en perspective la longue ligne droite qui le précède, et les chemins mal tracés qui le suivent.

On dit souvent que les juristes français sont cartésiens, alors, pour respecter Descartes et par fidélité au discours de la méthode, je ferai mon exposé selon un plan en six parties :

- 1/. L'environnement théorique de l'innovation (Perspective théorique)
- 2/. Le terreau de l'innovation (1804 – 1880)
- 3/. Les prémices de l'innovation (1880 – 1895)
- 4/. Les bourgeons de l'innovation (1895 – 1914)
- 5/. Le gel de l'innovation (après 1918)
- 6/. Les fruits de l'innovation

I. L'environnement théorique de l'innovation

2. Le tournant du 20^e siècle (1880-1914) est une des époques les plus savantes de l'histoire de la pensée juridique, c'est une période composée d'un premier moment que les historiens appellent « déclin de l'exégèse » à l'invitation de Bonnecase et d'un second moment que conduira la rénovation des méthodes et des sources¹. *C'est d'abord une époque de transition* : transition du contenu des pouvoirs des autorités, transition des pratiques d'écriture et des objets intellectuels de la doctrine, où, tout doucement la Cour de cassation est hissée à une place forte et finalement investie d'un pouvoir normatif général capable de réformer le système du Code civil. *C'est surtout une époque d'inventions* : invention d'un discours doctrinal politiquement neutralisé, construit sur le modèle de la science, tourné vers la construction d'un objet « droit » ou la découverte d'un « irréductible droit naturel » ; invention des théories générales et des principes généraux.

Pour la perspective positiviste qui se dessine avec Carré de Malberg, Duguit et évidemment Kelsen, le droit positif se conçoit et se construit à partir d'un postulat de non – cognitivisme éthique, signifiant qu'on peut savoir si une règle est juridiquement valide mais on ne peut savoir si elle est juridiquement bonne : ce qui est droit ne se rapporte pas au contenu des énoncés qui est politique, mais à la validité des règles au sein du système. Pour la perspective jusnaturaliste qui se rénove, au contraire, le droit peut être connu par l'analyse du contenu des énoncés et de leur interprétation : ce qui est droit en soi est l'objet d'une connaissance². Pourtant, la science du droit, pour le positiviste comme pour le naturaliste, à la fin du 19^e siècle se doit d'être indépendante du sujet connaissant ; toutes entreprises qui se prétendraient scientifiques, se disqualifieraient par le recours à l'argument d'autorité.

3. La traduction de cette exigence scientifique va prendre plusieurs traits. *Sur un mode généalogique*, un grand mouvement doctrinal va plonger dans le courant et la méthode historiques : le droit, objet de la science, est conçu comme l'œuvre d'une évolution historique, elle-même commandée par l'évolution de la civilisation. La méthode scientifique consiste dans l'étude des institutions et de leurs transformations successives, elle conduit à la découverte de leur signification sociale et fait apparaître « des permanences historiques

¹ BONNECASE, *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente*, tome 1^{er}, [1933], p. 296 sq.

² F. GENY, *Méthode et sources en droit privé positif*, 1899 – *Science et technique en droit privé*, tome 2, *Elaboration scientifique du droit positif (Irréductible droit naturel)*, 1915 ; tome 4, *Rapports entre l'élaboration scientifique et l'élaboration technique du droit positif (La conflit du droit naturel et du droit positif)*, 1924.

résultant des conceptions primitives de tous les peuples³ ». *Sur un mode critique*, des auteurs vont engager la reformulation des principes du système du Code civil, dont le plan ne répond plus au canon, désormais acquis, qui veut qu'une théorie explicative soit présentée premièrement par ses principes directeurs, et deuxièmement par ses suites applicatives ; mais préalablement, pour élaborer ces *théories*, il aura fallu saisir autrement la réalité du droit que comme un instant législatif issu d'une intention ou d'une tradition : l'histoire et la sociologie vont nourrir cette réflexion faisant de l'application des règles la matière observable de la science.

4. Notons que ce n'est qu'une fois admise cette idée que la matière juridique est un ensemble de cas, que la science des juristes va pouvoir rompre avec les pratiques d'exégèse : en abandonnant le commentaire article par article, les auteurs des années 1880 – 1914 vont intégrer les critiques factualistes, qui bien entendu fourmillent dans la littérature du 19^e sous la plume des exégètes, à des ensembles principiels dégagés par induction. C'est pourquoi, 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 inductiviste⁴.

5. Au 19^e siècle, la littérature de droit privé entame son virage vers le 20^e par la confrontation de notre Code civil français avec les travaux préparatoires du Code civil allemand ; les auteurs français qui ont été attentifs à la réception et à la transformation du système du Code civil en Europe, *en Italie, en Espagne, en Belgique,...* le sont plus encore lorsque émergent les théories générales présentées par la pandectistique allemande. C'est ainsi que la *Société de législation comparée*, fondée en 1869 par d'éminents professeurs (LABOULAYE, JOZON, BUFNOIR, ...), entreprend une méthode historico-comparatiste

³ SALEILLES, « Droit civil et droit comparé », *Rev. intern. enseignement* 1911.5, spéc. pp. 26-27

⁴ A cet égard, il est très instructif de comparer les programmes de recherche que l'on trouve dans les premiers numéros des revues créées, fondées ou ressuscitées au 19^e siècle et au début du 20^e : FOELIX, « Du système et de l'objet du journal », *Rev. étrangère de législation et d'économie politique*, 1834, tome 1^{er}, p. 1 ; HELIE, préface au premier numéro de la *Rev. crit. légis. et jur.*, 1853, p. I ; DEMANGEAT, Introduction au premier numéro du *Journal de droit international privé*, 1874, tome 1^{er}, p. 8 ; ESMEIN, « La jurisprudence et la doctrine », *RTD civ.* 1902, p. 5 ; voy. M. BOUDOÏ, « Les programmes scientifiques des revues juridiques des 19^e, 20^e et 21^e siècles », in Actes du colloque *Coutumes, doctrine et droit savant*, Poitiers, 20 et 21 octobre 2006 (à paraître 2007).

assise sur la redécouverte du droit romain et du droit coutumier, et travaille à la constitution d'un système d'interprétation capable de guider à l'élaboration de théories générales des relations juridiques.

Pour cette génération de juristes savants, la constitution d'un corps de principes généraux fermement établis, vérifiés par leur permanence dans l'histoire des peuples, même s'ils sont indéterminés relativement, définira l'objet et le système de la science, mais il faut bien comprendre que la perspective philosophique sur laquelle s'assoit cette tentative est *naturaliste*. Tout le courant de pensée qui émerge dans le sillage des pionniers de la méthode historico-comparatiste en France, à savoir le mouvement de la libre recherche scientifique, a pour prémisses claires ou parfois confuses, la rénovation du droit naturel face à la montée du positivisme scientifique, logique et plus tard normativiste⁵. Incontestablement, l'influence de la science allemande se fera sentir bien au-delà des groupuscules de théoriciens du droit, philosophes et sociologues, et c'est parmi les juristes qui se prétendent volontiers techniciens que l'on retrouvera les exigences d'une détermination scientifique de l'objet droit : leurs travaux techniques et leurs manuels d'enseignement vont faire apparaître des *théories générales*⁶ en particulier en droit des obligations⁷.

II. Le terreau de l'innovation

6. Les premiers commentateurs du Code civil héritent de la classification consensualiste des sources des obligations qui place le contrat au premier rang, les quasi – contrats, les quasi – délits et les délits suivent, s'y ajoutent *quelquefois la loi ou l'équité*⁸. Dans cette mesure, les analyses des dispositions générales du livre III (Art. 711-717), des dispositions préliminaires du titre III du livre III (Art. 1101-1107) ou de l'article 1370 en tête du titre IV, ne sont pas l'expression d'une synthèse posant les principes généraux formant la matière des obligations mais un inventaire ordonné des différents types d'engagements. Aux titres III et IV, le Code civil reproduit Pothier, et les commentateurs adhèrent grosso modo à ce système qui traite I°. *Des contrats qui sont la cause*

⁵ GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, tome 2, [2^e éd., 1919], n.188 sq. « Le combat doctrinal pour la méthode juridique en France et en Belgique depuis 1899 ».

⁶ JESTAZ et JAMIN, *La doctrine*, [2004] ; JAMIN, *Un modèle original, la construction de la pensée juridique française*, <http://www.courdecassation.fr/BICC/590a599/596/COMMUNICATIONS.htm> ; Sur le sens de « théorie », ATIAS, *Théorie contre arbitraire*, [1987], n.11 sq.

⁷ SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité*, 1997.

⁸ POTHIER, *Traité des obligations*, 1764, n.2.

la plus fréquente d'où naissent les obligations. 2° Des autres causes des Obligations, à savoir la loi, les quasi – contrats, les délits et les quasi – délits.

Les rubriques sont en apparence les mêmes que celles de la classification justinienne, hormis la réduction des quasi-délits aux délits ; le changement profond est hérité du tournant crucial opéré de Domat à Pothier qui a fait du contrat la première cause d'obligation, sa source primordiale. Mais 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 »⁹ et celle qui divise les actes et les faits juridiques par la volonté individuelle¹⁰.

7. Les commentateurs français adoptent l'ordre du Code civil, et classent les causes des obligations selon le système de Pothier, même si leurs analyses ne manquent pas de nuances¹¹ : au commentaire de l'article 1370, TOULLIER rédige une introduction du titre IV du livre III, intitulée *Notions générales* (XI, [1-14]), dans laquelle il ébauche une explication générale des causes des obligations. En fait, il justifie le plan du Code : il remarque que la classe des obligations conventionnelles prime sur les autres causes d'obligations, non seulement parce qu'elle est la plus abondante mais surtout parce que les contrats peuvent transmettre la propriété des biens au sens de l'article 711, alors que les autres causes d'obligations ne le peuvent pas (XI, [7]). Il rejette l'idée que la classe des quasi-contrats doive s'étendre aux engagements des tuteurs, comme le pense Duranton (X, [27]), pour qui les quasi-contrats comprennent non seulement la gestion d'affaire et le paiement indu, mais aussi les engagements des tuteurs et administrateurs, l'obligation de l'héritier d'acquiescer les legs faits par le défunt, ou encore l'obligation de rendre le copropriétaire indemne des dépenses utilement faites sur la chose commune. Ces diverses sortes d'engagements appartiennent pour Toullier à la classe des obligations légales et il serait fallacieux de vouloir reconstituer une classification quadripartite pour suivre celle de Justinien dans ses incohérences.

Toullier persiste : « toute obligation doit sa naissance à la convention ou à la loi. Les obligations qui doivent leur naissance à la loi sont de deux espèces : 1°. celles qui résultent de l'autorité seule de la loi, sans aucun fait de celui qui se trouve obligé ; 2°. celles qui naissent, soit à l'occasion d'un fait personnel à celui est obligé, ou même à celui envers qui l'autre est obligé, soit à l'occasion d'un cas fortuit » (XI, [9]) ; et signe pour que soit reconnue la supériorité du

⁹ REMY, « Réviser le titre III du Livre Troisième du Code civil ? », polycopié p. 6.

¹⁰ Comp. BONNECASE, *Précis de droit civil*, II, [2^e éd. 1939], n.168 sq.

¹¹ TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, [5^e éd., 1830], tome XI, commentaire du titre IV du livre troisième « Des engagements qui se forment sans convention » ; DURANTON, *Cours de droit civil suivant le Code civil*, [4^e éd., 1844], tome X, n.19-29.

pacte : « C'est manquer d'exactitude que de dire, comme nous l'avons fait (VI, [3-4]) que toute obligation vient de la loi ; que les conventions n'obligent qu'en vertu de la loi, qui commande de tenir la parole qu'on a donnée. Les obligations conventionnelles sont produites immédiatement par la volonté de l'homme ; elles existent indépendamment de la loi, qui n'intervient, après leur naissance, que comme un fidéjusseur tout puissant, pour en garantir l'exécution (...). Les obligations conventionnelles doivent si peu leur naissance à la loi, qu'il est au-dessus de son pouvoir de leur enlever leur force obligatoire (XI, [4-5]) ».

Il faut aussi observer que pour Toullier, et ses successeurs, l'affirmation que la loi est source d'obligation recèle une ambivalence qui amalgame la question de la classification des sources à celle de la nature de l'obligation, civile ou naturelle. En effet, puisque *l'action* nous vient de la loi, et qu'elle est consubstantielle à l'*obligation*, sources de l'action et de l'obligation se mêlent. Il faudra attendre le 20^e siècle et que les juristes commencent à concevoir l'action comme un droit distinct de l'obligation pour que cette ambiguïté soit totalement levée.

8. Dans la période suivante, à savoir celle de la génération des juristes nés avec le Code, le discours se fait plus critique sur son ordonnancement. MARCADÉ, dans un style polémiste inimitable, montre à quel point les Rédacteurs du Code civil ont nourri une *incroyable* confusion entre obligation et contrat en ne respectant pas précisément l'architecture du *Traité des obligations* de Pothier qu'ils étaient en train de piller. Il aurait fallu traiter des *effets des obligations* après avoir identifié les *sources*. Or on a traité des effets des obligations après avoir seulement exposé le contrat : « est-ce qu'il n'y a d'obligations solidaires que celles qui résultent d'une convention ? Est-ce que le paiement n'éteint que les obligations conventionnelles ? ». En somme, le plan d'exposition du droit des obligations issu du Code civil est à récrire.

C'est ce que fait Marcadé dans son *Explication théorique et pratique du Code Napoléon, contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence, et un traité résumé après le commentaire de chaque titre*, [6^e éd., 1866]. L'ouvrage est principalement composé de commentaires du Code article par article, mais après chaque titre, l'auteur rédige un résumé, sorte de vue synthétique de la matière du titre, or, pour les titres III et IV du Livre III, l'auteur déroge à son habitude et groupe ses résumés à la fin du titre IV. Sur une centaine de pages, il livre un petit manuel de droit des obligations qui n'emprunte pas le plan du Code. Marcadé propose une synthèse dont l'ambition se limite, dans son architecture, à rétablir l'ordre rationnel du *Traité des obligations* de Pothier ; elle ne se démarque pas du postulat consensualiste,

et elle ne rationalise pas le regroupement des *engagements ne dérivant pas du contrat* (Des quasi-contrats, des délits, des quasi-délits et de la loi)¹².

- 1/. Les sources des obligations
 - Des contrats
 - Des quasi-contrats, des délits, des quasi-délits et de la loi
- 2/. Des diverses espèces d'obligations
 - Des obligations conditionnelles
 - Des obligations à terme
 - Des obligations alternatives et des obligations facultatives
 - Des obligations uniques ou multiples et notamment des obligations solidaires
 - Des obligations principales et accessoires et spécialement de la clause pénale
- 3/. Des effets des obligations
 - De l'exécution volontaire ou forcée
 - Des dommages – intérêts
- 4/. Causes d'extinction des obligations
- 5/. De la preuve

9. Marcadé ne regarde pas Outre-Rhin ; il n'emprunte ni les pas de ZACHARIAE (1808), ni ceux de SAVIGNY (1851-1853). Il faut observer que chez ces derniers, l'exposé synthétique du droit des obligations débute par l'étude du concept d'obligation ; suivent les diverses espèces d'obligations que la doctrine française traduit au moyen de la métaphore naturaliste des sources.

Zachariae, dans son manuel de droit civil français¹³ traite de façon synthétique *des droits personnels*. Les obligations sont étudiées en général (§§ 296-339) puis en particulier selon leur espèce : contrats (§§ 340-439), quasi-contrats (§§ 440 – 442) et délits (§§ 443 – 448).

Savigny, aborde pareillement la matière des obligations par l'exposé théorique de la nature des obligations, qui trouve application pour les espèces d'obligations envisagées d'après leur source¹⁴ :

- I/. Nature des obligations
 - 1/. Idée de l'obligation
 - 2/. Diverses espèces d'obligations
 - 3/. Personnes parties dans l'obligation
 - 4/. Objet de l'obligation

¹² MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, tome IV, commentaire de l'article 1101 ; tome V, commentaire de l'article 1370 ; résumé des titres III et IV du livre III, 6^e éd., 1866, pp. 285-387.

¹³ *Handbuch des französischen Civilrechts*, Heidelberg, [1^{ère} éd., 1808 ; 5^e éd., 1853], trad. franç. par AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, Strasbourg, 2^e éd., 1844.

¹⁴ *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1851-1853 (trad. franç. par GERARDIN et JOZON, *Le droit des obligations*, Paris, 2^e éd., 1873).

II/. Sources de l'obligation

1/. Contrat

2/. Délit

3/. *Variae causarum figurae*

AUBRY et RAU seront les seuls pendant tout le 19^e s. à promouvoir un plan d'exposition du système du droit civil différent de celui du Code. Mais ils conserveront dans leur classification la classe des quasi-contrats, conformément à l'idée de Zachariae.

10. DEMOLOMBE offre une réflexion sur la classification des sources des obligations pour le commentaire de l'article 1370 dans son *Traité des engagements qui se forment sans convention* (XXXI, [1-32])¹⁵. Il s'engage d'abord dans une explication historique – plus exactement historico-herméneutique – qui trace l'évolution de la classification des sources des obligations depuis les institutes de Gaius redécouverts jusqu'aux juristes modernes, et il conclut que si l'ancienne division de Gaius est bien présente chez Pothier, elle y « est à ce point défigurée qu'on peut dire qu'elle en a disparu ».

Selon *le Prince de l'exégèse*, qui, soit dit en passant, pratique ici une méthode bien proche de la méthode historique, Domat et Pothier n'ont pas divisé les obligations selon quatre causes, ni même cinq, mais selon deux sources : Domat, après avoir traité des engagements volontaires et mutuels par conventions (1.3), traitera dans les lois civiles des engagements qui se forment sans convention (2.1). Pothier affirme, lui, la prééminence des contrats (n.2 sq.) et regroupe les autres sources (n.113-123). Cela implique que la division des obligations dont les rédacteurs du Code civil ont hérité, était bipartite et reprise par les intitulés des titre III et IV du livre Troisième : les obligations sont 1/. contractuelles et 2/. autres que contractuelles¹⁶. Mais quelle est la source de ces obligations autres que dérivant du contrat ? Demolombe rejette l'idée qu'il s'agisse simplement de la loi positive comme le pense Larombière¹⁷ et dans un

¹⁵ DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, tome XXIV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome 1^{er}, 1868 ; tome XXXI, *Traité des engagements qui se forment sans convention*, 1882.

¹⁶ DEMOLOMBE, XXIV, [2].

¹⁷ Pour Larombière, la division des obligations est également bipartite mais elle repose 1/. le contrat et 2/. la loi pour laquelle l'article 1370 dresse l'inventaire : « soit qu'il résulte involontairement de son autorité, soit qu'ils en résultent à l'occasion d'un fait personnel de celui qui s'est obligé » mais l'auteur ne voit pas d'intérêt pratique à cette discussion purement doctrinale puisque « l'essentiel, dans l'application, est moins de connaître les sources des obligations que d'en déterminer les caractères et les effets » LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, [1857], tome V, commentaire de l'article 1370. Il faut remarquer aussi que la « loi » au sens de l'article 1370 est un objet brûlant de polémique et le point sur lequel se concentre l'exégèse : l'expression « engagements résultant de l'autorité seule de la loi » (al. 2)

plaidoyer naturaliste, il affirme que la « loi naturelle, avec ses maximes éternelles et inaltérables » oblige par elle-même : « nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, chacun est tenu de réparer le dommage causé par sa faute ». Autrement dit, « c'est le fait lui-même, tout d'abord, qui, d'après la loi naturelle, est la source première » des engagements qui se forment sans convention¹⁸.

11. La lecture de Pothier et du Code civil faite par les *exégètes* nous amène petit à petit à une classification bipartite des sources des obligations. Deux arguments principaux ont conduit à abandonner la classification pentapartite au profit de la division « contrat et autres sources » :

Primo, les travaux de l'histoire et de la philologie ont montré que le modèle de Justinien était épuisé à la fin du 18^e s. : il ne correspondait plus au droit des obligations de l'ancienne jurisprudence, il ne satisfaisait pas non plus à l'examen généalogique. Le sens de ce qui est *quasi* n'a plus rien de commun avec l'expression romaine : les commentateurs de Gaius et Justinien note que les Romains ne disent ni *ex quasi-contractu*, ni *ex quasi-delicto*, mais *quasi ex contractu* et *quasi ex delicto*, ce qui signifie que l'obligation est comme causée par un contrat ou par un délit, et non causée par un *presque contrat* ou un *presque délit*. A Rome, il n'y avait pas de quasi-contrat, ni de quasi-délit. Il n'y avait que des contrats et des délits¹⁹. Or si le modèle originel était bien bipartite, cela autorise à rompre avec la peu commode et erronée division quadripartite²⁰.

Secundo, les rédacteurs du Code civil ont séparé le contrat au titre III du livre III des obligations ne dérivant pas du contrat au titre IV, mais le regroupement des obligations légales, quasi-contrats, délits et quasi-délits ne vaut initialement que comme simple commodité, comme chez Pothier. Le 19^e 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. Demolombe ne formule pas la distinction entre les contrats et les faits mais il associe clairement les obligations dites légales, les quasi-contrats, les délits et quasi-délits au *fait de l'homme* qui, selon la nature, crée l'obligation d'indemniser, de répéter ou de réparer : le fait d'être marié, le fait d'être

liée à « engagements formés involontairement (al.3) » a donné naissance à une intéressante littérature controversiste, mais dont il ne résulte pas de vue générale.

¹⁸ DEMOLOMBE, XXXI, [18].

¹⁹ MARCADÉ, V, art. 1370 ; DU CAURROY, *Institutes de Justinien nouvellement expliquées*, 6^e éd., 1841, tome III, n.1086 ; ORTOLAN, *Explication historique des instituts de l'Empereur Justinien*, 6^e éd., 1857, tome III, n.1199.

²⁰ DEMOLOMBE, XXXI, [4-7].

propriétaire, le fait de s'enrichir injustement au dépens d'autrui, le fait de lui causer un dommage.

12. A l'entrée du tournant vers le 20^e siècle, Baudry-Lacantinerie n'innove pas beaucoup et constate que les sources autres que contractuelles ont fait l'objet d'un regroupement en raison de leur caractère secondaire, « du moins si on les envisage au point de vue de leur fécondité » : les obligations sont soit conventionnelles, soit « non-conventionnelles ». Dans cette rubrique secondaire, *les engagements résultant de l'autorité seule de la loi* sont en quelque sorte ignorés puisque le législateur s'en préoccupe par ailleurs. Les autres *engagements résultent d'un fait personnel de celui qui est obligé*.

La bipartition s'ajoute à la pentapartition : « En résumé, le Code civil divise les obligations en deux classes : obligations conventionnelles, obligations non-conventionnelles. Ces dernières, que le législateur désigne sous la dénomination générique d'*engagements*, naissent, soit de l'autorité seule de la loi (obligations légales), soit d'un fait personnel à l'une des parties. Si ce fait est licite, on est dans l'hypothèse du quasi-contrat ; s'il est illicite, on est dans celle du délit ou du quasi-délit. Il y a donc en définitive, ainsi que nous l'avons déjà dit, cinq sources des obligations : 1/. le contrat, 2/. le quasi-contrat, 3/. le délit, 4/. le quasi-délit, 5/. la loi »²¹.

La méthode de Baudry-Lacantinerie emprunte celle du commentaire article par article, qui lui paraît préférable à toute rationalisation, même si le plan du Code lui paraît manquer de logique²² ; comme Demolombe, il surimprime la division bipartite sur celle du Code civil.

III. Les prémices de l'innovation

13. Les premières pousses doctrinales vont se traduire par des tentatives d'introduction d'une partie générale en droit des obligations et par le remodelage des sources. Les travaux préparatoires du Code civil allemand vont inspirer la doctrine française par la voie des entreprises historico-comparatistes. L'action réformatrice et l'enseignement de Bufnoir, et puis les écrits de Saleilles vont contribuer à populariser l'idée que le droit des obligations mériterait d'être étudié autrement que par la méthode du

²¹ G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, II, [1^{re} éd., 1882 ; 6^e éd., 1897], n. 650-651.

²² Pour l'exposé des matières des titres III et IV du livre III, « Pothier et Domat avaient adopté un plan bien préférable ; notre législateur leur a tout emprunté sauf la méthode. Ici comme ailleurs, nous respecterons cependant l'œuvre législative même dans ses imperfections, persuadé qu'il y aurait plus de préjudice que de profit pour nos jeunes lecteurs à la modifier, du moins dans ses grandes lignes » (II, [3]).

commentaire. Pour les partisans de ce qui sera *la libre recherche scientifique*, la loi positive, toujours imparfaitement, n'éclaire que les fragments d'une réalité juridique que le juriste se doit d'expliquer par la *théorie*, i.e. par des études générales qui montrent les principes généraux gouvernant une matière.

14. Claude BUFNOIR (1832-1898) donne en 1884 un cours de droit civil qui sera plus tard publié par ses élèves sous le titre *Propriété et contrat*, [1900]²³. Très inspiré par la préparation du BGB, cet illustre professeur, qui fut le maître de Saleilles, acclimate l'élaboration des concepts et la pesée des intérêts dans une sorte de transaction qui emprunte autant à SAVIGNY qu'à JHERING, autant à l'analyse qu'à la synthèse, autant à l'exégèse du Code qu'à l'examen de l'évolution de la civilisation et des faits sociaux. Bufnoir élabore des *théories générales* de la possession, des incapacités, des modalités et même des quasi-contrats (qu'il ramène à l'enrichissement sans cause moins la gestion d'affaires). Il n'est pas le premier des auteurs français à expliquer les *notions* par leur généralité, mais son entreprise semble systématique : son cours, qui ne rompt pas avec l'ordre du Code et qui a donc pour ambition de commenter le livre III du Code civil, est intitulé *Théorie générale de l'acquisition, de la transmission et de l'extinction des droits tant réels que personnels*.

Il appliquera cette doctrine, non pas à l'écriture d'un traité de droit civil, mais à son action réformatrice : lui qui fut président de la Société de législation comparée en 1889, et qui a offert de nombreuses communications sur les travaux préparatoires du Code civil allemand, fut chargé en 1895 de conduire la réforme des programmes de la licence en droit. Un arrêté du 24 juillet 1895 brisa l'ordre traditionnel d'enseignement du droit civil : désormais, les étudiants aborderaient en première année l'examen du titre préliminaire du Code civil, la théorie générale de l'état et de la capacité des personnes, le droit des biens au livre II et enfin, dans le prolongement du droit de propriété au livre III, les dispositions générales, les dispositions relatives au transfert de la propriété (articles 1138 à 1141, articles 939 à 942) et celles concernant la prescription acquisitive.

Cela constitue une petite révolution, et peut-être même une grande, car ce programme qui se poursuit en deuxième année par la théorie générale des obligations et rejette en troisième année le droit de la famille emprunte moins à l'architecture du Code civil français, qu'il n'affirme la supériorité méthodologique du Code civil allemand. La première année, idéalement, sera consacrée à l'étude d'une *partie générale* qui formellement est absente du Code civil mais que la doctrine se doit d'élaborer. C'est ce que feront PLANIOL et Henri CAPITANT.

²³ BUFNOIR, *Propriété et contrat*, [1900, réimpr. 2005, LGDJ, coll. Faculté de droit de Poitiers, présentation M. BOUDOT].

15. Charles BEUDANT (1829-1895), comme Bufnoir n'aura donné aucun traité de droit civil, en tout cas aucun traité achevé. C'est son fils Robert, qui publiera en plusieurs volumes les notes de cours que son père donnait dans les années 1880-1890²⁴. Ce fut le maître de Henri Capitant.

Le plan du volume intitulé *Les contrats et les obligations* présente une architecture classique suivant le Code civil puisque le Cours a été donné avant 1895 mais elle présente quelques singularités :

Notions préliminaires [1-31]

- 1/. Les obligations
 - Effets des obligations
 - Sources des obligations
- 2/. Les conventions

Première partie : Des diverses espèces de conventions ou contrats [32-53]

Deuxième partie : Des conditions nécessaires à la validité des conventions [54-1111]

Appendice : Des sources des obligations autres que les conventions [1112-1245]

- 1/. Des quasi-contrats
- 2/. Des délits et quasi-délits

Beudant ne ménage pas ses critiques contre la classification et l'ordre du Code : « Le chapitre III du titre III (art. 1134 sq.) est intitulé : *De l'effet des obligations*. Là déjà l'équivoque apparaît ; car il n'est guère question, dans ce chapitre, que des effets des conventions... Les effets de l'obligation se distinguent à peine de l'obligation elle-même. L'obligation, envisagée comme rapport juridique, autorise le créancier, au regard duquel elle est un droit, à poursuivre l'exécution contre le débiteur, au regard duquel elle est une charge. Voilà tout. (...) C'est aux lois de la procédure qu'il appartient de régler le mode d'exercice des actions et des voies d'exécution forcée. Le droit civil, qui s'occupe des droits envisagés en eux-mêmes et non de l'exécution des droits, ne traite de l'obligation que pour en définir l'essence. Or, à ce point de vue, les effets de l'obligation se réduisent à la notion suivante, qui n'est autre que celle de l'obligation elle-même : l'obligation autorise le créancier à recourir aux voies d'exécution forcée à défaut d'exécution volontaire ».

L'introduction de son cours propose une méthode différente. Les *notions préliminaires* optent pour un plan d'exposition du droit civil différent du plan du volume : elles présentent rapidement la définition classique de l'obligation, puis ses effets et ses sources. De là, il paraît résulter que pour Beudant, étudier le chapitre III du titre III revient à étudier l'obligation elle-même puisque en examinant les effets, on saisit son essence. Ensuite, une fois cernée la notion générale, on peut envisager ses sources : la première source est le contrat, la seconde doit à la loi d'exister en dehors du contrat : elle se manifeste par des

²⁴ BEUDANT, *Cours de droit civil français*, Introduction, [1896] ; Les contrats et les obligations, [1906].

obligations non-conventionnelles (quasi-contrats, délits, quasi-délits et loi). La classification pentapartite n'est qu'une subdivision de la division bipartite²⁵.

16. Raymond SALEILLES élabore pour le *Bulletin de la société de législation comparée* une *Etude sur la théorie générale des obligations* d'après le projet de Code civil allemand (1889), qui deviendra ensuite son *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil* (1904). Son ambition est très claire : réformer le Code civil français par voie de doctrine, et le Code civil allemand sert de modèle²⁶. L'étude du droit des obligations se fait par introduction d'une partie générale consacrée à l'obligation elle-même puis à ses sources.

- I/. De l'obligation en elle même
 - 1/. Objet de l'obligation
 - 2/. Effets de l'obligation
 - 3/. Extinction de l'obligation
 - 4/. Transmission de l'obligation
 - 5/. De la pluralité de créanciers ou de débiteurs en matière d'obligation
- II/. Sources de l'obligation
 - 1/. De l'acte juridique considéré comme source d'obligation
 - Des actes juridiques susceptibles de produire une obligation
 - Objet des contrats
 - Effets généraux des contrats
 - Effets spéciaux à certains contrats
 - Effets accessoires des contrats
 - 2/. Du délit considéré comme source d'obligation
 - Notions générales, Du quasi-délict
 - Eléments et conditions du délict civil
 - De l'action en responsabilité
 - Domaine d'application de la responsabilité délictuelle
 - 3/. De l'enrichissement sans cause considéré comme source d'obligation
 - Notion générales – *quasi-contrat*
 - Répétition de l'indu – *condictio indebiti*
 - Condictio ob rem*
 - Condictio ob causam finitam*
 - Condictio ob turpem causam*
 - Condictio sine causa*

²⁵ BEUDANT, *Cours de droit civil français*, Les contrats et les obligations, [6-9].

²⁶ SALEILLES, « Etude sur la théorie générale des obligations d'après le projet de Code civil allemand », *Bull. SLC* 1889, p. 165 sq. ; *Etude sur les sources de l'obligation dans le projet de Code civil allemand*, Pichon 1889 ; pour les modifications apportées au plan initial dans le second projet, *Etude sur la théorie générale des obligations dans la seconde rédaction du projet de Code civil pour l'Empire d'Allemagne*, Pichon, 1895 qui donneront ensuite *Etude sur la théorie générale de l'obligation*, [1^{re} éd., 1904], LGDJ, 3^e éd., 1925 ; *De la déclaration de volonté*, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand, 1901.

Pour Saleilles, la volonté est « *l'agent principal* » destiné à former l'engagement juridique, et quoiqu'en règle générale il faille un accord de volontés, une déclaration unilatérale parvenue à destination lie celui qui l'a faite, indépendamment de toute acceptation (1904, [138]). On comprend donc que la volonté unilatérale est la source de l'obligation, ce n'est plus l'accord : pour simplifier, le contrat est dissocié en deux actes juridiques déclaratoires de volonté qui obligent chacun chaque partie²⁷.

IV. Les bourgeons de l'innovation

17. A la suite de Bufnoir et Beudant, dans la même veine que les travaux de Saleilles, Marcel Planiol et Henri Capitant vont composer, chacun, un traité élémentaire dont la première partie fait figure de partie générale dans laquelle ils proposent sur le modèle allemand une théorie générale des actes juridiques. L'innovation consiste à situer le contrat dans le champ plus vaste des actes, bien que la théorie des actes ne soit qu'une extension des principes régissant le contrat.

Comme le laissait entendre Beudant, la théorie générale de l'obligation est formée à partir de l'analyse des chapitres III, IV, V, VI du titre III du livre Troisième : *Effets des obligations, Des diverses espèces d'obligations, De l'extinction des obligations, De la preuve des obligations, et de celle du paiement*. Mais Planiol, puis Colin et Capitant opèrent beaucoup plus qu'un simple renversement du plan de Pothier.

18. En 1899, Marcel PLANIOL fait paraître son *Traité élémentaire de droit civil*. Dans le sillage de l'arrêté Bufnoir du 24 juillet 1895, l'ouvrage propose une partie introductive regroupant l'étude *du droit en général, puis la théorie générale des lois, la théorie générale des actes juridiques, la théorie générale des preuves*, et enchaîne par l'examen : des personnes, des biens, des incapacités, et de la filiation. Le deuxième volume consacré aux obligations, aux contrats et aux sûretés adopte un plan synthétique²⁸ :

²⁷ Également René WORMS, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligation*, thèse 1891 (sous la présidence de Bufnoir).

²⁸ PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, [1^{re} éd. 1899-1901], 2^e éd., 1901-1903, 10^e éd., 1925-1927.

- I/. Les preuves
- II/. Les obligations
 - 1/. Effets des obligations
 - De l'exécution forcée
 - Des dommages-intérêts
 - Conservation du patrimoine du débiteur
 - Des obligations naturelles
 - 2/. Modalités des obligations
 - 3/. Transmissibilité
 - 4/. Modes d'extinction
 - 5/. Pluralité d'objets
 - 6/. Pluralité de personnes
 - 7/. Sources des obligations
 - § 1. Généralités
 - Classification et notions générales [n. 805 sq.]
 - Contrats
 - Quasi-contrats
 - Délits
 - Quasi-délits
 - Obligations légales
 - De la volonté unilatérale comme source d'obligation
 - § 2. Paiement de l'indu
 - § 3. Théorie générale de la faute
 - § 4. De l'enrichissement sans cause
 - § 5. Du stellionat
- III. Les contrats
- IV. Les privilèges et les sûretés.

Pour aller plus loin, dans un article paru à la *Revue critique de législation et jurisprudence*²⁹, PLANIOL engage une réflexion sur la classification des sources des obligations. Il affirme que la division des obligations selon leur source est bipartite et qu'elle ne vient pas surimprimer la division pentapartite. A son idée, il n'y a que deux sources d'obligations : l'accord de volonté entre le débiteur et le créancier, et la volonté toute puissante de la loi : « Dans le contrat, c'est la volonté des parties qui forme l'obligation ; c'est elle qui en est véritablement la cause créatrice, c'est elle qui en détermine l'objet, l'étendue et les modalités ; la loi n'intervient que pour sanctionner cet accord. 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 ».

Planiol reprend alors les critiques adressées à Pothier par les exégètes de la deuxième génération et dresse un réquisitoire contre la position d'Aubry et Rau qui, justifiant l'existence de la catégorie du quasi-contrat, avaient entériné le

²⁹ PLANIOL, « Classification des sources des obligations », *Rev. crit. légis. et jur.* 1904, pp. 224-237.

contre-sens des *presque-contrats*³⁰ : « Quand on cherche en la personne du débiteur quelle est la cause de son obligation, et qu'on envisage dans ce but toutes les hypothèses de quasi-contrats, on découvre aisément que leur trait commun est l'existence d'un enrichissement sans cause aux dépens d'autrui, enrichissement dont il s'agit de restituer la valeur. Or, pareil enrichissement est d'après sa définition même illicite puisqu'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 : on peut donc tenir pour certain que dans le quasi-contrat la cause réelle de l'obligation n'est ni un fait volontaire, ni un fait licite : c'est un fait involontaire et illicite. Ceci revient à dire que l'expression *quasi-contrat* est tout à fait fausse [1904, p. 229] ».

Planiol rend justice aux exégètes ; ils avaient bien perçu le problème mais n'avaient pas désigné le responsable de cette erreur (ou plutôt de cette mystification, semble-t-il penser) : c'est Heineccius, repris par Pothier qui réinvente la classification quadripartite à laquelle la loi est adjointe. Il faut abandonner cette division erronée, car même conservée en subdivision de la bipartition contrat / autres sources, elle laisse persister abusivement les quasi-contrats.

Les obligations autres que contractuelles sont légales : la loi est la source de tous les modes de prévention, d'indemnisation et de réparation des préjudices : « 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. Celles qui ont pour but d'éviter une lésion future sont celles auxquelles le langage ordinaire réserve le nom d'obligations légales ; celles qui tendent à la réparation d'un préjudice déjà causé sont celles qu'on appelle ordinairement délictuelles, quasi-délictuelles et quasi-contractuelles ».

Contrairement à Saleilles, Planiol n'adhère pas à la théorie nouvelle de la déclaration de volonté (II, [805]) : il réfute l'idée que la volonté est une source autonome. Sans addition d'une autre volonté, le lien d'obligation ne peut exister efficacement. Même le legs vérifie ce théorème qui a besoin d'être accepté après le décès du testateur³¹.

19. Le *Cours élémentaire de droit civil* de Colin et Capitant³² reprend l'architecture dessinée par Henri Capitant dans son *Introduction à l'étude du*

³⁰ Observons que BARTIN, pour la 5^e éd. respectera le plan de Zachariae en faisant de très nombreuses dissertations en note de bas de page. L'enrichissement sans cause ne sera pas traité avec les quasi-contrats mais en note de bas de page au paragraphe §§573 sur la théorie du patrimoine.

³¹ BABERT, *Le système de Planiol*, Thèse Poitiers 2002, [353 sq.], spéc. [363] ; adde VIZIOZ, *La notion de quasi-contrat*, 1912 ; DOUCHY, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, 1996.

³² COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, [1^{re} éd., 1914-1915], 4^e éd., 1923-1924.

*droit civil*³³. L'arrêté du 24 juillet 1895 a autorisé Capitant à s'affranchir de l'ordre du Code, et son *Introduction* est d'emblée perçue « comme un exposé analogue aux parties générales qui se trouvent en tête de tous les cours de Pandectes publiés en Allemagne³⁴ ».

Après avoir donné dans un premier temps des explications générales sur le droit, la loi, l'ordre public et les bonnes mœurs (chap.1), il divise dans un second temps les droits civils en droits de famille et droits du patrimoine (chap. 2), puis expose les *sujets de droit* et les *objets des droits* (chap. 3 et 4) pour terminer par une réflexion sur la naissance et l'extinction des droits (chap. 5) par laquelle il expose *la théorie des actes juridiques*.

20. Henri Capitant entreprend cette théorie des actes juridiques [1898, chap. V, pp. 205-342] très inspirée de la lecture de Savigny, Windscheid, Puchta ou Unger, auxquels il renvoie. Les faits juridiques qui donnent naissance aux droits ou les modifient sont de deux sortes : les uns sont des actes volontaires émanés d'une personne : ils 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... Les autres sont des événements accidentels indépendants de la volonté de l'homme : la mort d'une personne, le fait du voisinage.

Les actes volontaires forment la classe la plus importante et la plus nombreuse. On peut les subdiviser en deux catégories : la première comprend les actes juridiques proprement dits, *i.e.* les actes sont faits dans le but de créer, de modifier ou d'éteindre un droit, comme les conventions, les quasi-contrats, la renonciation, le testament ; la deuxième se compose des actes illicites, *i.e.* des actes prohibés par la loi qui causent un dommage à autrui, les délits et quasi-délits.

21. De cette manière, Capitant va plus loin que Planiol, puisqu'il regroupe les actes bilatéraux et unilatéraux au sein d'une même classe [1898, p. 210 sq.]. Il va plus loin aussi dans son analyse de l'*acte illicite* défini comme « tout acte par lequel une personne porte injustement atteinte au droit d'autrui ». [1898, p. 309]. Il poursuit en expliquant que *l'acte illicite* constitue un *fait juridique*, puisqu'il engendre un lien de droit entre celui qui l'a commis et celui qui en a souffert. Aussi, la classe des actes illicites regroupe les actes illicites en eux-mêmes que sont les délits et quasi-délits d'un côté et de l'autre, les actes illicites commis par celui qui se trouvait dans un rapport d'obligation, ayant pour origine soit un contrat, soit un autre fait juridique. Pour éclaircir son propos, Capitant s'emploie ensuite à montrer que la faute délictuelle est très

³³ H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, [1^{re} éd., 1898].

³⁴ Paul FOURNIER, compte rendu à la *NRH* 1898. 417.

distincte de la faute contractuelle dans le système du Code civil, même si toutes deux sont des actes illicites : il ne faut pas adopter la doctrine de l'unité des responsabilités.

22. Le premier volume du *Cours élémentaire de droit civil* débute par une version abrégée de l'*Introduction à l'étude du droit civil* pour ensuite envisager les Personnes et les Biens, selon le programme de 1904.

- 1/. Généralités
- 2/. Sphère d'application de la loi
- 3/. Théorie générale des actes juridiques
 - Conditions d'existence et de validité des actes juridiques
 - De la nullité des actes juridiques
 - Modalités des actes juridiques
 - De la représentation dans les actes juridiques
 - Notions très sommaires sur les preuves
- 4/. Des droits et de leurs divisions
 - puis Livre 1^{er} *Des personnes*, dans lequel il est traité du mariage en raison de l'obligation de suivre l'arrêté du 20 juill. 1904 qui est venu contre-réformer l'arrêté Bufnoir.

Colin et Capitant justifient l'étude des actes juridiques à la suite de la loi et des sources du droit, parce que « l'acte juridique peut être considéré comme une source particulière du Droit dont il importe de déterminer le fonctionnement tel qu'il a été réglé et mesuré par la loi », et ce aussi bien pour les droits patrimoniaux que pour les droits de famille (I, 4^e éd., 1924, p. 60). Il sépare les actes juridiques des faits qui ne constituent pas des actes, car bien entendu, si tous les actes sont des faits, tous les faits ne sont pas actes. L'acte existe et est valable par la volonté de son auteur : lorsque l'acte est unilatéral, il n'y a qu'une volonté. Quand c'est une convention, il faut que les volontés des contractants se mettent d'accord. Cet accord s'appelle consentement. Mais le consentement, opération interne, psychologique, ne suffit pas. La volonté doit se formuler extérieurement par une déclaration qui en manifeste l'existence (I, 4^e éd., 1924, p. 66).

Le second volume du *Cours* est consacré aux obligations et aux contrats spéciaux: les auteurs démarrent par la théorie générale des obligations et offrent une présentation plus synthétique encore que celle de Planiol.

- Livre 1^{er} – Théorie générale des obligations
- 1/. Obligations simples
 - Effets
 - Extinction
 - Transmission
 - 2/. Obligations complexes
 - Modalités
 - Pluralité d'objet ou de sujets
 - Appendice : Preuves

- Livre 2nd – Les sources des obligations
- 1/. Théorie générale
 - Les contrats
 - Sources d'obligations non contractuelles
 - Délits et quasi – délits
 - Enrichissement injuste
 - Répétition de l'indu
 - Action de in rem verso
 - 2/. Les principaux contrats
 - La gestion d'affaires est traitée avec le mandat.*

Dans le chapitre introductif du livre 2nd du deuxième volume, Colin et Capitant proposent une classification des sources des obligations qui élimine purement et simplement les quasi-contrats et font place aux actes unilatéraux. « La notion de quasi-contrat, envisagée comme constituant une source spécifique d'obligations est née d'une confusion des interprètes. (...) 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. Comme il s'agit là d'une conception purement théorique, n'emportant aucune conséquence pratique, il nous est permis de dire qu'il convient de l'abandonner » (II, [4^e éd., 1925], p. 255).

Ils proposent une classification rationnelle en quatre groupes :

- 1/. Les contrats
- 2/. Les déclarations unilatérales de volonté
- 3/. Les délits et quasi-délits
- 4/. la loi.

23. Même avec une grosse loupe, il est difficile de percevoir chez Planiol une sorte de division des sources des obligations entre actes et faits juridiques, elle serait vraiment très pâle. Elle reste aussi en arrière – plan chez Colin et Capitant, mais elle est plus correctement dessinée. Il y a entre eux une divergence de taille : Planiol ne considère pas que la déclaration unilatérale est source d'obligation ; car la volonté seule ne peut lier. Le contrat demeure la première source. Au contraire, chez les partisans de la déclaration de volonté, ce n'est plus le contrat qui est la source de l'obligation mais la volonté unilatérale qui formera le contrat.

Pour autant, il faut être prudent : ce n'est pas encore chez Colin et Capitant que l'on trouve la division contemporaine entre les actes et les faits, puisque les actes sont des faits. En revanche la distinction entre actes licites et actes illicites mène vers cette division.

V. Le gel de l'innovation

24. En attendant que les bourgeons ne donnent leurs fruits, ils vont être saisis par le gel. La première guerre mondiale a jeté un grand coup de froid sur la méthode pandectiste : rejet de la partie générale comme mode d'explication du système du droit civil, et rétablissement de l'ordre du Code et de sa classification des sources des obligations. Si l'on s'en tient au tournant du 20^e siècle, il s'achève en 1914 avec la première édition du *Cours élémentaire* de Colin et Capitant ; mais avec la Grande Guerre, ce sont toutes les inclinations germanophiles de la doctrine française qui s'éteignent. Le gel de l'influence du BGB ne sera pas uniforme mais très sévère par endroits, les fruits ne manqueront pas en définitive d'amertume.

25. A partir des années 1920-1930, la doctrine privatiste revient à la structure classique pour l'exposition du droit civil, sans toutefois abandonner le discours inductif faisant de la jurisprudence une série de faits qu'il s'agit de percevoir dans leur généralité, mais l'inductivisme va perdre d'une certaine manière les raisons de sa méthode.

Dans le même ton, les comparatistes et les internationalistes vont délaisser la science juridique allemande pour commencer à se tourner vers le droit anglo-américain. Un exemple symptomatique : dix ans avant de publier la première édition des grands arrêts de la jurisprudence civile, H. Capitant, accompagné de E. Lambert préfacent un ouvrage compilant des cas de jurisprudence à la façon des *casebooks* (*Espèces choisies empruntées à la jurisprudence*, publiées par un groupe de professeurs des facultés de droit, Dalloz, 1924). Le droit français apprête à devenir un *case law* en se laissant bercer par le *dogme de la solution unique*³⁵.

Entre l'analyse critique de la jurisprudence telle que l'envisageait Esmein et la compilation de jurisprudence, il y a un saut considérable : les trois premières éditions des grands arrêts de la jurisprudence civile (1933, 1939, 1950) sont conçues comme complémentaires au *Cours élémentaire* de Colin et Capitant. Cela correspond encore à l'idée que les grands arrêts viennent moderniser le Code civil centenaire ; les éditions suivantes constituent des compilations qui forment à côté du Code un système parallèle d'interprétation. Cette nouvelle forme de *Casebook* va prospérer et prendre son autonomie dans les années 1950-1960³⁶.

³⁵ M. BOUDOT, *Le dogme de la solution unique*, thèse dactyl. 1999, [57 sq.]

³⁶ *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, 4^e éd., 1964 ; *Grands arrêts de la jurisprudence de droit administratif*, 1^{re} éd., 1956.

26. Dès les années 1920, le *Traité pratique de droit civil français* de PLANIOL et RIPERT, mais dont Ripert est le seul véritable maître d'œuvre, revient sur un certain nombre de questions qui avaient inspiré la critique de Planiol contre l'ordre du Code civil français. Paul ESMEIN rédige les volumes du *Traité pratique* consacrés aux obligations sans suivre le plan du *Traité élémentaire*, mais un plan voisin de celui de Pothier³⁷ : les auteurs justifient l'absence de partie introductive par le caractère *pratique* de l'ouvrage et renvoient au *Traité élémentaire* de Planiol pour l'examen des questions théoriques, historiques et doctrinales « qui n'ont qu'une valeur éducative »³⁸ mais les auteurs conservent une méthode synthétique d'exposition des matières, sans revenir aux commentaires. Sous la bannière de Planiol, mais sans en épouser toutes les positions.

- I/. Sources des obligations
 - 1/. Le contrat
 - 2/. La responsabilité civile
 - 3/. Les quasi – contrats
- II/. Effets et preuves des obligations
 - 1/. Effets des obligations
 - 2/. Transmission des obligations
 - 3/. Extinction des obligations
 - 4/. Preuve des obligations

Le *Traité pratique* se démarque du *Traité élémentaire*, d'une part, par l'absence de partie générale, que l'on ne trouvera ni dans le tome 1^{er} consacré d'emblée aux personnes, ni dans les volumes consacrés aux obligations dont l'introduction balaie sommairement la classification des sources : il s'engage dans l'examen des sources **avant** les effets que Planiol avait érigés en théorie générale. D'autre part, il fusionne formellement la catégorie des délits et quasi-délits en l'intitulant *responsabilité civile*, et pour une troisième part, il ressuscite la catégorie des quasi-contrats, en justifiant le contre-sens du *presque – contrat* dénoncé par Planiol.

« On pourrait, en s'inspirant du rapprochement très naturel avec certains contrats, qui est à l'origine de la notion d'obligation quasi-contractuelle,

³⁷ PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome VI et VII, Obligations 1^{re} et 2^e parties, par P. ESMEIN, LGDJ, 1930 et 1931 ; on notera aussi que Paul ESMEIN sera chargé de la 6^e éd. du *Cours de droit civil français* d'Aubry et Rau dont il rédigera les tomes V et VI consacrés aux obligations : AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, tome V, [6^e éd., 1947], tome VI [6^e éd., 1951]. Le plan de ZACHARIAE, qu'avaient adopté AUBRY, RAU et BARTIN sera modifié par Paul ESMEIN dès la 6^e éd. : le chapitre *des délits et quasi-délits* désormais intitulé « la responsabilité civile en dehors des contrats » est refondu. Pour la 7^e éd., par PONSARD, la théorie du patrimoine §§ [573 sq.], laissera échapper l'enrichissement sans cause, qui sera rangé parmi les quasi – contrats.

³⁸ PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, Préface au Tome 1^{er}, [1^{re} éd., 1925].

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. Mais on peut aussi ... en faire un chapitre particulier de la théorie des obligations. C'est une méthode qui s'impose même aujourd'hui pour la répétition de l'indu qui n'est qu'un cas particulier de l'obligation née d'un enrichissement sans cause ; celle-ci est maintenant, ce qu'elle n'était pas en 1804, l'objet d'une théorie générale, qui trouve sa place naturelle dans la matière des obligations ... Quant à la gestion d'affaires, ..., du point de vue rationnel, elle trouve sa place dans la théorie des obligations, parmi les engagements qui se forment sans convention. Il est donc loisible d'exposer les sources des obligations en suivant l'ordre du Code civil (VI, [7]) ».

27. La filiation du *Cours élémentaire* de Colin et Capitant est aussi très parlante : les mêmes renversements que ceux qui ont affectés le *Traité pratique* censé n'avoir pas une vue éducative, ont été opérés pour le *Précis de droit civil* qui, lui, en avait fait sa vue principale : interversion des parties et résurrection des quasi – contrats comme classe autonome d'obligations³⁹. L'ouvrage est la réduction du *Cours élémentaire* que Julliot de la Morandière continue par ailleurs⁴⁰. Dans la partie introductive du premier volume, on trouve une chétive *théorie générale des actes juridiques* conforme à la pensée des auteurs initiaux. En revanche, le deuxième volume bouleverse largement le plan initial :

- I/. les sources des obligations
 - 1/. Les contrats
 - 2/. Les délits et quasi-délits
 - 3/. Les quasi-contrats
- II/. Théorie générale des obligations
 - 1/. Effets
 - 2/. Obligations complexes
 - 3/. Preuves

28. Descendons l'arbre généalogique du précis Dalloz jusqu'à nos jours : Léon JULLIOT DE LA MORANDIÈRE offre en 1966 une nouvelle édition de son *Précis de droit civil*⁴¹ :

³⁹ L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, donne en 1947 un *Précis de droit civil*, d'après le cours de droit civil français d'Ambroise Colin et Henri Capitant, [I, 9^e éd., 1947 ; II, 8^e éd., 1947].

⁴⁰ à la même époque, *Cours élémentaire de droit civil français*, 9^e éd., 1942

⁴¹ C'est la quatrième depuis la réforme de 1954 qui a porté le droit des biens en deuxième année de la licence, placé les contrats spéciaux en troisième année et ajouté pour une quatrième année pour l'étude du droit patrimonial de la famille. Le second volume du *Précis de droit civil* étudie le droit des biens et le droit des obligations : il introduit d'abord aux livres II et III du Code civil par des préliminaires sur le patrimoine.

- I/. Les droits réels principaux
- II/. Les obligations
 - 1/. Les sources des obligations
 - Le contrat
 - Les délits et quasi-délits
 - Les quasi-contrats et les obligations légales
 - 2/. Règles applicables aux obligations indépendamment de leur source
 - Effets de l'obligation
 - Extinction des obligations
 - Transmission des obligations
 - Obligations complexes

On remarquera que la seconde partie de l'étude des obligations s'intitule désormais *Règles applicables aux obligations indépendamment de leur source*, et non plus *théorie générale des obligations*, ce qui, somme toute, est plus conforme à la méthode puisque l'auteur étudie rapidement les règles principales posées aux chapitres III et sq. du titre III du livre III du Code civil. La classification des sources fait l'objet d'une très brève explication [266 sq.] renvoyant à la distinction du contrat et des obligations extra-contractuelles comprenant la responsabilité civile, les quasi-contrats et la loi.

29. Chez les continuateurs plus proches, A. WEILL et F. TERRÉ⁴², le plan d'exposition maintient une partie de l'héritage et de ses emplois.

- I/. Les sources des obligations
 - 1/. Les contrats
 - 2/. Les délits et quasi-délits : la responsabilité civile
 - 3/. Les quasi-contrats
- II/. Règles applicables aux obligations indépendamment de leur source
 - 1/. Effets de l'obligation
 - 2/. Modalités des obligations et obligations complexes
 - 3/. Transmission des obligations
 - 4/. Extinction des obligations

Les nouveaux auteurs reprennent les brefs développements de Julliot de la Morandière sur la classification des sources mais une modification importante s'opère nettement dans les détails du plan d'exposition du contrat : la responsabilité contractuelle [386 sq.] est présentée sur le modèle de la responsabilité civile [580 sq.].

30. L'édition la plus récente du précis Dalloz de F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE⁴³, poursuit l'entreprise dans le même sens en introduisant aux

⁴² A. WEILL et F. TERRÉ, *Droit civil, Les obligations*, [3^e éd., 1980], rédigent un précis aux allures de traité élémentaire, beaucoup plus consistant que celui de Julliot de la Morandière. Les seules obligations y sont étudiées, puisque les biens sont abordés à part ; toutefois les auteurs exposent en préliminaire leur position sur le caractère patrimonial de l'obligation (1980, [6]).

⁴³ *Droit civil, Les obligations*, [8^e éd., 2002].

côtés des délits et quasi-délits, les régimes spéciaux de responsabilité civile qui ont fleuri dans les années 1980-1990 ; en outre, l'ancienne théorie générale des obligations se nomme aujourd'hui « régime général des obligations ».

- I/. Les sources des obligations
 - 1/. Le contrat (au singulier)
 - 2/. Les délits et quasi-délits, La responsabilité civile
 - 3/. Les régimes spéciaux de responsabilité
 - 4/. Les quasi-contrats
- II/. Régime général des obligations
 - 1/. Effet obligatoire et droits du créancier
 - 2/. Modalités de l'obligation
 - 3/. Cession des obligations
 - 4/. Extinction des obligations

On voit bien que malgré le gel, l'innovation aura donné quelques fruits.

VI. Les fruits de l'innovation

31. Bien qu'une épaisse calotte glacière ait recouvert les inclinations germanophiles de la doctrine savante, le tournant du 20^e siècle aura laissé des fruits, qui auront été digérés par la doctrine au 20^e siècle. Le premier d'entre eux est que la volonté individuelle devient le critère de classification des sources, le second est que la volonté n'est rien sans la loi.

René DEMOGUE occupe une place importante dans le tournant du 20^e siècle : il n'est pas encore professeur lorsqu'en 1902, les fondateurs de la *Revue trimestrielle de droit civil* lui confie la charge des chroniques de jurisprudence française en droit des obligations et contrats spéciaux : il tiendra sa chronique jusqu'au premier trimestre de 1938.

Le plan de la chronique sera presque invariablement le même entre 1907 et 1938 :

- I. Obligations en général
 - a/. Conditions d'existence des obligations extra-contractuelles (délictuelles, quasi-délictuelles, action in rem verso, répétition de l'indu, gestion d'affaires)
 - b/. Conditions d'existence (et de validité) des obligations contractuelles
 - c/. Effets des obligations
 - d/. Preuve des obligations
 - e/. Interprétation des obligations
 - f/. Extinction des obligations

Les paragraphes suivants (II, III, etc...) sont consacrés à l'étude des divers contrats spéciaux.

Comme arrêtiériste, Demogue a montré sa préférence pour la division bipartite des obligations contractuelles/obligations extra-contractuelles mais il en inverse l'ordre : il envisage toujours (premiers numéros de la *RTD civ.* mis à

part) les questions de responsabilité extra-contractuelle **avant** d'aborder le contrat. Il est facile d'expliquer le renversement de la primauté du contrat par le fait que l'arrétiste va commenter l'édification jurisprudentielle des systèmes de responsabilité : abus des droits, responsabilité du fait des choses, responsabilité du fait des préposés, etc...

32. Mais y aurait-il un second Demogue ? Dans le *Traité des obligations en général* (1923-1933), qui est nourri des chroniques rédigées pendant toutes ces années, Demogue va présenter les obligations de manière différente.

Les cinq premiers volumes du *Traité* sont consacrés aux sources des obligations, les deux derniers aux effets. Sont abordés successivement dans la première partie :

- I/. De la volonté unilatérale comme source d'obligation
- II/. Des contrats
- III. Des quasi-contrats
- IV. La loi comme source d'obligations
- V. Des actes illicites (délits et quasi-délits) et de la responsabilité civile extra contractuelle

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 ; les sources font jaillir :

- 1/. le contrat qui fait intervenir volonté du débiteur et volonté du créancier
- 2/. l'acte unilatéral, qui met en jeu la volonté du débiteur
- 3/. Les actes illicites que sont le délit et son double le quasi-délit, et « qui supposent une certaine volonté et une certaine capacité de la part de celui qui est obligé » (I, p. 45)
- 4/. Le quasi-contrat qui naît de la volonté du créancier
- 5/. Le simple fait engendrant une obligation légale.

Demogue s'explique sur la résurrection de la catégorie des quasi-contrats (I, p. 46 ; III, p. 1-4) : il prend soin de remarquer que l'expression est critiquable, mais il faut l'employer. « Ici le débiteur n'a pas voulu l'obligation . Le géré, l'*accipiens* dans le paiement de l'indu n'ont pas consenti. On a trouvé à expliquer cette obligation que par la loi, ou par l'équité traduite par la loi, ce qui revient au même. En réalité, l'obligation naît ici par la volonté du créancier. C'est le gérant d'affaires qui a voulu s'immiscer dans l'affaire d'autrui. La loi reconnaît cette obligation à raison de la solidarité sociale. Elle approuve celui qui se mêle des affaires d'autrui dans certains cas. Etant donné le caractère spécial de cette obligation, on comprend la difficulté qu'elle soulève. Il est délicat de dire dans quelle mesure on deviendra créancier par sa volonté, malgré le débiteur ou du moins à son insu ».

A l'inverse de Planiol, qui ramenait les quasi-contrats à des obligations légales destinées à prévenir une lésion injuste, et qui faisait de l'enrichissement injuste leur archétype, Demogue voit dans la gestion d'affaires le modèle des

quasi-contrats : le modèle des obligations qui dérivent de la volonté du créancier seul. Mais c'est aussi le cas de l'enrichissement sans cause qui vient d'un acte de l'appauvri, le cas de l'acceptation de succession, ou de la tutelle prise volontairement ; c'est aussi le cas pour certains actes du droit administratif : réquisitions militaires, expropriation pour cause d'utilité publique.

« 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 » (III, p. 5).

33. Louis JOSSERAND participe comme Demogue au lancement de la RTD civ. en se chargeant, lui, de la chronique de jurisprudence en droit des personnes et de la famille. Il donne dans les années 1930 un *Cours de droit civil positif français*⁴⁴. Le deuxième volume est consacré à la théorie générale des obligations.

- I/. sources des obligations
- II/. Effets des obligations
- III/. Les différents types d'obligations ; diverses modalités
- IV/. La transmission des obligation
- V/. Extinction des obligations

Là encore l'exposé du droit des obligations débute par les sources, i.e. par le contrat et plus loin très brièvement, par l'acte juridique à formation unilatérale (II, [395]). Mais en réalité, là encore, le principe d'une *théorie générale de l'obligation*, constituée en partie générale, est abandonné. En revanche, reste la théorie des actes juridiques dans la partie introductive des *institutions* du premier volume (I, [120]).

La classification des sources est, elle, conforme aux idées de Colin et Capitant. Josserand voit dans le quasi-contrat « un monstre légendaire qu'il faut se décider à bannir du vocabulaire juridique ...et, l'on comprend que les Codes récents, faisant œuvre critique, et secouant le joug de la tradition, passent sous silence de prétendus quasi-contrats qui ne répondent plus à aucun besoin, ni à aucune réalité (II, [7]) ». Les sources des obligations ne sont donc que quatre :

- 1/. Les actes juridiques
- 2/. Les actes illicites : Délits et quasi-délits : la responsabilité délictuelle
- 3/. L'enrichissement sans cause
- 4/. La loi.

34. Planiol et la classification bipartite obligations contractuelles/obligations extra-contractuelles sont attaqués de toutes parts : elle est dénoncée par

⁴⁴ JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, 3^e éd., 1939.

Henri MAZEAUD dans un article « Essai de classification des obligations⁴⁵ », dans lequel il considère que cette division est à l'origine d'une erreur devenue courante qui consiste à étudier la responsabilité délictuelle comme une source d'obligation, et à présenter la responsabilité contractuelle comme un effet de l'obligation, ce qui empêche de saisir l'unité des questions posées⁴⁶. Il faut dire aussi qu'en 1938, Henri et Léon Mazeaud succéderont à René Demogue à la rédaction de la chronique de la RTD civ. en se chargeant des Obligations en général, le doyen Carbonnier prenant les contrats spéciaux. D'emblée le plan de leurs commentaires changera profondément :

- I/. Théorie générale des contrats
- II/. Responsabilité délictuelle et contractuelle
- III/. Quasi-contrats
- IV/. Effets des obligations
- V/. Extinction des obligations
- VI/. Preuve

35. Enfin, Julien BONNECASE propose une vue concurrente des trois précédentes : la loi seule est la source des obligations, elle est mise en mouvement par l'acte juridique et le fait juridique⁴⁷. La doctrine française, selon cet auteur, s'est montrée aveugle devant les évidences : « 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 elle-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 ». Le doyen Carbonnier, élève de Bonnecase, puis Flour, populariseront cette division bipartite acte juridique/faît juridique *stricto sensu*, qui est bien assise aujourd'hui.

36. Conclusion provisoire : que nous a laissé le tournant du 20^e siècle ?

1/. D'abord un constat d'échec : la tentative de rénovation du droit naturel telle que la voulait Gény a échoué ; ce n'est pas pour autant que le positivisme de Kelsen s'est imposé, très loin de là. En revanche, un certain légalisme a rendu rigide les principes de la recherche scientifique, et l'analyse critique de la

⁴⁵ RTD civ. 1936, p. 3.

⁴⁶ RTD civ. 1936, p. 17-18 note (1) : les auteurs tenaient déjà cette position dans leur *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 1931.

⁴⁷ BONNECASE, *Précis de droit civil*, II, 2^e éd. 1939, [450].

jurisprudence a accouché d'un *case law* dogmatique aux dimensions théoriques limitées.

2/. Puis un semi-échec ou un demi-succès : la partie générale du droit civil, formée par la pandectistique, importée par Bufnoir, Saleilles, *et alii*, adaptée par Planiol et Capitant s'est peu à peu transformée pour prendre place dans nos *Introductions générales au droit*, sous la forme d'un panorama des *institutions civiles*.

3/. Un succès : la volonté individuelle est devenue le critère de classification des sources des obligations. Mais ce succès est une victoire à la Pyrrhus : notre 20^e siècle n'a pas su tirer les conséquences de la *déclaration de volonté* pour construire une théorie de la formation des actes juridiques qui renouvelle le maigre système du Code. Et en ressuscitant la catégorie des quasi-contrats, en tant que fait volontaire licite, la doctrine française a fait œuvre de gallicisme, là où d'autres droits européens tiraient les leçons de la pandectistique et composaient un système de restitutions. Quant à la classification bipartite obligations contractuelles/obligations extra-contractuelles, elle était peut-être condamnée d'avance par l'avènement de la volonté individuelle comme source d'obligation.

4/. Enfin depuis 1975, la procédure civile française a un Code composé d'une partie générale et de parties spéciales, et la définition de l'action ne la rend pas consubstantielle à l'obligation. L'innovation théorique du tournant du 20^e s. s'est incarnée dans le livre de la pratique judiciaire au tournant du 21^e s.

RÉSUMÉ

De la généalogie de l'action *de in rem verso* aux réflexions contemporaines sur le droit des restitutions, du droit romain aux projets de codification européens, les deuxièmes et troisièmes journées d'étude Poitiers-Roma tre, consacrées à l'*enrichissement sans cause* (Rome, 2003), puis à *la classification des sources des obligations* (Poitiers, 2005) ont mis en lumière les éléments de l'architecture dogmatique du droit des obligations, qui font regarder les systèmes juridiques de nos tout proches voisins, comme à la fois très éloignés et intimement liés à nous. Et si la perspective historico-comparatiste qui a guidé ces travaux offre de nombreuses clés pour saisir comment se sont constituées, dans leur diversité, les cultures et traditions juridiques européennes, c'est parce que l'alliance de l'histoire du droit et du droit comparé fournit les instruments les plus puissants pour décrire le droit national, pour éclairer nos tropismes et pour comprendre nos ordres juridiques positifs au moyen de concepts que les dogmatiques nationales n'ont pas elles-mêmes forgés.

(voy. PFERSMANN, *RID comp.* 2001, pp. 275-288).

M. B.

ISBN 978 2 27502770 8



9

782275 027708

25 €