

comment on procédera. On fera estimer les 5 arpents de champ qui sont en plus, et on imputera leur valeur sur le déficit. Si après cette opération il y a déficit d'un vingtième sur le prix, l'acheteur agira par l'action *ex empto*, pour obtenir une diminution.

Ainsi, si nous supposons que chaque arpent de vigne vaut 300 francs, et chaque arpent de terre 100 francs, il manquera sur le prix de la vigne 1,500 fr., qui se compenseront jusqu'à due concurrence avec les 500 fr. en plus que vaut le champ. Restera un déficit de 1,000 francs, c'est-à-dire d'un vingtième, qui donnera lieu à l'action *quantum minoris* (1).

Pour que la compensation autorisée par notre article s'effectue, il faut nécessairement que la vente des deux fonds distincts ait été faite pour un seul et même prix, et par le même contrat; autrement, il y aurait deux ventes et l'on rentrerait sous l'empire de l'article 1619. L'acheteur pourrait renoncer à la vente qui contient excédant et obtenir une réduction de prix sur celle qui contient un déficit (2).

356. L'art. 1623 ne s'occupe que du cas où il y a plus de contenance dans un fonds et moins dans un autre.

Mais si l'un des deux fonds avait la contenance promise, tandis qu'il y aurait déficit sur l'autre, on procéderait suivant la règle énoncée dans l'art. 1619 (3).

Par exemple, la vigne a 20 arpents, ainsi que le vendeur l'a indiqué, mais le champ n'en a que 17. Le défaut de contenance est donc de plus d'un vingtième dans ce dernier immeuble; mais comme il n'a qu'une valeur médiocre, il s'ensuit que le déficit n'est pas évalué à plus de 300 fr., ce qui ne forme pas un

(1) *Junge* M. Duranton, t. 16, n° 231.

(2) On peut consulter un arrêt de la cour de Paris du 19 mai 1810, rendu dans une espèce où les ventes avaient été faites par des actes séparés (*Dalloz*, Vente, p. 867). Je fais remarquer que l'arrêtiste a omis de donner les motifs du jugement de première instance adoptés par la cour.

(3) *Suprà*, n° 343.

déficit d'un vingtième sur le prix total de 20,000 fr. Dans cet état de choses, l'acheteur sera non recevable dans son action en diminution de prix, l'art. 1619 voulant que le déficit soit calculé sur le prix et non sur la contenance. Or, il y a ici un prix en bloc pour les deux immeubles, et cette circonstance de l'unité de prix fait que l'on ne peut procéder comme si les deux fonds eussent été vendus séparément et comme objets distincts. Il est évident que, dans la pensée des parties, ils ont été considérés comme liés l'un à l'autre et comme formant un même corps de biens.

Vice versa, si le champ a les 20 arpents indiqués dans le contrat et si la vigne n'en a que 17, le déficit de 3 arpents sur le terrain de meilleure qualité produira sur le prix total un déficit de 1,500 francs, c'est-à-dire de plus d'un vingtième; dès lors, l'action en diminution de prix sera ouverte à l'acheteur.

Mais si la quotité de chaque terrain eût été énoncée dans le contrat, et que, pour former le prix total, on se fût borné à additionner leur valeur partielle, chaque nature de terre devrait être considérée isolément (1). Ce seraient autant de ventes distinctes, qui ne devraient avoir aucune influence l'une à l'égard de l'autre (2).

ARTICLE 1624.

La question de savoir sur lequel, du vendeur ou de l'acquéreur, doit tomber la perte ou la détérioration de la chose vendue avant la livraison, est jugée d'après les règles prescrites au titre des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général.

(1) *Suprà*, n° 343.

(2) Il est, du reste, une observation dont la justesse me paraît peu contestable, c'est que l'art. 1623 ne se lie qu'à l'hypothèse prévue par l'art. 1619, et qu'il est étranger au cas de l'art. 1617.

SOMMAIRE.

357. Le vendeur doit garder la chose avant la tradition ; mais lorsque la vente est parfaite, le péril de la chose concerne l'acheteur.
358. Origine de l'adage *Res perit domino*. L'application que les Romains en faisaient à la vente était contraire à l'équité. Efforts de Cujas pour lui donner un sens plus conforme au droit naturel.
359. Le Code Napoléon l'a réconcilié avec la raison. Qu'entend-on par péril de la chose ?
360. Mais, pour que l'acheteur en soit chargé, il faut que ce soit un péril postérieur à la vente, et qu'il soit causé par la force majeure. Définition de la force majeure.
361. Le vendeur doit apporter à la garde de la chose les soins d'un bon père de famille. Sens de ces mots. Examen de la théorie des fautes. Son obscurité par le droit romain. Système de Vinnius, Pothier et Heineccius. Ils distinguent trois fautes, lourde, légère et très-légère.
362. D'autres jurisconsultes n'admettent que la faute lourde et la faute légère. Renvoi à l'ouvrage de M. Ducaurroy, *les Institutes expliquées*.
363. Système du Code Napoléon. Imperfections de l'art. 1147.
364. Jamais le Code Napoléon n'exige une vigilance plus active que celle du bon père de famille.
365. Mais il se contente souvent d'une diligence moins active, et ne punit que la faute lourde.
366. La faute lourde est le *maximum* de la responsabilité, dans les cas où la garde de la chose est sans profit pour le détenteur ; ce qui est le système du droit romain.
367. Conclusion que l'art. 1137 est vicieux dans sa rédaction.
368. Mais il n'est pas inutile, comme le veut M. Duranton.
369. Preuves que le Code Napoléon a exclu la recherche de la faute très-légère.
370. Réponses aux objections de M. Toullier.
371. Définition de la diligence d'un bon père de famille.
372. Erreur de M. Toullier, qui confond les fautes contractuelles avec les délits et quasi-délits.
373. Distinction à faire à cet égard.
374. Suite.
- V. cependant MM. Duvergier, n° 295, et Marcadé, art. 1623, n° 2.

375. Analyse des textes. 1° Art. 456, relatif au tuteur.
376. 2° Art. 804, relatif à l'héritier bénéficiaire.
377. 3° Art. 1137.
378. 4° Art. 1245, relatif au débiteur d'un corps certain.
379. 5° Art. 1374, relatif au *negotiorum gestor*. Autres textes.
380. 6° Art. 1732, relatif au preneur.
381. 7° Art. 1850, relatif à l'associé.
382. 8° Art. 2080, relatif au gagiste.
383. 9° Art. 1927, relatif au dépositaire.
384. Objection résolue.
385. Réponse au système de M. Proudhon.
386. Explication de l'art. 1882.
387. Explication de l'art. 1928.
388. Réponse au système de M. Duranton. Des fautes considérées *in concreto* et *in abstracto*.
389. Manière de concevoir la faute lourde sous le Code Napoléon. Le législateur ne l'envisage que relativement.
390. Et en cela il est fondé en raison.
391. Au contraire, le système de M. Duranton conduit à l'injustice.
392. En matière de faute légère, il n'y a qu'un type, c'est celui du bon père de famille. La faute y est toujours considérée *in abstracto*.
393. Réponse à l'objection tirée de l'art. 1850.
394. Double règle de conduite que donne la loi nouvelle au gardien de la chose d'autrui.
395. Pourquoi la faute lourde est considérée *in concreto*, et la faute légère *in abstracto*.
396. M. Duranton admet à tort la faute très-légère.
397. Le Code Napoléon a bien fait de retrancher la faute très-légère du nombre des fautes contractuelles.
398. Le Code Napoléon a aussi repoussé avec raison l'ancienne doctrine, en tant qu'il veut que, soit que le contrat soit intéressé de part et d'autre, soit que le détenteur en retire un produit exclusif, la seule diligence requise soit celle du bon père de famille.
399. Résumé.
400. Le vendeur est tenu de la faute lourde et de la faute légère.
401. Il doit prouver que la chose a péri par force majeure.
402. En cas d'incendie, doit-il prouver que l'événement a eu lieu sans sa faute ? Dissentiment avec M. Proudhon. Le vol est-il un événement de force majeure ?
403. Si le vendeur est en demeure, il est tenu de la force majeure. Limitation.

404. Exception à la règle *Res perit emptori*. 1° Dans le cas de vente au poids, au compte, à la mesuse.
 405. 2° Dans le cas de vente avec dégustation.
 406. 3° Dans le cas de ventes suspendues par une condition. Explications à cet égard. Conciliation de l'art. 1601 avec l'art. 1182 du Code Napoléon.
 407. 4° Dans les ventes alternatives.
 408. On peut déroger à la règle *Res perit emptori*.

COMMENTAIRE.

357. Lorsque la chose est livrée à l'acheteur, il tombe sous le sens que c'est lui qui est chargé de la détérioration ou de la perte de la chose vendue, puisque le vendeur n'y conserve plus rien, ni propriété, ni possession.

Mais la question est plus complexe lorsque le vendeur n'en a pas encore fait la tradition (1).

Toute cette matière se rattache à deux principes fondamentaux : le premier, que, pendant le temps qui s'écoule entre le contrat et la tradition, le vendeur est chargé d'apporter à la conservation de la chose les soins d'un bon père de famille (art. 1136 Code Napoléon); le second, que, la vente une fois parfaite et la propriété transférée à l'acheteur, c'est ce dernier qui est grevé du péril de la chose (1138 Code Napoléon).

358. Le fameux adage *Res perit domino* a été puisé dans une constitution de Dioclétien et Maximien (2), dans laquelle il s'agit de savoir si l'objet mis en gage est aux risques du créancier saisi du gage, ou plutôt aux risques du débiteur qui en a conservé la propriété (3). Mais il s'en fallait de beaucoup que cet adage fût une règle invariable dans le droit romain (4);

(1) Il est entendu que l'on suppose ici que la chose subsistait au moment de la vente, sans quoi la vente serait nulle. (Art. 1601).

(2) L. 9, C. *De pignor. act.*

(3) M. Ducaurroy, *Inst. expliq.*, t. 3, p. 1 37, note.

(4) Pothier l'a démontré, *Vente*, n° 308.

il n'était applicable que lorsqu'on opposait le propriétaire à ceux qui ont la garde ou l'usage de la chose, par exemple au depositaire, au commodataire, ou au gagiste; mais la règle était fautive lorsqu'on opposait le propriétaire débiteur au créancier; la chose périssait pour le créancier plutôt que pour le propriétaire qui en était libéré. C'est pourquoi, bien que la vente ne transférât pas la propriété tant que la chose n'était pas livrée (1), la chose était aux risques de l'acheteur (2).

Ce système du droit romain a été jugé contraire au droit naturel par Puffendorf et Barbeyrac, mais surtout par Grotius, dont l'autorité est bien plus imposante (3), et qui enseigne que, dans la plupart des législations anciennes dont les fragments nous sont parvenus, le péril de la chose regardait le vendeur jusqu'à la tradition. Aussi Cujas avait-il cherché à réconcilier les lois romaines avec l'équité, en s'appuyant sur un texte d'Africain (4) pour soutenir que l'acheteur privé de la chose devait être dispensé d'en payer le prix (5). Mais cette sorte de faux-fuyant n'avait pas eu le suffrage des interprètes; car, bien que ce passage d'Africain parût ne pas avoir été forcé par Cujas, il était constant qu'une foule de lois, toutes également formelles, directes et péremptoires, venaient le contredire et ranger cette opinion dans la classe des opinions isolées (6).

En France, ces lois avaient été adoptées par les auteurs et par la jurisprudence. Quoique l'acheteur ne fût pas propriétaire avant la tradition, il n'en était

(1) *Suprà*, n° 37.

(2) *Inst.*, *De empt. vendit.*, § 3. Paul, l. 8, *Dig. De peric. et com. rei vendit.*

(3) *De jure pacis et belli*, lib. 2, c. 12, n° 15.

(4) L. 33, *D. loc. cond.*

(5) *Ad. Afric. tract.* 8.

(6) Pothier, *Vente*, n° 308. M. Ducaurroy, *Inst. expliq.*, t. 3, n° 1040.

pas moins chargé du risque de la chose dont il était créancier.

359. La théorie du Code Napoléon sur la transmission de la propriété par la seule énergie de la convention (1) a mis une parfaite harmonie entre les notions du droit naturel et la règle que la chose péricule pour l'acheteur. En effet, l'acheteur étant investi de la propriété dès que le contrat est arrivé à sa perfection, c'est le propriétaire qui souffre la perte de la chose, et il ne reste plus qu'à dire avec la raison et la plus stricte justice : *Res perit domino*.

Ainsi donc, les détériorations éprouvées par la chose depuis la vente, et même la destruction qui l'anéantit totalement, tout cela est à la charge de l'acheteur, qui n'en demeure pas moins obligé à payer le prix. Les pertes et dégradations sont ce qu'on appelle le péril de la chose, *periculum rei venditæ*. S'agit-il d'un animal vendu? le péril est la mort, une blessure, la fuite, l'enlèvement. S'agit-il d'un édifice? le péril est l'incendie, la démolition, le renversement. S'agit-il d'un domaine foncier? c'est un tremblement de terre qui y ouvre un abîme, un volcan qui l'envahit, un fleuve qui dévore le littoral qu'il parcourt. S'agit-il d'un vaisseau? c'est le naufrage, ou l'avarie. S'agit-il de liquides, denrées, et autres choses semblables? c'est l'acidité, la corruption, la dessiccation, etc. En un mot, quelle que soit la chose, c'est la division des parties, la ruine, le changement qui affecte la substance, etc. (2).

360. Mais ces périls que l'acheteur est obligé de supporter comme vrai propriétaire sont ceux dont l'origine est postérieure à la vente: car, s'ils avaient une cause antérieure, ils donneraient lieu à un recours en garantie, comme nous le verrons plus bas. Ce sont aussi ceux qui sont amenés par des évène-

(1) V. l'art. 1583 et mes observations.

(2) Voët, ad Pand., *De peric. et com. rei venditæ*, n° 1.

ments imprévus, par la force majeure (1); car s'ils étaient la suite du fait du vendeur, ce dernier en serait responsable.

361. Ici vient l'application de cette règle de l'article 1136, que jusqu'à la livraison l'acheteur doit conserver la chose, à peine de dommages et intérêts, et celle de l'art. 1137, que cette surveillance doit être celle d'un bon père de famille.

Caius disait aussi (2): « *Talis custodia desideranda est à venditore. qualem bonus paterfamilias suis rebus adhibet; quam si præstiterit et tamen rem perdidit, securus esse debet.* »

Mais que doit-on entendre par un bon père de famille? quel est le degré de vigilance que la loi a voulu exiger quand elle a pris pour type la conduite du bon père de famille?

Pour répondre à cette question, il faut aborder la

(1) Il existe sur la force majeure une savante dissertation d'un jurisconsulte italien nommé AVERANI, distingué par l'élégance de son style et par ses interprétations ingénieuses, quoique parfois hasardées (*Interpret juris*, lib. 2, c. 26). Les lois romaines qui parlent de la force majeure sont : L. 23, Dig. *De reg. juris*. l. 25, § *Vis major*, et l. 33, Dig. *Locat. cond.* L. 11, § *Si locuplet.* Dig. *De minorib.* L. 1, § *Et ille*, Dig. *De oblig.* L. 3, § 1, Dig. *Nautæ, cauponæ.* L. 52, § 3, Dig. *Pro socio.* L. 3, Dig. *De inst. leg.* L. 24, § *Servius.* *De damno infecto.* L. 5, § 4, Dic. *Commod.*

CICÉRON a dit : « *Communem et incertum casum neque vitare quisquam neque præstare ullo pacto potest.* » (Ep. 1, 5, c. 17.) Par *communis*, Cicéron veut dire ce qui peut arriver à tout le monde.

VINIUS a donné la définition suivante de la force majeure : « *Casum fortuitum definimus omne quod humano ceptu prævideri non potest, nec cui præviso potest resisti.* » (Partit. juris, lib. 2, c. 66.)

HOTMAN distingue cinq espèces de cas fortuits : 1° *divinum*, la foudre, la tempête, etc.; 2° *naturale*, la mort, l'écroulement par vétusté, etc.; 3° *humanum*, la violence, le fait du prince, etc.; 4° *bestiale*, le dommage causé par un animal furieux, etc.; 5° *fluviatile*, les dégradations commises par un fleuve.

(2) L. 35, § 4, Dig. *De cont. empt.*

théorie des fautes, qui partage les écrivains modernes (1) comme les anciens. Ce sera ici le lieu d'exposer les idées qui me paraissent devoir prévaloir sur la réparation des pertes causées par la négligence d'autrui; matière importante, qui joue un grand rôle dans les différents contrats dont nous nous occuperons par la suite. D'ailleurs, quel écrivain peut aujourd'hui écrire sur le droit, sans que l'école ne le somme aussitôt de dire son dernier mot sur la prestation des fautes? Êtes-vous pour M. Toullier contre M. Duranton? Préférez-vous M. Proudhon à M. Blondeau? Avez-vous opté entre Vinnius et M. Ducaurroy? Il est vrai que jusqu'à présent les tribunaux se sont montrés assez indifférents sur ces disputes de la chaire; mais peut-être pourrait-on leur faire le reproche de n'avoir amorti la vivacité de la question qu'en étouffant tout ce qui est discussion de système et point de droit sous la commode interprétation des faits et sous un équitable mais facile arbitraire. Néanmoins, dans cette matière comme dans toutes les autres, il y a des règles qu'il faut se garder de dédaigner: elles aident le magistrat, elles font luire de précieuses lumières pour ceux qui ont mission de discuter sur les faits et de les juger. Ces règles m'ont paru simples et judicieuses; je vais les exposer comme je les entends; dans tous les cas, et dussé-je me tromper, je prie le lecteur de ne pas m'adresser, comme fin de non-recevoir, le reproche de me livrer à d'oiseuses digressions. De tous les systèmes, le moins excusable, à mon avis, c'est celui qui, sous prétexte de fuir l'esprit de système, se fait une loi de n'en avoir aucun.

La théorie des fautes est fort obscure dans les textes

(1) M. Toullier, t. 6, nos 230 et suiv. M. Duranton, t. 40, nos 398 et suiv. à 415. M. Proudhon, Usufuit, t. 3, p. 472 et suiv. M. Blondeau, Thémis, t. 6, p. 310. M. Ducaurroy, Inst. expliq., t. 3, p. 172 nos 1067 et suiv.

du droit romain. Vinnius (1), Pothier (2), Heineccius (3), et la plupart des interprètes, distinguent trois sortes de fautes: la *faute lourde*, LATA CULPA; la *faute légère*, LEVIS CULPA; la *faute très-légère*, LEVISSIMA CULPA. Ces trois fautes répondent, suivant eux, à trois sortes de soins: ceux du père de famille insouciant pour ses propres affaires; ceux du père de famille économe, diligent et sage; ceux enfin du père de famille armé d'une sollicitude infatigable, qui veille avec cent yeux toujours ouverts (4). La faute lourde est l'omission des soins dont est capable un homme inattentif par caractère et par habitude; la faute légère est l'oubli de la vigilance du bon père de famille; enfin la faute très-légère est l'omission des soins qu'apportent à leurs affaires les hommes les plus actifs (5).

Après ces définitions, les jurisconsultes dont je parle distribuent la prestation des fautes d'après la répartition symétrique et ingénieuse que voici: 1° Dans les contrats qui n'apportent au détenteur de la chose aucune utilité, celui-ci n'est tenu que de la faute lourde; 2° dans les contrats qui ont pour objet l'utilité des deux parties, comme la vente et le louage, il y a lieu à la prestation de la faute légère; 3° enfin, dans les contrats dans lesquels le détenteur de la chose retire toute l'utilité, comme le commodat, ce détenteur est responsable de la faute très-légère.

362. Mais d'autres jurisconsultes non moins graves combattent cette division tripartite, et n'admettent que deux sortes de fautes, la faute lourde et la faute

(1) Sur le § 2, *Quib mod. res. contrah.*

(2) Observ. imprimées à la suite de son traité *Du contrat de mariage*, et Répert., v° Faute.

(3) *Element. juris civ.*

(4) Heineccius, *loc. cit.*

(5) Idem, n° 787. Voyez plus bas la sous-distinction qu'ils faisaient entre les fautes IN CONCRETO et les fautes IN ABSTRACTO.

légère (1); la faute lourde, qui consiste dans l'omission du soin qu'on a coutume d'apporter à ses propres affaires, et que l'on apprécie relativement aux habitudes individuelles de la personne (2); la faute légère, qui consiste dans l'omission du soin qu'un homme aussi diligent que tout autre apporte à la conservation de ce qui lui appartient, faute qui s'apprécie par comparaison à la vigilance de l'homme soigneux considéré en général, du bon père de famille pris avec les qualités qu'on lui attribue quand on en fait un type abstrait (3).

Puis, en rattachant ces deux sortes de fautes à l'exécution des divers contrats, ces jurisconsultes disent (4) : Si la personne qui reçoit ou garde la chose pour la rendre s'oblige gratuitement, elle est seulement tenue du dol et de la faute lourde qui est assimilée au dol; si elle reçoit en garde la chose pour un avantage quelconque, elle est toujours tenue de la faute. Mais veut-on savoir de quelle faute? Il faut distinguer : si l'obligation est compensée par un avantage mutuel, comme dans la société ou dans le gage, il y a lieu à prestation de la faute grave, le plus souvent de la faute légère; si l'obligation ne procure d'avantage exclusif qu'au détenteur, comme dans le commodat, le détenteur est toujours tenu de la faute légère. La seule différence qu'il y ait donc entre les

(1) Doneau (*Comment. juris. civ.*, XVI, 7). Cocceius (*Exerc. curios.*, p. 58.) Thomasin (*De us. pract. doct. de culpar. præst. in cont.*) Lebrun, avocat au parlement de Paris (*Essai sur la prestation des fautes*). M. Hasse, jurisconsulte allemand, a reproduit, il n'y a pas longtemps, la même doctrine (*Die culpa des roemischen rechts*); et elle a été adoptée et défendue par M. Ducaurroy avec la précision et la force qu'on lui connaît (*Inst. expliq.* t. 3 n° 1068 et suiv.).

(2) Celsus le dit positivement dans la loi 32. *Dig. Dep. vel. contrâ.*

(3) *Inst.*, *Quib. mod. res. cont.*, § 2, idem, *De oblig. quasi ex cont.*, § 1.

(4) J'emprunte ce résumé à M. Ducaurroy, n° 1873.

contrats de la première espèce et les contrats de la seconde, c'est que ceux-ci imposent toujours la même responsabilité, celle de la faute légère, tandis que ceux-là n'imposent pas invariablement une responsabilité uniforme : tantôt c'est la faute lourde, tantôt c'est la légère. Mais lorsqu'ils imposent l'obligation de répondre de la faute légère, il n'y a aucune différence entre eux et les obligations formées dans un intérêt exclusif; et il n'est pas vrai de dire, comme Vinnius et Pothier, que les contrats qui ont pour objet un intérêt réciproque doivent toujours engendrer une responsabilité moins étendue que les contrats formés dans l'intérêt exclusif de l'obligé.

Cette théorie n'est pas aussi simple que celle qui jusqu'à ce jour a triomphé dans l'enseignement du droit et dans l'opinion des juristes; mais je la crois plus vraie et plus conforme aux textes. Elle finira par avoir sa revanche et par l'emporter sur sa rivale. Comme elle se rattache au droit romain pur, je ne m'y arrête pas plus longtemps, et, pensant qu'il suffit de renvoyer ceux qui veulent approfondir ce point controversé à l'excellent ouvrage de M. Ducaurroy, je me hâte de passer au système du Code Napoléon.

363. Les discours des orateurs du gouvernement chargés de présenter le Code Napoléon prouvent que le législateur moderne a eu plus de penchant à s'éloigner du système de Vinnius et de Pothier qu'à l'adopter

« Cette division des fautes, disait M. Bigot de Préameneu, est plus ingénieuse qu'utile dans la pratique. La théorie par laquelle on divise les fautes en plusieurs classes, sans pouvoir les déterminer, ne peut que répandre une fausse lueur et devenir la matière de contestations plus nombreuses. »

Néanmoins, lorsqu'on lit l'art. 1137 du Code Napoléon, qui résume à peu près toutes les innovations que le législateur a voulu introduire sur ce point, on est frappé des contradictions dans les termes que

renferme cet article, et des facilités qu'il semble se ménager pour se plier au système que répudiait M. Bigot.

« L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité d'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille. »

A s'en tenir à ce paragraphe, il semblerait que le Code a voulu ouvrir une voie inconnue à la fois à l'ancienne jurisprudence et au droit romain; à l'ancienne jurisprudence, puisqu'il ne reproduit pas la distinction des trois sortes de fautes, et qu'en donnant pour modèle de la diligence du détenteur celle du bon père de famille, il efface la faute très légère dont le bon père de famille n'est pas tenu; au droit romain, puisqu'il ne s'enquiert pas du caractère du contrat et de l'utilité qu'on en retire, et qu'en faisant de la diligence du bon père de famille, la règle de tous les contrats, il ne veut pas qu'il y ait des cas où l'absence seule de dol ou de faute lourde soit un motif d'échapper à la responsabilité d'une perte qu'une faute légère n'a pas empêchée.

Jusque-là, tout est clair, et quelques personnes pourront peut-être dire, tout est bien.

Mais lisons le § qui suit, et nous allons voir cette innovation se rapetisser et se restreindre singulièrement.

« Cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent. »

Quoi! cette obligation de veiller à la conservation de la chose peut être plus étendue qu'on ne vient de la définir!! Mais, alors, il y a donc une diligence plus exacte que celle du père de famille? et dès lors, voilà la faute très légère qui reprend son ancien empire!!

Ou bien encore, cette obligation peut être moins étendue!! et alors il y a donc une diligence moins

exacte que celle du père de famille? et voilà la faute lourde, que le premier paragraphe avait détrônée, qui se trouve restaurée par le second!!!

364. Il est vrai que quand on examine ensuite toutes les applications que le législateur a faites de son principe sur la prestation des fautes, on ne trouve nulle part qu'il ait exigé de qui que ce soit une vigilance de droit plus active que celle du bon père de famille (1). Toujours cette vigilance est prise comme la limite au delà de laquelle on ne peut plus rien exiger. En réalité, donc, la réapparition de la faute très légère dans le second § de l'art. 1137 n'est tout au plus qu'une mention honorable de ce qui n'existe plus. Mais alors le défaut de rédaction de cet art. 1137 n'en est que plus flagrant.

365. Il n'en est pas de même de la faute lourde, qui, dans plusieurs cas, est indiquée par la loi comme la seule chose dont on puisse exiger la réparation. Je citerai l'art. 804 du Code Napoléon, portant : « L'héritier bénéficiaire n'est tenu que des fautes graves dans l'administration dont il est chargé (2). »

Je rappellerai encore l'art. 1927, qui oblige le dépositaire à apporter dans la garde de la chose déposée les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent (3); ce qui, en d'autres termes, est le soumettre exclusivement à la prestation de la faute lourde, et l'exempter de cette vigi-

(1) Les articles du Code Napoléon qui traitent des fautes sont : 450, 604, 804, 1137, 1245, 1374, 1382, 1383, 1562, 1624, 1728, 1732, 1733, 1806, 1850, 1880, 1882, 1927, 1928, 1992, 2037, 2080. Je prouverai tout à l'heure le point que j'énonce contre M. Toullier, M. Proudhon et M. Duranton.

(2) L. 22, § 3, Dig. Ad. S. C. Trebellian.

(3) Cet art. 1927 est emprunté à la loi 32, Dig. *Depositum vel contractum*, dans laquelle Celsus enseigne que ne pas avoir pour la chose d'autrui le soin qu'on a pour sa propre chose est une fraude (*fraude non caret*), ou, ce qui est la même chose, une faute grave. On peut voir Godefroy sur cette loi.

lance sans laquelle il n'y a pas de bon père de famille.

Est-ce tout? non. Et si le mandat est gratuit, le mandataire ne sera tenu que de la faute lourde, d'après l'art. 1992 (1).

De même, le juge peut prendre les circonstances en considération pour ne rendre le *negotiorum gestor* responsable que de la faute lourde (art. 1374) (2).

366. Ce qu'il y a de remarquable, c'est que les cas où la faute grave est le *maximum* de la responsabilité sont précisément ceux où la détention de la chose est sans utilité pour celui qui est chargé de la conserver. Voyez en effet! L'héritier bénéficiaire retire souvent plus d'embarras que de profit de la succession; on ne lui impute donc que la faute grave. Le dépositaire rend un office d'ami; la garde du dépôt n'a que peines pour lui; la faute lourde lui sera seule imputée. Cependant, si, par exception, il reçoit un salaire, si le dépôt est uniquement dans son intérêt, il devient responsable de la faute légère (art. 1928).

Le mandat gratuit est une charge et non un avantage; aussi le mandataire n'est responsable que de la faute lourde, et, pour qu'il soit tenu de la faute légère, il faut qu'il reçoive un salaire (art. 1992). N'est-ce pas là la distinction du droit romain entre les conventions qui ont pour objet l'utilité du détenteur, et celles qui ne lui procurent pas d'avantages? Pourquoi donc la proscrire, cette distinction, dans le § premier de l'art. 1137, puisque dans l'application on est impuissant pour y échapper, et que d'ailleurs la justice exige qu'elle soit maintenue? car celui qui fait un sacrifice gratuit ne doit pas être traité aussi sévèrement que celui qui exploite à son profit la

(1) Je dis la faute lourde, car l'article 1992 fait allusion à une vigilance moins exacte que celle du bon père de famille.

(2) Même observation.

chose qu'il détient, ou qui est payé pour la conserver.

367. L'art. 1137 est donc rédigé d'une manière embarrassée et confuse; il pose des règles trop générales, il promet plus qu'il ne tient. Il suppose l'existence de ce qui n'existe pas, la faute très légère, et il fait croire à la suppression d'une distinction qui est maintenue dans toute sa vigueur, et qu'il eût été injuste d'abolir.

368. Mais, au milieu de ces imperfections de l'article 1137, nous écrierons-nous avec M. Duranton qu'il n'y a aucune différence entre la théorie du Code Napoléon sur les fautes, et l'ancienne jurisprudence, qui se croyait l'écho du droit romain? Nous reconnaitrons au contraire que cet art. 1137 a un grand sens, et qu'il a introduit d'heureuses améliorations qu'on ne pourrait méconnaître sans être infidèle à son esprit et à son texte.

369. D'abord nous répétons ce que nous avons dit au n° 364, savoir, que le Code Napoléon exclut toute recherche et toute responsabilité de la faute très légère.

Ici, nous avons à répondre à la fois à M. Toullier, qui veut que, de droit, l'on soit toujours tenu de la faute très légère (1); à M. Proudhon, qui trouve des traces de cette faute dans quelques dispositions exceptionnelles du Code Napoléon, et à M. Duranton, qui soutient que l'on en est tenu dans tous les cas où l'ancienne jurisprudence l'admettait.

370. Commençons par M. Toullier, qui, le premier de nos jours, a porté le flambeau de la critique sur cette partie du Code Napoléon; ce jurisconsulte a fait sentir les inconvénients de la division tripartite de Vinnius, Heineccius et Pothier. Mais, pour échapper à des distinctions vicieuses et souvent embarrassantes, il s'est jeté, à mon avis, dans un excès con-

(1) T. 6, n° 233.