

faute de paiement à échéance, ne pourrait pas faire vendre le gage (*ne vendere liceat*), ou que le gage lui resterait acquis sans aucune vente (*lex commissoria*) (1); les pactes ou stipulations d'intérêts au-dessus du taux fixé (ci-dessous, n° 1661 et suiv.); l'intercession des femmes, d'après le sénatus-consulte Velleïen (ci-dessus, n° 1410); les pactes dotaux contraires, soit à la destination de la dot (*functio dotis*), soit à la révérence due au mari (*contra receptam reverentiam, quæ maritis exhibenda est*) (2). De ce nombre étaient encore les conventions relatives à des jeux de hasard (*alearum lusus*) (3), et les paris (*sponsiones*) faits à l'occasion de pareils jeux (4).

1621. Les conventions faites contrairement à de telles prohibitions étaient frappées de nullité : « Pactum contra jus aut constitutiones aut senatusconsultum interpositum nihil momenti habet (5). » Soit qu'elles fussent restées dans les termes d'un pacte nu, soit qu'elles eussent été jointes à un contrat, soit qu'elles eussent été suivies d'un commencement d'exécution, soit même qu'elles eussent été revêtues des formes de la stipulation, aucun des effets dont nous avons parlé ci-dessus n'était produit. Elles ne valaient ni comme contrat *verbis*, ni comme pacte joint, ni comme contrat formé *re*, ni comme simple pacte produisant des obligations naturelles; elles ne pouvaient être invoquées ni par action ni par exception; elles n'étaient susceptibles ni d'être novées, ni d'être garanties par fidéjussion, par constitut, par hypothèque ou par aucune autre sûreté accessoire; et les conséquences du paiement ou du commencement d'exécution fait par l'une des parties étaient la répétition par la *condictio indebiti* (6).

## TITULUS XXVII.

DE OBLIGATIONIBUS QUASI EX CONTRACTU.

Post genera contractuum enumerata, dispiciamus etiam de iis obligationibus quæ non proprie quidem ex contractu nasci intelliguntur, sed tamen quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur.

## TITRE XXVII.

DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT COMME D'UN CONTRAT.

Après l'énumération des divers genres de contrats, traitons de ces obligations qui ne naissent pas, à proprement parler, d'un contrat, mais qui, ne prenant pas leur source dans un délit, semblent naître comme d'un contrat.

(1) Dig. 13. 7. *De pignorat. action.* 4. f. Ulp. 5 et 6. f. Pomp., et ci-dessus, tom. II, n° 601. — Cod. 8. 35. *De pactis pignorum et de lege commissoria in pignoris rescindenda*, 3. const. Constantin. — (2) PAUL. Sent. 1. 1. § 6. — Dig. 23. 4. *De pactis dotalibus*. 2 et 4. pr. f. Ulp.; 5. §§ 1 et 2. f. Paul.; 6. f. Ulp. 14 à 17. — Cod. 5. 14. *De pactis conv. tam super dote*, etc. const. 3. 6. 9 et 10. — Dig. 24. 3. *Solutio matrim.* 14. § 1. f. Ulp. — (3) Dig. 11. 5. *De aleatoribus*, et Cod. 3. 43. *De aleatoribus et alearum lusu*. — (4) Dig. 11. 5. 3. f. Marcian. et 19. 5. *De præscriptis verb.* 17. § 5. f. Ulp. — (5) PAUL. Sent. 1. 1. § 4. — (6) Dig. 12. 6. *De condict. indebiti*. 26. §§ 1 et 2. f. Ulp. — Cod. 4. 32. *De usuris*. 18 et 26. § 1. — Cod. 4. 29. *Ad sen. cons. Velleian.* 9. const. Gord. — Dig. 16. 1. *Ad sen. cons. Vell.* 8. § 3. f. Ulp. et 16. § 1. f. Julian. — Dig. 11. 5. *De aleat.* 4. §§ 1 et 2. f. Paul. — 19. 5. 17. § 5. f. Ulp.

1622. Nous avons déjà expliqué ces expressions : *quæ quasi ex contractu nascuntur* (n° 1198). Nous savons que, suivant la classification de l'ancienne jurisprudence romaine, les deux causes d'obligations mises nominalement en saillie sont uniquement : le contrat (*contractus*), et le délit (*maleficium* ou *delictum*); de telle sorte que, lorsque la jurisprudence a voulu classer d'autres causes qui ne rentraient ni dans l'une ni dans l'autre de celles-là, elle a dit d'elles qu'elles étaient des imitations, des figures variées de ces causes primitives (*variæ causarum figuræ*); elle les a rattachées soit au contrat, soit au délit, selon qu'elles offraient plus d'analogie avec l'un ou avec l'autre; et elle a dit que l'obligation naissait *quasi ex contractu*, ou *quasi ex delicto*. D'où l'on a fait, dans notre droit, par abréviation, les substantifs *quasi-contracts* et *quasi-délits*, pour désigner ces nouvelles sources d'obligations. Le texte, après les obligations résultant des contrats (*ex contractu*), expose celles qui naissent *quasi ex contractu*.

1623. L'obligation, comme tout droit, ici comme partout, est engendrée par un fait. Mais ce fait a cela de particulier : d'une part, qu'il ne contient aucune convention, aucun accord de volontés entre les parties sur l'obligation qu'il fait naître, de telle sorte qu'on ne peut pas dire qu'il soit un contrat; d'autre part, que ce fait étant licite, on ne peut pas dire non plus qu'il soit ni un délit, ni même la figure d'un délit. Et comme, en définitive, il se rapproche plus du contrat que du délit, c'est au contrat qu'on le rattache. — Les principaux de ces faits dont traite successivement notre texte sont : 1° la gestion des affaires d'autrui, sans mandat exprès ni tacite (*negotiorum gestio*); 2° la tutelle et la curatelle; 3° la communauté, soit de choses particulières, soit d'universalités, existant entre plusieurs, sans convention de société (*communio incidens*); 4° l'acceptation d'une hérédité; 5° et enfin le paiement fait, par erreur, d'une chose non due (*solutio indebiti*). En y regardant de plus près, on trouve cette particularité bien remarquable que le plus grand nombre de ces faits générateurs d'obligations ont leur analogie dans un contrat déterminé du droit civil, dont ils sont comme la figure. Ainsi, la gestion d'affaires, la tutelle et la curatelle sont comme des figures variées du contrat de mandat; la communauté accidentelle est comme la figure du contrat de société; enfin, le paiement, par erreur, de l'indû, est le plus souvent comme la figure du contrat de *mutuum*. Mais cette analogie plus intime ne se présente pas pour tous les cas. Et d'ailleurs, il ne s'agit jamais que d'une figure bien imparfaite, puisque le trait commun et caractéristique de ces faits, c'est l'absence de convention entre les parties. — Le principe de raison qui domine ces faits, et qui motive la plupart des obligations nées comme d'un contrat, c'est que nul ne doit s'enrichir du bien d'autrui. Cependant cet autre principe, qu'on est tenu de réparer le préjudice occasionné à autrui par sa faute, y figure aussi,

quoique plus rarement. Et comme les jurisconsultes romains ont rangé dans cette classe diverses obligations imposées par la loi à cause de certaines relations, un autre principe s'y rencontre encore : celui de l'utilité commune, et des devoirs de famille ou de société.

**I.** Igitur cum quis absentis negotia gesserit, ultro citroque inter eos nascuntur actiones quæ appellantur negotiorum gestorum. Sed domino quidem rei gestæ adversus eum qui gessit, directa competit actio: negotiorum autem gestori, contraria. Quas ex nullo contractu proprie nasci manifestum est, quippe ita nascuntur istæ actiones, si sine mandato quisque alienis negotiis gerendis se obtulerit: ex qua causa ii quorum negotia gesta fuerint, etiam ignorantes obligantur. Idque utilitatis causa receptum est, ne absentium qui subita festinatione coacti, nulli demandata negotiorum suorum administratione, peregre profecti essent, desererentur negotia; quæ sane nemo curaturus esset, si de eo quod quis impendisset, nullam habiturus esset actionem. Sicut autem is qui utiliter gesserit negotia habet obligatum dominum negotiorum, ita et contra iste quoque tenetur ut administrationis rationem reddat. Quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem, nec sufficit talem diligentiam adhibere qualem suis rebus adhibere solet, si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia.

**II.** Tutores quoque, qui tutelæ iudicio tenentur, non proprie ex contractu obligati intelliguntur (nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur); sed quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. Et hoc autem casu mutæ sunt actiones; non tantum enim pupillus cum tutore habet tutelæ actionem, sed, ex contrario, tutor cum pupillo habet contrarium tutelæ, si vel impenderit aliquid in rem pupilli, vel pro eo fuerit obligatus, aut rem suam creditoribus ejus obligaverit.

1624. Aux deux cas exposés dans ces deux paragraphes, il faut joindre celui de la curatelle, et l'on aura les trois sortes de faits qui présentent comme une figure imparfaite du contrat de

**I.** Ainsi, lorsque quelqu'un a géré les affaires d'un absent, il naît entre eux, de part et d'autre, des actions appelées *negotiorum gestorum*, action directe pour celui dont l'affaire a été gérée contre le gérant, action contraire pour ce dernier. Il est évident que ces actions ne naissent en réalité d'aucun contrat; car elles ont lieu lorsque, sans mandat, quelqu'un s'est ingéré dans les affaires d'autrui: par là, ceux dont les affaires ont été gérées sont obligés, même à leur insu. C'est par utilité que ceci a été admis, pour que les affaires des absents, forcés de partir subitement et en hâte, sans en avoir confié l'administration à personne, ne restassent pas à l'abandon; car nul, sans doute, ne s'offrirait pour y donner des soins, s'il ne devait avoir aucune action pour les dépenses qu'il y aurait faites. Mais, de même que celui qui a géré d'une manière utile les affaires d'un autre a celui-ci pour obligé, de même à son tour, il est tenu de rendre compte de son administration. Ce compte doit être rendu jusqu'à concurrence de la diligence la plus exacte; car il ne suffit pas au gérant d'apporter à la gestion les soins qu'il met habituellement à ses propres affaires, toutes les fois qu'un autre plus diligent administrerait mieux.

**2.** Les tuteurs, tenus de l'action de tutelle, ne sont pas non plus obligés, véritablement, par un contrat (car il n'intervient aucun contrat entre le tuteur et le pupille); mais comme ils ne le sont pas, bien certainement, par un délit, ils semblent obligés comme par un contrat. Dans ce cas aussi il y a actions mutuelles; car le pupille n'est pas le seul à avoir l'action de tutelle contre son tuteur; celui-ci, à son tour, a contre le pupille l'action contraire de tutelle, s'il a fait, pour les affaires de ce dernier, quelques dépenses, contracté quelque obligation, ou engagé quelque chose.

mandat: la gestion d'affaires, la tutelle et la curatelle. Les obligations résultant de ces faits sont protégées par des actions réciproques entre les parties, et divisées, à l'exemple de celles du mandat, en actions directes et actions contraires. Pour la gestion d'affaires: *negotiorum gestorum actio directa*, au maître dont l'affaire est gérée; et *actio contraria* au gérant. Pour la tutelle, *tutelæ actio directa* au pupille, à la fin de la tutelle; et *actio contraria* au tuteur. Enfin, pour la curatelle, nous savons que, faute d'action spéciale, on avait donné, par extension et par utilité, une sorte d'action de gestion d'affaires: *utilis negotiorum gestorum actio directa*, à celui dont la curatelle était gérée, et *actio contraria* au curateur (tom. II, n° 285).

**III.** Item, si inter aliquos communis res sine societate, veluti quod pariter eis legata donatave esset, et alter eorum alteri ideo teneatur *communi dividundo* iudicio, quod solus fructus ex ea re perceperit, aut quod socius ejus solus in eam rem necessariarias impensas fecerit, non intelligitur proprie ex contractu obligatus; quippe nihil inter se contraxerunt: sed quia non ex maleficio tenetur, quasi ex contractu teneri videtur.

**3.** De même, si une chose est commune entre plusieurs sans qu'il y ait entre eux société, par exemple, parce qu'elle leur a été léguée ou donnée conjointement, et que l'un d'eux soit tenu envers l'autre par l'action *communi dividundo* pour avoir seul perçu les fruits de cette chose, ou parce que l'autre y aurait fait des impenses nécessaires, il n'est pas obligé, en réalité, par un contrat, puisqu'il n'y a eu entre eux aucun contrat, mais comme il ne l'est pas par un délit, il semble l'être comme par un contrat.

1625. *Necessarias impensas*. Notre texte ne parle que des impenses nécessaires; mais beaucoup d'autres disent, les impenses en général, sans distinguer si elles étaient nécessaires ou simplement utiles (1). Toutefois, il est vrai qu'autrefois quelques auteurs pensaient que les communistes ne pouvaient avoir d'action que pour les impenses nécessaires. Cette opinion avait prévalu pour la dot (2), et il est probable que le rédacteur de notre paragraphe l'aura partagée. Cependant, rien ne nous force de penser, surtout en présence des textes nombreux insérés au Digeste, que Justinien, en indiquant seulement les impenses nécessaires, ait voulu exclure les autres (3).

**IV.** Idem juris est de eo qui coheredi familiæ erciscundæ iudicio ex his causis obligatus est.

**4.** De même de celui qui, pour les mêmes motifs, est tenu, envers son cohéritier, par l'action *familiæ erciscundæ*.

1626. Les deux cas indiqués par les deux paragraphes qui précèdent sont ceux qui présentent comme des figures variées

(1) Dig. 10. 3. *Comm. divid.* 6. pr. et § 3. f. Ulp.; 11. f. Gai. 12. f. Ulp. 14. § 1. f. Paul. 22. f. Pomp. 29. f. Paul. — Dig. 17. 2. *Pro socio*. 34. f. Gaius. et 65. § 13. f. Paul. — Dig. 44. 7. *De oblig. et act.* 46. f. Paul. — (2) Dig. 37. 7. *De dot. collat.* 1. § 5. Ulp. — (3) Voy. M. Schrader, *hic*; voy. cependant la *Glossa Taurin.*, *hic*.

du contrat de société, savoir, la communauté accidentelle dans une propriété par indivis, ou dans une hérédité. En l'absence de l'action *pro socio*, une seule et même action est ouverte ici à chaque communiste : l'action *communi dividundo*, dans le cas de copropriété par indivis ; l'action *familiæ erciscundæ*, dans le cas de cohérédité. Nous savons que le but principal de ces actions est de faire opérer le partage et cesser ainsi l'indivision. Qu'en conséquence elles emportent principalement et nécessairement une adjudication (voir tom. II, n° 319, et ci-dessus, n° 1547). Mais le juge avait aussi le pouvoir de prendre en considération tout ce dont les copropriétaires ou les cohéritiers pourraient être redevables les uns envers les autres, soit pour frais de gestion dans la chose commune, soit pour perception de fruits, pour détériorations, pour inégalités de lots, ou pour toutes causes semblables, et de prononcer, en conséquence, des condamnations. Nous avons suffisamment indiqué déjà (ci-dessus, n° 1547) les différences qui séparent l'action *communi dividundo* de l'action *pro socio*.

1627. On peut rapprocher de ces deux cas celui de la confusion des limites entre propriétés voisines : bien qu'ici il n'y ait pas copropriété, communauté, comme dans les deux cas précédents. Néanmoins, ce fait établit entre les propriétaires voisins des obligations réciproques de faire opérer la démarcation des limites, et de se rendre compte de ce dont ils seraient redevables l'un envers l'autre par suite de la confusion. L'action attribuée, dans ce but, à chacun des propriétaires voisins, est l'action *finium regundorum* (1). Elle a cela de remarquable, qu'elle peut contenir aussi *adjudication*, si le juge trouve convenable de changer en certains endroits les limites, sauf à faire tenir compte aux parties de ce changement.

V. Heres quoque legatorum nomine non proprie ex contractu obligatus intelligitur (neque enim cum herede, neque cum defuncto, ullum negotium legatarius gessisse proprie dici potest); et tamen quia ex maleficio non est obligatus heres, quasi ex contractu debere intelligitur.

5. L'héritier est aussi obligé envers le légataire, non en vertu d'un contrat, puisqu'on ne peut pas dire que le légataire ait fait aucun contrat, soit avec l'héritier, soit avec le défunt; et cependant comme l'héritier n'est pas obligé par un délit, il semble l'être comme par un contrat.

1628. Nous avons déjà expliqué (tom. II, n° 389 et suiv.) les obligations de l'héritier quant aux legs dont il est chargé, et les actions attribuées, à ce sujet, au légataire. Cette espèce d'obligation *quasi ex contractu* ne peut se comparer à aucun contrat déterminé.

VI. Item is cui quis per errorem non debitum solvit, quasi ex contractu de-

6. De même celui à qui, par erreur, une chose non due a été payée, paraît

(1) Dig. 10. 1, et Cod. 3. 39. *Finium regundorum*. — Ci-dessous, liv. 4. tit. 17. *De offic. jud.* § 4 à 7.

être débiteur comme par un contrat. Il est si vrai que son obligation ne vient pas d'un contrat, qu'à raisonner plus rigoureusement, nous pourrions dire, comme nous l'avons déjà fait, qu'il est obligé par un acte de dissolution plutôt que de formation de contrat. Car celui qui donne de l'argent en paiement, le donne plutôt pour dissoudre que pour former un contrat. Cependant celui qui le reçoit est obligé comme s'il lui avait été donné en prêt, et, par conséquent, il est soumis à la *condictio*.

1629. Quiconque paye ce dont il sait ne pas être débiteur ne fait pas un paiement pour se libérer, il fait plutôt, suivant le droit romain, une libéralité. La répétition n'est donc accordée, dans cette législation, qu'à celui qui paye par erreur ce qu'il croit devoir et ce qu'il ne doit pas réellement. Toutefois, l'on n'accorderait pas la *condictio indebiti* à celui qui, étant obligé en vertu du droit naturel, acquitterait son obligation, se croyant, à tort, obligé en vertu du droit civil : parce que, si l'obligation naturelle ne suffit pas pour donner action, elle suffit pour motiver un paiement.

1630. Au reste, notre texte, disant que celui qui a reçu une somme non due est obligé comme s'il l'avait reçue en *mutuum*, considère celui qui a reçu cette somme comme en étant devenu propriétaire : l'erreur n'empêche donc pas ici la translation de propriété; de telle sorte que le paiement fait par erreur donnerait lieu à l'usucapion si la chose payée était chose d'autrui, pourvu, sans contredit, que celui qui l'aurait reçue fût de bonne foi. — Les fous et les pupilles ne pouvant pas aliéner, il en résulte qu'un paiement fait par eux, soit sciemment, soit par erreur, ne donne lieu à aucune *condictio*, mais bien à la revendication, si les sommes payées existent encore; si elles n'existent plus, alors, et seulement alors, il y a lieu pour eux à la *condictio*. Si c'est à un fou ou à un pupille non autorisé que le paiement de l'indû a été fait, comme ils ne peuvent s'être obligés en recevant, on n'a contre eux la *condictio indebiti* que jusqu'à concurrence de ce dont ils se trouvent enrichis au moment de la *litis contestatio*.

1631. Lorsque le paiement de l'indû fait par erreur a pour objet des choses de genre, *quæ pondere, numero, mensurave constant*, la propriété en étant transférée par le paiement, et la *condictio indebiti* ayant pour but, de même que la *condictio certi du mutuum*, de redemander des choses semblables, en mêmes quantité et qualité, le fait du paiement de l'indû présente une grande analogie avec le *mutuum* et a pu lui être imparfaitement comparé. Mais ce cas n'est pas le seul auquel s'appliquent les effets de la *solutio indebiti*. Dans ces expressions doivent être

considérées comme comprises toutes espèces de prestations quelconques accomplies par erreur au profit d'un autre, quoiqu'elles ne lui fussent pas dues : non-seulement la dation ou la livraison de choses quelconques, mais l'exécution d'un fait, le cautionnement d'une obligation, la souscription d'un chirographe, l'abandon d'un droit, la remise d'une dette. Dans ces divers cas, la *condictio indebiti* ne peut plus avoir pour but de se faire restituer en propriété des choses semblables, en mêmes quantité et qualité; mais seulement de faire rétablir les faits ou les droits, si ce rétablissement est possible, et s'il ne l'est pas, de se faire indemniser (1). En cas pareil, il est évident que le paiement de l'indû n'offre plus d'analogie avec le *mutuum*; ni la *condictio indebiti* avec la *condictio certi*.

VII. Ex quibusdam tamen causis repeti non potest quod per errorem non debitum solutum sit. Sic namque definiunt veteres, ex quibus causis inficiendo lis crescit, ex iis causis non debitum solutum repeti non posse: veluti ex lege Aquilia, item ex legato. Quod veteres quidem in iis legatis locum habere voluerunt, quæ certa constituta per damnationem cuicumque legata fuerant. Nostra autem constitutio, cum unam naturam omnibus legatis et fideicommissis indulsit, hujusmodi augmentum in omnibus legatis et fideicommissis extendi voluit; sed non omnibus legatariis præbuit, sed tantummodo in iis legatis et fideicommissis quæ sacrosanctis ecclesiis et ceteris venerabilibus locis, quæ religionis vel pietatis intuitu honorificentur, derelicta sunt. Quæ, si indebita solvantur, non repetuntur.

1632. Dans tous les cas où la dénégation aurait eu pour effet, en cas de condamnation, de faire croître le montant de ces condamnations, on considère le paiement comme fait moins par erreur que par une sorte de transaction, pour éviter la chance d'être condamné au double. En conséquence, la *condictio indebiti* n'a pas lieu.

*Certa constituta*. Théophile nous donne pour exemple de legs *per damnationem certa constituta* celui fait de la manière suivante : JE TE CONDAMNE, MON HÉRITIER, A DONNER A TITIUS CENT ÉCUS D'OR; et pour exemple d'un legs *per damnationem* dont l'objet est *incertum constitutum* : JE TE CONDAMNE, MON HÉRITIER, A DONNER A TITIUS LA SOMME QUI EST DANS MON COFFRE.

(1) Dig. 12. 6. De *condict. indeb.* 22. § 1. fr. Pomp.; 26. § 12; et 31. f. Ulp.; 39 et 40. § 2. f. Marcian. — Cod. 4. 5. De *condict. indeb.* 3. const. Dioclet. et Maxim.

*Nostra autem constitutio*. La constitution dont parle Justinien, si elle doit contenir textuellement les dispositions que mentionne ici cet empereur, n'existe plus; mais il est plus probable qu'il a voulu dire que de cette constitution on pouvait tirer les conséquences qu'il signale dans notre texte; alors cette constitution se trouve dans son Code (6. 43. *Comm. de legat.* 2. — 1. 3. De *episcop.* 46, § 7).

*Ceterisque venerabilibus*. Ces autres lieux vénérables étaient les monastères, les lieux de refuge pour les étrangers, pour les mendiants, pour les orphelins, pour les nouveau-nés, pour les vieillards (1).

#### De la prestation des fautes.

1633. Maintenant que nous venons de parcourir toutes les obligations nées de contrats, ou comme de contrats, nous possédons les éléments nécessaires pour voir jusqu'à quel point les jurisconsultes romains avaient systématisé, en cette matière, une doctrine importante, dont on s'est préoccupé beaucoup, et sur laquelle on a publié, surtout en Allemagne, depuis le commencement du siècle jusqu'à ce jour, un grand nombre de monographies : je veux parler de la théorie des fautes. Il ne nous reste, pour ainsi dire, sur ce point, qu'à nous résumer.

1634. Le dommage qu'une personne éprouve peut provenir ou d'un cas fortuit (*casus*), d'une force majeure (*vis major*), que l'homme est impuissant à prévoir ou à écarter; ou d'un fait, d'une omission provenant d'une autre personne. — Nul, à moins de convention contraire, n'est responsable des cas fortuits, ni de la force majeure (2). C'est à celui qui a un droit, soit de propriété (ou tout autre droit réel), soit de créance, à souffrir des accidents fortuits ou de force majeure par lesquels l'objet de son droit peut être frappé, ou, comme on dit, à en courir le risque (*periculum*). — Quant aux faits ou aux omissions de l'homme, si celui-ci n'a fait qu'user de son droit, il n'en est responsable envers personne : « Nemo damnum facit, nisi qui id fecit quod facere jus non habet; » — « Non videtur vim facere, qui suo jure utitur (3). » mais si le fait ou l'omission sont illicites et imputables, c'est-à-dire de nature à être mis sur le compte de leur auteur, ils peuvent entraîner pour lui, en matière civile, l'obligation d'en réparer les conséquences. Quelque analogie qu'aient ces faits avec les cas de délits ou d'obligations nées comme d'un délit, nous n'avons pas à nous en occuper ici sous ce rapport; nous devons les considérer exclusivement dans les cas de contrats ou d'obligations nées comme d'un contrat.

(1) Cod. 1. 2. De *sacrosanct. eccles.* 23. const. Justinian. — (2) Dig. 50. 17. De *regul. jur.* 23. in fine. f. Ulp. — Cod. 4. 24. De *pignorat. act.* 6. const. Alexan. — (3) Dig. *Ibid.* 151 et 155. § 1. f. Paul.

1635. Les faits illicites, c'est-à-dire contraires au droit (*injuria*), portant préjudice à autrui et imputables à leur auteur, se divisent, chez les Romains, en dol (*dolus*) et en faute (*culpa*). Dol (*dolus*), lorsque de pareils faits ont été commis à dessein de nuire; faute (*culpa*), quand ils ont eu lieu sans intention nuisible. — Les conditions *sine qua non* pour qu'ils soient imputables, c'est-à-dire pour qu'ils puissent être mis sur le compte de la personne de qui ils proviennent, c'est que cette personne ait agi, dans ces faits, en état de raison et de liberté. Cela étant, cette personne en est responsable, c'est-à-dire qu'elle doit répondre à l'appel pour le règlement du compte qu'on est en droit de lui en demander. Nous avons montré ailleurs combien à faux sont employés trop souvent, même dans le langage courant de nos jurisconsultes, ces mots d'imputable, d'imputabilité (*Éléments de droit pénal*, n<sup>o</sup> 220 et suiv.). L'imputabilité, la responsabilité ont lieu pour les bonnes comme pour les mauvaises actions; les deux conditions *sine qua non* en sont toujours la raison et la liberté, et il n'y en a pas d'autres. Bonne ou mauvaise, aucune action ne peut être mise sur le compte d'une personne si cette personne n'a pas été libre, en la faisant, de la faire ou de ne pas la faire; aucun mérite ou démérite n'existe si elle l'a faite n'ayant pas sa raison. Ces règles générales et sans exception s'appliquent au dol et à la faute, de même qu'à tous les actes de l'homme.

1636. Le dol considéré dans l'acception où le prennent ici les jurisconsultes romains diffère, par certaines nuances, de celui qui est défini par Labéon, et qui a pour but de tromper une personne et de surprendre son consentement au moyen de quelque manœuvre (1). Ici il s'agit de tout préjudice illicite causé à dessein, même sans intervention de la personne lésée. Il y a une mesure bien caractéristique et bien facile à saisir : le dessein de nuire. — Dans tous les cas, on est obligé de réparer les conséquences de son dol; il n'est même pas permis de convenir d'avance qu'on n'en sera pas tenu : « *Illud nulla pactione effici potest, ne dolus præstetur* (2). »

1637. Le mot de faute (*culpa*) embrasse des idées diverses, et est susceptible de nuances variées. Un point commun, c'est l'absence d'intention nuisible. — A proprement parler, l'idée principale enfermée dans les deux mots, *culpa* en latin, *faute* en français, est celle d'un manquement à un devoir. Notre mot français, dont la racine est germanique, est tiré de l'image d'une chute (en allemand *Fall*, chute); d'où *faillir*, *faillite*, *failli*. Nous reproduisons la même image dans plusieurs autres expressions venues du latin, *rechute*, *récidive*; en notre ancien langage *relaps* et *rencheoir* (récidiver). La racine latine, *culpa*, a passé

(1) Dig. 4. 3. *De dolo malo*. 1. § 2. f. Ulp. — (2) Dig. 2. 14. *De pactis*. 27. § 3 f. Paul. — 50. 17. *De regul. jur.* 23. f. Ulp.

aussi chez nous dans notre vieux mot *coulpe*; et dans les termes consacrés de notre droit pénal, *coupable*, *culpabilité*. En ces derniers termes, l'acception est large, suivant son origine sans restriction, *manquement à un devoir*. Mais dans l'acception des jurisconsultes romains dont il s'agit ici, la signification est adoucie : *culpa*, manquement à un devoir sans intention de nuire.

1638. Cela posé, le dommage qui a eu lieu peut être le résultat soit d'actions, soit d'omissions préjudiciables : force impulsive dans un cas, simple inaction dans l'autre. Or l'on conçoit que si l'homme est généralement tenu de s'abstenir de toute action nuisible à autrui, il n'est pas également obligé de mettre son activité au service d'autrui, de veiller pour les intérêts d'un autre, et de répondre en ce point des résultats de son inaction. Mais des contrats, ou certaines relations particulières, peuvent venir lui imposer même cette dernière obligation, lui en faire un devoir; de telle sorte qu'y manquer soit pour lui une faute.

Cette activité, ces soins de l'homme, dans le but de détourner tout dommage qui pourrait survenir, reçoivent des jurisconsultes romains le nom de *diligentia* : on dit de celui qui y est tenu qu'il doit *præstare diligentiam*; et l'omission, la négation de cette activité, est la *negligentia*, ou l'*omissio diligentia* : « *Magna negligentia culpa est*, » dit le jurisconsulte Paul; la grande négligence est un manquement au devoir.

Quand cette activité doit s'appliquer à la garde, à la conservation d'une chose corporelle, elle prend le nom particulier de *custodia*, emportant ordinairement l'idée qu'on est responsable des vols, des détournements, des usucapions qu'une surveillance plus attentive aurait pu prévenir, et quelquefois même des risques fortuits de cette garde (1).

1639. Les jurisconsultes romains ont divisé bien ostensiblement la faute en deux degrés. — Un premier degré dans lequel ils lui donnent les qualifications de *culpa lata*, *culpa latior*, *magna culpa*, faute grave ou faute lourde, et qu'il avait prévalu parmi eux d'assimiler au dol, quant à la responsabilité des dommages-intérêts. « *Magna culpa dolus est* (2); » d'où la dénomination qu'ils lui donnent encore de *culpa dolo proxima*. — Un second degré, pour lequel nous rencontrons les diverses désignations de *culpa* en général, ou *omnis culpa*; *culpa levis*, *levior*, et, en un seul passage, *culpa levissima* (3), la faute légère.

1640. Mais ces degrés, ces épithètes ne sont rien si on ne nous donne le terme de comparaison, l'unité de mesure. Quel

(1) Voir ci-dessus, liv. 3. 23. § 3 et n<sup>o</sup> 1472; et ci-dessous, liv. 4. tit. 1. § 17. — (2) Dig. 16. 3. *Deposit.* 32 f. : « *Quod Nerva diceret, latiore culpam dolum esse, Proculo displicebat; mihi verissimum videtur.* » — 44. 7. *De oblig. et act.* 1. § 5. f. Gai. : « *Magnam tamen negligentiam placuit in dolo cadere.* » — 50. 16. *De verbor. signif.* 226. f. Paul. : « *Magna negligentia culpa est; magna culpa dolus est.* » — (3) Dig. 9. 2. *Ad leg. Aquil.* 44. pr. f. Ulp.

sera donc, pour apprécier la faute, le terme auquel nous la comparerons? Pour cela deux procédés se présentaient : ou bien prendre un terme de comparaison absolu, dans les hommes considérés en général; ou bien prendre un terme de comparaison relatif, dans le caractère habituel de la personne même dont il s'agit d'apprécier les faits. Les jurisconsultes romains ont employé l'un et l'autre procédé.

1641. D'après le premier procédé, quant à la faute grave (*lata culpa*), on prendra pour type le commun inférieur des hommes; il y aura faute grave, en cas d'actes ou de négligences dommageables que le commun le plus grossier des hommes n'aurait pas commis, dont tous auraient compris les conséquences et que tous auraient pu éviter : « *Lata culpa est nimia negligentia, id est non intelligere quod omnes intelligunt*; » — « *Lata culpæ finis est non intelligere quod omnes intelligunt*; » ainsi la définissent, en termes presque identiques, Ulpien et Paul (1). — Au contraire, quant à la faute légère (*levis culpa*), on prendra pour type le père de famille le plus soigneux, le plus diligent (*quisque diligens, diligentissimus pater familias*). Pour être exempt de toute faute, il faudra s'être conduit en tout comme se serait conduit un pareil homme : « *Culpa autem abest, si omnia facta sunt, quæ diligentissimus quisque observaturus fuisset* (2). » C'est ce que les jurisconsultes romains nomment *exacta, exactissima diligentia* : « *Talis diligentia qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet* (3). »

1642. Du reste, on voit suffisamment par là que ces diversités d'expressions, ces comparatifs ou ces superlatifs d'épithètes : *lata, latior; levis, levior, levissima; diligens, diligentissimus; exacta, exactissima*, ne sont que des variations de style : c'est se perdre dans une confusion inextricable que de vouloir marquer à chacune une valeur distincte et graduée. Ceux qui l'ont prétendu, dans une phraséologie aussi variable, employée par des jurisconsultes différents, en des situations souvent fort diverses, en sont arrivés à une obscurité telle qu'on ne peut plus s'y reconnaître. Il a été longtemps de tradition dans les écoles de faire sortir de là trois degrés de faute : *lata, levis, levissima* : les divisions tripartites ont pour l'esprit humain un certain attrait auquel on a cédé plus d'une fois; mais avec celle-ci les textes du droit romain, au lieu d'en devenir plus clairs, sont jetés souvent en des contradictions ostensibles et inexplicables. Elle est plus généralement abandonnée aujourd'hui. En réalité, ce ne sont pas deux degrés, ni trois, ni quatre, qu'il y a dans la faute : c'est un nombre infini, ce sont des nuances multiples, parce que ni tous les devoirs ni tous les manquements au devoir n'ont la même

(1) Dig. 50. 16. *De verb. signif.* 213. § 2. f. Ulp. et 223. pr. f. Paul. — (2) Dig. 19. 2. *Locat.* 25. § 7. — (3) Dig. 13. 6. *Commod.* 18. pr. f. Gai.

importance. Mais du moment que l'on veut compter, que l'on veut fixer des mesures, il faut une unité de mesure, je n'y connais absolument aucun autre moyen : or nous voyons que celle adoptée par les jurisconsultes romains, d'après le premier procédé que nous venons d'indiquer, ne comporte que deux degrés, mesurés sur deux types abstraits : ou le commun le plus grossier des hommes (*culpa lata*), ou le père de famille le plus diligent (*culpa levis*).

1643. D'après le second procédé, on prend pour type le caractère habituel de celui-là même dont il s'agit d'apprécier les actes, et on dit selon le cas : qu'il est obligé d'apporter même plus de soin qu'il n'en apporte habituellement à ses propres affaires : « *Nec sufficit ei eandem diligentiam adhibere quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire poterit* (1); » ou seulement autant : « *Sufficit etenim talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet* (2). » Ici c'est une autre mesure; mais il n'y a, non plus, que deux degrés : dans la première de ces obligations on dit qu'il est tenu même de la faute légère; dans la seconde, qu'il n'est tenu que de la faute grave. Il ne faut pas disputer à ce dernier cas, dans cette seconde manière de mesurer, la qualification de *culpa lata* ou *latior*; Celse la lui donne formellement, en assimilant cette faute au dol, de la part de celui qui en est tenu (3), et c'est précisément d'une faute de ce genre que Gaius a dit également : « *Placuit in dolo cadere* (4). »

1644. Dans le langage de la doctrine, on dit, à l'égard du premier procédé d'appréciation, que la faute est considérée *in abstracto*; et, à l'égard du second, qu'elle l'est *in concreto*. De l'une ou de l'autre manière, voilà une mesure appréciable; voilà pour un esprit sérieux, qui ne se paye pas d'épithètes, un moyen de se rendre compte. Laissez donc de côté, dans les textes des jurisconsultes romains, les épithètes : souvent ils n'en emploient aucune là où, pour le même cas, mais ailleurs, ils en font figurer de plusieurs sortes; laissez les comparatifs, les superlatifs; allez au fond des choses, et demandez-vous : La faute dont celui-ci est tenu est-elle mesurée d'une manière absolue sur le commun le plus grossier des hommes, ou sur le père de famille le plus diligent? ou bien est-elle mesurée d'une manière relative : même plus de soin qu'il n'en apporte à ses propres affaires, ou seule-

(1) Dig. 44. 7. *De oblig.* 1. § 4. f. Gai.; ci-dess. tit. 14. § 2, et tit. 27. § 1. — Et Paul également, Dig. 18. 6. *De pericul. rei vend.* 3 : « *Ut diligentiam præstet exactiorem quam in suis rebus adhiberet.* » — (2) Dig. 17. 2. *Pro socio.* 72. fr. Gai. — 10. 2. *Famil. ercisc.* 25. § 16. f. Paul; et aussi Ulpien, Dig. 27. 3. *De tutor.* 1. pr. : « *Et quantum in rebus suis diligentiam.* » — (3) Dig. 16. 3. *Deposit.* 32. f. Cels. : « *Quod Nerva diceret, latiore culpam dolum esse, Proculo displicebat : mihi verissimum videtur. Nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito præstat, fraude non caret : nec enim salva fide minorem iis quam suis rebus diligentiam præstabit.* » — (4) Dig. 44. 7. *De oblig.* 1. § 5. f. Gai.