BnF Gallica

Les notions de "Debitum" (Schuld) et "Obligatio" (Haftung) et leur application en droit français moderne : thèse pour le [...]

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

{BnF Gallica

Popa, Ervin Ap.. Auteur du texte. Les notions de "Debitum" (Schuld) et "Obligatio" (Haftung) et leur application en droit français moderne : thèse pour le doctorat présentée... / par Ervin Ap. Popa... ; Université de Paris, Faculté de droit. 1935.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF. Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :
- La réutilisation non commerciale de ces contenus ou dans le cadre d'une publication académique ou scientifique est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source des contenus telle que précisée ci-après : « Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France » ou « Source gallica.bnf.fr / BnF ».
- La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service ou toute autre réutilisation des contenus générant directement des revenus : publication vendue (à l'exception des ouvrages académiques ou scientifiques), une exposition, une production audiovisuelle, un service ou un produit payant, un support à vocation promotionnelle etc.

CLIQUER ICI POUR ACCÉDER AUX TARIFS ET À LA LICENCE

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

- des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.
- des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter
utilisation.commerciale@bnf.fr.

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

30070

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE R.F.

LES NOTIONS DE « DEBITUM » (SCHULD) ET « OBLIGATIO » (HAFTUNG) ET LEUR APPLICATION EN DROIT FRANÇAIS MODERNE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 1er Juin 1935, à 14 heures

PAR

Ervin Ap. POPA

Président : M. DEMOGUE, *professeur*

Suffragants MM. LÉVY-BRUHL, *professeur*
ESMEIN, *professeur*

LIBRAIRIE DES FACULTÉS
E. MULLER
16, rue Monsieur-le-Prince, 16 - PARIS (VIe)
—
1935

C.

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE
R.F.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

8° F
38642

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions émises dans les thèses, ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE R.F.

LES NOTIONS DE «DEBITUM» (SCHULD) ET «OBLIGATIO» (HAFTUNG) ET LEUR APPLICATION EN DROIT FRANÇAIS MODERNE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 1er Juin 1935, à 14 heures

DON. 210013 Th-

PAR

Ervin Ap. POPA

Président : M. DEMOGUE, *professeur*

Suffragants MM. LÉVY-BRUHL, *professeur*
ESMEIN, *professeur*

LIBRAIRIE DES FACULTÉS
E. MULLER
16, rue Monsieur-le-Prince, 16 - PARIS (VIe)

1935

INTRODUCTION

1. — La découverte de la distinction entre *Schuld* (*debitum dette*) **et** *Haftung* (*obligatio, contrainte, responsabilité*) **dans les Droits anciens et son application aux Droits modernes.** — L'évolution que subit le droit des obligations[1] ne doit pas nous faire perdre de vue la structure intime de l'obligation sur laquelle les recherches historiques entreprises à partir de la fin du siècle dernier ont jeté une lumière particulière.

L'étude approfondie des sources de l'ancien droit romain ainsi que celle des anciennes sources germaniques ont dévoilé l'existence, dans les premières époques de ces droits et, en vue d'accomplir les fonctions assumées par l'obligation moderne, de deux rapports juridiques distincts ayant trait l'un — la *Schuld* — au devoir du débiteur, à l'activité que le débiteur doit mettre à la disposition du créancier, l'autre — la *Haftung* — aux moyens qu'avait le créancier pour obtenir satisfaction si le débiteur ne voulait pas accomplir sa dette. Ces deux éléments, conçus comme à même de se compléter réciproquement dans leurs fonctions, étaient indépendants au début. En échange, à mesure que l'on s'éloigne des premières époques on les rencontre groupés, soit engendrés par un seul et même acte, soit nés l'un en vertu de l'existence de l'autre[2] et leur rapprochement dans l'obligation est devenu tellement intime que les

1. **R. Demogue**, *Traité des Obligations en général*, vol. I, p. 1.
2. **O. v. Gierke**, *Deutsches Privatrecht*, III, *Schuldrecht*, 1917, p. 27 et s.

sources classiques et justinéennes nous parlent de l'obligation comme d'un lien unitaire, conception adoptée par la suite par toutes les législations modernes.

Tandis que les sources du droit romain ont permis d'entrevoir la distinction entre les éléments *Schuld* et *Haftung*[3], distinction dont on avait presque perdu la trace, celle-ci s'étant effacée peu à peu jusqu'aux compilations justinéennes, les sources de l'ancien droit allemand ont permis de déterminer leur exacte conformation juridique. Les résultats concordants auxquels ont mené les recherches entreprises sur d'autres droits anciens ont confirmé l'opinion selon laquelle cette distinction était un héritage indogermanique et qui la considérait comme propre à tout droit ancien[4]. Néanmoins rien ne permit au moment de la découverte de cette Distinction d'en déduire son caractère fondamental à tout droit des obligations en général donc aussi aux Droits modernes.

Toutefois en présence d'une part des deux éléments distincts et indépendants des anciens Droits, éléments de plus en plus souvent réunis à mesure qu'évoluait le Droit et d'autre part devant l'obligation de nos jours, présentée comme notion unitaire, les juristes sont normalement arrivés à se demander si cette unité élémentaire n'était pas simplement apparente, si l'on ne devait y distinguer entre la *Schuld* et la *Haftung*, voire même reconnaître de nos jours encore l'indépendance plus ou moins parfaite de ces éléments.

Pourtant le B. G. B.[5] sur lequel dans ce sens furent entreprises les premières recherches, à l'égal d'ailleurs de tous les autres codes modernes, ne contenait aucune dis-

3. V. surtout **Brinz**, *Der Begriff*. **Obligatio** dans Grünhuts Zeitschrift, 1874, p. 1 et s.

4. **O. v. Gierke**, o. c., p. 8 texte et n. 2.

5. **Bürgerliches Gesetzbuch**, Code civil de l'Allemagne, entré en vigueur le 1er janvier 1900.

position spéciale prouvant que la distinction entre *Schuld* et *Haftung* y avait été franchement accueillie.

Les juristes allemands se sont alors ingéniés à déduire l'existence de la Distinction dans leur droit moderne de l'esprit et même des données du B. G. B. Les résultats obtenus furent favorables à la thèse soutenant qu'il fallait aussi en droit allemand moderne distinguer entre *Schuld* et *Haftung* : le manque dans le B. G. B. de toute mention de la Distinction ne devait pas être interprété comme argument défavorable à son accueil par ce code, vu que malgré tout la distinction avait réussi à percer à travers les dispositions du B. G. B. (les *Grundpfandrechte* par exemple)[6].

On demanda de suite à la distinction entre *Schuld* et *Haftung* d'expliquer un grand nombre de difficultés soulevées dans le droit allemand moderne par le fonctionnement de quelques institutions, héritage pour la plupart (par exemple les *Grundpfandrechte*, les cas de reprise de dette, etc.) de l'ancien droit allemand. Les exagérations inhérentes à certains auteurs allemands trop portés aux constructions théoriques et aux subtilités excessives, ne manquèrent pas de ce côté-là. Mais malgré toutes les controverses parfois insolubles, surgies quant à l'étendue de l'applicabilité de la Distinction en droit allemand moderne et indépendamment de cette étendue, la seule possibilité de distinguer dans l'obligation du droit allemand moderne entre les éléments *Schuld* et *Haftung*, a eu pour toute la doctrine juridique une importance appréciable : vu que la notion d'obligation adoptée en doctrine allemande moderne ne différait pas de la même notion adoptée par les autres Droits modernes, l'applicabilité de la distinction entre *Schuld* et *Haftung* aux autres Droits modernes ne pouvait plus *a priori* être exclue.

6. V. *infra*, n° 48.

C'est ce qui incita les juristes des autres pays à entreprendre des recherches dans le même sens sur leurs codes. De toutes ces recherches nous ne nous occuperons que de celles effectuées sur le droit allemand moderne comme étant les premières de leur genre et de celles entreprises en Italie, qui sont à notre avis ses plus intéressantes pour notre droit, vu la grande ressemblance du Code civil italien d'avec le Code civil français.

2. — Contenu et division du volume. — Nous nous proposons de prouver, après avoir montré en quoi consiste la distinction entre *Schuld* et *Haftung* telle quelle se dégage le plus clairement de l'étude de l'ancien droit allemand et après avoir vu comment cette Distinction s'appliquait aux droits modernes allemand et italien, que cette Distinction est applicable également au droit français moderne. Aussi avons-nous consacré dans ce qui suit deux chapitres constituant la première partie de l'ouvrage à l'ancien droit allemand et au droit romain.

Pour l'ancien droit allemand nous avons en premier lieu exposé les conclusions auxquelles ont abouti les recherches entreprises sur différents droits particuliers, pour aborder ensuite la magistrale synthèse de Gierke nous donnant un aperçu de la situation de la distinction entre *Schuld* et *Haftung* valable pour l'ancien droit allemand en général. C'est cette synthèse de Gierke qui dégage complètement les deux notions et qui établit avec précision leurs rapports réciproques.

Le second chapitre, concernant le droit romain et dans lequel nous résumerons les vues de Brinz exposées dans son article d'importance capitale, *Der Begriff* **Obligatio**[7]

7. Dr **A. v. Brinz**, *Der Begriff* **Obligatio**, dans Zeitschrift für das Privat-und offentliche Recht der Gegenwart. Herausgegeben von Dr C. S. Grünhut, vol. I, 1874, p. 11-40.

pour continuer avec la démonstration de Pacchioni et terminer avec l'exposé de l'article de M. Cornil sur le *Debitum* et l'*Obligatio*, s'imposait à deux points de vue. La distinction entre *Schuld* et *Haftung* reconnue spécialement par les auteurs cités comme étant propre aussi au droit romain, l'identité de ces deux éléments dans les deux droits, romain et germanique, sont une preuve que la distinction entre *Schuld* et *Haftung* n'est pas spécifique du droit germanique, mais qu'elle est caractéristique des droits anciens en général. D'autre part l'existence dans le droit romain de cette distinction est *a priori* un argument contre ceux qui voudraient nier son applicabilité au droit français moderne du fait que le droit romain classique ne la connaissait pas.

La seconde partie de l'ouvrage contient trois chapitres dont le premier concerne l'applicabilité de la Distinction entre *Schuld* et *Haftung* au Droit allemand moderne sous le régime du B. G. B.

La doctrine allemande est fort divisée en ce qui concerne la conformation juridique des deux éléments et quant aux conséquences de leur application au droit allemand moderne. En effet les points de vue desquels partent les auteurs allemands pour admettre la Distinction dans ce Droit sont fort différents les uns des autres, car s'il y a des auteurs qui, en partant des données historiques ou même des dispositions du B. G. B., arrivent à des conclusions compatibles avec la nature de la Distinction, il y en a d'autres qui, en forgeant arbitrairement des notions qu'ils appellent *Schuld* et *Haftung*, arrivent par là à des conclusions contraires. C'est pour cela que la compréhension de certains résultats auxquels arrivent les différents auteurs allemands exige l'exposé de toute leur démonstration. Aussi avons-nous, dans une première section de ce chapitre, résumé les exposés de plusieurs auteurs allemands les plus importants

concernant leur enseignement sur la distinction entre *Schuld* det *Haftung*.

Forcément incomplets ces résumés se ressentent de la forme quelque peu obscure qu'ont adoptée certains des auteurs pour exprimer leurs idées, d'autant plus, que, pour ne pas trahir leur pensée, nous avons été obligés de résumer de très près certains passages, voire même, le cas échéant, d'en donner simplement la traduction. Quant aux expressions dont l'équivalent français ne pouvait pas être arrêté avec certitude, nous avons en général joint entre parenthèses au mot français choisi le mot allemand correspondant. Nous avons d'autre part adopté pour les résumés l'ordre de la publication des ouvrages nous intéressant, exception faite pour l'article de Siber, que nous plaçons immédiatement après celui d'Isay, à la critique des opinions duquel il est consacré. Pour les mêmes motifs nous avons placé les uns après les autres les résumés des idées de Strohal exposées dans son *Schuldübernahme* la critique qu'en a fait Gierke dans son ouvrage *Schuldnachfolge und Haftung* et la réplique que Strohal donne dans son ouvrage *Schuldpflicht und Haftung*[8].

Dans la seconde section de ce chapitre nous avons essayé de donner un aperçu général de la situation de la Distinction sous le régime du B. G. B., en tenant compte tant des auteurs dont les opinions ont été résumées dans la première section que d'auteurs dont nous n'avons pas spécialement résumé les ouvrages concernant la Distinction.

Le plan du chapitre qui traite de l'application de la Distinction en Droit italien est le même que celui du chapitre dont nous venons de parler : l'exposé des opinions des différents auteurs s'étant occupés de la question est suivi d'un

8. **E. Strohal**, *Schuldübernahme*, dans Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, vol. LVII, 1910, p. 231 et s. — **O. v. Gierke**, *Schuldnachfolge und Haftung insbesondere kraft Vermögensübernahme*, 1911; **E. Strohal**, *Schuldpflicht und Haftung*, 1914.

aperçu général de la situation de la Distinction en doctrine italienne.

Suit enfin le dernier chapitre dans lequel nous essayons de démontrer que sous le régime de notre Code civil on peut encore distinguer dans l'obligation les deux éléments *Schuld* et *Haftung*, que la distinction entre ces deux éléments n'est par conséquent pas étrangère à notre droit. C'était l'aboutissement normal de tous les développements antérieurs.

Nous ne nous proposons d'ailleurs nullement de mentionner tous les cas pouvant servir à prouver l'existence de la distinction entre *Schuld* et *Haftung* en droit français moderne. Nous voulons seulement, après avoir conclu à la possibilité de distinguer dans l'obligation de notre droit entre ces deux éléments, démontrer au moyen de quelques exemples appropriés que ces deux éléments, tout en étant — sous le régime de notre code à l'instar du B. G. B. et du Code civil italien — normalement réunis dans la notion d'obligation, ont quand même maintenu dans une certaine mesure leur indépendance.

Les résultats des recherches entreprises en droit allemand moderne et en droit italien nous imposent d'être réservés quant à la portée pratique immédiate des conclusions auxquelles nous mèneront nos recherches entreprises sur le droit français moderne. Pourra-t-on de ce fait nous faire un grief d'avoir entrepris ces recherches ? Assurément non. Une conception plus exacte de la notion d'obligation ne compense-t-elle pas largement le manque de portée pratique immédiate ? Et peut-on légitimement concevoir que cette conception de l'obligation, plus adéquate à la nature des choses, ainsi que toutes les conséquences qu'elle entraîne resteront sans influence sur les législateurs de demain ou que les décisions des juges ne s'en ressentiront pas ?

PREMIERE PARTIE

DROITS ANCIENS

CHAPITRE PREMIER

ASPECTS DE LA DISTINCTION ENTRE « SCHULD » (DETTE) ET « HAFTUNG » (RESPONSABILITE) DANS L'ANCIEN DROIT ALLEMAND

§ 1. La distinction dans les Droits germaniques particuliers.

3. — Le célèbre romaniste Brinz a, pour la première fois signalé d'une façon décisive aux juristes l'existence dans la notion d'obligation de deux éléments distincts[1]. Ses recherches portèrent sur l'ancien Droit romain et il consigna leur résultat dans un article intitulé : *Der Begriff Obligatio* (La notion d'Obligation), publié en 1874 dans la *Grünhuts Zeitschrift für das Privat und Offentliche Recht der Gegenwart*[2], article dont nous donnerons un aperçu sommaire dans le chapitre suivant.

Alertés par la découverte de Brinz, les historiens du Droit allemand entreprirent des recherches pour s'assurer si cette distinction ne se trouvait pas aussi dans l'ancien Droit allemand et leurs efforts furent couronnés de succès.

1. **Otto Gierke**, *Schuld u. Haftung im älteren deutschen Recht*, p. 1; **Emil Strohal**, *Schuldübernahme*, J. J. 57, p. 274; **Calogero Gangi**, *Scritti giuridici vari*, I, p. 4.

2. Dr **A. v. Brinz**, *Der Begriff Obligatio*. Voir aussi *Lehrbuch der Pandekten*, vol. II, 1re partie, 2e éd., Erlangen, 1879, la critique de **Rumelin** dans l'Archiv für die Zivilistische Praxis, vol. LXVIII, 1885, p. 151-216 et la réplique de **Brinz**, *Obligatio und Haftung* dans la même revue, vol. LXX, p. 371-408.

Nous exposerons dans ce paragraphe les résultats auxquels les auteurs sont arrivés en étudiant quelques-uns des Droits germaniques particuliers, tandis que dans le paragraphe suivant nous résumerons la vue d'ensembie que Gierke nous donne de la situation de la Distinction dans l'ancien Droit allemand.

4. — C'est Amira qui, le premier, défricha ce domaine du Droit germanique. Il publia ses résultats dans son *Nordgermanisches Obligationenrecht* dont le premier volume, paru en 1882, s'occupe de l'ancien Droit suédois, le second, paru en 1895, de l'ancien Droit germanique du Nord-Ouest[3] en proclamant sans réserve l'existence, dans le Droit germanique, de la distinction entre *Schuld* (dette) et *Haftung* (responsabilité) et en apportant d'innombrables témoignages, tirés des sources de cet ancien droit, pour y prouver et l'existence de la distinction et son application.

La façon dont Amira ainsi que les autres Germanistes conçoivent la distinction entre *Dette* et *Responsabilité* diffère sensiblement de la façon dont la concevait Brinz. En effet, tandis que, comme nous allons le voir dans le chapitre suivant, Brinz, tout en distinguant la Responsabilité de la Dette, fait de celle-ci une phase de la première, c'est-à-dire ne sépare pas complètement ces deux éléments, les Germanistes distinguent entre *Dette* et *Responsabilité* et les considèrent comme indépendants dans le sens que la *Dette* n'est jamais considérée comme une phase de la *Responsabilité*[4].

3. **Karl v. Amira**, *Nordgermanisches Obligationenrecht*, Erster Band : *Allschwedisches Obligationenrecht*, 1882, Zweiter Band, *Westnordisches Obligationenrecht*, 1895.

4. Dr **Paul Puntschart**, *Schuldvertrag u. Treugelöbnis des sächsischen Rechts des Mittelalters*, Leipzig, 1896, p. 112 et s.

Amira, *op. cit*, I, p. 42, n. 1.

Dr **H. Isay**, *Schuldverhältnis u. aftungsverhältnis im heutigen Recht*, J. J. 48, p. 186.

C. Gangi, *op. cit.*, p. 5.

En donnant un compte rendu détaillé des travaux d'Amira et des autres historiens du Droit allemand s'étant occupés à rechercher et à étudier la Distinction dans le Droit germanique nous dépasserions le but que nous nous somme assigné. Ce qui nous intéresse surtout ce sont les résultats auxquels ces auteurs sont arrivés. Ceux auxquels Amira est arrivé pour le Droit germanique du Nord sont compris dans les formules suivantes[5] :

1° « La notion de Haftung (Responsabilité) non plus que celle de Schuld (dette) n'exige pas que celui qui répond doive également. »

2° « La notion de Schuld (dette) non plus que celle de Haftung (responsabilité) n'exige pas que celui qui doit répondre également. »

3° « Haftung (responsabilité) et Schuld (dette) sont en opposition. La « Haftung » (responsabilité) est un devoir de garantir (Einstehensollen), la Schuld (dette) un devoir de prester (Leistensollen). Ce n'est pas la Schuld (dette) ni l'accomplissement de celle-ci (Schulderfüllung) qui est le but de la Haftung (responsabilité). La Haftung (responsabilité) doit remplacer la prestation (Erfüllen). La Haftung (responsabilité) est toujours là pour une Schuld (dette).

4° L'existence (actuelle ou possible) de la Schuld (dette) est pour le législateur le point de naissance du motif pour lequel il oblige[6]. Et c'est précisément ce motif qui sert de point de départ à la création de la garantie pour la prestation (Leistung) ou de la caution (Burgschaft). La Schuld (dette) est la cause éloignée de l'obligation. »

5° « La Schuld (dette) « lie » ce qui répond (haftet) sans

5. V. **Puntschart**, *op. cit.*, p. 114-115. V. aussi **v. Amira**, *op. cit.*, I, p. 39-42.

6. **Puntschart** emploie ici dans le texte allemand « obligiert ». A la page 120 il démontre qu'à l'*obligatio* des sources germaniques rédigées en latin, correspondent dans les sources rédigées en allemand, les expressions : Gebundenheit, Verbindlichkeit, Verstrickung, Haftung. C'est donc dans ce sens qu'il faut entendre l'obligiert du texte allemand.

tenir compte si, en même temps, ce qui répond doit (schuldet) ou ne doit pas. »

De ces formules la pensée d'Amira se dégage clairement. Point n'est besoin que la même personne soit en même temps débitrice et responsable car, explique Amira[7], du moment qu'une personne peut être responsable avant de devoir elle peut l'être sans jamais devoir de même qu'elle peut devoir sans jamais être responsable.

La *responsabilité* (Haftung) est une garantie. Elle doit fournir satisfaction pour le cas d'inaccomplissement de la dette, mais elle est indépendante de celle-ci. Cette indépendance n'est d'ailleurs en rien altérée du fait que la *Responsabilité* existe en vue d'une dette.

5. — Puntschart se déclare d'accord avec la notion de *Haftung* (responsabilité) élaborée par Amira au moyen des sources germaniques du Nord et ajoute[8] que la même notion se trouvait à la base des sources du Droit saxon moyen-ageux, que lui-même était en train d'étudier à propos du contrat (Schuldvertrag). Selon ces sources, il faut distinguer dans le contrat deux moments : un *moment subjectif* consistant dans l'accord des parties quant au contenu du contrat, un autre *moment objectif*, consistant dans les dispositions et règles arrêtées en vertu de l'accord de volonté des parties et constituant le contenu du contrat[9]. Ces considérations mènent Puntschart à définir le contrat comme « l'ensemble des règles exprimant la volonté égale et libre et le libre choix des parties, ainsi que les dispositions formant l'objet de leur action de contracter et constituant objectivement le résultat de leurs négociations.

Le contrat est donc un statut (Satzung), une norme des

7. **Amira**, *op. cit.*, I, p. 39 et s.
8. **V. Puntschart**, *op. cit*, p. 115.
9. *Ibid.*, p. 21.

parties contractantes et de par cela réglementation objective[10] ».

6. — Le contrat emporte pour la personne du débiteur deux conséquences : le devoir de tenir[11] (*Haltensollen*) et le devoir de prester[12] (*Leistensollen*, *Vertragsschuld*).

Ce qui importe en premier lieu dans un contrat, c'est que le débiteur ne puisse plus rebrousser chemin, qu'il ne puisse plus se dédire impunément. Et il importe aussi, même avant d'avoir en vue l'accomplissement, de ne rien entreprendre pour empêcher n'importe de quelle façon cet accomplissement. C'est pour cela que « le devoir de tenir (*Haltensollen*) est le premier effet du contrat sur la personne du débiteur; il peut, en effet, exister même lorsqu'il est encore complètement incertain si le devoir d'accomplir (*Erfüllensollen*, pris au sens de *Leistensollen*) surgira jamais. Le devoir de tenir (Haltensollen) diffère du devoir d'accomplir (Erfüllensollen); il est en même temps qu'une impuissance de se dédire *ad libitum*, la détermination juridique (Rechtliche Bestimmung) de ne contrarier d'aucune façon l'accomplissement futur de la dette. Loin d'être un but en soi, le devoir de tenir est un moyen pour arriver à un but. C'est la protection de l'accomplissement futur, c'est la base juridique des devoirs de réparer (Ersatzschulden) éventuels pouvant naître de la contravention à l'ordre juridique (Rechtsgebot) qu'il contient[13]. »

La seconde conséquence du contrat pour le débiteur c'est le devoir de prester, dans le sens qu'il revient juridiquement au débiteur de prester, d'accomplir la dette contractuelle[14]. C'est cette dette contractuelle qui représente ce

10. *Ibid.*, p. 69-70.
11. *Ibid.*, p. 73 et s.
12. *Ibid.*, p. 99 et s.
13. *Ibid.*, p. 98.
14. *Ibid.*, p. 99.

que l'on a voulu par le contrat, ce qui a déterminé la conclusion de celui-ci[15].

La différence entre le *Haltensollen* et l'*Erfüllensollen* se voit aisément lorsqu'on étudie les dettes contractuelles affectées d'une condition suspensive : le Haltensollen existe dès la conclusion du contrat tandis que l'Erfullensollen dépend de l'accomplissement de la condition[16].

7. — Puntschart trouve dans les sources saxonnes deux aspects différents de la dette (Schuld) ce qui d'ailleurs a été montré aussi par Amira pour le droit germanique du Nord[17].

A la dette (Schuld) = devoir juridique de prester, correspond une autre dette (Schuld) = devoir juridique de recevoir[18]. Nous avons donc ici aussi une dette du débiteur correspondant à une dette du créancier.

Cette dette du créancier est une preuve pour Puntschart que la dette (Schuld) du droit germanique ne contient qu'un devoir (Sollen) juridique pris dans le sens de détermination juridique et portant directement sur l'accomplissement. Dans cette mesure la dette (Schuld) est la détermination dans laquelle se trouvent créancier et débiteur par rapport à une prestation, l'un de l'accomplir l'autre de la recevoir[19].

8. — Puntschart fait une distinction entre la responsabilité personnelle (Personliche Haftung)[20] et la responsa-

15. *Ibid.*, p. 104.
16. *Ibid.*, p. 82.
17. **Amira**, *op. cit.*, I, p. 36 et s.
18. **Puntschart**, *op. cit.*, p. 211.
19. **Punschart**, *op. cit.*, p. 218. « Die Schuldnerschaft des Gläubigers beweist, dass in der altdeutschen « Schuld » nichts anderes liegt, als ein unmittelbar zur Erfüllung in Beziehung stehendes rechtliches « Sollen » im Sinne des Gebührens, des Bestimmtseins. Insofern bezeichnet « Schuld », Schuldner und Gläubiger zu einem rechtlichen Bestimmtsein vereinend, das Bestimmungsverhältnis, in dem beide zu einer Leistung stehen : der eine soll sie erfüllen, der andere empfangen. »
20. **Puntschart**, *op. cit.*, p. 107.

bilité objective (Sachhaftung)[21]. La responsabilité (Haftung) est pour lui la détermination juridique à la satisfaction, au remplacement (Ersatz)[22].

A. *Responsabilité personnelle* (*Persönliche Haftung*). — L'ordre juridique peut imposer au débiteur une responsabilité (Haftenmüssen) dont les effets sont différents de ceux du *Halten*-et du *Leistensollen*. D'ailleurs on ne l'obtient pas par le contrat tel quel et ce *Haftenmüssen* peut avoir un sujet différent de celui du rapport de dette[23]. Voici la définition donnée par Puntschart d'après les sources étudiées par lui, à la responsabilité personnelle (Personenhaftung) : « La détermination juridique de la personne de servir de remplacement, de garantie à une dette (Schuld), de tomber éventuellement en gage, d'être par cela object de satisfaction et aussi de remplacement pour la dette, en constituant ainsi une sûreté pour le cas où la dette ne serait pas accomplie ou ne le serait pas conformément aux stipulations la concernant[24]. »

La *Responsabilité personnelle* n'accomplit son rôle de devoir de garantir (*Einstehensollen*) qu'au moment où la dette doit être accomplie. A ce moment-là, le créancier a besoin de satisfaction (Genugthuung) ou d'équivalent (Ersatz). Ces deux notions ne doivent pas être confondues, car normalement la satisfaction que le créancier exige en cas d'inaccomplissement de la dette comprend l'équivalent de la prestation inaccomplie[25].

21. **Puntschart**, *op. cit.*, p. 232.
22. **Puntschart**, *op. cit.*, p. 121.
23. **Puntschart**, *op. cit.*, p. 107 et s.
24. **Puntschart**, *op. cit.*, p. 197. « Die persönliche Hafftung ist die rechtliche Bestimmung der Person, fur eine Schuld einzustehen, zu Bürgen, Gewährschaft zu leisten, eventuell Faustpfand zu werden, somit für eine Schuld Genugthuungs-und zunähst Ersatzobiekt zu werden und hiedurch Sicherung zu gewähren für den Fall, dass die Schuld nicht, oder nicht entsprechend erfüllt wird. »
25. **Puntschart**, *op. cit.*, p. 204.

Comme nous nous trouvons dans le domaine des contrats, Puntschart attire l'attention sur les traits caractéristiques distinguant la responsabilité personnelle du *Haltensollen* et de la *Vertragsschuld*[26].

a) La responsabilité personnelle a de commun avec le *Haltensollen* le fait qu'elle existe à cause d'une dette (Schuld), en échange on trouve des dettes contractuelles sans responsabilité personnelle correspondante, tandis que *Haltensollen* et dette contractuelle vont toujours ensemble. La responsabilité personnelle peut même exister seulement pour le *Haltensollen*, c'est-à-dire pour la dette de remplacement (Ersatzschuld) naissant dans le cas où l'on n'a pas respecté le Haltensollen. Cette dette de remplacement est toujours conditionnée.

b) La responsabilité personnelle ne peut pas être la même chose que la dette contractuelle vu qu'elle existe plutôt pour celle-ci. Elle en suppose du moins l'existence.

Du moment donc, poursuit Puntschart, que le contrat fait naître et le *Haltensollen* et la dette contractuelle on doit envisager une double *Responsabilité personnelle* :

1° La première, correspondant à la dette contractuelle, dette qui en général est non conditionnée.

2° La seconde, correspondant à la dette de remplacement (Ersatzschuld) prenant naissance à la suite de la contravention au *Haltensollen*, dette qui, comme nous venons de le voir, est toujours conditionnée.

Aucune difficulté lorsqu'une responsabilité est clairement établie pour chacune de ces dettes. En échange, Puntschart nous dit que lorsque la responsabilité personnelle est explicitement établie pour le *Haltensollen*, mais pas pour la dette contractuelle (Vertragsschuld), on doit la sous-entendre *d'habitude* implicitement pour cette dernière,

26. *Ibid.*, p. 209-211.

tandis que, si la responsabilité personnelle est établie explicitement pour la dette contractuelle, mais pas pour le *Hallensollen*, elle est *toujours* sous-entendue implicitement aussi pour cette dernière[27].

B. *Responsabilité objective.* — Dans les sources étudiées par Puntschart la responsabilité personnelle assurait d'habitude la dette contractuelle[28].

Pour différentes causes et, notamment, par méfiance vis-à-vis du débiteur, on établissait une responsabilité purement objective[29], en vertu de laquelle ce n'est qu'un objet qui répondait.

Quand au rapport entre la responsabilité personnelle et la responsabilité objective pour une dette contractuelle, il faut mentionner que selon les sources saxonnes, lorsqu'on établit pour une dette contractuelle une pure responsabilité objective ce n'est que l'objet qui répond. La personne du débiteur ne répond à côté de l'objet que lorsque cela a été formellement stipulé[30].

Un objet qui ne peut jamais devoir peut donc répondre pour une dette, tandis que celui qui doit peut ne pas répondre. C'est selon Puntschart, grâce à la pure *Responsabilité objective*, souvent encore rencontrée au moyen âge, qu'on a pu envisager si clairement la notion de *Responsabilité*, car c'est grâce à elle qu'on a pu établir avec précision la démarcation entre la Dette et la sûreté de celle-ci.

Ceci suffit pour prouver que les sources saxonnes nous montrent la dette et la responsabilité sous la forme de deux éléments différents, n'ayant ni la même cause, ni le même contenu et pouvant ne pas avoir les mêmes sujets[31].

27. *Ibid.*, p. 200.
28. **Puntschart**, *op. cit.*, p. 233.
29. Voir sur la responsabilité objective, *infra*, n° 23.
30. V. **Puntschart**, *op. cit.*, p. 232 et s.
31. V. la critique de l'ouvrage de Puntschart faite par Schwind dans la *Göttingen Gelehrten Anzeige*, 1897.

9. — Les recherches faites sur d'autres groupes de Droit germanique quant à la distinction entre dette (Schuld) et responsabilité (Haftung) sont nombreuses[32] Ce qui nous intéresse c'est une vue d'ensemble de la distinction dans l'ancien droit allemand, aussi nous contenterons-nous de citer encore un seul auteur italien, Francesco Schupfer, qui s'est occupé de la distinction entre dette (Schuld) et responsabilité (Haftung) à propos de la Wadia Lombarde[33].

Schuffer est un partisan convaincu de la distinction dans l'obligation des éléments de dette (Schuld debito) et de responsabilité (Haftung, responsabilità), distinction qu'il présente comme un phénomène général, se rencontrant chez tous les peuples dans un certain degré de leur civilisation[34] et qu'on ne peut dire étranger au droit actuel non plus.

Pour lui l'Obligatio nécessite toujours un objet spécialement lié en vue de *répondre*, c'est -à-dire afin que le créancier puisse s'emparer de lui au moment du non accomplissement de la dette, en s'indemnisant ainsi directement ou indirectement[35].

Dans les premiers temps, la responsabilité naissait des délits et, lorsque plus tard le délinquant pouvait convenir avec la victime de lui payer une composition, malgré le caractère de dette conventionnelle que revêtait cette composition, c'est toujours la responsabilité née du délit qui restait en vigueur.

Quant aux contrats, Schupfer reconnaît aussi qu'ils pouvaient créer en général une dette (Schuld) mais qu'ils ne

32. Voir les notes bibliographiques chez **Gierke**, *Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht*, p. 4, n. 10 ; **Pacchioni**, *Tratatto delle obbligazioni*, **Gangi**, *op. cit.*, p. 5, n^{os} 1 et 4.

33. **Francesco Schupfer**, « Il debito e la responsabilità. Studio criticosulla guadia langobardia », *Riv. Ital. per le Sc. Giur.*, vol. LVI, Roma, 1915, p. 229-327.

34. **Schupfer**, *op. cit.*, p. 229.

35. *Ibid.*, p. 230.

créaient pas de responsabilité (Haftung) à moins que le débiteur ne l'ait assumée spécialement[36].

D'autre part des formes spéciales furent inventées pour créer une responsabilité, mais, au début, elles ne créèrent pas en même temps une dette. En effet, celle-ci servait de fondement à la responsabilité, parfois elle en déterminait le montant, mais les formes aptes pour faire assumer une responsabilité ne l'étaient pas pour faire naître les dettes[37].

De toute façon, avant de réaliser la responsabilité, le créancier devait toujours inciter d'abord le débiteur au paiement[38]. Dette et responsabilité avaient des objets différents : la dette un acte du débiteur, une prestation que le débiteur devait accomplir et que le créancier devait recevoir; la responsabilité un pouvoir appartenant au créancier pour obtenir l'accomplissement de la dette, pouvoir qui s'exerçait sur l'objet lié et variait selon que celui-ci était un homme ou une chose[39].

Plus tard, grâce à d'autres conditions sociales, la responsabilité est directement attachée à la dette. L'attention de Schupfer est spécialement attirée par la responsabilité assumée parfois par le débiteur en se constituant, seul ou à côté d'un tiers, garant de sa propre dette. Pratiquée en Allemagne depuis la seconde moitié du VI^e^ siècle, cette habitude se répandit largement en Italie. Les vieilles formes furent employées pour transmettre au créancier un droit sur les biens et le corps du débiteur[40].

« Sans doute, ajoute Schupfer, nous nous trouvons ici devant une dette qui est en même temps une responsabilité; seule l'ancienne forme persiste qui, malgré l'inten-

36. *Ibid.*, p. 231.
37. *Ibid.*, p. 231.
38. *Ibid.*, p. 236.
39. *Ibid.*, p. 233.
40. **Schupfer**, *op. cit.*, p. 237.

tion de confondre les deux choses pour en faire une seule les tient quand même distinctes. La voie est ainsi tracée : plus tard on se passera même de la forme et la responsabilité restera directement attachée à la dette; c'est avec cela qu'on inaugure les temps nouveaux. »

§ 2. Vue d'ensemble de la distinction entre *Delte* (Schuld) et *Responsabilité* (Haftung) dans le Droit germanique.

10. — En vertu les résultats concordants auxquels ont mené les recherches sur les différents Droits germaniques particuliers on arriva à la conviction que la Distinction entre dette (Schuld) et responsabilité (Haftung) était une institution d'une portée générale pour le droit germanique. Une systématisation des résultats acquis s'imposait, il fallait dégager les définitions de la *Dette* (Schuld) et de la *Responsabilité* (Haftung), il fallait préciser les rapports entre ces deux éléments.

Otto Gierke entreprit ce travail dans son livre intitulé : *Schuld und Haftung im älleren deutschen Recht*[41] dont la première partie est consacrée à l'étude de la Distinction. Il a reproduit ses conclusions dans son *Schuldrecht*[42] où il s'occupe aussi de l'application de la Distinction dans le droit moderne. Nous résumerons dans ce qui suit les conclusions auxquelles Gierke est arrivé dans son ouvrage *Schuld und Haftung im alteren deutschen Recht.*

11. — *Caractérisation de la distinction.* — Héritage indogermanique, la distinction entre *Delte* (Schuld) et *Responsabilité* (Haftung) est à la base du droit germanique.

41. **Otto v. Gierke**, *Schuld u. Haftung im älteren deutschen Recht.* (Untersuchungen zur Deutschen Staats u. Rechts Geschichte, Heft 100), Breslau, 1910.

42. **Otto von Gierke**, *Deutsches Privatrecht Band. III Schuldrecht*, Leipzig, 1917.

Il ne s'agit pas d'une simple hypothèse, mais d'une vraie découverte et on ne doit jamais oublier « que le droit des dettes n'était pas en soi un droit des obligations, qu'au contraire il était complété par un système indépendant de responsabilité qui, à son tour, supposait un droit des dettes mais ne le comprenait pas[43]. » Gierke ajoute que jusqu'à lui, on n'a pas assez suivi la tendance de fusion entre Schuld et Haftung, de même qu'on n'a pas assez précisé les rapports entre *Responsabilité* (Haftung) contractuelle et de droit non plus qu'entre les différentes catégories de *Responsabilité*[44]. Il tâchera par la suite, dit-il, de combler les lacunes mentionnées.

12. — Schuld (dette). — La *Delle* c'est au sens du droit germanique le devoir juridique (Rechtliches Sollen). Conçue d'un point de vue large elle se retrouve dans tout rapport juridique, tandis qu'au sens restreint c'est la *Delle* indépendante, c'est-à-dire un rapport juridique indépendant ayant le devoir juridique pour contenu.

Le droit des *Delles* (Schuldrecht) se réfère seulement à cette *Delle* (Schuld) indépendante; c'est à elle que se limite la notion technique de *Delle* (Schuld). Dans l'ancien droit cette *Delle* naît ou bien d'une immixtion illégale dans le droit d'autrui (Bussschuld) ou bien d'une promesse (Versprechenschuld)[45].

13. — Bilatéralité du rapport de Dette. — Puntschart déjà parlait d'une *Delle* du débiteur correspondant à une *Delle* du créancier.

Gierke confirme que dans la *Delle* (Schuld) le devoir de

43. **Gierke**, *S. u. H.*, p. 4. Il dit que « das Schuldrecht als solches kein « Obligationsrecht » war, sondern durch ein selbstständiges haftungsrechtliches System, das seinerseits ein Schuldrecht voraussetzte, aber nicht einschloss, ergänzt wurde ».

44. **Gierke**, *S. u. H.*, p. 1-5, *S. R.*, p. 8.

45. Voir pour tout ce numéro, **Gierke**, *S. u. H.*, p. 7-8 et *S. R.*, p. 9-10.

prester (Leistensollen) du débiteur correspond au devoir de recevoir (Bekommensollen) du créancier et que le mot *débiteur* est employé par conséquent pour désigner et le débiteur et le créancier. Il y a toutefois des auteurs qui ne souscrivent pas à cette façon de voir, notamment Amira[46], qui, dans la récension faite à l'ouvrage de Gierke, dit que, pratiquement, il faut distinguer entre la *Delle* (Schuld) formée seulement d'un *Bekommensollen* et celle formée d'un *Bekommensollen* et d'un *Leistensollen.* Mais dans son Schuldrecht, Gierke précise que « dans la notion de Dette (Schuld) on envisage le rapport des deux intéressés l'un envers l'autre comme un rapport unitaire de droit, dans lequel le devoir actif de l'un et le devoir passif de l'autre s'accordent[47]. »

Le contenu juridique de la *Delle* (Schuld) étant déterminé par le devoir (sollen) des deux parties, le droit est satisfait par la prestation, vu que le débiteur a presté ce qu'il devait prester, et que le créancier a reçu ce qu'il devait recevoir.

Le rapport de Dette (Schuldverhältnis) s'épuise donc dans la notion du devoir (Sollen). Il n'établit pas de puissance sur les biens ni sur la personne du débiteur, de sorte que ce rapport ne contient pas la puissance nécessaire pour forcer le débiteur à la prestation ou à fournir un dédommagement, une compensation. Pour obtenir ce résultat il faut un rapport de droit contenant la force et c'est pour cela que la nature du rapport de dette reste différente de celle du rapport de responsabilité[48].

46. **Karl von Amira**, *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte. Germ. Abt.* Nr. 31, p. 487.

47. **Gierke**, *S. R.*, p. 10. « Im Begriff der Schulz wird also die Beziehung der Beiden Beteiligten zu einander als ein einheitliches Rechtsverhältnis gedacht, zu dem das aktive Sollen des einen und das passive Sollen des anderen zusammenschliessen. »

48. V. **Gierke**, *S. u. H.*, p. 8-11; *S. R.*, p. 10-13.

14. — Haftung (Responsabilité)[49]. — Au point de vue du droit germanique on désigne par *Responsabilité*, l'assujettissement, la soumission au pouvoir d'agression de celui auquel n'a pas été presté ce qui lui était dû. L'agression lui permettra de tirer de ce qui répond une satisfaction, un équivalent, même une vengeance.

Cette agression, ce droit d'agir du créancier peut se manifester sous la forme de la justice privée ou bien sous celle du concours de l'autorité judiciaire. Gierke remarque toutefois que les procédés d'agression n'appartiennent plus au droit objectif mais à la procédure (Rechtsverwirklichungsverfahren).

Le *contenu* du rapport de responsabilité est donc un pouvoir juridique de nature personnelle ou réelle, selon qu'il porte sur une personne ou une chose. Le déploiement de ce pouvoir dans toute son étendue, c'est-à-dire l'exercice du droit d'agression, est toujours conditionné par le non accomplissement d'une dette. *Pendente condicione* l'assujettissement de ce qui répond correspond, dans les premiers temps, chez le titulaire de la responsabilité à une maîtrise effective sur ce qui répond, à une maîtrise idéale plus tard.

L'accomplissement de la *Delte* entraîne la libération de ce qui répond, le non accomplissement entraîne la transformation du pouvoir (Macht) de l'ayant droit en pouvoir d'agression actuel (gegenwârtige Zugriffsmacht).

15. — Objet de la Responsabilité. — Selon Gierke, le pouvoir d'agression du créancier peut porter sur une personne, un patrimoine ou un objet individuel sans qu'il soit

49. V. **Gierke**, *S. u. H.*, p. 11-21 et *S. R.*, p. 13-16 résumés dans les trois numéros suivants. On trouve dans les textes pour Haftung aussi Bindung, Verbindlichkeit, Verstrickung, Verpflichtung. Selon que par la responsabilité on poursuit le résultat même de la dette à un équivalent, on trouve dans les textes les expressions Gewährschaft, Garantie, Sicherheit, etc. ou bien Einstehen, Einständnerschaft, Eingesetztsein, Einsatz, Versatz, etc. (*S. R.*, p. 13).

nécessairement question de la personne, du patrimoine ou de la chose du débiteur même. D'où la division bipartite de la *Responsabilité* en *Responsabilité personnelle* (Persönliche Haftung), *Responsabilité patrimoniale* (Vermögenshaftung) et *Responsabilité objective* (Sachhaftung), division tripartite que n'admettent ni Amira ni Puntschart. En effet, ces deux auteurs ne reconnaissent qu'une responsabilité personnelle et une responsabilité objective[50].

Source de la responsabilité. — Ce n'est jamais la *Delle* (Schuld) vu que jamais le *Leistensollen* n'entraîne une soumission de même que jamais un *Bekommensollen* n'engendre un pouvoir. C'est au contraire ou bien un état juridique déterminé, duquel découle de droit un pouvoir d'agression (Zugriffsmacht), ou un contrat spécial, dont le but est justement la création du pouvoir d'agression.

La responsabilité apparaît comme un état d'enchaînement pour la dette, elle représente une garantie pour la réalisation de l'objet de la dette, et fournit un équivalent en cas d'inaccomplissement de celle-ci. La responsabilité n'est pas une conséquence immédiate de la dette de même que la dette en soi n'est pas cause de responsabilité.

16. — Nous venons de voir qu'un *rapport de Responsabilité* pouvait naître en vertu d'un état juridique déterminé ou en vertu d'un contrat spécial ayant pour but l'établissement de cette *Responsabilité.* Gierke appelle *rapports de Responsabilité* dépendants ceux qui correspondent à la première source, indépendants ceux qui correspondent à la seconde[51]. Parmi les *rapports de Responsabilité* dépendants il cite les *rapports de Responsabilité* pour les presta-

50. V. **Amira**, *rec. c.*, p. 488 pour qui la responsabilité personnelle comprend la responsabilité patrimoniale. V. aussi **v. Schwind**, *Wesen und Inhalt des Pfandrechtes*, p. 1 et 7.

51. V. **Amira**, *rec. c.*, p. 491, critique cette distinction de Gierke.

tions dues en vertu d'un lien perpétuel ayant sa source dans l'assujettissement à une autorité seigneuriale ou sociale. En effet le rapport de *Responsabilité* correspondant à ce genre de *Delle* découlait de l'assujettissement même à l'autorité seigneuriale ou sociale, sans devoir être spécialement établi. Et c'est dans ce même groupe que, selon Gierke, il faut classer les *Responsabilités* nées de délits. Les rapports indépendants, les seuls auxquels se rapporte la notion de *Responsabilité* au sens technique du mot, sont ceux nés d'une convention (Rechtsgeschäft) et plus spécialement d'un contrat. Admis sans difficulté dans l'ancien Droit, ces contrats une fois connus, leur usage fut étendu et on pouvait les employer pour n'importe quelle sorte de *Delles*; on pouvait donc, grâce à eux, établir une *Responsabilité* (Haftung) pour des *Delles* promissoires ou de rachat, pour des *Delles* à autrui ou à soi. C'est par ces dernières applications qu'on est arrivé à la plus pure forme de la *Responsabilité* : la *Responsabilité* sans *Delle* (Haftung ohne Schuld). L'objet de la responsabilité était aussi fixé par le contrat. Il y a toutefois d'appréciables différences dans les divers droit germaniques quant à la réglementation des types de *Responsabilité* établis par l'usage ou la loi.

17. — A. Responsabilité personnelle (Persönliche Haftung)[52]. — Lorsque l'on répond de toute sa personne pour une *Delle* nous nous trouvons devant une *Responsabilité personnelle.* Très étendue au début, assujettissant la personne du débiteur à l'égal d'une chose, emportant en cas de non paiement pour son titulaire le droit de tuer le débiteur, de le mutiler, de le rendre esclave, cette *Responsabilité* subit avec le temps de fortes limitations légales ou conventionnelles.

52. **Gierke**, *S. u. H.*, p. 50-77. *S. R.*, p. 16-20.

Les formes sous lesquelles se présente cette *Responsabilité* varient avec le temps :

a) L'époque préhistorique connaît l'*otage* (Geisel, Geiselschaft). On devient tel par la livraison de la personne au pouvoir (Gewalt) du créancier; on peut l'être pour la *Delte* d'autrui ou pour sa propre *Delte*, quoique le premier cas soit préféré comme donnant au débiteur le moyen de se libérer. Simplement détenu avant l'échéance, en pouvant être mutilé et ne devant rendre aucune sorte de service, l'otage tombe entièrement sous la puissance du créancier par le non-paiement. Les droits du créancier sur la personne du débiteur pouvaient être limités. Contractuellement on pouvait retirer à ce créancier le droit à l'atteinte au corps, lui limiter la disposition de la liberté de son débiteur, pourvoir même d'une condition suspensive la mise en gage du débiteur. Les derniers siècles du moyen âge assistent à une transformation de la nature de la mise en gage : ce n'est plus une *Responsabilité*, mais un moyen de réaliser la *Responsabilité*.

Il s'agit maintenant en effet plutôt d'un engagement de ne pas reprendre soi-même la liberté avant l'échéance et de servir après, en cas de non paiement, un temps toujours limité pour racheter par là la dette.

b) Les temps les plus anciens connaissent à côté de l'otage le cautionnement (Bürgschaft) qui, loin d'être une prise d'otage suspensivement conditionnée, est, au contraire, un moyen de garantir personnellement la dette (Schuld) sans livraison de la personne. C'est le cautionnement personnel ou corporel (Personal-oder Leibbürgschaft). La caution se trouve juridiquement liée. Ce lien se dissout par le paiement. En cas de non-paiement le créancier s'empare par voie exécutive de la caution qui tombe ainsi effectivement sous sa puissance. Elle a le même

sort que l'otage, pouvant être initialement tuée, mutilée, asservie, aliénée. On peut cautionner sa propre *Dette* ou celle d'autrui, la seconde forme étant préférée et de même que pour l'otage les droits du créancier sur la personne de la caution faiblissent avec le temps.

c) La *Responsabilité* générale du membre d'une association soumis à l'autorité de l'association pour l'accomplissement de ses devoirs-envers l'association ou son chef est une *Responsabilité personnelle.* Il en est de même pour

d) la *Responsabilité délictuelle*, ce qui se déduit de son fondement, la mise hors la loi (Friedlosigheit); celle-ci permet en effet selon qu'elle est générale ou relative, à *n'importe qui* ou *seulement à la victime et à sa tribu*, de s'attaquer dans le premier cas à la vie et au corps du coupable, dans le second à la vie et au corps du coupable, de ses associés et de ses aides.

18. — Etendue de la *Responsabilité personnelle.* — Donnant au début emprise sur toute la personnalité du coupable, cette *Responsabilité* subit de nombreuses limitations et atténuations, tant par les modifications que subit au cours des temps l'exécution personnelle judiciaire, que par les stipulations jointes aux contrats engendrant cette responsabilité.

1° Au début l'exécution personnelle consistait en la transmission, faite par le juge, du débiteur aux mains du créancier. Cela signifiait l'abandon complet du débiteur aux mains du créancier.

2° Une atténuation de la condition du débiteur survint par la réglementation de l'esclavage pour *dettes* (Schuldknechtschaft), vu que le créancier était tenu de respecter les dispositions légales concernant les non libres et ne pouvait plus donner la mort à son débiteur. Malgré cela

il s'agissait encore d'une dation définitive du débiteur en paiement de sa dette.

Dans le Droit franc, l'asservi pour dettes prit le caractère de gage, pouvant être libéré par un paiement ultérieur et dans le Moyen Age l'asservissement pour dettes (Schuldknechschaft) se transforme en servitude pour dettes (Schulddienstbarkeit); le débiteur non payant reste libre, il doit être entretenu mais il doit prester des services au créancier, qui en plus peut limiter sa liberté extérieure.

3° La prison pour dettes se développe à côté de l'esclavage et devient dans le droit franc la forme générale de l'exécution personnelle. Le débiteur non payant est sévèrement emprisonné, mais on ne peut exiger de lui aucun service. Charge très lourde pour le créancier qui devait nourrir son débiteur non payant, cette forme de prison était toujours temporaire et fut bientôt supplantée par la prison publique. C'est la force publique qui, sollicitée par le créancier non payé, la fait subir au débiteur. Le créancier avait au début le choix entre les deux genres de prisons. Ensuite la prison publique, devenue obligatoire en cas de non-paiement, devait seule subsister

On pouvait par des stipulations contractuelles restreindre ou étendre les pouvoirs du créancier. Faute de telles stipulations l'étendue de la responsabilité était déterminée par les normes en vigueur dans le temps et au lieu du contrat[53].

19. — L'indépendance de la *Responsabilité personnelle*[54]. — Sous toutes ses formes la *Responsabilité personnelle* était un rapport indépendant, on pouvait la relier à n'importe laquelle des autres deux catégories de *Responsabilité*

53. **Gierke**, *S. u. H.*, p. 64-74, *S. R.*, p. 18.
54. **Gierke**, *S. u. H.*, p. 74-77.

et notamment à la *Responsabilité objective* par un Treugelübde[55]. Avec la disparition de la prison publique et celle de la valibilité de toute clause de responsabilité liant la personne, la responsabilité avec la personne disparut du droit allemand en vigueur.

« On parle encore néanmoins, dit Gierke, de responsabilité personnelle. En effet après que, à la suite de la conjonction régulière de la responsabilité patrimoniale avec la responsabilité personnelle, la notion de responsabilité personnelle absorba insensiblement la responsabilité patrimoniale, on employa de plus en plus techniquement l'expression de responsabilité personnelle pour désigner la responsabilité avec la personne et le patrimoine. Finalement l'expression resta attachée à la seule responsabilité patrimoniale et ne signifie plus aujourd'hui que la responsabilité avec tout le patrimoine[56] ».

20. B. **Responsabilité patrimoniale (Vermögenshaftung)**[57]. — Nous avons vu que les auteurs ne s'accordent pas entre eux pour reconnaître à la *Responsabilité patrimoniale* le caractère d'indépendance vis-à-vis de la *Responsabilité personnelle* ou de la *Responsabilité objective*. Gierke est de ceux qui lui reconnaissent cette indépendance. Il entend par *Responsabilité patrimoniale* l'enchaînement du patrimoine pour la dette, enchaînement portant au début sur les meubles seulement, et étendu sur les immeubles après l'admission de l'exécution forcée sur ceux-ci.

Cette *Responsabilité* contient aussi un enchaînement de nature personnelle (personenrechtliche Verstrickung) du titulaire du patrimoine (Vermögensherren) et c'est

55. V. **J. Brissaud**, *Manuel d'histoire du droit privé*, p. 447, n. 2.
56. **Gierke**, *S. u. H.*, p. 76.
57. **Gierke**, *S. u. H.*, p. 77-98, *S. R.*, p. 20-26.

ce qu'elle a de commun avec la *Responsabilité personnelle*. En échange ne donnant aucun droit sur le corps, la vie, la liberté, l'honneur du responsable, elle diffère par cela de la *Responsabilité personnelle*. N'établissant dans l'ancien droit aucune seigneurie, même éventuelle, sur le patrimoine ou les objets le composant, elle diffère de la *Responsabilité objective*. Ce que le titulaire de la *Responsabilité patrimoniale* peut obtenir c'est de se procurer, au moyen de la prise en gage, en cas de non-paiement, une seigneurie, *Gewere*, un droit réel sur des objets formant le patrimoine. Il ne s'agit pas d'un droit de gage conditionné, mais d'un droit d'occupation ayant pour but l'acquisition d'un droit de gage.

Plus récente que les deux autres formes de responsabilité, la responsabilité patrimoniale existe certainement depuis les temps les plus anciens.

Sa source, comme celle des autres catégories de *Responsabilité*, est contractuelle. Contrairement à ce qui arrivait dans la *Responsabilité personnelle* avec l'engagement de la personne pour le cas de l'otage et dans la *Responsabilité objective* avec l'engagement de la chose, l'engagement (Einsatz) du patrimoine n'emportait pas pour le patrimoine responsable cession immédiate au pouvoir du créancier. L'engagement du patrimoine ne se traduisait au contraire avant l'échéance que par l'établissement d'un assujettissement (Gebundenheit) idéal. Le contrat qui servait dans les temps les plus anciens à établir une responsabilité patrimoniale c'était la *Wadiatio*[58]. Gierke explique que ce contrat consiste en ce que le débiteur ou un tiers donne au créancier qui l'accepte,

58. **Francesco Schupfer**, *Il debito e la responsabilità.* — Studio critico sulla guadia langobarda, 1915 et les auteurs cités par lui. V. aussi **Brissaud**, *op. cit.*, p. 427 et s. et 434 et s.

une chose mobilière de minime valeur, le *Wadium* ou la *Wadia*, symbole de garantie. L'effet de cette opération c'est l'établissement, avant l'échéance, d'un lien idéal sur le patrimoine mobilier responsable. Après l'échéance le créancier non payé agit, par la prise en gage, sur les meubles engagés. D'ailleurs la Wadia finit par engager non seulement les meubles mais aussi les immeubles, de sorte que ses effets s'étendent sur tout le patrimoine.

On pouvait rendre responsable le patrimoine tout entier en outre de la *Wadiatio* par la *Vermogenssatzung*, effectuée sous la forme de *Jüngere Satzung* ou par un autre moyen de publicité l'annonce publique y jouant le rôle de la *Wadia*[59].

21. — A l'époque franque on connaît encore une façon d'établir une *responsabilité patrimoniale* pour dette de promesse. Le garant donne au créancier en guise de *cautio* l'acte confirmant la promesse (das Versprechen Verbriefende Urkunde). Le non-paiement emporte pour le créancier droit d'agression sur les meubles d'abord, sur les immeubles plus tard, l'*Urkunde* jouant le rôle de *Wadia*.

A côté de la *Responsabilité patrimoniale* engendrée par contrat spécial, on observe assez tôt le développement d'une *Responsabilité* pour dette de promesse, *Responsabilité* constituée par la réception d'un équivalent patrimonial pour la promesse.

La force obligatoire des contrats réels repose sur cette forme de la *Responsabilité* (Haftung). Celui qui reçoit doit la prestation qu'il a promise ; une responsabilité pour cette dette est établie sur son patrimoine parce qu'il a reçu un équivalent pour la dette. En effet la réception de l'équivalent dans son patrimoine transforme la dette en charge du patrimoine, en *Responsabilité patrimoniale* (Vermögens

59. V. pour les détails **Gierke,** *S. u. H.*, p. 80.

haftung). C'est ce qui explique la *Responsabilité patrimoniale* pour la restitution d'un prêt, d'un dépôt, d'un gage.

Le principe a été également appliqué aux contrats synallagmatiques. Ces contrats donnent naissance à des rapports de dettes réciproques mais pas à des *Responsabilités*. En échange, au moment où l'une des parties a presté, par la réception même de la prestation l'autre partie devient patrimonialement responsable pour sa propre dette. La *Responsabilité* s'est étendue ensuite aux cas de prestation partielle qui tout en n'autorisant pas celui qui a presté partiellement de demander, avant de compléter sa prestation, la contreprestation de l'autre partie, ne permettait pas non plus à celle-ci de se décharger de la *Responsabilité* en rendant la prestation partielle acceptée. Par l'acceptation même de la prestation partielle, la partie acceptante répondait patrimonialement pour sa propre dette.

22. — *Autres cas de responsabilité patrimoniale.*

1° Sans qu'il y ait besoin d'un établissement conventionnel on trouve une *Responsabilité patrimoniale* pour la soumission au pouvoir seigneurial ou social de même que dans le cas d'un

2° Délit. Dans ce cas la *Responsabilité patrimoniale* paraît plus clairement lorsque la *Responsabilité personnelle* manque, ce qui arrive pour le cas d'un mineur, d'un fou, etc...

3° En cas de succession au patrimoine, le nouveau propriétaire répond seulement avec le patrimoine pour les dettes qui retombent sur lui avec ce patrimoine. Il s'agit d'une pure *Responsabilité patrimoniale* et cette façon de répondre existe pour la succession à cause de mort, entre vifs, pour la succession à un patrimoine entier ou à un patrimoine particulier. Ceci est donc vrai aussi pour l'héritier. La *Responsabilité patrimoniale* en effet atteint le

patrimoine par la personne : par la mort elle perd sa force d'enchaînement général du titulaire du patrimoine et objectivisée, elle passe avec le patrimoine sur l'héritier[60]. L'héritier répond donc pour les dettes héréditaires seulement avec le patrimoine. Gierke ajoute que selon certaines lois l'héritier n'était responsable que sur les meubles. La *Responsabilité patrimoniale* de l'héritier est un cas de responsabilité patrimoniale limitée.

23. — Indépendance de la *Responsabilité patrimoniale.* — Dans l'ancien droit la *Responsabilité patrimoniale* était un rappoet de droit indépendant ne comprenant ni la *Responsabilité personnelle* ni la *Responsabilité objective.* On peut quand même la relier aux deux autres. Légalement ou conventionnellement on peut avoir une *Responsabilité objective* à côté d'une *Responsabilité patrimoniale.* On peut également réunir une *Responsabilité personnelle* à la *Responsabilité patrimoniale.* C'est ce qui arrive dans les cas de délit ou de soumission à l'autorité sociale ou seigneuriale. Dans ce cas on attaquait le plus souvent la personne et le patrimoine. La fréquence d'établissement de cette double *Responsabilité* (personnelle et patrimoniale) était telle qu'au moyen âge allemand, les modes d'établissement de ces Responsabilités (respectivement Wettvertrag et Treugelöbnis) fusionnèrent en une seule institution.

Au moyen âge la *Responsabilité personnelle* parut comme le complément normal de toute *Responsabilité patrimoniale* illimitée. Et Gierke ajoute que par le fait que vers la fin du moyen âge la *Responsabilité patrimoniale* basée sur une *Responsabilité personnelle* était normalement engendrée par la *Dette* (Schuld) la *Responsabilité*

60. **Gierke**, *op. cit.*, p. 91.

patrimoniale illimitée est considérée comme la Responsabilité légale de tout le rapport de Dette. Cette *Responsabilité* transmise sous le nom de « responsabilité personnelle » n'est presque plus considérée comme un rapport de droit indépendant. On voit néanmoins, selon Gierke, l'indépendance de la notion de *Responsabilité patrimoniale* et son opposition à la *Responsabilité objectivé dans les cas de Responsabilité patrimoniale* limitée[61].

24. — C. Responsabilité objective (Sachhaftung)[62]. — La *Responsabilité objective* assujettit au pouvoir d'agression du créancier exclusivement une chose déterminée. L'histoire du gage et celle de la *Responsabilité objective* comme rapport juridique indépendant se superposent, vu que c'est sous la forme de constitution de gage que naît la responsabilité objective. Dès les temps les plus anciens on ne connaît que le gage mobilier. Le *Wadium* (dérivé de widan = lier) prouve que dans les temps anciens le droit de gage était un rapport spécial de *Responsabilité.*

Le droit du créancier sur la chose responsable était au début un droit de propriété limitée. C'est sur le terrain du gage mobilier que s'opéra la transformation du droit du créancier de droit de propriété limitée en un droit réel différent mais encore de nature limitée.

Le gage mobilier est un gage de possession (Besitzpfandrecht). Le créancier reçoit une seigneurie effective sur l'objet responsable pour la dette, objet qui lui est transmis par le débiteur ou un tiers sous forme de Wadium. Cette seigneurie du créancier était limitée, car il ne pouvait s'attaquer à l'objet engagé, ni le détruire, ni l'aliéner avant l'échéance. Le pouvoir d'agression du créancier ne pouvait s'exercer qu'au moment du non-paiement, mais si, en vertu de l'exercice de ce pouvoir, le créancier

61. **Gierke**, *op. cit.*, p. 97-98.
62. **Gierke**, *op. cit.*, p. 22-50, *S. R.*, p. 26.

ne pouvait tirer complète satisfaction de la chose, il ne pouvait pas s'attaquer à d'autres éléments appartenant au patrimoine du débiteur. Normalement la dette ne s'éteignait pas si le créancier ne pouvait tirer complète satisfaction de l'objet engagé; pour obtenir malgré tout cette extinction on attribua à la mise en gage le rôle de dation en paiement conditionnée. Dorénavant le débiteur avait donc, en vertu de la mise en gage, un droit de libérer la chose engagée en payant le montant de sa dette, mais il n'était nullement obligé de le faire, car du fait même qu'il ne payait pas à l'échéance il perdait tout droit sur l'objet engagé et était en échange libéré de sa propre dette. On voit donc que la mise en gage servait à établir une pure *Responsabilité objective.*

Le créancier ne pouvait se servir de la chose engagée (Gierke dit que nous avons un *Substanzpfand* et non un *Nutzungspfand*). Le droit de se servir de la chose pouvait être conféré conventionnellement et la valeur de l'usage diminuait la dette. D'évolutif au début (Verfallpfand) pouvant donc être en cas d'inaccomplissement attribué en pleine propriété au créancier par la convention même ou à l'aide de la justice, le gage devint insensiblement gage d'aliénation (*Verkaufspfand*), la responsabilité n'ayant plus pour objet que la valeur de l'objet engagé, le droit de gage s'étant transformé en droit à la valeur (*Wertrecht*).

A côté du gage pouvaient répondre et la personne et le patrimoine ce qui devint usuel dans la seconde moitié du moyen âge et ce qui transforma la *Responsabilité objective* pure en *Responsabilité objective* primaire. Le gage immobilier, plus récent que le gage mobilier et se manifestant sous des formes plus variées que celui-ci, garde du gage mobilier le caractère de *Responsabilité objective.* Il semble tirer son origine de la transmission de la propriété sous la condition suspensive du non-paiement de la dette, ou sous la condition résolutoire du paiement de celle-ci. En

ce moment on peut parler d'un gage de propriété (Eigentumspfand) ayant quelques points de contact avec le vrai gage. Formellement le droit de garantie n'est pas formé; il disparaît derrière la destination du fonds de servir éventuellement comme équivalent d'accomplissement (Erfullungssurogat). *a*) La transmission de la propriété sous condition résolutoire est le point de départ de la « *ältere Satzung* »[63] (le plus ancien lien) du droit immobilier. Celle-ci est un gage de possession (Besitzpfand), une pure *Responsabilité objective* c'est-à-dire que le propriétaire a un droit à la libération du fonds (Lösungsrecht) mais pas une obligation de le faire (Lösungspflicht). Contrairement au gage mobilier nous nous trouvons toujours devant un gage d'usage (*Nutzungspfand*) et selon que le profit de l'usage doit remplacer les intérêts de la dette ou amortir celle-ci les sources parlent d'*Ewigsatzung* ou de *Todsatzung*. En cas de non-paiement à l'échéance le créancier ne peut ni s'approprier le fonds ni l'aliéner; il ne peut qu'en transmettre l'usage et le débiteur peut, par le paiement de la dette, retirer le fonds de la main du créancier ou du tiers.

Toutefois on rencontre à côté du gage immobilier d'usage (Nutzungspfand) un gage immobilier dévolutif (Verfallspfand) transformé ensuite en gage d'aliénation (Verkaufspfand). Ce ne sont d'ailleurs que les deux formes d'un *Substanzpfand* immobilier analogues aux formes correspondantes du gage mobilier.

b) La transmission sous condition suspensive de la propriété du fonds pour cause de garantie est le point de départ de la « *jüngere Satzung* » (le lien plus récent) qui, à la différence de la *ältere Satzung* et du gage mobilier, n'est qu'un gage immobilier sans transmission de possession.

63. **Gierke**, *S. u. H.*, p. 28.

Avant l'échéance le créancier n'a pas de puissance effective sur le fonds, mais l'enchaînement du fonds est ici aussi une *Responsabilité objective*. Elle se présente sous la forme d'un droit réel pouvant être invoqué vis-à-vis d'un tiers acquéreur du fonds.

En cas de non-paiement, le créancier pouvant s'en prendre au fonds même, nous nous trouvons devant un *Substanzpfand* dont on observe ici aussi les deux formes successives : gage dévolutif (*Verfallpfand*) au début (trois assignations préalables sont nécessaires et on accorde aussi des termes ultérieurs de rachat) il devient gage d'aliénation (Verkauspfand) ensuite. L'aliénation se faisait d'abord par le créancier autorisé en justice, plus tard seulement par la justice.

On trouve dans les sources parallèlement à cette transformation, des cas d'extension de la garantie par la permission légalement accordée au créancier de s'attaquer aussi au reste de la fortune du débiteur.

25. — Prise en gage (Pfandnahme)[64]. — Les sources nous parlent, à côté de la *responsabilité objective* contractuellement établie, d'une occupation unilatérale valant *Responsabilité objective*. Cette occupation suppose toujours une *Responsabilité* déjà existante, c'est donc plutôt une réalisation de *Responsabilité* qu'une constitution de celle-ci. La responsabilité de la chose prise ainsi en gage n'est donc jamais pure responsabilité objective, mais bien un accroissement de responsabilité de nature réelle.

L'occupation de choses mobilières sert à la réalisation de la *Responsabilité délictuelle*, de la responsabilité issue de la soumission à une autorité sociale ou seigneuriale, etc.

Depuis qu'on envisagea les charges réelles (Reallasten)

64. **Gierke**, *S. u. H.*, p. 34 et s.

comme dettes du fonds on conçut l'idée que pour cette dette du fonds, c'est le fonds et ses accessoires qui devaient répondre. Gierke y voit un cas de responsabilité objective en vertu d'une dette réelle (dingliche Schlud)[65].

26. — Rapports entre *Delte* (**Schuld**) et *Responsabilité* (**Haftung**)[66]. — Après l'étude approfondie des rapports indiqués de dette et de responsabilité, Gierke juge utile d'étudier leurs rapports réciproques. Il a démontré ci-dessus que ces rapports étaient de nature différente. Il ajoute que dans le Droit allemand ces rapports juridiques ont toujours gardé leur indépendance conceptuelle, leur particularité. Certains manques de coïncidence entre les rapports de dette et ceux de responsabilité, quoique ces rapports soient destinés les uns aux autres, en sont la preuve. On remarque néanmoins une tendance d'union toujours plus intime entre dette (Schuld) et responsabilité (Haftung). Le moyen âge connaît déjà un rapprochement entre dette et responsabilité en mesure de contribuer à la réception du droit romain, dans lequel les deux éléments sont complètement unis.

a) **Dette sans Responsabilité** (*Schuld ohne Haftung*); **Responsabilité sans Dette** (*Haftung ohne Schuld*). — La *Dette* sans *Responsabilité* ainsi que la *Responsabilité* sans *Dette* sont une conséquence normale de l'indépendance de ces deux rapports.

1° La dette sans responsabilité fut considérée de plus en plus comme une dette incomplète. La dette avec responsabilité devint la règle, l'autre l'exception. L'idée que d'une dette découle une responsabilité était admise déjà

65. La notion de dette réelle est très discutée. **Puntschart** et **Amira** ne l'admettent pas. V. **Amira**, *rec. c.*, p. 487. Comme nous le verrons plus loin cette notion rencontre de redoutables adversaires quant à son application au Droit moderne allemand.

66. V. **Gierke**, *S. u. H.*, p. 98-116, *S. R.*, p. 26-29 résumés dans ce numéro.

avant la réception du droit romain, ce qui n'empêcha pas la dette sans responsabilité de se maintenir même après la réception comme dette incomplète.

2° Gierke commence par affirmer qu'une responsabilité ne se référant pas à une dette est chose inconcevable[67]. La notion de pure responsabilité est vide de sens. On ne peut répondre que pour un devoir (Sollen), en échange on peut répondre (Haften) pour une dette à venir. Ce qui n'empêche pas la sujétion (Gebundenheit) par le rapport de responsabilité de paraître immédiatement. C'est dans ce sens qu'on parle de responsabilité sans dette.

b) **Dette sans responsabilité propre**. — On rencontre une dette sans responsabilité propre lorsque ce n'est pas le débiteur qui répond mais qu'un tiers répond pour lui. Au commencement, par exemple, lorsque l'on donnait un gage pour répondre de la dette d'autrui, le créancier non payé ne pouvait se retourner que contre le gage. L'otage, la caution pour cette dette étrangère étaient seuls en butte de l'agression du créancier, en cas de non-paiement à l'échéance.

On observe ici d'ailleurs une tendance toujours plus accentuée de relier la dette à une *Responsabilité* propre du débiteur sans avoir égard aux autres *Responsabilités* qui pourraient être établies pour cette même dette. On observe facilement cette tendance dans le cas de la caution pour dette d'autrui. Le créancier ne pouvait se tourner au début que contre la caution qui seule répondait. On admit ensuite que le débiteur répondait subsidiairement. On mit ensuite la responsabilité du débiteur à côté de celle de la caution en établissant que si le créancier impayé s'adressait d'abord au débiteur, il perdait tout droit d'agression contre la caution. Le créancier et la caution nous sont présentés ensuite

67. **Gierke**, *S. u. H.*, p. 99.

comme répondant ensemble et on finit par faire passer la *Responsabilité* du débiteur au premier plan, celle de la caution au second. Cette évolution est le résultat de la tendance de faire naître de la dette une *Responsabilité*[68].

c) **Responsabilité sans dette propre.** — L'otage et la caution pour dettes d'autrui, la *Responsabilité* pour autrui en général et celle pour dommages causés par les animaux peuvent être considérés comme cas de *Responsabilité* sans dette propre, car dans tous ces cas on répond sans devoir soi-même.

Aussi observe-t-on une tendance à la réunion de la dette et de la *Responsabilité* et notamment la tendance opposée à celle que nous avons mentionnée ci-dessus. En effet on tend à admettre une dette propre de celui qui répond pour une dette d'autrui de manière à ce que celui qui répond doive aussi. Comme exemple il suffit de citer le cas de la *Responsabilité* du seigneur pour les dettes de ses assujettis : tant qu'il peut abandonner son esclave il ne fait que répondre, il ne doit rien. A partir du moment ou malgré l'abandon de l'esclave, il doit quand même payer on doit admettre que la *Responsabilité* a fait naître une dette. La forme de *Responsabilité* sans dette propre s'est maintenue le plus dans les cas où elle était établie contractuellement. Par exemple l'otage pour dette d'autrui ne devint jamais débiteur.

Aujourd'hui encore le gage pour dette étrangère n'établit qu'une pure *Responsabilité*. C'est ainsi que, pour la *Responsabilité* aussi, se poursuivit l'évolution qui, avec la réception du droit romain aboutit au principe « wer haftet, schuldet auch ». Néanmoins, affirme Gierke, l'influence du Droit germanique se fait ressentir ici encore, vu que dans ces cas la *Responsabilité* apparaît comme le rapport pri-

68. **Gierke**, *Ibid.*, p. 100.

maire, la dette comme une émanation de celle-ci et que, d'autre part, au point de vue du contenu, la dette du responsable diffère de celle du débiteur[69].

d) **Dette sans pleine responsabilité**. — Dans le cas de la *Responsabilité objective* pure, la personne et le patrimoine du créancier restent en cas de non-paiement, en dehors du pouvoir d'agression du créancier. Il en est de même pour la personne en cas de pure *Responsabilité patrimoniale*, du patrimoine en cas de pure *Responsabilité personnelle*, du restant du patrimoine en cas de *Responsabilité patrimoniale* limitée. La partie non couverte de la dette persiste, elle ne peut néanmoins pas être réalisée par contrainte. Depuis que la *Responsabilité personnelle* a fusionné avec la *Responsabilité patrimoniale* illimitée, on ne compte parmi les dettes sans pleine *Responsabilité* que les cas de pure *Responsabilité objective* ou de *Responsabilité patrimoniale* limitée. Il est avéré depuis les temps les plus anciens que, dans les cas de limitation de la *Responsabilité*, celle-ci une fois épuisée emporte aussi extinction de la dette. On observe ensuite la tendance de connexion entre la dette et l'objet responsable. Au début la *Responsabilité objective* n'engendre pas de dette objective (Sachschuld). Maintenue pour les meubles, cette règle change peu à peu pour les immeubles; on a accepté pour les droits de gage immobilier (Grundpfandrechte[70] l'idée de dette du fonds (Grundstücksschuld). Autrement dit le fonds qui répond doit aussi; à la *Responsabilité objective* correspond une dette de la chose, une dette réelle et le rapport de *Responsabilité* comprend dorénavant aussi un devoir de prester (Leistensollen) et un devoir de

69. **Gierke**, *Ibid.*, p. 102.

70. V. pour Grundpfandrechte **Schwind**. *Wesen und Inhalt des Pfandrechtes*, 1899; **Dernburg**, *Das Bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens*, vol. III, *Das Sachenrecht*, 1898; **Gierke**, *Privatrecht*, vol. II, p. 834, 852 et s., 880, 999 et s.; **Wolff**, *Sachenrecht* (vol. III du *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts d'Ennecerus, Kipp et Wolff*), 8e éd., 1929.

recevoir (Bekommensollen) du fonds. Au commencement la *Responsabilité patrimoniale* n'engendrait pas de dette. Pour elle aussi on admit graduellement qu'en cas de limitation à un patrimoine spécial, à la responsabilité de ce patrimoine spécial correspondait un devoir de prester (Leistensollen) du même patrimoine[71].

e) **Responsabilité dépassant le montant de la dette**. — On a un pareil cas lorsque pour une charge réelle (Reallast) on a établi en outre de la pure *Responsabilité objective*, une *Responsabilité* quelconque plus large. Il en est de même lorsque, au cas d'une dette commune à plusieurs débiteurs, l'un des débiteurs doit sa part seulement, mais répond pour toute la dette. Enfin un troisième cas se rencontre lorsque le patrimoine entier du débiteur répond pour une dette regardant un patrimoine particulier de celui-ci. La même tendance, remarquée ailleurs, d'accorder la dette avec la *Responsabilité* se manifeste également ici par l'élargissement de la dette. Dans le cas de charge réelle, on admet une dette personnelle dans la mesure de la *Responsabilité personnelle*. La dette du patrimoine particulier se transforme en dette personnelle au cas de *Responsabilité* complète et la dette partielle avec *Responsabilité* patrimoniale du débiteur pour toute la dette devient dette solidaire.

27. — Communautés de *Dette* et de *Responsabilité*[72]. — (Schuld-und Haftungsgemeinschaften). Ces communautés ont des structures variables. Néanmoins ici aussi on distingue souvent la dette de la *Responsabilité* et on remarque aussi avec la marche du temps une tendance de plus en plus accentuée vers l'union.

1° *Communautés par parties* (*Anteilsverhâltnisse*). — Ici la dette et la *Responsabilité* sont établies par parties. On a

71. V. **Gierke**, *S. u. H.* p. 108 et s.
72. **Gierke**, *S. u. H.*, p. 108-114.

une dette commune divisible (établie légalement ou conventionnellement) lorsque chaque débiteur doit prester une partie de la dette. Quant à la responsabilité partielle le créancier ne peut s'attaquer à chaque débiteur que pour sa part. Quoique d'habitude la dette partielle soit corrélative à la responsabilité partielle, on conçoit une responsabilité partielle assurant la dette entière ou bien une dette partielle assurée par la responsabilité entière (c'est un cas fréquent pour la division légale de la dette).

2° *Communautés en main commune* (*Gesamthandverhältnisse*).

a) Nous avons une communauté de dette en main commune lorsque plusieurs débiteurs doivent effectuer ensemble une prestation. Elle résulte de toute communauté en main commune au moment où les membres deviennent débiteurs en leur totalité (communauté d'héritiers, société, communauté entre époux). On l'établissait aussi par promesse faite ensemble. Les débiteurs en main commune deviennent débiteurs chacun pour sa part s'ils ne possèdent pas les moyens pour exécuter en commun la prestation ou si ces moyens sont insuffisants. En échange on ne connaît pas en droit allemand la dette de toute la prestation, incombant à chacun des débiteurs.

b) On parle de communauté de responsabilité en main commune lorsque le créancier peut attaquer un patrimoine commun. Elle existe dans tous les cas dans lesquels une dette en main commune grève un patrimoine commun. On peut y joindre une responsabilité personnelle ou patrimoniale d'un ou de plusieurs de ces responsables.

Ces communautés de *Responsabilité* se présentent sous deux formes :

A. Le créancier peut attaquer chaque débiteur pour sa part et seulement en cas de non-paiement pour le reste.

B. Le créancier peut dès le début s'adresser à l'un d'eux

pour toute la dette. On peut établir les deux formes indépendamment d'une communauté de dette. Un exemple nous est fourni par la *responsabilité* en main commune de plusieurs pour la dette d'autrui. La caution sans être codébétrice peut se trouver en *responsabilité* en main commune avec le débiteur.

3° *Communaulés engendrées par les rapports de sociélé.* — (Genossenschaftliche Verhältnisse). Dans les rapports de société on conçoit aussi des communautés de dette et de responsabilité. La dette sociale grevait au commencement tous les sociétaires dans leur unité sociale et leur pluralité, tandis que les sociétaires pris individuellement n'étaient tenus que *pro parte*. La responsabilité grevant sur eux est une responsabilité en main commune : tous répondent pour un et un pour tous.

4° *Communautés de dette et de responsabilité solidaire.* — (Solidarische Schuldverhältnisse). Le principe de la dette solidaire était initialement étranger au droit germanique tandis que le principe de la responsabilité solidaire était admis. La tendance à l'union de la dette et de la *Responsabilité* a apporté aussi sur ce terrain une modification, car à peine la réception du droit romain effectuée, on étendit le principe de la solidarité à la dette.

28. — Catégories de *dettes* et de *responsabilités*. — On créa de nouveaux types de *Responsabilité* en groupant plusieurs *rapports de responsabilité* de valeur égale ou pouvant se remplacer les uns les autres.

A la fin du moyen âge la dette était normalement accompagnée d'une *Responsabilité patrimoniale* illimitée et d'une *Responsabilité personnelle subsidiaire*. C'est après la réception du droit romain que la distinction entre ces différents types de *Responsabilité* s'affermit.

Il faut néanmoins noter que depuis les plus anciens temps une certaine catégorie de dette déterminait en très

large mesure la naissance d'une certaine catégorie de *Responsabilité*. Les *rapports de responsabilité* pour une dette varient selon l'objet et la source de celle-ci.

Dette et *Responsabilité* gardèrent néanmoins leur possibilité de développement indépendant, de sorte que des dettes de la même nature peuvent être assurées par des rapports de *responsabilité* très différents et la même *Responsabilité* peut assurer les dettes les plus diverses. D'où la conclusion que la mesure de la force du rapport de dette ne réside pas en lui-même mais que cette force tire son origine du rapport de *Responsabilité* qui est annexé au rapport de dette[73].

29. — *Réception du droit romain*[74]. — La notion romaine d'obligation dans laquelle la *Dette* et la *Responsabilité* sont réunis pénétra aussi dans le droit allemand[75]. Gierke définit ainsi l'obligation romaine : « l'obligation est un rapport de dette qui de par sa nature intime enchaîne la personne avec son patrimoine. Elle porte en soi le rapport de responsabilité dont elle emprunte le nom, mais elle comprend en même temps le rapport de *dette*[76]. »

Par la réception du droit romain les deux notions de *Delle* et *Responsabilité* perdent leur indépendance. Les rapports indépendants de responsabilité du droit allemand perdirent peu à peu leur particularité.

Le droit d'agression du créancier ne paraît plus que dans l'exécution judiciaire. Il existe pour chaque dette une exécution personnelle et réelle, mais l'exécution contre la

73. **Gierke**, *S. u. H.*, p. 115.

74. **Gierke**, *S. R.*, p. 29 et s. **G. Cornil**, *Quelques considérations sur la réception du droit romain en Allemagne*, 1920.

75. **V. Amira**, *rec. c.*, p. 486. Amira présente comme douteuse l'union de dette et responsabilité en droit romain.

76. **Gierke**, *op. cit.*, p. 29.

personne, seulement admise sous forme de prison pour dette, n'est reçue qu'après exécution patrimoniale sans résultat. C'est ainsi que la *Responsabilité personnelle* et la *Responsabilité patrimoniale* fusionnent. On essaie de placer l'exemption de prison pour dette parmi les privilèges d'exécution et les limitations de la *Responsabilité* parmi les limitations de l'exécution. Néanmoins la *Distinction* ne s'est pas perdue et grâce à certaines institutions a été transmise jusqu'à nos jours.

§ 3. **Conclusion.**

30. — Les extraits, citations, résumés ci-dessus suffisent pour nous donner une idée claire de l'état de l'ancien droit allemand quant aux obligations (au sens moderne). En effet ces obligations on ne les connaissait pas. Il y avait :

1° Des *rapports de Dette* engendrant un pur devoir juridique bilatéral;

2° Des *rapports de Responsabilité*, ceux-là munis d'un pouvoir d'agression contre l'objet assujetti, homme ou chose, pour assurer au créancier satisfaction en cas de non paiement à l'échéance.

Différant au début par leur source, par leur objet, par leur nature, les rapports de responsabilité étant néanmoins toujours établis en vue d'une dette, on assiste à un double mouvement : un rapprochement de plus en plus prononcé entre *Dette* et *Responsabilité* tendant à leur fusion; une tendance de faire naître *Dette* de *Responsabilité* et *Responsabilité* de *Dette*.

Ces deux mouvements préparèrent le terrain à la réception du droit romain connaissant l'obligation qui contenait, du moins au moment de la réception, les deux éléments fusionnés.

Malgré la réception du droit romain la distinction ne s'est pas complètement perdue. Tout en étant à la base de l'ancien droit allemand la distinction est loin d'être spécifique de ce droit. En effet elle fut découverte dans plusieurs autres droits anciens. Brinz l'a révélée pour l'ancien droit romain. Nous verrons plus loin quelques applications de la distinction dans ce droit. D'autres droits anciens la connaissent aussi et pour ne citer que les plus importants nous renvoyons à Partsch et Koschaker pour l'étude de la distinction entre *Dette* et *Responsabilité* en droit grec ancien et en droit assyro-babilonien[77].

77. **Partsch**, *Griechisches Bürgschaftsrecht*, I, 1907; **Koschaker**, *Babylonisch-Assirisches Bürgschaftsrecht*, 1911. V. aussi la bibliographie citée par **Pacchioni**, *Tratatto delle obligazioni*, p. 47 et s.

CHAPITRE II

DETTE ET RESPONSABILITE EN DROIT ROMAIN

---

§ 1. La notion classique d'obligation[1]

31. — En donnant la définition de l'obligation telle qu'elle résulte des textes de Justinien les auteurs insistent d'habitude sur l'opposition entre droits réels et droits personnels ou de créance[2].

Les uns portent sur une chose, les autres sur une personne, car le droit réel existe au profit d'une personne sur une chose, le droit de créance est un rapport entre deux personnes, d'où d'ailleurs son nom de droit personnel.

Le droit réel est muni d'un droit de préférence et d'un droit de suite :

1° Le droit réel portant sur une chose la suit partout où elle va, le titulaire de ce droit pouvant l'invoquer à l'encontre de n'importe qui retiendrait la chose grevée du droit

1. **P. F. Girard**, *Man. élém. de Droit romain*, éd. rev. par Senn, 1929, p. 415 et s.; **Cuq**, *Man. des Inst. jur. des romains*, 2e éd., 1928, p. 363 et s.; **Cornil**, *Droit romain*, 1921, p. 248 et s.; **Collinet** et **Giffard**, *Petit Précis de Droit romain*, 2e éd., 1929, p. 1 et s.; **Fliniaux**, *Cours de Licence*, 2e année, 1931-32, p. 1 et s.; **Huvelin**, *Cours élém. de Droit romain*, II, p. 1 et s. Voir aussi **Marchi**, *Storia e Concetto della Obbligazione Romana I Storia dell' obbligazione romana*, 1912; **Perozzi**, *Le obbligazioni romane*, 1903; **Stoicesco**, *Curs elementar de drept roman*, 3e éd., 1931, p. 258 et s.

2. **Girard**, *op. cit.*, p. 417; **Collinet**, *op. cit.*, p. 1; **Stoicesco**, *op. cit.*, p. 258; **Fliniaux**, *op. cit.*, p. 3.

réel en question. Il n'en est pas de même pour le titulaire d'un droit personnel qui, pour la satisfaction de son droit, ne peut s'adresser qu'au débiteur.

2° A l'échéance, le titulaire d'un droit réel sur une chose sera payé avant les créanciers chirographaires du propriétaire de la chose et avant les autres titulaires de droits réels sur la même chose, mais dont les droits sont postérieurs au sien. Il doit sa situation privilégiée au droit de préférence dont est muni son droit réel. Quant au droit de créance, il ne confère pas un tel avantage : il y a toujours concours entre créanciers[3].

Ces deux avantages conférés au droit réel constituent la principale différence entre droits réels et droits personnels. Les romains néanmoins n'ont pas consacré cette distinction. On ne rencontre nulle part chez les jurisconsultes romains la distinction théorique entre droits réels et droits personnels et elle ne fut dégagée qu'au moyen âge par les interprètes du droit romain[4].

32. — Deux textes sont généralement utilisés pour en tirer la définition de l'obligation romaine. L'un est de Justinien qui définit l'obligation :

Inst. 3. 13. De obligationibus, pr. : **Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis jura.** (L'obligation est le lien juridique en vertu duquel nous sommes astreints à la nécessité de payer quelque chose conformément aux prescriptions de notre cité).

l'autre de Paul qui nous dit que :

Paul Dig. 44. 7. De Obl. et act. 3. pr. : **Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquid corpus nostrum**

3. **Girard**, *op. cit.*, p. 274 et s.; **Fliniaux**, *Cours de licence*, 1re année, 1930-31, p. 410.

4. **Fliniaux**, *op. cit.*, p. 408.

aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum. (La substance des obligations ne consiste pas en ce qu'elle nous rend propriétaire d'une chose ou titulaire d'une servitude, mais en ce qu'elle astreint une personne envers nous de nous donner, de nous faire ou de nous prester quelque chose[5].)

En s'inspirant de ces deux définitions, on dit que *l'obligatio* est « le dorit d'une personne (créancier, *creditor*, *reus credendi*) en face d'une autre (débiteur, *debitor*, *reus debendi*) à un acte ou a une abstention sanctionnée par une action »[6] ou bien « un lien de droit entre deux personnes, en vertu duquel l'une d'elles, le *débiteur*, doit fournir à l'autre, le *créancier*, une prestation déterminée qui consiste soit dans une dation d'une chose, soit dans l'accomplissement d'un fait ou d'une abstention[7] » ou bien encore « l'obligation est un rapport de droit établi temporairement entre deux personnes dont l'une (le débiteur) est tenue de fournir à l'autre (le créancier) une prestation susceptible d'être évaluée en argent[8] ».

On fait remarquer dans *l'obligatio* le lien unissant débiteur et créancier, l'objet de *l'obligatio* qui selon Justinien (Just. 3. 13. D. O. pr.) est le *alicujus solvendae rei*, tandis que selon Paul (Dig. 44. 7. D. O. et A. 3. pr.) c'est *dare*, *facere*, *praestare*, ses deux sujets : débiteur et créancier. Il faut encore remarquer que les deux définitions romaines ci-dessus parlent de contrainte.

5. *Dare* signifie transférer la propriété par le débiteur au créancier. *Facere* comprend également le *non facere* et signifie faire quelque chose envers le créancier ou s'abstenir de faire quelque chose. *Praestare* malgré controverse c'est mettre une chose à la disposition du créancier sans en transférer la propriété.

6. **Girard**, *op. cit.*, p. 413.

7. **Collinet**, *op. cit.*, p. 1.

8. **Cuq**, *op. cit.*, p. 368.

Une question se pose : la notion d'*obligatio* est-elle aussi réellement ce qui résulte à son sujet des textes classiques ? Est-elle une notion simple ? Sa complexité n'est-elle pas masquée seulement par l'imprécision des textes cités ? C'est à Brinz qu'on doit le premier une réponse, c'est lui qui trace le chemin vers une nouvelle conception de *l'obligatio* et de la notion d'obligation en général.

§ 2. La distinction entre *Dette* et *Responsabilité* en droit romain.

I. La théorie de Brinz[9]

33. — Nous avons déjà signalé que c'est Brinz qui le premier a relevé dans l'obligation romaine *l'obligatio* au sens restreint (Haftung, teneri) et la dette (Schuld, debitum), en démontrant l'opposition entre la contrainte à laquelle est soumis le débiteur et la prestation de celui-ci[10]. Nous n'avons pas l'intention d'exposer les détails de la démonstration de Brinz. Aussi nous servirons-nous de son article : *Der Begriff obligatio* pour en déduire, en le résumant, malgré son style un peu lourd et peu clair, un court aperçu de la façon dont Brinz concevait *l'obligatio* romaine.

Puchta avait indiqué, à propos d'une classification des droits selon leur objet, l'action du débiteur comme étant l'objet de l'*obligatio*. A ce propos Brinz observe qu'on ne peut confondre un objet présent seulement en pensée durant toute l'existence d'un droit, et qui dès sa parution ou

9. Dr **A. v. Brinz**, *Der Begriff Obligatio*. V. aussi *Lehrbuch der Pandekten*, 1879, 2e éd., vol. II, 1re partie et *Obligation und Haftung* dans *Arch. f. civ. Praxis* Bd. 70 p. 371 et s. Ce dernier article est une réponse à la critique de ses théories faites par **Rumelin**, dans un article intitulé *Obligation und Haftung* (*Arch. f. die civ. Praxis*, Bd. 68, pp. 151-216).

10. **Bekker**, *Sprachliches und sachliches zum B. G. B.* JJ. 49, p. 51 dit qu'il est le premier à distinguer nettement la « Zahlbarkeit » de la « Erzwingbarkeit ».

sa réalisation éteint ce droit, avec l'objet du droit, sans l'existence duquel, on ne peut même pas concevoir l'existence réelle de ce droit, ce que précisément Puchta a fait en confondant les actions (Handlungen) auxquelles (worauf) le créancier a un droit, avec la chose sur laquelle (woran) porte son droit[11].

Dans *l'obligatio* (Haftung, teneri) il faut donc distinguer entre le *worauf* et le *woran* de *l'obligatio*, c'est-à-dire qu'il faut tenir compte qu'à côté de l'action du débiteur pour effectuer sa prestation (Handlung), constituant le but de *l'obligatio* (worauf sie geht), il y a aussi ce en quoi elle consiste (woran sie besteht) ce sur quoi porte le droit du créancier. Cette chose-là, l'objet sur lequel porte le droit du débiteur, la chose qui est obligée (en un sens restreint) c'est, dit Brinz, sous réserve de quelques modifications ultérieurement intervenues, la personne du débiteur[12]. Dire que la personne est obligée (sens restreint), responsable, ce n'est pas dire qu'on attend d'elle la prestation à laquelle elle est tenue, mais que ce sera la chose (Ding) à laquelle, comme à un otage on à un gage, le créancier pourra avoir recours en cas de non accomplissement de la prestation.

Malgré que les sources conçoivent l'essence de l'*obligatio* dans un droit de contrainte (Just. 3. 13. pr. et Dig. 44. 7. 3 pr.) Brinz, qui considère le débiteur comme un assujetti,

11. **Brinz**, *Der Begriff Obligatio*, pp. 11 et s.

12. **Brinz**, *op. cit.*, p. 13. V. *contra*, Dr **Rudolph Sohm**, *Der Begriff des Forderungsrechts* (*Grünhuts Zeitschrift*, vol. 4, 1877, pp. 457-474), p. 463. D'après Sohm, p. 460. tandis que le droit réel est un droit d'agir seul; le droit de créance n'est qu'un droit qu'un autre agisse. Le droit de créance n'est donc qu'un droit à une action d'autrui. Plus loin, p. 472 en reprenant sa définition il précise que le droit de créance n'est pas un droit de contrainte contre la personne du débiteur, qu'il ne confère pas au créancier le droit d'agir, qu'en somme le droit du créancier est le droit à l'action libre de l'obligé. La notion d'obligation ne serait qu'un devoir (Pflicht) du débiteur mais pas un pouvoir (Gewalt) du créancier. C'est à ce propos que Sohm ajoute sa formule célèbre et très discutée *Das Wesen des Sachenrechts ist Macht, das Wesen des Forderungsrechts ist Ohnmacht.* (La nature du droit réel c'est la force, celle du droit de créance l'impuissance).

un obligé au sens restreint, est d'avis que cet assujettissement du débiteur ne s'épuise pas dans le droit de contrainte du créancier. Le mot *Haftung*[13] (responsabilité) qui seul pourrait, d'après Brinz, servir à la traduction de l'*obligatio*, en indiquerait toute l'étendue. En effet, lorsque quelque chose se trouve en état de responsabilité (haftet) pour und prestation, cette chose n'est pas seulement objet de contrainte pour obtenir l'exécution, mais elle peut aussi, en cas où la contrainte ne sert à rien (vu que la volonté ne peut être pliée par aucun moyen physique), être prise comme une sorte d'otage, de gage, vu que la responsabilité contient forcément l'idée de garantie. Et lorsque l'on conçoit l'obligation comme responsabilité on ne peut plus désigner ni la volonté, ni la prestation comme son objet ; ce ne peut-être que la personne du débiteur, car la prestation ne peut-être en même temps objet de la responsabilité et objet pour lequel on répond. Néanmoins dans le droit moderne ce n'est plus la personne de l'obligé, mais son patrimoine, en tant que partie juridique de la personne, qui répond.

L'objet de l'*obligatio* au sens restreint, c'est-à-dire au sens de responsabilité (Haftung), c'est donc la personne dans la mesure où elle possède un patrimoine, et les choses le constituant répondent à leur tour seulement en vertu de leur appartenance à la personne. C'est dans ce sens que, dans *l'obligatio*, la personne n'est pas seulement objet d'un droit de contrainte pour la déterminer à prester, mais aussi d'un droit à la satisfaction, de sorte quelle peut être

13. Dans son *Lehrbuch der Pandekten*, vol. II, 1re partie, p. 2, Brinz écrit : *Haftung nennen wir die Ihatsache, dass etwas, eine Person oder Sache, Jemandem (Gläubiger) zur Satisfaktion für etwas zu dienen bestimmt ist* (Nous appelons responsabilité le fait qu'une personne ou une chose est destinée à servir de satisfaction pour quelque chose à quelqu'un [le créancier].

poursuivie par le créancier pour lui fournir satisfaction en cas d'inaccomplissement[14].

34. — Après avoir établi que l'élément *obligatio* au sens restreint a pour objet la personne du débiteur, Brinz entreprend de démontrer l'identité de nature entre la *rerum obligatio* et la *personae obligatio*. Nous ne le suivrons pas dans sa démonstration. Il suffit de relever que pour y arriver il considère l'*obligatio personae* à la lumière de la *rerum obligatio*; il en conclut que de même que la chose dans la *rerum obligatio*, dans la *personae obligatio* c'est la personne du débiteur qui est mise en gage. En effet être responsable (haften) signifie être en gage et dans la mesure, dit-il, où elle répond, la personne du débiteur est aujourd'hui encore en gage. Et Brinz d'ajouter qu'il y a dans une égale mssure dans l'*obligatio* et dans tout droit de gage' une sujétion (Haften, obligatum esse, teneri) englobant la nature entière et tout le droit de chacune de ces deux institutions. Cette sujétion contie nt dans les deux cas d'une façon exclusive, ineffaçable et essentiellemen invariable :

1° Quelque chose en guise d'objet qui répond (haftet);

2° Une prestation comme but pour (wofür) lequel l'objet répond;

3° Un créancier (*creditor*) auquel on doit prester et auquel répond la chose en question;

4° Un empire (Gewalt) élevé au rang de droit du créancier sur l'objet responsable; cet empire est corrélatif à la sujétion de l'objet responsable, due à la *Haftung*. Dans le casoù, fautivement (schuldhafterweise), la prestation ne se produit pas,cet empire devient exécution contre l'objet responsabl e ([wird] zur Exekution in das haftende Object) et c'est ainsi

14. Voir pour tout ce n° **Brinz**, *op. cit.*, p. 11-26.

qn'il transforme dans cette mesure lorsque l'exécution ne doit pas se produire, la prestation en nécessitéde prester (*Leistenmüssen*, dare facere, oportere) conditionnée[15]. Tout ceci suffit à Brinz pour considérer l'*obligatio personae* et l'*obligatio rerum* comme « Sprossen eines Stammes » (poussées d'un même tronc).

Le fait que, d'un côté, c'est la personne qui répond, de l'autre, une chose, que les moyens par lesquels l'empire s'extériorise et se développe diffèrent d'un côté et de l'autre et enfin le fait que dans le droit de Justinien la *rerum obligatio* est toujours accompagnée d'une *personae obligatio*, tandis que la *personae obligatio* existe sans l'autre, tout ceci dit Brinz, établit une différence de catégorie, mais ne porte pas atteinte à la communauté de genre car *obligatio* en soi, même celle de personne, n'est essentiellement rien d'autre que nantissement (Pfandhaft)[16].

35. — Les sources nous montrent, dit Brinz, des cas d'*obligatio* qu'elles n'appellent pas immédiatement aussi du nom de *debitum*. Cette différence a une portée, vu que seulement les dettes constituent un moins dans le patrimoine. D'ailleurs il faut encore remarquer qu'il y a des modes de libération qui n'ont de valeur que pour les *obligationes* n'étant pas des *debita* (par exemple le *mutuus dissensus*) tandis que les dettes ont des *modi tollendi* dont les plus importants (par exemple le paiement) n'ont pas trait aux pures responsabilités.

Il est certain, dit Brinz, que les responsabilités issues des contrats consensuels ne sont pas aussi immédiatement des dettes. Le mandataire, par exemple, ne cite pas parmi ses dettes ce qui répond pour sa *culpa* avant que celle-ci ne se

15. **Brinz**, *op. cit.*, p. 26.

16 Voir pour ce n° **Brinz**, *op. cit.*, p. 26-33. Nous renvoyons à cette partie de son article pour les preuves que Brinz apporte à l'appui de ses conclusions exposées au texte.

soit produit. Au moment de la conclusion du contrat consensuel, du mandat par exemple, il est même incertain laquelle des deux parties devra, vu qu'aucune des deux ne peut demander ce qui lui est dû avant de s'enquérir ce qu'elle doit elle-même, de sorte qu'en fin de compte, il n'y a dette que du côté de la partie qui doit la différence entre les deux prestations.

D'après Brinz, la notion d'ogligation et sa construction se ressentent vivement de la distinction entre pure responsabilité et dette quoique les monographies sur les obligations la traitent comme n'existant pas.

La nécessité (Müssen dare, facere, oportere), expression employée[17] pour désigner la contrainte obtenue par la responsabilité (Haftung), peut être une *necessitas* déterminée par l'existence même de la responsabilité, ou encore indéterminée au moment de l'existence de cette responsabilité et dépendant d'événements futurs et incertains. Il y a, selon Brinz, *necessitas* indéterminée, incertaine, lorsque l'obligé ne peut être interpelé, actionné, du fait qu'il n'a pas presté ou parce qu'il ne preste pas. Cela veut dire qu'avec le patrimoine il est déjà objet de sûreté, pas objet de satisfaction; ce qu'il ne devient que lorsque la *necessitas* est déterminée. La nécessité indéterminée, déterminée ou en voie de détermination correspond aux qualités de la responsabilité (Haftung) respectivement d'être simple sûreté, d'être satisfaction ou bien d'être en voie de métamorphose, de lien de sûreté en lien de satisfaction.

Quant à l'élément Dette (*Schuld*), elle existe dans la mesure dans laquelle existe une nécessité déterminée et où l'obligé est objet de satisfaction avec son patrimoine,

17. **Brinz**, *op. cit.*, p. 36 parle de *Jenes Müssen* (*dare, facere, oportere*) *Welches der Ausdruck für den durch die Haftung erzeuglen Zwang* (*vis compulsiva*) *ist..,* »

pour le cas où il ne preste pas et ceci, indifféremment si la détermination existe dès le début (contrats unilatéraux par exemple) ou si elle se produit ultérieurement. Jusqu'à cette détermination l'*obligatio* est une pure responsabilité, mais non une dette, l'obligé est responsable en tant que sûreté, main non pour fournir satisfaction.

Du fait que le Leistenmüssen n'exprime que la contrainte pour prester (bewegender Zwang zur Leistung) il en résulte que cette nécessité de prester (Leistenmüssen) est toujours inséparablement liée à la pleine responsabilité (Haftung), d'où il s'ensuit que dans la dette (Schuld) la nécessité de prester (Leistenmüssen; dare, facere, oportere) est intimement unie à la nécessité d'assurer (Aufkommenmüssen) celle-ci sur le patrimoine de celui à qui elle incombe[18]. Et Brinz de conclure que c'est le mot *Haftung* qui comprend et la corporalité de l'objet et la communauté du droit des obligations et de celui de gage et les rapports de la *Haftung* vis-à-vis de la *Schuld*, de sorte que la notion de l'obligation et sa restauration résident dans la responsabilité (Haftung)[19].

Le mérite de Brinz est d'avoir relevé dans l'obligation l'opposition entre dette et responsabilité. Il accorde une très grande importance à la responsabilité (Haftung) tandis que de la dette il en fait une phase tout en considérant Dette et Responsabilité comme des sous-divisions de la nécessité juridique (Rechtliches Müssen)[20]. Il est évident que le point de vue de Brinz diffère de celui des Germanistes qui voyaient dans la Dette et la Responsabilité deux rapports indépendants. C'est d'ailleurs ce

18. **Brinz**, *op. cit.*, p. 33-40.

19. **Brinz**, *op. cit.*, p. 40. « In dem guten Worte Haftung liegt alles : die Körperlichkeit des Objects, die gemeinschaft von Obligations und. Pfandrecht, die Spannung und Anspannung der Haftung zur Schuld. In der Haftung liegt der Begriff der Obligation und seine Restauration ».

20. V. aussi **Isay**, *Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis im heutigen Recht* JJ, 48, p. 190.

dernier point de vue qui a triomphé chez les romanistes plus récents, comme nous allons le voir par la suite.

II. **Debitum** *et* **obligatio** *sensu stricto. Leur union en* **obligatio** *sensu lato*[21].

36. — Les romanistes postérieurs à Brinz, qui se sont occupés, en l'admettant, de la distinction entre *dette* et *Responsabilité* en droit romain, ne conçoivent plus la *Dette* comme une phase de la *Responsabilité*, mais voient au contraire, à l'instar des Germanistes, dans la *Dette* et la *Responsabilité* deux rapports distincts.

Pour l'étude des notions de *Dette* et de *Responsabilité* en droit romain, ainsi que pour l'étude de leur rapprochement progressif, nous aurons spécialement recours aux ouvrages de M. Cornil. Remarquons pour commencer, que par la suite, *debitum* est employé dans le sens de dette, *devoir*, *Schuld*; *obligatio* (sensu stricto) dans celui de *Responsabilité*, *engagement*, *Haftung*; obligatio (sensu lato) étant l'obligation dans l'acception normale du mot, comprenant *Dette* unie à *Responsabilité*.

37. — Dans son « Droit Romain » M. Cornil écrit : « en droit romain classique le devoir qui incombe au débiteur envers le créancier est normalement accompagné de l'engagement de la personne du débiteur au pouvoir du

21. V. **Cornil**, *Debitum et obligatio*, Mel. P. F. Girard, I, 1912, *Droit romain*, p. 248 et s., 1921. « L'origine de l'obligation romaine », *Rev. Hist. de Dr. fr. et étranger*, p. 521, 1925. Ancien droit romain, *Le problème des origines*, Paris, 1930, pp. 72 et s. **Bekker**, *Sprachliches und Sachliches zum B. G. B.*, JJ. 49, 1905, p. 51-58, *Grundbegriffe des Rechts und Missbegriffe der Gesetzgebung*, 1910, p. 269-275. **Fliniaux**, *Cours licence*, 2e année, 1931-32, p. 7 et s. **Marchi**, *op. cit.* et le compte rendu de **Duquesne**, *N. R. H.*, 1913. **Pacchioni**, *Nexum*, Mel. P. F. Girard, II, p. 319 et s., 1912, *Trattato delle obbligazioni*, p. 1 et s., 1927. Voir *contra*, en doutant de la valeur historique de la distinction : de **Visscher** et **Collinet**. dans la *Rev. Hist. de Dr. franç. et étr.*, 1925, p. 524 et s.; **Girard**, *op. cit.*, p. 415, n. 1. **Collinet**, *Cours de doctorat* 1931 32, p. 163. **Stoicesco**, *op. cit.*, p. 260.

créancier. On peut définir maintenant l'obligation, un devoir dont l'accomplissement est assuré par un droit de contrainte sur la personne du débiteur, tant sur son corps que sur ses biens : *obligationum substantia in eo consistit, ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum* (Paul, D. 44.7.3 pr.).

Encore faut-il remarquer que la contrainte du créancier sur le débiteur ne peut être exercée que judiciairement : avant d'user de contrainte sur le corps et les biens du débiteur le créancier doit obtenir un jugement condamnant le débiteur. L'action en justice est la condition préalable de l'exercice d'une contrainte du créancier. Elle est donc aussi l'indice de l'existence du droit de contrainte ou le signe révélateur d'un engagement de la personne du débiteur au pouvoir du créancier[22] » et dans son article « Debitum et Obligatio » il nous dit que l'obligatio sensu lato du droit classique, s'analyse en *debitum* et *obligatio* (sensu stricto)[23] qui d'ailleurs ne sont rien d'autre que la *Dette* et la *Responsabilité* du droit germanique.

Le *debitum*, c'est un rapport bilatéral en vertu duquel « il incombe au débiteur de faire une prestation et il appartient au créancier de recevoir cette prestation ». Il appelle ces deux faces du *debitum*, *habere debere* et *praestare debere* qui correspondent d'ailleurs, on s'en souvient, au Bekommensollen et au Leistensollen du droit germanique. Dans son livre sur l'ancien droit romain[24], M. Cornil précise qu'entre « ces deux aspects du devoir, c'est le premier, exprimé dans la prétention du créancier qui a la prééminence ; car pour que le devoir s'éteigne il n'est nullement indispensable que le débiteur accomplisse le devoir qui lui incombait ; tandis qu'il est indispensable qu'il soit donné satisfaction

22. **Cornil**, *Dr. Rom.*, p. 248.
23. **Cornil**, *D. et O.*, p. 200.
24. **Cornil**, *Anc. Dr. rom.*, p. 74.

à la prétention du créancier, fût-ce à l'insu ou même contre le gré du débiteur : *solvendo quisque pro alio, licet invito et ignorante, liberat eum* (Gai, D. 3.5.38 (39); 46.3. 53, J. 3, 29 pr.). »

Tout comme le *Sdhuldverhälltnis* dans le droit germanique, le *debitum* « n'implique en soi-même aucune puissance ou maîtrise destinée à provoquer par voie de contrainte l'exécution de la prestation que le débiteur doit fournir et que le créancier doit recevoir ». Pour suppléer à ce qui manque, on recourt à l'*obligatio* (sensu stricto), à ce rapport assujettissant ou enchaînant quelqu'un ou quelque chose au pouvoir du créancier. C'est par lui qu'est assurée l'exécution de la prestation, la contrainte n'étant possible que moyennant l'assujettissement ou l'enchaînement évoqué par le terme *obligatio*[25].

38. — Objet du *debitum* et de *l'obligatio*[26]. — En ce qui concerne l'objet du *debitum* et celui de l'*obligatio* (sensu stricto) M. Cornil ne diffère pas de Brinz. Selon lui la *Delle* a pour objet un acte commissif ou omissif devant émaner du débiteur[27] et dont doit bénéficier le créancier, l'enchaînement, une personne ou une chose subordonnées au pouvoir ou à la maîtrise du créancier, dans le but de lui assurer l'accomplissement de la dette.

L'enchaînement qu'on doit considérer seulement comme l'affectation d'une personne ou d'une chose à un pouvoir de mainmise éventuelle du créancier et non comme une mainmise effective de celui-ci, peut porter sur une personne

25. **Cornil**, *D. et O.*, 199-201. *Orig. del'O. rom.*, p.522. *Anc. Dr. rom.*, p.15.

26. V. pour tout ce n°, **Cornil**, *D. et O.*, p. 201-204.

27. Dans son *Ancien Droit romain*, p. 75, M. Cornil se contente de dire que « le devoir a pour objet une prestation à laquelle prétend le créancier » sans préciser que celle-ci doit nécessairement émaner du débiteur. Au contraire, « à l'idée de devoir correspond l'idée de satisfaction : quand le créancier a reçu ce qu'il devait recevoir, il en a été fait assez (*satisfacere*) soit par le débiteur, soit par un tiers, et la dette est éteinte par la *satisfaction* ».

ou sur une chose ce qui nous donne respectivement l'*obligatio personae* et l'*obligatio rei*.

1° Primitivement engagement du corps même du débiteur, l'*obligatio personae* reçut des atténuations avec le temps en passant par les phases suivantes : Mainmise sur la personne avec droit à la vie, mainmise sur la liberté, mainmise sur le patrimoine de l'obligé en tant que produit de sa capacité d'acquérir. Dans ce dernier stade la mainmise s'exerçait d'abord par la *venditio bonorum*, c'est-à-dire en bloc, ensuite en détail par la *distractio bonorum*.

2° *L'obligatio rei* en vertu de laquelle l'objet engagé était placé au début sous la maîtrise illimitée du créancier, emportait plus tard pour cet objet seulement une affectation à un pouvoir éventuel du créancier et enfin un simple pouvoir appartenant au créancier d'aliéner la chose engagée, afin de s'en approprier le prix jusqu'à concurrence du montant de la dette. Il y a ici la même évolution que Gierke avait révélée dans le droit germanique pour le *Substanzpfand*, qui de *Verfallpfand* se transforme en *Verkaufpfand*.

En échange tandis que Gierke admet pour le droit germanique trois catégories de responsabilité : personnelle, patrimoniale, objective, M. Cornil, à l'instar de Brinz, est d'avis qu'il n'y a pas lieu de distinguer en droit romain l'*obligatio sensu stricto* selon que c'est la personne ou le patrimoine qui est engagé, vu que les Romains envisageaient le patrimoine « comme un accessoire de la personne, une alluvion de la personnalité ».

En effet même lorsque les procédés de l'*obligatio* personnelle s'adoucissent au point de ne plus atteindre que le patrimoine en tant qu'accessoire de la personne, son caractère d'engagement de la personne n'est nullement changé par là. Il n'y a qu'un changement de la réalisation

de l'obligation de la personne, il ne s'agit plus que de la mainmise sur la capacité d'acquérir de la personne.

En arrachant le patrimoine de la personne engagée, le créancier lui enlève le fruit de sa capacité d'acquérir, le bénéfice de l'un des attributs de sa personnalité « et il n'est plus fondé désormais à exercer sa mainmise sur d'autres attributs de la personne engagée, sur sa liberté, par exemple ».

39. — Rapports entre *Debitum* et *Obligatio* (*sensu stricto*). — Ce sont des rapports entre but et moyen. M. Cornil ajoute toutefois que ce serait une erreur de croire que le *debitum* doit nécessairement préexister à l'*obligatio personae vel rei*. On peut en effet remarquer en droit romain des décalages entre *Dette* et *Responsabilité* analogues à ceux observés dans le droit germanique. On trouve par exemple des cas de *Responsabilité* sans *Dette* (Haftung ohne Schuld de Gierke). Parmi les exemples cités par M. Cornil, nous retenons les cas des relations contractuelles dans lesquelles la dette vient s'ajouter après coup à un enchaînement préexistant. Comme Brinz et Bekker, M. Cornil admet ce cas pour le mandat, le dépôt, le commodat où le mandant, le déposant, le commodant sont liés dès la conclusion du contrat respectivement au mandataire, au dépositaire, au commodataire, mais ne sont pas en état de dette avant un déboursé de ceux-là, ou un préjudice réel du fait du mandat, du dépôt, du commodat[28].

Un cas similaire se trouve dans les contrats à terme et les contrats conditionnels. Ils donnent naissance immédiatement à l'obligatio personae vel rei ; la naissance du *debitum* a lieu au moment de l'arrivée du terme ou de la condition.

Les rédacteurs des Institutes parlent à ce propos d'une

28. **Cornil**, *op. cit.*, p. 204. *Anc. Dr. rom.*, p. 76; **Brinz**, *op. cit.*, p. 33; **Bekker**, *Sprach. u. Sachl.*, p. 55.

éventualité de dette (*spes est debitum iri* Inst., 3.15.4) faisant, comme telle, partie du patrimoine du créancier et transmissible aux héritiers. M. Cornil considère cette éventualité comme un expédient, dû au fait que la distinction entre *Dette* et *Responsabilité* s'était obscurcie aux yeux des rédacteurs des Institutes. D'ailleurs, poursuit M. Cornil, les conséquences fâcheuses de la confusion de *debitum* et *obligatio* (sensu stricto) se ressentent surtout dans les essais d'expliquer le régime de la *condictio indebiti* appliquée aux obligations conditionnelles et à terme. En effet, pour les cas de *condictio indebiti* refusée à l'obligé à terme ayant payé avant le terme (D. 12.6.10) et à l'obligé sous condition ayant payé, par erreur, *pendente conditione* au moment où il ne plane plus aucune incertitude sur la naissance de la dette (D. 12.6.16.18 et D. 12.6.56), M. Cornil donne l'explication suivante : « l'obligé sous condition et l'obligé à terme, qui ont payé par erreur avant l'événement de la condition ou l'arrivée du terme, ont payé tous deux un *indebitum*; mais la *condictio indebiti* ne leur est accordée que pour autant que la survenance de leur dette reste objectivement incertaine; s'il est dès à présent certain qu'ils devront ce qu'ils ont payé anticipativement par erreur, l'équité ne commande plus de leur donner la *condictio indebiti*, explication obscurcie par ce que les prudents emploient *obligatio* (sensu stricto) et *debitum* comme synonymes[29].

40. — Quel est le type de *Dette* le plus ancien[30]? — Pour trouver la réponse il faut commencer par l'étude du plus ancien enchaînement. A ce propos Marchi[31] nous dit que

29. **Cornil**, *D. et O.*, p. 204-206.
30. Voir pour ce qui suit **Cornil**, *op. cit.*, p. 206-212, *l'Orig. de l'O. rom.*, p. 522 et s.
31. **Marchi**, *op. cit.*, p. 140.

le point de départ de l'histoire de l'*obligatio* (sensu stricto) délictuelle c'est le droit pour le débiteur de tuer le coupable, et le point de départ de l'*obligatio* (sensu stricto) conventionnelle, c'est l'usage de garantir le paiement de la convention par des otages. D'autre part M. Cuq qui ne se prononce pas au sujet de la distinction entre dette et responsabilité, nous dit qu'à l'époque antique la notion abstraite de l'obligatio n'existe pas, qu' « on ne connaît que des obligés »[32].

En effet dans les temps primitifs, en cas de délit, la victime s'empare du coupable et peut en faire ce qu'elle veut, même le tuer. A mesure que le temps passe des atténuations surviennent : la victime s'empare encore du coupable. celui-ci tombe sous le *mancipium* de l'offensé, mais il n'est plus tué. Au contraire on essaie de le faire racheter par ses agnats au moyen d'une somme fixée à l'amiable.

Cette vente présentait des avantages pour les deux parties : 1. Le prix que la victime touchait en rendant le coupable à ses agnats, était certainement supérieur à celui qu'elle aurait touché en le vendant à des étrangers. Le prix que la victime obtenait ainsi était, dit Marchi, un prix d'affection[32]. Dans ce rachat par ses agnats le coupable trouvait aussi son compte, car du fait que l'ancien droit n'admettait pas que l'*adgnatus* fut *mancipium* dans sa propre famille, il était, par ce rachat, libéré de la *causa mancipii*. C'est de ce rachat par les agnats, devenu de plus en plus fréquent, que tire son origine la composition volontaire. On conçoit aisément comme un fait normal de recouvrer la liberté par le paiement d'une somme d'argent[33]. Avant l'admission de la composition volontaire nous nous trouvons devant une simple *obligatio personae* en vertu

32. **Cuq**, *op. cit.*, p. 363.
33. **Marchi**, *op. cit.*, p. 63-68, p. 141. **Cornil**, *D. et O.*, p. 206.

de laquelle le coupable était livré à la merci de la victime *obligatio* à laquelle ne correspondait pas de dette. Lorsque la composition volontaire fut admise, l'obligation délictuelle se trouve flanquée d'une « véritable dette qui consiste dans le devoir d'amender le tort causé par le fait délictueux »[34]. La mainmise de la victime sur le coupable prend le caractère d'une véritable *pignoris capio*. En effet vis-à-vis des agnats la possession effective du coupable sert à extorquer un prix de rachat plus élevé et en plus elle assure le paiement de la composition, vu que le coupable ne pouvait être autrement soustrait à la vengeance de la victime[35].

Le devoir d'amender le tort causé par l'empiétement sur le droit d'autrui, premier type de dette, avait un caractère contractuel. L'organisation de l'Etat emporta l'organisation du rachat du coupable. Le rachat même, ainsi que le prix de rachat, ne furent plus laissés à l'arbitraire de la victime. Les cas où le rachat devait certainement avoir lieu ainsi que les prix de rachat furent fixés d'avance. La composition volontaire cède la place à la composition légale, la *pignoris capio* du débiteur cesse, vu que l'Etat protège par l'*actio* le droit d'obtenir la composition[36]. La dette du coupable change de caractère; elle est désormais une dette délictuelle, au lieu d'être contractuelle, et de ce fait, la perpétration du délit donne dorénavant naissance simultanément et à la dette et à la responsabilité correspondante[37].

41. — De même que l'*obligatio* (sensu stricto) délictuelle fait naître une dette contractuelle, celle-ci provoque à son

34. **Cornil**, *op. cit.*, p. 206, *l'Orig. de l'O. rom.*, p. 522. *Anc. Dr. rom.* p. 79-80.
35. **Marchi**, *op. cit.*, pp. 141 et s.
36. **Marchi**, *op. cit.*, p. 143.
37. **Cornil**, *D. et O.*, p. 207.

tour la formation d'une *obligation* contractuelle. En effet lorsque la victime s'était emparée du coupable, la promesse de composition de ce dernier n'était pas suffisante pour le faire relâcher. Pour renoncer à sa mainmise, la victime exigeait du coupable un gage, devant assurer l'exécution de la promesse de composition. Elle exigeait donc à côté de la dette de promesse « une *obligatio* au moins aussi efficace que l'enchaînement du délinquant même ». C'est la première forme d'engagement conventionnel et dans le droit ancien comparé, ainsi qu'en droit romain, elle se présente à nous sous la forme de l'otage. Par l'engagement de l'otage la personne du débiteur était libérée de toute mainmise éventuelle du créancier. Plus encore, le débiteur pouvait devenir avec sa personne otage de soi-même, ce que nous avons déjà vu en droit germanique. Il remplace ainsi la responsabilité délictuelle par une responsabilité conventionnelle, dont le modèle était l'obligation contractuelle de l'otage[38].

Selon M. Cornil, l'acte distinct engendrant originairement l'obligatio (sensu stricto) contractuelle serait l'opération par le cuivre et la balance « le *nexum* engendrait l'*obligatio personae*, c'est-à-dire l'assujettissement d'une personne au pouvoir d'une autre, exactement comme la *mancipatio* conférait à une personne la maîtrise sur une chose »[39]. Une fois l'opération accomplie, le *nexus* est assujetti de par sa propre personne, il pourra désormais être saisi par la personne à laquelle il est enchaîné « exactement comme la chose qui a fait l'objet d'une *mancipatio* peut

38. **Cornil**, *op. cit.*, p. 207-209. Voir pour la nature de l'engagement du *sponsor* Cornil, *op. cit.*, p. 209, *l'Orig. de l'O. Rom.*, p. 543, **Marchi**, *op. cit.*, p. 144.

39. **Cornil**, *D. et O.*, p. 211. *Anc. Dr. rom.*, p. 87. V. aussi **Brinz**, *Begriff O.*, p. 19, 28.

désormais être prise d'autorité par l'acquéreur partout où il la trouve[40] ».

M. Cornil dit que la personne du *nexus* était matériellement assujettie au pouvoir du bénéficiaire du *nexum* mais que le *nexum* « ne se formait qu' à la suite d'une promesse génératrice de dette, et afin de faire du *nexus* (débiteur ou tiers) un otage de l'accomplissement de la dette ». L'enchaînement physique du nexus n'était qu'un enchaînement éventuel, « subordonné à la condition de l'inaccomplissement de la dette, encore que l'opération même du *nexum* exclut toute condition »[41]. Quant à l'évolution de la condition du *nexus* nous croyons utile de citer l'hypothèse de Pacchioni, partisan décidé de la distinction entre *Dette* et *Responsabilité* en droit romain. Pour lui aussi le *nexum* est la source d'un rapport juridique *d'obligatio* (sensu stricto)[42]. Il fonde son opinion sur les explications que Varron donne du *nexum* dans son « de lingua Latina » (VII, 105). En effet Varron écrit :

[De l.l. VII, 105]. *Nexum Manilius scribit omne quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia; Mucius, quae per aes et libram fiant, ut obligentur, praeter quae mancipio dentur. Hoc verius esse ipsum verbum ostendit, de quo quaerit, nam id est, quod obligatur per libram neque suum fit, inde nexum dictum. Liber, qui suas operas in servitutem pro pecunia quam debet dat, dum solveret, nexus vocatur, ut ab aere obaeratus. Hoc C. Poetelio Libone Visolo dictatore sublatum ne fieret; et omnes, qui bonam copiam uirarunt, ne essent nexi, dissoluti.*

Manilius aurait donc appelé *nexum* tout ce qui s'accomplit *per aes et libram* y compris la mancipation, tandis que

40. **Cornil**, *D. et O.*, p. 212.
41. **Cornil**, *op. cit.*, p. 213-215.
42. **Pacchioni**, *Trattato*, p. 6. Voir aussi **Cornil**, *Anc. Dr. rom.*, p. 88.

Q. Mucius aurait considéré comme *nexum* seulement ce qui s'accomplissait per *aes et libram* dans le but d'obliger (*ut obligentur*) et non pas la mancipation servant à constituer le *dominium ex jure Quiritium*. Varron adopte aussi cette dernière opinion que l'appellation même de l'opération lui indique comme plus véridique, « parce que ce qui est obligé par la balance ne devient pas sien — *neque suum* — d'où le mot nexum », explication étymologique que Pacchioni qualifie de fantasque. Quant au *nexus*, Varron nous dit que c'est la personne libre qui, pour de l'argent qu'elle doit, donne, jusqu'au paiement, ses œuvres en servitude.

La définition de l'obligation donnée par le jurisconsulte Paul (D. 44.7.3. pr.) et citée au début de ce chapitre, est une définition négative, nous apprenant que l'obligation n'attribue pas la propriété au créancier sans toutefois dire ce qu'elle lui attribue. C'est en rapprochant cette définition de la définition du *nexum* donnée par Varron (... *liber, qui suas operas in servitutem pro pecunia quam debet dat, dum solveret, nexus vocatur*...) que résulte clairement, d'après Pacchioni, la nature et l'objet du *vinculum juris* « que les juristes plus anciens appelaient *nexum* et que les plus récents appellent *obligatio* ». Aussi voit-il dans le *nexum* antique un asservissement physique du débiteur au créancier, un droit sur la personne physique du débiteur en vue d'obtenir de celui-ci l'argent qu'il devait. Il insiste sur le fait que ce droit était nettement distinct, voire opposé au devoir, à la dette du débiteur vis-à-vis du créancier et conclut que le *nexum* (obligatio) antique n'était pas le *debitum*, mais bien un rapport différent, servant seulement à garantir le *debitum*. Et Pacchioni de remarquer à ce propos, que dans les deux définitions romaines de l'obligation, on peut discerner ces deux éléments, qui d'ailleurs n'y sont

pas « positivement définis : la dette y est simplement sous-entendue, tandis que de la responsabilité on ne mentionne que la fonction coercitive ». Aussi considère-t-il ces définitions plutôt comme des descriptions de la fonction obligatoire[43].

Pacchioni croit qu'au début le *nexus* était enchaîné par le créancier jusqu'au paiement de la dette contractée. Plus tard le *nexus* n'était plus obligé que de prester des services sous la surveillance du créancier. Esclave en fait, en tant qu'ayant asservi ses œuvres en vue d'éteindre par elles sa dette, le *nexus* était par conséquent juridiquement libre à cette époque. Il s'agit donc d'après Pacchioni, d'une espèce de gage de personne libre dans le but d'assurer une dette indépendamment constituée. D'ailleurs dette et *nexum* s'éteignent par des moyens différents : le paiement éteint la dette, tandis que pour éteindre l'état d'enchaînement on doit avoir recours à une *solutio per aes et libram*[44].

Ce qui vient d'être dit sur le *nexum* suffit pour donner un aperçu sommaire sur la manière de laquelle les partisans de la distinction entre *Dette* et *Responsabilité* conçoivent cette institution, l'une des plus controversées du droit romain. Nous ne saurions ici insister davantage sur cette question, aussi renvoyons nous pour plus de détails aux auteurs déjà cités et aux ouvrages cités par eux.

42. — Vu qu'à l'origine des actes différents donnaient naissance à l'*obligatio* (sensu stricto) et à la *Dette* et que par la suite un seul acte donne naissance à la fois à la *Dette* et à l'*obligatio* (sensu stricto) il est normal de se demander quelles sont les étapes de cette transformation. Dans

43. **Pacchioni**, *Trattato*. p. 6 et n. 2.

44. **Pacchioni**, *Trat.*, p. 6, *Nexum*, p. 325-7. V. aussi **Cornil**, *Anc. Dr. rom.*, p. 87-90; **Fliniaux**, *op. cit.*, p. 18. Pour les différentes théories concernant le *nexum*, v. **Girard**, *op. cit.*, p. 513.

l'exposé de la solution de cette question nous suivrons encore M. Cornil[45] qui commence par affirmer l'impossibilité d'indiquer avec précision les étapes de cette transformation, ce qui le détermine à avoir recours au droit comparé, dont les données « autorisent des conjonctures infiniment vraisemblables ». Les plus anciennes *obligationes* (sensu stricto) contractuelles sont des *obligationes* sans *debitum*, dans le sens que l'obligé ne doit pas (v. aussi Gierke en ce qui concerne la « Haftung ohne Schuld »). Le responsable était assujetti à la mainmise du créancier pour le cas du non-paiement par le débiteur. Le seul moyen d'échapper à cette mainmise, l'accomplissement de la dette par le responsable, fait s'accréditer l'idée que payer c'était son devoir. Voilà donc qu'à l'instar de Gierke pour le droit germanique, M. Cornil admet que le contrat par lequel le responsable engageait sa personne, engendrait explicitement la responsabilité personnelle du débiteur et implicitement une dette à la charge de celui-ci. Il remarque d'ailleurs que la dette du responsable est issue de l'*obligatio* (sensu stricto), de la même façon que le devoir du délinquant de composer est sorti de l'*obligatio* (sensu stricto) délictuelle du délinquant, livré à la vengeance privée de la victime[46].

« Lorsque, pour la caution, la dette et l'engagement de la personne apparaissent comme naissant d'un seul contrat, il en fut sans doute bientôt de même pour le débiteur, puisque celui-ci n'engageait originairement sa personne que par le procédé du cautionnement de sa propre dette. Dès lors que le *debitum* et l'*obligatio personae debitoris* surgissaient d'un seul et même contrat, il n'y avait plus qu'un pas à faire pour considérer l'*obligatio personae debi-*

45. V. pour tout ce n° **Cornil**, *D. et O.*, p. 214-222.
46. **Cornil**, *op. cit.*, p. 215.

loris comme la conséquence légale de toute *dette* contractuelle. Ainsi la voie était ouverte au fusionnement de la dette et de l'obligation (*sensu stricto*) dans la notion unique de l'obligation (*sensu lato*[47]) ».

M. Cornil est d'avis que c'est dans la procédure judiciaire qu'un acte donna pour la première fois naissance en même temps à une dette et à une *obligatio* (sensu stricto). L'engagement des otages (vades, praedes, sponsores) assurant l'accomplissement des différents actes de procédure, se faisait devant le magistrat et c'était également sous l'autorité du magistrat que l'engagement de la personne de l'otage se transforme, en cas d'inaccomplissement de l'acte en question, en asservissement effectif. On conçoit donc aisément la naissance simultanée, devant le magistrat, de dette et d'*obligatio* (sensu stricto) dans les cas où la partie litigante se constitue elle-même l'otage de l'accomplissement de ses propres devoirs de procédure. On ne doute en effet pas qu'à l'engagement de la personne, s'adjoignait une promesse d'accomplir les actes de procédure dont il s'agissait.

Avec Mitteis, M. Cornil pense que cet engagement de la foi et de la personne, contracté devant le magistrat « transporté en dehors du domaine de la procédure judiciaire et débarrassé par conséquent de l'intervention du magistrat, est devenu la stipulation » celle-ci réalisant définitivement la confusion de la dette avec l'*obligatio* par ce qu'elle engendre indistinctemet dette contractuelle et *obligatio* (sensu stricto) contractuelle[48].

M. Cornil situe la naissance de l'*obligatio rei* après celle de l'engagement de la personne d'un otage, mais avant celle de l'engagement contractuel de la personne même du

47. **Cornil**, *op. cit.*, p. 215. V. aussi *l'orig. de l'O. rom.*, p. 523,7°.
48. *Ibid., D. et O.*, p. 216-17.

débiteur. Elle ménagea probablement la transition de la première à la seconde forme de l'*obligatio personae* (sensu stricto) contractuelle.

Il arrivait en effet que le délinquant puisse, à la place d'un otage et pour échapper à l'assujettissement de sa propre personne, abandonner à la victime des objets devant servir de gage d'exécution de la promesse de composition. C'est l'origine de l'*obligatio rei* dont les caractères primitifs sont :

1° Valeur insigne des choses engagées, pas du tout proportionnelle à la valeur de la promesse de composition

2° Les choses engagées sont de menus objets portés par le débiteur sur lui (anneau, arme, etc.).

On explique l'efficacité de ce gage par la valeur d'affection des objets. M. Cornil en conclut que « *l'obligatio rei* primitive a la plus grande affinité avec *l'obligatio personae*, au point qu'elle apparaît même comme un procédé de formation d'une véritable *obligatio personae*; mais la personne qui se trouve ici liée, soit symboliquement soit par contrecoup, c'est la personne du débiteur même, de sorte que nous tenons peut-être ici la transition de l'obligation d'un otage à l'obligation contractuelle du débiteur même » [49].

Au moment de l'union de la dette et de l'obligatio personnelle dans la notion d'*obligatio* (sensu lato), l'engagement d'une chose (nantissement) apparaît comme un rapport de droit distinct des deux autres. Il devient un droit réel en face du droit d'obligation[50].

M. Cornil fait remarquer que du fait que le contrat obligatoire fait surgir à la fois le devoir (dette) et l'engagement (responsabilité), que donc ces deux éléments sont confondus dans leur origine, il ne résulte pas qu'ils se

49. **Cornil,** *Ibid., D. et O.*, p. 220.
50. V. pour ce n° **Cornil**, *op. cit.*, p. 218-222.

confondent aussi dans leur réalisation. En effet, substituée à l'exécution sur la personne, l'exécution sur les biens, moyen de réaliser l'engagement (responsabilité) ne réussit pas à réaliser directement l'accomplissement du devoir (dette). Elle ne procure au créancier qu'une estimation pécuniaire de la satisfaction qu'il attendait de l'accomplissement du devoir (dette) du débiteur. La satisfaction même, ces voies d'exécution sont impuissantes à la lui procurer dans les obligations de faire et de ne pas faire[51].

43. — Malgré l'union dans l'obligation classique des éléments *Dette* et *obligatio*, M. Cornil admet des cas de simple *Dette* sans *obligatio* (sensu stricto) correspondante. Ce sont les obligations naturelles dont il nous donne une énumération complète dans son « Droit Romain[52] ».

Il convient enfin de signaler qu'à l'instar du droit germanique, le cautionnement, le gage ou l'hypothèque relatifs à une dette future sont aussi en droit romain des exemples de pure *obligatio* stricto sensu (dans le sens de Haftung ohne Schuld)[53].

44. — *Conclusion*. — L'étude du droit romain quant à la distinction entre dette et responsabilité n'a pas pu être menée si loin que dans le droit germanique, vu la pénurie et l'imprécision des sources.

De ce fait même naquit pour certaines institutions la possibilité d'une série d'interprétations fort ingénieuses, mais s'éloignant certainement de beaucoup de la réalité des faits relatés par les sources respectives (Le nexum en est un exemple édifiant).

Les résultats obtenus suffisent néanmoins pour nous montrer l'obligation classique comme le résultat de l'union

51. *Ibid.*, *l'Orig. de l'O. rom.*, p. 523-24.
52. **Cornil**, *A. R.*, p. 249.
53. **Fliniaux**, *op. cit.*, p. 9.

entre *Delle* et *Responsabilité*, union qui toutefois n'a pas été poussée jusqu'à la complète fusion. Dans le très ancien droit romain, on ne trouve que ce que nous appelons des rapports de responsabilité, engendrant ensuite des rapports de dette. Nous trouvons deux catégories de rapports distincts par leur objet, par leur nature, par leurs sujets. De même qu'en droit germanique nous trouvons aussi en droit romain la tendance de chacun de ces rapports d'engendrer l'autre et par la stipulation commence la série des actes juridiques engendrant simultanément *Delle* et *responsabilité* contractuelle.

La fusion n'a pas été complète. Ces éléments ont gardé en certaines occasions une certaine indépendance. La preuve nous en est fournie par les oppositions entre *Delle* et *Responsabilité* rencontrées à l'occasion du mandat par exemple, par l'existence de *Delles* sans *Responsabilité* correspondante (obligations naturelles) et par l'existence de *Responsabilités* préexistant aux *Delles* correspondantes (p. ex. le gage pour une dette future).

Il est d'ailleurs évident que la découverte dans le droit romain de la distinction entre *Delle* et *Responsabilité* est un argument décisif en faveur des auteurs qui nient à cette distinction le caractère d'institution spécifique du Droit germanique et qui la considèrent plutôt comme commune à tous les Droits anciens.

Nous limitons au Droit germanique et au Droit romain la partie de notre ouvrage consacrée aux Droits anciens pour aborder dans la partie suivante la situation de la distinction entre *Delle* et *Responsabilité* dans quelques Droits modernes.

DEUXIÈME PARTIE

DROITS MODERNES

CHAPITRE PREMIER

LA DISTINCTION ENTRE DETTE ET RESPONSABILITE DANS LE DROIT ALLEMAND MODERNE

---

45. — Rien de plus normal que l'intérêt suscité parmi les civilistes allemands par la découverte de la distinction entre *Delle* et *Responsabilité* en ancien Droit allemand et certainement rien de plus normal que les recherches entreprises sur le Droit allemand moderne pour y découvrir la même distinction. On a beaucoup écrit sur cette question en Allemagne. Citer tous les ouvrages ayant trait à l'application de la Distinction au Droit allemand moderne, serait faire l'inventaire de tout un rayon de bibliothèque et cela sans parler des adversaires de la Distinction qui, pour combattre son application au Droit moderne, ont écrit presque tout autant sur elle que ceux qui la soutiennent. Cette richesse d'ouvrages concernant la distinction entre *Delle* et *Responsabilité* s'explique en partie par l'amour des constructions abstraites qui domine certains auteurs allemands. En effet, le B. G. B. ne contenant

aucune disposition concernant cette Distinction, le ssystèmes personnels des auteurs ont pu se développer librement. Elle s'explique aussi par le désir de résoudre, au moyen de cette Distinction, la question très controversée de la nature juridique de certaines institutions (Grundpfandrechte, cession de dette, etc.) réglementées par le B. G. B. Parmi ces nombreux ouvrages nous avons choisi ceux qui nous ont paru plus intéressants pour la compréhension de l'applicabilité de la Distinction au Droit allemand moderne. Nous en donnerons un résumé dans la première section de ce chapitre, tandis que la seconde section sera consacrée à une vue d'ensemble de l'application de la Distinction au Droit allemand moderne.

Section I

Exposé de l'enseignement de quelques auteurs allemands sur la distinction entre Dette et Responsabilité

§ 1. Charges réelles, droits de gage foncier, cession de dette.

46. — Dans l'exposé des différentes théories allemandes concernant la distinction entre *Schuld* et *Haftung* il sera souvent parlé de charges réelles (*Reallasten*), de droits de gage foncier (*Grundpfandrechte*) et de cession de dette (*Schuldübernahme*) soit pour mieux expliquer leur nature au moyen de la Distinction, soit dans le but d'illustrer grâce à ces institutions, différents aspects de cette Distinction. Ces institutions, exception faite pour l'hypothèque et en une certaine mesure pour la rente foncière, sont étrangères à la loi française. Nous exposerons donc brièvement dans ce paragraphe celles des principales dispositions du B. G. B., concernant ces institutions qui seront

nécessaires à la compréhension des développements des auteurs allemands cités.

47. — Charges réelles[1] (Reallasten — redevances foncières). — Le B. G. B. s'occupe des charges réelles dans ses articles 1105-1112. Il n'y fixe toutefois que la trame en abandonnant la réglementation des détails aux lois particulières des différents Etats. On dit qu'un immeuble est grevé d'une charge réelle lorsqu'a été conféré à une personne le droit de retirer de cet immeuble des prestations périodiques (art. 1105). La charge réelle peut être établie au profit d'un tiers bien déterminé ou au profit du propriétaire, quel qu'il soit, d'un autre immeuble.

Ce droit a pour contenu des prestations périodiques et positives. Il est préférable que le contenu de ce droit soit estimable en argent, afin d'éviter des difficultés au moment de l'exécution forcée. Rien ne s'oppose à ce que la charge réelle soit constituée en vue du versement périodique d'une somme d'argent quoique normalement cette fonction est assumée par la rente foncière[2].

Pour les prestations périodiques échues avant qu'il soit devenu propriétaire du fonds grevé ou pendant qu'il a la propriété, le propriétaire du fonds grevé répond avec ce fonds dans ce sens que, le créancier peut s'attaquer au fonds et recevoir satisfaction au moyen de l'administration ou de la vente forcée de celui-ci[3].

Pour les prestations échues pendant qu'il a la propriété, le propriétaire répond aussi personnellement en vertu de

1. **Gierke**, *Sachenrecht*, 1905, 148, p. 699. **Dûmchen**, *Schuld u. Haftung insbesondere bei den Grundpfandrechten. Die Reallasten*, J. J. 54, p. 354 et s. Dr **Busch**, *Das bürgerliche Gesetzbuch*, vol. III, art. 1105 et s.., 7e éd. 1929. **Staudinger**, *Kommentar*, vol. III, 9e éd., 1926.
2. **Staudinger**, *Kommentar*, art. 1105, I. 5.
3. **Staudinger**, *op. cit.*, I. 1. 1. sous art. 1105.

l'art. 1108 B. G. B., mais cette responsabilité peut être conventionnellement limitée, voire exclue.

Pour la charge réelle en général on doit tenir compte des dispositions suivantes : si une somme de rachat a été préalablement fixée, le titulaire de la charge peut, sous réserve de quelques formalités préliminaires que nous n'avons pas à mentionner ici, poursuivre la somme de rachat sur le fonds grevé. Si la somme de rachat n'a pas été fixée le titulaire de la charge ne pourra prendre l'initiative de l'exécution forcée contre le fonds grevé. Il pourra toutefois poursuivre son droit sur le fonds grevé dès qu'un autre créancier procèdera à des poursuites contre ce même fonds[4] .

Les prestations peuvent être de n'importe quelle nature. Le B. G. B. n'exclut même pas les services personnels. Gierke précise que ces prestations doivent pouvoir être effectuées par n'importe quel propriétaire par les moyens fournis par le fonds grevé. Selon l'objet de ces prestations, on divise les charges réelles en trois groupes : celles qui se réfèrent aux prestations en nature, celles qui ont trait à une prestation de service (Arbeitsleistung) et celles qui ont pour but le paiement périodique d'une somme d'argent[5].

La périodicité des prestations peut être régulière ou irrégulière et la durée des charges réelles peut être indéfinie ou à terme. Dans le premier cas la charge peut être rachetable ou irrachetable, mais elle ne s'épuise en aucun cas en une série de prestations. Dans le second cas elle s'épuise en une série de prestations à effectuer en un temps déterminé.

Les principales théories modernes concernant la nature juridique de ces charges peuvent être groupées, selon Gierke, en trois groupes :

4. **Staudinger**, *op. cit.*, V, 2, sous art. 1105.
5. **Gierke**, *op. cit.*, p. 716.

a) Le groupe des théories qui conçoivent les charges réelles comme une obligation dérivant de la possession du fonds grevé, obligation divisée en plusieurs devoirs de prester mais ne s'épuisant pas en ces devoirs;

b) Le groupe des théories mixtes qui voient dans le contenu des charges un mélange d'éléments de nature personnelle et d'éléments de nature réelle. On voit par exemple dans la charge en entier une charge réelle du fonds (dingliche Belastung) mais on considère comme personnel le droit à chaque prestation individuelle.

c) Le groupe des théories considérant la charge en entier et chacune des prestations individuelles comme ayant une nature réelle.

Nous nous contentons d'énumérer ces groupes de théories sans entrer dans leur étude qui ne saurait avoir sa place dans cet ouvrage. Par la suite nous allons voir comment, non satisfaits par les explications données jusqu'alors, les partisans de la distinction entre *Schuld* et *Haftung* ont essayé d'utiliser cette Distinction pour déterminer la vraie nature juridique des charges réelles.

48. — Le droits de gage foncier (*Grundpfandrechte*)[6]. — Sous le nom de *Grundpfandrechte* qui ne se rencontre pas dans le B. G. B., la doctrine allemande groupe trois institutions : l'hypothèque (art. 1113-1190 B. G. B.), la dette foncière (art. 1191, 1198 B. G. B.) et la rente foncière (art. 1199-1203 B. G. B.) qui ne sont d'ailleurs que les différents aspects d'un seul droit, la dette foncière (Grundschuld). En effet tandis qu'en vertu de l'art. 1191 B. G. B. « la dette foncière est une charge en raison de laquelle un

6. **Gierke**, *Sachenrecht*, 1905, § 155 et s., p. 809 et s. Dr **A. Achilles**, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 3e éd., 1901, **Staudingers**, *Kommentar*, *op. cit.*, art. 1113 et s.; Dr **Busch**, *op. cit.*, art. 1113 et s.; Dr **V. Schwind**, *Inhalt u. Wesen des Pfandrechtes*, 1909, Dr **M. Wolff**, *Sachenrecht*, 3e vol. du *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts* par Ennecerus, Kipp et Wolff, 8e éd., 1929.

immeuble est tenu, au profit de l'ayant droit, du paiement d'une certaine somme » la rente foncière n'est en vertu de l'art. 1199 B. G. B. qu'une dette foncière « constituée de telle manière qu'une certaine somme d'argent soit payable sur l'immeuble à des termes périodiques ».

Pour la dette foncière et la rente foncière on fait abstraction de tout rapport obligatoire qui pourrait être à leur base (vente, prêt, etc.)[7], tandis que l'hypothèque est en vertu de l'art. 1113 B. G. B. « une charge en raison de laquelle un immeuble est tenu, au profit de l'ayant droit, pour l'acquittement d'une créance lui appartenant, du paiement d'une certaine somme »; elle est donc reliée en règle générale au moment de sa constitution à une créance, de sorte qu'on peut dire qu'elle est en premier lieu destinée à servir à la satisfaction d'une obligation bien déterminée.

Du fait que la dette foncière est la forme fondamentale des *Grundpfandrechte*, il aurait été normal de donner à celle-ci une réglementation complète et d'établir ensuite seulement les différences pour l'hypothèque. Toutefois, vu la grande importance pratique de cette dernière, le législateur allemand a procédé inversement. Il a donné dans le B. G. B. une réglementation complète de l'hypothèque en déclarant ensuite applicables aux dettes foncières les dispositions concernant les hypothèques, sous la réserve que le contraire ne résulte de ce principe « que la dette foncière ne suppose pas l'existence d'une créance » (art. 1192 B. G. B.). En plus, on peut convertir ces droits les uns en les autres, car en vertu des art. 1198 et 1203 B. G. B. « une hypothèque peut être convertie en dette foncière et inversement » et « une rente foncière peut être convertie en dette foncière ordinaire et inversenemt ».

7. **Staudinger**, *op. cit.*, art. 1191.

On considère en général les droits de gage foncier comme des droits réels, en vertu desquels on peut poursuivre, au moyen de l'exécution forcée, sur le bien grevé les sommes pour lesquelles ces droits ont été établis[8].

Le B. G. B. connaît deux sortes d'hypothèques : l'hypothèque ordinaire (art. 1114-1183 B. G. B.) et l'hypothèque de garantie — *Sicherungshypothek* (art. 1184 B. G. B.). Cette dernière a un caractère strictement accessoire à la dette pour laquelle elle est établie et dont elle dépend complètement. D'où les conséquences suivantes : le droit réel du créancier est déterminé d'après sa créance, dans le sens que seul le créancier peut être titulaire de l'hypothèque et qu'on peut opposer à l'action hypothécaire toutes les exceptions dérivant de la créance assurée. D'autre part l'hypothèque naît et s'éteint en même temps que la créance assurée[9]. Les choses se passent autrement pour l'hypothèque ordinaire de l'art. 1113 B. G. B. Pour celle-ci la créance en vue de laquelle elle est constituée n'est nécessaire qu'au moment de la constitution de l'hypothèque, dans ce sens que, au moment de sa naissance, celle-ci est destinée à servir de sûreté à une créance. La disparition de la créance n'entraîne pas la disparition de cette hypothèque ; elle a pour seul résultat d'empêcher dorénavant l'ancien créancier de demander au fonds grevé satisfaction pour cette créance[10].

L'hypothèque ainsi que la dette foncière ne prennent naissance qu'à la suite de leur inscription dans le livre foncier, aussi le B. G. B. ne connaît-il pas d'hypothèques ni en général de droits de gage foncier légaux ou tacites[11].

8. **Achilles**, *op. cit.*, p. 395.
9. **Staudinger**, *op. cit.*, II, 1, a sous art. 1184.
10. **Staudinger**, *op. cit.*, II, 2, b sous art. 1113.
11. **Gierke**, *op. cit.*, p. 839. Voir toutefois **Staudinger**, *op. cit.*, II, 2 sous art. 1113.

L'inscription au livre foncier n'est pas la seule condition nécessaire pour la naissance d'une hypothèque; il faut en outre l'accord des parties et d'autre part l'inscription doit comprendre la mention de la créance pour laquelle l'hypothèque est constituée (art. 1115 B. G. B.) sans que toutefois la naissance de l'hypothèque dépende de l'existence effective de cette créance[12]. En général on établit pour l'hypothèque ordinaire comme pour tout droit de gage foncier une cédule (Brief). L'établissement de cette cédule, exclu pour la *Sicherungshypotek*, peut conventionnellement être exclu aussi pour l'hypothèque ordinaire. Mais en vertu de l'art. 1117 B. G. B. « le créancier n'acquiert le droit d'hypothèque que par la remise de la cédule à lui faite par le propriétaire de l'immeuble, à moins qu'il n'ait été convenu qu'il ne serait pas délivré de cédule ».

En cas de non paiement de la créance assurée, le créancier hypothécaire procède à l'exécution forcée contre le fonds hypothéqué, exécution qui revêt la forme de la vente forcée ou de l'administration forcée.

Le droit allemand connaît des cas où l'hypothèque appartient au propriétaire même du fonds grevé. En effet l'art. 1163 B. G. B. dit que « si la créance pour laquelle l'hypothèque a été constituée n'a pas pris naissance, l'hypothèque appartient au propriétaire. Si la créance s'éteint, le propriétaire acquiert l'hypothèque. A moins qu'il ait été convenu qu'il n'y aurait pas de cédule, l'hypothèque appartient au propriétaire jusqu'à ce que la cédule ait été remise au créancier. » En plus en vertu de l'art. 1168 B. G. B. « lorsque le créancier renonce à l'hypothèque le propriétaire l'acquiert ». En échange on ne peut jamais constituer *de plano* une hypothèque de propriétaire (Eigentümerhypotek) telle quelle[13].

12. **Gierke**, *op. cit.*, p. 878.
13. **Staudinger**, *op. cit.*, II, 2, a sous art. 1163.

La dette foncière ne peut être établie que conventionnellement. Cet établissement exige, comme nous le savons déjà, un accord entre les parties contractantes et l'enregistrement de la dette au livre foncier (art. 1115 et 1192 B. G. B.). Mais en vertu de l'art. 1196 B. G. B. le propriétaire peut constituer une dette foncière en son propre profit. Dans ce but il doit déclarer « au regard du bureau foncier » vouloir faire inscrire la dette foncière pour lui-même et l'inscription doit être dûment faite. Cette dette foncière du propriétaire même est une forme de la mobilisation du crédit foncier. Le créancier peut épuiser toute la valeur du fonds en dettes foncières de cette sorte et ensuite attribuer celles qui lui conviennent à des tiers, soit sous la forme de dette foncière, soit, le cas échéant, sous la forme d'hypothèque. L'aliénation du fonds sur lequel ont été constituées des dettes foncières du propriétaire (Eigentümersgrundschulden) entraîne la transformation de ces dettes foncières du propriétaire en dettes foncières simples.

En vertu de l'art. 1197 B. G. B. dans la *Eigentümer grundschuld*, le propriétaire qui est en même temps créancier de la dette foncière, ne peut procéder à l'exécution forcée contre son fonds pour se payer lui-même. Plus encore « les intérêts ne reviennent au propriétaire que si l'immeuble est saisi à la requête d'un tiers pour être soumis à l'administration forcée, et seulement pendant la durée de cette administration ». Exception faite des restrictions ci-dessus, le propriétaire du fonds grevé d'une dette foncière de propriétaire, a tous les droits afférents à un créancier de dette foncière. Il peut donc, comme nous venons de le voir, transmettre son droit à un tiers en le transfor-

14. **Staudinger**, *op. cit.*, 2 sous art. 1197.

mant soit en dette foncière, soit en hypothèque au profit de ce tiers et il a en général tous les droits du créancier, droits dont l'exercice n'est pas incompatible avec la réunion de la propriété et de la dette foncière dans sa main-

La rente foncière, dette foncière à termes périodiques, se distingue de la rente qui, en vertu de l'art. 1105 B. G. B. peut être établie sous la forme d'une charge réelle. En effet, le propriétaire du fonds grevé d'une charge réelle, répond personnellement pour les termes échus pendant sa propriété et il n'en est rien pour la rente foncière. En vertu de l'art. 1199 B. G. B. on doit, au moment de la constitution d'une rente foncière, « fixer le capital moyennant lequel cette rente pourra être rachetée. Le prix de rachat doit être porté au livre foncier. » La rente foncière est soumise aux dispositions concernant la dette foncière dont elle est une variété et par suite aussi aux dispositions concernant l'hypothèque, sauf à celles qui ont trait à la créance en vue de laquelle cette dernière a été établie. Enfin en cas de rachat, la dette foncière passe sur la tête du propriétaire du fonds, tandis que la charge foncière s'éteint[15].

L'art. 1177 B. G. B. nous dit que « lorsque l'hypothèque se réunit à la propriété sur la tête d'une même personne sans que la créance passe également au propriétaire, elle se transforme en dette foncière. Quant aux intérêts produits et à leur taux, à l'échéance, à la dénonciation et au lieu du paiement, les dispositions relatives à la créance demeurent applicables.

Que si la créance appartient aussi au propriétaire, les droits qui résultent pour lui de l'hypothèque sont réglés tant que dure la réunion, par les dispositions concernant la dette foncière du propriétaire ». Il en résulte qu'on connaît

15. **Achilles**, *op. cit.*, p. 432; **Staudinger**, *Vorbem*, à l'art. 1199.

en Allemagne un droit de gage foncier du propriétaire (Eigentümergrundpfandrecht) en général qui peut revêtir soit la forme d'une dette foncière du propriétaire, soit la forme d'une hypothèque du propriétaire. Il y aura notamment hypothèque du propriétaire lorsque le droit de gage foncier du propriétaire est rattaché à une créance. C'est le cas lorsque le propriétaire du fonds hypothéqué n'est pas en même temps débiteur personnel, ou lorsque la réunion de cette dette et de la créance sur la tête du propriétaire n'entraîne pas leur confusion. S'il n'y a pas de créance on a simplement une dette foncière du propriétaire (Eigentümergrundschuld). C'est le cas lorsqu'une dette foncière a été créée par le propriétaire du fonds sur ce fonds ou lorsqu'il s'est rendu acquéreur d'une telle dette foncière grevant son fonds. C'est aussi le cas pour l'hypothèque qui se transforme en dette foncière, dès que le propriétaire du fonds grevé devient titulaire de l'hypothèque sans être en même temps titulaire de la créance assurée[16].

Au point de vue de leur extinction, hypothèque et dette foncière s'éteignent par la satisfaction de l'ayant droit, satisfaction obtenue au moyen de l'exécution forcée sur le fonds grevé (art. 1147, 1181, 1192 B. G. B.). La mainlevée du droit de gage foncier par acte juridique conclu avec le consentement du propriétaire (art. 1183, 1192 B. G. B.) entraîne aussi extinction de ce droit.

Les précisions ci-dessus suffisent pour nous permettre de comprendre la façon dont les auteurs allemands traitant de la distinction entre Schuld et Haftung se servent de ces droits à l'appui de leurs thèses. Nous exposerons dans la seconde section de ce chapitre l'interprétation de ces *Grundpfandrechte* qu'en ont donnée les partisans de la Distinction.

16. **Gierke**, *op. cit.*, p. 924.

49. — La cession de dette (*Schuldübernahme*)[17]. — En partant de la conception que les sujets de la dette peuvent changer sans qu'elle perde par là son individualité, on distingue en général en doctrine allemande, entre une succession libératoire ou translative et une succession cumulative. Dans ce dernier cas, on joint au débiteur existant un ou plusieurs nouveaux débiteurs. Dans le premier cas, un nouveau débiteur se substitue à l'ancien en le libérant. On désigne par *Schuldübernahme* — reprise de dette — la succession à titre particulier à la dette; elle peut à son tour être libératoire ou cumulative. Sous le nom technique de *Schuldübernahme* le B. G. B. ne s'occupe que de la succession libératoire[18] à laquelle il consacre les art. 414-419.

Par la reprise de dette dans le sens du B. G. B. on entend donc l'opération en vertu de laquelle un nouveau débiteur prend la place de l'ancien qui est libéré et sans que par là la dette change. Cette opération, applicable à tout genre d'obligations sauf à celles qui, de par leur nature sont inséparablement liées à la personne du débiteur originaire, peut s'effectuer de deux manières :

1° Par un contrat passé entre le tiers reprenant la dette et le créancier, contrat en vertu duquel le tiers déclare assumer la dette du débiteur originaire et le créancier décharge de son obligation le débiteur originaire en acceptant pour débiteur le tiers qui reprend la dette. Dans ce cas la participation du débiteur cédé au contrat passé entre

17. V. **Gaudemet**, *Essai sur le transport de dette à titre particulier*, thèse, 1898; **Saleilles**, *Etude sur la théorie générale de l'obligation*, 3e éd., 1925, p. 95 et s.; **Gierke**, *Schuldrecht*, p. 297 et s.; **Staudingers**, *Kommentar zu m B. G. B. und dem Einführungsgesetze* II Band I Teil, art. 414-419, 9e éd., 1930, p. 856 et s.; **Oertmann**, *Recht der Schuldverhältnisse*, Ed. 4, 1910, p. 330 et s.; **Ennecerus**, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, IIter Band § 85 (308), p. 284.

18. **Gierke**, *op. cit.*, p. 277.

le tiers qui reprend la dette et le créancier, n'est pas nécessaire pour la validité de l'acte[19].

2° En vertu du contrat passé entre le débiteur originaire et le tiers reprenant. Pour que ce contrat opère transmission de la dette il faut qu'il soit confirmé (Genähmigt) par le créancier. Expresse ou tacite, cette confirmation ne peut se produire qu'à la suite d'une communication de la reprise de dette faite au créancier par le débiteur originaire ou le reprenant[20]. Avant la confirmation par le créancier ou si cette confirmation est refusée, le contrat passé entre le débiteur originaire et le tiers reprenant a pour effet de faire considérer le reprenant « dans le doute, comme obligé envers le débiteur de désintéresser le créancier en temps utile » (art. 415 B. G. B. 3e al.).

Nous n'entrerons pas dans le détail des explications théoriques qui ont été données de ce second système. Il suffit de mentionner que, généralement, on admet que la transmission de la dette s'opère en vertu de l'accord de volontés entre le cédant (le débiteur originaire) et le cessionnaire. Par cet accord entre ces deux débiteurs, ils disposent d'un bien — la dette — qui ne leur appartient pas. Cet acte de disposition n'est pas radicalement nul. En échange il est inefficace et ne recouvrera son efficacité, autrement dit il n'y aura transmission de la dette, qu'à la suite de l'adhésion du créancier à cet acte, de la confirmation de l'acte par celui-ci. En vertu de cette confirmation on considère que la dette est passée sur la tête du reprenant à partir de la date de la convention entre les deux débiteurs[21].

Ce qui est caractéristique de la reprise de dette, c'est que,

19. **Oertmann**, *op. cit.*, p. 284; **Gierke**, *op. cit.*, p. 218; **Achilles**, *op. cit.*, sous art. 414.

20. **Saleilles**, *op. cit.*, p. 99; **Gierke**, *op. cit.*, p. 221.

21. **Gierke**, *op. cit.*, p. 222; **Saleilles**, *op. cit.*, p. 98; **Oertmann**, *op. cit.*, p. 334, sous art, 415,

malgré le changement de débiteur, la dette reste la même, c'est-à-dire qu'il y a, comme nous l'avons déjà signalé, une succession à titre particulier à la dette. Il s'ensuit que « le reprenant peut opposer au créancier les moyens de défense qui résultent du rapport de droit existant entre le créancier et le précédent débiteur. » Le reprenant ne peut toutefois pas invoquer la compensation de la dette reprise, avec une créance qui appartiendrait au débiteur cédant. D'autre part (art. 417, al. 2, B. G. B.) « le reprenant ne peut se prévaloir à l'encontre du créancier de moyens de défense tirés du rapport de droit, existant entre lui et le précédent débiteur, et qui eût servi de cause à la reprise de dette ». Les garanties instituées par le débiteur cédant sur ses biens pour la sûreté de la dette, persistent en principe à la suite de la cession. En échange si la dette cédée se trouve assurée au moment de la cession par une caution, un gage appartenant à un autre que le débiteur ou une hypothèque sur un immeuble appartenant également à un tiers, la cession de la dette entraîne l'extinction de ces sûretés, sauf si la caution ou celui à qui l'objet affecté à la garantie de la dette appartient au moment de la reprise de la dette, a donné son autorisation à cette dernière » (art. 418 B. G. B.). Cette autorisation peut d'ailleurs être tacite. Gierke est d'avis qu'il faut admettre la même solution pour les cautions et les droits de gage légaux[22].

Nous renvoyons aux auteurs cités au début de ce numéro pour les applications particulières de la cession de dette ainsi que pour les cas, tel que la promesse d'exécution (Schulderfüllungsübernahme) se rapprochant de la reprise de dette mais ne se confondant pas avec elle. Quoiqu'on admette en général en doctrine allemande que la cession de dette opère succession à titre particulier à la dette cédée,

22. **Gierke**, *op. cit.*, p. 226.

il y a des auteurs qui ne sont pas de cet avis. Et c'est pour le prouver que Strohal a eu, comme nous allons le voir, recours à la distinction entre *Schuld* et *Haftung*. D'autre part certains auteurs partisans de la doctrine dominante, et parmi eux surtout Gierke, ont recours à la même Distinction pour prouver le bien fondé de cette doctrine dominante.

§ 2. Théorie d'Isay[23].

50. — Position du problème. — Le B. G. B. ne parle que de rapports de Dette (Schuldervhältnisse). Dans le droit moderne, la notion de Responsabilité personnelle est implicite à la notion de dette, dans le sens que normalement chaque débiteur est personnellement responsable de l'accomplissement de sa dette, conclusion confirmée, d'après Isay, aussi par l'art. 241 B. G. B[24]. Dans l'ancien droit allemand la Responsabilité n'était pas nécessairement personnelle; lorsqu'elle était personnelle, ce n'était pas nécessairement la Responsabilité du débiteur; de toute façon la Responsabilité était distincte du rapport de dette. Faut-il conclure de ce qui précède, se demande Isay, que dans le droit moderne la distinction entre Dette et Responsabilité a disparu? Il répond affirmativement seulement en ce qui concerne le fondement de la Dette et de la Responsabilité : *dans le droit moderne le fondement du rapport de dette contient en même temps le fondement de la Responsabilité du débiteur*. Mais de cette proposition il ne faut pas conclure que le rapport de Responsabilité n'a

23. **Isay**, *Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis im heutigen Recht* (Vortrag, gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 25 Juni 1904) *Jherings Jahrbücher*, vol. 48, pp. 187-208.

24. *Art.* 241 *B. G. B.* « en vertu du rapport d'obligation, le créancier a le droit d'exiger au débiteur une prestation. La prestation peut consister également dans une abstention. »

pas gardé à côté du rapport de dette sa nature juridique autonome[25].

51. — **Schuld**. **Haftung**. — Sans s'étendre sur la notion de *Dette* (Schuld) Isay dit que pour lui la *Dette* (Schuld), c'est la nécessité (Verpflichtung) de prester et la *Responsabilité* (Haftung), c'est garantir, répondre (Einstehen) pour l'accomplissement de la *Dette*. En outre il affirme que *le droit moderne connaît encore la notion de rapport de responsabilité, comme notion juridique indépendante.*

La règle précitée que la notion de Responsabilité personnelle est implicite à la notion de Dette souffre quelques exceptions.

a) *Dette sans Responsabilité.* — Les cas légaux des art. 656 B. G. B. (promesse de récompense en cas de médiation de mariage) et 762 B. G. B. (jeu et pari) où il est dit qu'il n'y a pas de Responsabilité, mais où la prestation volontaire ne peut être répétée; le cas de l'art. 66 de la Loi des Bourses (rapport de dette naissant d'un jeu à terme à la bourse) pour lequel on parle d'inexistence de l'obligation et celui de l'art. 222 B. G. B. (prescription de l'exigibilité) lorsque le débiteur peut refuser la prestation, mais ne peut la répéter, celle-ci une fois volontairement accomplie, ne sont pour Isay que des cas pour lesquels le rapport de dette existe et non celui de responsabilité. Cela d'autant plus qu'en cas d'une extinction normale de la Dette, on pourrait répéter la prestation faite après coup comme répétition de l'indu. Voilà donc un cas de *Schuld ohne Haftung* analogue aux cas semblables du vieux droit allemand.

b) *Responsabilité sans Dette actuelle.* — Une Responsa-. bilité ne peut être établie que par rapport à une Dette

25. **Isay**, *op. cit.*, p. 187-190.

Voilà pourquoi corrélativement aux Dettes sans Responsabilité on peut parler de Responsabilités sans Dette actuelle. La Responsabilité existe dans ce cas avant la Dette qui n'est pas encore née et peut même ne jamais naître. La caution, le gage pour dette future ou suspensivement conditionnée, nous en fournissent des exemples[26].

52. — Rapport de dette et rapport de responsabilité correspondant peuvent différer par leur étendue ou par leurs sujets. — L'indépendance juridique des deux rapports peut être observée alors même que les deux rapports coexistent.

A. *En effet ces deux rapports peuvent différer par leurs sujets.* C'est le cas général dans la Responsabilité objective, cela arrive parfois dans les cas de Responsabilité personnelle.

1° *a*) En vertu de l'art. 765 B. G. B. la caution s'engage vis-à-vis du créancier de garantir pour l'accomplissement de la prestation [27]. Isay observe que la caution ne promet pas au créancier la même chose que le débiteur, mais bien un dédommagement pour le cas où le débiteur ne paierait pas. En plus il observe que la prestation du débiteur peut consister en un *facere* ou *non facere*, tandis que celle à laquelle s'oblige la caution ne consiste jamais en un *non facere*. Et Isay de conclure que la caution ne serait que le sujet d'un rapport de responsabilité (Haftungsverhältnis) de sorte que rapport de dette et rapport de responsabilité auraient des sujets différents[28].

26. **Isay**, *op. cit.*, p. 191-193.

27. Art. 765 *B. G. B.* « Par le contrat de cautionnement, la caution s'oblige envers le créancier d'un tiers à répondre de l'exécution de l'engagement du tiers.

On peut également se porter caution même pour un engagement futur ou conditionnel ».

28. V. *contra*, **Gierke**, *Schuldrecht*, p. 49, n. 165.

b) Isay place pour les baux ruraux, dans la même catégorie, la Responsabilité du bailleur qui a vendu sa terre vis-à-vis du preneur à bail. En effet le bailleur est tenu envers le preneur de certaines obligations découlant du bail. Si au cours de celui-ci le fonds venait à être aliéné c'est l'acquéreur qui, en vertu de l'art. 571 B. G. B., est tenu de ces obligations de l'ancien propriétaire pour l'accomplissement desquelles l'ancien propriétaire répond, en vertu du même article, en qualité de caution[29].

c) Les deux cas précédents sont des cas où Dette et Responsabilité ont du côté passif des sujets différents. Le fiduciaire (Treuhänder) nous offre, dit Isay, du côté actif un cas où Dette et Responsabilité ont des sujets différents. Le fiduciaire est en effet sujet du rapport de responsabilité, mais ce n'est pas à lui qu'on doit.

2° Dans la Responsabilité objective on rencontre toujours une différence du côté passif entre le sujet du rapport de dette et le sujet du rapport de responsabilité. C'est le cas du gage (Faustpfand), de l'hypothèque, de la dette foncière (Grundschuld), de la rente foncière (Rentenschuld), des charges réelles (Reallasten), du droit de rétention, des cas du droit maritime où seulement le navire et le fret répondent pour les obligations du propriétaire. Cette différence est normale vu qu'une chose ne peut que répondre (haften) et ne peut jamais devoir (schulden). Il faut toutefois remarquer que pour le gage, l'hypothèque, le droit de rétention et les charges réelles une Responsabilité personnelle du débiteur existe à côté de la Responsa-

29. *Art.* 571 *B. G. B.* « Lorsqu'un fonds loué est, après abandon au locataire, aliéné par le bailleur à un tiers, l'acquéreur est subrogé à la place du bailleur dans les droits et obligations qui, pendant la durée de sa propriété, résulteront du rapport de droit dérivant du bail.

Si l'acquéreur ne remplit pas ses obligations, le bailleur répond du dommage à réparer par l'acquéreur comme une caution qui a renoncé à l'exception de discussion... »

bilité objective, tandis que dans les autres cas cités il n'en est rien.

B. *Les deux rapports peuvent différer par leur étendue.* La Dette et la Responsabilité ayant le même sujet, la Respon sabilité peut être moins étendue que la Dette. C'est le cas pour la Responsabilité limitée (beschränkte Haftung) Comme exemple de Responsabilité limitée, Isay cite la Responsabilité limitée dans les sociétés par actions, dans les sociétés en commandite. En droit civil ce phénomène se rencontre aussi dans le cas de la Responsabilité de l'héritier bénéficiaire, dans celui de la limitation de la responsabilité du cessionnaire d'un patrimoine étranger, du donateur (v. art. 519 et 528 B. G. B.). La Responsabilité limitée peut d'ailleurs être établie aussi conventionnellement[30].

53. — Le contenu du rapport de responsabilité preuve de l'indépendance de ce rapport vis-à-vis du rapport de dette. — Isay reconnaît que, dans le cas normal où le débiteur seul est personnellement responsable, la diversité des contenus des deux rapports ne peut pas être observée au premier abord. Pour démontrer toutefois cette diversité il aura recours aux cas où les sujets des deux rapports sont différents.

1. *Responsabilité objective.* — Dans les cas de Responsabilité, objective on voit aisément la différence entre le contenu du rapport de dette et celui du rapport de responsabilité, du fait que malgré la diversité possible du contenu du rapport de dette, celui du rapport de responsabilité est toujours le même : c'est toujours le dédommagement du créancier pour le cas de l'inaccomplissement de la

30. **Isay**, *op. cit.*, p. 193-197.

Dette, dédommagement obtenu au moyen de la vente de la chose responsable.

2. *Responsabilité personnelle.* — Sans égard au contenu de la Dette principale le contenu du rapport de responsabilité qu'est le cautionnement est, d'après Isay, et en vertu de l'art. 765 B. G. B. toujours la garantie pour l'accomplissement de l'obligation d'un tiers (das Einstehen für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten). Cette garantie, cet « Einstehen », a lieu avec le patrimoine de la caution; ce n'est autre chose que la réparation du dommage causé par le non accomplissement de la prestation. Cette différence de contenu des deux rapports est d'autant plus manifeste lorsque l'objet du rapport de dette est un *facere* ou un *non facere*. En général donc c'est le dédommagement qui constitue le contenu de la Responsabilité. (Inhalt der Haftpflicht ist also Schuldloshaltung)[31].

54. — *Extension moderne du contenu de la Responsabilité.* — Le dédommagement (Schadloshaltung) n'épuise pas, d'après Isay, à lui seul le contenu de la Responsabilité. Dans certains cas bien déterminés, à la suite de l'évolution juridique moderne, la Responsabilité aurait un autre contenu, méconnu à l'ancien droit allemand et au codecivil(art.1142). Il s'agit des cas où Responsabilité et Dette ont le même sujet et où le contenu de la Dette est une prestation personnelle du débiteur, un *non facere* ou une tolérance. Dans ces cas, le contenu du rapport de responsabilité est en premier lieu la contrainte de la personne à la prestation, contrainte exercée sous la forme de contrainte de la volonté par menaces de peines pécuniaires ou de prison.

Il y a donc à côté du contenu normal de la Responsabilité (dédommagement pour inaccomplissement de la Dette) et

31. **Isay**, *op. cit.*, p. 198-201.

passant avant lui, la contrainte contre la personne. Il est bien entendu que cette extension du contenu de la Responsabilité ne s'applique pas aux cas où les sujets des deux rapports sont différents. Même dans les cas où Dettes et Responsabilités ont le même sujet, Isay croit devoir faire des réserves pour la Responsabilité limitée. Pour ces cas, le contenu de la Responsabilité n'est que le dédommagement, mais non la contrainte contre la personne, car la limitation du contenu de la contrainte n'est pas possible, son admission étant contre l'esprit de la limitation de garantie. Il s'ensuit que pour les dettes à Responsabilité limitée ce contenu spécial de la Responsabilité est exclu.

Enfin ce contenu spécial ne se rencontre pas dans les cas de prestations de services. Dans ces cas le contenu de la Responsabilité n'est de nouveau plus que le dédommagement pour inaccomplissement de la dette (d'ailleurs il y a des exceptions à cette exception pour le cas des serviteurs, des marins, des apprentis).

Isay conclut de tout ce qui précède :

1. *que l'indépendance conceptuelle* (*begrifflich*) *du rapport de responsabilité* (*Haftungsverhâltnis*) *vis-à-vis du rapport de dette* (*Schuldverhâltnis*) *est aussi à la base du droit moderne*;

2. *que ces deux rapports peuvent exister l'un sans l'autre*;

3. *qu'ils sont indépendants quant à leurs sujets, à leur contenu et à leur étendue*[32].

55. — *Dispositions auxquelles est soumis le rapport de responsabilité.* — Le B. G. B. contient une réglementation complète des rapports de dette (Schuldverhâltnisse) dans son deuxième livre , dont les six premières sections sont consacrées aux règles générales concernant ces rapports.

32. **Isay**, *op. cit.*, p. 201-2. V. aussi **Bekker**, *Sprachliches und Sachliches* Zum B. G. B., p. 52 et s.; **Schwerin**, *Schuld und Haftung im geltenden Recht*, 1911, p. 21, avec quelques réserves toutefois.

Du fait que le B. G. B. ne parle pas des rapports de responsabilité et du fait que la septième section du deuxième livre de B. G. B. s'occupe de la caution, Isay conclut que le B. G. B. a voulu appliquer à la Responsabilité les règles générales concernant les rapports de dette. La question qu'Isay se pose est celle de savoir si on peut aussi vraiment appliquer aux rapports de responsabilité les dispositions réglementant les rapports de dette. Pour répondre, Isay passe en revue les différentes sections du deuxième livre du B. G. B.

La première section s'occupe de l'obligation du débiteur de prester. Cette réglementation est nécessaire vu la diversité des moyens de payer. Elle n'est pas nécessaire pour les rapports de responsabilité, vu le contenu unique, de la Responsabilité (à l'exception des cas cités ci-dessus) de sorte que pour les rapports de responsabilité elle n'a pas d'importance immédiate. Mais parce que les changements des rapports de dette influent sur les rapports de responsabilité correspondants, on peut dire que la réglementation des rapports de dette a aussi pour les rapports de responsabilité une importance *médiate.*

Les dispositions de la seconde section concernant les rapports de dette naissant des contrats, n'a presque pas d'importance pour les rapports de responsabilité.

En échange les dispositions de la troisième section concernant le paiement, la consignation, la compensation, la rémise de dette sont également applicables aux rapports de responsabilité. Plus encore, on a trois modes d'extinction qui n'existent pas pour les rapports de dette et notamment : 1° *la prescription* à laquelle n'est assujettie que la Responsabilité; 2° *l'extinction de la dette*, car une fois celle-ci éteinte le rapport de responsabilité n'a plus de raison d'exister, n'étant établi qu'en vue d'un rapport de dette; 3° la

transmission du rapport de dette sans transmission simultanée du rapport de responsabilité.

La transmission des créances, réglée dans la 4e section, ne regarde pas les rapports de responsabilité. Pour ceux-là l'art. 401 B. G. B.[33] dispose qu'ils suivent du côté actif le créancier.

La 5e section a trait à la cession de dette. Dans la mesure dans laquelle le débiteur répond personnellement ces dispositions, qui ne concernent que les rapports de dette, s'appliquent aussi aux rapports de responsabilité (Isay est d'ailleurs d'avis qu'on devrait admettre en droit allemand moderne la cession de responsabilité).

On peut dire pour la 6e section s'occupant de la pluralité de débiteurs et créanciers la même chose que pour la 5e section. Isay observe qu'on ne trouve dans le B. G. B. aucune disposition concernant les cas où pour une seule Dette il y a plusieurs Responsabilités[34].

56. — Réglementation des rapports de responsabilité. — Isay exprime un *desideratum* de lege ferenda : la consécration expresse dans la législation future des rapports de responsabilité, en reconnaissant leur indépendance. Dans ce cas on grouperait parmi les rapports de responsabilité le cautionnement, aujourd'hui compris parmi les obligations ainsi que les charges réelles (Reallasten), l'hypothèque, la

33. *Art.* 401 *B. G. B.* « Avec la créance cédée passent au nouveau créancier les hypothèques ou droits de gage qui la garantissent, de même que les droits résultant d'une caution qui aurait été constituée par le créancier.

S'il existe un droit de préférence attaché à la créance pour le cas d'exécution forcée ou de faillite, le nouveau créancier peut également s'en prévaloir. »

Quoique la loi ne parle que de l'hypothèque et du gage, Isay dit qu'on doit appliquer les dispositions de l'art. 401. B. G. B. aussi aux autres cas de Responsabilité, notamment au cautionnement.

34. **Isay**, *op. cit.*, p. 202-206.

R.F.

dette foncière (Grundschuld), le nantissement groupés dans la loi actuelle avec les droits réels[35].

Ce n'est que grâce à cette réglementation spéciale que, selon Isay, seront éliminées les difficultés et les incertitudes rencontrées aujourd'hui en cette matière. En plus, une réglementation spéciale des rapports de responsabilité mènera à une conception plus exacte des rapports de dette non réunis à des rapports de responsabilité correspondants. Un autre avantage appréciable de cette réglementation serait la formation d'une notion utilisable de la réalité et par cela on obtiendrait plus de clarté au sujet de la notion et du nombre des droits réels[36].

§ 3. Critique de Siber.

57. — L'article de Siber a un caractère nettement polémique : ses idées exprimées en 1903 avaient été combattues[37]. Il tenait à répondre. Aussi, commence-t-il par la constatation du désaccord régnant parmi les partisans de la distinction entre Dette et Responsabilité, quant à la définition de la Responsabilité, pour continuer avec une comparaison entre les définitions de la Responsabilité données par Bekker et Isay et ajouter qu'en Droit moderne où l'on peut obtenir par l'exécution forcée tout objet concevable, l'exécution forcée emporte réalisation de la dette du débiteur[37].

35. Voir la critique de cette conception chez **Siber**, *Zur Theorie von Schuldt und Haftung nach Reichsrecht* JJ. vol. 50, 1906, p. 165 et s.

36. **Isay**, *op. cit.*, p. 206-208. Il considère (p. 196) le droit de rétention comme un cas de Responsabilité objective quoique n'étant pas considéré comme droit réel. L'introduction des autres cas de Responsabilité objective parmi les droits réels a troublé selon Isay cette dernière notion. Pour revenir à une notion claire il faut distinguer entre les droits de responsabilité objective, à grouper dans la notion générale de Responsabilité mentionnée au texte et les droits d'usage réel (Sachnutzung), seuls à considérer comme droits réels.

37. **Siber**, *Des Rechtzwang im Schuldverhältnis nach Reichsrecht*, Leipzig, 1903. V. *contra*, **Schwind**, *S. u. H. im geltenden Recht*, p. 13, n° 1.

En considérant qu'au sens du vieux droit allemand la *Dette* serait le devoir de prester (Leistensollen), dont l'accomplissement serait possible seulement au moyen d'un acte de volonté du débiteur, et la *Responsabilité*, la détermination d'une personne ou d'une chose de servir au créancier comme objet de remplacement (Ersatzobjekt) pour sa satisfaction ou son dédommagement en cas de non accomplissement de la Dette, Siber admet que ces deux notions de Dette et de Responsabilité sont fondamentales au Droit germanique, tout en étant d'avis qu'elles ne l'ont plus été à l'époque classique pour le Droit romain. Dans le Droit moderne on peut, dit-il, obtenir accomplissement même de la dette, grâce à l'exécution. Quant à la Responsabilité, qu'on doit entendre d'une autre façon que dans l'ancien Droit et, notamment, comme une obligation de remplacer (Ersatzverpflichtung) dont on peut également obtenir l'accomplissement au moyen de l'exécution, on ne la trouve :

a) qu'à la place de la dette primaire, lorsque l'accomplissement de celle-ci est devenu impossible ou dans les cas des articles 285 et 326 B. G. B.[38].

b) qu'à côté de la dette primaire lorsqu'il y a retard dans l'accomplissement de celle-ci.

38. *Art.* 285 *B. G. B.* « Le débiteur n'est pas constitué en demeure, tant que la prestation reste omise par suite d'une circonstance dont il n'a pas à répondre. »

Art. 326 *B. G. B.* « Lorsque, dans un contrat synallagmatique, l'une des parties se trouve en demeure par rapport à la prestation qui lui incombe, l'autre partie peut lui fixer, pour effectuer la prestation, un délai convenable avec cette déclaration qu'elle rejette toute acceptation de la prestation après l'expiration du délai. Après expiration du délai, elle a le droit, si la prestation n'a pas eu lieu en temps utile, d'exiger réparation de dommage pour inexécution ou de résilier le contrat; la prétention à exécution est exclue. Si, jusqu'à l'expiration du délai, la prestation n'est que partiellement inexécutée, la disposition de l'art. 325 al. 1 § 2 reçoit application correspondante.

Si, à raison de la demeure, l'exécution du contrat ne présente plus aucun intérêt pour l'autre partie, les droits décrits à l'alinéa 1er lui appartiennent sans qu'il soit besoin de fixer aucun délai. »

Siber était arrivé, dans son ouvrage précédent, à la conclusion que l'essence du rapport obligatoire (Schuldverhältnis) du Droit allemand moderne consistait dans la dette primaire et la dette secondaire du débiteur, réunies aux pouvoirs correspondants du créancier vis-à-vis du débiteur, d'agir en justice, d'exécuter ou d'avoir recours dans les cas légaux à la justice privée.

Il ne voit pas dans ce qu'Isay appelle des « Dettes sans Responsabilité » des rapports obligatoires au sens du B. G B. de même que les anciennes « Responsabilités sans Dette » ne sont pour lui que des Dettes dont l'étendue est égale à celle de la Responsabilité[39].

58. — La Dette au sens de devoir de prester (Leistensollen). — Après cette introduction, Siber procède à l'étude détaillée de l'obligation telle qu'il la conçoit en Droit allemand moderne. Il admet l'existence dans le Droit moderne allemand d'une Dette sans Responsabilité, au sens de devoir de prester non actionnable ni soumis à l'exécution forcée et dont l'inaccomplissement n'entraîne pas l'obligation de dédommager (Schadenersatzpflicht). Ce *Leistensollen*, il le conçoit comme devoir juridique (Rechtspflicht) pour peu qu'il repose sur l'ordre juridique et que son accomplissement soit garanti par des moyens étatiques, ne devant pas être toujours des moyens de contrainte. Par exemple l'interdiction de mariage entre mineurs est une *lex imperfecta* assurée, dit Siber, par la présence d'un fonctionnaire à la célébration du mariage. De même le devoir des époux de vivre en commun est actionnable mais pas contraignable.

En échange Siber ne considère pas comme devoir juridique (Rechtspflicht), du moins dans le droit privé, l'ordre

39. **Siber**, *Zur Theorie von Schuld und Hoftung nach Reichsrecht*, JJ., vol. L, p. 56-63.

inscrit dans la loi et pour l'exécution duquel on ne présente aucun avantage de même qu on n'établit aucune réaction de l'Etat quant à son inobservation. D ailleurs, même l'emploi de moyens étatiques pour la production de l'obéissance de différents ordres, n'est pas toujours pour Siber un signe péremptoire de l'existence d'un devoir juridique (Rechtspflicht), vu que parfois l'ordre juridique établit des avantages ou des désavantages pour provoquer l'accomplissement de simples dispositions de la morale. Plus encore, l'ordre juridique peut établir des avantages ou des désavantages pour obtenir un comportement à la base duquel n'existe même pas un devoir moral, comme par exemple l'établissement de prix pour les dénonciateurs des fraudes douanières.

Il en déduit qu'on ne peut pas conclure à l'existence certaine d'un devoir juridique (Rechtspflicht) seulement du fait que l'ordre juridique prescrit des avantages ou des désavantages juridiques pour un certain comportement. Aussi considère-t-il les obligations naturelles ou incomplètes, comme dispositions de la morale ou de la coutume vis-à-vis desquelles l'ordre juridique réagit sans toutefois en exiger l'accomplissement. Tandis qu'en Droit romain les obligations naturelles entraînaient en outre de l'exclusion de la *condictio indebiti* aussi d'autres effets juridiques (admission de la compensation, etc.) , dans le droit moderne, dit Siber, la seule réaction du Droit vis-à-vis de ces obligations naturelles, c'est l'exclusion de la *condictio indebiti*, qui n'a pas d'effet de contrainte et n'est pas un moyen étatique pour conduire au paiement volontaire. Siber explique cette exclusion de la *condictio indebiti* de plusieurs façons, selon les cas étudiés :

1. Dans le cas de l'article 814 B. G. B.[40] et de celui de

40. Art. 214. *B. G. B.* «La prestation effectuée dans le but d'exécuter un engagement ne peut pas être répétée, si l'auteur de la prestation a su qu'il

l'exception de prescription, on refuse la *condictio indebiti*, dit Siber, parce que le Droit ne peut patronner par ses moyens les manquements à la morale et aux bonnes mœurs.

2. Dans les cas de promesse de récompense pour entremise de mariage, de dettes de jeu et dettes de pari, Siber ne voit que des devoirs moraux et interprète le refus de la *condictio indebiti* dans ces cas, comme une indifférence de la loi vis-à-vis de ces devoirs, dont le soin de l'accomplissement est abandonné à la réaction de la société.

3. Les promesses de donation faites sans respect des prescriptions légales concernant la forme de ces promesses, ainsi que les cautionnements faits dans les mêmes conditions, deviennent valables par l'accomplissement volontaire. Siber explique le refus de la *condictio indebiti* dans ces cas par le principe admis par la loi, de la possibilité de l'assainissement des nullités pour vices de forme.

Dans le Droit allemand moderne on attribue aux obligations incomplètes un caractère juridique entre autres causes aussi grâce au fait qu'en se basant sur le refus de la *condictio indebiti*, on peut parler pour ces obligations d'un « vrai accomplissement ». Siber déclare ne pas être convaincu par cette thèse car, dit-il, de la possibilité d'accomplir on ne peut rien conclure sur la nature de ce qui doit être accompli. En effet il n'y a pas que les devoirs juridiques qui peuvent être accomplis, mais bien aussi des devoirs moraux par exemple, des espérances, des craintes, etc., qui n'ont rien à voir avec la notion de devoir.

Il repousse *de plano* la thèse d'Isay qui, de la position dans le B. G. B. des articles 656 et 762 déduit que les obligations naturelles sont de vrais rapports de dette. Quant à la possibilité, affirmée par Isay, d'appliquer aux dettes de

n'était pas obligé à la prestation, ou si la prestation répondait à un devoir moral ou à un motif de convenance. »

jeu les règles générales concernant l'accomplissement, l'impossibilité de la prestation, etc., Siber est d'avis que du moment que les dettes de jeu ne sont pas des devoirs juridiques, elles n'ont besoin d'aucune réglementation juridique. D'ailleurs les dispositions des articles 762 et s. B. G. B. suffisent pour permettre d'en déduire les effets que la loi veut attribuer à l'accomplissement de ces dettes[41].

59. — **Comparaison entre le devoir juridique (Rechtspflicht) et le rapport obligatoire (Schuldverhältnis).** — Du moment, dit Siber, que la reaction de l'ordre juridique (Rechtsordnung) vis-à-vis des manquements aux prescriptions de la morale (Moralvorschriften) ne suffit pas pour élever celles-ci au rang de prescriptions juridiques (Rechtsvorschriften), il est bien entendu que le manque de toute réaction juridique vis-à-vis d'un ordre (Gebot) inaccompli, ordre dont l'appartenance au droit, à la morale ou aux bonnes mœurs est incertaine, est une preuve qu'il ne s'agit pas d'un ordre juridique. Aussi la *Schuld* germanique n'aurait-elle jamais été un devoir juridique si elle n'avait pas entraîné de conséquences juridiques en cas d'inaccomplissement. Une de ces conséquences était la mise hors la loi (*Frieloslegung*)[42]. En comparant les articles 343, alinéa 2 (promesse d'une peine en cas d'entreprise ou d'omission d'une action), 339 et 342 (clause pénale) B. G. B., Siber conclut que le rapport obligatoire (Schuldverhältnis) est une notion plus étroite que la notion de devoir juridique (Rechtspflicht).

En effet, dit-il, les termes de l'article 343, alinéa 2, B. G. B. se réfèrent à un comportement qui n'est pas l'accomplissement d'une obligation (Verbindlichkeit) mais la confor-

41. **Siber**, *op. cit.*, p. 63-74.
42. **Siber**, *op. cit.*, p. 76.

mation à un devoir juridique. Ce qui constitue la différence entre le devoir juridique et l'obligation (Verbindlichkeit) c'est que l'obligation (Verbindlichkeit) des articles 339 et 342 B. G. B. est protégée par le pouvoir d'action et d'agression du créancier tandis que le devoir juridique (Rechtspflicht) de l'article 343, alinéa 2, l'est seulement par la menace de la peine à subir à la suite de son inobservation[43].

60. — **Dette entendue au sens de devoir de recevoir. Responsabilité. Action et exécution par rapport à la Responsabilité.** — Du moment que le Droit germanique conçoit la Dette indépendamment de toute Responsabilité et celle-ci comme un pouvoir d'action et d'exécution, Siber ne s'explique pas l'opposition qu'on établit d'habitude entre dette actionnable (klagbar) et dette non actionnable, car, dit-il, la dette considérée en elle-même serait toujours non actionnable.

D'autre part, du fait que l'enseignement germanistique considère la Dette composée d'un *Leistensollen* et d'un *Bekommensollen* corrélatif du créancier, Siber pense que

43. **Siber**, *op. cit.*, p. 76-77.

Art. 339. *B. G. B.* Si le débiteur promet au créancier, pour le cas qu'il n'exécute pas son engagement ou qu'il ne l'exécute pas d'une manière satisfaisante, le payement d'une somme d'argent à titre de peine, la peine est encourue dès que lui-même est constitué en demeure. Si la prestation due consiste en une abstention elle est encourue au moment où il est contrevenu à cette abstention.

Art. 342. *B. G. B.* Si l'on a promis comme peine une prestation autre que le payement d'une somme d'argent, les dispositions des art. 339 à 341 reçoivent application; la prétention à réparation de dommage est exclue lorsque le créancier exige la peine.

Art. 343. *B. G. B.* Si l'élévation de la peine encourue est hors de toute proportion, elle peut, sur requête du débiteur, être réduite par jugement au taux convenable (16). Pour l'appréciation de ce qui est convenable, on devra prendre en considération tout intérêt légtime de créancier, et non seulement l'intérêt patrimonial. Lorsqu'il y a eu acquitfement de la peine, la réduction est exclue.

La même disposition vaut également en dehors des cas des articles 339, 342, lorsque quelqu'un a promis une peine pour le cas qu'il vint à accomplir un fait ou à s'en abstenir.

les moyens sanctionnant ce *Bekommensollen*, c'est-à-dire toute réaction poursuivant la réalisation de la Dette et non pas le remplacement (Ersatz) pour inccomplissement, appartiennent à la notion de Dette et non à celle de Responsabilité. L'enseignement germanistique ne considère jamais la réalisation de la Responsabilité comme une réalisation de la Dette. En partant de l'idée que même en ancien Droit allemand la *Schuld* pour être un devoir juridique (Rechtspflicht), nécessitait une sanction juridique favorisant son accomplissement, Siber considère que cette sanction doit être cherchée dans la menace de la *Haftung* et de sa réalisation, par opposition à la *Haftung* même dont la réalisation ne procure qu'un remplacement ou une satisfaction pour inaccomplissement. Pour le droit moderne, Siber est d'avis qu'on doit exclure de la Responsabilité tout ce qui mène à la réalisation même de la Dette. Il faut donc exclure de la sphère de la Responsabilité les pouvoirs du créancier d'actionner et d'exécuter dans les cas où ils mènent à la réalisation même de la Dette, car ajoute Siber, en droit moderne tous les cas d'exécution forcée sont devenus des cas d'accomplissement forcé (Zwangserfüllung), vu que, en général, les modifications du temps, des sujets ou du lieu de l'accomplissement n'éteignent pas l'obligation, celle-ci restant identique à elle-même[44].

61. — **Responsabilité sans Dette**. — Nous savons qu'Isay admet l'existence en Droit moderne de Responsabilités sans Dette et qu'il cite comme exemples de ces cas le cautionnement et les droits de gage pour dettes futures ou suspensivement conditionnées. Ce à quoi Siber réplique : dans le cas d'une dette future ou suspensivement conditionnée, nous ne savons pas si on devra jamais quelque chose, si

44. **Siber**, *op. cit.*, p. 78-99.

donc jamais caution ou gage seront dans la situation de fournir l'équivalent pour inaccomplissement (Ersatz); on ne peut donc pas admettre une Responsabilité conformément aux vues d'Isay qui entend par Responsabilité la détermination de la personne ou de la chose qui doit servir au créancier comme objet de remplacement (Ersatz) pour inaccomplissement de la Dette. Siber ne conçoit pas que l'exercice du droit de gage conduise toujours à un remplacement (Ersatz) pour non accomplissement. La Responsabilité conçue dans le sens d'Isay est, dit-il, toute aussi éventuelle que la Dette : *pendente condicione*, on ne répond pas et on ne doit pas au créancier; *deficiente condicione*, on ne lui répond jamais et on ne lui doit jamais. On voit donc que Siber n'admet pas l'existence en droit moderne de cas de Responsabilité sans Dette.

Isay affirmait aussi que la caution, tout en répondant sans devoir répond pour une dette d'autrui. En effet elle ne promet pas d'accomplir la prestation du débiteur principal, de sorte que la prestation de la caution peut, au point de vue de son contenu, être différente de celle du débiteur principal. Siber est d'accord avec Isay quant à cette différence du contenu entre les prestations du débiteur et de la caution; il reconnaît aussi que la prestation de la caution n'est pas accomplissement de la dette principale, que parfois la caution ne peut même pas accomplir la dette du débiteur principal, qu'elle ne se résume en ce cas qu'au paiement d'une somme d'argent. Là où en échange, Siber n'est pas d'accord avec Isay, c'est à propos de la différence des sujets de la Dette et de la Responsabilité dans le cautionnement. En vertu de l'article 765 B. G. B. en effet, on suppose pour l'établissement d'une caution l'existence d'une obligation actionnable d'un tiers. Ce tiers est donc sujet d'un rapport de Dette

et d'un rapport de Responsabilité; il est exposé à l'action, à l'exécution forcée, à l'obligation de remplacer (Erzatzpflicht) en cas d'inaccomplissement dans la même mesure que la caution. En ce qui concerne la caution, celle-ci est, dit Siber, non seulement sujet d'un rapport de Responsabilité, différente de la Responsabilité du débiteur principal, mais aussi d'un rapport de la Dette propre et différente de celle du débiteur principal (art. 775, 4 B. G. B.). Il en résulte que débiteur principal et caution sont chacun sujets d'un rapport de dette et d'un rapport de responsabilité. Contrairement aux affirmations d'Isay, Siber ajoute que pour le créancier la prestation de la caution ne diffère de la prestation du débiteur principal, que par ce qu'elle n'éteint pas la créance principale et opère transmission de celle-ci sur la tête de la caution. Quant au résultat pour le créancier il n'y a normalement pas de différence entre les deux prestations. D'ailleurs l'article 766 prévoit pour la caution l'accomplissement de l'obligation principale dans la mesure où cet accomplissement est possible et seulement lorsque la caution n'est pas en état de le faire, ou dans les cas d'application de l'article 283 B. G. B. (dédommagement à la place de l'accomplissement) elle est tenue d'un dédommagement pécuniaire[45].

62.— Séparation entre Dette et Responsabilité. — Siber n'admet pas la séparation du côté actif entre les sujets du rapport de dette et celui de responsabilité. Il est vrai qu'Isay cite pour prouver l'existence en droit moderne de cette séparation, le cas du *fiduciaire* (Treuhänder) auquel on ne doit pas, mais qui est sujet de la Responsabilité. Siber n'accepte pas cette théorie : ce n'est pas le

45. **Siber**, *op. cit.*, p. 103-113,

fiduciaire qui est titulaire de la Responsabilité car on ne peut pas considérer le fait de disposer de l'action comme une preuve qu'on répond à celui qui en dispose et non au créancier. Et en plus on ne peut direqu'on répond au fiduciaire du moment que le remplacement (Ersatz) qu'on acquiert au moyen de la réalisation de la Responsabilité revient au patrimoine du créancier et non à celui du fiduciaire.

L'institution la plus importante issue de la *fiducie* (Treuhand) c'est dans le droit moderne l'institution des exécuteurs testamentaires ; Siber rappelle que Schulze considère le droit de l'exécuteur testamentaire comme un droit réel limité de celui-ci sur la succession. Toujours est-il que l'exécuteur testamentaire peut faire valoir en justice les droits découlant de la succession et soumis à son administration (Art. 2212 B. G. B.). C'est cela, dit-il qu'Isay considère comme réalisation de la Responsabilité. D'ailleurs en vertu de l'article 2211 B. G. B. l'héritier ne peut valablement recevoir la prestation de sorte que, en cas de paiement fait à l'héritier, l'exécuteur testamentaire peut exiger du débiteur héréditaire un nouveau paiement. C'est à ce propos que Siber demande : si le débiteur ne *doit* pas à l'exécuteur testamentaire n'étant pas tenu de prester à celui-ci, à qui doit-il payer ? Comment peut-il être responsable envers l'exécuteur s'il n'est pas tenu de lui payer et si d'autre part il ne peut payer à l'héritier ? En réalité, poursuit Siber, le débiteur peut et doit prester seulement à l'exécuteur testamentaire. Ce n'est que lui qui peut agir au moyen de l'action, qui peut demander l'exécution forcée, c'est seulement à lui qu'on doit indemniser en cas de retard. En échange l'objet de la prestation ou son équivalent n'entrent pas dans le patrimoine de l'exécuteur testamentaire, car on doit et on répond à celui-ci avec la seule restriction que l'objet de la prestation

ou son équivalent entrent dans le patrimoine de l'héritier. Cette institution a donc cela de particulier qu'on doit et répond à l'exécuteur testamentaire dans l'intérêt de l'héritier[46].

63. — La Responsabilité personnelle conçue comme devoir de dédommager. — Dans le droit moderne, dit Siber, il faut concevoir la Responsabilité personnelle comme l'obligation de dédommager (Schadenersatzpflicht) en cas d'inaccomplissement de l'obligation primaire. Sa manière de concevoir en droit moderne la Responsabilité personnelle diffère de la conception qu'on avait de la Responsabilité dans l'ancien droit germanique. Et d'abord cette différence concerne :

1. *Le contenu.* — Assujettissement de la personne ou de la chose pour l'ancien droit allemand, la Responsabilité est devenue, pour Siber, une dette secondaire ayant pour objet le dédommagement (Schadenersatz). Cette dette (Pflicht) peut être accomplie au moyen de l'exécution forcée.

2. *Le champ d'application.* — Avant, c'est-à-dire dans l'ancien droit allemand, la Responsabilité se manifestait chaque fois que le débiteur ne voulait pas prester volontairement. Dans le droit moderne, il ne s'agit pas de Responsabilité à propos du paiement forcé. Siber cite les seuls cas pour lesquels on peut parler en droit moderne de Responsabilité :

1° Pour les devoirs (Verpflichtungen) munis d'action, *à la place* de l'accomplissement par le débiteur de l'obligation primaire, lorsque cet accomplissement est devenu ou est considéré impossible (art. 283, 326 B. G. B.) *ou, à côté*

46. **Siber**, *op. cit.*, p. 114-118.

dé la dette primaire ou secondaire dans le cas où leur accomplissement est en retard.

2° Pour les devoirs (Verpflichtungen) non munis d'action, c'est-à-dire pour les devoirs juridiques indirects, établis dans certains cas en vertu de la loi, dans d'autres en vertu d'un contrat de garantie, lorsque celui qui est indirectement tenu ou un tiers s'oblige à prester un équivalent (Ersatzleistung) en cas de non accomplissement du devoir indirect.

3° Pour les délits.La Responsabilité naissant d'un délit est aujourd'hui un devoir de dédommager pour la violation d'un devoir primaire. D'ailleurs le devoir primaire dont Siber parle à propos des délits, diffère de celui des deux groupes précédents vu que le devoir violé n'est pas muni d'action et n'est pas undevoir indirect. Pour terminer, Siber attire l'attention sur ce que le devoir de remplacement (Ersatzpflicht) pour un dommage non produit par le manquement à un ordre juridique, n'est pas une Responsabilité, mais lui-même un devoir primaire (primäre Verpflichtung)[47].

64. — Responsabilité objective. — Après avoir montré la transformation subie d'après lui par la Responsabilité personnelle de l'ancien droit, Siber se demande si la Responsabilité objective a eu le même sort que la Responsabilité personnelle ou si elle a maintenu son ancienne signification. En principe ce maintien serait possible, mais pour affirmer son existence, dit Siber, il faut étudier en droit moderne le pouvoir unanimement reconnu au créancier, d'employer une chose responsable pour sa propre satisfaction et le devoir (Pflicht), contesté d'ailleurs, du propriétaire de la chose de prester *es qualité.* Siber constate

47. **Siber**, *op. cit.*, p. 118-123.

que les causes qui ont déterminé l'évolution de la Responsabilité personnelle ne viennent pas en considération pour la Responsabilité objective. Malgré l'opinion contraire d'Isay, Siber admet avec la doctrine dominante, que le droit du créancier portant sur les fruits, les produits (Nutzungen) et la valeur de vente (Verkaufswert) de la chose, droit qu'il appelle droit de *réalisation* (Verwertungsrecht) et qu'on rencontre dans tous les droits de gage, est un droit réel.

Quant à savoir si ce droit réel est relié à un devoir de prester du propriétaire de l'objet sur lequel il porte, Siber dit qu'au point de vue logique ainsi qu'au point de vue législatif il est possible de concevoir un droit de réalisation non relié à un tel devoir. La dette foncière (Grundschuld) d'un fonds n'appartenant à personne, dit Siber, en est un exemple : on n'y peut même pas admettre une dette non munie d'action, car le sujet de cette dette manque. Mais à part ce cas, Siber se demande si, dans le droit positif, le *droit de réalisation* ne servant pas à la sûreté d'une créance personnelle, ne se base pas pourtant sur une obligation de prester directe ou indirecte du propriéétaire de la chose sur laquelle porte ce *droit de réalisation*. Pour répondre, Siber étudie les différentes constructions qu'on pourrait admettre pour expliquer les dettes foncières et il s'arrête à la construction admettant une obligation réelle (Realobligation) à côté du droit de réalisation. Cette *Realobligation*[48] serait une obligation du propriétaire de la chose sur laquelle porte ce droit, de prester *de la chose*,

48. Voir pour la différence entre la *dingliche Schuld* de Gierke et la *Realobligation* de Siber, **Siber**, *op. cit.*, p. 136, n. 1. Gierke insiste surtout sur le caractère réel de la *dingliche Schuld* qui n'aurait pas de répercussion sur le propriétaire en tant que personne, tandis que la *Realobligation* de Siber est une obligation normale dont seulement le mode d'accomplissement est déterminé (prestation du fonds).

c'est-à-dire au moyen des produits de la chose ou de son prix de vente, mais pas avec des moyens pris sur le reste de son patrimoine. Cette obligation réelle du propriétaire est actionnable et peut être exécutée par la force, c'est donc dit Siber, une obligation directe, tandis que la prestation avec des moyens pris sur le reste du patrimoine n'est qu'*in solutione*.

Après avoir exposé son point de vue, Siber se demande si l'on poursuit par l'exercice du droit de réalisation et par l'exécution forcée basée sur l'obligation réelle, un remplacement (Ersatz) pour inaccomplissement ou si l'on poursuit un accomplissement forcé de la prestation.

Dans le cas cité d'un droit exclusif de réalisation (dette foncière sur un fonds sans propriétaire), on ne peut parler ni d'accomplissement forcé ni de remplacement (Ersatz) pour inaccomplissement, car une dette est impossible dans ce cas, faute de débiteur. Si l'on entend par dette (Schuld) un simple Bekommensollen du créancier, on réalise ce Bekommensollen, car, dit Siber le créancier ne doit recevoir que du fonds et il reçoit réellement. Dans le cas des charges réelles (Reallast) ainsi que dans les autres cas de droits de réalisation existant à côté d'une obligation réelle, l'exécution forcée n'emporte qu'accomplissement et non remplacement (Ersatz) pour inaccomplissement. Il y a néanmoins deux cas où cela peut être douteux :

a) dans le cas du gage mobilier ou immobilier servant de sûreté à une dette illimitée d'un autre que du propriétaire de la chose gagée, c'est-à-dire dans le cas de la caution réelle (Realbürgschaft).

b) pour les charges réelles (Reallast) à prestations non pécuniaires. En effet, dit Siber, dans ces deux cas l'exécution forcée ne produit pas accomplissement forcé de la dette, mais procure un remplacement pécuniaire pour

l'inaccomplissement de celle-ci. Nous nous trouvons donc devant des cas de vraie Responsabilité. Il en résulte que pour le reste des cas groupés par les Germanistes sous le nom de Responsabilité objective on ne se trouve pas réellement devant des cas de Responsabilité, vu que par l'exécution forcée on n'obtient pas un remplacement pour inaccomplissement de la dette mais bien l'accomplissement forcé de la dette même[49].

65. — **Le problème d'une notion générale de Responsabilité.** — Siber définit de la façon suivante les notions de Dette (Schuld) et de Responsabilité (Haftung) telles qu'il croit pouvoir les dégager du B. G. B.

1. *La Dette* (Schuld) c'est le devoir qui incombe au créancier de prester, devoir muni d'action et presque toujours exécutable.

2. *La Responsabilité personnelle*[50] avec but de compensation (Ersatzzweck) c'est

a) la dette secondaire ayant pour but le dédommagement pour inaccomplissement de la dette primaire;

b) la dette de la caution.

3. *La Responsabilité objective avec but de compensation* c'est

a) l'assujettissement (Gebundenheit) du fonds par le droit de réalisation dans le cas des charges réelles à prestations non pécuniaires;

b) l'assujettissement du gage mobilier au moyen du cautionnement réel (Realburgschaft).

Devant ces résultats, Siber conclut que la différence entre rapports de responsabilité personnelle et rapports de responsabilité objective ayant le même but de rempla-

49. **Siber**, *op. cit.*, p. 124-162.
50. **Siber**, *op. cit.*, p. 163.

cement que l'ancienne Responsabilité est telle que leur réunion sous une notion générale de garantie (responsabilité) ne mènerait à aucun résultat utilisable. Cette notion pourrait correspondre à l'ancienne notion de Responsabilité mais son importance vis-à-vis de celle-ci serait réduite vu qu'elle ne serait formée que de fragments des parties composantes de la notion de Responsabilité de jadis.

Aussi préfère-t-il entendre par Responsabilité, en conformité avec le B. G. B. et en un sens restreint, seulement le devoir de dédommagement (Schadenetsatzpflicht) pour non accomplissement de la dette primaire. Ce rapport est appelé responsabilité (Haftung) par la loi même et c'est le seul rapport juridique portant ce nom pour lequel la loi contient des dispositions générales. Siber n'accepte pas la notion de Responsabilité conçue par Isay. Elle lui paraît trop large, pas apte à porter à des conclusions générales parce que réunissant des éléments trop disparates. Siber accepte toutefois en grande partie les conclusions d'Isay et notamment celles qui découlent normalement de la notion de rapport de Dette comprenant la dette primaire et la Dette de remplacement (Ersatzpflicht) pour inaccopplissement de la Dette primaire, du caractère accessoire de la Dette de la caution par rapport à la Dette principale, ainsi que du caractère accessoire du droit de réalisation par rapport à l'obligation réelle ou à la Dette personnelle[51].

66. — **Opposition entre Dette et Responsabilité dans le B. G. B.** — Siber constate que, dans le B. G. B. ainsi que dans les autres codifications allemandes, les mots Dette et Responsabilité ne représentent pas des notions opposées. En effet on désigne souvent par Responsabilité

51. **Siber**, *op. cit.*, p. 162-167.

(Haftung) la Dette (Schuld) munie d'action. Lorsque d'après ces législations on dit que quelqu'un doit (verpflichtet sei) il est bien entendu que cette obligation peut être réalisée contre lui au moyen de l'action et de l'exécution forcée, et que le débiteur a l'obligation de dédommager en cas de non-paiement. Plus encore, ajoute Siber, si l'on dit que quelqu'un répond pour une prestation sans ajouter qu'il est en même temps débiteur, cela signifie simplement que nous nous trouvons devant une obligation actionnable (klagbare Verpflichtung). On peut enfin parler d'une obligation (Verbindlichkeit) dans le cas où la Responsabilité personnelle a pour but de fournir au créancier l'équivalent (Ersatz) pour non accomplissement, c'est-à-dire dans le cas de l'obligation de dédommager, actionnable et pouvant être exécutée par la force. En effet la Responsabilité n'est autre chose qu'une Dette ayant pour but une prestation d'équivalent[52].

Nous venons d'exposer les principales parties de l'enseignement de Siber. Dans un autre ouvrage d'ailleurs[53], Siber revient sur quelques-unes des affirmations faites dans l'ouvrage résumé ci-dessus. Les modifications concernent spécialement la façon dont il conçoit la Responsabilité (qu'il considère comme le droit d'agression du créancier en cas d'inaccomplissement de la dette et non plus comme une obligation de dédommager en cas d'inaccomplissement de la Dette primaire) et les droits de gage foncier (pour lesquels il n'admet plus l'existence d'une obligation réelle non plus qu'une dette du propriétaire du fonds grevé, mais tout au plus un devoir de recevoir garanti par le fonds).

52. **Siber**, *op. cit.*, p. 169-173.
53. **Planck**, *Kommentar*, Bd. II, 1, 1.

§ 4. Opinion de Dümchen

67. — Grundpfandrechte et charges foncières. Leurs rapports avec les obligations. — Dümchen se propose d'étudier théoriquement les notions germaniques de Schuld et Haftung dans le droit allemand moderne et d'essayer leur application pratique aux charges réelles.

Nous savons que les *Grundpfandrechte* (droits de gage foncier) comprennent l'hypothèque, la dette foncière, la rente foncière. Charges réelles et droits de gage foncier se ressemblent beaucoup, car les premières se réfèrent à une prestation, les secondes à une somme d'argent. Dümchen soutient qu'il n'y a pas de différence de nature entre ces deux catégories de droits[55]. En effet, dans le droits de gage foncier et les charges réelles, nous avons à cote du droit réel une nécessité primaire de prester (primäre Leistungspflicht) de la part du propriétaire, dans le sens que, par la prestation, le propriétaire peut se soustraire aux effets de l'exercice du droit réel par le titulaire de celui-ci. Par analogie aux deux catégories de droits réels cités, Dümchen propose de distinguer dans l'obligation la nécessité personnelle de prester (persönliche Leistungspflicht) du débiteur et le pouvoir d'agression du créancier s'appliquant aux biens, quelques fois à la personne du débiteur[56].

68. — La notion de la Dette (Schuld). — Après avoir invoqué les travaux des Germanistes à l'appui de l'application de la distinction au droit allemand moderne, Dümchen a recours à Puntschart pour définir la Dette dans les termes suivants : *la dette (Schuld), c'est le devoir de prester*

54. **Dümchen**, *Schuld und Haftung insbesondere bei den Grundpfandrechten. Die Reallasten* JJ. 54 (1909), p. 354 et s.
55. **Dümchen**, *op. cit.*, p. 357 et les auteurs cités note 2.
56. **Dümchen**, *op. cit.*, p. 355-371.

(*Leistensollen*), *le devoir d'accomplir* (*Erfüllensollen*) *dans le sens qu'il incombe juridiquement au débiteur d'accomplir le rapport de dette*[57]. *C'est un ordre juridique car il s'agit dans la dette de la volonté de l'Etat s'adressant à la volonté d'un des sujets* de l'obligation. On ne peut, dit Dümchen, songer à une obligation d'une chose, non plus que faire dans l'obligation abstraction de la personne du débiteur. Les théories d'Hartmann qui voit dans l'obligation une norme en vertu de laquelle le débiteur n'est pas tenu et celle de Puntschart qui ne voit dans les dettes foncières qu'un payeur, mais non un obligé, ne peuvent pas, de l'avis de Dümchen être admises, car chaque ordre juridique suppose un destinataire.

Le contenu de cet ordre de l'Etat, de cette volonté de l'Etat dirigée sur la volonté du débiteur, ne peut être que celui que la volonté du débiteur se manifeste d'une certaine façon. Dümchen n'admet donc pas la thèse de Hartmann et de Scheurl, thèse faisant abstraction de l'action du débiteur, parce que le contenu juridique de la Dette ne consisterait que dans l'obtention d'un certain résultat économique, tandis que l'action du débiteur ne serait qu'un moyen pour arriver à ce résultat. D'après Dümchen l'action du débiteur est juridiquement le seul moyen d'accomplir la dette (Schuld). Et il y a accomplissement de la dette même si le débiteur est contraint de payer, car *voluit tamen coactus*. En échange on ne peut parler d'accomplissement (Erfüllung) de la dette lorsque le débiteur n'agit (leistet) pas lui-même et que le créancier est satisfait au moyen de l'exécution forcée. Surtout en ce qui concerne l'exécution réelle (Realexekution), et contrairement à ce que l'on affirme en général, Dümchen est d'avis

57. « Schuld ist das Leistensollen, das Erfüllensollen in den Sinne, dass es dem Schuldner rechtlich zukommt, es ihm rechtlich bestimmt wird, den Schuldvertrag zu erfüllen » (p. 371).

que le résultat de celle-ci n'est qu'un équivalent de l'accomplissement (Ersatzbefriedigung). En effet au moyen de la réalisation de la Responsabilité le créancier s'est procuré le même résultat économique que celui qu'il *attendait* par la prestation du débiteur[58]. En somme la prestation volontaire et l'exécution forcée constituent deux moyens différents pour parvenir au résultat que le créancier a en vue. Néanmoins ces deux moyens ne sont pas équivalents au point juridique vu que, du fait que la Dette contient un ordre et un devoir de prester, son accomplissement ne peut avoir lieu que par la prestation. On peut considérer comme équivalents à la prestation la *dation* en paiement, le dépôt, la compensation, celle-ci d'ailleurs seulement si elle est entreprise par le débiteur.

Dümchen affirme encore que la notion de Dette comprend aussi le devoir de payer des dommages-intérêts en cas de retard du paiement ou de l'impossibilité du paiement imputable au débiteur, vu que de tels devoirs n'emportent qu'un élargissement ou une modification de la Dette originaire.

Avant de passer à l'étude de la Responsabilité (Haftung), Dümchen envisage les droits de gage foncier en comparaison à l'obligation et observe que du point de vue de leur contenu, il n'y a aucune différence entre la Dette de l'obligation et celle des droits de gage. Il combat la théorie de la *Realobligation* embarrassée entre autres par Siber et selon laquelle dans les droits de gage mobilier et les charges réelles, la dette serait une dette du propriétaire, à accomplir dans les limites de la chose grevée (aus der Sache), c'est-à-dire au moyen de ses produits ou de son prix de vente et il considère cette théorie comme indéterminée et arbitraire[59]. En effet, dit Dümchen,

58. V. *contra*, **Siber**, *op . cit.*, p. JJ. 50, 85 et s.
59. **Dümchen**, *op. cit.*, p. 371-392.

l'ordre juridique a aussi dans ces cas en vue une manifestation de la volonté du débiteur, manifestation déterminée dans sa forme concrète. Dès lors l'origine de l'objet de la prestation est absolument indifférente tant au point de vue juridique qu'au point de vue économique.

69. — La notion de Responsabilité (Haftung). — En partant de la notion de Dette qu'on peut déterminer par la réponse aux questions *si* (ob), *comment* (was) quelque-chose doit être presté et *qu'est-ce qui* (was) doit être presté, Dümchen se demande quels sont les moyens mis à la disposition du créancier par le droit civil et la procédure, pour garantir l'ordre de prester, vu que tout devoir juridique, donc aussi la dette, doit être muni de moyens de contrainte pour son accomplissement. Avant de répondre à cette question Dümchen dit que les obligations naturelles ne peuvent être considérées autrement que comme des obligations non juridiques. En effet il considère les cas des articles 656 et 762 B. G. B. (dettes de jeu et de pari, promesse de récompense pour entremise et mariage) comme des obligations sociales, tandis que pour d'autres cas d'obligations naturelles il est d'avis que la loi n'a pas voulu relever au degré d'obligations juridiques des obligations morales d'un contenu trop incertain.

Les obligations juridiques sont pourvues d'un appareil de contrainte que Dümchen est d'avis de distinguer conceptuellement de la dette.

Deux buts sont assignés à la contrainte :

a) celui d'exercer une pression morale sur le débiteur pour l'obliger à prester ;

b) celui de tenir le débiteur indemne en cas d'inaccomplissement. Tandis que dans la prestation c'est l'activité du débiteur qui compte, dans la responsabilité c'est la créancier qui agit.

Il conçoit la responsabilité (Haftung) comme une seigneurie de la volonté (Willensherrschaft), comme un pouvoir d'agression contre l'objet responsable, pouvoir juridiquement protégé et exercé en règle générale au moyen de l'action et de l'exécution. Dans le droit moderne les résultats de l'action et de l'exécution sont différents de ce qu'ils ont été en droit romain classique. En effet, tandis qu'aujourd'hui on essaie de s'approcher le plus possible des résultats de la prestation volontaire, dans le droit romain classique on poursuivait le dédommagement pécuniaire du créancier. Conceptuellement l'opposition entre paiement volontaire et involontaire subsiste quand même, vu que dans le second cas il est obtenu par l'activité du créancier.

Le pouvoir d'agression est limité par l'appel à la force publique. Dümchen pense toutefois que cet appel n'est pas suffisant pour autoriser certains auteurs de dire que le droit d'exiger et de mettre en mouvement l'exécution n'appartient pas au droit privé. L'intervention des organes exécutifs ne signifie qu'un affaiblissement de la force du droit de nature privée, incombant au créancier, mais c'est toujours le créancier qui en reste maître, vu qu'il peut faire sister cette intervention quand il veut.

La Responsabilité se divise d'après Dümchen en Responsabilité personnelle et Responsabilité objective[60].

70. — La Responsabilité personnelle (Personenhaftung). — Si l'on peut encore remarquer dans l'obligation moderne une mise en responsabilité (Verhaftung) de la personne, c'est-à-dire un droit à la personne, ce droit se résume au droit de s'attaquer au patrimoine de la personne pour chercher satisfaction en cas de non paiement. Il y a toutefois une réserve encore à faire : on ne doit pas entendre par ce

60. **Dumchen**, *op. cit.*, p. 393-399.

qui a été précédemment dit que le patrimoine répond en dehors de la personne ou au lieu d'elle. Au contraire, explique Dümchen, lorsqu'on dit que la personne répond par son patrimoine, on considère le patrimoine comme créé par la personne, comme émanation de celle-ci. L'obligation ne doit être conçue comme un droit de garantie sur le patrimoine, considéré comme un tout separé de la personne, non plus que comme une somme de droits de garantie portant sur chacun des objets individuels le composant. On ne pourrait sans cela s'expliquer le droit du débiteur de disposer librement des objets composant son patrimoine.

L'exécution forcée porte sur les éléments du patrimoine, seulement parce qu'ils appartiennent à la personne du responsable. La personne seule répond. Elle le fait par son patrimoine, ce qui entraîne d'ailleurs une restriction du contenu de la Responsabilité.

Responsabilité patrimoniale. — Malgré la division bipartite de la Responsabilité, adoptée par Dümchen, il admet la possibilité de l'existence d'une Responsabilité patrimoniale à la place de la Responsabilité personnelle, dans les cas dans lesquels la personne manque ou disparaît, par exemple dans le cas de l'hérédité.

Dettes pour lesquelles on répond. — On peut répondre pour ses dettes propres ou pour les dettes d'autrui de sorte que responsables personnellement pour une dette peuvent être le débiteur ou un tiers.

1. Le débiteur répond toujours personnellement pour ses dettes. Dümchen cite une exception : celle de la traite non acceptée. Avant l'acceptation le débiteur, le tiré, devrait, mais ne pourrait être actionné. Il devrait donc, mais ne serait pas responsable.

2. La caution répond pour la dette d'autrui. Avec Siber et à l'exemple d'Amira et de Puntschart pour le droit

germanique, Dümchen admet qu'il s'agit ici aussi en droit allemand moderne d'une Responsabilité sans Dette correspondante[61].

71. — Responsabilité objective. — La Responsabilité objective comprend les droits de gage sur les choses (Sachpfandrechte) et les charges réelles qui tous sont des droits réels. La Responsabilité objective vise, par le fait que la chose appartient à une personne, la propriété de celle-ci sur cette chose et par cela son patrimoine. Il n'en résulte pas, dit Dümchen, qu'il s'agit d'une Responsabilité limitée de la personne ou du patrimoine, mais que l'étendue de cette Responsabilité est déterminée par la chose. La Responsabilité objective comprend le droit de provoquer l'aliénation de l'objet responsable. Elle envisage la chose par rapport à sa capacité d'être aliénée, donc dans ses rapports patrimoniaux. Tandis que la Responsabilité personnelle envisage la possibilité patrimoniale positive, c'est-à-dire la possibilité d'une personne d'avoir un patrimoine, la Responsabilité objective envisage la possibilité patrimoniale négative, c'est-à-dire la possibilité d'une chose d'appartenir à un patrimoine. Il convient d'ajouter que Dümchen considère avec Siber, le droit de gage comme un droit réel unitaire à la chose, droit qui est indépendant de la personne du propriétaire de cette chose[62].

72. — Rapports entre Dette et Responsabilité. — Toute Responsabilité existe en vue d'une Dette, en vue d'assurer pour le cas où ce serait nécessaire, l'accomplissement de celle-ci. Dümchen en conclut qu'il ne peut y avoir de Responsabilité avant la naissance de la Dette et qu'elle ne peut persister après l'extinction de celle-ci. C'est un premier

61. **Dümchen**, *op. cit.*, p. 403-409.
62. **Dümchen**, *op. cit.*, p. 410-414.

point de désaccord avec Isay. Le second point de désaccord, c'est la possibilité de devoir à une personne et de répondre à une autre. Isay avait admis cela pour le *Treuhânder* (fiduciaire). Dümchen n'admet pas cette séparation des sujets des deux rapports de dette et de responsabilité. Pour le cas de l'exécution testamentaire invoqué par Isay, il répond que l'exécuteur testamentaire peut non seulement faire valoir la responsabilité, mais aussi disposer de la substance de la dette. Les limites qui lui sont assignées spécialement quand à la durée de son droit signifient seulement qu'il n'a pas un droit complet, mais bien un droit limité.

Dümchen conclut par la constatation que la Responsabilité est dépendante de la Dette en tant qu'elle lui est accessoire[63].

73. — Application de la Distinction aux charges réelles. — Cette partie de l'ouvrage de Dûmchen ne nous étant pas nécessaire dans sa totalité, nousne ferons que résumer quelques parties intéressant notre travail.

Dümchen commence par déterminer la notion de charges réelles (Reallasten). Elles ont en vue, dit-il, des prestations se répétant. Ces prestations, équivalentes, forment un tout qu'on appelle *Reallast*. La Reallast n'est pas la somme de plusieurs prestations, mais bien une dette (Verbindlichkeit) unique se divisant sans cesse quant à son efficacité et s'épuisant en prestations périodiques. Ces prestations périodiques ne sont que les manifestations alternatives de la dette unitaire. Dans cette définition Dümchen suit Gerber[64]. L'unité de la *Reallast* se manifeste spécialement dans la vente forcée, dans laquelle on substitue en argent la valeur

63. **Dumchen**, *op. cit.*, p. 415-416.
64. **Gerber**, *Deutsches Privatrecht* 16, p. 275, 14 et p. 277.

de toute la charge. La charge réelle ne peut être limitée à une seule prestation, mais en échange on peut limiter sa durée.

Les prestations doivent avoir un contenu positif, mais pour ce contenu le B. G. B. ne prescrit pas d'autres limitations de sorte qu'il peut être des plus variés. Ces prestations ne doivent pas incomber à une personne individuellement déterminée. Lorsque le B. G. B. dit que les prestations doivent être acquittées sur le fonds, cela ne veut pas dire, soutient Dümchen, qu'elles doivent être prises sur le fonds, sur ses produits, ou par la mise en culture du fonds mais au contraire que c'est le fonds qui répond.

Dans les dettes foncières, Dümchen distingue aussi, comme nous l'avons vu, la Dette de la Responsabilité[65].

Comme pour l'hypothèque c'est le fonds, avec ses produits et ses accessoires, qui constitue l'objet de la Responsabilité. Cette Responsabilité n'est pas limitée aux prestations individuelles, mais persiste pour la charge comme tout. L'étendue de la Responsabilité dépend de celle de la Dette. Plus encore, la réalisation de la Responsabilité au moyen de l'action, détermine une augmentation de la Dette garantie par ce gage, vu qu'elle englobe aussi les frais du procès. La Dette des *Reallasten* peut être garantie à côté de la responsabilité du fonds par une responsabilité personnelle (caution) ou par une responsabilité objective (gage). On peut avoir, à côté de la Dette de charge réelle, une autre Dette munie de responsabilité personnelle ou objective.

Dümchen conclut que la distinction entre Dette et Responsabilité doit nécessairement être appliquée à l'institution des charges réelles, cette Distinction étant néces-

65. **Dümchen**, *op. cit.*, p. 421-446,

saire à la conception théorique de l'institution ainsi qu'à la compréhension de sa conformation pratique[66].

§ 5. Théorie de Schwerin[67].

74. — Problème de l'application de la Distinction au Droit moderne. — Si pour le droit ancien un accord presque complet règne parmi les historiens du droit au sujet de l'existence dans ce droit de la distinction entre Dette et Responsabilité, l'application de la même Distinction au droit moderne a suscité, comme on l'a si souvent répété, de vives discussions. Aux deux principales fins de non recevoir invoquées par les adversaires de l'application en droit moderne de cette Distinction :

1° que Dette et Responsabilité dans le sens germanique ne sont pas connues par la loi moderne ;

2° que la Distinction est inutile, vu qu'en règle générale qui doit répond aussi.

Schwerin répond :

1° Que des notions juridiques peuvent certainement exister sans qu'une expression claire correspondante figure dans la terminologie juridique ;

2° Que la connaissance insuffisante de ces notions est le vrai motif de leur inapplication.

Aussi commencera-t-il son ouvrage en étudiant séparément les notions de Dette et de Responsabilité[68].

75. — La dette (Schuld). — Schwerin entre en matière en citant une définition de Gierke selon laquelle d'après la doctrine de *Schuld* et *Haftung*, un devoir (Sollen) est l'expression désignant l'établissement au moyen d'une prestation (Leistung) effectuée en temps et lieu dus, d'un

66. **Dümchen**, *op. cit.*
67. **Schwerin**, *Schuld und Haftung im geltenden Recht*, 1911.
68. **Schwerin**, *op. cit.*, p. 6.

résultat correspondant au droit objectif[69]. Il explique que selon cette définition, si A preste quelque chose à B et si cette prestation repose sur un « Sollen », il résulte que l'ordre juridique doit protéger B contre A dans l'accomplissement de la prestation. Le droit protège la situation juridique devant découler d'une action correspondant au contenu de la dette (Sollinhalt).

Schwerin en déduit que le devoir (Sollen) est en premier lieu un devoir de recevoir (Bekommensollen), que la dette, est une dette de créancier (Glaubigerschuld), que donc le débiteur peut manquer. Et le fait que pour beaucoup de législations la personne de laquelle le débiteur reçoit et doit recevoir est indifférente, serait une preuve dans le sens de cette affirmation.

Le devoir (Sollen) peut aussi être un devoir de prester (Leistensollen), et l'est aussi souvent. Dans ce cas le *Leistensollen* est corrélatif au *Bekommensollen*. Le droit protège autrement la prestation de celui qui se trouve en devoir de prester que celui qui ne l'est pas. Et il y a toujours un débiteur de prester (Leistensollender) lorsque la loi désigne une personne à la prestation.

Schwerin souligne que l'idée de contrainte doit toujours être tenue loin de la dette (Schuld) et à ce propos, pour répondre à Siber, il reconnaît que le manque de toute réaction juridique en ce qui concerne l'inaccomplissement d'un ordre (Gebot) est un signe péremptoire de l'inexistence d'un ordre juridique (Rechtsgebot), et qu'en effet le devoir de prester (Leistensollen) n'est même pasunordre[70].

76.— La Responsabilité (Haftung). — Du moment qu'il est conforme au droit que lors de l'existence d'une dette (Schuld), le créancier reçoive la prestation, il est normal que

69. **Schwerin**, *op. cit.*, p. 6.
70. **Schwerin**, *op. cit.*, p. 6-8.

le droit ait les moyens de remédier aux résultats de l'inaccomplissement de la dette. Ces moyens sont fournis par la Responsabilité (Haftung), celle-ci étant par son essence un devoir de répondre, de garantir (Einstehenmüssen) pour la prestation inaccomplie, d'où la conclusion logique que la réalisation de la Responsabilité ne mène jamais qu'à un remplacement, à un équivalent (Ersatz) de la prestation. Cet équivalent, c'est une satisfaction (Genugtuung) pour l'inaccomplissement de la prestation.

Schwerin, de même que les auteurs déjà cités, soutient que la Responsabilité existe déjà avant l'échéance, sous la forme d'un assujettissement(Bindung, Gebundenheit) de l'objet responsable. Grâce à la Responsabilité, le créancier a un droit d'agression (dirigé dans les temps les plus anciens même contre la personne physique du débiteur), en vertu duquel il obtient satisfaction pour inaccomplissement de la prestation. Schwerin reconnaît aussi que d'après l'objet sur lequel elle porte, la Responsabilité peut être personnelle ou objective, la Responsabilité personnelle s'exerçant dans le droit moderne seulement sur le patrimoine considéré comme une émanation de la personne.

La Responsabilité limitée est pour Schwerin aussi une Responsabilité personnelle ne comprenant pas le patrimoine entier mais un complexe patrimonial non identique au patrimoine et dont la succession offre un exemple. La Responsabilité limitée ne doit pas être confondue avec la Responsabilité objective; d'ailleurs ajoute Schewerin, ces cas de différence entre l'étendue du devoir (Sollen) et celle de la Responsabilité sont une preuve de la diversité de ces deux éléments[71].

77. — Rapports entre Dette et Responsabilité. — Il résulte des notions de Dette et de Responsabilité que la

71. **Schwerin**, *op. cit.*, p. 9-11.

Responsabilité suppose la Dette qui est en même temps son fondement: on ne répond pas parce qu'une Dette existe, mais à cause d'une Dette. On en déduit qu'on n'a *pas de Responsabilité sans Dette*, ce qui n'empêche d'ailleurs pas la possibilité d'une Responsabilité établie en vue d'une dette future. Du fait que l'existence de la Responsabilité n'est pas essentielle pour l'existence de la Dette, il en résulte la possibilité d'existence de *Dettes sans Responsabilité*, la Dette s'épuisant dans le devoir. Et ces Dettes sans Responsabilité peuvent être constituées ou bien d'un simple devoir de recevoir (Bekommensollen), ou d'un devoir de recevoir (Bekommensollen) uni à un devoir de prester (Leistensollen). Une Dette ne doit pas être nécessairement munie de la Responsabilité personnelle du débiteur; on peut en effet, dit Schwerin, répondre personnellement pour sa propre dette ou pour la dette d'autrui de même qu'une chose peut répondre pour la dette de son propriétaire ou pour celle d'un tiers[72].

78. — Application de la distinction au droit moderne. — Schwerin considère les notions de Dette et de Responsabilité ci-dessus établies, ainsi que leurs conséquences comme *postulatum de lege ferenda* en se demandant si ce postulat a été réalisé dans le droit allemand moderne. Il est incontestable, poursuit-il, que la Distinction énoncée ci-dessus est tout aussi propre au droit moderne allemand qu'à tout autre droit, vu qu'elle constitue la base de tout droit des obligations, sans laquelle un tel droit est inconcevable.

Si l'on pouvait donc prouver que la Distinction était utilisable constructivement et systématiquement en droit moderne allemand, il serait *per a contrario* prouvé que la distinction est connue en droit moderne par son essence sinon par la terminologie.

72. **Schwerin**, *op. cit.*, p. 12.

Schwerin croit en plus qu'il est nécessaire de poursuivre en droit allemand moderne une distinction propre au droit ancien, parce que des institutions de ce droit basées sur la distinction entre Dette et Responsabilité ont passé presque sans changement dans le droit moderne, ce qui mène à la question de savoir si ces institutions ont passé dans le droit moderne avec ou sans leur ancien fondement juridique. Dans ce qui suit Schwerin fera abstraction de la terminologie, parce que le droit moderne n'est pas sciemment construit sur la distinction entre Dette et Responsabilité[73].

79. — La notion d'obligation du B. G. B. — La Dette (Schuld) dans le sens indiqué et le rapport de dette (Schuldverhâltnis) de l'art. 241 B. G. B. sont deux choses bien différentes, car le Schuldverhâltnis ne suppose pas seulement un débiteur, ne contient pas seulement une dette, maisaussi une responsabilité (Haftung). En règle générale la personne qui exécute la prestation n'a pas d'importance, ce qui prouve qu'aussi dans le droit moderne le devoir de recevoir, *le Bekommensollen* est l'élément primordial de la dette. Le *Bekommensollen* est conforme au droit lorsque la personne qui a reçu la prestation n'est pas considérée comme enrichie sans ceause. Une autre preuve de l'importance qu'a dans le droit moderne le *Bekommensollen*, c'est l'existence de devoirs du créancier (Glâubigerschulden) sans devoir correspondant du débiteur (Schuldnerschuld).

Grundschuld. — Un tel cas nous est fourni par la dette foncière pour laquelle l'existence d'une personne devant recevoir est certaine, mais pour laquelle manque la personne devant prester. La dette du créancier est assurée par la Responsabilité objective du fonds. C'est sur ce point que Schwerin est d'accord avec Gierke. Quant à la dette réelle

73. **Schwerin**, *op. cit.*, p. 12-13.

(dingliche Schuld) que Gierke fait surgir dans le droit moderne à la charge des propriétaires successifs du fonds, Schwerin ne l'accepte pas, non pas parce qu'inconcevable théoriquement, mais parce que ne correspondant pas à la réglementation de l'institution de la *Grundschuld* par le B. G. B. D'après Schwerin la dette foncière nous apparaît donc comme le cas typique d'un devoir de recevoir (Bekommensollen), c'est-à-dire d'une simple *Glâubigerschuld* munie de Responsabilité objective. Grâce à cette explication, dit-il, on voit comment le propriétaire du fonds *peut* payer sans toutefois être débiteur. Cette explication de Schwerin pourrait être acceptée d'emblée si l'art. 1146 B. G. B.[74] parlant de la demeure du créancier n'existait pas. Pour lever la difficulté, Schwerin explique que la mise en demeure est aisément admissible pour un devoir de recevoir (Bekommensollen) sans devoir de prester correspondant, de même qu'il explique aussi la mise en demeure du propriétaire par l'intérêt que celui-ci aurait de payer, pour préserver la propriété de son fonds. C'est d'une telle mise en demeure qu'il s'agit selon Schwerin dans l'art. 1146 B. G. B. La réalisation de la Responsabilité se produit au moyen d'une action contre le propriétaire du fonds. Seulement, elle n'est pas dirigée contre le propriétaire du fonds en paiement, mais en tolérance de l'exécution forcée.

Rentenschuld; *Reallast.* — Schwerin interprête de la même façon les rentes foncières ainsi que les charges réelles, c'est-à-dire qu'il les considère comme des dettes de créancier (Glaubigerschulden) garanties par une Responsabilité réelle.

Dans les autres cas, en règle générale donc, Schwerin reconnaît que le Bekkommensollen est accompagné d'un Leistensollen, c'est-à-dire qu'à la dette du créancier cor-

74. *Art.* 1146, *B. G. B.* — Lorsque le propriétaire se trouve dans les conditions qui, pour un débiteur, constituent la demeure, le créancier a le droit de prendre sur l'immeuble les intérêts moratoires.

respond une dette du débiteur celui-ci devant prester, le créancier devant recevoir et la prestation du débiteur ne pouvant pas être considérée comme une donation vis-à-vis du créancier[75].

80. — Conséquences de l'inaccomplissement de la prestation. — L'inaccomplissement de la prestation emporte dans le droit moderne la possibilité d'une agression contre le patrimoine du débiteur ou contre une chose du débiteur liée à la manière d'un gage. Mais cette agression n'est autre chose que la réalisation de la Responsabilité. C'est le moment pour Schwerin de se demander ce qu'on obtient par la réalisation de la Responsabilité : un équivalent ou l'accomplissement de la prestation même. Siber soutient que l'exécution ne procure de nos jours un équivalent (Ersatz) de la dette primaire que dans les cas d'impossibilité d'accomplissement de la dette primaire ou dans les cas de retard d'accomplissement; il n'y aurait donc de Responsabilité que dans ces deux cas. Dans les autres cas la procédure moderne serait assez habile pour procurer au créancier, par contrainte, la prestation même. Schwerin réplique qu'il ne faut pas confondre le point de vue économique avec le point de vue juridique. Si par l'exécution forcée on obtient pour le créancier le même résultat économique qu'il aurait eu par la prestation volontairement effectuée, il n'en est rien au point de vue juridique. Et d'abord il y a des modalités du devoir se manifestant par le temps et le lieu de la prestation. Avec Bierling, Schwerin dit à ce propos que ce qui devait arriver n'est pas arrivé si la prestation n'a pas été effectuée en lieu et temps dus. Du moment qu'il n'y a plus de prestation, on ne peut parler que d'un équivalent obtenu par l'exécution.

En second lieu, la dette du créancier, la *Glaubigerschuld*, est un devoir de recevoir (Bekommensollen) par la presta-

75. **Schwerin**, *op. cit.*, p. 14-20.

tion, qui est l'élément essentiel de la dette. L'exécution forcée n'est pas une prestation. Il en résulte que la satisfaction du créancier au moyen de l'exécution n'est pas la même chose que la satisfaction au moyen de la prestation, même si économiquement les résultats sont égaux. L'exécution ne procure qu'un dédommagement pour cause d'inaccomplissement[76].

81. — *Manifestation de la responsabilité*[77]. — Le droit d'agression conféré en cas de non-paiement de la dette contre le patrimoine ou la chose responsables, n'est pas la seule manifestation de la Responsabilité en droit moderne. Elle se manifeste aussi dans un assujettissement antérieur de la personne ou de la chose responsables, assujettissement assurant le pouvoir d'aggession dont nous avons parlé ci-dessus. C'est grâce à cet assujettissement que le créancier peut attaquer certains actes du débiteur préjudiciables à ses intérêts.

82. — **Cas de responsabilité objective en droit allemand moderne.** — On peut voir la façon d'appliquer la distinction entre Dette et Responsabilité en droit allemand moderne en étudiant les droits de gage et les charges réelles qui sont présentés comme des cas de Responsabilité objective.

a) Le cas typique de Responsabilité objective, c'est l'*hypothèque*, en vertu de laquelle le créancier reçoit un droit d'agression contre un fonds, droit à exercer lorsque la dette n'est pas accomplie et la réalisation de cette Responsabilité étant épuisée lorsque le créancier reçoit satisfaction sur la chose hypothéquée. Dans ce cas, de même que pour le gage, il y a normalement une double Responsabilité : celle de la chose et à côté d'elle la Responsabilité personnelle du débiteur.

76. **Schwerin**, *op. cit.*, p. 21-22.
77. **Schwerin**, *op. cit.*, p. 23.

b) Schwerin considère le droit de rétention comme un cas spécial de Responsabilité objective. La chose confère seulement par sa possession satisfaction pour inaccomplissement de la dette.

c) Tandis que pour l'hypothèque et pour le gage mobilier on se trouve devant une Responsabilité objective jointe à une Responsabilité personnelle, la dette foncière (Grundschuld), la rente foncière (Rentenschuld) et la charge foncière (Reallast) sont des cas où l'on constate seulement un droit d'agression sur les choses respectives, donc une pure Responsabilité objective sans Responsabilité personnelle correspondante.

d) Le droit maritime nous montre d'autres cas de pure Responsabilité objective dans la responsabilité du navire et du fret pour certaines créances du créancier du navire par exemple; on imagina pour cette Responsabilité une obligation réelle correspondante, mais Pappenheim a démontré qu'il ne s'agissait que d'une pure Responsabilité objective. Il y a d'ailleurs d'autres cas en droit maritime allemand où à la Responsabilité objective est jointe une Responsabilité personnelle de l'armateur; il en est ainsi pour la créance de salaire des marins, assurée par une Responsabilité du fret et la Responsabilité personnelle du débiteur.

e) Une pure Responsabilité objective se rencontre, dit Schwerin, aussi dans le cas d'un contrat de prêt contre gage (Versatzgeschäfte), en vertu duquel le créancier n'a pas d'action en restitution de la somme prêtée, mais seulement un droit de se satisfaire sur la chose.

C'est de l'analyse des cas cités qu'on peut déduire, dit Schwerin, la vraie nature du droit de rétention, des droits de gage, des charges réelles. Les droits naissant du gage et des charges réelles, malgré leur caractère absolu, ne sont pas des droits réels, parce que ne donnant pas un droit

indépendant d'agir sur le corps de la chose. Et c'est ici que le droit de rétention se rapproche des droits de gage et des charges réelles, car celui-là comme ceux-ci n'est qu'un droit de Responsabilité objective[78].

83. — Responsabilité personnelle. — Malgré la manière défectueuse suivant laquelle l'art. 241 B. G. B. exprime le fait que normalement le débiteur répond aussi personnellement il ne faut pas, dit Schwerin, en déduire l'inexistence de la distinction entre Dette et Responsabilité en droit allemand moderne, déduction qu'on ne pourrait faire même si l'existence de la Responsabilité personnelle du débiteur à côté de la dette de celui-ci ne subissait aucune exception.

De par sa nature même, continue Schwerin, la Responsabilité personnelle du débiteur est souvent une Responsabilité pour dette future. Dans les dettes à terme par exemple il n'y a jusqu'au terme ni Leistensollen ni Bekommensollen, mais seulement une Responsabilité[79].

84. — *Dette sans Responsabilité. Responsabilité sans Dette.* — *a*) En se demandant si, dans le droit allemand moderne, on trouve encore des Dettes sans Responsabilité ou des Responsabilités sans Dette propre, Schwerin aborde en premier lieu la situation de la caution, considérée, nous venons de le voir, pour des raisons historiques par Isay et Dümchen comme répondant pour une dette d'autrui, c'est-à-dire comme un cas de Responsabilité sans Dette. Strohal n'avait pas admis cette opinion du fait que selon lui, l'exécution forcée procurait au créancier ce qui lui était dû, mais, explique Schwerin, il paraît que la majorité des auteurs s'accorde pour dire que la caution n'accomplit pas la dette principale. Dans la construction du cautionnement

78. **Schwerin**, *op. cit.*, p. 24-29.
79. **Schwerin**, *op. cit.*, p. 29-31.

comme cas d'assujettissement pour dette étrangère, Schwerin se heurte à la difficulté mentionnée déjà : la caution est d'après l'opinion dominante aussi sujet de dette même si après, elle répond pour sa dette propre, différente de cette du débiteur principal. Et Schwerin qui considère le cautionnement comme un cas de Responsabilité sans dette, de répondre :

1. Que même si les choses en étaient là que donc la caution aurait une dette propre, différente de celle du débiteur principal et pour laquelle elle répondrait, cela ne prouverait qu'une chose : que la conformation de l'équivalent fourni par la caution en cas d'inaccomplissement de la dette principale, était différente de celle des autres cas de Responsabilité. Que d'autre part, ce fait ne pouvait jeter aucun doute sur la situation juridique de la caution d'être assujettie pour dette étrangère, non plus que sur le caractère d'équivalent de sa prestation (Einstandschakter der Bürgenleistung).

2. L'état d'assujettissement caractéristique de la responsabilité est prouvé par ce que l'échéance de la prestation de la caution ne survient jamais avant l'échéance de la dette principale.

3. Enfin, une autre preuve pour l'état de responsabilité de la caution nous est fournie par le fait que plusieurs textes du B. G. B. assimilent, quant à leur essence juridique, le gage à la caution et réciproquement[80].

Avec Isay, Schwerin groupe parmi les cas de Responsabilité sans Dette le cas de l'article 778 B. G. B.[81] et la clause du croire du droit commercial[82].

80. V. art. 232, 233, 1137 B. G. B.

81. *Art.* 778 *B. G. B.* « Wer einen anderen beauftragt, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung einen Dritten Kredit zu geben, haftet dem Beauftragten für die aus der Kreditgewährung entstehende Verbindlichkeit des Dritten als Bürge ».

82. **Schwerin**, *op. cit.*, p. 31.

b) Les obligations naturelles apparaissent à Schwerin comme des cas de Dettes sans Responsabilité correspondante. *Jeu et pari.* On sait déjà que la loi allemande nous dit qu'on n'établit aucune *Verbindlichkeit* par le jeu ou le pari, mais qu'on ne peut pas répéter le paiement volontaire de ce genre de dettes. En somme on peut dire que dans ces cas il est conforme au droit que le créancier reçoive la prestation, mais s'il ne la reçoit pas la loi ne lui accorde aucun remplacement.

Siber a objecté que les dettes de jeu n'étaient que des devoirs de convenance et que c'était à cause de cela qu'on ne pouvait répéter le paiement. Schwerin explique d'ailleurs que le refus par la loi de reconnaître dans ces cas une obligation au sens de l'art. 241 B. G. B., ne signifie pas qu'il n'y a pas une Dette au sens de *Bekommensollen.* La question de savoir s'il s'agit ici d'un devoir de convenance ou d'un devoir juridique n'est pas bien posée, car dans notre cas il s'agit de savoir si nous nous trouvons ou non devant un devoir de recevoir du créancier, devoir de recevoir qui ne consiste que dans l'exclusion de la *condilio indebili.* Et ce point, dit Schwerin, ne fait aucun doute : la dette de jeu est un pur devoir de recevoir. De la même manière il faut considérer aussi les dettes de pari, la récompense promise pour entremise de mariage et les autres obligations naturelles de la même catégorie.

Le B. G. B. admet toutefois que les droits de gage et les hypothèques persistent même après la prescription des obligations pour lesquelles ils ont été constitués. Ce sont des cas où la Responsabilité personnelle pour une dette peut disparaître tandis que la Responsabilité objective constituée pour la même dette persiste[83].

85. — Responsabilité limitée. — La distinction entre Dette et Responsabilité est importante parce qu'elle ex-

83. **Schwerin**, *op. cit.*, p. 31-35.

plique aussi les cas de dettes avec responsabilité limitée. Schwerin cite comme cas typique la Responsabilité limitée de l'héritier, ensuite celle du cessionnaire de patrimoine (art. 419 B. G. B.), celle du mari après la division des biens communs (art. 1480 B. G. B.) etc.[84]. En échange il ne considère pas le cas d'abandon du droit maritime parmi les dettes à Responsabilité limitée. Quant à leur durée respective, Schwerin reconnaît aussi la possibilité de différences entre la durée du rapport de dette et celle du rapport de responsabilité. La Responsabilité peut exister avant la dette (caution pour dette future art. 765-2, B. G. B.; gage pour dette future, art. 1304-2 B. G. B. hypothèque pour dette future, art. 1113-2 B. G. B.); — elle peut être constituée après la naissance de la dette (gage constitué après coup) ou s'éteindre avant la dette (la caution temporaire, art. 777 B. G. B.)[85].

86. — **Conclusion de Schwerin.** — De l'exposé ci-dessus Schwerin conclut que la distinction entre Dette (Schuld) et Responsabilité (Haftung) peut utilement être appliquée à l'explication de bon nombre d'institutions qui ne sont

84. *Art.* 419. *B. G. B., al.* 1 *et* 2. Si quelqu'un, par contrat, reprend le patrimoine d'un autre, les créanciers de celui-ci peuvent, à partir de la conclusion du contrat et indépendamment de l'engagement du précédent débiteur, lequel se trouve maintenu, faire valoir également contre celui qui a repris le patrimoine les prétentions qui leur appartenaient au moment du contrat.

L'engagement de celui, qui a repris le patrimoine se restreint au montant du patrimoine repris par lui, en y ajoutant les prétentions qui peuvent lui appartenir du chef du contrat d'acquisition. Lorsque le reprenant invoque cette restriction de son engagement, il y a lieu de faire application correspondante des dispositions des articles 1990 et 1991, établies en ce qui touche l'engagement de l'héritier.

Art. 1480 *B. G. B.* Lorsqu'un engagement de communauté n'est pas réglé avant le partage du bien de communauté, celui-là même des époux est tenu personnellement envers le créancier, comme débiteur solidaire, qui n'était pas tenu de cette manière à l'époque du partage. Sa responsabilité se restreint aux objets qui lui sont attribués par le partage. Les dispositions des articles 1990, 1991, établies relativement à la responsabilité de l'héritier reçoivent application correspondante.

85. **Schwerin**, *op. cit.*, p. 36-38.

pas convenablement expliquées jusqu'à présent (dette foncière, rente foncière) et que l'application de la Distinction à la construction d'autres institutions ne rencontre pas de notables difficultés.

Isay s'était demandé à quelles règles étaiert soumis les rapports de responsabilité et il avait demandé dans une législation future un paragraphe spécial pour ces rapports. Schwerin répond en remarquant que les cas de Responsabilité admis par la loi moderne sont aussi immédiatement réglementés par celle-ci. On devrait donc seulement compléter cette réglementation avec les règles qui découlent encore de la notion de Responsabilité et des rapports entre Dette et Responsabilité.

Aussi n'est-il pas d'accord avec Isay, qui admet que les dispositions générales concernant les obligations sont applicables aux rapports de responsabilité. Cette application ne pourrait être admise, dit-il, que si le legislateur avait eu conscience de la distinction entre Dette et Responsabilité et avait considéré la Responsabilité comme un cautionnement.

Schwerin est enfin d'avis qu'on devrait grouper au point de vue systématique les rapports de Dette avec ceux de Responsabilité en les étudiant sous le nom de *Droits des obligations ou Droits des Dettes et des Responsabilités.* Cette proposition est d'après l'aveu même de Schwerin, le premier essai de systématisation du droit moderne sur la base de la distiction entre Dette et Responsabilité. Nous transcrivons aussi ci-dessous, à titre d'exemple, un abrégé du schéma de systématisation que publie Schwerin[86] :

Première partie : Théorie générale :

Ire section : Bases de l'obligation. 1. La Dette; 2. La Responsabilité; 3. Rapports entre Dette et Responsabilite.

IIe section : La Dette en particulier : 1. Naissance de la

86. **Schwerin**, *op. cit.*, p. 40 et s,

Dette; 2. Contenu de la Dette; 3. Extinction de la Dette.

IIIe section : La Responsabilité en particulier : 1. Contenu de la Responsabilité et formes dans lesquelles elle se présente; 2. Naissance de la Responsabilité.

Deuxième partie : Obligations particulières.

§ 6. — Théories de Strohal[87].

87. — Dans son article sur la reprise de dette publié en 1910, Strohal consacre un chapitre à la distinction entre Dette et Responsabilité, en y exposant ses vues personnelles afin d'utiliser cette Distinction pour combattre la thèse communément admise selon, laquelle la reprise de dette (Schulduebernahme) serait une succession à titre particulier à la dette. L'article de Strohal a soulevé de vives oppositions parmi lesquelles il convient de mentionner celles de Gierke, de Hellmann, et de Knoke, auxquelles Strohal a répondu dans un autre article intitulé : « Schuldpflicht und Haftung ». Il y a précisé ses vues concernant les notions de Dette et de Responsabilité. Nous allons résumer les deux articles de Strohal et les critiques de Gierke comme ayant le plus trait aux deux notions nous intéressant.

I. Thèse de Strohal.

88. — **Le devoir de recevoir** (**Bekommensollen**). — C'est dans le chapitre intitulé : « L'enseignement germanistique concernant la Dette et la Responsabilité. Essai de leur mise en valeur dogmatique », faisant partie de sa « Schuldübernahme » que Strohal aborde l'étude de la distinction entre Dette et Responsabilité. Nous ne reproduirons pas

87. **Strohal**, *Schuldübernahme*, JJ. 57, 1910, p. 231, *Schuldpflicht und Haftung*, 1914, v. aussi **Gierke**, *Schuldnachfolge und Haftung*, insbesondere Kraft Vermögensübernahme, 1910; **Knoke**, *Die Sondernachfolge in die Schuld bei der befreienden Schuldübernahme* JJ. 60, 1912, p. 407-466,

88. **Strohal**, *Schuldübernahme*, p. 275 et s,

l'introduction historique dans laquelle Strohal mentionne l'importance pour la distinction entre Dette et Responsabilité des travaux de Brinz, d'Amira, de Puntschart et d'autres auteurs déjà connus; ce qui nous intéresse, c'est la façon dont il conçoit les notions de *Dette* et de *Responsabilité.*

La doctrine germanistique admet une dette du côté du créancier (Gläubigerschuld) ainsi qu'une dette du côté du débiteur (Schuldner-Schuld). De ces deux dettes, c'est la dette du créancier qui attire le plus l'attention de Strohal et il la considère comme un devoir de recevoir éventuel du créancier, devoir propre à former la base d'une Responsabilité[89]. D'ailleurs Strohal ajoute immédiatement que pour compendre tous les cas de devoirs de recevoir de dettes du créancier, il faudrait parler avec Amira et Puntschart plutôt *d'un résultat juridiquement déterminé mis en vue du créancier*[90].

Dogmatiquement le devoir de recevoir a, d'après Strohal, une grande importance. Dans le droit moderne l'objet de ce devoir de recevoir est autrement envisagé qu'en ancien droit allemand dans lequel on pouvait devoir quelque chose (le convol par exemple) qui d'après notre droit ne peut faire l'objet d'un rapport de droit. Dans l'enseignement germanistique chaque Responsabilité (Haftung) suppose l'existence non seulement d'un créancier devant recevoir, mais aussi d'un débiteur devant prester, quoique Dette du débiteur et Responsabilité pour la prestation soient choses différentes. Strohal doute de l'exactitude de cette affirmation pour l'ancien droit allemand, il la repousse pour le droit allemand moderne, du moins pour les

89. **Strohal**, *op. cit.*, p. 278 « ein zugunsten einer bestimmten Person (des Gläubigers) rechtlich bestimmtes eventuelles Bekommensollen, das geeignet ist, die Grundlage einer Haftung zu bilden ».

90. *Ibid.*, « *ein* dem Gläubiger in Aussicht gestellten rechtlich bestimmten Erfolg ».

cas de Responsabilité objective. En effet il ne voit pas pour les cas de pure responsabilité objective, la nécessité d'admettre à côté du devoir de recevoir (Bekommensollen) juridiquement déterminé du créancier, un devoir de prester du débiteur. Comme preuve Strohal cite le cas suivant : une personne emprunte une somme d'argent et donne au prêteur un objet en gage en stipulant qu'*elle a seulement le droit de reprendre son gage moyennant paiement*; par cela, la personne en question n'est pas sujet d'un devoir de prester (Leistensollen), tandis que le prêteur est sujet d'un devoir de recevoir muni d'une pure Responsabilité objective.

D'ailleurs dans les cas de pure Responsabilité objective, (c'est-à-dire de Responsabilité objective non accompagnée de Responsabilité personnelle) la perte de la chose entraîne extinction du devoir de recevoir (Bekommensollen) du créancier[91].

89. — Pure responsabilité objective. — Strohal admet dans le droit allemand actuel comme cas principaux de pure responsabilité objective :

a) La dette foncière (Grundschuld, art. 1191 B. G. B.);

b) La rente foncière (Rentenschuld, art. 1199, B. G. B.);

c) Les charges réelles (Reallasten, art. 1105, B. G. B.), lorsqu'en vertu de l'art. 1108 B. G. B. une Responsabilité personnelle du propriétaire du fonds pour les prestations échues est exclue conventionnellement[92].

Dans ces cas, Strohal ne voit qu'un devoir de recevoir (Bekommensollen) assuré par la Responsabilité du fonds. Il ne voit pas de devoir de prester (Leistensollen) correspondant au Bekommensollen du créancier, Leistensollen qu'il considère d'ailleurs comme complètement superflu

91. **Strohal**, *op. cit.*, p. 278-283.

92. Voir pour un cas spécial où l'hypothèque peut aussi être considérée comme pure Responsabilité objective, **Strohal**, *op. cit.*, p. 283.

pour ces cas. Il est vrai, dit Strohal, que Schwind et Gierke[93] admettent pour motiver l'existence de la Responsabilité un devoir de prester (Leistensollen) du côté du propriétaire du fonds. Il maintient quand même sa thèse, car, dit-il, l'existence d'un propriétaire du fonds est indifférente pour l'existence de la Responsabilité. Lorsque le propriétaire du fonds n'existe pas, le créancier fait valoir sa Responsabilité au moyen d'une action contre le représentant à nommer conformément à l'article 58 Proc. civ. all. Ce représentant ne représente personne qui puisse être considéré comme débiteur. Ensuite, la Responsabilité du fonds, dit Strohal, persiste même lorsque le créancier assuré par la Responsabilité du dit fonds en devient le propriétaire. Dans ce cas là, le droit issu de la Responsabilité n'est pas en état de repos; l'art. 1134 B. G. B. en vertu duquel le propriétaire peut faire prévaloir son droit contre les tiers en est la preuve. D'ailleurs dans la même situation, le propriétaire du fonds peut, en certaines circonstances, se pourvoir en justice pour dommages seulement en sa qualité de créancier foncier. Ce sont tous ces cas et d'autres encore, qui déterminent Strohal à considérer l'admission d'un Leistensollen pour les cas cités de pure Responsabilité objective, comme une fiction contraire à l'état normal des choses[94].

90. — Responsabilité personnelle. — On rencontrait dans le droit ancien, dit Strohal, des cas de cautions assurant un *Bekommensollen* sans *Leistensollen* correspondant. La caution assurait l'arrivée, ou la non arrivée d'un certain résultat sans l'existence d'une personne tenue d'un devoir de prester pour la réalisation de ce résultat. Parmi ces cas, on cite le cautionnement assurant qu'un animal ne produirait pas tel dommage, qu'un immeuble ne s'effondrerait pas, etc. Dans ces cas où l'activité ou

93. Voir *infra*, nos 100 s. et 113 s.
94. **Strohal**, *op. cit.*, p. 283-286.

l'abstention humaine ne servait en rien à la production du résultat assuré, on prétendit qu'il ne s'agissait que d'une pure Responsabilité. L'enseignement germanistique ne considère pas cette caution en même temps comme débitrice de la prestation de dédommagement, dans le cas où le résultat assuré ne se produirait pas[95].

Ceci parce que l'enseignement germanistique ne veut pas apporter d'exception à la notion de Responsabilité tirée des sources, d'après laquelle le responsable tel quel ne doit jamais, et d'après laquelle la réalisation de la Responsabilité ne mène jamais qu'à un succédané (Surrogat) de l'accomplissement.

Dans le droit actuel, à la suite d'une évolution dont les premiers éléments se trouvent déjà dans l'ancien droit allemand, on a admis le principe que tout responsable personnellement pour un devoir de recevoir (Bekommensollen) du créancier, est en même temps débiteur au sens technique du mot. De ce principe qui doit être appliqué aussi au cas de la caution, il résulte qu'en droit moderne la Responsabilité personnelle suppose l'existence d'un devoir de prester (Leistensollen). Strohal relève encore le fait que dans le droit moderne, de même que celui qui répond personnellement pour un devoir de recevoir (Bekommensollen) du créancier est débiteur au sens technique du mot, chaque débiteur au sens technique du mot est inversement en même temps personnellement responsable. Conformément à l'art. 241 B. G. B. le créancier peut demander au débiteur en vertu du rapport de droit la prestation due. A ce droit du créancier correspond le devoir du débiteur de produire la prestation. D'après le B. G. B., dit Strohal, le débiteur n'est pas une personne devant seulement prester sans répondre, mais bien un

95. « Schuldner auf Leistung von Schadenersatz wegen nichteintritts des Erfolges ».

obligé (zur Leistung Verpflicheteter) à la prestation, exposé à l'action du créancier[96].

91. — Valeur dogmatique en Droit moderne de la distinction entre Dette et Responsabilité. — Les différences entre le droit ancien et le droit moderne sont importantes, mais cela n'empêche pas, selon Strohal, que la distinction entre Dette et Responsabilité garde encore pour le droit moderne une notable valeur dogmatique.

1. Le droit moderne connaît encore des dettes du créancier (Gläubigerschulden), c'est-à-dire des cas de devoir de recevoir (Bekommensollen) du créancier, sans Responsabilité correspondante, celle-ci pouvant manquer nettement ou pouvant être exclue valablement.

Obligations naturelles. Pour illustrer cette affirmation, Strohal commence par exclure des cas de *Bekommensollen* sans Responsabilité correspondante les dettes de jeu et de pari, les dettes résultant de promesses de récompense pour entremise de mariage (art. 656, 762 B. G. B.) et les autres cas groupés dans la notion d'obligation naturelle. En effet, dit-il, il ne s'agit pas ici d'une dette au sens technique du mot. D'après le B. G. B., nous n'avons pas dans ces cas un devoir de recevoir du créancier, base nécessaire d'une Responsabilité. On ne doit aussi pas grouper ici le cas de celui qui, personnellement responsable, sans assignation de limite à sa Responsabilité, est pour le moment dépourvu de patrimoine.

Un cas certain de dette sans responsabilité serait le cas du prêt avec mention que le prêteur accepterait en tout temps la restitution du prêt sans jamais toutefois pouvoir l'exiger. Dans ce cas imaginé par Strohal, il voit un devoir de recevoir (Bekommensollen) éventuel du prêteur, mais

96. **Strohal**, *op. cit.*, p. 286-291.

pas de devoir de prester non plus quedeResponsabilité de la part de l'emprunteur.

Autre cas : la succession grevée de legs et charges non couverts par l'actif successoral. L'héritier peut en effet limiter sa Responsabilité par l'acceptation bénéficiaire. Les charges et legs qui sont restés non satisfaits par l'épuisement de l'actif successoral laissent du côté de leurs créanciers un devoir de recevoir (Bekommensollen) mais pas de Responsabilité. D'ailleurs ce *Bekommensollen* constitue la base d'une Responsabilité pour le cas où l'héritier déchoit du bénéfice d'inventaire.

Autre cas : *La dette prescrite* serait d'après Strohal, aussi un cas de dette sans Responsabilité. Il y a en effet une dette de créancier, un devoir de recevoir sans Responsabilité, mais qui peut former la base d'un Responsabilité : en premier lieu les sûretés réelles constituées avant la prescription restent valables (art. 223, 1 B. G. B.); on peut en outre reconnaître la dette après la prescription ou bien établir après la prescription une sûreté réelle ou une hypothèque qui créent une Responsabilité nouvelle (art. 222, 2 B. G. B.).

Autres cas. — On a des cas très rapprochés des précédents dans la dette à Responsabilité personnelle objectivement limitée. Même si le patrimoine responsable avait semblé au début être suffisant pour assurer le devoir de recevoir du créancier et que par la suite il n'en est rien, le devoir de recevoir du créancier continue a exister. La preuve nous est fournie par la persistance des Responsabiıités accessoires établies en faveur du créancier (gage, hypothèque, caution) quoiqu'il n'y ait de la part du débiteur ni devoir de prester, ni Responsabilité personnelle [97].

2. La doctrine, dit Strohal, n'a pas prêté trop d'attention à la notion de devoir de recevoir (Bekommensollen) et à la Responsabilité correspondante parce que le droit

97. **Strohal**, *op. cit.*, p. 291-294.

romain au moment de la réception n'offrait pas les conditions nécessaires pour permettre de dégager ce rapport. Le B. G. B. admet en effet que des personnes aussi bien que des choses répondent pour un devoir de recevoir[98]. Il faut entendre selon le B. G. B. par responsabilité personnelle la responsabilité au moyen du patrimoine de la personne responsable. Le débiteur peut répondre personnellement avec tout son patrimoine, avec un patrimoine particulier, et enfin il peut limiter sa responsabilité à un seul objet (art. 2187 B. G. B.[99]). A ce propos Strohal nous montre la différence entre la responsabilité avec un patrimoine particulier (Sondervermögen) et la pure responsabilité objective (seine Gegenstandshaftung).

a) Dans le premier cas le débiteur est responsable envers le créancier pour l'administration du patrimoine particulier (art. 1978, 4990, 1992, 419 B. G. B.) tandis que le propriétaire de la chose n'est pas tenu de cette obligation.

b) Le créancier du premier cas a un droit personnel, tandis que celui du second cas a un droit réel ou un droit ayant un caractère proche de celui du droit réel[100].

3. *Les fondements du Bekommensollen et de la Responsabilité peuvent résider en des circonstances de fait différentes.* — Strohal nous dit que les circonstances de fait sur lesquelles se basent le devoir du créancier peuvent parfois être différentes de celles sur lesquelles se base la responsabilité pour ce devoir de recevoir. Dans l'hérédité par exemple, c'est en vertu de la succession universelle de l'héritier, que celui-ci répond avec le patrimoine héréditaire pour les dettes du *decujus*. C'est en échange en vertu

98. Ont surtout trait à la responsabilité d'objets les art. 1118 et 1192 pour l'hypothèque, 1210 et 1275 pour le gage mobilier, etc.

99. En vertu de l'art. 2187, al. 1 *B. G. B.* un légataire grevé d'un legs ou d'une charge « peut, même après l'acceptation du legs qui lui est fait, se refuser à y satisfaire en tant que ce qu'il reçoit en vertu de son legs ne suffirait pas ».

100. **Strohal**, *op. cit.*, p. 294-296.

de la loi que sont établies les particularités de cette responsabilité (c'est-à-dire si elle est limitée, illimitée, divisible ou solidaire en cas de pluralité de débiteurs, etc.[101]).

4. Un devoir de recevoir (Bekommensollen) du créancier peut se trouver garanti par une Responsabilité ayant la possibilité de changer de différentes manières sans entraîner nécessairement des changements corrélatifs du devoir de recevoir. On peut d'abord concevoir plusieurs Responsabilités assurant une dette dès le début de son existence. Il est ensuite possible qu'à une Responsabilité existante on en ajoute après coup une ou plusieurs Responsabilités personnelles ou réelles. Ensuite lorsque plusieurs Responsabilités assurent une même dette, une ou plusieurs de ces Responsabilités peuvent disparaitre après coup sans rien changer à la dette. On peut même sans changement pour le devoir de recevoir (Bekommensollen) afférent substituer contractuellement ou légalement une nouvelle Responsabilité à la Responsabilité déjà existante. Cela peut arriver par exemple dans le cas de la dette foncière : le fonds grevé de la dette foncière peut être complètement dégrevé tout en attribuant la charge à un autre fonds sans par cela apporter le moindre changement au devoir de recevoir (Bekommensollen) du créancier[102].

92. Elément nouveau surgi de l'union du devoir de recevoir et de la responsabilité. — Toute Responsabilité engendre un droit spécial du créancier. Il n'en est pas de même du simple devoir de recevoir (Bekommensollen) qui à lui seul, n'entraîne aucun droit pour le créancier[103].

101. **Strohal**, *op. cit.*, p. 296. Voir des cas analogues pour l'héritier réservataire, pour le cas d'un contrat conclu par un *falsus procurator*, etc., *ibid.*, p. 299.

102. **Strohal**, *op. cit.*, p. 300-1.

103. « Die durch die rechtliche Bestimmtheit eines eventuellen gläubigerischen Bekommensollens geschaffene Rechtslage begründet dagegen noch kein Gläubigerrecht ». p. 302, n. 109.

Ce droit engendré par la Responsabilité est caractérisé et individualisé

I. — Par ce pourquoi on répond au créancier

II. — *a*) dans la Responsabilité objective par l'objet responsable

b) dans la Responsabilité personnelle par la personne du responsable et le patrimoine dont la Responsabilité est établie par son appartenance du responsable.

La Responsabilité objective engendre un droit sur la chose tandis que la Responsabilité personnelle engendre un droit de créance muni d'action personnelle. Un créancier muni pour un même devoir de recevoir (Bekommensollen) de plusieurs Responsabilités a par chacune d'elles un droit particulier. En cas de changement de la Responsabilité il y aura aussi un changement du droit correspondant. Par exemple dans la cession de dette (Schuldübernahme) si à la Responsabilité personnelle d'A on substitue la Responsabilité personnelle de B, le droit du créancier change forcément. Ce n'est plus le patrimoine de A qui répond, mais celui de B. D'ailleurs on comprendra plus facilement en pensant que la dette d'A peut être reprise solidairement par B, C, D. Il y a dans ce cas à la place d'une seule Responsabilité autant de nouvelles Responsabilités que de débiteurs solidaires. Tandis que dans le cas de cession d'une dette solidaire à un seul débiteur il y a une seule Responsabilité à la place de tant de Responsabilités qu'il y avait de débiteurs solidaires[104].

93. — Importance de la distinction entre Dette et Responsabilité. — C'est de cette nouvelle théorie que résulte, dit Strohal, le succès de la doctrine qui conteste, dans la cession de dette (Schuldübernahme), une succession à

104. **Strohal**, *op. cit.*, p. 302-304.

titre particulier à la dette. Dans l'opinion dominante, on ne pouvait arriver qu'au résultat que la cession de dette était une succession à titre particulier à la dette, vu le concept d'obligation purement formaliste dépourvu de contenu qu'elle s'était forgé, concept où l'on avait omis justement la partie la plus importante de l'obligation, la Responsabilité. Or, poursuit Strohal, tandis que là où un Bekommensollen n'est pas assuré par une Responsabilité, on peut dire avec Sohm que l'essence de l'obligation est l'impuissance[105], les choses changent lorsque le créancier a devant soi un débiteur personnellement responsable. De ce fait l'ordre juridique confère au créancier une expectative de satisfaction sur le patrimoine du débiteur et en même temps la mesure du pouvoir juridique dont il a besoin pour la réalisation de son droit. La Responsabilité en soi appartient au droit privé et ne peut donc pas être exclue de la notion d'obligation, tandis que les moyens de réalisation de cette Responsabilité sont déterminés par la procédure et appartiennent par cela au droit public.

Dans son évolution, la notion d'obligation ne fût accomplie que lorsque la dette du débiteur (Schuldnerschuld) devint un rapport en vertu duquel le débiteur répondait personnellement au créancier pour ce que celui-ci devait recevoir. C'est ainsi que la Responsabilité devint le point central de l'obligation et la valeur de la doctrine germanistique de la distinction entre Dette et Responsabilité consiste justement en ce qu'elle a donné à la Responsabilité toute l'importance qu'elle méritait[106].

II. Critique de Gierke.

94. — Gierke, partisan de la théorie selon laquelle la cession de dette (Schuldübernahme) est une succession

105. V. *supra*, n° 33, n. 12.
106. **Strohal**, *op. cit.*, p. 305-308.

à titre particulier à la dette, discute les idées de Strohal dans son volume intitulé « *Schuldnachfolge und Haftung* ». Il dit que Strohal tout en découvrant les obscurités et contradictions de l'enseignement dominant, dues à la distinction défectueuse entre Dette et Responsabilité, n'est pas arrivé au but auquel il devait arriver, parce qu'il a mis en valeur l'idée de Responsabilité, mais non celle de Dette. Gierke reproche à Strohal d'avoir détaché la dette du créancier (Gläubigerschuld) de la dette du débiteur (Schuldnerschuld) alors que dans l'ancien droit allemand, ces deux notions étaient corrélatives et qu'elles le resteront toujours.

Cette inséparabilité résulte du fait que tous les rapports juridiques sont des rapports de seigneurie (Machtbeziehungen) entre sujets de volonté (Willensträger) de sorte qu'on ne peut pas concevoir un pur devoir de recevoir (Bekommensollen) sans devoir de prester (Leistensollen) correspondant.

Strohal avait combattu l'obligation réelle que Gierke admettait dans le cas des droits de gage foncier et les charges réelles. Gierke au contraire réplique en maintenant sa thèse, c'est-à-dire en proclamant la nécessité d'admettre pour les droits cités (Grundpfandrechte et Reallasten), vis-à-vis du devoir de recevoir (Bekommensollen) du créancier, un devoir du propriétaire de prester du fonds même, devoir qu'il appelle *dingliche Schuld* (Obligation réelle), car ajoute-t-il, si l'on nie l'existence de ce devoir de prester, on ne peut attribuer au créancier aucun devoir de Recevoir (Bekommensollen), aucun droit à la prestation du fonds, au contraire, on doit seulement lui reconnaître un droit de seigneurie sur la chose dans le but d'en tirer une valeur.

Gierke a soin d'ajouter immédiatement que dans le cas où le devoir de prester (Leistensollen) à un sujet temporairement indéterminé, le devoir de recevoir (Bekommen-

sollen) est lui-même paralysé jusqu'à ce que l'indétermination du sujet du Leistensollen soit levée, ou qu'un sujet du Leistensollen soit introduit d'une façon quelconque.

A titre d'exemple, Gierke cite le devoir de recevoir (Bekommensollen) d'un fonds sans maître. Le créancier ne peut faire valoir son droit qu'après la nomination d'un représentant. Strohal avait affirmé à ce propos que le représentant d'un fonds sans maître, à nommer conformément à l'article 58 procédure civile allemande, ne représentait en fait personne, tandis que Gierke répond que ce représentant doit être conçu justement comme représentant du propriétaire futur du fonds et en tout cas, entre temps, comme le sujet du devoir de prester (Leistensollen).

Quant à l'objection de Strohal, tirée de la réunion des qualités de propriétaire du fonds grevé et de titulaire du droit de gage foncier, Gierke répond qu'un *Leistensollen* peut se rencontrer avec un *Bekommensollen* chez le même sujet, les deux étant à l'état de repos jusqu'à une nouvelle différenciation de leurs sujets. Dans le cas cité par Strohal, le propriétaire peut faire valoir le devoir de recevoir afférent à sa qualité de créancier, seulement au moment où son devoir de prester de par sa qualité de propriétaire, lui est enlevé et est accompli pour lui par l'autorité, soit au moyen de l'administration forcée, soit au moyen de la vente forcée[107].

95. — Gierke ajoute que c'est une inconséquence de la part de Strohal de rejeter dans le droit moderne la notion de dette germanique du côté du débiteur, alors qu'il l'avait admise du côté du créancier. En effet tandis qu'il conçoit et admet la dette du créancier (Gläubigerschuld) à la manière germa-

107. **Gierke**, *Schuldnachfolge und Haftung insbesondere kraft Vermögensübernahme*. Festschrift der Berliner juristen Fakultät für Ferdinand von Martitz, 1911, p. 40-41.

nistique, Strohal entend la dette du débiteur (Schuldnerschuld) à la manière du droit romain en lui enlevant toute indépendance vis-à-vis de la Responsabilité et en la faisant absorber par celle-ci. Dans les cas de dettes sans Responsabilité Strohal nie une obligation (Verbindlichkeit) imparfaite du débiteur, tandis que pour les mêmes cas il admet un droit incomplet du créancier. Gierke trouve incompréhensible le fait d'admettre un devoir de recevoir (Bekommensollen) sans Responsabilité et d'exclure en même temps un devoir de prester (Leistensollen) sans Responsabilité. Si l'on parle, poursuit Gierke, du devoir (Sollen) au sens d'un ordre juridique contraignable, on ne peut admettre dans les obligations naturelles ni du côté du créancier un devoir de recevoir, ni du côté du débiteur un devoir de prester. Tandis que si l'on entend le *devoir* (Sollen) au sens germanistique (c'est-à-dire comme la détermination d'un événement — Geschehen — conforme au droit et dont la production apparaît comme accomplissement d'un postulat de l'ordre juridique), il faut admettre que la dette dépourvue de Responsabilité fait naître aussi du côté du débiteur un devoir de prester (Leistensollen) comme elle fait naître du côté du créancier un devoir de recevoir (Bekommensollen).

Strohal nie justement, dit Gierke, dans la cession de dette (Schuldübernahme) une succession à la Responsabilité mais il en déduit l'impossibilité d'une succession à la dette. Dans sa réplique, Gierke affirme que si l'on admet la distinction entre Dette et Responsabilité la conclusion de Strohal n'est pas admissible, l'exclusion d'une succession à la Responsabilité n'entraînant pas nécessairement l'exclusion de la succession à la dette[108].

108. **Gierke**, *op. cit.*, p. 41-42.

III. Réponse de Strohal.

96. — *Wofür* **et** *womit* **de la Responsabilité**. — Les critiques de Gierke, ainsi que celles de Hellmann et de Knoke ont déterminé Strohal à répondre et à défendre ses opinions. Il le fit dans son « Schuldpflicht und Haftung » dont nous résumerons seulement les parties concernant directement notre travail.

Strohal est d'avis qu'il faut faire pour la Responsabilité une distinction entre ce pourquoi (wofür) on répond et ce avec quoi (womit) on répond.

1. On répond pour un résultat certain que quelqu'un peut éventuellement attendre[109], l'existence d'une telle certitude de la production d'un résultat en faveur d'une personne, étant nécessaire à la naissance de tout rapport de responsabilité.

2. Peuvent répondre pour un résultat indifféremment une personne ou une chose. La personne en faveur de qui est établie une Responsabilité a droit à la réalisation de celle-ci.

D'après la conception normale de l'enseignement germanistique sur la Dette et la Responsabilité, toute Responsabilité exige nécessairement une dette pour laquelle on répond. Strohal admet cela à condition que par dette on entende seulement « la détermination juridique du résultat » à obtenir par une personne déterminée, c'est-à-dire à condition que l'on entende par dette le devoir de recevoir du créancier[110].

97. — Dette au sens de l'enseignement germanistique et Dette au sens du B. G. B. — Il y a d'après Strohal une différence remarquable entre la façon des germanistes de

109. « Das wofür der Haftung ist ein bestimmter Erfolg, dessen jemand (der Gläubiger) eventuell gewärtig sein darf ». **Strohal**, *Schuldpflicht*, p. 7.
110. **Strohal**, *Schuldpflicht und Haftung*, p. 3-12. V. surtout, p. 7.

concevoir la dette et la notion de dette résultant des art. 241 et 242 B. G. B. D'après ces articles le rapport de Dette (Schuldverhâltnis) est un rapport entre deux personnes, en vertu duquel le créancier a le droit d'exiger une prestation du débiteur, celui-ci étant obligé vis-à-vis du créancier d'effectuer la prestation. D'après les mêmes articles on entend par dette l'obligation du débiteur de prester (Schuldpflicht). La *Schuldpflicht* n'est pas un devoir de prester du débiteur, devoir indépendant de toute Responsabilité, c'est au contraire un devoir de prester pour lequel on répond, un devoir de prester basé sur une Responsabilité et assuré par elle. La Responsabilité est donc immanente à la *Schuldpflichl*, c'est-à-dire à la dette au sens du B. G. B., elle est une *conditio sine qua non* de l'existence de celle-ci. Strohal en trouve la preuve dans les très nombreuses dispositions du B. G. B. (art. 53, 54, 179, 427, 431, 528, 571, 579, 702, 733, 755, 767, 769, 774, 818, 835, 840, 990, 1108, 1251, 1388, 1459, etc.) dans lesquelles répondre (haften) est employé au sens d'être obligé pour la dette (schuldrechtlich verpflichtet sein). En reconnaissant un rapport de dette, l'ordre juridique rend créancier celui qui doit recevoir la prestation, par le fait qu'elle lui oppose un débiteur responsable pour la prestation et qu'elle arme le créancier du pouvoir de réaliser sa prétention (Verlangen) contre le débiteur, au moyen de la contrainte juridique.

Strohal ajoute que dans le droit moderne on peut établir la liste suivante des moyens de contrainte, mis par l'ordre juridique à la disposition du créancier :

a) En une mesure très réduite le droit à la justice privée (art. 229 B. G. B.);

b) Le droit à la compensation en vertu des art. 387 et s. B. G. B.;

c) Dans une mesure beaucoup plus importante l'aide de l'Etat en vue de la réalisation de la Responsabilité du débiteur, aide prévue par le B. G. B., la procédure civile,

etc. L'appel à cette aide de l'Etat peut *a*) faire naître une contrainte psychologique du débiteur en le déterminant à prester ce qu'il doit ou *b*) accorder au créancier, au moyen de l'agression contre le patrimoine du débiteur, la possibilité de se procurer sur ce patrimoine ce qui lui est dû et, en cas d'impossibilité de le faire, de recevoir au moins un équivalent pécuniaire de la prestation.

Strohal ajoute que dans le sens indiqué, la Responsabilité est une situation juridique, en vertu de laquelle le débiteur est exposé à une contrainte juridique dirigée contre lui et son patrimoine, en vue d'une prestation à effectuer et à la demande de celui envers qui la prestation doit être effectuée[111]. Pratiquement la forme la plus importante de la Responsabilité c'est la Responsabilité patrimoniale du débiteur. C'est d'ailleurs aussi la Responsabilité à laquelle ont le plus souvent trait les dispositions du B. G. B.

Strohal fait ensuite remarquer que pour les cas où l'ordre juridique nie l'existence d'une dette au sens de Schuldpflicht, elle nie aussi l'existence d'une Responsabilité pour cette dette, de même que, dans les cas où elle exclut l'existence d'une Responsabilité pour la dette, elle exclut aussi l'existence d'une *Schuldpflicht*. C'est pourquoi dans les cas des art. 656 et 762 B. G. B. (promesse de récompense pour entremise de mariage, jeu, pari), il ne voit pas de dettes au sens de *Schuldpflicht*. En échange, si l'on ne peut parler dans le cas de dette prescrite d'une dette au sens de Schuldpflicht, on ne peut quand même pas parler comme dans les cas suscités, d'une non dette, car en somme la dette prescrite n'est qu'une dette (au sens de *Schuldpflicht*) affaiblie. Pratiquement, ni *Schuldfplicht* ni Responsabilité ne peuvent exister l'un sans l'autre. C'est pourquoi on doit considérer, dit Strohal, comme erroné l'enseignement, en

111. « Die schuldrechtliche Haftung im dargelegten Sinne ist somit eine Rechtslage, vermöge deren jemand (der Schuldner) in Anschaung einer zu erbringenden Leistung auf Begehren desjenigen, welchem sie gemacht werden soll (des Gläubigers), einem gegen ihn und sein Vermögen sich rictenden Rechtszwange ausgesetzt ist » (p. 19).

vertu duquel la caution répond sans devoir. En réalité la caution est aussi sujet d'une dette[112].

98. — Strohal admet que la fait générateur d'une dette est en même temps générateur d'une Responsabilité personnelle et inversement, que le fait générateur d'une Responsabilité personnelle est aussi générateur d'une dette. L'ordre juridique, dit Strohal, accorde au créancier, en même temps que la naissance du droit de créance et de la *Schuldpflicht* correspondante, un pouvoir de contrainte, à exercer sur le patrimoine du débiteur en vue de l'obtention de la prestation. Et tandis que la Responsailité objective suppose nécessairement l'existence d'un certain objet dans le patrimoine du débiteur, l'existence à un moment donné dans le patrimoine du débiteur de biens, sur lesquels porte éventuellement l'agression du créancier, n'est pas nécessaire pour l'établissement d'une Responsabilité personnelle de ce débiteur. La Responsabilité personnelle peut subir des limitations. Au sens technique du mot, la Responsabilité peut être quantitativement et objectivement limitée.

a) On dit qu'il y a Responsabilité quantitativement limitée dans le cas, par exemple, de la caution qui répond pour la dette du débiteur principal seulement jusqu'à la concurrence d'une certaine somme. Dans ce cas, dit Strohal, la dette de la caution est aussi limitée à cette somme.

b) La Responsabilité objectivement limitée se divise en deux groupes de cas :

1. Le premier groupe est celui des cas pour lesquels le créancier a une prétention (Anspruch) à la prestation à poursuivre directement contre la personne du débiteur, avec la possibilité de celui-ci de limiter la Responsabilité à un certain groupe d'objets en soustrayant à l'agression du créancier tout le reste de ses biens. A titre d'exemple Strohal

112. **Strohal**, *op. cit.*, p. 12-29.

nous cite la responsabilité de l'héritier unique en vertu des art. 1190-92 B. G. B., en vertu de l'art. 2059 la responsabilité du cohéritier qui ne répond pas encore sans limite, la responsabilité de l'épouse après la dissolution de la communauté.

Dans tous ces cas on ne peut plus rien exiger au débiteur au delà de la valeur des objets soumis à l'agression du créancier, une fois cette valeur épuisée; autrement dit dans ces cas l'épuisement de la Responsabilité entraîne extinction la partie non couverte de la dette assurée. En général à l'occasion de l'épuisement des biens soumis à l'agression du créancier, deux choses peuvent se passer. Il se peut que la non couverture de la prétention dont la satisfaction est demandée au patrimoine emporte extinction de la dette. Il se peut aussi que cette non couverture n'entraîne pas extinction de la dette, qui subsiste sous la forme de *Schuldplicht*. Dans ce cas on peut faire valoir la prétention naissant de cette *Schuldpflicht* par des exceptions, elle peut être déduite en compensation et les sûretés réelles constituées pour elle continuent à exister.

2. Dans le second groupe de cas, l'action contre la personne du débiteur pour l'obtention de la prestation est interdite au créancier. Exemples : la responsabilité du commanditaire ayant versé sa part, la responsabilité de l'héritier n'ayant pas encore accepté, avant l'acceptation et pendant l'administration de la succession (art. 1984, B. G. B.) Le débiteur répond dans ces cas seulement avec les objets auxquels est limitée la Responsabilité. Ceux-là épuisés, on ne peut plus parler de Responsabilité pour la partie non couverte de ces dettes, non plus que de dette, car dès le début on ne pouvait parler de dette du responsable que dans la mesure dans laquelle il devait permettre au créancier de se satisfaire sur l'objet auquel était limitée sa Resonsabilité[113].

113. **Strohal**, *op. cit.*, p. 32-46.

99. — Dans son système Strohal a emprunté au B. G. B. sa notion de dette qu'il conçoit au sens de Schuldpflicht, aussi fait-il remarquer que les auteurs qui voient dans la cession de dette (Schuldübernahme) une succession à titre particulier à la dette, ont substitué à la notion de dette au sens de *Schuldpflicht* une notion de dette différant essentiellement de la première. En même temps il reproche à ces auteurs leur manque d'unité en la détermination de la notion de dette. Nous ne reproduirons d'ailleurs pas les critiques apportées aux vues d'Ennecerus, de Knoke et d'Hellmann. Ce n'est que la réponse qu'il donne à Gierke qui retiendra notre attention.

Nous savons déjà que pour Gierke, l'élément Responsabilité est étranger à l'élément Dette. La Dette s'épuise en un pur Leistensollen du débiteur, Leistensollen duquel ne résulte aucun assujettissement du débiteur et aucun pouvoir du créancier. Gierke considère qu'un Leistensollen existe même dans les cas de dette incomplète pour lesquels la loi exclut toute Responsabilité. Plus encore, Gierke admet une dette, telle qu'il la conçoit, dans les cas de pure Responsabilité objective ainsi que dans les cas de promesse de donation, cautionnements, transmissions de propriétés immobilières faites sans respect des formes légales. Ces vues sont le résultat normal de la façon dont Gierke conçoit ce devoir (Sollen) qui forme le contenu de la dette. En effet le devoir (Sollen) est pour Gierke non pas un ordre juridique contraignable, mais la détermination d'un fait (Geschehen) conforme au droit, de façon à ce que s'il est réalisé, il apparaît comme l'accomplissement d'un postulat de l'ordre juridique.

Strohal répond que, même en employant le critérium de Gierke, on ne trouve pas de Leistensollen dans les cas précités. On ne peut en effet parler d'un ordre juridique, même incoercible, vu que la condition minimale nécessaire à

l'existence d'un ordre juridique, c'est que la conduite de celui qui ne s'y soumet pas, apparaisse comme contraire au droit et il n'en est rien pour les cas cités. D'ailleurs dans aucun des cas cités on ne peut dire que le droit impose la prestation. Il la laisse plutôt au bon plaisir des parties. Plus encore, ajoute Strohal, celui qui dans les mêmes conditions a promis une donation ou s'est rendu caution, n'agit en conformité du droit que lorsqu'il ne consent plus à l'accord (*Auflassung*)[114], lorsqu'il refuse d'effectuer la prestation, lorsqu'il n'accomplit pas la prestation pour laquelle il s'était constitué caution.

Strohal se déclare prêt à admettre avec Gierke et les autres auteurs l'existence en droit allemand moderne de dettes sans Responsabilité, opposées aux dettes avec Responsabilité. Il fait toutefois une réserve : dans ce cas on doit entendre par *Dette* quelque chose de spécial.

En effet par Dette (Schuld) on désigne souvent le *wofür* de la Responsabilité, *wofür* qui n'est, comme nous venons de le voir, que le devoir de recevoir du créancier. Il y a des cas où ce Wofür existe avant l'état de fait duquel dépend l'apparition de la Responsabilité et c'est seulement pour cette acception du mot *Dette* qu'on peut parler de Dettes sans Responsabilité. L'article 313 B. G. B.,[115] poursuit Strohal, nous fournit un cas de Dette sans Responsabilité et le cas du prêt avec la clause que le prêteur acceptera le paiement mais ne pourra l'exiger, doit être considéré comme un second exemple de Dette sans Responsabilité. Strohal place aussi dans cette même catégorie de Dettes sans Responsabilité

114. V. art. 873 et 925 *B. G. B.*

115. *Art.* 313 *B. G. B.* Un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à transférer la propriété existant sur un fonds requiert constatation authentique sous forme judiciaire ou notariée. Un contrat qui aurait été conclu sans l'observation de cette forme devient valable conformément à l'ensemble de son contenu, lorsqu'il est suivi de dessaisine et d'inscription au livre foncier.

et contrairement à ce qu'il avait soutenu dans son *Schuld-übernahme*, les cas où l'apparition d'une Responsabilité est exclue et où la prestation volontaire est considérée quand même, vu qu'on ne peut la répéter, comme accomplissement d'une obligation. C'est dire que Strohal comprend aussi les obligations naturelles parmi les Dettes sans Responsabilité.

Si, pour admettre dans le droit moderne des cas de Dette sans Responsabilité, il faut concevoir la *Dette* comme devoir du créancier (*Bekommensollen*) il en est de même, dit Strohal, lorsqu'on parle de Dettes avec Responsabilité. On ne peut concevoir dans ces cas la Dette comme *Schulpflicht* car celle-ci conçue comme devoir de prester (*Leistensollen*) reposant sur une Responsabilité ne peut en même temps être ce pourquoi la Responsabilité existe. En effet selon Gierke, Schuld-Leistensollen. On aurait donc affaire, dit Strohal, dans la Dette avec Responsabilité avec un Leistensollen reposant sur la Responsabilité (*la Schuldpflicht*) et un autre *Leistensollen* indépendant de la Responsabilité et non modifié par son apparition, dualité que Strohal ne peut concevoir[116].

100. — Acceptions du mot Schuld chez Strohal. — Strohal reconnaît à *Schuld* (dette) deux acceptions :

1. Dette au sens de devoir de prester basé sur une Responsabilité.

C'est le sens du B. G. B., la *Schuldpflicht*.

2. La seconde signification est beaucoup plus large que la première ; on comprend par Dette un résultat juridiquement déterminé et mis éventuellement en vue à quelqu'un. Ce résultat est normalement assuré directement ou indirectement par une Responsabilité déjà existante ou bien il est

116. **Strohal**, *op. cit.*, p. 79-101.

susceptible d'être assuré ultérieurement de la même façon. On attribue à cette détermination, dans le cas de la production volontaire du résultat, certains effets juridiques, même lorsque la naissance d'une Responsabilité pour ce résultat est exclue par l'ordre juridique.

Revenant après cette exposition à la cession de Dette (Schuldübernahme), à propos de laquelle a eu lieu le duel doctrinal entre Strohal et ses adversaires, il est clair pour Strohal qu'on ne peut parler dans la cession de dette d'une succession à titre particulier à la dette. Les partisans de cette dernière opinion, dit-il, ne comprenant pas par dette à laquelle on succède la première acception de ce mot, il ne pourrait s'agir comme objet de la succession que de la seconde acception de *Schuld*. Car, dit-il, « il est impossible de construire dans les limites du rapport de dette de l'article 241 B. G. B. une Dette qui ne soit ni un devoir de prester, reposant sur une responsabilité, ni un *Wofür* de la responsabilité[117]. » Or dans les pages suivantes Strohal démontre que la Dette (Schuld) conçue comme *Wofür* de la Responsabilité (Haftung), c'est-à-dire comme ce pourquoi le débiteur est obligé (Werpflichlet) vis-à-vis du créancier et que celui-ci peut exiger au débiteur, ne peut faire l'objet d'une succession.

§ 7. Théories des Gierke.

101. — Nous avons déjà vu que Gierke, en étudiant la distinction entre Schuld et Haftung dans l'ancien droit allemand, admettait cette Distinction aussi en droit allemand moderne. L'étude sur la cession de dette, dont nous avons, dans ce chapitre même, résumé quelques pages concernant les critiques apportées par cet auteur à Strohal, en a été une confirmation. Comme nous l'avons dit en résu-

117. **Strohal**, *op. cit.*, p. 101-102.

mant de très près les ouvrages de quelques auteurs allemands sur la Distinction, nous avons poursuivi le but de donner aux lecteurs une vue plus exacte de la façon dont ces auteurs conçoivent et appliquent la Distinction. C'est la Distinction germanistique qui nous intéresse et c'est pourquoi il est normal de retrouver pour la troisième fois dans cet ouvrage un résumé d'un livre de Gierke, l'un des plus zélés et enthousiastes partisans de la Distinction en droit allemand moderne[118].

Nous aurons recours au *Schuldrecht* de Gierke pour voir comment il applique au droit moderne allemand la distinction entre Dette et Responsabilité, en ayant toutefois soin de renvoyer aussi le lecteur à l'ouvrage important *Schuld et Haftung* du même auteur.

En guise d'introduction à l'étude de la distinction entre Dette et Responsabilité en droit moderne allemand, Gierke rappelle que malgré son importance, la Distinction n'est pas exprimée par la terminologie de la loi, ce qui ne l'empêche pas d'être fondamentale au droit allemand en vigueur en ce moment.

Dans le droit moderne il faut donc aussi distinguer le rapport de dette (*Schuldverhältnis*) dont le contenu s'épuise en un devoir (*Sollen*) d'avec le rapport de responsabilité, en vertu duquel le responsable est assujetti au pouvoir juridique du créancier, ce qui permet au créancier de se procurer, le cas échéant, agressivement (durch Zugriff) la prestation due ou un équivalent (Ersatz). Le rapport de responsabilité, ajoute Gierke, existe avant le cas d'agression, sous la forme d'assujettissement (Gebundenheit) à une agression éventuelle.

Dans le rapport obligatoire Gierke fait une distinction entre les quatre éléments suivants :

118. **Gierke**, *Deutsches Privatrecht*, vol. III. Schuldrecht. V. aussi du même auteur *Schuld und Haftung*, Breslau, 1910 et *Schuldnachfolge und Haftung*, Berlin, 1911.

1. A la Dette (Schuld) du débiteur il oppose la créance (Forderung) du créancier.

2. A la Responsabilité (Haftung), il oppose le droit d'agression (Zugriffsrecht)[119] et il ajoute que les rapports de Responsabilité quoique aujourd'hui intimement liés aux rapports de dette correspondants, restent quand même des rapports indépendants[120].

102. — Catégories de Responsabilité. — Il y a, dit Gierke, dans le droit allemand moderne plusieurs catégories de Responsabilité qui, d'ailleurs, ne correspondent pas toujours exactement à des catégories déterminées de dettes, ce qui est aussi une preuve de l'indépendance des rapports de Responsabilité vis-à-vis des rapports de dette.

a) *Responsabilité personnelle.* — Gierke rappelle que la Responsabilité de la personne physique a disparu avec la disparition de la prison pour dettes. On rencontre des vestiges de Responsabilité de la personne physique dans les engagements à un *facere*, une tolérance ou un non faire, lorsqu'on admet l'emprisonnement du débiteur comme moyen d'exécution. Normalement la Responsabilité personnelle se manifeste sous la forme de Responsabilité du patrimoine.

Voilà pourquoi on appelle aujourd'hui la Responsabilité avec tout le patrimoine, responsabilité personnelle. Elle atteint la personnalité patrimoniale, le patrimoine dans sa teneur actuelle, déterminée par le titulaire de ce patrimoine. C'est pourquoi la Responsabilité personnelle permet au créancier l'agression contre n'importe quel bien faisant partie du patrimoine du débiteur.

b) La *Responsabilité avec un patrimoine particulier.* assujettit un patrimoine dans sa teneur objective. Elle peut être opposée à la Responsabilité personnelle comme

119. **Gierke**, *op. cit.*, p. 31.
120. **Gierke**, *op. cit.*, p. 32-33.

vraie responsabilité patrimoniale. Elle accorde un droit d'agression sur n'importe quel objet formant le patrimoine spécial responsable.

c) La *Responsabilité objective* assujettit un certain objet corporel ou incorporel; elle établit d'habitude un droit réel (droits de gage foncier, charges réelles, gages mobilier). Mais en outre des cas de Responsabilité objective se présentant sous la forme d'un droit réel il y a aussi des droits personnels en vertu desquels le créancier peut se tenir à une chose (par exemple le droit de rétention commercial et en une certaine mesure le droit de rétention civil). La Responsabilité objective peut être indépendante de toute autre catégorie de Responsabilité, elle peut aussi se trouver à côté d'une des autres catégories de Responsabilité[121].

103. — *Responsabilité limitée et Responsabilité illimitée.* — Normalement la Responsabilité est illimitée. Elle peut aussi être limitée de deux manières :

a) *Quantitativement limitée.* — Dans ce cas, la Responsabilité porte sur tout le patrimoine, mais ne peut dépasser une limite bien déterminée. Exemples :

1. Il y a des cas où la limitation est légalement ou conventionnellement déterminée. On répond jusqu'à une valeur limitée dans le cas d'un cautionnement, lorsqu'on a déterminé la limite jusqu'à laquelle porte le cautionnement; dans certains cas de dédommagement (p. ex. l'hôtelier qui ne répond que jusqu'à la valeur de 1000 R. M., dans le cas du commanditaire, etc...)

2. Il y a d'autres cas de limitation de la Responsabilité où la Reponsabilité est limitée en vertu de certains faits particuliers. Comme exemple nous retenons le cas de limitation

121. **Gierke**, *op. cit.*, p. 33-35.

prévu par l'article 217 du code commercial allemand. En effet en vertu de cet article « Les actionnaires sont responsables des obligations sociales, autant qu'ils ont reçu de la société des paiements interdits par les dispositions du présent code ... » Ces actionnaires répondent donc pour les dettes sociales sur tout leur patrimoine, mais le montant de leur responsabilité est déterminé par les sommes indûment touchées.

Du fait que dans tous les cas précités le droit d'agression du créancier en vue d'obtenir la limite respective porte, le cas échéant, sur tout le patrimoine du débiteur, Gierke est d'avis que nous nous trouvons devant des cas de Responsabilité personnelle limitée.

b) Responsabilité objectivement limitée.

1. C'est d'abord le cas de la Responsabilité avec un patrimoine spécial, Responsabilité qui peut être établie conventionnellement et peut exister aussi en vertu de la loi (Responsabilité de l'héritier; Responsabilité du cessionnaire de patrimoine (Vermögensübernehmer); responsabilité de la femme mariée limitée temporairement aux biens réservés, pour les dettes pour lesquelles ne répond pas la communauté, article 1412-14, 1460-62 B. G. B.; la responsabilité du mari avec les biens communs pour les dettes non exceptées de sa femme, article 1411 B. G. B.) La Responsabilité avec un patrimoine particulier peut être jointe à une Responsabilité personnelle, quoiqu'elle puisse exister indépendemment de celle-ci.

2. Gierke appelle Responsabilité objective, la Responsabilité limitée à un seul objet. Il y a des cas de Responsabilité objective accompagnés d'une Responsabilité personnelle (hypothèque, charges réelles normales). Dans d'autres cas de Responsabilité objective la Responsa-

bilité personnelle manque complètement (dette foncière, rente foncière, charges réelles avec exclusion de la Responsabilité personnelle, etc..).

Enfin Gierke dit que, dans le droit d'abandon on donne la possibilité au débiteur de limiter objectivement une Responsabilité qui, de par sa nature n'est pas limitée. Dans ces cas l'abandon d'un objet patrimonial entraîne libération de toute autre obligation[122].

104. — Autres classifications de la Responsabilité. — Gierke fait encore les distinctions suivantes entre :

1. *Responsabilité principale et Responsabilité subsidiaire.* — Une dette peut être garantie par plusieurs Responsabilités pouvant être coordonnées ou subordonnées. Dans le premier cas le choix entre les Responsabilités à faire valoir est absolument libre. Dans le second cas il faut s'attaquer d'abord à la Responsabilité principale, ensuite à la Responsabilité subsidiaire. Par exemple dans le cas de Responsabilité avec un patrimoine spécial, cette Responsabilité prime en général la Responsabilité personnelle du débiteur étant subsidiaire.

2. *Responsabilité solidaire et Responsabilité* pro parte. — Lorsque plusieurs personnes répondent pour la même dette, la Responsabilité peut incomber à chaque responsable pour la totalité de la dette — Responsabilité solidaire — ou bien chacun peut répondre seulement pour sa part nette — Responsabilité *pro parte*. On peut même concevoir, dit Gierke, une Responsabilité principale *pro parte*, avec Responsabilité solidaire subsidiaire.

3. *Responsabilité directe et Responsabilité indirecte.* — L'état normal est la sujétion directe au pouvoir d'agression du créancier. Il y a toutefois des cas où l'on peut parler

122. **Gierke**, *op. cit.*, p. 36-40.

de Responsabilité indirecte, notamment les cas pour lesquels une Responsabilité existant en faveur du débiteur d'un certain créancier est attribuée à ce dernier. En effet, dit Gierke, dans la mesure du droit d'agression du créancier contre le patrimoine de son débiteur, les patrimoines des personnes responsables envers le débiteur sont indirectement assujetties au pouvoir du créancier. Les sociétés à Responsabilité limitée nous fournissent un cas de Responsabilité indirecte. La société est responsable d'une façon illimitée envers ses créanciers, c'est la même chose pour les sociétaires envers la société tandis que la responsabilité des membres de la société est limitée à l'apport non versé lorsqu'il s'agit de répondre envers les créanciers de la société[123].

105. — Séparation entre Dette et Responsabilité. — Légalement, dit Gierke, une dette (Schuld) fait surgir de nos jours une Responsabilité (Haftung), de sorte que s'il n'y a pas convention contraire, celui qui doit est aussi responsable personnellement et sans limite pour sa dette ; l'appartenance d'une dette à un patrimoine spécial entraîne une Responsabilité patrimoniale correspondante et une dette réelle (dingliche Schuld) détermine une Responsabilité objective. Mais cet état normal subit des exceptions dont la :

a) *Dette sans Responsabilité* est la première ; elle existe lorsque pour la prestation qui lui est due, le créancier n'a aucun pouvoir d'agression, de sorte qu'une telle dette n'est qu'une dette incomplète, une dette au sens technique (Rechtssinn). Gierke dit à ce propos que le paiement volontaire équivaut à un accomplissement de la dette. Son accomplissement ne peut être obtenu en justice. Nous nous trouvons devant une telle dette même lorsque

123. **Gierke**, *op. cit.*, p. 40-43.

son accomplissement peut être demandé en justice mais que la demande est repoussée au moyen d'une exception. Les principaux cas sont le jeu, le pari, la promesse de récompense pour entremise de mariage, les obligations prescrites. Gierke nous parle de la classification de ces cas en deux groupes, selon qu'on retire au rapport de dette la possibilité d'engendrer un rapport de responsabilité ou bien qu'on lui retire l'effet normal de la Responsabilité.

a) Dans le premier groupe de cas (jeu, pari, promesse de récompense pour entremise de mariage, certaines opérations boursières, etc...) la loi juge inconvenant de maintenir l'exécutabilité de la dette à cause de sa nature. La loi est très sévère pour ces cas. Tout engagement subsidiaire, toute reconnaissance de dette n'engendre qu'une Dette sans Responsabilité. La constitution d'un gage ne changerait rien à cela.

b) Dans le second groupe, malgré la cause d'affaiblissement de sa Responsabilité propre, on peut dans certaines circonstances conférer à la dette l'exécutabilité au moyen d'un rapport de Responsabilité indépendant de la cause de cet affaiblissement. Ainsi dans le cas d'une obligation prescrite, on peut établir une Responsabilité au moyen d'une promesse, d'une reconnaissance de dette, d'une caution, d'une hypothèque ou d'un gage.

Gierke attire l'attention sur la confusion qu'on pourrait aisément faire, entre les dettes sans Responsabilité et les dettes avec Responsabilité affaiblie. La Responsabilité de ces dernières n'a que cette particularité que temporairement ou définitivement elle ne confère plus à son ayant droit tous les moyens de sa réalisation. Parmi les exemples cités nous retenons l'exception suspensive, un jugement inexécutable, etc...

Gierke ne voit pas un devoir juridique (rechtliches Sollen) dans les cas des devoirs imposés par la morale

ou les convenances, aussi est-il d'avis qu'on ne peut parler pour ces cas d'un rapport de responsabilité. Leur paiement doit être considéré comme une donation (art. 814, 534, 1146, 1641, 1804, 2205, 2207, 2113, 3, 2330). Gierke ajoute que le B. G. B. considère dans l'article 1624 l'établissement des enfants comme accomplissement d'une dette, quoiqu'en fait il n'en soit rien[124].

b) Dette sans pleine Responsabilité. — On considère comme dette sans pleine Responsabilité les dettes assurées uniquement par une Responsabilité purement patrimoniale, par une pure Responsabilité objective ou bien seulement par une Responsabilité personnelle limitée. L'épuisement de la Responsabilité lorsque l'étendue de celle-ci est moindre que celle de la dette assurée, entraîne dans ces cas extinction de la dette. A ce propos, Gierke critique les vues de Siber, d'après lequel la dette est toujours limitée dans la même mesure que la Responsabilité[125].

c) Dette sans Responsabilité du débiteur mais munie d'une Responsabilité étrangère. — Gierke se réfère en parlant de cette catégorie de dettes aux dettes incomplètes garanties par une caution, une hypothèque, un gage.

106. — Gierke est d'avis que la Responsabilité suppose une Dette ce qui n'empêche pas qu'elle puisse être rendue, de différentes manières, indépendantes de la Dette. Un exemple nous serait fourni par le cautionnement pour lequel il faut, contrairement aux affirmations d'Isay, admettre l'existence d'une Dette avec la seule réserve que conformément à l'article 765 B. G. B. la Responsabilité forme le contenu primaire du cautionnement. La caution doit aussi, mais son devoir se résume, dit Gierke,

124. **Gierke**, *op. cit.*, p. 43-48.
125. **Gierke**, *op. cit.*, p. 40.

à procurer la prestation du débiteur principal ou bien un remplacement de celle-ci.

La Responsabilité sous forme de gage (Pfandhaftung) peut ou bien s'épuiser en Responsabilité (droit de gage) ou bien faire naître une dette réelle (dingliche Schuld). C'est, comme nous l'avons déjà vu à plusieurs reprises, le cas des droits de gage foncier (Grundpfandrechte) qui font naître une dette réelle du propriétaire actuel tandis que dans les charges réelles, la Responsabilité personnelle du propriétaire s'adjoignant à la Responsabilité réelle du fonds, fait naître une dette personnelle pour le propriétaire actuel. D'autre part, le droit allemand moderne connaît des rapports de Responsabilité sans Dette, des rapports de Responsabilité dépassant la Dette et enfin des rapports de Responsabilité sans Dette du responsable

a) *Responsabilité sans Delte.* — Nous savons déjà que ce genre de Responsabilité ne se rencontrait que dans l'ancien droit allemand. Dans le droit moderne la Responsabilité sans Dette se résume à une Responsabilité sans Dette actuelle. C'est d'ailleurs le cas de la Responsabilité pour une Dette future, Responsabilité qui, avant la naissance de la Dette crée un sorte de sujétion (Gebundenheit) juridique correspondant à un droit éventuel d'agression du créancier.

b) *Responsabilité dépassant l'étendue de la Dette.* — On rencontre un pareil cas pour une dette, charge d'un patrimoine spécial, lorsque le titulaire du patrimoine spécial répond pour la dette en question non seulement avec ce patrimoine spécial mais aussi avec le reste de son patrimoine.

c) *Responsabilité sans dette du responsable.* — Le cas classique de cette Responsabilité nous est fourni par la Responsabilité de l'objet appartenant à une personne, pour la dette d'un tiers. Normalement le propriétaire qui a engagé sa chose pour la Dette d'un tiers, n'est pas lui

même débiteur. La Responsabilité patrimoniale de l'usufruitier pour les dettes du propriétaire dit Gierke, n'est pas liée à une dette de l'usufruitier. Gierke parle d'ailleurs aussi de cas de Responsabilité personnelle sans Dette correspondante, mais ces cas sont de beaucoup plus rares que les autres.

Enfin dit Gierke, il y a des cas où la Responsabilité pour Dette étrangère est elle-même reliée à une Dette propre. C'est le cas de la caution qui doit, mais dont la dette est différente de celle du débiteur principal et puis le cas de la Responsabilité hypothécaire contenant seulement une Dette réelle, alors qu'un tiers est personnellement responsable[126] .

Nous limiterons le résumé de l'ouvrage de Gierke à ce que nous avons dit, vu que cela suffit pour nous donner une idée de la façon dont Gierke conçoit et la Distinction et son application en droit allemand moderne.

§ 8. Théories de Schwind[127].

107. — Nous allons clore la série des résumés en exposant les vues de Schwind consignées spécialement dans son article sur la Théorie de *Schuld* et *Haftung*, en droit allemand moderne. Dans une belle introduction, Schwind déplore la tendance théorique exagérée du droit moderne tendance dont les inconvénients se font aussi ressentir de la façon la plus vive quant à l'étude de la distinction entre Dette et Responsabilité. Quoique dans la vie il n'y ait pas de limites, Schwind préfère, au point de vue dogmatique l'établissement de limites entre les différentes

126. **Gierke**, *op. cit.*, p. 49-52.

127. **Schwind**, *Wesen und Inhalt des Pfandrechtes*, 1899. *Schuld und Haftung im geltenden Rechte*, JJ. vol. 68, 1919, p. 1-205.

institutions juridiques, de sorte qu'ayant le choix entre différents types de définitions, il préfère à la définition comprenant tous les cas limite avec le risque de ne plus correspondre aux cas normaux, la définition contenant la règle générale, c'est-à-dire tous les cas normaux, mais permettant en même temps de mettre en évidence ces cas limite. Dans les développements consacrés à la distinction entre la Dette et Responsabilité, Schwind fait remarquer l'existence d'exagérations de ce genre qui font encourir à cette Distinction le risque d'un discrédit à cause d'objections provoquées, non par son contenu, mais par la forme sous laquelle elle était présentée. Tandis que, ajoute-t-il, si l'on tient compte de la vraie définition de la Distinction, dans toute sa simplicité et clarté, on ne peut plus méconnaître son importance et son application non seulement au droit germanique, mais à tout droit moderne, application propre à jeter plus de lumière sur la conception d'un grand nombre d'institutions juridiques modernes[128].

108. — Dette et Responsabilité. — Indépendamment de toute réglementation juridique, sans avoir égard au lieu et à l'époque de celle-ci, il faut, dit Schwind, considérer dans tout rapport obligatoire, les deux choses suivantes :

1. D'un côté, il faut tenir compte que quelque chose doit être presté par des hommes à d'autres hommes.

2. D'un autre côté, il faut tenir compte de l'existence pour la garantie (Sicherstellung) de cette prestation, de moyens de pression et de force (Pressions-und Machtmittel).

La réglementation juridique de cette différence est très variée dans les différentes législations, mais, dit

128. **Schwind**, *S. u. H.*, p. 1-10.

Schwind, cette différence, dans les deux sens indiqués est une nécessité conceptuelle (begriffliche Notwendigkeit), ne pouvant manquer à aucun droit.

Dans l'obligation moderne, poursuit-il, on doit distinguer entre l'action humaine et les moyens extérieurs qui doivent provoquer (veranlassen) assurer (sicherstellen), ou bien remplacer (ersetzen) cette action. Et on doit considérer ces deux choses comme complètement distinctes. Pour la production de l'action humaine nécessaire à l'accomplissement de la dette (Schuld) un acte de volonté est indispensable. Cet acte ne peut en aucune manière être produit directement par l'ordre juridique. L'ordre juridique peut tout au plus l'influencer indirectement et il peut aussi certainement attribuer au créancier un équivalent (Ersatz) de la prestation inaccomplie[129].

109. — Importance de la distinction entre Dette et Responsabilité. — Avant l'application de cette théorie de la distinction entre Schuld et Haftung, dit Schwind, on s'était déjà aperçu que la notion de rapport obligatoire (Schuldverhâltnis) comprenait des éléments qui, au point de vue de leur contenu, n'étaient pas identiques. Aujourd'hui, grâce à la distinction entre Dette et Responsabilité, les difficultés disparaissent car on s'aperçoit que la diversité des rapport obligatoires tient aux variations de structure des rapports de dette, à la forme de la Responsabilité ou bien aux rapports existant entre Dette et Responsabilité. Grâce à la connaissance de cette Distinction, et c'est en cela que réside son importance dogmatique, on remplace, dit Schwind, l'ancienne notion unitaire d'obligation par des rapports de droit, d'une grande richesse de formes, et dont les formes respectives unies les unes aux

129. **Schwind**, *op. cit.*, p. 11-12.

autres donnent naissance aux combinaisons les plus variées

D'ailleurs, ajoute Schwind, la compréhension exacte de cette Différence conceptuelle ouvre la voie à la compréhension exacte de la structure de tout droit moderne[130].

110. — La Responsabilité. — Avec Amira, Schwind déduit de l'antithèse même entre Dette et Responsabilité leurs limites. Tout ce qui a trait à l'action humaine en vue, tout ce qui a donc trait au devoir de prester (Leistensollen) ou au devoir de recevoir (Bekommensollen) fait partie du domaine de la Dette (Schuld). Tout ce qui, venant de l'extérieur, a trait à l'établissement (Errichtung), à l'obtention par contrainte (Erzwingung), à la garantie (Sicherstellung-Gewährleistung) de l'action, fait partie du domaine de la Responsabilité. De ce point de vue les différentes Responsabilités n'ont ni le même but ni les mêmes effets.

Il cite d'après Strohal[131], les moyens qui, en droit moderne, sont mis en cas de Responsabilité personnelle, à la disposition du créancier pour obtenir la contrainte juridique s'il y a inaccomplissement volontaire (justice privée, compensation, concours de l'autorité). Il considère comme appartenant à la Responsabilité les effets de la mise en demeure ainsi que ceux de l'obligation d'équivalent (Ersatzverbindlichkeit) naissant au moment où la prestation due devient impossible. Il établit cette appartenance à la Responsabilité parce que ces effets exercent une pression indirecte pour l'accomplissement de la dette. D'ailleurs, d'après Schwind, ce n'est pas seulement l'exécution forcée procurant un équivalent de la prestation, inaccomplie, qui appartient à la Responsabilité, mais

130. **Schwind**, *op. cit.*, p. 13-15.
131. **Strohal**, *Schuldpflicht und Haftung*, p. 19, V. *supra*. n° 97.

en font encore partie toutes les opérations préliminaires depuis l'introduction de l'action jusqu'au dernier acte de la satisfaction au moyen de la contrainte (Zwangsbefriedigung)[132].

111. — Responsabilité personnelle et Responsabilité objective. — A l'opposé de Gierke qui nous parle de Responsabilités personnelle, patrimoniale, objective, Schwind ne classifie les Responsabilités, quant à l'objet qui répond, qu'en Responsabilité personnelle et Responsabilité objective. La Responsabilité sert à deux choses : 1° exercer sur le débiteur une pression morale pour le déterminer à entreprendre l'action due; 2° obtenir un équivalent de la prestation due, dans l'éventualité où celle-ci ne se produit pas et dans la mesure dans laquelle elle ne se produit pas.

La prestation due, la nature de l'objet responsable, les règles juridiques fondamentales concernant la réalisation de la Responsabilité, déterminent ce que le créancier reçoit par la Responsabilité. Et l'on constate qu'il reçoit parfois, au temps de la prestation près, la même chose qu'il aurait reçue par la prestation même. Cela arrive par exemple dans les obligations de sommes d'argent. Parfois aussi il reçoit quelque chose de complètement différent de ce qui lui était dû. Et entre ces deux extrêmes il y a un nombre de situations intermédiaires ayant trait à ce que le créancier peut recevoir au moyen de la Responsabilité.

Des deux fonctions assignées comme nous venons de le voir ci-dessus à la Responsabilité, l'une ou l'autre prédomine, selon l'époque dans laquelle nous nous trouvons. Dans le droit ancien, c'est l'élément de pression psychologique qui prédomine, cet élément qui a pour but d'in-

132. **Schwind**, *op. cit.*, p. 16-17.

fluencer la volonté du débiteur. Dans la loi Salique nous devons observer encore cette prédomination, et Schwind de remarquer qu'on ne peut nier que ces moyens de pression, en tant qu'exerçant une forte pression sur la volonté du débiteur, n'ont pas atteint leur but moins bien que la Responsabilité personnelle d'aujourd'hui, avec son action dirigée sur le patrimoine du débiteur. D'ailleurs le développement naturel de l'institution a conduit à l'affirmation toujours plus grande du moment économique, dans le sens que la garantie gagna toujours plus d'influence vis-à-vis de la pression sur la volonté et aussi dans le sens qu'on tend à une compensation économique de plus en plus exacte. Les cas de simple pression sur la volonté deviennent donc de plus en plus rares. Il faut seulement ne pas pousser les choses trop loin, car, observe Schwind, en ne tenant compte que de l'exécution forcée, on méconnaîtrait complètement l'appareil de la Responsabilité en notre droit moderne. En pratique, les motifs déterminant le débiteur à payer volontairement sont multiples, mais chez la majorité des débiteurs, l'organisation de la Responsabilité pour l'accomplissement de la dette est décisive. D'ailleurs Schwind est d'avis, que la meilleure forme de la Responsabilité sera toujours celle qui simplement par son existence déterminera le débiteur à prester. Il ne faut pas, dit-il, attribuer seulement à la Responsabilité personnelle l'exercice d'une pression sur la volonté du débiteur. La Responsabilité objective exerce aussi une pression sur la volonté du débiteur, en déterminant celui-ci de payer, par la menace de l'exécution forcée qu'elle fait peser sur lui[133].

Schwind reconnaît qu'en droit moderne la Responsabilité personnelle est une Responsabilité patrimoniale, il en

133. **Schwind** *op. cit.*, p. 17-27.

est de même, dans une certaine mesure, de la Responsabilité objective. Dans la Responsabilité objective une chose répond indifféremment de son sort juridique, c'est-à-dire sans égard à qui elle appartient, tandis que dans la Responsabilité personnelle, c'est le patrimoine du responsable qui est exposé dans tout son contenu à l'action du créancier. Les objets soumis à l'exécution sont déterminés dans la Responsabilité personnelle par la personne à laquelle ils appartiennent tandis que dans la Responsabilité objective la personne atteinte par l'exécution réelle est déterminée par le sort juridique de la chose. C'est, dit Schwind, cette antithèse, qui sert de critérium pour savoir si l'on se trouve devant une pure Responsabilité objective ou devant une Responsabilité personnelle[134].

112. — Responsabilité personnelle limitée. — Schwind considère la Responsabilité limitée comme une transition entre la Responsabilité personnelle et la Responsabilité objective. Cette Responsabilité est encore une Responsabilité personnelle dans la mesure dans laquelle c'est une personne qui répond avec la chose ou jusqu'à la valeur de la chose. En échange, dit-il, dès qu'on décide que chaque possesseur répond avec chose déterminée et seulement avec cette chose, on est passé de la Responsabilité personnelle à la Responsabilité objective. Schwind explique que les expressions « es haftet die Sache » (la chose répond) « es haftet der Eigentumer mit der Sache » (le propriétaire répond avec la chose) sont équivalentes, la seconde, ne désignant que l'effet produit sur le patrimoine du propriétaire de la chose, par l'exercice de la Responsabilité objective. Car en considérant les faits attentivement, on arrive à la conclusion que l'exécution de la Responsabilité

134. **Schwind**, *op. cit.*, p. 28.

objective a toujours une répercussion sur le patrimoine du possesseur actuel de la chose, et que vis-à-vis de lui, elle agit toujours comme une Responsabilité patrimoniale limitée. Le propriétaire de l'objet assujetti à la Responsabilité objective pourrait rendre librement cet objet et empêcher ainsi que la vente forcée ait lieu sous son nom.

Mais s'il ne le fait pas, il y a vente forcée sous son nom comme s'il y avait eu dès le début Responsabilité limitée ou pleine Responsabilité patrimoniale du débiteur, ayant mené à la saisie de l'objet assujetti. Et inversement la Responsabilité personnelle limitée ou la Responsabilité personnelle illimitée ne conduit à la vente forcée que par l'intermédiaire de la Responsabilité objective (saisie-exécution). Dans le droit moderne, dit Schwind, Responsabilité personnelle et Responsabilité objective sont en antithèse, la première étant liée à la personne et indirectement atteinte par le sort du patrimoine de celui-ci, la seconde étant liée à la chose dont le sort juridique offre cette importance qu'il détermine la personne et le patrimoine par devers lesquels la Responsabilité objective extériorise à un moment donné ses effets. Toutefois ces deux Responsabilités n'appartiennent pas à des mondes différents : elles ne sont que des sous-divisions, des nuances d'une Responsabilité patrimoniale en un sens plus large. Les deux catégories de Responsabilité ont de commun : le but final de la procédure d'exécution forcée et la pression psychologique afin de déterminer celui qui dans son patrimoine est atteint par elle, de procéder à l'accomplissement de la dette[135].

113. — Caractère et degrés de la Responsabilité. — Pour Schwind, la Responsabilité est, conformément à son but,

135. **Schwind**, *op. cit.*, p. 29-36.

un stimulant pour déterminer celui qui répond personnellement, ainsi que celui qui appelle sienne une chose donnée en gage de prester sans s'enquérir s'il s'agit de l'accomplissement d'une dette propre ou d'une dette étrangère.

Schwind admet des degrés d'intensité dans la Responsabilité patrimoniale du droit moderne. En effet, la Responsabilité personnelle de l'ancien droit présentait déjà des degrés d'intensité commençant par le *in partes secare* et allant jusqu'à la Responsabilité patrimoniale illimitée et limitée). La Responsabilité personnelle présente de nos jours aussi selon Schwind des degrés qui se manifestent soit dans la Responsabilité illimitée par rapport à la Responsabilitée limitée, soit dans la possibilité des oustraire à la poursuite des créanciers certains biens appartenant au débiteur (minimum d'existence, etc.).

Schwind croit pouvoir distinguer des degrés également dans la Responsabilité objective de nos jours. Comme preuve il cite le cas des fideicommis. En effet en vertu de l'inaliénabilité des fonds fideicommissaires, l'exécution forcée contre un tel fonds n'aboutit qu'à l'administration forcée et jamais à la vente forcée. On peut ranger dans la même catégorie les limitations conventionnelles apportées à l'application de l'exécution forcée[136].

114. — Rapports entre Dette et Responsabilité. — *Cas normal.* Les Dettes (Schulden) ayant une importance juridique sont reliées à n'importe laquelle des Responsabilités ci-dessus. Dans la majorité des cas, dit Schwind, les dettes considérées comme telles par le droit sont accompagnées par une Responsabilité personnelle illimitée. Accompagnant en général la dette, la Responsa nilité personnelle naît normalement par le même acte que la dette correspondante, est modifiée normalement par les

136. **Schwind**, *op. cit.*, p. 37-39.

mêmes actes que celle-ci et s'éteint normalement en même temps qu'elle. D'ailleurs la règle comporte de nombreuses exceptions importantes de sorte que la séparation entre Dette et Responsabilité acquiert aussi une importance pratique.

En règle générale Dette et Responsabilité naissent donc par le même acte. On compte parmi ces actes donnant en même temps naissance à la Dette et à la Responsabilité le délit, le quasi-délit, les conventions unilatérales et bilatérales, la promesse unilatérale de récompense (Auslobung) l'émission de lettres de change et de titres au porteur, les dispositions testamentaires (spécialement les legs). La même chose résulte des cas de crédit personnel ainsi que d'une partie des cas de crédit réel.

Cela n'est d'ailleurs pas exact pour le pur crédit réel spécialement pour le *nauticum fœnus* et la dette foncière (Grundschuld). Dans la *Grundschuld*, sans que Schwind puisse en expliquer la cause, la majorité des auteurs admet un manque de dette. Ce qui est d'autre part certain, c'est que pour la dette foncière toute Responsabilité personnele manque. En échange si l'on admet avec Schwind une dette dans le cas de la dette foncière, on se trouverait, dit-il, devant un groupe très nombreux de dettes non munies de Responsabilité personnelle.

Dettes de jeu et de pari. Ces dettes sont soumises à un droit spécial. L'article 762 B. G. B. y nie toute obligation (Verbindlichkeit); il parle toutefois d'une dette de jeu et d'une dette de pari en faisant par cela justice à l'usage qui considère ces dettes comme des dettes d'honneur. Aussi peut-on dire que selon la terminologie du droit allemand, le jeu et le pari n'établissent qu'une Dette sans établir en même temps une Responsabilité[137].

137. **Schwind**, *op. cit.*, p. 39-43.

115. — Dettes sans Responsabilité. — Dans ce groupe de Dettes, Schwind place en premier lieu, comme nous venons de le voir : 1° les dettes de jeu et les dettes de pari. Il y ajoute 2° les dettes naissant de promesse de récompense pour entremise de mariage (art. 656 B. G. B.) ainsi que 3° la dette naissant conformément à l'article 66 de la loi allemande sur les bourses de commerce en vertu d'un marché à terme interdit et portant sur des céréales ou des produits de céréales; 4° enfin Schwind croit pouvoir grouper ici les cas résultant de l'article 875 B. G. B.[138] lorsqu'un contrat concernant un fonds a été conclu sans le respect des formes prescrites, contrat pouvant être ultérieurement validé par l'accomplissement entrepris par une des parties contractantes.

A côté de ces cas Schwind cite aussi les faits juridiques portant atteinte seulement à l'un des deux rapports. Le premier cas, déjà connu, est celui de la dette prescrite. Le débiteur qui se réfère à la prescription détruit la Responsabilité, tout en laissant subsister la dette, qui peut être valablement payée et peut aussi servir de base à d'autres transactions futures, comme la reconnaissance dette, la reprise de dette (Schuldübernahme), l'établissement d'un cautionnement ou d'un gage. Et nous savons aussi que, malgré la prescription, les cautions et les objets donnés en gage pour l'obligation prescrite subsistent après la prescription.

138. *Art.* 873, *D. G. B.* — Pour aliéner un immeuble ou le grever d'un droit réel, de même que pour aliéner ou grever un droit réel immobilier, il faut l'accord des volontés de l'ayant droit et de l'autre partie sur la mutation à réaliser et l'inscription de cette mutation au livre foncier, à moins que la loi n'en dispose autrement.

Avant l'inscription, les parties ne sont liées par leur accord que s'il a été passé acte de leurs déclarations, soit en justice, soit par devant notaire, ou si ces déclarations ont été faites devant le bureau foncier ou lui ont été produites, ou si l'ayant droit a remis à l'autre partie un consentement à inscription conforme à la loi sur les livres fonciers.

Un cas analogue que nous connaissons aussi est celui de la succession. La Dette et la Responsabilité passent sur l'héritier, cette dernière tout en s'élargissant parce qu'elle englobe aussi le patrimoine de l'héritier. L'héritier peut d'ailleurs limiter sa Responsabilité aux biens héréditaires[139].

116. — Dettes nées en vertu de la Responsabilité (Schuld kraft Haftung). — S'il est logique et normal, dit Schwind, que la Dette sous ses formes de *Bekommensollen* ou de *Leistensollen* soit le motif, la base nécessaire à l'existence de la Responsabilité, il arrive souvent que la Responsabilité se manifeste, en pratique, comme l'élément le plus important de l'obligation. Par exemple dans la reprise de Dette (Schuldübernahme), l'on accorde plus d'importance à savoir qui répond pour la dette qu'à savoir qui doit.

On trouve quelque chose d'analogue dans les cas pour lesquels on parle d'une Dette née en vertu d'une Responsabilité. Schwind se réfère en premier lieu au cas cité par Schreiber selon lequel une Responsabilité existante donne, en certaines circonstances, naissance à un rapport de Dette muni à son tour de Responsabilité. C'est le cas de l'obligation naissant de la Responsabilité de payer des intérêts moratoires ; celle d'une prestation de remplacement (Ersatzleistung) en cas de retard ou d'impossibilité de prester imputable au débiteur.

Schwind joint à ces cas ceux où, pour des obligations au sens de l'article 241 B. G. B., on a établi plusieurs Responsabilités à côté de la Responsabilité personnelle du débiteur, et où, lorsque plus tard, la dette devant disparaître avec la Responsabilité personnelle, on admet sous

139. **Schwind**, *op. cit.*, p. 43-45.

une forme quelconque une persistance de cette Dette à cause de la Responsabilité objective ayant survécu à la Responsabilité personnelle. Prenons par exemple, poursuit-il, un débiteur dont la dette est garantie au moyen d'un gage ou d'une hypothèque sur un immeuble d'un tiers. Le débiteur meurt sans héritier et sans fortune. Normalement la dette et la Responsabilité doivent être considérées comme éteintes. Mais grâce au gage ou à l'hypothèque le créancier conserve aussi sa dette. Il est vrai qu'on peut considérer explique Schwind, cette Dette de deux manières :

1. On peut admettre que la dette s'est maintenue objectivement dans le sens que quelque chose doit être presté au créancier sans qu'on se demande s'il y a quelqu'un pour pourvoir à cela (Il s'agirait donc d'une *Gläubigerschuld*).

2. On peut aussi bien admettre que le soin de cette Dette revient au propriétaire à défaut du débiteur principal.

Ce qui compte, c'est que la Dette se maintient grâce à la Responsabilité, et Schwind constate que de ce point de vue on se trouve de nouveau devant un cas limite, vu qu'en règle générale les Responsabilités naissent et persistent à cause des Dettes, tandis qu'ici c'est le contraire qui arrive[140].

116*bis*. — Dette du créancier (Gläubigerschuld). — A propos de la dette naissant d'une Responsabilité, Schwind remarque que tant qu'il y a une personne qui doit on peut relier à sa dette toutes les sortes de Responsabilités. On ne devra pas se poser le problème de savoir si les personnes qui répondent doivent aussi. En échange, dès que le débiteur personnel disparaît, cette question doit se poser et les

140. **Schwind**, *op. cit.*, p. 46-49.

Germanistes ont essayé de résoudre les difficultés qu'elle suscite au moyen de la dette de créancier (Gläubigerschuld)[141].

Schwind considère cette *Gläubigerschuld* comme un fantôme à l'usage seulement de ceux ne voulant pas voir qui doit avoir soin de l'accomplissement du devoir de recevoir du créancier. En réalité, dit Schwind, il faut admettre qu'en vertu de la pure Responsabilité objective la personne qui en est atteinte, dans notre cas le propriétaire de la chose responsable, doit prester, ce qui signifie qu'une dette lui incombe. C'est ce que nous venons de voir pour la dette foncière. Voilà donc comment, d'après Schwind, malgré leur indépendance conceptuelle ces deux notions de Dette et de Responsabilité se trouvent intimement unies dans la pratique. Il n'y a donc rien d'étonnant si la règle que la Responsabilité existe grâce à la Dette est tournée dans quelques cas limite, il n'y a rien d'étonnant, dit-il, si l'harmonie faisant valoir de la même façon Dette et Responsabilité est parfois troublée selon qu'on accorde une plus grande importance économique à l'une ou à l'autre, qu'on place au premier plan tantôt l'un, tantôt l'autre de ces éléments, pour arriver dans certains cas, jusqu'à faire complètement disparaître un de ces deux éléments[142].

117. — IV. La dette (Schuld). — Il y a une telle relation entre Dette et Responsabilité qu'on a accepté presque sans opposition la proposition : pas de Responsabilité sans Dette (ohne Schuld keine Haftung). Dans la littérature juridique on a accordé néanmoins beaucoup plus d'importance aux questions concernant la Responsabilité.

141. **Schwind**, *op. cit.*, p. 49-52.
142. **Schwind**, *op. cit.*, p. 66 et s.

Schwind en attribue la cause à ce que la force de contrainte (Zwangsgewalt) la pression, l'exécutabilité (Erzwungbarkeit) caractéristiques à toutes les normes juridiques, transformant les ordres en ordres juridiques ne sont établies pour les dettes que par la Responsabilité [143].

Pour le droit des Dettes (Schuldrecht) au sens technique, il n'y a des normes de contrainte que dans la mesure dans laquelle est exclue la répétition de ce qui a été presté.

Les autres normes de contrainte du droit des obligations appartiennent à la Responsabilité. Elles en sont des émanations.

L'intensité du devoir (Sollen) connaît une série entière de degrés. On trouve des devoirs juridiques, moraux, des devoirs imposés par les bonnes mœurs ou par la religion. On connaît des devoirs issus des contrats solennels ainsi que des prestations pour lesquelles aucune obligation (Verbindlichkeit) n'est établie (art. 656, 762 B. G. B.). Il y a ensuite des dettes nées de contrats non valables, de testaments non valables, pour ne pas avoir été faits avec le respect des formes imposées par la loi, etc.

Des Dettes qui sont complètement indifférentes au point de vue juridique, dit-il, peuvent devenir des dettes juridiques, mais c'est une question de pure législation que d'établir les limites à partir desquelles le gage, le cautionnement, le paiement produisent ou ne produisent pas des effets juridiques. Ce qui intéresse Schwind, c'est l'existence effective dans le droit moderne de tous les degrés d'intensité du devoir, depuis une dette pour laquelle existent les plus fortes garanties, jusqu'aux cas pour lesquels on doit douter si des Responsabilités existantes ont

143. «... die Zwangsgewalt, der Druck, die Erzwingbarkeit, die für alle Rechtsnormen charakteristisch sind, welche die Gebote zur rechtliche Geboten erheben, eben erst durch die Haftungen um die Schulden aufgebaut werden » (**Schwind**, *op. cit.*, p. 52).

une dette à leur base et à ceux où on peut purement et simplement nier l'existence d'une telle dette[144].

118. — Schuldpflicht. — Schwind avait déjà, dans un autre ouvrage[145], affirmé accepter pour le droit moderne la notion de rapport de Dette telle que le concevait Amira. Dans l'ordre juridique actuel, dit-il, au moment où l'on a en grande majorité des cas de Dette reliée à une Responsabilité personnelle, on sent depuis les recherches d'Amira concernant la décomposition de l'obligation en ses deux éléments, une vive nécessité de trouver un nouveau terme afin de ne plus être obligé, comme on l'est jusqu'à présent d'exprimer par le même terme et l'obligation complète, et l'un de ses éléments. De ce point de vue, continue Schwind, Strohal a peut-être contribué à la solution du problème par sa *Schuldpflicht*, qu'on pourrait par opposition à la *Schuld* germanique et à la Responsabilité, considérer comme l'union de dette et Responsabilitépersonnelle telle qu'elle résulte de la notion d'obligation du B. G. B.

En échange Schwind n'admet pas la notion de *Schuldpflicht* telle que la conçoivent Strohal et Schreiber[146], non plus que l'existence en droit moderne d'un pur *Bekommensollen*[147].

Dans les parties suivantes de son ouvrage Schwind s'occupe de l'application de la théorie à des cas spéciaux. Nous nous arrêterons donc ici dans notre résumé. Comme nous l'avons dit nous nous limiterons aux ouvrages résumés jusqu'ici. Ils sufisent pour donner une idée de la façon dont les auteurs allemands posent le problème de la

144. **Schwind**, *op. cit.*, p. 52-57.
145. **Schwind**, *Wesen und Inhalt des Pfandrechtes*, Jena, 1899, p. 6.
146. **Strohal**, *Schuldpflicht und Haftung*, p. 17; **Schreiber**, *Schuld und Haftung als Begriffe der privatrechtlichen Dogmatik*, p. 202.
147. **Schwind**, *S. u. h.*, p. 57 et s.

Distinction, de la façon dont ils entendent l'appliquer et de l'importance qu'ils lui accordent.

Dans la section suivante de ce chapitre nous donnerons en vue d'ensemble sur la Distinction en droit allemand moderne en ayant aussi recours aux auteurs dont nous n'avons pas pu spécialement résumer les théories dans ce livre.

Section II

Aperçu sur l'application de la Distinction entre Dette (Schuld) et Responsabilité (Haftung) en droit allemand moderne[148].

119. — L'obligation dans le B. G. B. — Le législateur allemand nous montre ce qu'il entend par obligation dans l'article 241, inscrit au début du deuxième livre du B. G. B., consacré tout entier aux obligations. En vertu de l'obligation, dit-il, le créancier a droit d'exiger une prestation du débiteur. Cette prestation que le débiteur doit accomplir de bonne foi, peut aussi consister en une abstention[149].

La doctrine dominante considère l'obligation, notion unitaire, comme un rapport entre créancier et débiteur comportant, d'un côté le droit d'exiger (Forderndürfen), de l'autre, le devoir d'accomplir (Leistensollen), rapport pour lequel selon qu'on met plus en valeur l'un ou l'autre

148. Dans cette section, il n'y aura pas de renvois pour les emprunts fait aux résumés de la première section de ce chapitre.

149. *Art.* 241, *B. G. B.* — En vertu du rapport d'obligation, le créancier a le droit d'exiger du débiteur une prestation. La prestation peut consister également dans une abstention.

Art. 242, *B. G. B.* — Le débiteur est obligé d'effectuer la prestation comme l'exigent la loyauté et confiance réciproques en corrélation avec les usages admis en affaires.

de ces deux côtés, on peut parler de Dette ou de Créance[150]. Le débiteur doit accomplir la prestation pour se libérer de l'obligation existante. Cette prestation peut être obtenue par contrainte par le créancier, qui a un droit d'agression sur le patrimoine du débiteur. Enfin le contenu du droit de créance, de l'obligation, s'épuise dans le *Forderndûrfen* et le *Leistensollen*[151].

L'obligation, présentée comme une notion unitaire, portant sur la personne du débiteur, et ayant pour objet la prestation de celui-ci, ne tarda pas à susciter des doutes légitimes, qui bientôt se transformèrent en certitude que l'obligation n'était pas la notion simple dont on parlait communément.

120. — Influence des recherches historiques. — Nous savons comment à la suite des travaux de Brinz, les germanistes ayant à leur tête Amira, démontrèrent qu'en ancien droit allemand, on connaissait des rapports de Dette et des rapports de Responsabilité, rapports indépendants et opposés, différant par leur nature, pouvant différer par leur étendue, leurs sujets, leur durée, leur objet. Les premiers, les rapports de Dette, formés d'un *Leistensollen* correspondant à un *Bekommensollen*, s'épuisant dans le devoir, ne contenaient aucun élément de force et avaient pour objet la prestation. Les seconds, les rapports de Responsabilité, établissaient un assujettissement d'une personne, d'un patrimoine, d'une chose, au pouvoir d'agression du créancier pour qu'en cas de non accomplissement de la prestation par le débiteur, le créancier puisse, grâce à un droit d'agression, tirer de la chose responsable,

150. **Ennecerus**, **Kipp**, **Wolff**, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II. Band, Recht der Schuldverhältnisse*. Elfte Bearbeitung von H. Lehmann, Erste Hälfte Par. 2 (226), p. 6.

151. **Ennecerus**, *op. cit.*, p. 7.

satisfaction ou un équivalent de la prestation inaccomplie.

Les découvertes germanistiques ne tardèrent pas à impressionner les civilistes. Leur premier soin fut de voir si cette Distinction ne se vérifiait pas en droit allemand moderne. L'unité de la notion d'obligation, proclamée sans cesse, leur parut suspecte. Ne pouvait-on pas et surtout ne devait-on pas reconnaître sa dualité?

121. — Motifs ayant déterminé la recherche de la Distinction en droit allemand moderne. — Dans les résumés de la première section de ce chapitre nous avons vu comment les auteurs admettant la Distinction en droit allemand moderne, ont procédé pour y prouver l'existence effective de cette Distinction. Sans vouloir entreprendre une énumération complète, ni procéder par ordre chronologique de leur découverte, il convient de citer les principaux motifs ayant déterminé les civilistes allemands à étudier cette Distinction dans le B. G. B.

1. C'est d'abord la curiosité légitime de voir si une situation propre à l'ancien droit allemand se retrouvait dans le droit moderne.

2. Ensuite la certitude que certaines des institutions du droit germanique basées au commencement sur cette Distinction ont passé presque sans modifications dans le droit moderne. On doit, dit Schwerin, se demander si oui ou non ces institutions ont passé dans le droit moderne dépourvues de leur base juridique ancienne. Et de toute façon, continue-t-il, on pourrait légitimement supposer que ces institutions reposent encore sur leurs anciennes bases.

3. Un autre argument pour déterminer des recherches dans le droit moderne, invoqué surtout par les auteurs considérant la Distinction comme caractéristique sans

exception de tout droit d'obligation, est le suivant : il faut considérer dans toute obligation deux éléments de nature différente.

a) Un rapport entre des hommes en vue d'une prestation;

b) L'existence de moyens de pression pour la mise en sûreté de la prestation.

122. — Résultats des recherches. — A la suite de leurs recherches, la majorité des civilistes a répondu affirmativement à la question de savoir si la Distinction existaitencore en droit allemand moderne. Il faut donc, d'après les auteurs partisans de la Distinction entre Dette et Responsabilité, ne plus considérer l'obligation comme une notion unitaire, mais bien comme formée normalement d'un rapport de Dette et d'un rapport de Responsabilité.

Ces auteurs reconnaissent en unanimité :

1° Que la notion d'obligation des articles 241 et 242 B. G. B. comprend les deux éléments réunis;

2° Qu'on ne peut déduire de la terminologie du B. G. B. l'existence de la Distinction entre Dette et Responsabilité, vu que les rédacteurs du code n'ont pas sciemment appliqué cette Distinction;

3° Qu'il faut distinguer entre Dette et Responsabilité dans l'obligation morderne;

4° Que normalement Dette et Responsabilité personnelle sont réunies.

Nous allons voir par la suite que si les partisans de la Distinction sont d'accord pour l'admettre, il ne règne plus d'accord entre eux lorsqu'il s'agit de déterminer l'aspect sous lequel se présente cette Distinction. Pour le moment il suffit de rappeler que cette Distinction est conceptuelle et que pour la majorité des partisans de la Distinction, il y a indépendance entre les rapports de Dette et ceux de Responsabilité.

123. — Preuves de l'existence de la Distinction en Droit allemand moderne. — Les partisans de la Distinction n'ont pas pu tirer argument en faveur de la Distinction de la terminologie du B. G. B. Les dispositions de ce code en échange ont pu servir de preuve aux auteurs soutenant l'existence de cette Distinction dans le droit allemand moderne.

Normalement, nous le savons déjà, Dette et Responsabilité sont intimement unies dans l'obligation, leur naissance a lieu en même temps, leur disparition aussi; leurs sujets sont identiques et leur étendue égale. Le B. G. B. nous présente néanmoins des cas où Dettes et Responsabilités ne se couvrent plus, des cas où leur union est très atténuée, voire inexistante.

Il suffit de rappeler les cas de :

Dette sans Responsabilité

Dette sans Responsabilité propre;

Responsabilité sans Dette actuelle;

Responsabilité dans Dette propre, etc.

pour prouver leur distinction et d'ajouter pour être certain de leur indépendance :

1° La possibilité qu'ont ces rapports d'avoir des sujets différents;

2° La possibilité qu'ils ont d'avoir une étendue différente;

3° La possibilité d'une différence de durée;

4° La différence du contenu des deux rapports.

Les résumés de la première section nous ont fait voir que s'il y a nombre de cas qu'on place indiscutablement dans chacun de ces groupes d'exception, il y en a d'autres pour lesquels les auteurs ne sont pas d'accord entre eux et cela vu que leur façon de concevoir la Distinction diffère de l'un à l'autre. Plus encore l'existence même de quelques-uns des groupes ci-dessus est discutée, comme nous l'allons

voir par la suite, par certains des auteurs partisans de la Distinction.

Nous verrons dans ce qui suit ce qu'on entend en droit allemand moderne par la distinction entre Dette et Responsabilité, nous aborderons les applications de cette Distinction pour finir avec la question de son importance pour ce Droit.

A vrai dire il n'est pas aisé de donner un aperçu synthétique de la situation dans la doctrine allemande quant à la Distinction dans l'obligation entre l'élément Dette et l'élément Responsabilité. Nous avons pu constater des résumés de la première section de ce chapitre que la façon de concevoir la Distinction en droit allemend moderne diffère beaucoup chez les auteurs cités et encore n'avons cité que les plus importants, dont les opinions étaient les plus caractéristiques. On remarque une grande diversité dans les systèmes de travail de ces auteurs. Les uns prennent la Distinction de l'ancien droit allemand, la vérifient ensuite sur le B. G. B. pour en tirer une série de conclusions. D'autres, en prennant une partie des éléments de la Distinction de l'ancien droit allemand, construisent le reste d'après les données du B. G. B. et formulent une autre série de conclusions. Enfin d'autres auteurs ont recours au seul B. G. B., dont ils appellent certains éléments du nom de Dette, d'autres du nom de Responsabilité. Aux uns le B. G. B. sert de moyen de vérification, aux autres de point de départ.

Aussi ne doit-on pas s'étonner de trouver un cas servant à la fois d'exemple pour illustrer des affirmations contradictoires non plus que de trouver, comme c'est le cas pour les *Grundpfandrechte*, des institutions qui en vertu de la même théorie de la distinction entre Dette et Responsabilité se trouvent expliquées de plusieurs manières différentes, voire opposées. (Il suffit de songer par exemple à la dette dans la *Grundschuld*. Strohal la considère comme

un devoir de recevoir du créancier sans devoir de prester correspondant, Schwerin y voit également un cas typique de *Bekommensollen*, Gierke admet aussi une dette de la part du propriétaire actuel du fonds — la dette réelle — et Schwind est du même avis, tout en ne voulant pas admettre la notion de dette réelle telle que la conçoit Gierke).

D'ailleurs rien d'étonnant en somme si la confusion est grande. Tout s'explique lorsqu'on se souvient que les différents auteurs n'ont pas un point de départ unique. Que les dispositions du B. G. B., loin d'imprimer une certaine direction et d'imposer une limite aux spéculations doctrinales, les favorisent au contraire dans une grande mesure grâce aux *Grundpfandrehte* et à d'autres institutions semblables. Qu'enfin chez certains auteurs la clarté et la précision font les frais d'une trop grande minutie et d'exagérations inexpliquables.

Voilà pourquoi l'aperçu de cette théorie de la Distinction entre Dette et Responsabilité en droit allemend moderne sera plutôt un tableau comparé des opinions les plus importantes émises à ce sujet.

124. — II. La Dette (Schuld) — Question de Terminologie. — La lecture des auteurs allemands présente surtout dans la question qui nous intéresse, tous les inconvénients du manque d'une terminologie préalablement fixée et unanimement admise. On trouvera donc le même mot employé dans plusieurs sens, de même que des mots, créés par des auteurs pour indiquer des nuances par eux admises. Nous ne songeons pas à étudier toutes les nouvelles acceptions données à certaines expressions, non plus que toutes les expressions nouvellement créées. Ce serait dépasser le cadre que nous nous sommes assigné. Il convient toutefois de donner quelques précisions sur *Pflicht*, *Müssen*, *Schuld*, *Sollen* que nous avons le plus souvent rencontrés

dans les expressions comme *Leistensollen*, *Bekommensollen*, *Schuldpflicht*, etc.

Müssen et *Sollen* signifient *devoir*, avec la différence que *Müssen* suppose une contrainte mise au service de l'accomplissement du devoir, tandis que pour *Sollen* il n'en est rien.

Schuld signifie dette, mais tandis que dans le B. G. B., *Schuldverhältnis* signifie *rapport obligatoire, obligation au* sens normal, *Schuldverhâltnis* signifie chez les partisans de la Distinction, rapport de Dette dans le sens que nous verrons plus loin.

Sollen et *Pflicht* signifient *devoir* (nom), mais *Pflicht* contient un élément de contrainte, une nécessité de la production de la prestation, qu'on ne trouve pas dans *Sollen*. Voilà pourquoi Strohal, pour désigner une dette contraignable, parle de *Schuldpflicht*, tandis que les auteurs qui parlent d'un simple devoir de prester dont on ne peut obtenir l'accomplissement par la contrainte recourent au *Leistensollen*.

Comme on l'a vu dans la première section de ce chapitre, nous avons traduit *Leistensollen* par devoir de prester, *Bekommensollen* par devoir de recevoir, *Schuld* dans le le sens du B. G. B. par obligation, *Schuld* dans le sens de la Distinction par dette, *Pflicht* par dette contraignable ou bien par nécessité et *Müssen* aussi par nécessité.

125. — Nous savons que si les partisans de la Distinction admettent unanimement l'existence, dans l'obligation du droit allemand moderne, de deux éléments conceptuellement distincts, il ne règne pas d'unité entre eux sur la façon de concevoir et les deux éléments pris individuellement et leurs rapports réciproques ainsi que les conséquences de ces rapports. Aussi essaierons-nous de grouper

pour plus de facilité, les conceptions sur le rapport de Dette de la façon suivante :

1. D'après une première conception représentée entre autres par Gierke[152], l'élément Dette doit être conçu au sens technique comme un rapport juridique dont le contenu est un devoir juridique (rechtliches Sollen), en entendant par *Sollen* la conformité au droit d'un certain résultat à obtenir au moyen de la prestation accomplie en lieu et temps dus.

Il n'est donc pas, dans ce rapport de Dette au sens technique, question d'un ordre (Befehl) juridique. On peut tout au plus dire que le Droit reconnaît comme juridique le fait du débiteur de prester et celui du créancier de recevoir au moyen de la prestation.

Conceptuellement le rapport de Dette au sens technique est indépendant de la Responsabilité et ne contient aucun élément de force[153], il ne devient contraignable que par l'adjonction de la Responsabilité. Dans ce rapport de dette au sens technique, il faut distinguer deux parties corrélatives : la dette du débiteur (*Schuldnerschuld*) et la dette du créancier (*Gläubigerschuld*), auxquelles correspondent le devoir de prester (*Leistensollen*) et le devoir de recevoir du créancier (*Bekommensollen*), inséparables dans le droit moderne comme ils l'étaient déjà dans l'ancien droit allemend.

C'est en vertu de cette inséparabilité de *Leistensollen* et *Bekommensollen* que Gierke admet pour les dettes foncières par exemple, corrélativement au Bekommensollen

152. V. aussi **Schulz**, *System der Rechte auf den Eingriffserwerb*, Archiv fur die Ziv. Prax., vol. CV, 1909, p. 227.

153. V. dans le même sens, **Bekker**, *Sprachliches und Sachliches zum B. G. B.*, JJ. 49, 1905, p. 53. Contra, voir **Kohler**, *Substanzrecht und Wertrecht*, Archiv. für die Ziv. Prax., vol. XCI, p. 172 et s.; **Krückmann**, *Nachlese zur Unmöglichkeits Lehre*, I, JJ., 57 p. 9.

du créancier, une dette du propriétaire actuel du fonds, dette qu'il appelle *dingliche Schuld*.

La même inséparabilité entre les deux éléments de la Dette est proclamée aussi par Schwind qui en tire les mêmes conséquences pour les droits comme la dette foncière, les charges réelles, etc.

Il faut aussi placer dans ce premier groupe Isay et Dümchen qui, tout en ne niant pas l'existence dans la Dette d'un Bekommensollen, accordent une très grande attention au devoir de prester. En plus nous avons vu que Dümchen considère la Dette bien qu'étant conceptuellement distincte de la Responsabilité, comme un ordre de prester adressé par l'Etat au débiteur, comme la volonté de l'Etat dirigée sur la volonté du débiteur.

L'interprétation des obligations naturelles comme simples rapports de dette est une preuve de l'indépendance des rapports de dette vis-à-vis de ceux de responsabilité. Il convient toutefois de remarquer que Dümchen ne considère pas ces obligations naturelles comme rapports de dette juridiques, ce qui s'explique par sa conception spéciale du rapport de dette (ordre juridique).

2. Un autre groupe d'auteurs pousse la Distinction beaucoup plus loin. Tandis que pour le groupe précédent les deux éléments du rapport de dette, le *Leistensollen* et le *Bekommensollen* allaient toujours ensemble, les auteurs de ce groupe considèrent que même ces deux éléments formant le rapport de dette, peuvent exister l'un sans l'autre c'est-à-dire que le *Leistensollen* et le *Bekommensollen* gardent leur indépendance l'un vis-à-vis de l'autre.

Il faut compter parmi ces auteurs Schwerin qui considère le rapport de dette en premier lieu comme un devoir de recevoir à satisfaire au moyen d'une prestation. Le débiteur peut manquer. En échange un devoir de prester

ne peut jamais exister sans un devoir de recevoir corrélatif. De toute façon, Schwerin ne considère pas le rapport de dette comme un ordre juridique et reconnaît son indépendance vis-à-vis du rapport de responsabilité.

Pour Schwerin, un devoir de recevoir (*Bekommensollen*) est conforme au droit lorsque le droit n'exige pas la restitution de la prestation, c'est-à-dire, lorsque la personne qui a reçu la prestation n'est pas considérée comme enrichie sans cause. Il construit la dette foncière comme un simple devoir de recevoir assuré par une Responsabilité objective du fonds. Pour ce groupe d'auteurs aussi, la considération des obligations naturelles comme purs rapports de dette est une preuve de l'indépendance de ces rapports vis-à-vis des rapports de responsabilité.

3. Il faut enfin classer dans un troisième groupe Strohal, qui accorde toute l'importance au devoir de recevoir (*Bekommensollen*) et considère l'élément dette comme un résultat juridiquement déterminé mis en vue du créancier. Il ne voit nullement la nécessité d'admettre à côté du *Bekommensollen*, un *Leistensollen* du débiteur, du moins dans les cas de Responsabilité objective. Strohal ne considère pas ce devoir de recevoir comme un ordre juridique. Comme exemple de simple devoir de recevoir, (donc sans devoir de prester corrélatif), assuré par une Responsabilité objective (non accompagnée par conséquent de Responsabilité personnelle), Strohal nous cite le cas d'une personne qui emprunte une somme d'argent en donnant au prêteur un objet en gage, tout en stipulant qu'elle aura seulement droit à reprendre son gage moyennant paiement, de sorte qu'elle n'est pas sujette d'un rapport de Dette.

Ce qui est intéressant chez Strohal, c'est sa façon de concevoir le devoir de prester. Le *Bekommensollen* qui peut être indépendant de tout *Leistensollen*, peut être

d'après Strohal, indépendant de toute Responsabilité. En échange le devoir de prester est indissolublement lié à la Responsabilité personnelle du débiteur. Le devoir de prester est un ordre juridique dit-il, de sorte que de ce côté-là on on ne peut pas séparer Dette et Responsabilité. Il résulte de leur union intime que du moment qu'il n'y a pas de Responsabilité personnelle, on ne peut pas parler de devoir de prester (nécessité de prester, car Strohal l'appelle *Schuldpflicht*). La Responsabilité personnelle est immanente à cette Dette. Nous connaissons aussi l'explication qu'il donne à cette assertion : en reconnaissant un rapport de dette, l'ordre juridique rend créancier celui qui doit recevoir la prestation du fait qu'elle lui oppose un débiteur responsable pour la prestation et en armant le créancier du pouvoir de réaliser au moyen de la contrainte juridique sa prétention (Verlangen) contre le débiteur.

Cette union stricte entre devoir de prester et Responsabilité personnelle entraînant la disparition de l'un des éléments dès que l'autre n'existe plus, explique pourquoi là ou les autres auteurs (Gierke, Isay, etc.) voient des dettes sans Responsabilité (jeu, pari, promesse de récompense pour entremise de mariage, etc.) Strohal ne voit pas de dettes au sens de Schuldpflicht. D'ailleurs les critiques de Gierke, qui l'accuse d'inconséquence, nous semblent fondées, car rien ne justifie l'adoption d'un certain régime pour le devoir de recevoir et la Responsabilité respective et d'un autre pour le devoir de prester.

En plus, il nous semble artificiel de considérer le devoir de prester (Leistensollen) et le devoir de recevoir (Bekommensollen) comme des éléments ayant une vie propre au lieu de les considérer indissolublement reliés dans le rapport de dette au sens technique.

126. — III. La Responsabilité (Haftung). — D'après

les auteurs admettant pour le droit allemand moderne la Distinction dans l'obligation des éléments Dette et Responsabilité on doit entendre par Responsabilité un assujettissement au pouvoir d'agression du créancier. C'est un point sur lequel presque tous les auteurs sont d'accord, Siber y compris, quoique dans son ouvrage, résumé dans la première section de ce chapitre, il avait conçu la Responsabilité comme une obligation de fournir un équivalent, dont on pouvait obtenir l'accomplissement au moyen de l'exécution forcée et qui se plaçait soit à côté soit à la place de l'obligation primaire de prester.

Les auteurs sont aussi d'accord pour dire que le droit d'agression du créancier s'exerce d'habitude au moyen de l'action et de l'exécution forcée, mais les divergences commencent lorsqu'il s'agit de déterminer ce que le créancier obtient au moyen de l'exercice de son droit d'agression.

En effet, tandis que Isay, Dümchen, Schwerin affirment que la réalisation de la Responsabilité procure toujours un dédommagement pour la prestation inaccomplie, Gierke, Strohal, Schwind soutiennent avec raison que par la Responsabilité on obtient, selon les cas, la prestation même, ou un dédommagement pour inaccomplissement de la prestation.

127. — Responsabiité personnelle, patrimoniale, objective. — Si du côté actif la Responsabilité est un pouvoir d'agression, du côté passif, elle est un état de sujétion. Les auteurs groupent en général d'après l'objet assujetti au pouvoir du créancier, les cas de Responsabilité en Responsabilité personnelle et Responsabilité objective (Isay, Dümchen, Schwerin, Strohal, Schwind, etc.). Gierke, en échange, maintient la division tripartite de l'ancien droit allemand.

1. Dans la Responsabilité personnelle c'est la personne du responsable qui est assujettie au pouvoir d'agression de créancier. Malgré quelques rares vestiges de Responsa-

bilité avec la personne physique[154], mentionnés par Gierke, la Responsabilité personnelle se manifeste dans le droit actuel sous sa forme patrimoniale. Cela veut dire que le droit d'agression du créancier porte sur les objets formant le patrimoine, en vertu de leur appartenance à celui-ci, conçu comme émanation de la personne. On ne peut pas admettre, comme on l'a parfois soutenu[155], une Responsabilité du patrimoine en dehors de la personne ou à la place de celle-ci. C'est, comme le dit Strohal, à travers la personne du débiteur que s'exerce le droit d'agression du créancier et sa limitation au patrimoine du responsable ne doit être considérée, avec Dümchen, que comme une limitation moderne du contenu de la Responsabilité personnelle. Réserve faite aux atténuations dont parle Schwind[156], la Responsabilité personnelle porte normalement sur tout le patrimoine du responsable.

2. Le patrimoine peut dans certaines circonstances être objectivement déterminé. C'est, par exemple, le cas pour l'hérédité, et en général pour tout patrimoine particulier. Il y a des auteurs parmi lesquels on doit compter Strohal, qui voient dans ces cas une Responsabilité personnelle. Strohal admet même plus : il voit un cas de Responsabilité personnelle dans le cas de l'art. 2187, B. G. B. lorsque cette Responsabilité apparaît limitée à un seul objet (la valeur du legs)[157].

Les partisans de la division tripartite de la Responsabilité, Gierke notamment, voient en échange dans ce cas une Responsabilité purement patrimoniale. D'ailleurs Dümchen

154. Voir *supra*, n° 102.

155. **Schulz**, *op. cit.*, p. 227 et s.

156. V. *supra*, n° 113.

157. *Art.* 2187, al. 1er, *B. S. B.* — Un légataire qui est grevé d'un legs ou d'une charge peut, même après l'accep'ation du legs qui lui est fait, se refuser à y satisfaire en tant que ce qu'il reçoit en vertu de son legs, n'y suffirait pas.

qui adopte la division bipartite dit aussi qu'on peut parler dans ces cas d'une Responsabilité purement patrimoniale.

3. La deuxième catégorie de Responsabilité, selon les uns, la troisième selon les autres, c'est la Responsabilité objective, qui ne doit pas, d'après Dümchen et Schwerin, être confondue avec la Responsabilité limitée dont nous allons parler tout à l'heure.

Par Responsabilité objective, on doit entendre l'assujettissement d'une certaine chose au pouvoir d'agression du créancier, c'est-à-dire que le créancier, en exerçant son pouvoir, ne s'attaque pas à la chose en vertu de l'appartenance de celle-ci au patrimoine du débiteur, mais bien en vertu de l'assujettissement direct de la chose au pouvoir du créancier.

Il y a presque complet accord entre les auteurs pour considérer comme cas de Responsabilité objective le gage mobilier, les charges réelles (Reallast), l'hypothèque, la dette foncière (Grundschuld), la rente foncière (Rentenschuld). Ce sont les principaux cas de Responsabilité objective. On en a d'autres. Il convient de citer le droit de rétention dont parlent Gierke et Schwerin.

Les auteurs ne sont pas d'accord lorsqu'il s'agit de déterminer le droit naissant de la Responsabilité objective. Isay, comme nous le savons, parle d'un droit spécial de Responsabilité. Schwerin nie aux droits de gage (comprenant gage mobilier, hypothèque, rentes foncières, dettes foncières) et aux charges réelles, leur caractère de droits réels, du fait que ces droits ne donnent pas à leur titulaire un droit indépendant d'agir sur la chose. C'est pour cela qu'il ne leur attribue que des effets absolus en rapprochant ainsi les droits précités au droit de rétention, qu'il compte aussi parmi les cas de Responsabilité objective. Enfin

Strohal dit que la Responsabilité objective engendre un droit sur la chose sans préciser la nature de ce droit.

En échange la majorité des auteurs admettant la Distinction s'accordent avec l'opinion courante, pour voir dans les droits de gage et des charges réelles des droits réels, et Gierke tout en reconnaissant que la Responsabilité objective établit d'habitude en faveur de son titulaire un droit réel, ajoute que cela n'est pas une règle générale, vu qu'il y a des droits personnels en vertu desquels le créancier peut retenir la chose (droit de rétention).

128. — La Responsabilité existe-t-elle avant l'échéance de la dette qu'elle garantit ? — La réponse pourrait se déduire de la définition même de la Responsabilité. Il convient toutefois d'insister sur l'observation de Gierke, qui soutient que la Responsabilité existe avant que l'agression soit nécessaire, avant son exercice. Elle existe sous la forme d'un assujettissement (Gebundenheit) de ce qui répond dès sa naissance, c'est-à-dire pour la Responsabilité personnelle dès la naissance de la dette correspondante, dès sa constitution légale pour la Responsabilité objective. Schwerin ajoute même que le droit du créancier d'attaquer certains actes du débiteur préjudiciant à ses intérêts serait une manifestation de cet assujettissement.

Quant à la réalisation de la Responsabilité, elle s'effectue d'habitude au moyen de l'action et de l'exécution. Strohal et Schwerin nous donnent plus de détails en admettant comme moyens de contrainte mis à la disposition du créancier en cas de Responsabilité personnelle :

a) dans une mesure très réduite le droit à la justice privée (art. 229 B. G. B);

b) le droit à la compensation en vertu des art. 387 et s. B. G. B;

c) enfin dans une mesure beaucoup plus importante le concours de l'Etat à la réalisation de la Responsabilité.

La majorité des auteurs allemands soulignent la différence de nature entre le droit d'agression et le concours de l'Etat. En effet tandis que le droit d'agression du créancier est de nature privée ne pouvant par cela être exclu de la notion d'obligation, les moyens de la réalisation de ce droit, grâce au concours de l'Etat (action, exécution) sont déterminés par la procédure civile en appartenant par cela au droit public.

129. — *La Responsabilité comme stimulant à la prestation.* — La prestation à effectuer par le débiteur ne peut, en tant que produite par la volonté humaine, être directement obtenue par contrainte. En échange il est incontestable que la volonté peut être indirectement déterminée à se manifester en un certain sens. C'est de ce point de vue qu'on dit que la Responsabilité sert à l'obtention par contrainte de la prestation. En effet, les auteurs qui admettent que par l'exécution forcée on n'obtient qu'un équivalent de la prestation, s'accordent avec ceux admettant que par l'exécution forcée on peut obtenir l'accomplissement même de la dette, pour dire que l'assujettissement de l'objet responsable au pouvoir d'agression du créancier sert :

1. En premier lieu à exercer une pression sur la volonté de débiteur pour le déterminer à prester et cette pression existe selon Schwind en cas de Responsabilité personnelle ainsi qu'en cas de Responsabilité objective.

2. A obtenir par l'exécution forcée ce qui lui est dû par la prestation ou bien un équivalent (dédommagement) pour la prestation due, dans la mesure dans laquelle celle-ci ne s'est pas produite. On peut donc dire avec Schwind que la Responsabilité est un stimulant du débiteur à la prestation.

On déduit de ce qui a été dit jusqu'à présent que, d'a-

près les auteurs acceptant la distinction entre Dette et Responsabilité en droit allemand moderne, la Responsabilité peut être définie comme l'état d'assujettissement d'une personne ou d'une chose au pouvoir d'agression du créancier dans le but de l'obtention, par contrainte, de la prestation pour laquelle elle a été établie ou, le cas échéant, d'un dédommagement pour non accomplissement dans la mesure de ce non accomplissement.

130. — Nous avons vu que les auteurs allemands parlent de deux catégories de Responsabilité : personnelle et objective. Ces deux catégories de Responsabilité ne s'excluent pas. Au contraire on peut avoir une Responsabilité objective à côté d'une Responsabilité personnelle, dont un exemple nous est fourni, quant aux charges réelles, par la Responsabilité du propriétaire du fonds pour les prestations échues pendant le temps qu'il est propriétaire ; sauf clause contraire, le propriétaire répond personnellement à côté de la Responsabilité objective du fonds[158]. Un cas analogue nous est fourni par le cas où, pour une dette d'une personne, celle-ci répond personnellement et donne aussi un gage au créancier.

La Responsabilité objective peut exister indépendamment de toute Responsabilité personnelle, par exemple dans la *Grundschuld*, dans les rentes foncières lorsqu'on a conventionnellement exclu la Responsabilité personnelle du propriétaire du fonds, etc. Lorsque plusieurs Responsabilités sont juxtaposées pour la sûreté d'une même dette, on peut avoir, selon Gierke, coordination ou subordination. Dans le premier cas le créancier est absolument libre de faire valoir en premier lieu n'importe

158. *Art.* 1108, al. 1er, *B. S. B.* — Sauf convention, contraire le propriétaire est aussi tenu personnellement des prestations échues durant le temps que dure son droit de propriété.

laquelle de ces Responsabilités. En échange, lorsque par la loi ou conventionnellement on doit faire valoir en premier lieu une Responsabilité préalablement déterminée et en second lieu les autres, la première est une Responsabilité principale et les autres des Responsabilités subsidiaires. On aurait, selon Gierke, un tel cas lorsqu'une chose appartenant à un tiers répond pour une dette d'un débiteur, répondant à son tour personnellement. Dans ce cas la Responsabilité objective de la chose serait principale, la Responsabilité personnelle subsidiaire.

Gierke nous parle encore d'une Responsabilité directe et d'une responsabilité indirecte. La première est la Responsabilité normale. Lorsqu'un débiteur A répond personnellement à son créancier B et que A est, à son tour, titulaire d'une Responsabilité de son propre débiteur C, Gierke dit que C est indirectement responsable envers B lorsque la Responsabilité de C envers A est assujettie (vinkuliert) à B.

131. — Responsabilité limitée et Responsabilité illimitée. — La plus importante division de la Responsabilité, admise par tous les auteurs partisans de la distinction entre Dette et Responsabilité, c'est la division en Responsabilité limitée et Responsabilité illimitée.

La Responsabilité illimitée est, si dire se peut, le droit commun de la Responsabilité personnelle. Dans ce cas et à part les restrictions indiquées par Schwind, le patrimoine du responsable est soumis à l'agression du créancier jusqu'à la complète satisfaction de celui-ci ou jusqu'à son complet dédommagement pour l'inaccomplissement.

La Responsabilité limitée se divise d'habitude en :

1° Responsabilité quantitativement ou arithmétiquement

limitée (Gierke, Strohal, Ennecerus)[159] et en

2° Responsabilité objectivement limitée.

1. On dit qu'on a une Responsabilité quantitativement ou arithmétiquement limitée, lorsque le débiteur répond avec tout son patrimoine jusqu'à une certaine somme. C'est par exemple la Responsabilité de la caution qui a limité à une certaine somme sa Responsabilité; c'est le cas pour l'hôtelier, par exemple, qui ne répond pour vols que jusqu'à la somme de 1.000 R. M. C'est la cas de certaines sociétés commerciales à responsabilité limitée.

Mais, dit-on, il ne s'agit pas ici proprement de dettes à Responsabilité limitée. Il s'agit au contraire de Responsabilité illimitée pour dettes limitées dans le sens qu'elles ne peuvent dépasser une certaine somme (Gierke, Ennecerus).

2. On se trouve devant une Responsabilité objectivement limitée, lorsque le débiteur peut faire cantonner l'action du créancier à une partie du patrimoine ou à un patrimoine particulier, le débiteur étant libéré de toute poursuite du créancier après l'épuisement de la valeur des biens auxquels il peut limiter cette agression. Du fait de cette limitation de Responsabilité la libération a lieu même lorsque la dette pour laquelle elle existe n'a pas été complètement acquittée.

Les exemples fournis par les auteurs sont multiples. On parle par exemple de la Responsabilité objectivement limitée de l'héritier bénéficiaire. Les dettes passent dans toutes leur étendue sur l'héritier au moment de l'acceptation de l'hérédité, tandis que les créanciers héréditaires ne sont satisfaits que dans la mesure des biens de la succession. Normalement l'héritier fait valoir cette limitation au moyen de l'administration de la succession (ordonnée par un tribunal spécial à la réquisition de l'héritier ou des créanciers

159. **Ennecerus**, *Lehrbuch*, vol. I[1], par **Lehmann**, éd. 1930, p. 8 et s.

successoraux) ou par le concours successoral (Nachlasskonkurs) (v. art. 1975-1929 B. G. B.). Nous nous trouvons donc devant un cas de limitation de la Responsabilité sans limitation correspondante des dettes respectives[160]. On peut encore citer une Responsabilité objectivement limitée dans le cas de cession conventionnelle de patrimoine (Vermôgensübernahme). Les dettes du cédant peuvent être poursuivies contre le cessionnaire, mais celui-ci peut limiter l'agression de ces créanciers à la valeur du patrimoine cédé et des créances appartenant à ce patrimoine[161].

Certains auteurs (Schwind) considèrent la Responsabilité limitée comme une transition entre la Responsabilité personnelle et la Responsabilité objective. La Responsabilité limitée est personnelle dans la mesure dans laquelle une personne répond avec la chose ou jusqu'à la valeur de celle-ci, tandis que dès qu'on établit pour une certaine catégorie de Responsabilité que chaque possesseur répond avec une certaine chose et seulement avec cette chose, on passe de la Responsabilité personnelle à la Responsabilité objective. Et celle-ci, dit Schwind, a toujours une répercussion sur le patrimoine du propriétaire de la chose responsable, de sorte que vis-à-vis de lui elle agit comme une Responsabilité patrimoniale limitée.

160. V. **Gierke**, *S. u. H.*, p. 108, n. 33.

161. *Art.* 1919, al. 1 et 2, *B. G. B.* — Si quelqu'un par contrat, reprend le patrimoine d'un autre, les créanciers de celui-ci peuvent, à partir de la conclusion du contrat et indépendamment de l'engagement du précédent débiteur, lequel se trouve maintenu, faire valoir également contre celui qui a repris le patrimoine les prétentions qui leurs appartenaient au moment du contrat.

L'engagement de celui qui a repris le patrimoine se restreint au montant du patrimoine repris par lui, en y ajoutant les prétentions qui peuvent lui appartenir du chef du contrat d'acquisition. Lorsque le reprenant invoque cette restriction de son engagement, il y a lieu de faire application correspondante des dispositions des articles 1990 et 1991, établies en ce qui touche l'engagement de l'héritier.

132. — Notion générale de Responsabilité. — La proposition d'Isay, de réunir tous les cas de Responsabilité sous une notion unique de Responsabilité a été, comme nous l'avons vu, repoussée par Siber, vu la trop grande différence entre Responsabilité personnelle et Responsabilité objective. Cela ne nous empêche pas de constater avec Schwind que, malgré l'opposition marquée entre ces deux Responsabilités, elles n'appartiennent toutefois pas à des mondes différents. La première s'exerce sur des biens déterminés par leur appartenance au patrimoine du responsable; la seconde, sur une chose dont le sort juridique offre, comme le dit Schwind, l'importance de déterminer la personne et le patrimoine par devers lesquels la Responsabilité objective est réalisée. Ces deux Responsabilités toutefois doivent être considérées, selon Schwind, comme étant des subdivisions d'une Responsabilité patrimoniale au sens large : les deux servant à exercer une pression sur la volonté du débiteur pour le déterminer à payer, les deux doivent, par leur réalisation, procurer au créancier, en cas d'inaccomplissement volontaire, le résultat même de la prestation ou bien un dédommagement correspondant.

133. — IV. Rapports entre Dette et Responsabilité. — De ce qui précède, nous avons vu comment les auteurs allemands conçoivent la Dette et la Responsabioité. Dans leur grande majorité, les partisans de la Distinction proclament l'indépendance du moins conceptuelle, de ces deux rapports l'un vis-à-vis de l'autre. Et en même temps, les auteurs s'accordent pour reconnaître que normalement Dette et Responsabilité personnelle illimitée sont réunies dans la notion d'obligation. C'est d'ailleurs le seul sens qu'on peut attribuer au *Schuldverhâltnis* de l'article 241 B. G. B. La règle est donc : qui doit répond aussi.

La Responsabilité exige nécessairement l'existence d'une

dette pour la sûreté de laquelle elle soit établie et malgré les affirmations des auteurs admettant la décomposition du rapport de Dette en *Bekommensollen et Leistensollen* (Strohal, Schwerin), la Dette en vue de laquelle existe la Responsabilité doit être une Dette complète, c'est-à-dire formée d'un *Bekommensollen* uni à un *Leistensollen*.

La dette est dépourvue de tout élément de force. Ce n'est pas, comme on l'a observé, un ordre juridique. La contrainte ne se manifeste qu'en vertu de la Responsabilité. Aussi la dette se transforme-t-elle par sa réunion à la Responsabilité en un élément nouveau : la nécessité de prester, la *Schuldpflicht* de Strohal, l'obligation normale de prester, correspondant au droit corrélatif du créancier. Ce dernier est personnel lorsqu'il s'agit d'une Responsabilité personnelle. Il est un droit à la chose dans la majorité de cas de Responsabilité objective (gage, hypothèque, rentes foncières, dettes foncières, charges réelles) et beaucoup d'auteurs sont d'accord pour le considérer comme un vrai droit réel. Il faut bien entendu que, pour avoir cette obligation, cette nécessité de prester, la dette et la Responsabilité personnelle incombent à la même personne[162].

Normalement la Dette et la Responsabilité ont le même fondement, ces deux éléments prennent naissance en même temps et s'éteignent par le même acte.

Quoique, en général, la Dette soit la base de la Responsabilité correspondante, il y a des auteurs qui parlent de dettes, munies à leur tour d'une Responsabilité propre, engendrées par une Responsabilité déjà existante. Schwind qui étudie certains de ces cas, les considère comme des « cas limite »[163].

C'est de la façon dont cette union des deux éléments est accomplie dans le droit moderne que les partisans de

162. Voir outre **Strohal**, **Gangi**, *op. cit.*, p. 199.
163. Voir *supra*, n° 116.

la distinction entre Dette et Responsabilité et de l'indépendance de ces deux éléments, tirent argument pour prouver leur thèse. En effet, si cette union était indissoluble, si elle avait abouti à une complète fusion, on ne devrait plus trouver dans le droit moderne des défauts de correspondance entre ces deux éléments. On ne devrait plus trouver un de ces deux éléments sans l'autre, on ne devrait plus trouver des dettes sans Responsabilité propre, non plus que des Responsabilités sans dette propre. Or, ces auteurs soutiennent qu'en droit moderne on connaît des Dettes sans Responsabilité propre, ainsi que des Responsabilités sans dette propore. Autant de motifs pour admettre la Distinction dans le droit moderne. Cela, sans compter la différence de contenu des deux rapports, sans compter les inégalité qu'ils peuvent subir dans leur étendue et leur durée sans compter enfin la possibilité d'avoir des sujets différents.

Par la suite nous citerons les institutions du droit allemand moderne dont les partisans de la Distinction invoquent la constitution juridique à l'appui de leur thèse. Nous aurons implicitement l'occasion de voir comment ces auteurs appliquent la Distinction au droit allemand moderne.

Il n'est d'ailleurs nullement dans notre intention de citer tous les cas mentionnés par les auteurs résumés. Nous nous contenterons de parler des cas les plus importants, ainsi que de donner la solution de certaines controverses dont l'analyse sortirait du cadre de cet ouvrage. Ce qui importe c'est la preuve que l'application est possible, qu'en effet il y a dans le droit allemand moderne des cas de Dette sans Responsabilité, de Responsabilité sans Dette, le nombre de ces cas présentant une importance secondaire.

134. — A. **Dettes sans Responsabilité.** — Il y a dans le droit allemand moderne des Dettes sans Responsabilité, c'est-à-dire des rapports de dette non munis de contrainte. Et dès le début il convient de souligner que Gierke divise les cas légaux de Dette sans Responsabilité selon que la loi enlève à la dette toute possibilité d'engendrer une Responsabilité, ou bien qu'elle retire à la dette l'effet régulier de la Responsabilité.

a. Dans le premier groupe il faut placer les dettes nées de jeu et de pari ainsi que la dette née d'une promesse d'entremise de mariage (art. 656 et 762 B. G. B.). Nous nous trouvons devant des cas typiques de dettes sans Responsabilité. La loi empêche la formation du rapport de Responsabilité. On ne peut même pas assurer ces dettes par des Responsabilités objectives non plus que par une reconnaissance de dette. Le créancier n'a aucun moyen de contraindre le débiteur au paiement. Seule la prestation volontaire vaut accomplissement. C'est un signe que nous nous trouvons devant un vrai rapport de dette, car dit Strohal, si d'une façon quelconque ces dettes venaient à s'éteindre, on pourrait pour la prestation faite après coup exercer la répétition de l'indu.

Siber refuse de reconnaître à ces dettes un caractère juridique, vu que le seul effet que le droit leur accorde c'est le refus de la *conditio indebiti*, refus n'ayant pas pour effet une contrainte et n'étant pas un moyen pour exiger le paiement volontaire. Le droit, dit-il n'approuve ni ne désapprouve ces rapports de dettes; il les déconsidère simplement. Dümchen raisonne d'une façon presque analogue lorsqu'il dénie aux obligations naturelles le caractère juridique parce que dépourvues de moyens de contrainte en vue de leur accomplissement. Il suffit d'observer que ces auteurs méconnaissent la notion de rapport de Dette telle qu'elle est acceptée par les historiens du droit allemand

et qu'ils confondent la notion de rapport de Dette, telle qu'elle est conçue par la majorité des partisans de la Distinction, avec la notion de l'obligation du B. G. B. La contrainte est nécessaire à l'obligation, pas aux rapports de dette.

b. Dans le cas de l'article 222 B. G. B.[164], on voit aussi une dette sans Responsabilité. Rapport obligatoire complet, la Responsabilité personnelle est détruite au moment où le débiteur oppose la prescription tandis que la dette persiste sous la forme de dette sans Responsabilité. Comme pour les cas précédents, la prestation volontaire vaut paiement. Une preuve en plus que la dette persiste nous est fournie par l'article 223 B. G. B. en vertu duquel les droits de gage et l'hypothèque constitués pour la sûreté de la dette persistent même après la prescription. En plus on peut rendre à cette dette sa Responsabilité par une reconnaissance de dette ou une constitution de sûreté, ce qui n'est pas admis dans le groupe précédent.

Parmi les nombreux cas de dette sans Responsabilité cités par les auteurs nous en retiendrons encore un seul qui paraît certain, malgré les critiques d'Ennecerus[165]. C'est le cas inventé par Strohal[166], d'un prêt fait avec la clause que le prêteur acceptera de tout temps la restitution du du prêt, mais qu'il ne pourra jamais exiger cette restitution. Strohal, y voit un simple devoir de recevoir (Bekommensollen) du prêteur, sans devoir de prester ni de Responsabilité de la part de l'emprunteur.

164. *Art.* 222, *B. G. B.* — Une fois la prescription accomplie, l'obligée est investi du droit de refuser la prestation.
Ce qui a été livré pour fournir satisfaction d'une prétention prescrite, ne peut être répété, alors même que la prestation aurait été effectuée dans l'ignorance de la prescription. Il en est de même lorsqu'il est intervenu de la part de l'obligé, soit une reconnaissance contractuelle, soit une prestation de sûreté.

165. **Ennecerus**, *Lehrbuch*, II

166. **Strohal**, *Schuldübernahme*, p. 292.

Schwerin[167] croit avec raison devoir admettre un devoir de prester de l'emprunteur et Gierke[168] est du même avis. Dans ce cas, il y a effectivement un prêt avec l'exclusion de la Responsabilité de l'emprunteur. On ne peut donc y nier l'existence du devoir de recevoir et du devoir de prester corrélatif non plus que le fait que le rapport qu'ils forment est une dette sans Responsabilité.

135. — B. **Responsabilités sans dette actuelle.** — Du fait que toute Responsabilité existe nécessairement en vue d'une Dette, on ne peut pas parler d'une Responsabilité sans Dette. On peut cependant parler aussi pour le droit allemand moderne d'une Responsabilité sans Dette actuelle dans le sens qu'une Responsabilité peut prendre naissance et exister avant la naissance de la Dette en vue de laquelle elle existe.

Les principaux cas admis par les auteurs parmi les cas de Responsabilité sans Dette actuelle sont en vertu de l'article 765.2 B. G. B. le cautionnement d'une Dette future ou conditionnelle, en vertu de l'article 1204.2. B. G. B. le gage mobilier constitué en vue de telles dettes, enfin en vertu de l'article 1113.2. B. G. B. l'hypothèque constituée dans le même but.

Dans tous ces cas, la Responsabilité existe dès le moment de sa constitution, tandis qu'en vertu de l'article 158, alinéa 1 B. G. B. la dette suspensivement conditionnée n'a d'efficacité qu'au moment de l'arrivée de la condition et que les dettes futures n'ont d'efficacité qu'au moment de leur naissance. Les hypothèques prennent rang au moment de leur inscription dans le livre foncier, sans égard au moment de la naissance de la dette. En vertu de l'article 1209, c'est aussi le moment de la constitution qui compte

167. **Schwerin**, *op. cit.*, p. 35-36.
168. **Gierke**, *Schuldnachfolge und Haftung*, p. 42.

pour le rang du gage mobilier. En effet si, pour une dette conditionnelle ou future on constitue un gage et si avant la naissance de la dette future ou conditionnelle on affecte le gage également à la sûreté d'une autre dette déjà existante, c'est toujours la dette conditionnelle ou future qui, après avoir pris naissance, sera préférée à l'autre au moment de la vente de l'objet gagé. Enfin la caution doit s'abstenir de tout ce qui pourrait empêcher l'accomplissement de la dette future ou conditionnelle.

Ce sont autant de preuves de l'existence de la Responsabilité avant celle de la dette conditionnelle ou future, quoique ces Responsabilités n'acquièrent leur véritable efficacité qu'après la naissance des dettes respectives.

136. — C. **Dettes sans Responsabilité propre**. — Normalement chaque dette est accompagnée de la Responsabilité du débiteur. On a cité toutefois des cas qui font exception à la règle. D'après Gierke entre autres, les obligations prescrites, pour la sûreté desquelles existe une caution ou bien un gage de la chose d'autrui, doivent être considérées comme dettes sans Responsabilité propre. En effet par l'opposition de la prescription, l'obligation reste à l'état de simple dette non munie de Responsabilité. Toutefois si, en invoquant la prescription, le débiteur éteint sa Responsabilité personnelle, il n'en est pas de même en vertu des articles 222 et 223 B. G. B. pour les droits de gage et d'hypothèque établis en vue de sa dette et l'on peut en plus assurer ultérieurement cette même dette au moyen d'un cautionnement, d'un gage, d'une hypothèque. Dans ces éventualités on aura donc une Dette sans Responsabilité propre.

Un cas analogue au précédent nous est fourni selon Gierke par la dette remise par concordat.

137. — D. **Responsabilité sans dette du responsable**. — Il a été plus difficile de trouver des cas de Responsabilité sans dette du Responsable et les controverses que la construction de ces cas a suscitées ont été très nombreuses.

Gierke a observé qu'on peut diviser les cas de Responsabilité sans Dette du responsable en deux groupes :

1. Le premier contenant les cas où celui qui répond est aussi débiteur, mais où la Dette de celui-ci est une conséquence de sa Responsabilité.

2. Le second contenant les cas de vraies Responsabilités sans dette propre, c'est-à-dire les cas où celui qui répond n'est pas débiteur.

Il a placé dans le premier groupe le cas de la Responsabilité de la caution, qui tout en étant répondant se trouve aussi être débitrice d'une dette qu'on doit, selon Gierke, considérer comme une dette secondaire vis-à-vis de la dette principale. La caution ne doit pas prester ce que doit prester le débiteur principal; il doit procurer la prestation du débiteur principal ou un équivalent de celle-ci. Du fait que, malgré cette dette secondaire, la caution répond pour la dette principale, Gierke conclut que nous nous trouvons devant un cas de Responsabilité sans Dette correspondante du responsable[169].

Isay et Dümchen ont adopté une attitude plus radicale. Pour eux la caution ne doit rien. Elle ne fait que répondre et l'interprétation de l'article 765[170], dans le sens que la caution ne promet qu'un dédommagement en cas d'inaccomplissement par le débiteur leur sert d'argument. La caution, disent-ils, ne s'engage jamais à prester ce que le débiteur doit prester et Isay ajoute que cela se voit très

169. **Gierke**, *Schuldrecht*, p. 49 et s.

170. *Art.* 765, *al.* 1, *B. G. B.* — Par le contrat de cautionnement, la caution s'oblige envers le créancier d'un tiers à répondre de l'exécution de l'engagement du tiers.

bien lorsque la prestation du débiteur principal est un *facere* ou un *non facere*, le débiteur ne pouvant alors être tenu que de dédommager pour non accomplissement. Strohal en échange, tout en reconnaissant que dans l'ancien droit allemand la caution pouvait répondre sans devoir, considère que pour le droit moderne on ne peut pas omettre la dette de la caution. Celle-ci est sujet d'un rapport de dette et d'un rapport de Responsabilité, dit-il. De l'article 755 B. G. B. on ne déduit que le caractère accessoire de l'obligation de la caution, c'est-à-dire l'existence d'une obligation principale en vue de laquelle elle existe, mais on ne peut en déduire le manque de dette de la caution. Il faut encore ajouter que Siber admet aussi une dette de la caution et que la doctrine dominante est du même avis.

Nous croyons avec Gangi[171] qu'en interprétant les articles 766, 2 et 755, 4 B. G. B. combinés avec l'article 755 B. G. B. il en résulte que, la caution est sujet d'une dette principale, qu'en cas d'inaccomplissement de la dette par le débiteur principal la caution est tenue d'accomplir la même prestation que le débiteur ou si cela était impossible, de fournir le dédommagement afférent, qu'enfin si l'on voulait considérer à l'instar de Schwerin tout le rapport de cautionnement comme rapport de responsabilité vis-à-vis de la dette principale, nous ne nous trouverions certainement pas devant un cas de Responsabilité sans Dette du responsable.

Si la construction du cautionnement comme cas de Responsabilité sans dette du responsable réunit si peu de suffrages, il en est autrement, pour un cas que Gierke place dans le second groupe : celui du gage constitué pour la dette d'autrui. Le gage est un cas de Responsabilité objective, la chose étant soumise à l'agression du créancier

171. **Gangi**, *op. cit.*, p. 254.

sans égard à son propriétaire, ce qui n'est pas le cas pour la Responsabilité personnelle. La chose, tout en étant responsable, ne peut certainement pas devoir. Le propriétaire qui donne sa chose en gage pour la dette d'autrui ne doit également rien, de sorte que le gage pour la dette d'un tiers est un vrai cas de Responsabilité sans dette propre.

Isay élargit le cercle de ces cas en cataloguant justement tous les cas de Responsabilité objective (gage, rentes foncières, dettes foncières, hypothèques, charges réelles, les cas du droit maritime où le navire et le frêt répondent pour les dettes du propriétaire, etc.) parmi les Responsabilités sans dette propre, du fait que dans ces cas les choses peuvent servir de sujet de Responsabilités, mais ne peuvent pas devoir. Isay a d'ailleurs soin d'ajouter qu'on trouve pour le gage, l'hypothèque et normalement pour les charges réelles une Responsabilité personnelle du propriétaire de l'objet à côté de la Responsabilité objective, tandis que celle-ci est normalement seule dans les autres cas.

138. — Autres preuves de l'existence de la Distinction dans le droit allemand moderne. — En dehors des preuves précédentes apportées à l'appui de la distinction entre la Dette et la Responsabilité en droit allemand moderne, on en a apporté d'autres encore dont nous ne citerons que les plus importantes :

1. *Les deux rapports ne coïncident pas quant à leur durée.* Nous avons dit en effet que normalement Dette et Responsabilité naissent par le même acte et disparaissent aussi en vertu du même acte. Les exceptions à cette règle ne manquent pas. Il suffit de rappeler ce qui a été dit ci-dessus. En effet les articles 765, 2, 1204.2, 1133.2, 1190 B. G. B. nous fournissent des cas de Responsabilité existant

avant la Dette, tandis que la Dette prescrite nous fournit un cas de Dette survivant à sa Responsabilité.

Pour Schwerin[172] la caution, le gage, l'hypothèque constitués pour une obligation déjà existante, sont des cas de Responsabilité nés après la Dette, tandis que la caution à terme (art. 777, B. G. B.) est un cas de Responsabilité disparaissant avant la Dette. Gangi[173] oppose toutefois à Schwerin l'existence dans les deux cas précités de la Responsabilité principale, Responsabilité qui ne change pas, de sorte que ces deux exemples ne sont pas édifiants. En échange, poursuit Gangi, on peut parler encore d'une Responsabilité s'éteignant avant la Dette correspondante, lorsque, pour une dette prescrite, existe une caution à terme de même qu'on peut parler d'une Responsabilité naissant après la naissance de la dette pour le cas imaginé par Strohal (prêt avec la clause que le prêteur ne pourra pas exiger le prêt, mais pourra seulement accepter sa restitution) lorsque ultérieurement l'emprunteur assume par exemple contractuellement une Responsabilité personnelle.

2. *Les deux rapports peuvent avoir des sujets différents.* — De ce point de vue la règle est aussi que les deux rapports ont le même sujet, mais cette règle subit de nombreuses exceptions.

D'abord les dettes prescrites, assurées par une caution, une hypothèque ou un gage de la chose d'autrui, sont des exemples de cas où passivement le sujet de la Dette est différent de celui de la Responsabilité. Et ce sera vrai pour tous les cas de Dette sans Responsabilité propre. Isay parle dans le même sens des cas de Responsabilité sans dette propre, notamment des cas de Responsabilité

172. **Schwerin**, *op. cit.*, p. 38.
173. **Gangi**, *op. cit.*, p. 270.

objective. Ces cas sont acceptables si l'on admet que c'est la chose qui répond, qu'elle est donc sujet du rapport de Responsabilité, ne pouvant évidemment pas être aussi sujet du rapport de dette.

Isay a voulu voir un cas de diversité de sujets du côté actif dans l'exécution testamentaire : l'exécuteur testamentaire serait sujet du rapport de responsabilité mais non de celui de dette ; on répondrait envers lui, sans lui devoir. Cette assertion a été combattue par Siber et Dümchen[174] qui ont démontré que l'exécuteur testamentaire n'était pas seulement titulaire du rapport de Responsabilité mais aussi du rapport de dette, de sorte que l'exemple cité par Isay n'est pas concluant.

3. *Les deux rapports ne coïncident pas toujours quant à leur étendue.* — La Responsabilité limitée, dont nous avons déjà parlé, en est une preuve. Nous avons vu comment certains auteurs (notamment Gierke) comprennent parmi les Responsabilités limitées le droit d'abandon et les cas de Responsabilité objective (gage, dettes foncières, rentes foncières, hypothèque, charges réelles, etc...), tandis que d'autres (Schwerin p. ex.) ne sont pas du même avis. Nous avons vu comment une dette peut être assurée par une Responsabilité quantitativement limitée (dette limitée avec Responsabilité illimitée) ou par une Responsabilité objectivement limitée (dettes héréditaires assurées par la Responsabilité des biens successoraux dans le cas d'acceptation bénéficiaire, ensuite la responsabilité du cessionnaire de patrimoine, la responsabilité du donataire, art. 519 et 529 B. G. B, la responsabilité des époux après la dissolution de la communauté, etc...) ; nous n'ajouterons donc rien à ce que nous avons déjà dit.

174. Voir n° 62 et 72.

4. *La Responsabilité peut subir des modifications sans que par cela la Dette soit modifiée.* — Nous savons qu'une autre preuve apportée à l'appui de l'existence de la Distinction en droit allemand moderne, c'est la possibilité qu'a la Responsabilité de subir différentes modifications pouvant aller jusqu'à son complet anéantissement, sans entraîner par cela des variations de la Dette en vue de laquelle elle existe. Dès le début par exemple, une dette peut être assurée par la Responsabilité personnelle du débiteur et un gage d'une chose lui appartenant. On peut constituer pour la même dette d'autres sûretés réelles ou personnelles sans par cela entraîner un changement de la dette. Quelques-unes ou toutes les sûretés accessoires peuvent disparaître sans que la dette change de même qu'aucun changement de celle-ci n'interviendra même si la Responsabilité personnelle disparaît en vertu de la prescription par exemple.

On peut modifier, conventionnellement la structure de la Responsabilité sans par cela entraîner un changement de la Dette. On peut par exemple, substituer au gage du débiteur le gage d'un tiers pour remplacer une caution par un gage. On peut enfin adjoindre une Responsabilité personnelle objective à une dette sans Responsabilité tout en n'entraînant aucune modification de la dette respective.

C'est d'ailleurs sur cette immutabilité de la dette vis-à-vis de la Responsabilité, que se base Gierke pour admettre contre Strohal une succession à titre particulier dans la cession de dette (Schuldübernahme). La dette, dit-il, reste identique à elle-même lorsque sa Responsabilité subit un accroissement ou une réduction. La dette n'est pas, en changeant de sujet, modifiée du fait qu'elle change de Responsabilité. Nous nous rappelons que Strohal soutenait au contraire que l'exclusion dans ce cas de la

succession à la responsabilité excluait la succession à la dette afférente[175].

139. — Pure Responsabilité objective. — Nous savons déjà que les partisans de la distinction entre Dette et Responsabilité ont admis l'existence dans le droit allemand moderne de Responsabilités objectives pouvant exister à côté d'une Responsabilité personnelle du débiteur (gage mobilier, hypothèque, cas normal des charges réelles) ou bien indépendamment de toute Responsabilité personnelle du débiteur (dette foncière, rente foncière, charges réelles lorsque la responsabilité personnelle du propriétaire du fonds a été conventionnellement conclue).

Il n'est pas difficile de considérer le gage mobilier existant toujours en vue d'une dette accompagnée de la Responsabilité personnelle du débiteur comme Responsabilité objective. L'objet gagé répond comme la personne pour l'accomplissement de la Dette.

La construction des Grandpfandrechte (hypothèque, dette foncière, rente foncière) présente en échange des difficultés. En vertu des articles 1113, 1191, 1199 B. G. B., il s'agit dans l'hypothèque de payer « du fonds » (aus dem Grundstück) une certaine somme « pour la satisfaction d'une créance de l'ayant droit ». Dans la dette foncière il s'agit de payer tout simplement une somme « du fonds » tandis qu'en vertu de la rente foncière on doit payer « du fonds » périodiquement une certaine somme.

Pour le détail de l'étude de ces institutions nous renvoyons aux traités allemands et surtout à l'ouvrage très complet de Schwind[176]. Il suffit de dire que la signification de la « prestation du fonds » a soulevé de grosses difficultés et qu'il paraît qu'on doit entendre par ces mots que l'exé-

175. Voir *supra* n° 100.
176. **Schwind**, *Wesen und Inhalt des Pfandrechtes*, Jena 1899, p. 103 et s.

cution ne peut porter que sur le fonds. Quant au caractère accessoire de l'hypothèque il y a des cas où elle se trouve indépendante de toute dette[177].

Hypothèque, dette foncière, rente foncière ne sont que des formes d'un même droit, aussi la doctrine désigne-t-elle ces trois droits sous le nom de Grundpfandrechte (droits de gage immobilier) et vu la similitude de ces droits, ce que l'on dit de l'un d'eux sera valable pour tous les trois[178].

Du fait que, d'après la théorie de la distinction entre Dette et Responsabilité on ne peut concevoir une Responsabilité qu'en vue d'une dette, les auteurs concevant les *Grundpfandrechte* comme cas de Responsabilité objective, se sont divisés en deux groupes, selon qu'ils admettent ou non que l'élément *Bekommensollen* peut être séparé de l'élément *Leistensollen*.

Les auteurs du premier groupe, parmi lesquels il faut incontestablement placer Strohal et Schwerin, voient dans les *Grundpfandrechte* un simple devoir de recevoir du titulaire du droit, assuré par une Responsabilité objective du fonds, aucun devoir de prester ne correspondrait au devoir de recevoir du créancier. En niant ce dernier devoir, Schwerin se heurte à la difficulté de l'article 1146 B. G. B.[179] (demeure du propriétaire du fonds), il peut toutefois la lever en admettant aussi la possibilité d'une demeure pour le simple devoir de recevoir. Strohal apporte à l'appui de la construction ci-dessus énoncée, deux autres arguments :

1° Lorsque le propriétaire du fonds n'existe pas, le

177. **Gangi**, *op. cit.*, p. 202.

178. V. **Gangi**, *op. cit.*, p. 213 n. 1.

179. *Art.* 1146, *B. G. B.* Lorsque le propriétaire se trouve dans les conditions qui, pour un débiteur, constituent la demeure, le créancier a le droit de prendre sur l'immeuble les intérêts moratoires.

créancier exerce son action contre le représentant à nommer conformément à l'article 58 de Procédure civile allemande, représentant qui, dit Strohal, ne représente personne qui puisse être débiteur.

2° La Responsabilité du fonds persiste même lorsque le créancier dont la créance est assurée par cette Responsabilité, devient propriétaire du fonds, ce qui ne pourrait arriver si le propriétaire du fonds était débiteur.

Le second groupe d'auteurs dont font partie Schwind, Gierke, Dümchen soutient qu'on a dans les Grundpfandrechte, une Responsabilité du fonds en garantie d'un rapport de dette entre le titulaire du droit et le propriétaire du fonds. Le propriétaire du fonds serait donc débiteur, mais sa Responsabilité serait simplement objective. Il y a une différence entre la conception de Gierke et celle de Schwind et de Dümchen quant à la dette du propriétaire du fonds grevé. Gierke admet du côté du propriétaire du fonds une dette réelle (dingliche Schuld) dans le sens que la dette grève le fonds lui-même et que les sujets de cette dette sont nécessairement les propriétaires successifs du fonds, tandis que Schwind admet une dette de la part du propriétaire même.

Si l'on admet qu'au devoir de recevoir du créancier doit nécessairement correspondre un devoir de prester de la part du débiteur, c'est cette dernière théorie qui paraît la seule acceptable.

D'ailleurs à l'objection tirée de l'article 58 de procédure civile allemande, Gierke répond avec raison que le représentant dont il y est question, loin de ne représenter personne comme le soutient Strohal, représente précisément le propriétaire du fonds en étant par cela même sujet passif du rapport de Dette.

Enfin à la dernière objection (créancier devenant propriétaire du fonds grevé), c'est toujours Gierke qui répond

qu'au moment où la même personne réunit les qualités de créancier et de propriétaire du fonds grevé d'un Grundpfandrecht, le devoir de recevoir et le devoir de prester sont en état de repos jusqu'à une prochaine séparation des sujets du rapport de Dette, c'est-à-dire jusqu'à ce que le droit de gage immobilier passe en mains étrangères ou jusqu'à ce qu'il soit soumis à la vente ou à l'administration forcée à la demande d'un autre créancier[180].

Charges réelles. — Tandis que dans les Grundpfandrechte la prestation consiste dans le paiement d'une somme d'argent, il s'agit dans les charges réelles de prestations périodiques de natures différentes et ayant un contenu positif. De même que pour les Grungpfandrechte, la prestation « du fonds » a soulevé ici aussi des difficultés et on doit admettre aussi pour les charges réelles que ces mots signifient que l'exécution s'exerce sur le fonds même.

On rencontre dans l'explication de cette institution les deux groupes doctrinaires dont nous avons parlé lors des Grundpfandrechte. Le premier considère dans les charges réelles un *Bekommensollen* du titulaire du droit (Schwerin, Strohal) à côté d'une Responsabilité du fonds. Il faut, d'ailleurs, mentionner à côté de celle-ci la Responsabilité personnelle du propriétaire du fonds pour les prestations échues et qui accompagne normalement la Responsabilité objective du fonds. Nous nous rappelons que Schwerin n'attribue qu'un effet absolu aux charges réelles, sans les considérer comme des droits réels.

Le second groupe d'auteurs (Dümchen, Gierke) admet dans les charges réelles une Responsabilité objective unie à un rapport de Dette complet, formé d'un devoir de recevoir du créancier et d'un devoir de prester correspondant du

180. **Gierke**, *Schuldnachfolge und Haftung*. Voir aussi dans le sens de la succession à la dette, **Knoke**, *Die Sondernachfolge in die Schuld bei der befreienden Schuldübernahme* JJ. vol. 60, 1912, pp. 407 et s.

du débiteur. Ces auteurs reconnaissent aussi qu'à côté de la dette assurée par le fonds on peut avoir, pour les prestations échues, une dette assurée par une Responsabilité personnelle du propriétaire du fonds. Enfin Dümchen remarque que la Responsabilité objective du fonds assure la charge comme tout et non les prestations considérées individuellement.

De même que pour les Grundpfandrechte, c'est cette seconde interprétation qui semble acceptable, comme plus conforme à la notion de Dette admise par la majorité des partisans de la Distinction entre Dette et Responsabilité.

140. — Utilité de la Distinction. — De tout ce qui précède, l'existence de la distinction entre Dette et Responsabilité en droit allemand moderne apparaît certaine. On s'est dès lors demandé quelle importance cette Distinction présentait pour le droit moderne.

On a d'abord insisté sur ce que, grâce à la nouvelle théorie, la notion d'obligation apparaissait dans sa juste valeur, vu que l'ancienne notion unitaire de l'obligation avait cédé la place à la reconnaissance des deux rapports juridiques, élémentaires et indépendants formant l'obligation (Schwind). Strohal relève la mise en valeur de l'élément Responsabilité et on est généralement d'accord pour admettre que grâce à la mise en évidence de la Distinction, les deux rapports de Dette et de Responsabilité peuvent eux-mêmes être conçus avec plus de précision.

On a ensuite ajouté qu'on pouvait, grâce à cette Distinction construire et expliquer d'une façon satisfaisante certaines institutions comme le cautionnement, le droit de gage, les charges réelles, la cession de Dette, etc. Enfin Isay affirme que la notion de droit réel devient plus claire par la reconnaissance des rapports spéciaux de responsabilité.

Si l'on tient en échange compte de ce que la distinction entre Dette et Responsabilité appliquée à l'explication d'une même institution par différents auteurs a abouti à des conclusions opposées (cession de dette), que pour d'autres institutions le critérium d'application est incertain et les conclusions différentes (dette foncière, rente foncière, charges réelles, etc.), qu'enfin pour d'autres cas les résultats escomptés par l'application de la Distinction n'ont été obtenus que par la reconnaissance de la vraie nature de l'institution respective (cautionnement), il faut évidemment réduire l'importance attribuée à cette Distinction.

Il est certain, et là dessus l'accord est fait entre les auteurs, que la notion d'obligation est, grâce à cette Distinction, mieux déterminée quant à son essence et à ses éléments. On a mis en valeur l'élément Responsabilité tout en faisant remarquer que les moyens de se servir avec le concours de l'Etat du pouvoir découlant de la Responsabilité appartenaient, comme nous l'avons déjà vu, au droit public, car c'est ce droit qui détermine la façon d'agir pour arriver au but désiré. En échange, la Responsabilité même, appartient au droit privé. On a montré ce que l'on devait entendre par rapport de Dette et que ce rapport était nécessairement constitué de deux éléments : devoir et recevoir et devoir de prester. Enfin les rapports entre Dette et Responsabilité ont été plus clairement déterminés.

Un autre résultat certain admis par la majorité des auteurs c'est la détermination de la nature juridique de l'obligation naturelle, présentée comme un rapport de Dette sans Responsabilité. Enfin l'explication des *Grundpfandrechte* au moyen d'une Responsabilité objective unie à une dette du propriétaire serait encore l'explication la plus satisfaisante en la matière[181]. Toutes les autres explica-

181. **Gangi**, *op. cit.*, p. 294.

tions sont soumises aux controverses de sorte qu'avec Gangi[182] on peut dire que, du point de vue dogmatique, la distinction entre Dette et Responsabilité a pour le droit allemand une importance certaine, sans avoir toutefois l'ampleur qui lui est attribuée parfois.

Nous devons en dernier lieu mentionner que les auteurs allemands accordent à la Distinction entre Dette et Responsabilité aussi une importance systématique. De ce point de vue, l'unité des auteurs n'est pas plus manifeste que du point de vue de l'utilité dogmatique. Les deux opinions les plus autorisées sont celles d'Isay et de Schwerin.

Isay préconise en effet la consécration législative expresse des rapports de Responsabilité en reconnaissant leur indépendance. On inscrirait aussi, dit-il, dans la partie du code contenant ces rapports les normes générales, concernant les rapports de Responsabilité, normes à déduire des dispositions éparpillées çà et là dans le B. G. B.[183]. Ces rapports comprendraient et le cautionnement placé aujourd'hui parmi les droits personnels et les charges réelles, l'hypothèque, la dette foncière, le gage qui se trouvent aujourd'hui parmi les droits réels. Du fait même de cette nouvelle classification, la notion de droit réel serait rendue plus claire, vu qu'on séparerait ces droits des rapports de Responsabilité objective. Enfin la reconnaissance de la distinction des deux rapports de Dette et de esponsabilité, ainsi que la reconnaissance de leur indépendance rendra possible une conception plus exacte des cas de Dette sans Responsabilité dont le B. G. B. sous sa forme actuelle ne s'occupe pas spécialement.

Schwerin en échange pense qu'il vaut mieux grouper les rapports de Dette avec les rapports de Responsabilité dans une partie spéciale du code qu'on pourrait intituler

182. **Gangi**, *op. cit.*, p. 294.
183. V. **Isay**, p. 206 et s.

« droits des obligations » ou « droits des Dettes et des Ressabilités ».

Quant à la réglementation des rapports de Responsabilité, Schwerin[184] est d'avis que leur réglementation actuelle est suffisante. Elle peut se déduire de ce qui est dit expressément dans la loi pour chaque rapport de Responsabilité à part, ainsi que des normes qui découlent du concept de Responsabilité et des rapports entre Dette et Responsabilité.

En tenant aussi compte de ce que la clarification de la notion de droit réel par la construction de la notion de rapport de Responsabilité est fort douteuse, l'utilité systématique de la distinction entre Dette et Responsabilité paraît assez mince.

L'existence de la distinction entre Dette et Responsabilité une fois admise en Droit allemand moderne et son importance réelle bien déterminée, on étudia l'existence de cette même Distinction en d'autres droits modernes. Du point de vue du droit français, les recherches entreprises en droit italien nous intéressent le plus. Aussi allons-nous voir dans le chapitre suivant, comment la Distinction entre Dette et Responsabilité est conçue par les auteurs italiens qui la jugent applicable au droit italien moderne.

184. **Schwerin**, *S. u. H*, p. 41 et s.

CHAPITRE II

« DEBITUM » ET « OBLIGATIO » EN DROIT ITALIEN MODERNE

---

141. — A la suite du mouvement doctrinal allemand relatif à la distinction entre Dette et Responsabilité, les auteurs italiens ont fait un très bon accueil à cette Distinction. Cela ne veut pas dire qu'elle n'ait rencontré que des partisans; le nombre des adversaires ainsi que celui des sceptiques n'est pas insignifiant mais en échange les partisans de la Distinction, nombreux, sont aussi particulièrement affirmatifs et en tirent des conclusions appréciables.

Deux objections ont spécialement été opposées à l'admission de la Distinction en droit italien.

1° Il ne s'agirait que d'une distinction du droit allemand n'ayant rien à voir avec le droit italien à base romaine.

2° La Distinction n'aurait aucune portée pratique vu que les deux éléments paraissent et s'éteignent toujours ensemble[1].

A la première objection Pacchioni répond que loin d'être spécifique du droit allemand, cette Distinction a été reconnue en droit romain, qu'elle est connue en plusieurs autres droits anciens et qu'en général elle n'est étrangère à aucun droit, car, poursuit-il, ce sont deux choses différentes pour une personne que de devoir accomplir une prestation et

1. **Pacchioni**, *Trattato delle obbligazioni*, p. 13-14.

d'être exposée à subir l'exercice d'un pouvoir d'autrui sur sa propre personne ou sur ses biens en cas d'inaccomplissement[2].

Quant à la seconde objection il est clair qu'on ne peut, de la coexistence des deux éléments, conclure à l'inexistence de leur dualité. C'est à ce propos que Pacchioni se demande si l'on peut dire que l'eau n'est pas composée d'oxygène et d'hydrogène parce que dans l'eau ces deux éléments sont toujours réunis.

En Italie on a connu pour la première fois la théorie de la distinction entre Dette et Responsabilité par Polacco et Pacchioni[3]. Comme nous l'avons fait pour le droit allemand moderne, nous commencerons par exposer les principales théories émises en Italie sur cette Distinction.

§ 1. — Théorie de Pacchioni[4]

142. — Décomposition de l'obligation. — Mécontent de la définition classique de l'obligation, partisan convaincu de la distinction entre *debitum* et *obligatio*, en droit romain, Pacchioni entreprend de disséquer l'obligation dans ses éléments les plus simples, et il constate que, comme institution du droit patrimonial, l'obligation est composée de deux éléments distincts :

1. La dette (*debito*);
2. La responsabilité (*rispondenza*);

Ce sont deux rapports qui, analysés avec attention, se décomposent chacun respectivement du côté du débiteur

2. **Pacchioni**, *op. cit.*, p. 14.
3. **Brunetti**, *Il diritto del creditore I*, R. D. C. XIV, 1, 1906, p. 139.
4. **Pacchioni**, *Concetto e origini dell'obligatio romana*, Appendice I alla traduzione delle Obbligazioni di C. F. Savigny, 1912, *Concetto dell' obligazione naturale* R. D. C. X 2, 1912; *La successione singolare nei debiti*, R. D. C. XI 1, 1913; *Divagazioni in tema di obbligazioni naturali*, R. D. C. XVI. 1918; *Della irrisarcibilita dei danni morali*, R. D. C. XX 2, 1922; *Trattato delle obbligazioni*, 1927.

et de celui du créancier, en deux éléments. Pour le rapport de dette on a :

a) Du côté du débiteur un devoir (*dovere*) qui est un état de pression psychologique, dans lequel se trouve le débiteur, par l'existence d'une norme juridique lui imposant d'exécuter une prestation déterminée envers une certaine personne ;

b) Du côté du créancier, une attente (*aspettativa*) et pas un droit à la prestation comme on l'a si souvent dit. Une attente d'être spontanément satisfait par le débiteur. Cette attente est d'après Pacchioni un état de confiance juridique du créancier (fiducia giuridica), parce que la prestation lui est juridiquement due.

Le rapport de responsabilité se décompose :

a) Du côté passif en un état d'assujettissement d'une personne, d'un patrimoine ou d'une chose.

b) Du côté actif, en un droit correspondant du créancier de faire valoir cet assujettissement, pour rendre plus probable l'accomplissement de la prestation, ou bien obtenir en cas d'inaccomplissement de la prestation, l'objet ou la valeur de celle-ci.

Le seul vrai droit incombant donc au créancier, c'est le droit, la dette non payée, de se satisfaire sur le patrimoine du débiteur. Il a été considéré à tort comme corrélatif du devoir du débiteur, alors qu'en réalité, il est corrélatif de la responsabilité de celui-ci. Et ce droit atteint non pas le débiteur, mais ce qui répond pour le débiteur, c'est-à-dire ses biens ou ceux des tiers, biens spécialement destinés à ce but[5].

144. — Rapport de dette. — Pacchioni est d'avis que la prestation du débiteur, du fait qu'elle est un produit

5. Voir pour ce n°, **Pacchioni**, p. 14 18.

de sa volonté, est essentiellement incoercible de sorte qu'elle ne peut faire l'objet d'un droit du créancier. L'objet du droit du créancier c'est le patrimoine du débiteur. Il y a toutefois des auteurs qui ont une tendance à complètement négliger le devoir du débiteur.

a) *Binder* dans son « Rechtsnorm und Rechtspflicht » soutient, dit Pacchioni, que les citoyens n'ont pas de devoirs juridiques, parce que les normes juridiques ne leur imposent directement rien; c'est aux tribunaux qu'est dévolu l'ordre de punir les citoyens, ou de les grever autrement s'ils ne se comportent pas ainsi que le supposent les lois. L'obligation juridique s'épuise dans le droit qu'elle attribue au créancier sur les biens du débiteur. Le débiteur ne doit pas juridiquement. Le droit s'occupe d'établir certaines conséquences des actes et des omissions humains, tandis que c'est à la morale et à la religion d'établir des *devoirs*.

Pacchioni répond à tout cela en affirmant d'abord qu'à l'égal de la morale et de la religion, le droit impose aussi des devoirs. Que si l'autorité reconnaît la nécessité d'un certain comportement pour mieux parvenir aux fins de la communauté politique, ce comportement devient nécessaire (doveroso) aussi du point de vue juridique même s'il n'est pas garanti par des sanctions spéciales.

b) *Brunetti*[6] distingue entre les :

1° Normes juridiques absolues engendrant de vrais devoirs juridiques et les

2° Normes finales, normes de conduite imposées à une personne, seulement dans la mesure dans laquelle elle veut atteindre un certain but. Ce sont ces dernières qui engendrent les obligations civiles qui ne sont donc pas des

6. **Brunetti**, *Norme e regole finali*, 1913; *Il diritto del creditore*, R. D. C. XIV, 1 1916.

devoirs juridiques. Pacchioni répond que pour la naissance d'un vrai devoir juridique une norme juridique l'imposant suffit, norme interprétant la conscience publique par rapport aux besoins sociaux et politiques. Ce qui donne naissance au devoir juridique c'est la déclaration de son existence, déclaration émanée d'une autorité créatrice de droit. Sans contester l'existence des normes finales, Pacchioni conteste que ce soit elles qui donnent naissance aux obligations civiles;

c) *Carnelutti*, qui assimile le devoir du débiteur à une tolérance de l'action du créancier, Pacchioni répond que Carnelutti confond le devoir primaire de faire et de ne pas faire quelque chose en faveur du créancier avec le devoir de tolérer l'exécution sur le patrimoine. Il ajoute qu'on ne doit pas considérer Dette et Créance (credito) comme deux termes corrélatifs. Il s'agit seulement de deux rapports distincts, indépendants quoique connexes et ayant chacun son propre objet. En effet :

1° La Dette a le débiteur pour sujet passif, pour objet la prestation, et est *dépourvue* de sujet actif.

2° La Créance (credito; créance est pris au sens de Responsabilité) a pour sujet actif le créancier, pour objet le patrimoine du débiteur et est *dépourvue* d'un vrai sujet passif, vu que la procédure exécutive quoique ayant lieu vis-à-vis du débiteur n'a pour objet que les biens de celui-ci.

Le droit du créancier sur le patrimoine du débiteur naît seulement lorsque le débiteur n'accomplit pas son devoir et la tolérance dont parle Carnelutti n'est qu'un reflet de ce droit, de même que l'attente du créancier vis-à-vis de la prestation n'est qu'un reflet du devoir juridique de prester que le débiteur, a non pas vis-à-vis de créancier, mais vis-à-vis de la loi et de l'ordre juridique.

Pacchioni appelle l'attente du créancier, attente légitime. Il explique cela en disant que l'attente a son fondement

dans le précepte juridique imposant au débiteur de prester et que par cela elle est elle-même quelque chose de juridique[7].

144. — La Responsabilité. — Pacchioni constate qu'on peut concevoir la responsabilité :

a) D'une façon large. Elle désigne alors tout assujettissement de la personne ou des biens du débiteur ou d'autrui en vue d'accroître la probabilité de l'accomplissement volontaire. Exemples : otage, gage de possession (Besitzpfand) les dispositions légales pour le cas de non-paiement, etc.

b) D'une façon étroite. C'est l'assujettissement en vue d'assurer au créancier, indépendamment de la volonté du débiteur ou même contre elle, la valeur ou l'objet de la prestation.

Cette responsabilité il la conçoit tripartite mais il n'adopte pas la division tripartite de Gierke.

A l'instar des auteurs allemands Pacchioni entend sous le nom de responsabilité objective :

1° L'assujettissement d'une chose et

2° L'assujettissement d'un ensemble de choses tandis que

3° L'assujettissement du patrimoine est désigné par le nom de responsabilité personnelle[8].

145. — Nature du droit du créancier. — On s'est peu occupé de la nature du droit appartenant au créancier sur le patrimoine du débiteur, vu qu'on considère dans la doctrine dominante que le créancier a un droit à la prestation. Comme nous allons le voir, Rocco attribue au créancier un droit de gage sur le patrimoine du débiteur. Pollacco au contraire est d'avis que l'obligation, quoique conçue au début comme une *potestas* sur la personne du

7. **Pacchioni**, *op. cit.*, p. 18-31.
8. **Pacchioni**, *op. cit.*, p. 38-40.

débiteur, devient dans le monde des droits patrimoniaux une institution indépendante des droits réels. C'est un droit personnel changeant, comme le montrerait l'article 1949 du Code civil italien[9], d'objet dans la période exécutive[10].

Pacchioni n'est pas du même avis que Pollacco, dont il considère l'explication comme la conséquence inévitable de la considération de l'obligation comme un rapport simple et unitaire. Même pour la théorie traditionnelle, Pacchioni ne peut accepter l'explication de Pollacco car il se demande comment le droit peut changer d'objet en gardant la même nature ? Pour Pacchioni le droit du créancier sur le patrimoine du débiteur n'est ni un droit de gage, ni une hypothèque. C'est une seigneurie (supradominio) patrimoniale n'ayant pas de terme de comparaison dans le droit privé.

Ce droit du créancier sur tous les meubles et immeubles présents et à venir du débiteur, droit existant dès la naissance du rapport de responsabilité, ne peut être un droit de gage vu qu'il ne fait ouvrir aucun ordre et qu'il ne peut être opposé au tiers. C'est plutôt, dit Pacchioni, un droit de garantie *sui generis*, tirant son caractère spécifique des dispositions des articles 1948-49, 1234-5 du Code civil italien, 708 Code commerce italien, 1875 Code civil italien, 921-24 Code procédure civile italien et enfin du complexe des dispositions concernant l'exécution mobilière et immobilière et la faillite[11]. Selon Pacchioni ce droit de

9. *Art.* 1949 C. civ. it. Les biens du débiteur sont la garantie commune de ses créanciers, et ceux-ci ont tous, sur les dits biens, un droitégallorsqu'il n'y a pas entre eux des causes légitimes de préférence.

10. **Polacco**, *Le obbligazioni*, p. 67 et s.

11. *Art.* 1948 *C. civ. it.* Quiconque est obligé personnellement, est tenu de remplir les obligations par lui-même contractées sur tous les biens mobiliers et immobiliers présents et à venir.

Art. 1234 *C. civ. it.* Les créanciers, pour obtenir le recouvrement de ce qui leur est dû, peuvent encore exercer tous les droits et actions de leur

garantie *sui generis* présente à son tour deux temps ou périodes :

a) Le premier temps, celui du *contrôle de gestion* (controllo gestorio), commence à la naissance de la dette et dure jusqu'à l'inaccomplissement légalement constaté de celle-ci. Le débiteur est propriétaire de ses biens, il en a la libre disposition et administration. Toutefois cette libre administration et disposition sont contrôlées par les créanciers qui pourront faire annuler les actes de disposition conclus en fraude de leurs droits, de même qu'ils pourront se substituer à leur débiteur pour l'accomplissement des actes dont l'omission serait préjudiciable à leur garantie (art. 1234 et 1235 C. civ. it.).

b) Le deuxième temps, celui de *l'agression directe*, commence au moment du non-paiement légalement constaté. Dans cette période le créancier procède à l'exécution par les moyens indiqués par la loi, notamment par la prise en possession de l'objet de la prestation, ou en faisant accomplir la prestation par un tiers aux frais du débiteur ou enfin en faisant vendre les meubles et les immeubles du débiteur pour prendre satisfaction sur leur prix[12].

débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne du débiteur.

Art. 1235 *C. civ. it.* Les créanciers peuvent aussi attaquer, en leur nom personnel, les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits.

S'il s'agit d'actes à titre onéreux, la fraude doit émaner des deux contractants. Pour les actes à titre gratuit, il suffit qu'il y ait fraude de la part du débiteur.

En tous cas, cependant, la révocation de l'acte ne produit pas d'effets au préjudice des tiers n'ayant point participé à la fraude, qui ont acquis des droits sur les immeubles antérieurement à la transcription de la demande en révocation.

Art. 1875 *C. civ. it.* En outre des cas établis par le Code de procédure civile, l'autorité judiciaire peut ordonner le sequestre :

1° D'un immeuble ou d'une chose mobilière dont la propriété ou la possession est litigieuse entre deux ou plusieurs personnes;

2° Des choses qu'un débiteur offre pour sa libération.

Les articles 708 et suivants du Code de commerce italien ont trait à la masse de la faillite tandis que les art. 921-24 C. proc. civ. it. ont trait aux différentes saisies.

12. **Pacchioni**, *op. cit.*, p. 38-44.

Gangi[13] est d'accord avec Pacchioni pour dire que le patrimoine du débiteur constitue la garantie du droit du créancier, mais il entend cela, nous allons le voir tout à l'heure, autrement que Pacchioni. En échange, il n'admet pas le contrôle de gestion du créancier sur le patrimoine du débiteur. En effet l'exercice de l'action paulienne exige la fraude du débiteur, et en cas de contrats à titre onéreux, aussi la fraude du cocontractant et en plus une diminution de patrimoine du débiteur, diminution étant en état de mettre en danger l'obtention par le créancier de la satisfaction qui lui est due. L'action oblique exige aussi pour son exercice que les biens actuels soient insuffisants à satisfaire le créancier. On ne peut donc exercer ces actions, continue Gangi, que dans des cas spéciaux et sous des conditions spéciales. De sorte qu'on ne peut pas parler d'un droit à un contrôle de gestion naissant dès la constitution de la créance. Pacchioni ajoute aux développements consacrés à la responsabilité, qu'on obtient par voie exécutive toujours un *remplacement* (surrogato) de la prestation. Celle-ci ne peut être accomplie que grâce à l'acte volontaire du débiteur de sorte que juridiquement il n'y a aucune différence entre les cas où *manu militari* on obtient l'objet de la prestation ou seulement sa valeur[14].

146. — Application et utilité de la distinction entre dette et responsabilité. — Nous avons vu :

1° Que selon Pacchioni, lorsqu'une personne est en état de dette vis-à-vis d'une autre elle est supposée l'être pour se conformer à un ordre à elle dévolu par le droit.

2° Que la responsabilité en vertu de laquelle le patrimoine de débiteur est mis à la disposition du créancier est un pouvoir accordé au créancier sur ce patrimoine, plus

13. **C. Gangi**, *Scritti giuridici*, I, p. 341.
14. **Pacchioni**, *op. cit.*, p. 44.

précisément qu'elle consiste dans le pouvoir reconnu au créancier d'aliéner les éléments du patrimoine du débiteur pour obtenir satisfaction.

3° Que ces deux éléments sont normalement réunis dans l'obligation.

La distinction entre Dette et Responsabilité présente pour Pacchioni l'importance de jeter une remarquable lumière sur plusieurs questions controversées.

A. Il y a d'abord la question de la différence entre devoirs et obligations (obblighi, obbligazioni)[15] question controversée dans la doctrine italienne au point de vue du critérium de cette distinction.

Pour Pacchioni qui utilise la distinction entre dette et responsabilité, le concept le plus large c'est le devoir juridique (obligo) qui n'implique que l'existence d'une norme juridique imposant à une certaine personne un certain contenu juridique *sans* égard à la nature et à la portée de celui-ci. On peut donc distinguer entre devoirs à contenu patrimonial et non patrimonial, devoirs de nature publique ou de nature privée.

Si de cette masse on sépare les devoirs qui ont pour objet une prestation ayant une valeur patrimoniale, nous nous trouvons devant des obligations (obbligazioni) qui, selon qu'elles sont ou qu'elles ne sont pas garanties sur le patrimoine du débiteur par un équivalent économique, se subdivisent en obligations civiles et obligations naturelles.

B. Une autre conséquence de la distinction entre dette et responsabilité c'est plus de clarté au sujet du fondement des obligations naturelles que Pacchioni situe dans le droit positif. En effet selon lui les obligations naturelles

15. **Perrozzi**, *Le obbligazioni romane*, p. 16; **Pacchioni**, *op. cit.*, p. 75; **Pacchioni**, *Della irrisarcibilita dei danni morali*, R. D. C. XX 2 1922, p. 182

ne sont, comme nous venons de le voir, que des simples devoirs juridiques à contenu patrimonial et non garantis sur le patrimoine du débiteur. Elles supposent des causes suffisantes pour faire naître la dette mais pas pour la garantir ou bien des causes suffisantes pour éteindre la responsabilité mais pas la dette[16].

C. L'analyse de l'obligation permet encore d'élucider l'opposition entre obligations et droits réels. En effet, Pacchioni soutient qu'on trouve dans l'obligation aussi bien que dans les droits réels le devoir juridique et le pouvoir juridique combinés seulement d'une façon différente.

a) L'obligation a comme noyau central le devoir juridique positif ou négatif, auquel s'ajoute un droit (de garantie) sur le patrimoine du débiteur ou d'un tiers pour lui.

b) Dans la propriété on trouve comme noyau central, un droit d'user, de jouir, de disposer d'une chose, sur lequel se greffe un devoir négatif d'abstention de tous les autres hommes.

Voici donc comment dans ces deux catégories de droits il n'y a que la position réciproque des deux éléments qui diffère. Aussi Pacchioni en conclut-il qu'il faut répudier pour le droit moderne la division des droits en droits réels et personnels. En effet tous les droits constitués de pouvoirs reconnus par la loi sur le monde extérieur, sont des droits réels dans le sens de droits sur une chose et toutes les institutions juridiques sont constituées par la combinaison de ces deux éléments simples[17].

§ 2. — Théorie de Rocco[18].

147. — Selon Rocco la structure particulière des droits d'obligation est la conséquence de l'intérêt particulier que

16. **Pacchioni**, *Divag.* R. D. C. XVI, 1916, p. 255.
17. **Pacchioni**, *Trattato*, p. 46-47.
18. **Alfredo Rocco**, *Studi sulla Teoria generale del fallimento*, R. D. C.

ces droits protégent. Lorsque pour la satisfaction de ses besoins, l'homme ne recourt à personne, nous nous trouvons devant un intérêt de conservation. Tandis que s'il est obligé d'avoir recours à la collaboration d'autrui, d'obtenir une prestation par le fait d'autrui ,il s'agit d'un intérêt de coopération. De ces deux catégories d'intérêts les droits réels protègent les premiers, les obligations les seconds. Il n'y a pas que les obligations qui déterminent un certain comportement d'une personne vis-à-vis d'une autre, car la protection juridique des intérêts de conservation consiste dans des préceptes adressés à ceux qui pourraient troubler ces intérêts, de sorte que, tandis que dans l'obligation un certain comportement est la condition de l'acquisition d'un droit, un certain comportement est dans les droits réels la condition de conservation d'un droit. Le rapport de causalité est seulement inversé, car, tandis que dans l'obligation l'action positive ou négative du sujet passif est la cause de la satisfaction de l'intérêt du titulaire, c'est cette satisfaction que dans les droits réels est la cause de l'action négative des sujets passifs[19].

D'où les différences suivantes entre ces deux catégories de droits :

A'. Le droit réel est un droit absolu;

B'. L'obligation un droit relatif avec un sujet passif déterminé ou déterminable;

A''. Le droit réel confère une faculté d'agir et le droit d'exiger (pretesa)[20].

VIII 1, 1910, p. 669 et s. et 855 et s.; *Sul concetto giuridico della bancarotta*, R. D. C. IX 1, p. 404; *Studii sulla Teoria generale del fallimento* (Natura giuridica della expropriazione forzata) R. D. C. X 1, 1912, p. 829.

19. **Rocco**, *L'obbligazione e la sua realizzazione*, R. D. C. VIII 1, 1910, p. 6745-5.

20. *Pretesa*, que nous avons traduit par droit d'exiger serait la possibilité de demander au sujet passif un certain comportement. *Facultà d'agire* serait à côté de la *pretesa* le pouvoir d'agir à sa guise pour la satisfaction de ses besoins.

B''. L'obligation s'epuise dans le droit d'exiger (pretesa);

A. Le droit réel a un objet sur lequel il porte.

B. L'obligation se présente comme un droit dépourvu d'objet.

Ce serait surtout le manque du droit d'agir qui expliquerait les règles de la coercibilité des droits d'obligation[21].

148. — Les droits, dit Rocco, se classifient d'après leur coercibilité en droits.

1. Immédiatement coercibles, c'est-à-dire réalisables en cas de violation par l'emploi de la force physique ou mécanique.

2. Médiatement coercibles donnant lieu, en cas de violation, à l'exercice d'un autre droit. Celui-ci peut être immédiatement coercible ou à son tour médiatement coercible et Rocco de continuer « tandis que les droits réels sont en règle générale immédiatement coercibles, les droits d'obligation en règle générale ne le sont pas ».

L'action humaine en effet ne peut en tant que produit d'une force psychique être ni créée, ni supprimée par des moyens physiques. Par ces moyens on ne peut obtenir qu'une modification des effets physiques de l'action humaine, mais pas l'action elle-même. Il en résulte que la violation d'un droit d'obligation est plus grave que celle d'un droit réel. En effet si un droit réel est violé, on peut, grâce à la force, créer l'état de choses qu'on aurait eu avant la production de la violation, quoique la violation en soi, en tant qu'acte humain ne puisse plus être effacée. Dans les droits réels on peut donc rétablir la faculté d'agir malgré la violation de la *pretesa*. En échange pour l'obligation qui ne possède pas de *facolta d'agire* et où le droit consiste uniquement dans l'action d'un sujet déterminé,

21. **Rocco**, *op. cit.*, p. 676 et s.

les choses se passent autrement. L'action de l'obligé manquée, toute possibilité de l'exercice du droit, devient impossible. On pourra poursuivre par une autre voie le but final vers lequel tendait l'obligation, mais l'intérêt spécifique protégé par le droit de créance ne peut plus être satisfait par le seul emploi des moyens mécaniques[22].

Après avoir établi que l'obligation était un droit indirectement coercible, Rocco nous montre les deux systèmes de coercition concevables et qui ont affectivement existé historiquement.

1. Dans un premier système, plus ancien en date, on aurait accordé au créancier la faculté d'agir sur la personne et les biens du débiteur afin « de plier sa volonté pour le déterminer à accomplir la prestation ». Système plus simple[23], propre aux droits moins avancés et supposant la menace d'un tel mal que « la peur produite par lui soit un motif prépondérant pour déterminer la volonté ». Mais cette faculté forme le contenu d'un droit distinct du droit de créance, le contenu d'un droit sur le débiteur, sur ses biens, donc d'un droit réel et absolu réalisable au moyen de la force physique .

2. Le second système postérieur en date, dériverait de l'intérêt qu'aurait le créancier à obtenir l'utilité devant lui être procurée par la prestation, d'ou l'idée de l'obtention de cette utilité sans la coopération du débiteur. On cède à un tiers les biens du débiteur à condition que ce tiers exécute la prestation. Ce procédé a évolué jusqu'à permettre au créancier de se satisfaire seul sur le patrimoine du débiteur.

Le passage du premier système de coercition au second a, selon Rocco, influencé la structure même du droit de créance. En effet dans le premier système on usait de

22. **Rocco**, *op. cit.*, p. 677 et s.
23. V. *contra* **Carnelutti**, *Appunti sulle obbligazioni*, R. D. C. XIII 1, 15, p. 539.

moyens de coercition en vue de plier la volonté même du débiteur. L'abandon, dans le second système, de ces moyens de coercition signifie renoncer à la réalisation forcée de l'intérêt spécifique protégé par le droit de créance, notamment l'intérêt à une action du débiteur. Par cela le droit de créance devient directement aussi bien qu'indirectement irréalisable par la force, tandis que, poursuit Rocco, dans le système de l'exécution au moyen de la contrainte de la volonté, on réalisait le droit de créance en réalisant le droit accessoire sur la personne ou le patrimoine. Le second système, celui de la satisfaction prise sur le patrimoine ne réalise pas le droit de créance lui-même mais bien un droit différent, constituant un équivalent du droit de créance et dont la réalisation loin d'impliquer la réalisation de ce droit, l'exclut au contraire. Dans ce système, en effet, la créance de n'importe quelle nature se transforme toujours en une créance de somme d'argent, somme obtenue par le créancier au moyen de son action sur le patrimoine du débiteur. Dans ce système on ne réalise donc que le droit du créancier sur le patrimoine du débiteur, seul droit réalisable sans le concours de celui-ci. Et par la réalisation de de droit, le créancier n'obtient que le résultat économique de la prestation, aussi ce système d'exécution exerce-t-il une influence sur le droit de créance lui-même dans le sens que :

a) La prestation du débiteur ne peut être qu'une action humaine ayant valeur pécuniaire.

b) Un droit sur le patrimoine est nécessairement connexe au droit d'obligation. Ce droit sur le patrimoine, immédiatement coercible est de nature réelle et a pour *but* l'obtention d'une utilité économique égale à celle qu'aurait produite l'accomplissement de la prestation[24].

24. **Rocco**, *op. cit.*, p. 679 et s.

149. — Décomposition de l'obligation. — Après cette introduction systématique et historique Rocco, analyse l'obligation du droit moderne. L'obligation est pour lui un rapport indirectement coercible, susceptible d'exécution indirecte. Ces qualités tiennent à la nature même du droit de créance en tant que droit à une action et pas aux conceptions des différents systèmes juridiques. Il faut donc distinguer dans l'obligation.

1. Le rapport obligatoire en soi, comme droit et devoir, tendant à une action.

2. Le rapport qui normalement l'accompagne et duquel l'obligation tire sa coercibilité indirecte (ce dernier rapport, Rocco n'est pas d'accord pour l'appeler rapport de responsabilité comme le font Pacchioni et Gangi[25].) Nous avons donc du côté passif :

a) Un devoir d'exécuter la prestation. C'est un devoir essentiellement personnel correspondant à un droit personnel, car comme le créancier peut en demander l'exécution seulement au débiteur, c'est seulement celui-ci qui est tenu de l'accomplir.

b) Un devoir de permettre au créancier la réalisation sur le patrimoine du débiteur de l'équivalent pécuniaire de la prestation inaccomplie. Ce n'est plus un devoir essentiellement personnel vu qu'il incombe non seulement au débiteur, mais également aux tiers. A ce devoir correspond un droit du créancier non pas personnel, mais réel, absolu.

et du côté actif :

a) Un droit de prétendre la prestation ;

b) Un droit d'agir sur le patrimoine pour obtenir l'équivalent pécuniaire de la prestation inaccomplie[26].

25. **Rocco**, *op. cit.*, p. 680-682.
26. V. **Rocco**, *op. cit.*, p. 683 *contra* **Gangi**, *Scritti* giur., I, p. 189, 1.

Il convient de remarquer immédiatement la différence entre la conception de Rocco et celle de Pachioni. Ces deux auteurs décomposent l'obligation en deux rapports que, pour plus de facilité nous appellerons, comme nous l'avons fait jusqu'ici, rapport de dette et rapport de responsabilité.

Pour le rapport de dette Pacchioni admet, à l'instar de Rocco, un devoir du côté passif. En échange du côté actif Pacchioni n'accorde qu'une attente, le rapport de dette étant selon lui dépourvu de sujet actif, tandis que Rocco reconnaît au créancier un droit de prétendre l'action, droit incoercible directement. Pour le rapport de responsabilité Pacchioni accorde au créancier un droit de faire valoir, en cas d'inaccomplissement de la dette, l'assujettissement du patrimoine du débiteur en se satisfaisant sur lui.

A ce droit du créancier il ne fait correspondre aucun devoir spécial du débiteur, ce qui équivaut à la théorie de Rocco à ce point de vue. En effet, Rocco attribue au débiteur un devoir de permettre au créancier la réalisation sur son patrimoine de l'équivalent pécuniaire de la prestation inaccomplie. Mais ce devoir il l'attribue également à tout le monde. Or, dire que le débiteur n'a pas de devoir spécial envers le créancier ou bien dire qu'il a seulement le devoir que tout le monde a vis-à-vis du créancier, nous semble être la même chose.

150. — Quelle est la nature du droit du créancier d'agir sur le patrimoine du débiteur. — Avant de déterminer la nature du droit du créancier sur le patrimoine du débiteur, Rocco aborde en passant l'étude de la nature de l'action du créancier.

L'incoercibilité de l'action humaine et par suite l'incoercibilité directe de l'obligation entraînent, comme nous l'avons vu, la naissance à côté du premier rapport — le

rapport de dette — d'un rapport coercible au moyen duquel on réalise le premier. C'est ce second rapport que Rocco considère comme un droit réel du créancier sur le patrimoine du débiteur, comme un droit de nature privée. Dans la phase exécutive, ce droit est réalisé par contrainte, par l'intermède de l'Etat et moyennant l'emploi de la force physique ou mécanique.

Rocco repousse les théories qui voient dans la réalisation de l'obligation par équivalent, la conséquence de l'exercice, d'un droit public du créancier contre l'Etat. Il considère l'action comme un droit autonome de nature procédurale, comme un droit public. Le contenu de ce droit c'est la faculté pour toute personne d'obtenir l'intervention de l'Etat pour la réalisation de rapports juridiques la concernant. Le créancier se sert donc de son droit de s'adresser à l'Etat pour obtenir le concours de celui-ci afin de réaliser son droit de créance, droit de nature privée. Quant à la vente forcée, le créancier a le droit privé de vendre et de se satisfaire sur le prix, et il a un droit de nature publique à l'intervention de l'Etat à cette vente. Dans l'exécution forcée l'Etat substitue la force de l'autorité publique à la force privée et il ne réalise par cela que des droits préexistants[27].

Pour déterminer la nature du droit du créancier d'agir sur le patrimoine du débiteur, Rocco étudie la procédure d'exécution, vu que l'expropriation, en tant que réalisation d'un droit du créancier, doit donner l'image exacte du contenu de ce droit.

Dans l'exécution, il distingue les trois phases suivantes :

a) La préparation consistant dans le dessaisissement du débiteur au moyen de la saisie-exécution pour les meubles, de la transcription du commandement pour les immeubles[2] .

27. **Rocco**, *op. cit.*, p. 682-684.
28. **Rocco**, *op. cit.*, p. 684-689, *Natura giuridica della expropriazione forzata*, R. D. C. XI 192, p. 829 et s.

b) L'exercice du droit d'aliéner du créancier, se manifestant par la vente.

c) La satisfaction du créancier sur le prix obtenu par la vente. C'est une preuve que le droit d'aliéner, appartenant au créancier, a pour but la satisfaction sur l'equivalent pécuniaire de la prestation.

La marche de la procédure d'exécution détermine Rocco à qualifier le droit du créancier sur le patrimoine du débiteur, comme un droit de gage pris en un sens large. En effet, Rocco appelle droit de gage, en un sens large, la faculté de se satisfaire sur la chose d'autrui, à propos d'une créance dont l'accomplissement n'a pas été entrepris par le débiteur. Par droit de gage en un sens plus restreint, il entend, aussi en cas d'inaccomplissement par le débiteur, le droit de réaliser ou de s'approprier la valeur pécuniaire d'une chose[29].

151. — Discussions autour du droit de gage du créancier. — L'affirmation que le créancier a un droit de gage sur le patrimoine du débiteur soulève des difficultés. Rocco en profite pour répondre en même temps à certaines critiques qui peuvent lui être apportées.

1. La première difficulté que peut soulever le droit de gage du créancier tel que le conçoit Rocco, concerne la disponibilité des biens du patrimoine du débiteur. Comment peut-il s'agir d'un gage du moment que le débiteur peut librement disposer de ses biens et que cette situation ne prend fin pour les objets saisis, que par la saisie-exécution ou par la transcription du commandement dans la saisie immobilière ?

Rocco répond que la disponibilité est due à la nature

29. V. art. 2084 et 2085 C. civ. it. et 659 C. proc. civ. it. D'après la loi italienne c'est la transcription du commandement qui, en matière immobilière, opère désaisissement.

spéciale du droit de gage appartenant au créancier. Ce droit porte sur le patrimoine comme *universitas*. Les choses n'entrent sous ce droit de gage que comme appartenant au patrimoine et seulement pendant la durée de cette appartenance

On en déduit que le débiteur peut en les aliénant soustraire certains objets à ce droit. L'exercice effectif du droit de gage commence au moment de la saisie qui s'exerce sur les objets du patrimoine comme appartenant à celui-ci. A partir de la saisie (pignoramento) le débiteur ne peut plus disposer de la chose, vu que vis-à-vis du créancier elle est définitivement déterminée comme appartenant au patrimoine. Il n'y a, dit Rocco, qu'à ce moment que la possibilité du débiteur de disposer de la chose serait incompatible avec le droit de gage du créancier[30].

2. Menestrina dans son L'*accessione nella esecuzione* appelle contresens juridique le gage assurant tous les créanciers de la même manière. Il s'agit donc de la difficulté de concevoir un droit de gage ne conférant aucun privilège à son titulaire. Pour lever la difficulté, Rocco analyse les rapports existant entre le privilège et le gage. La distinction entre gage et privilège, dit Rocco, est un fait généralement admis et indubitable. Le privilège est le droit qu'un seul créancier a vis-à-vis de tous les autres créanciers, de se faire payer par préférence sur le prix obtenu par la vente forcée, selon le cas d'un certain bien ou de tous les biens formant le patrimoine du débiteur. Il s'agit donc d'une situation de faveur accordée à un créancier déterminé dans le concours de plusieurs créanciers.

Le gage est le droit du créancier vis-à-vis du propriétaire de la chose, sans que celui-ci soit nécessairement aussi

30. **Rocco**, *L'obbligazione e la sua realiz.*, p. 689-690. V. *contra*, **Polacco**, *Le obbligazioni*, p. 86 et s.; **Carnelutti**, *op. cit.*, p. 548 et s.; **Pacchioni**, *op. cit.* p. 42.

débiteur, et vis-à-vis de n'importe quel tiers possesseur, de réaliser la valeur de la chose au moyen de la vente et de s'en approprier le prix.

Le privilège suppose déjà réalisée la valeur de la chose qui, au moment de l'exécution est encore dans le patrimoine du propriétaire. Ce n'est pas un droit réel, parce que ne donnant aucun droit sur la chose et ne pouvant s'exercer contre n'importe quel propriétaire ou possesseur de la chose.

Le gage en échange est un droit réel, c'est un droit de réaliser qui existe contre n'importe quel propriétaire et n'importe quel possesseur de la chose.

Après l'établissement de ces distinctions entre le gage et les privilèges, Rocco affirme la possibilité d'existence d'un privilège sans gage, celle d'un gage sans privilège vu que la satisfaction par préférence du créancier gagiste ne serait qu'un résultat de pur fait de l'exercice de ce droit et ne faisant pas partie de son contenu.

Pour illustrer son affireation, il présente plusieurs cas de gage sans privilège : *a*) Le cas d'un gage portant sur une chose appartenant à un tiers.

b) Le droit de gage de plusieurs sur un objet appartenant au débiteur, le droit de chaque créancier gagiste étant égal à celui des autres. Dans ce cas il y a concours entre créanciers, concours dans lequel le droit de gage ne confère aucun privilège.

c) Lorsque le débiteur n'a pas d'autres créanciers vu qu'il est solvable. Le droit de gage fonctionne, mais il n'y a pas de privilège.

d) Enfin manque le privilège d'être payé par préférence dans le cas où le droit de gage incombe à tous les créanciers, c'est-à-dire dans le droit de gage des créanciers sur le patrimoine du débiteur[31].

31. **Rocco**, *op. cit.*, p. 692-693.

Il nous paraît utile de mentionner les critiques fondées que Carnelutti apporte à la thèse de Rocco, exposée ci-dessus. Carnelutti accepterait l'existence d'un privilège sans gage vu que le privilège n'est pas un droit réel. En échange tout droit de gage, droit réel parce que conférant sur une chose un pouvoir opposable à tout le monde, porte avec lui un privilège. En effet un droit réel comporte dans la concurrence toujours un droit de préférence. Quant au cas de gage sans privilège cités par Rocco, Carnelutti répond qu'on peut faire apparaître comme tels les cas de gage où il n'y a pas lieu de faire jouer le privilège. En effet dans le premier cas cité par Rocco le privilège ne peut jouer parce que la chose appartient à un tiers. Il suffirait de faire passer la chose dans le patrimoine du débiteur pour changer la situation. Pour le deuxième cas de Rocco, Carnelutti observe justement que le manque de privilège ne s'observe que pour les créanciers gagistes dans leurs rapports réciproques, mais qu'il existe dans les rapports de ceux-là avec les créanciers chirographaires. Et cela s'explique par le fait qu'entre ces créanciers gagistes vis-à-vis les uns des autres, il n'y a ni privilège, ni gage. Enfin, pour le troisième cas invoqué par Rocco, Carnelutti répond que : le privilège ne peut fonctionner là faute de motif. Il suffit de créer ce motif (par exemple le désir du créancier gagiste de se payer sur la chose gagée) pour que le privilège entre en fonction.

Après avoir ainsi démontré que le privilège est inhérent au droit de gage et partant du fait que le droit que Rocco appelle gage du créancier sur le patrimoine du débiteur, n'entraîne aucun privilège pour les simples créanciers, Carnelutti repousse l'idée d'un gage du créancier sur le patrimoine du débiteur[32].

32. **Rocco**, *op. cit.*, p. 693-695. V. *contra* **Gangi**, *op. cit.*, p. 333; **Carnelutti** *op. cit.*, p. 552 et s.

3. Une troisième objection au droit de gage du créancier, c'est la difficulté de concilier l'idée d'un droit de gage général avec celle d'un droit de gage spécial.

Rocco répond que deux droits de gage portant sur deux choses différentes sont parfaitement conciliables. En effet, en vertu de l'article 1949 du Code civil italien il fait porter le droit de gage du créancier sur tout le patrimoine comme une *univrsitas* en ne comprenant les choses le composant qu'en tant qu'elles en font partie. La constitution d'un gage spécial équivaut à l'aliénation partielle de la chose (aliénation de valeur). Le reste de la valeur de la chose fait encore partie du patrimoine et c'est sur ce reste que s'exercera éventuellement le droit du créancier chirographaire.

4. A l'objection qu'il serait impossible de concevoir un gage sur une universalité existant seulement dans notre pensée, alors que la seigneurie de l'homme ne peut porter que sur les parties de ce tout[33], Rocco répond qu'il est exact que la seigneurie s'exerce seulement sur les choses prises individuellement, mais que ces choses n'en sont sujettes que grâce à leur appartenance à *l'universitas* en question. De tout ce qui précède Rocco conclut donc que le droit reconnu par l'article 1949 du Code civil italien sur le patrimoine du débiteur, est un vrai droit de gage avec la seule réserve que le droit de gage apparaît ici sous la forme la plus simple, c'est-à-dire comme droit pur et simple à la valeur pécuniaire d'une chose d'autrui.

Tout droit de créance (nous dirions tout rapport de dette) est accompagné d'un droit de gage naissant au moment de la formation du premier. La preuve de l'existence de ce droit nous est fournie par l'action paulienne (art. 1235 Code civil italien), l'action indirecte (art. 1234

33. **Carnelutti**, *op. cit.*, p. 553-554.

C. civil italien) et la saisie-arrêt de l'article 924 du Code procédure civile italien. L'objet de ce droit est le patrimoine conformément à l'article 1948 du Code civil italien[34].

Gangi[35] qui, comme nous l'avons vu, n'accorde pas au créancier un droit de gage sur le patrimoine du débiteur, réplique à Rocco que l'action paulienne, l'action indirecte et la saisie-arrêt loin d'être des manifestations du droit général de gage du créancier, sont des droits auxiliaires dérivant de la conception adoptée par la loi italienne selon laquelle le débiteur répond avec son patrimoine pour ses dettes.

152. — Cas d'application de la distinction entre dettes et responsabilités. — Rocco n'étudie pas à fond l'application de la distinction. Il procède plutôt à une énumération des cas dans lesquels dettes et responsabilités ne sont pas réunies, ce qui constitue une preuve de l'existence aussi dans le droit moderne des rapports de dette sans responsabilité correspondante et inversement des rapports de responsabilité sans dette correspondante.

Dans la première catégorie, il place les obligations naturelles. Dans la seconde le cautionnement (fideuissione), le gage et l'hypothèque pour dette future, le cautionnement, la dation de gage ou la concession d'hypothèque pour dette d'autrui. La caution, le propriétaire de l'objet donné en gage, ou du bien hypothéqué, ne doivent pas dans les cas cités, ils ne sont que responsables.

Rocco parle encore en passant d'une responsabilité limitée en vertu de laquelle on répond avec un certain bien, ou jusqu'à une certaine valeur[36].

34. **Rocco**, *op. cit.*, p. 695-698.
35. **Gangi**, *op. cit.*, p. 334.
36. **Rocco**, *op. cit.*, p. 684.

§ 3. — Théorie de Gangi

153. — Gangi est l'auteur italien qui tout en admettant l'existence en droit moderne de la distinction entre dette et responsabilité en a donné, à notre connaissance, l'étude la plus complète en Italie. Ses recherches ont été consignées dans une série d'articles réunis récemment en un volume contenant en outre une belle étude sur les obligations naturelles. Les recherches de Gangi portent sur les systèmes de la noctrine allemande moderne pour aboutir à l'application de la distinction au droit italien moderne.

Dans ce qui suit, nous essaierons de résumer les idées de Gangi sur la façon de concevoir la distinction et sur la manière dont elle peut être appliquée au droit italien moderne.

154. — La notion d'obligation. — Les articles 1097 et 1098 du Code civil italien, combinés avec les articles 1219-1221 et les articles 1948-49[37] du même code serviront a Gangi pour déterminer la notion d'obligation en droit italien moderne. Il y voit deux éléments fusionnés : le devoir juridique du débiteur d'accomplir la prestation et son assujettissement au pouvoir de contrainte du créancier, en cas d'inaccomplissement. D'après Gangi, le débi-

37. *Art.* 1097 *C. civ. it.* Les obligations dérivent de la loi, d'un contrat ou d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit.

Art. 1098 *C. civ. it.* Le contrat est l'accord de deux ou de plusieurs personnes pour constituer , régler ou dissoudre un lien juridique.

Art. 1219 *C. civ. it.* L'obligation de donner emporte celle de livrer la chose et de la conserver jusqu'à la livraison.

Si le débiteur est en demeure d'en effectuer la livraison, la chose reste à ses risques et périls encore qu'elle ait été avant la mise en demeure, aux risques et périls du créancier.

Art. 1220 *C. civ. it.* En cas d'inexécution de l'obligation de faire, le créancier peut être autorisé à la faire exécuter lui-même aux frais du débiteur.

Art. 1221 *C. civ. it.* Si l'obligation est de ne pas faire, le débiteur qui y contrevient, est tenu de dommages-intérêts par le seul fait de la contravention.

teur n'est juridiquement obligé envers le créancier d'accomplir la prestation que dans la mesure dans laquelle il est assujetti à une contrainte de celui-ci en cas d'inaccomplissement. Et le créancier n'a droit à la prestation du débiteur que dans la mesure dans laquelle il peut l'exiger du débiteur en employant, le cas échéant, des moyens de contrainte: Le débiteur ayant un devoir juridique de prester tout en étant assujetti au pouvoir de contrainte du créancier en cas d'inaccomplissement, est donc obligé d'accomplir la prestation. Le créancier ayant à son tour un droit de poursuivre par contrainte la prestation en s'attaquant en cas d'inaccomplissement au patrimoine du débiteur a par conséquent un droit à la prestation. En appelant dette le rapport formé par le devoir du débiteur et une attente correspondante du créancier et Responsabilité l'assujetissement du débiteur au pouvoir du créancier, Gangi conclut qu'en réalité, comme il l'a affirmé, l'obligation consiste en deux éléments essentiels : Dette et Responsabilité.

Après cette introduction, Gangi étudie à fond les deux éléments de l'obligation, ainsi que leurs rapports réciproques[38].

155. — Le rapport de dette (rapporte di debito). — D'après Gangi on peut concevoir ce rapport de différentes façons :

a) Dans un sens plus large Gangi désigne par rapport de dette le rapport obligatoire, c'est-à-dire le rapport en vertu duquel le débiteur est obligé à accomplir une prestation et le créancier a le droit de l'exiger. C'est l'acception normale du mot obligation, telle que nous la trouvons dans toutes les législations.

b) On peut entendre le « rapport de dette » en un sens plus

38. **Calogero Gangi**, *Scritti giuridi vari*. vol. I. *Il debito et la responsabilità. Le obbligazioni naturali*, 1933, p. 316-20.

restreint. Dans *le* rapport de dette au sens large, c'est-à-dire dans l'obligation, on a, comme nous l'avons vu, la nécessité (obbligo) juridique du débiteur d'accomplir une prestation déterminée et son assujettissement au pouvoir de contrainte du créancier pour le cas d'inaccomplissement, auxquels correspondent le droit du créancier à la prestation et le pouvoir implicite de contraindre le débiteur en cas de non-paiement. Gangi propose de distinguer dans cette obligation : 1° La nécessité (obbligo) juridique du débiteur d'accomplir la prestation et 2° son assujettissement au pouvoir de contrainte du créancier. A la nécessité (obbligo) juridique du débiteur distincte de l'assujettissement de celui-ci Gangi donne le nom de *debito* au sens plus restreint. En effet la nécessité juridique du débiteur de prester suppose et implique la responsabilité, mais les deux choses ne se confondent pas, sont au contraire différentes par leur étendue et par leur contenu.

c) Enfin c'est dans un sens encore plus restreint qu'on peut considérer le rapport de dette, et c'est le seul qu'on a en vue lorsqu'on parle de ce rapport comme élément constitutif essentiel de l'obligation et opposé à la responsabilité. En effet la nécessité (obbligo)[39] juridique de prester implique la responsabilité, c'est-à-dire qu'on ne peut appeler le débiteur obligé que dans la mesure dans laquelle le devoir juridique de prester qui lui incombe est muni de sanction en cas d'inaccomplissement. On arrive à l'élément constitutif essentiel dont nous avons parlé en séparant le devoir juridique de prester de la responsabilité pour inaccomplissement.

39. On remarquera que tandis que Pacchioni employait indifféremment *obbligo* et *dovere* pour devoir juridique, Gangi attribue à *obbligo* une nécessité d'accomplir. Il y aurait entre *dovere* et *obbligo* chez Gangi la même nuance qu'entre *Sollen* et *Müssen* chez les auteurs allemands.

Le rapport de dette au sens restreint, le *debito*, c'est selon Gangi « le rapport juridique en vertu duquel le débiteur a vis-à-vis du créancier le devoir juridique d'accomplir la prestation et le créancier de son côté a vis-à-vis du débiteur l'attente (aspettativa) d'avoir la prestation. » Le devoir du débiteur n'est pas muni de sanction pour le cas d'inaccomplissement de la prestation ; le créancier ne peut faire valoir par contrainte son attente vis-à-vis du débiteur. Le devoir du débiteur n'est donc pas un *obbligo* muni de sanction en cas d'inaccomplissement non plus que l'*aspettativa* du créancier n'est un droit subjectif dans le sens de pouvoir d'exiger d'une personne un certain comportement.

Juridicité du rapport de delte au sens restreint. — Il s'agit d'après Gangi quand même ici d'un rapport juridique parce qu'on doit admettre comme tel tout rapport de fait reconnu et protégé d'une manière quelconque par le droit. Il suffit donc que le devoir du débiteur d'accomplir la prestation soit reconnue par le droit et que ce soit de même pour l'attente (aspettativa) correspondante du créancier, pour qu'on puisse considérer juridique le rapport entre débiteur et créancier.

Malgré la différence entre rapport de dette au sens large et rapport de dette au sens restreint (que nous désignerons dorénavant simplement par rapport de dette ou *par debitum*), le dernier n'est pas une simple abstraction juridique. Il est au contraire reconnu par le droit et l'obligation naturelle en est une preuve concluante[40]. On peut se demander pourquoi dans le rapport de dette, le créancier n'a qu'une attente (aspettativa) et pas un droit à la prestation. Gangi explique cela par le fait que le créancier n'a, dans ce rapport de dette, aucun droit d'exiger la prestation, d'où son manque

40. **Gangi**, *op. cit.*, p. 320-325.

de droit à la prestation, qui d'ailleurs n'empêche pas l'existence du devoir juridique du côté du débiteur. D'autre part ce devoir du débiteur ne doit pas être nécessairement imposé par une norme juridique. Imposé par n'importe quel autre genre de norme (morale, etc.) il devient juridique simplement par ce que l'ordre juridique le reconnaît même d'une façon limitée[41].

156. — Le rapport de Responsabilité. — Dans l'obligation le créancier peut, en cas d'inaccomplissement de la dette agir contre le débiteur pour le contraindre au paiement et s'attaquer éventuellement à son patrimoine afin d'en tirer satisfaction ou dédommagement.

La responsabilité consiste pour Gangi justement dans cet assujettissement du débiteur au pouvoir de contrainte du créancier, assujettissement naissant à l'état potentiel au moment de la naissance de l'obligation.

Dans le droit moderne le débiteur ne répond plus avec sa personne physique, mais avec son patrimoine, aussi Gangi remarque-t-il que par responsabilité personnelle il faut entendre une responsabilité patrimoniale. Cette limitation qu'a subi la notion de responsabilité personnelle ne nous autorise toutefois pas, dit Gangi, d'affirmer, comme le font certains auteurs (Rocco, Pacchioni), que ce n'est pas la personne du débiteur qui est immédiatement assujettie au pouvoir du créancier, mais son patrimoine, que l'objet de la responsabilité n'est pas la personne du débiteur mais bien son patrimoine, que le droit incombant au créancier en vertu de la responsabilité personnelle du débiteur n'est pas un droit personnel contre celui-ci, mais bien un droit réel sur son patrimoine[42].

Nous avons vu les arguments de Gangi pour combattre

41. **Gangi**, *op. cit.*, p. 327.
42. **Gangi**, *op. cit.*, p. 328-329.

les opinions de Rocco et de Pacchioni qui voyaient respectivement dans la responsabilité un droit de gage sur une *universitas juris* qu'est le patrimoine du débiteur, ou bien un droit de garantie *sui generis* tirant sa physionomie spéciale des dispositions d'une série d'articles des codes civil, commercial, et de procédure civile italiens. Pour Gangi la responsabilité est un élément constitutif essentiel de l'obligation. Uni au rapport de dette, elle transforme le simple devoir du débiteur en nécessité (obbligo) juridique de prester, c'est-à-dire en devoir dont on peut demander l'accomplissement et dont l'inaccomplissement entraîne pour le débiteur une sanction. A la nécessité du débiteur, correspond du côté du créancier, grâce à la responsabilité, un droit à la prestation, c'est-à-dire le pouvoir d'exiger la prestation du débiteur[43]. Dans le rapport de dette, devoir correspondant à la simple attente, le devoir dont on ne pouvait demander l'accomplissement se transforme donc par l'adjonction de la responsabilité, en devoir contraignable correspondant à un droit à la prestation.

Alors que Rocco disait que par l'exécution on réalisait un droit préexistant, notamment le droit de gage du créancier sur le patrimoine du débiteur, que Pacchioni soutenait qu'on réalisait un droit de garantie *sui generis*, Gangi soutient que par l'exécution on réalise le droit qu'a le créancier d'obtenir du débiteur la prestation ou l'équivalent de celle-ci[44]. Car le seul droit que le rapport de responsabilité fait naître pour le créancier, c'est un droit personnel à la prestation.

Le droit du créancier, droit à la prestation du débiteur, conçu sous la forme de pouvoir d'exiger la prestation, comprend implicitement dans le pouvoir d'exiger la prestation, le pouvoir de contraindre le débiteur à l'accomplissement

43. **Gangi**, *op. cit.*, p. 336.
44. **Gangi**, *op. cit.*, p. 335.

dans le cas où il ne voudrait pas accomplir volontairement. Ce pouvoir de contrainte, la responsabilité, se présente sous la forme d'un droit d'agression contre le débiteur et son patrimoine. Normalement ce pouvoir se réalise au moyen de l'action du créancier et de l'exécution forcée, de sorte que l'assujettissement du débiteur au pouvoir de l'Etat dans l'exécution forcée n'est pas la responsabilité en soi, mais un moyen de la réaliser (un autre moyen de réaliser la responsabilité c'est par exemple la compensation prononcée par le juge à la requête du créancier)[45].

157. — Différentes sortes de responsabilités. — Gangi a parlé jusqu'à présent de la responsabilité de la personne, c'est-à-dire de l'assujettissement de la personne au pouvoir d'agression du créancier. Il l'appelle responsabilité personnelle. Normalement la responsabilité personnelle naît au moment de la naissance de la dette. L'inaccomplissement de la dette ne marque que le moment à partir duquel le créancier peut exercer son droit de contrainte correspondant à la responsabilité personnelle du débiteur.

La Dette garantie par la Responsabilité personnelle du débiteur c'est le cas normal. Gangi admet pour une même dette, à côté d'une Responsabilité personnelle du débiteur, une autre Responsabilité personnelle d'un tiers. C'est le cas de la caution. Plus encore la responsabilité personnelle d'un tiers peut exister à côté d'un *debitum* dépourvu de responsabilité personnelle du débiteur. C'est le cas pour l'obligation naturelle cautionnée.

2. Peut-on admettre pour le droit italien la notion de responsabilité objective? Il est avéré, dit Gangi, qu'en droit moderne italien on peut assurer l'accomplissement d'un *debitum* par la responsabilité personnelle du débiteur

45. **Gangi**, *op. cit.*, p. 344-349.

ainsi qu'au moyen d'un bien particulier appartenant au débiteur ou à un tiers. Le gage, l'hypothèque en fournissent la preuve. En considérant la responsabilité personnelle du débiteur ou d'un tiers comme l'assujettissement d'une personne au pouvoir de contrainte du créancier pour le cas d'inaccomplissement de la dette, et vu qu'en fait cette responsabilité personnelle n'est aujourd'hui que patrimoniale, Gangi ne voit aucun obstacle à l'admission du gage et de l'hypothèque comme cas de responsabilité objective.

En admettant l'existence de la responsabilité objective en droit moderne italien, Gangi a soin de signaler les différences qui existent entre les deux catégories de responsabilité.

a) La responsabilité personnelle, engendre, en effet, nous l'avons vu, un droit personnel, un droit relatif. Il n'en est pas de même pour la responsabilité objective qui engendre un droit réel, un droit absolu.

b) Dans les cas où une même personne est assujettie à plusieurs responsabilités, il y a concurrence entre les droits correspondants et non préférence des uns vis-à-vis des autres, tandis que plusieurs responsabilités grevant une même chose, donnent lieu à l'ordre.

c) L'union de dette et responsabilité personnelle, lorsque le débiteur est en même temps responsable, engendre un élément nouveau, la nécessité juridique (obbligo giuridico) ce qui n'arrive pas pour l'union de la responsabilité objective et de la dette, même lorsque l'objet appartient au débiteur. Dans le cas d'une obligation naturelle garantie par un gage, le créancier naturel n'a aucun droit à l'action pour demander l'accomplissement, parce que le devoir du débiteur naturel ne s'est pas transformé en nécessité juridique (obbligo giuridico) de prester. Le seul droit du créancier est

le droit en cas d'inaccomplissement de la prestation par le débiteur naturel, de prendre satisfaction sur la chose, objet du gage ou de l'hypothèque.

Malgré ces différences, et en concevant la responsabilité objective comme assujettissement d'une chose au pouvoir d'agression du créancier en cas d'inaccomplissement de la dette, Gangi construit une notion de responsabilité prise en un sens plus large.

En ce sens large, Gangi désigne par responsabilité l'*assujettissement* d'une personne ou d'une chose au pouvoir d'agression du créancier à garantie d'une dette, afin de procurer à celui-ci, en cas d'inaccomplissement de la dette ou bien un vrai et propre accomplissement ou bien réparation des dommages causés par l'accomplissement manqué.

En même temps, Gangi propose la construction d'une « notion générale de garantie » en entendant par « *garantie* » le droit subjectif incombant au créancier contre une personne (garantie personnelle), ou contre une chose (garantie objective, garanzia di cosa) pour le cas d'inaccomplissement d'une dette, afin de procurer au créancier ou bien d'une vraie satisfaction ou bien réparation des dommages[46].

158. — Nécessité et utilité en droit moderne italien de la distinction entre les éléments. Dette et Responsabilité. — Ayant démontré la possibilité de distinguer dans l'obligation deux éléments, la dette au sens restreint et la responsabilité personnelle du débiteur l'accompagnant normalement, Gangi se demande si la distinction entre ces deux éléments était nécessaire ou du moins utile. La réponse que Gangi donne à ces questions est affirmative et se base sur les arguments suivants :

1. Le droit moderne connaît encore des dettes sans res-

46. Voir pour tout ce numéro **Gangi**, *op. cit.*, p. 349-354.

ponsabilité et des responsabilités sans dette actuelle (le sens de Haftung ohne Schuld de Gierke).

a) Le cas typique de rapport de dette dépourvu de responsabilité personnelle afférente, c'est l'obligation naturelle. Elle consiste en effet en un rapport de dette au sens restreint : on y trouve un débiteur ayant le devoir juridique de prester, un créancier muni d'une attente (aspettativa) de la prestation ce qui se confirme par le caractère de paiement et non de donation que revêt l'accomplissement volontaire de la prestation par le débiteur. La responsabilité manque toutefois vu que le débiteur ne peut être contraint par le créancier à accomplir la prestation.

b) Pour illustrer l'existence d'une responsabilité sans dette actuelle on peut avoir recours, dit Gangi aux mêmes exemples qu'emploie, dans le même but, la doctrine allemande et notamment au cautionnement, au gage et à l'hypothèque pour dette future. En effet le gage et l'hypothèque étant des rapports destinés à la garantie d'une dette, supposent l'existence d'une dette, mais cela n'implique pas nécessairement, dit Gangi, l'existence actuelle de la dette, c'est-à-dire son existence au moment de la constitution du gage ou de l'hypothèque. La dette au contraire peut être suspensivement conditionnée, voire future et Gangi cite comme exemple le cas d'ouverture d'un compte courant pour la sûreté duquel on a constitué un gage ou une hypothèque. D'aucune façon, il ne résulte selon notre auteur, que les normes concernant le gage ou l'hypothèque, exigent en droit italien l'existence actuelle de la dette pour laquelle ils sont constitués.

Dans le cas d'un gage ou d'une hypothèque constitués pour dettes futures, le droit réel existe dès la constitution du gage ou de l'hypothèque (l'hypothèque pouvant être inscrite immédiatement) tandis que la dette ne naîtra

qu'ultérieurement. Il est vrai que dans ces cas le créancier ne pourra exercer son droit réel qu'après la naissance de la dette, mais il n'est pas moins vrai que le gage et l'hypothèque existent avant cet événement en qualité de droits réels de garantie c'est-à-dire comme rapports de responsabilité.

Quant à la construction du cautionnement d'une dette sans condition ou future comme cas de responsabilité sans dette actuelle, Gangi reconnaît qu'elle présente des difficultés. Il observe d'abord que le cautionnement est un rapport obligatoire complet, c'est-à-dire qu'il contient dette et responsabilité réunies. La caution est non seulement responsable : elle doit aussi. En vertu de l'article 1898[47], Code civil italien, la caution doit accomplir la même obligation que le débiteur principal en cas d'inaccomplissement par celui-ci. En accomplissant la prestation, la caution accomplit en même temps sa propre dette et celle du débiteur principal. On peut admettre que le rapport entier concernant la caution, c'est-à-dire la dette et la responsabilité de la caution, constitue une responsabilité vis-à-vis de la dette principale. Mais dans le cas (admissible, selon Gangi, dans le droit moderne italien expressément prévu par l'art. 765 du Code civil allemand) de la constitution de caution pour dette future ou sous condition, on se demande si l'on a encore une simple responsabilité sans dette actuelle. Gangi répond qu'avant l'accomplissement de la condition ou de la naissance de la dette il n'y a aucun *obbligo* pour le débiteur principal, tandis que la caution doit, à partir de la constitution du rapport de cautionnement, être considérée immédiatement liée (vincolata) pour le cas ou le temps que la dette viendrait à exister[48].

47. *Art.* 1898 *C. civ. it.* Celui qui se constitue caution (*fideiussore*) d'une obligation s'oblige envers le créancier à satisfaire à cette obligation lorsque le débiteur n'y satisfait pas lui-même.

48. V. **Gangi**, *op. cit.*, p. 354-359.

2. **Dettes sans responsabilité propre. Responsabilités sans Dette propre.** — Gangi reconnaît aussi dans le droit italien moderne l'existence de ces deux catégories de rapport.

a) Un cas de dette sans responsabilité propre nous est offert par une obligation naturelle garantie au moyen d'un cautionnement, d'un gage ou bien d'une hypothèque sur la chose d'autrui[49].

b) Gangi nous présente comme cas certain de responsabilité sans dette propre, la constitution d'un gage ou d'une hypothèque pour garantir la dette d'autrui. Il s'agit, en effet, de garantir par une chose, une dette qui n'est certainement pas dette du propriétaire de la chose en question.

3. *Diversité des sujets des rapports de delte et de responsabilité.* — Les exemples cités ci-dessus sont pour Gangi une preuve de la possibilité d'existence de cette diversité.

4. *Responsabilité limitée.* — On trouve aussi dans le droit moderne italien des cas de dette avec responsabilité correspondante soumise à certaines limitations. On parle de responsabilité objectivement limitée lorsqu'elle est limitée à certains objets déterminés du patrimoine, ou bien à un patrimoine particulier et de responsabilité quantitativement ou arithmétiquement limitée lorsque, avec tout le patrimoine, on ne répond que jusqu'à un certain montant déterminé. On a des dettes avec responsabilité limitée dans les cas de dettes avec faculté d'abandon ainsi que dans les cas de dettes garanties seulement par une responsabilité objective.

a) Les cas de dette avec responsabilité objectivement limitée sont pour Gangi, effectivement des cas de dette à

49. V. pour l'admissibilité de la garantie d'une obligation naturelle au moyen d'une caution, d'un gage, d'une hypothèque, **Gangi**, *Casi ed effeti delle obbligazioni naturali*, n. 21 22 (*Scritti Giuridici*, p. 473 et s.).

responsabilité limitée, dont, le cas typique est offert par la succession acceptée sous bénéfice d'inventaire. En effet, quoique les dettes du *de cujus* soient passées dans toute leur étendue sur sa tête, l'héritier bénéficiaire ne répond pour elles que jusqu'à concurrence des biens successoraux. Et Gangi de spécifier que l'acceptation bénéficiaire n'emporte pas une limitation des dettes proportionnelle à la valeur des biens successoraux, mais seulement une limitation de la responsabilité correspondante. « Si les choses ne se passaient pas ainsi, dit-il, on devrait admettre qu'au moment où le patrimoine successoral est insuffisant pour payer toutes les dettes, celles-ci seraient réduites à un montant variable dans la mesure des variations de la valeur des objets formant le patrimoine, qu'elles pourraient disparaître à un moment donné pour renaître peut-être plus tard[50]. »

b) On peut encore effectivement parler de dettes avec responsabilité limitée dans les cas de dettes garanties simplement par une responsabilité objective (gage, hypothèque), la responsabilité, étant limitée à la valeur de l'objet responsable.

En échange il n'y a pas effectivement dette avec responsabilité limitée, dans les cas de responsabilité arithmétiquement limitée. Il s'agit ici en réalité, dit Gangi, de dettes limitées à responsabilité illimitée. La responsabilité du commanditaire en est un exemple. Les dettes sociales ne tombent à la charge de celui-ci que jusqu'au montant des fonds mis dans la société, mais pour ce montant il répond sur tout son patrimoine.

Dans les dettes avec droit d'abandon, Gangi voit des dettes illimitées avec responsabilité illimitée mais avec la faculté pour le créancier de se libérer en abandonnant un

50. **Gangi**, *op. cit.*, p. 362. V. **Gierke**, *Schuld und Haftung*, p. 108 n. 33 dans le droit allemand.

objet différent de celui qu'il devait. Comme exemple il cite l'obligation du copropriétaire de contribuer au frais d'entretien de la chose commune ainsi que celle du propriétaire du fonds servant aux frais de conservation et d'usage de la servitude. Dans ces deux cas les propriétaires peuvent se soustraire, au moyen de l'abandon, à l'accomplissement de leurs obligations. Il en est de même pour l'abandon du droit maritime[51].

5. La durée du rapport de dette n'est pas nécessairement égale à celle de la responsabilité correspondante, la dette et la responsabilité ne devant pas nécessairement surgir au même moment. Les cas de responsabilité sans dette actuelle nous montrent, dit Gangi, dans le droit italien la responsabilité existant avant le rapport de dette. En échange une dette naturelle, garantie après sa naissance par un gage, par exemple, est un cas de dette née avant la responsabilité. Et c'est dans un certain sens la même chose lorsqu'une obligation civile est renforcée par un gage, une hypothèque, constitués postérieurement à sa naissance. Il est évident que dans ces obligations la responsabilité personnelle du débiteur existait déjà dès la naissance de la dette.

Quant à l'extinction, la prescription nous fournit un exemple de responsabilité éteinte avant la dette.

6. La structure de la Responsabilité, dit Gangi, peut en certains cas se baser sur des circonstances de fait n'ayant rien à voir avec la dette correspondante. Par exemple : le passage des dettes du défunt sur la tête des héritiers s'opère en vertu de la loi, tandis que le fait que ces héritiers répondent d'une façon limitée ou illimitée pour ces dettes dépend de la manière dont ils acceptent la succession.

7. La conformation de la responsabilité assurant une

51. **Gangi**, *op. cit.*, p. 359-363.

dette peut subir les modifications les plus diverses sans qu'elles entraînent une modification correspondante de la dette. Une dette peut être dès le début garantie par certaines responsabilités, les responsabilités peuvent toutefois être réduites, accrues d'autres responsabilités (responsabilité objective ajoutée à une responsabilité personnelle, etc.) échangées entre elles, la dette ne subissant aucune modification malgré tous ces changements[52].

159. — Importance dogmatique et systématique de la Distinction pour le droit italien moderne. — Vu que dans le droit italien certaines institutions comme la dette foncière, la rente foncière, l'hypothèque, les charges réelles manquent ou sont autrement réglementées qu'en droit allemand, la distinction perd une partie de l'importance qu'elle a en droit allemand moderne.

Toutefois grâce à cette distinction on obtient en droit italien moderne une meilleure détermination du concept et de la structure de l'obligation civile ainsi que de l'obligation naturelle. Grâce à elle, on s'explique désormais les faits apportés comme arguments pour prouver son existence en droit italien moderne (existence de dette avec responsabilité limitée, etc.); au point de vue systématique la distinction peut aider à la formation d'une catégorie de rapports de responsabilité correspondant à celle des rapports de dette, comprenant les rapports de responsabilité personnelle (le cautionnement par exemple) ainsi que ceux de responsabilité objective (le gage, l'hypothèque)[53].

52. **Gangi**, *op. cit.*, p. 364-365.
53. **Gangi**, *op. cit.*, p. 367-368.

§ 4. Critiques apportées à l'admission en droit italien moderne de la distinction dans l'obligation des éléments Dette et Responsabilité.

160. — 1. Opinion de Ferrara. — En abordant dans son traité de droit civil italien la distinction entre dette et responsabilité, Ferrara est tout d'abord frappé par « la grande incertitude et la discordance d'opinions non seulement quant à son application aux cas particuliers mais aussi quant au critérium de la distinction. « Aussi croit-il qu'on a trop exagéré la valeur et la portée de l'antithèse entre dette et responsabilité. Il croit qu'il s'agit de deux aspects du même phénomène plutôt que de rapports indépendants. La contrainte serait immanente au devoir juridique de sorte que la responsabilité n'est qu'une conséquence du rapport obligatoire.

Il discute ensuite les cas dont les partisans se sont servis comme arguments pour prouver son existence, et leur refuse l'interprétation que ceux-là leur ont donnée. Nous citons à titre d'exemple la responsabilité limitée à un patrimoine, notamment la responsabilité de l'héritier bénéficiaire. Les partisans de la distinction voient ici un cas de dette à responsabilité limitée. Ferrara en échange croit plus correct d'envisager le bénéfice d'inventaire comme opérant une réduction des dettes héréditaires jusqu'à la valeur nette des biens du *de cujus*. Il a été montré à propos de l'exposé de la doctrine de Gangi pourquoi cette façon de voir ne pouvait être admise. Si par l'acceptation bénéficiaire une réduction des dettes successorales survenait réellement, il en résulterait que le patrimoine successoral ayant une valeur moindre que le total de dettes successorales, le paiement volontaire de toutes les dettes successorales par l'héritier bénéficiaire devrait être considérée comme donation pour la différence entre la valeur du patri-

moine et le montant des dettes payés volontairement. Et il n'en est rien. Ferrara conclut que la responsabilité n'est qu'un aspect de l'obligation, un moment de sa vie[54].

161. — 2. Opinion de Polacco. — Nous avons vu que d'après Polacco l'obligation est le rapport juridique patrimonial en vertu duquel le débiteur doit accomplir une prestation envers le créancier, qu'on distingue deux phases dans l'obligation et que dans la seconde, dans la phase exécutive, le lien de l'obligation se réalise sur le patrimoine du débiteur[55]. Nous avons signalé aussi, par ailleurs, la critique faite par Pacchioni aux vues de Pollacco.

En ce qui concerne la distinction entre dette et responsabilité dont Polacco fait mention dans son livre sur les obligations sans la repousser de *plano*, il craint qu'on exagère en essayant d'expliquer par l'opposition entre dette et responsabilité certaines institutions juridiques, vu que cela ne contribuait pas à faire avancer d'un pas l'explication de l'essence ou du fonctionnement de telle ou telle institution[56].

162. — 3. Opinion de Carnelutti[57]. — Carnelutti est un adversaire de la distinction entre dette et responsabilité sous la forme de deux rapports indépendants. Il distingue dans l'obligation deux phases qu'il appelle aussi dette et responsabilité. Sa doctrine est intéressante par la façon dont il conçoit la prestation et son objet. D'ailleurs, comme

54. **Ferrara**, *Trattato di Diritto Civile Italiano*, vol. I. Vol. I. Dottrine generali Parte I. Il diritto, i soggetti, le cose 1921. Voir pour ce numéro p. 310 313.

55. **Polaco**, *op. cit.*, p. 7 et 77.

56. **Polaco**, *op. cit.*, p. 89 et s.

57. **Carnelluti**, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, R. D. C. X 1912, p. 743; *Questione in Tema di obbligazione naturale e di pagamento*, R. D. C. X 2 1912, p. 694. *Appunti sulle obbligazioni*, R. D. C. XIII, 1, 1915, p. 525. *Obbligo del debitore e diritto del creditore*, R. D. C. 1927, p. 295. V. *contra* surtout **Brunetti**, *Il diritto del creditore*, R. D. C. Vol. XVI, 1 1916, p. 137 et p. 282.

l'opinion de Brunetti concernant le devoir du débiteur, l'opinion de Carnelluti à ce même sujet est restée isolée dans la doctrine italienne. Carnelutti divise les rapports sociaux, trame des rapports juridiques, en rapports de *concurrence* et de *coopération*. Les hommes *concourent* à la jouissance des biens. Cette concurrence est réglée par des normes assurant à chacun la jouissance exclusive d'une portion de ces biens, normes que Carnellutti appelle *distributives*, du fait qu'elles ont pour but d'attribuer à chacun (donc, dit-il, la distribution entre tous), une sphère déterminée de jouissance.

La concurrence divise donc le champ juridique en autant de zones contiguës qu'il y a d'hommes, car chaque zone représente les biens sur lesquels un homme étend sa seigneurie (dominio), sa jouissance. D'autre part les hommes *coopèrent* pour atteindre plus facilement leur but. La coopération s'effectue par association et par échange. Les normes réglant la coopération sont secondaires, dans le sens qu'on ne peut régler de rapport de coopération avant d'avoir réglé la concurrence des hommes. L'effet de ces normes, que Carnelutti appelle *commutatives* est de réglementer les variations dans les sphères de jouissance délimitées par les normes distributives ou bien l'invasion de l'une des sphères dans l'autre.

Les normes distributives sont constitutives de droits réels, tandis que les obligations sont les rapports juridiques constitués par les normes commutatives. L'effet des normes commutatives ne consiste pas dans le déplacement des confins des sphères de jouissance (de seigneurie) établies par les normes distributives, mais dans l'attribution à l'un de pouvoirs dans la sphère de jouissance de l'autre. Grâce à ces normes, le titulaire d'une sphère peut jouir d'une chose appartenant à une autre sphère, sans la faire passer d'abord dans la sienne propre.

Ceci établi, Carnelutti est d'avis que la notion de coopération impliquerait non seulement une attitude active en faveur d'autrui mais aussi une attitude passive et que le droit de créance serait un droit à la tolérance du débiteur dans le sens que le créancier agit et le débiteur pâtit, subit l'action du créancier[58].

Lorsque, malgré cela, on parle du devoir du débiteur comme d'un *facere* cela se doit à trois causes :

1. Dans le langage commun on substitue aisément la notion négative de tolérance à la notion positive d'action.

2. Dans la pratique, la tolérance du débiteur doit être préparée et rendue possible par une série d'actes ayant une fonction instrumentale. Pour donner un exemple de ces actes à fonction instrumentale, Carnelutti cite le paiement d'une somme d'argent. En réalité il n'incombe au débiteur qu'un *pati* : laisser le créancier prendre son argent. Toutefois le débiteur doit ouvrir la porte au créancier et cette action, toute instrumentale, porterait à voir dans le devoir du débiteur une action *un facere*, quoi qu'il ne soit question que d'actions ayant pour but de rendre possible l'agissement du créancier et le *patire* correspondant du débiteur.

3. Dans les obligations de faire, le débiteur « agit » réellement, ce qui est un contraste avec l'idée d'un pati, seul devoir du débiteur. Pour lever la difficulté Carnelutti distingue entre le facere = prestation et le facere = objet de la prestation, notions qu'on confond d'habitude. En effet, dit-il, dans une obligation de *facere* la prestation est un *pati* et l'objet en est une action, car ce qui incombe au débiteur dans l'obligation de faire c'est de *patire*, de tolérer, que le résultat de son travail soit pris par le créancier. Et ceci parce que normalement le droit de chaque homme

58. **Carnelluti**, *Appunti*, p. 526 et s.

sur ses propres énergies se manifeste par le droit d'exclure les autres de la jouissance du résultat de son activité, ce qui n'est pas le cas dans l'obligation de faire. Carnelutti conclut que la différence entre l'obligation de donner et de faire n'est pas une différence de structure mais d'objet, dans la dernière l'objet étant représenté par les énergies de travail du débiteur, le débiteur devant tolérer une action directe du créancier en vue de jouir de ces énergies, Carnelutti construit même les obligations de ne pas faire comme un devoir du débiteur de *patire*, de tolérer l'action du créancier. L'obligation de ne pas faire serait une obligation de ne pas user d'un objet dont la jouissance est réservée normalement au débiteur. L'objet de la prestation, c'est le bien de la jouissance duquel le débiteur est éloigné, la prestation même, la tolérance par le débiteur d'une inertie qu'il ne serait tenu d'observer si l'obligation n'existait pas[59].

La théorie subtile de Carnelutti a soulevé beaucoup de critiques; Brunetti surtout la combat avec beaucoup d'énergie. Il considère comme inutile la distinction entre prestation et objet de la prestation de la façon dont l'emploie Carnelutti. Par de nombreux exemples dont nous citerons la prestation du mandataire, prestation active et non tolérance, celle du vendeur auquel incombe le devoir de consigner la chose, celle du dépositaire, etc. Brunetti démontre que l'accomplissement de la prestation n'est pas, comme l'affirme Carnelutti, une tolérance, mais bien une *action*[60].

Quant à la distinction entre dette et responsabilité qu'il étudie chez Rocco et Pacchioni, Carnelutti est d'avis que l'obligation, faite d'une seul élément ne peut être décom-

59. **Carnelluti**, *op. cit.*, p. 529-533.
60. **Brunetti**, *op. cit.*, p. 264-5. V. aussi **Gangi**, *op. cit.*, p. 318.

posée, en deux éléments sans être détruite. La vision nette de l'unité de la notion d'obligation lui est fournie par les obligations pour lesquelles est consentie au créancier l'exécution spécifique. En effet Carnelutti ne voit pas comment dans ces obligations le droit du créancier, satisfait par la prestation du débiteur, peut être différent de celui dont le débiteur subit l'exercice en cas de non accomplissement. Pour l'acheteur par exemple, pour le bailleur, l'exécution n'est autre chose que l'accomplissement du droit du créancier; dans ces cas Carnelutti ne voit pas de différence entre la prestation due et le droit de se la procurer sur le patrimoine du débiteur. Dans les obligations n'admettant pas d'exécution spécifique (par exemple la *locatio operarum*) et se résolvant pour le cas d'inaccomplissement en paiement de dommages-intérêts, Carnelutti admet qu'on pourrait y voir, au lieu d'une transformation dans le contenu de l'obligation un dédoublement de ce contenu même. Il admet qu'on pourrait avoir l'impression que la dette existe à côté de la responsabilité au lieu de se transformer en responsabilité, qu'il s'agit donc de deux éléments différents au lieu de deux phases successives d'un même élément. Mais dans ces cas aussi, ajoute-t-il, il ne s'agit que d'une simple illusion.

a) Parce que le droit réalisé sur le patrimoine est un produit et non un élément du droit de créance.

b) Parce que ce droit n'est pas un droit réel (Carnelutti, n'est donc pas de l'avis de Rocco et de Pacchioni sur la nature du droit du créancier sur le patrimoine du débiteur), mais un droit personnel.

Pour Carnelutti la distinction est emprisonnée dans le dilemme suivant : si l'on entend par responsabilité (obligatio) la même dette réalisée par contrainte, la distinction est inutile, parce que dans la phase de la réalisation forcée le rapport est identique à lui-même; et si l'on entend par

responsabilité le nouveau rapport né à l'occasion de l'inaccomplissement, la distinction tombe aussi, vu qu'il s'agit d'une nouvelle dette (debito) et non d'un élément du rapport précédent[61].

Pour Carnelutti l'obligation ne peut être conçue que comme une notion unique à deux phases. Ces deux phases, ces deux attitudes du pouvoir du créancier et du devoir du débiteur sont :

a) La première phase, la dette (debito), une sujetion du patrimoine du débiteur en vertu de laquelle le débiteur ne peut obtenir l'élimination du résultat d'une action du créancier tolérée par lui, action ayant pour but la jouissance d'un ou de plusieurs éléments du patrimoine.

b) La seconde phase, la responsabilité, consiste dans la sujétion du patrimoine du débiteur, en vertu de laquelle le créancier peut exercer, même si le débiteur ne le tolère pas, une action en vue de jouir d'un ou de plusieurs éléments de ce patrimoine[62].

§ 5. — Conclusion.

163. — Au début de ce chapitre nous avons mentionné quelques-unes des critiques faites à l'admission en droit moderne italien de la distinction dans la notion d'obligation entre Dette et Responsabilité. Au cours du compte rendu des théories des auteurs cités, nous en avons vu d'autres. Il n'en est pas moins vrai que l'admission de la distinction en droit italien moderne reste un fait acquis pour une partie importante de la doctrine.

Les trois auteurs italiens cités présentent la dualité conceptuelle de l'obligation comme une conséquence normale

61. **Carnelluti**, *op. cit.*, p. 548-551.
62. **Carnelluti**, *op. cit.*, p. 559. V. aussi *Obbligo del debitore e diritto del creditore*, p. 295 et s. et 308 et s. **Gangi**, *op. cit.*, p. 315.

de la nature même des choses. Il est, en effet, impossible, dit-on, de confondre dans l'obligation l'élément dette avec celui de responsabilité, l'élément juridique avec l'élément social, l'élément idéal avec l'élément patrimonial. Et tous les trois accentuent la patrimonialité de l'obligation.

Il est vrai qu'on a reproché aux partisans de la distinction l'incertitude et la discordance d'opinions quant au critérium de la distinction. C'est une objection fondée en une certaine mesure. On s'accorde pour distinguer dette et responsabilité, on est pas toujours d'accord sur leurs conséquences, leur nature, etc. Ce manque d'accord est d'ailleurs parfois seulement apparent et explicable par le manque d'une terminologie bien arrêtée. Les notions dont on s'occupe ne sont pas inscrites dans le code; on les déduit des dispositions du code de sorte que l'appellation de leurs éléments composants dépend des vues personnelles des auteurs en question. A titre d'exemple il suffit de citer le cas du mot *obligo* et celui-là seulement par rapport à deux auteurs, s'en servant. Nous avons vu comment l'entend Pacchioni. Pour lui *obligo* est un *dovere*, un devoir juridique, impliquant l'existence d'une norme juridique qui impose à une certaine personne un certain contenu juridique sans égard à la nature et à la portée de celui-ci. L'*obligo* à contenu patrimonial est une *obbligazione*. Chez Gangi au contraire l'élément le plus simple c'est le *dovere* qui devient *obbligo* seulement par l'adjonction de la responsabilité qui rend ce dovere contraignable. Quoi d'étonnant alors de trouver chez Pacchioni une simple *aspettativa* correspondant au *dovere* ou à l'*obbligo*, tandis que chez Gangi c'est un droit qui correspond à l'*obbligo*.

Certains auteurs font abstraction de phases intermédiaires ou initiales des rapports entre dette et responsabilité, ce qui les fait aboutir à des conclusions opposées à celles des auteurs qui en tiennent compte. Pacchioni nous

dit, par exemple, que le seul droit incombant au créancier dans l'obligation, c'est le droit de se satisfaire, une fois la dette non payée, sur le patrimoine du débiteur. Il n'y a pas de droit à la prestation, parce que la volonté est essentiellement incoercible. En cela Pacchioni ne tient pas compte de ce que devient le rapport de dette par son adjonction à la responsabilité non plus que de la distinction entre coercibilité directe de la volonté, certainement impossible, et la coercibilité indirecte, possible en une certaine mesure. Gangi en échange tient compte de tous ces éléments, c'est pour cela que chez lui le rapprochement de dette et responsabilité fait naître un droit du créancier à la prestation. Tandis que Rocco, en parlant *de plano*, du rapport de dette comme d'un devoir de prester correspondant à un droit du créancier à la prestation a certainement en vue les effets du rapport de dette lorsqu'il est déjà à côté du rapport de responsabilité personnelle du débiteur. Ces discordances entre les partisans de la Distinction et dont parlent certains de ses adversaires sont donc en grande mesure apparentes et de toutes façons elles ne peuvent servir d'argument pour méconnaître la distinction en droit italien moderne.

Quant à l'objection du manque de portée de la distinction, il est certain que son étude est pleinement justifiée fut-ce seulement pour préciser la composition de l'obligation.

164. — Nous avons voulu donner au lecteur un aperçu de la façon dont la distinction est envisagée en Italie. Comme les trois auteurs cités représentent les voix les plus autorisées, il convient de jeter un coup d'œil comparatif sur la façon dont ils envisagent Dette et Responsabilité.

Pour Pacchioni nous avons vu que le rapport de dette se décompose en un devoir du côté du débiteur et en une

attente du côté du créancier. Le devoir doit avoir un contenu patrimonial et ce qui donne la juridicité à ce rapport, c'est une norme juridique imposant au débiteur d'accomplir une certaine prestation vis-à-vis du créancier, créant ainsi, comme le dit Pacchioni, pour le débiteur un état de pression psychologique. Le créancier n'a qu'une attente (aspettativa) : Pacchioni ne peut lui accorder un droit vu que le créancier ne peut contraindre le débiteur à prester. L'accomplissement du devoir du débiteur ne peut être obtenu par contrainte dans ce rapport et Pacchioni admet la même chose même lorsque, à côté de ce rapport, se range le rapport de responsabilité. Nous avons signalé à temps la différence entre le rapport de dette de Rocco et celui de Pacchioni. Nous n'y revenons donc plus ici.

Pour Gangi le rapport dette est aussi un devoir du côté du débiteur, devoir sans possibilité d'être sanctionné, et une attente du côté du créancier. Mais la façon dont ce rapport obtient son caractère juridique est conçue d'une manière plus large par Gangi : ce rapport tire son caractère juridique de sa reconnaissance ou protection de n'importe quelle façon par le droit. Vue plus large et plus exacte ; en effet pour l'obligation naturelle que ces deux auteurs considèrent comme type de simple *debitum*, on peut parler plutôt d'une disposition juridique la reconnaissant, que d'une disposition juridique l'imposant. Et pour Gangi cet élément essentiel de l'obligation, le *debitum* change de caractère lorsqu'il est uni à l'autre élément essentiel, la responsabilité. Dans le simple *debitum* le créancier ne peut pas contraindre le débiteur à accomplir sa dette. Par l'adjonction de la responsabilité, la dette du débiteur reçoit un caractère de nécessité de prester, dans le sens que la prestation peut être exigée et que le débiteur s'expose par le non accomplissement à une sanction. L'aspettativa du créancier se transforme aussi par cette adjonc-

tion de la responsabilité en droit, c'est-à-dire en pouvoir d'exiger la prestation.

165. — D'après les trois auteurs cités, la responsabilité est un assujettissement. Sur ce point il y a accord entre eux. Le désaccord commence au moment de déterminer les conséquences de cet assujettissement et sa nature juridique. Il y a encore un point certain, celui que toute responsabilité existe en vue d'une dette et que normalement dette et responsabilité personnelle du débiteur naissent ensemble.

Pacchioni n'admet pas que la prestation puisse faire l'objet d'un droit du créancier, car la prestation est un produit de la volonté qui est essentiellement incoercible. Qu'est-ce qui donne alors la force à l'obligation? C'est l'assujettissement du patrimoine (nous parlerons ici seulement de la *responsabilité personnelle*) en vue d'assurer au créancier, indépendamment de la volonté du débiteur ou même contre elle, la valeur ou l'objet de la prestation. Le créancier attend donc une prestation qu'il ne peut produire par contrainte. Entre temps le patrimoine du débiteur est assujetti au pouvoir du créancier. Comment se manifeste ce pouvoir? Pacchioni nous dit que le créancier a un droit de faire valoir cet assujétissement dans deux buts : pour rendre plus probable l'accomplissement et en cas d'inaccomplissement obtenir l'objet de la prestation ou sa valeur. Le créancier, qui, d'après Pacchioni, n'a pas droit à la prestation, a une fois l'échéance passée, le droit de s'attaquer au patrimoine du débiteur pour en retirer une valeur égale à celle de la prestation inaccomplie. Et Pacchioni d'ajouter que c'est le seul droit que le créancier a dans l'obligation, droit *sui generis* de nature réelle.

Il convient de remarquer que l'obligation telle que l'envisage Pacchioni, sans presque aucune relation entre

les deux rapports la composant, avec un seul droit du créancier, celui de s'attaquer au patrimoine du débiteur en cas d'inaccomplissement, nous paraît une conception trop schématisée et certainement incomplète.

Rocco accorde au créancier un droit de prétendre à la prestation, droit auquel correspond le devoir du débiteur de prester. Nous nous rappelons que Rocco fait une distinction entre droits directement et droits indirectement coercibles. Le droit du créancier est indirectement coercible et cette coercibilité indirecte a lieu pour le droit que le créancier a d'obtenir par contrainte, du patrimoine du débiteur, l'équivalent pécuniaire de la prestation. La sanction du droit à la prestation c'est donc ce droit d'obtenir sur le patrimoine du débiteur l'équivalent pécuniaire de la prestation. Tandis que Pacchioni admet dans l'obligation un seul droit, le droit du créancier sur le patrimoine, Rocco admet deux droits, le droit à la prestation et le droit d'agir sur le patrimoine pour obtenir l'équivalent pécuniaire de la prestation inaccomplie.

Quant à la nature du droit du créancier sur le patrimoine du débiteur, Rocco lui attribue une nature réelle et l'appelle droit de gage sur le patrimoine quoique la manière même dont Rocco conçoit ce gage l'éloigne sensiblement du droit de gage du code civil.

Gangi entend aussi par responsabilité, l'assujettissement au pouvoir de contrainte du créancier. L'objet de cet assujettissement c'est la personne du débiteur, mais Gangi fait une réserve : il ne s'agit pas du débiteur en tant que personne physique, mais de son patrimoine comme appartenance à la personnalité. Le pouvoir de contrainte pour inaccomplissement s'exerce donc en définitive aussi pour Gangi sur le patrimoine du débiteur. Comme nous l'avons vu, dans le simple rapport de dette Gangi reconnaît au

créancier une *aspettativa*, au débiteur un simple devoir juridique. En même temps, Gangi établit que le débiteur se trouve envers le créancier dans la nécessité d'accomplir la prestation dans la mesure dans laquelle il est assujetti au pouvoir de contrainte de celui-ci. D'autre part, le créancier a droit à la prestation dans la mesure dans laquelle il peut l'exiger du débiteur en recourant à l'emploi des moyens de contrainte. Ces deux conditions manquant complètement dans le simple rapport de dette, il s'en suit le manque de droit du créancier et le manque de nécessité de prester de la part du débiteur.

Ce qu'il faut particulièrement remarquer chez Gangi c'est l'élément nouveau naisant de l'union entre Dette et Responsabilité. C'est l'*obligo giuridico* qui naît par cette union, c'est-à-dire la nécessité de prester dans laquelle le débiteur se trouve vis-à-vis du créancier; celui-ci peut en effet exiger l'accomplissement et en cas de non satisfaction recourir à la sanction qu'il peut faire valoir grâce à la responsabilité. Par cette union donc *aspettativa* et *dovere* s'élèvent au rang de droit à la prestation et de nécessité d'accomplir la prestation. Le droit du créancier à la prestation correspondant à l'*obligo giuridico* du débiteur, contient implicitement le pouvoir de s'adresser aux biens du débiteur en cas d'inaccomplissement volontaire. Mais il s'agit toujours du droit du créancier à la prestation du débiteur, droit de nature personnelle qui donc, en cas d'inaccomplissement, se fait valoir sur le patrimoine, seulement à cause de l'incoercibilité directe de la prestation. Gangi nie catégoriquement l'existence dans l'obligation de deux droits : l'un à la prestation, un autre d'agression sur le patrimoine du débiteur. Même dans la phase exécutive il s'agit toujours du droit personnel à la prestation.

On trouve un certain manque de précision dans l'exposé Gangi concernant la fusion entre dette et responsabilité ainsi que de la nature du droit du créancier. Nous pouvons toutefois en déduire qu'alors que Pacchioni reconnaît au créancier seulement un droit réel, Rocco un droit personnel à la prestation et un droit de gage sur le patrimoine, Gangi ne lui reconnaît qu'un droit personnel à la prestation et pas de droit spécial sur les biens. Une conséquence de la différence de vue de Pacchioni et de Gangi est aussi la suivante : tandis que Pacchioni voit toujours dans ce que l'on obtient par l'exécution forcée un équivalent de la prestation et pas la prestation même, opinion partagée également par Rocco, Gangi soutient que l'exécution forcée a pour but d'obtenir ou bien la prestation même ou des dommages-intérêts.

Les auteurs italiens ont admis à l'instar des auteurs allemands la notion de responsabilité objective. Comme en Allemagne la responsabilité objective peut dans l'obligation renforcer la responsabilité personnelle. En échange tandis que le *debitum* uni à la responsabilité personnelle donne naissance à une obligation, la responsabilité objective unie à un *debitum* ne peut pas en créer une.

166. — **Cas d'application de la distinction.** — En droit italien comme d'ailleurs dans tout droit moderne *dette* et *responsabilité* sont réunies dans l'obligation. Néanmoins il y a des cas exceptionnels où l'on peut encore trouver ces rapports à l'état indépendant.

En outre, on trouve des cas où ces deux rapports diffèrent par leurs sujets, par leur étendue, par leur durée, ce qui prouve leur distinction et leur indépendance.

On s'accorde pour considérer l'obligation naturelle comme simple rapport de dette. Pour la responsabilité qui ne peut, dans notre droit moderne, jamais exister sans dette au moins éventuelle, on trouve des cas de responsa-

bilité sans dette actuelle. On considère comme responsabilité sans dette actuelle le gage et l'hypothèque pour dette future ou conditionnelle. Gangi et Rocco interprètent de la même façon le cautionnement pour dette conditionnelle ou future. On doit toutefois remarquer que pour ces cas où la dette nait postérieurement à la responsabilité il ne s'agit, en général, que de responsabilité objective et pas de responsabilité personnelle qui ne prend normalement naissance qu'avec la dette.

Il n'est pas toujours nécessaire que la même personne doive et réponde aussi. L'obligation naturelle garantie par un droit de gage sur la chose d'autrui nous offre un cas de dette sans responsabilité propre et inversement la constitution d'un gage pour la dette d'autrui est un cas de responsabilité sans dette propre.

L'étendue des deux rapports peut aussi être différente. On parle notamment des dettes à responsabilité limitée. Rocco et Gangi reconnaissent comme telles les dettes à responsabilité objectivement limitée, quant aux dettes à responsabilité arithmétiquement limitée, Gangi les considère comme dettes limitées à responsabilité illimitée. Dans les dettes avec droit d'abandon, Gangi ne voit pas non plus des dettes à responsabilité limitée, mais bien des dettes illimitées avec responsabilité illimitée, le débiteur ayant en plus le droit de se libérer, en abandonnant un objet différent de celui qu'il devait.

Responsabilité personnelle et dette naissent et s'éteignent normalement en même temps. On trouve quand même des cas où la responsabilité personnelle s'éteint avant la dette, comme cela arrive par exemple dans la prescription. Les cas de responsabilité pour dette future sont des cas de responsabilité existant avant la dette afférente, de même que le renforcement d'une obligation

civile par un gage, postérieurement à la naissance de celle-ci constitue un cas de responsabilité naissant après la dette la concernant. Ce sont des preuves suffisantes que dette et responsabilité afférente peuvent avoir des durées différentes mais il est important de souligner que cela se vérifie surtout pour les responsabilités objectives.

En plus Gangi fait observer qu'on peut faire varier la conformation de la responsabilité assurant une dette sans entraîner par là des modifications de cette dette.

167. — Importance de la distinction entre dette et responsabilité pour le droit italien moderne. — Il est certain qu'on ne trouve pas en doctrine italienne les accents d'enthousiasme qu'on rencontre souvent dans la doctrine allemande à propos de la distinction. Convaincus de son existence dans le droit moderne italien, les juristes italiens cherchent plutôt à réduire son importance à sa juste valeur.

Il est certain que la loi italienne fournit moins d'arguments à l'appui de la distinction que la loi allemande. On n'y trouve notamment pas une partie des institutions groupées par la doctrine allemande sous le nom de « Grundpfandrechte, institutions qui, en Allemagne, ont le plus servi de preuve de l'existence de la situation en droit moderne. On admet qu'au point de vue dogmatique la distinction permet une meilleure détermination du concept et de la structure de l'obligation, qu'elle donne une meilleure explication à la série des cas présentés comme preuves de l'existence de la distinction dans le droit italien moderne. Et le fondement des obligations naturelles apparaît plus clair lorsqu'on envisage celles-ci comme dettes sans responsabilité corresponsante.

Cette théorie fournit en outre à Pacchioni un meilleur critérium de distinction entre *obbligo* et *obbligazione*

et un moyen d'élucider l'opposition entre obligations et droits réels.

Enfin au point de vue systématique Gangi croit pouvoir former, grâce à cette distinction, une catégorie générale de rapports de responsabilité comprenant la responsabilité personnelle et la responsabilité objective.

CHAPITRE III

LA DISTINCTION ENTRE « DEBITUM » ET « OBLIGATIO » EN DROIT FRANCAIS MODERNE

I. La Distinction entre « Debitum » et « Obligatio » est-elle applicable au Droit français moderne ?

168. — *Position du problème.* — Comme nous venons de le voir dans les chapitres précédents, les historiens du Droit ont prouvé, au moyen des sources de l'ancien droit allemand, de l'ancien droit romain et d'autres droits antiques, que ces droits ne connaissaient pas, dans les premières époques de leur évolution, l'institution que nous désignons aujourd'hui sous le nom d'*obligation*. Ils connaissaient en échange, dans les époques dont nous parlons, des rapports juridiques, appelés par les historiens du Droit, rapports de Responsabilité, en vertu desquels une personne ou une chose était assujettie à l'agresssion d'une autre personne et d'autres rapports qui ont été appelés rapports de Dette, en vertu desquels une personne devait accomplir une prestation vis-à-vis d'une autre personne. A l'inverse de la première catégorie de rapports, ces derniers rapports ne contenaient aucun élément de force, ils n'établissaient aucun pouvoir de celui envers lequel devait être accomplie la prestation sur celui qui devait l'accomplir.

Les deux catégories de rapports, tout à fait indépendants

au début, rapports surgissant à la suite d'actes différents, ayant des sujets différents, différant par leur objet et leur durée, n'ont pas à travers les temps conservé leurs positions réciproques. On commença par établir une corrélation entre eux dans le sens que les rapports de Responsabilité qui pouvaient être établis indépendamment de tout rapport de Dette, ne devaient plus désormais être établis qu'en vue d'un tel rapport, pour aboutir à la suite de leur rapprochement, toujours plus intime, à l'institution que nous appelons obligation. Ce rapprochement était tellement complet que déjà les juristes romains de l'époque classique ne considéraient plus l'obligation que comme un tout indivisible, un *juris vinculum* et c'est cette conception qui fut maintenue en doctrine moderne française, italienne, allemande, etc...

Lorsque les historiens du Droit eurent démontré que dans les Droits anciens l'obligation était formée de deux éléments distincts et indépendants, que cette dualité élémentaire de l'obligation s'était maintenue même dans les époques où les juristes anciens considéraient l'obligation comme une notion unitaire, quoi de plus normal pour les civilistes que de se demander, si, au cours de l'évolution subie par l'obligation depuis les temps anciens jusqu'aux Codes modernes le rapprochement des éléments Dette et Responsabilité — *Debitum* et *Obligatio* — avait ou non été effectivement poussé jusqu'à leur complète fusion dans le droit moderne ou bien si leur union dans l'obligation ne permettait pas, quand même, de les distinguer l'un de l'autre et si malgré tout ces deux éléments n'ont pas gardé une certaine indépendance l'un vis-à-vis de l'autre?

Nous venons de voir que les recherches entreprises en ce sens en Allemagne et en Italie ont abouti à la constatation que l'ancienne distinction entre l'élément Dette et l'élément Responsabilité s'est maintenue dans ces deux

droits. Il est donc légitime de nous demander si la distinction entre Dette et Responsabilité ne se retrouvait pas, au moins conceptuellement, aussi dans la notion d'obligation du droit français moderne, voire si dans ce droit on ne trouvait pas des rapports de Responsabilité distincts des rapports de Dette.

D'ailleurs comme la notion d'obligation du droit français est sensiblement la même que celle du droit allemand et celle du droit italien on peut *a priori*, envisager le résultat auquel aboutira notre recherche.

169. — *Définition courante de l'obligation.* — Il va sans dire que notre Code civil ne contient aucune disposition ayant trait à la reconnaissance explicite de la distinction dans l'obligation de notre droit entre l'élément Dette et l'élément Responsabilité : les auteurs du Code méconnaissaient en effet complètement cette distinction. On ne pourrait pas plus en déduire l'existence de la définition de l'obligation que les auteurs du Code auraient donnée, vu qu'une telle définition manque à notre Code.

La dualité élémentaire de la notion d'obligation résulterait-elle des définitions de l'obligation que nous donne la doctrine ? A vrai dire ces définitions nous renseignent bien peu là-dessus. Soit qu'on accuse le côté actif de l'obligation, soit qu'on mette en évidence le côté passif, il s'agit toujours du même lieu unique entre deux personnes, en vertu duquel le débiteur doit exécuter la prestation et le créancier a le droit de l'exiger. En effet, la majorité des auteurs, à commencer par Pothier, se contentent de reproduire avec des modifications de détail la définition donnée par les *Institutes* de Justinien[1] « *Obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis jura* » (*Inst.*, 3, 13, pr.),

1. **R. Demogue**, *Traité des obligations en général*, t. I, p. 2, n° 2.

définition à la fois unilatérale et incomplète : unilatérale parce que ne parlant que de la contrainte que le créancier peut exercer contre le débiteur, sans mentionner le devoir de celui-ci de prester, incomplète parce que n'indiquant ni la nature, ni l'objet du lien de droit dont serait constituée l'obligation[2]. Ces auteurs insistent donc principalement sur le côté contrainte de l'obligation, le devoir du débiteur d'accomplir la prestation étant négligé dans ces définitions. De toute façon, l'obligation apparaît ici comme une notion unitaire, comme un lien entre le débiteur et le créancier.

On a toutefois enregistré en doctrine française des définitions qui marquent un progrès net sur la définition ci-dessus, des définitions qui mettent en valeur le devoir du débiteur d'accomplir la prestation.

M. Josserand a cette tendance à mettre en valeur l'élément passif de l'obligation lorsqu'il dit que « *l'obligation*, ou droit de créance, est un rapport juridique qui assigne, à une ou à plusieurs personnes, la position de *débiteurs*, vis-à-vis d'une ou de plusieurs autres, qui jouent le rôle de créanciers et envers lesquelles elles sont tenues à une prestation *positive* (obligation de *donner* ou de *faire*) ou *négative* (obligation de ne *pas faire*)[3] » de même que M. Bonnecase qui définit l'obligation comme « un rapport de droit en vertu duquel l'activité économique ou purement sociale d'une personne est mise à la disposition d'une autre personne sous la forme positive d'une prestation à fournir ou sous la forme négative d'une abstention à observer. »[4] Mais il ne ressort nullement de ces définitions que leurs auteurs considèrent l'obligation autrement que les auteurs de la définition classique de l'obligation, c'est-à-dire

2. **Pacchioni**, *Trattato*, p. 2 et 6, n. 2.
3. **Josserand**, *Cours de droit civil positif français*, t. II, n° 2.
4. **Bonnecase**, *Précis de droit civil*, t. II, n. 1.

comme une notion unitaire, comme un seul lien entre deux personnes.

En échange nous devons relever la définition, beaucoup plus précieuse à notre point de vue, que M. Demogue donne de l'obligation[5]. Les mots rapport de droit ont disparu de cette définition. Pour M. Demogue l'obligation c'est « la situation juridique ayant pour but une action ou abstention de valeur économique ou morale dont certaines personnes doivent assurer la réalisation ». Dûment interprétée, cette définition n'exclut aucun des éléments essentiels de l'obligation, tels que les conçoivent ceux qui proclament la dualité élémentaire de cette notion. En premier lieu, lorsqu'on dit que l'obligation est une situation juridique, on a par celà même admis que cette institution, pouvait comprendre plusieurs rapports juridiques différents, car le nombre de rapports juridiques pouvant découler d'une situation juridique n'est pas *a priori* déterminé.

Le devoir du débiteur de prester est, dans cette définition, mis en évidence par la mention du but de l'obligation, qui est justement l'action ou l'abstention formant la prestation, mais en même temps les derniers mots « doivent assurer la réalisation » mettent en évidence le caractère de nécessité que revêt l'accomplissement de la prestation. Or, le mécanisme qui rend le devoir nécessaire peut prendre naissance de la même réalité juridique qui engendre le devoir ou bien d'une réalité juridique distincte, et le grand mérite de la définition de M. Demogue c'est justement le fait de ne pas exclure cette dernière réalité.

170. — D'ailleurs la dualité élémentaire de l'obligation s'impose à nous par la nature même des choses. Il faut,

5. **R. Demogue**, *op. cit.*, p. 16, v. aussi p. 6.

en effet, songer à ce que « les obligations existent pour donner satisfaction aux créanciers dans une mesure qui ne soit pas trop inconciliable avec les intérêts des débiteurs »[6]. C'est sous le signe de la coopération humaine que naissent les obligations, ce sont ses nécessités qui la régissent. La satisfaction que le créancier veut obtenir grâce à l'obligation, il doit l'obtenir normalement au moyen de la prestation du débiteur. La production de cette prestation est le résultat d'une manifestation de la volonté du débiteur, volonté qui directement est incoercible. On ne possède, en effet, pas de moyens mécaniques, extérieurs, pour produire lorsque le débiteur ne voudrait pas entreprendre la prestation, directement l'acte de volonté nécessaire à la prestation. Tout au plus peut-on par des moyens extérieurs, exercer une telle pression sur le débiteur qu'il consent en fin de compte à la production de l'acte de volonté nécessaire à la prestation. Seulement l'efficacité de ce système n'est pas toujours certaine et l'on peut très bien concevoir des sujets qui ne consentent à plier leur volonté devant aucun moyen de pression.

En tenant compte d'une part que l'un des traits caractéristiques de l'obligation, c'est le degré de certitude que revêt pour le débiteur, grâce à elle, l'obtention de la satisfaction poursuivie, d'autre part que cette satisfaction doit normalement s'obtenir au moyen d'un acte de volonté du débiteur, acte directement incoercible et pouvant par son défaut compromettre l'obtention de la satisfaction par le créancier, il va de soi qu'on doit avec Schwind[7] discerner dans l'obligation, indépendamment de toute réglementation légale, deux éléments distincts, voire opposés : 1. Une action à accomplir par un homme en faveur d'un autre

6. **R. Demogue**, *op. cit.*, p. 16.
7. **Schwind**, *Schuld und Haftung im geltenden Rechte* JJ. 1916, vol. 68, p. 11.

homme; 2. La sécurité du résultat poursuivi par ce dernier, afin de lui procurer, plus ou moins complètement, la satisfaction qu'il a eue en vue, même si le premier n'accomplissait plus l'action dont il est question.

Et l'on peut immédiatement déduire, du fait que la loi ne possède pas les moyens pour produire directement l'acte nécessaire à l'accomplissement de la prestation du débiteur, que cette sécurité accordée au créancier, pourra consister soit en la concession de moyens pour exercer indirectement une pression assez forte sur la volonté du débiteur pour le déterminer à prester, soit en la concession de moyens permettant au créancier d'obtenir par lui-même l'objet de la prestation si cela est possible, ou bien un équivalent du résultat qu'il poursuivait par l'accomplissement de la prestation par le débiteur. On a, depuis les temps les plus anciens, dû tenir compte de cette diversité des éléments formant l'obligation. Ce qui a varié partout, nous le savons déjà, c'est la façon dont la loi concevait et réglementait les rapports réciproques de ces éléments ainsi que l'étendue plus ou moins grande qui était accordée à l'élément Responsabilité. Ce sont d'ailleurs les comparaisons des résultats des recherches entreprises sur plusieurs droits antiques avec ceux des résultats des investigations dont ont été l'objet plusieurs législations modernes, qui ont permis à Schwind[8] de proclamer que la distinction entre ces deux éléments est essentielle au droit des obligations de tous les temps et de partout.

171. — La distinction entre ces deux éléments reconnue fondamentale à tout droit des obligations et par conséquent aussi au droit français moderne, il convient de voir quelles en seraient dans ce droit moderne les formes et

8. **Schwind**, *op. cit.*, p. 11.

les fonctions juridiques telles quelles pourraient être dégagées des données de notre code civil. Nous avons déjà dit que la distinction, étant complètement méconnue par les auteurs du code, il n'est pas question d'y trouver des dispositions qui se réclament directement de cette distinction. En échange du fait qu'elle est inhérente à tout droit des obligations, il est très probable qu'on trouvera dans le code des dispositions qui permettront de la déceler.

Pour essayer de dégager des données mêmes du code la structure de l'obligation, nous rapprocherons deux groupes d'articles, notamment les articles 2092-3 Code civil et les articles 1101, 1136, 1142-3, 1147 Code civil. Il est aisé de voir qu'on doit considérer d'un côté la prestation du débiteur, prestation qui selon les articles 1101 et 1136 Code civil peut être un *facere* ou un *non facre* et qui est à fournir en vertu d'un rapport entre le créancier et le débiteur, d'un autre côté un assujettissement des biens du débiteur au pouvoir du créancier (2092-3) pour que, en cas d'inaccomplissement ou même de retard de l'accomplissement (art. 1147 civ.) le créancier puisse, en s'attaquant à eux, en tirer satisfaction, art. (2092, 1142-3 C. civ.) Or, ces éléments normalement réunis, ce qui a permis de considérer l'obligation comme une notion unitaire et de la définir comme un rapport en vertu duquel le débiteur doit prester et le créancier a droit à cette prestation, ne cessent pas de ce fait d'être notionnellement distincts. Ce qui plus est, ces deux éléments gardent une certaine indépendance, et nous en allons avoir la preuve lorsque, après avoir étudié chacun de ces éléments séparément, nous aborderons l'étude de leurs rapports réciproques.

172. — Avant d'entamer l'étude de chacun des éléments séparément, il convient de fixer la terminologie, dont nous allons nous servir. Les deux éléments qui se trouvent en

face l'un de l'autre ont trait, l'un à l'action du débiteur, l'autre aux moyens mis à la disposition du créancier pour se procurer en cas d'inaccomplissement par le débiteur, le résultat que celui-ci devait lui faire acquérir. En Allemagne et en Italie on a communément appelé ces deux éléments d'après la forme sous laquelle ils se présentaient *Schuldverhältnis* ou *rapporto di debito* et *Haftungsverhältnis* ou *rapporto di rsponsabilita.* Mais on a aussi appelé le premier rapport d'après son contenu tout court *Schuld* ou *Debito*, le second d'après l'une de ses fonctions *Haftung*, *responsabilità* ou *rispondenza*, appellations remplacées parfois par les mots latins *Debitum* et *Obligatio*. Chez les auteurs français qui ont signalé la Distinction nous ne trouvons pas une terminologie bien arrêtée. MM. Giffard et Collinet parlent dans leur *Précis de Droit romain*[9] de *Debitum* et *Obligatio*. Fliniaux appelle ces éléments *Dette* et *Contrainte*[10]; M. Cornil dans son *Ancien Droit romain*, *Devoir* et *Engagement*. Tout en ne rejetant pas l'appellation latine *Debitum* et *Obligatio* nous désignerons plus souvent les deux rapports par les expressions Rapport de Dette et Rapport de Responsabilité ou simplement par Dette et Responsabilité. En effet si le terme *Debitum* ne présente aucune dificulté, *Obligatio* pourrait souvent prêter à des confusions du fait que nous appelons obligation, l'union de Dette et de Responsabilité personnelle du débiteur. En plus Dette et Responsabilité nous semblent le mieux traduire les notions allemandes *Schuld et Haftung* par lesquelles on désigna pour la première fois ces éléments. Nous parlerons donc par la suite de Rapports de Dette ou de *Debita* entre un débiteur et un créancier, nous

9. **P. Collinet** et **A. Giffard**, *Précis de droit romain*, t. II, 2e éd. 1929, p. 3, n. 2.

10. **Fliniaux**, *Répétitions de droit romain des obligations*, 2e année, 1931-32. p. 8.

aurons des Rapports de Responsabilité ou des *Obligationes* des personnes responsables et, quoique le terme soit moins propre, des choses responsables (responsabilité objective).

II. Debitum

173. — Du moment qu'on est en droit de distinguer dans l'obligation deux éléments, on peut étudier chacun de ces éléments en soi, en faisant abstraction de l'autre. Du fait que la prestation poursuivie par le créancier est un acte dépendant de la volonté du débiteur et par conséquent directement coercible, il est normal, comme on l'a déjà observé en doctrine allemande et italienne, que tout ce qui a pour but d'exercer une pression sur le débiteur ou de procurer au créancier un remplacement de la prestation inaccomplie, fasse partie de l'élément *Obligatio* (responsabilité, contrainte, engagement).

Prenons une obligation dans sa forme la plus simple : l'obligation assumée par A de payer 100 fr. à B, et essayons de déterminer, en faisant un moment abstraction de tout ce qui a trait à la contrainte l'encadrement juridique de la prestation du débiteur. Nous constatons que cette prestation fait l'objet d'un rapport entre A et B, rapport établi conventionnellement dans notre cas, mais que rien n'empêche d'être établi légalement, comme cela arrive pour tous les cas d'obligations extracontractuelles. En vertu du rapport dont nous parlons, A se trouve dans la détermination juridique d'accomplir la prestation, de payer, B dans l'attente juridique de cette prestation. En effet la détermination du débiteur A. à la prestation est conforme à la loi, sans cela il pourrait, la prestation une fois effectuée, la répéter en invoquant un paiement indu et l'attente du créancier est également conforme à la loi du fait que, une fois la prestation reçue on ne peut plus

la lui reprendre, car il n'a fait que recevoir ce qui lui était dû.

Du moment que la prestation est le produit de l'activité du débiteur, il s'en suit que l'encadrement juridique de cette prestation exige toujours un rapport de droit entre le débiteur et le créancier que, comme le remarque à plusieurs reprises M. Demogue[11], il est essentiel dans l'obligation d'avoir un débiteur. C'est pourquoi nous ne pouvons souscrire aux opinions des auteurs qui, en Allemagne et en Italie[12], ont voulu faire abstraction de la détermination du débiteur à la prestation et ont voulu mettre tout le poids sur l'attente du créancier.

Dans l'obligation que nous analysons il se peut que le créancier n'accomplisse pas sa prestation. Normalement le créancier peut, dans ce cas, exiger le paiement du débiteur en le menaçant de s'adresser à ses biens pour en tirer la valeur de 100 fr. Mais par hypothèse nous avons fait abstraction de ce moyen de contrainte. Le créancier aura-t-il dans ce cas, du chef du rapport engendrant la Dette, un moyen de se procurer la prestation contre le gré du débiteur? La réponse négative s'impose, comme nous l'avons déjà remarqué à plusieurs reprises, du fait même du mécanisme générateur de la prestation.

Ce rapport établi entre le créancier et le débiteur crée du côté passif le devoir d'accomplir la prestation et du côté actif un état d'attente de cet accomplissement, attente que les Allemands désignent par *Bekommensollen*, et les auteurs italiens ainsi que M. Cornil par *habere*, *debere* opposé au *Leistensollen* ou au *praestare debere* du débiteur. Le rapport de Dette s'épuise dans le devoir du débiteur d'accomplir, vu que toute maîtrise tendant à produire

11. **R. Demogue**, *op. cit.*, p. 5.
12. V. pour l'Italie p. ex. **Pacchioni**, pour l'Allemagne patr exemple **Schwerin**, **Strohal**, etc.

par contrainte la prestation du débiteur lui est étrangère. C'est ce rapport que les Allemands ont appelé *Schuldverhâltnis* au sens étroit, les Italiens *debito* et que nous avons traduit par rapport de Dette, *Debitum* ou Dette.

Toute trace de maîtrise, en vue d'établir pour le débiteur une nécessité d'accomplir la prestation et pour le créancier un droit de l'exiger étant étrangère au rapport de Dette, on pourrait douter du caractère juridique de ce dernier. C'est pourquoi nous devons préciser qu'à l'instar de la doctrine allemande et italienne à ce sujet, il nous semble qu'il faut considérer comme rapports juridiques, des rapports de la vie courante, des rapports de fait, pris n'importe de quelle manière en considération par le droit[13], et auxquels par conséquent, le droit attribue certains effets juridiques. C'est pourquoi le devoir et l'attente correspondante, issus à la suite d'une norme morale ou sociale, n'ont pas moins un caractère juridique, du moment que le droit les reconnaît d'une certaine façon.

174. — Remarquons enfin que la prestation, contenu du rapport de Dette, ne doit nullement avoir un caractère pécuniaire. Cela est mis en évidence par M. Demogue lorsqu'il dit que dans l'obligation l'action ou l'abstention a une valeur économique ou morale, par M. Bonnecase lorsqu'il parle de l'activité économique ou purement sociale du débiteur. Ce qui a pu faire penser certains auteurs à un caractère pécuniaire de l'obligation, ne se rapporte pas au rapport de Dette, mais à la réalisation du second rapport, du rapport de Responsabilité, que nous allons étudier ci-dessous.

13. **Gangi**, *Scritti giuridici vari*, I, p. 323; **Thur**, *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, I, 1910, p. 5, p. 123 et s.

III. Obligatio.

175. — Par la nature des choses la contrainte à exercer contre le débiteur ne peut être qu'indirecte. Elle fait partie du second élément de l'obligation que les Allemands appellent *Haftung*, les Italiens *rispondenza*, *responsabilità*, *obligatio*. Dans l'exemple choisi ci-dessus que se passe-t-il en dehors de l'établissement du rapport de Dette dont nous avons déjà parlé? L'article 2092 Code civil nous dit que le débiteur « est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens » qui, ajoute l'article 2093, sont « le gage commun de ses créanciers ». Il est donc certain que, si au moment de l'échéance le débiteur ne paie pas, le créancier s'adressera aux biens de celui-ci pour en tirer la valeur de 100 fr. Plus encore, avant l'échéance le créancier peut se ménager la possibilité de s'attaquer aux biens du débiteur en accomplissant des actes conservatoires[14] voire même, selon certains auteurs en suppléant à l'inaction du débiteur (art. 1166 C. civ.) ou en faisant annuler certains actes que celui-ci aurait fait dans des conditions déterminées (art. 1167 C. civ.). Ce sont autant de preuves que nous font apparaître le patrimoine du débiteur comme assujetti au pouvoir du créancier, pour lui permettre d'en tirer satisfaction en cas d'inaccomplissement de la prestation par le débiteur.

Le second élément de l'obligation, pris en soi-même, consiste donc en une maîtrise en vertu de laquelle le créancier a, dans certains cas bien déterminés, un droit d'agression contre l'objet assujetti.

Dans les droits anciens l'objet de cette maîtrise c'était le débiteur ou un tiers pour lui, qui subissaient physiquement l'agression du créancier. Dans notre droit moderne, c'est toujours le débiteur qui est objet de cette maîtrise

14. **A. Colin** et **H. Capitant**, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, 7e éd., p. 236.

du créancier, mais il ne s'agit plus que du côté patrimonial de la personnalité. Les choses en sont là en Allemagne et en Italie, elles ne sont guère différentes en France et les développements de M. Demogue concernant l'objet du lien obligatoire[15] en sont une confirmation certaine.

176. — Cette maîtrise établie sur la personnalité patrimoniale du débiteur a une détermination spéciale : elle doit assurer au créancier l'avantage qu'il poursuit par l'accomplissement de la prestation par le débiteur. Et c'est une question de pure législation que de savoir de quelle manière, on va assurer au créancier, au moyen de cette maîtrise la satisfaction qu'il avait en vue par ia prestation du débiteur. On peut s'en servir pour exercer indirectement une pression sur la volonté du débiteur afin d'obtenir par là la prestation que le débiteur n'avait pas voulu accomplir à un moment donné. On peut aussi, en cas d'inaccomplissement, permettre au créancier de tirer soi-même sur le patrimoine du débiteur un équivalent de la prestation. On peut enfin accorder à cette maîtrise les deux fonctions à la fois.

Après avoir déduit pour le cas normal, en vertu de l'article 2092 du Code civil, l'objet de la maîtrise du créancier, il convient d'étudier quelles sont les fonctions qu'on doit lui attribuer en droit civil français.

De par son seul établissement, l'assujettissement du patrimoine à l'agression du créancier crée tacitement un état de pression psychologique sur la volonté du débiteur, pression qui, dans beaucoup de cas, est déterminante pour l'accomplissement de la prestation.

Mais la fonction qui se dégage nettement des données de la loi, c'est la fonction de remplacement, de dédomma-

15. **C. Demogue**, *op. cit.*, p. 11.

gement. L'agression contre l'objet assujetti, en occurrence le patrimoine du débiteur, doit procurer au créancier par équivalent l'avantage qu'il.poursuivait par l'accomplissement de la prestation du débiteur, équivalent qui, à lire les articles 1142 et suivants, Code civil, doit se rapprocher le plus possible de la satisfaction qu'aurait procurée la prestation même. En certains cas, par exemple dans les obligations de donner, lorsque l'objet de la prestation existe encore dans le patrimoine du débiteur, dans les obligations à un *facere* lorsqu'on n'a pas spécialement en vue la personne du débiteur, l'avantage que le créancier obtient au moyen de l'exécution forcée est identique, au temps de l'effectuation près, à celui qu'il aurait eu si le débiteur avait entrepris lui-même la prestation.

Il va néanmoins sans dire que cet équivalent sera parfois fort différent de l'avantage que le créancier avait en vue du fait de la prestation volontaire; pour illustrer cette proposition il suffit de citer le cas où le créancier a un pur intérêt moral à l'accomplissement de la prestation par le débiteur. D'ailleurs dans l'obligation, l'*obligatio*, la Responsabilité, est le seul élément qui ait nécessairement un caractère patrimonial, tandis que la prestation, objet du *debitum* peut très bien ne pas avoir ce caractère[16].

Si des données de la loi on ne peut nettement dégager pour l'*obligatio* que la fonction de dédommagement, d'indemnisation en cas d'inaccomplissement, la jurisprudence a réussi à mettre en valeur, d'une manière remarquablement efficace, la fonction de contrainte, que pouvait avoir l'*obligatio*. En effet, les astreintes ne sont autre chose que l'utilisation du droit d'agression du créancier contre le patrimoine du débiteur, droit découlant de l'assujettissement du débiteur au pouvoir du créancier en vue de con-

16. V. en ce sens **R. Demogue**, *op. cit.*, p. 11.

traindre indirectement le débiteur à fournir la prestation due[17]. En augmentant successivement le montant des astreintes dans la mesure dans laquelle se prolonge l'inexécution, ce système est pratiquement presque infaillible, tout en pouvant être utilisé avec la même efficacité tant pour les obligations à valeur patrimoniale, que pour celles de caractère purement moral (obligations de famille par exemple), pour les obligations de faire ou de ne pas faire ainsi que pour celles de donner.

Il s'ensuit de tout ce qui précède que, comme sons le régime du B. G. B. et du Code civil italien, l'*obligatio*, la responsabilité, a, sous le régime de la loi française, pour but d'assurer par le seul fait de son établissement, l'accomplissement de la prestation par le débiteur, de permettre l'exercice d'une contrainte en vue de déterminer la volonté du débiteur à la prestation et enfin de permettre au créancier de se procurer sur le patrimoine du débiteur, en cas d'inaccomplissement total, un équivalent pécuniaire de l'avantage qu'il aurait eu si la prestation avait été accomplie, en cas d'inaccomplissement partiel, un équivalent de l'avantage qu'il aurait eu si la prestation avait été accomplie dans les conditions stipulées.

Il convient encore de remarquer que si la seconde fonction de la Responsabilité a été considérablement affaiblie par la loi, à la suite de l'abolition de la contrainte par corps, elle ne perdit quand même pas son importance, grâce à l'application de la théorie des astreintes.

177. — Nous avons considéré jusqu'à présent comme objet de la Responsabilité, la personne du débiteur sous son aspect patrimonial, aussi appellerons-nous les rapports de Responsabilité, dont l'objet est la personne du débiteur

17. V. pour la théorie des astreintes **Colin** et **Capitant**, *op. cit.*, n^os^ 115 et s.; **Josserand**, *op. cit.*, n° 594 et s.; **Bonnecase**, *op. cit.*, n^os^ 508.

du nom de *obligatio personae* ou *Responsabilité personnelle* à l'instar des auteurs allemands, qui appellent le même rapport *persönliche Haftung* et des auteurs italiens qui l'appellent *responsabilita di persona*. A côté de l'assujettissement de la personne au pouvoir du créancier, en vue d'assurer l'accomplissement de la prestation du débiteur ou de servir à l'obtention d'un équivalent patrimonial, en cas d'inaccomplissement de la prestation, notre droit connaît un assujettissement de choses au pouvoir du créancier, assujettissement ayant le même but que celui de la personne du débiteur. En effet, le gage ainsi que l'hypothèque ne sont que des formes d'assujettissement d'objets déterminés, au pouvoir d'agression du créancier gagiste ou hypothécaire, afin de lui fournir satisfaction en cas d'inaccomplissement de la créance pour laquelle ils sont établis. Ce sont des cas de *Responsabilité objective*, d'*obligatio rei*, c'est-à-dire des cas où un certain objet est assujetti au pouvoir d'agression du créancier pour lui fournir satisfaction en cas d'inaccomplissement, des cas appelés en Allemagne *Sachhaftungen* en Italie *responsabilità di cosa*.

La responsabilité personnelle se résout en définitive aussi dans l'agression du créancier contre des biens du patrimoine assujetti biens, pris individuellement, mais, tandis que pour la responsabilité objective c'est le bien gagé ou hypothéqué qui est destiné à l'agression, sans égard aux changements de propriétaire qu'il subit, ce n'est que l'appartenance de tel ou tel autre bien au patrimoine du débiteur, qui le destine à l'agression du créancier personnel.

178. — Pour réaliser le contenu du rapport de Responsabilité, c'est-à-dire pour réaliser l'agression contre le patrimoine assujetti en vue d'en tirer indemnité pour l'inaccomplissement de la prestation, le créancier se sert d'habitude de l'action et de l'exécution forcée. C'est donc en

recourant au concours de l'Etat que le créancier réalisera d'habitude son droit sur le patrimoine ou sur le bien assujetti. Ce n'est toutefois pas le seul moyen que le créancier a à sa disposition dans ce but. En effet, dans certains cas, il peut avoir recours à la compensation. Or, si l'on considère la compensation comme la permission accordée par la loi au créancier dans des cas bien déterminés, de s'approprier pour la satisfaction de sa créance un bien — la somme que lui-même doit à son débiteur — qui normalement devait entrer dans le patrimoine de son débiteur, la compensation nous apparait comme un moyen de réaliser la Responsabilité personnelle. Ce caractère de la compensation ressort d'ailleurs d'une façon encore plus précise dans la compensation judiciaire. Le créancier peut enfin, pour exercer l'agression contre le patrimoine du débiteur à laquelle il a droit, avoir recours à la justice privée[18]. Nous renvoyons au traité de M. Demogue[19] pour l'énumération des cas de justice privée qui ne sont pas prohibés. Le seul que nous mentionnerons ici, comme étant le plus fréquent et comme relevant, à l'inverse de ce qui se passe pour la compensation, surtout de la fonction de contrainte de la Responsabilité, c'est le cas du droit de rétention. Dans le droit de rétention, l'agression du créancier se manifeste par le droit incombant à celui-ci, de retenir un élément patrimonial appartenant à son débiteur, jusqu'à ce que celui-ci accomplisse la prestation qu'il doit.

IV. Rapports entre « Debitum » et « Obligatio ».

179. — L'analyse des données de Code concernant l'obligation nous ont permis d'en déduire la dualité notion-

18. **A. Vallimaresco**, *Justice privée en droit moderne.*
19. **R. Demogue**, *op. cit.*, vol. VI, p. 51, n. 37.

nelle de l'obligation. Institution ayant pour but d'établir une concordance entre l'activité des uns et les besoins des autres, nous avons vu qu'elle peut se décomposer en un élément ayant trait à l'activité du débiteur pour satisfaire aux besoins du créancier et en un autre élément ayant pour but d'établir la sécurité de l'obtention de la satisfaction que le créancier poursuit par l'obligation.

Le premier élément, le *debitum*, établit du côté du débiteur un devoir juridique dans le sens que l'accomplissement de la prestation est conforme au droit, mais non une nécessité juridique de prester non plus qu'un droit à la prestation du côté du créancier, parce que la prestation, résultat de la manifestation de volonté du débiteur, étant directement incoercible, cet élément ne contient aucun vestige de force.

C'est le second élément qui contient la force. Il sert à tenir indemne le créancier. Et nous savons que sous certains de ses aspects, l'ordre juridique lui attribue un rôle de contrainte indirecte.

L'étude des rapports réciproques de ces deux éléments nous montrera pour le droit français, à l'instar des droits italien et allemand, que la distinction entre Dette et Responsabilité ne se limite pas à son caractère notionnel, qu'elle revêt au contraire un caractère pratique du fait que nous pouvons rencontrer dans le droit moderne des situations juridiques prouvant l'indépendance de ces deux éléments.

La première observation à faire quant aux rapports entre *Debitum* et *Obligatio*, c'est qu'en vertu même de leurs fonctions juridiques, on ne peut concevoir dans notre droit l'établissement d'une *Obligatio* qu'en vue d'un *Debitum*.

Le cas normal, presqu'universellement rencontré sous notre régime juridique, c'est le *Debitum* uni à l'*Obligatio personae*, à la Responsabilité personnelle illimitée du

débiteur même, et constituant l'institution que notre code, la doctrine, la jurisprudence, appellent obligation. Dans ce cas normal les deux rapports naissent en vertu du même acte générateur, ont la même durée, subissent la même cause d'extinction. Aussi convient-il de nous demander, alors que l'obligation est formée de ces deux éléments dont nous connaissons la conformation, si l'on peut parler de nécessité de prester de la part du débiteur, c'est-à-dire si l'on peut parler de la situation juridique qu'on exprime en langage juridique courant en disant que « le débiteur est obligé de prester », si l'on peut parler d'un droit à la prestation de la part du créancier?

C'est ici qu'intervient le rôle de la Responsabilité personnelle du débiteur. En vertu du rapport de Dette, du *Debitum*, le débiteur ne se trouve pas dans la nécessité de prester. En échange son devoir se trouve transformé en nécessité, en obligation de payer, dans la mesure dans laquelle il est, de par sa personnalité patrimoniale, assujetti au pouvoir d'agression du créancier[20], afin de pouvoir être par là contraint à effectuer la prestation et inversement le créancier qui, en vertu du *debitum*, n'a qu'une attente juridique de la prestation et en vertu de l'*obligatio* un droit éventuel d'agression contre le patrimoine assujetti, a en vertu de la réunion de ces deux éléments, non plus une simple attente de la prestation, mais un droit de l'exiger dans la mesure dans laquelle il peut, pour l'obtenir, faire usage des moyens de contrainte que lui fournit le rapport de Responsabilité personnelle dont il est titulaire.

Par conséquent tout fait générateur d'obligations donne en réalité naissance à un rapport de Dette, à un *Debitum*, entre le créancier et le débiteur, et assujettit en même

20. Voir dans ce sens **Gangi**, *op. cit.*, p. 318.

temps la personnalité patrimoniale du débiteur au pouvoir d'agression éventuel du créancier. La preuve de l'existence pour le cas normal de cet assujettissement dès le moment de la constitution du rapport de Dette, c'est le droit qu'a le créancier d'entreprendre sur le patrimoine du débiteur des actes conservatoires devant assurer l'exercice ultérieur de son droit d'agression. On peut citer parmi ces actes l'interruption de la prescription, l'apposition et la levée de scellés, l'inscription ou le renouvellement d'hypothèques, le sequestre conservatoire, l'intervention, lorsque le débiteur est appelé à prendre part à un partage, l'intervention dans le procès du débiteur, etc.[21] Ces actes peuvent être entrepris en vertu non seulement d'une créance à terme ou conditionnelle mais même en vertu d'une créance éventuelle qui est irrévocable[22]. L'existence de l'assujettissement du patrimoine du débiteur au pouvoir du créancier dès le moment de la constitution du rapport de Dette, peut encore être prouvée grâce à la possibilité qu'a le créancier d'exercer dans certaines conditions bien déterminées, les actions des articles 1166 et 1167 du Code civil. En effet la question de savoir si les créanciers peuvent intenter l'action oblique et l'action paulienne, lorsque la créance n'est pas encore exigible, est fort controversée en doctrine française[23]. Mais si l'on admet avec Larombière[24] et M. Capitant[25] que l'exigibilité de la créance n'est pas nécessaire pour l'exercice de

21. **Demogue**, *op. cit.*, vol. VI, n° 36; **Planiol** et **Ripert**, *op. cit.*, vol. VII, avec le concours de **MM. Esmein, Radouant** et **Gabolde** n° 893; **Josserand** *Cours*, II, n° 653; **Colin** et **Capitant**, *op. cit.*, II, n° 250.

22. **Demogue**, *ibid.*

23. **Demogue**, *op. cit.*, VII, n° 962 et 1077; **Planiol** et **Ripert**, *op. cit.* VII, n° 955; **Grouber**, *De l'action paulienne en Droit français contemporain*, thèse Paris, 1913, n^{os} 200 et s.; **Bratiano**, *Les effets comparés de l'action paulienne, de l'action oblique et de l'action en simulation*, thèse, Paris, 1913, p. 19 et s. et 29 et s.

24. **Larombière**, *Traité théorique et pratique des obligations*, 1885, 2^{e} éd. art. 1186, 21.

25. **Colin** et **Capitant**, *op. cit.*, II, n° 254.

l'action oblique et si l'on admet avec M. Grouber que l'action paulienne peut être exercée par un créancier à terme ou conditionnel, ces deux actions apparaissent ainsi que nous venons de le dire, comme autant de preuves en plus, que l'assujettissement du patrimoine du débiteur existe dès le moment de la constitution du rapport de Dette correspondant.

180. — Quoique normalement le *Debitum* soit relié à la Responsabilité personnelle illimitée du débiteur (arg. art. 2092 C. civ.) on peut en général, sans tenir compte s'il est ou non accompagné de la Responsabilité illimitée du débiteur, relier à un *Debitum* différentes Responsabilités, soit personnelles, soit objectives. Quelques précisions sont nécessaires quant aux Responsabilités personnelles réunies à un *Debitum* déjà assuré par la Responsabilité personnelle du débiteur. En doctrine allemande et italienne on a placé, comme nous le savons déjà, dans cette catégorie le cas de la Responsabilité personnelle de la caution. Nous sommes d'avis qu'on peut le faire également en droit français, avec les mêmes réserves qui ont été faites dans les deux pays cités. En effet par son engagement la caution « s'engage envers le créancier à accomplir l'obligation si le débiteur n'y satisfait pas lui-même[26] ». La caution assume donc vis-à-vis du créancier la fonction d'indemnisation qu'assure normalement la Responsabilité personnelle du débiteur et cette fonction, la caution l'accomplira par l'assujettissement de son patrimoine au pouvoir d'agression du créancier de la dette cautionnée. A côté de cette Responsabilité personnelle de la caution il y a un rapport de Dette dont le contenu est le même que celui de la Dette principale. Par sa fonction le cautionnement peut donc

26. **Planiol**, *op. cit.*, II, n° 2323; V. art. 2011, C. civ.

être considéré comme un rapport de Responsabilité, mais comme une Responsabilité ayant une conformation spéciale car elle est formée de la Dette de la caution et de la Responsabilité personnelle de celle-ci pour cette Dette. L'article 2041 Code civil assimile le cautionnement au gage et nous fournit ainsi, un argument en plus en faveur de la considération du cautionnement comme un rapport de Responsabilité.

181. — La règle selon laquelle un *Debitum* est normalement accompagné par la Responsabilité personnelle illimitée du débiteur subit différentes exceptions. Notons préalablement le fait que même la Responsabilité personnelle illimitée ne manque pas de se voir très souvent assigner des restrictions. Quoique la personnalité patrimoniale du responsable soit, en vertu de cette Responsabilité, entièrement assujettie au droit d'agression éventuel du créancier, il y a une catégorie de biens, les biens insaisissables, qui sont invulnérables à cette agression. D'ailleurs ces limitations n'empêchent pas, en théorie du moins, le créancier, d'avoir à la longue, entière satisfaction pour le non accomplissement de la dette, car même si les biens du débiteur ne suffisent pas au moment de l'exécution à la pleine satisfaction du créancier, on peut toujours espérer une acquisition ultérieure de biens, sur lesquels portera jusqu'à son complet désintéressement, l'agression du créancier.

Le droit français moderne connaît toutefois des cas de *debita* munies de Responsabilité personnelle du débiteur, Responsabilité subissant une restriction bien plus grande que celle dont nous venons de parler : le droit d'agression du créancier ne porte dans ces cas, que sur une masse patrimoniale bien déterminée, faisant partie du patri-

moine du débiteur. Il y a ensuite des rapports de Dette naissant sans Responsabilité personnelle du débiteur ou qui en sont dépourvus ultérieurement et enfin des rapports de Dette munis d'autres Responsabilités que de la Responsabilité personnelle du débiteur.

182. — *Debita à responsabilité personnelle limitée.* — Il faut distinguer entre les cas de Responsabilité arithmétiquement ou quantitativement limitée et la Responsabilité objectivement limitée. Dans le premier groupe de cas il ne s'agit au fond que d'une Responsabilité illimitée pour des Dettes dont le montant peut varier, mais dont la limite supérieure est limitée. Soit qu'il s'agisse de la Responsabilité limitée de l'aubergiste dont nous parle l'article 1953, alinéa 2, Code civil, soit qu'on se réfère à la Responsabilité du commanditaire ou de l'actionnaire vis-à-vis des créanciers de la société respective[27] ou à d'autres cas similaires, nous nous trouvons en réalité devant des dettes dont le montant ne peut pas dépasser une limite préalablement fixée (1.000 fr. pour l'art. 1953, al. 2, C. civ., montant de la commandite ou montant nominal de l'action non encore versée, etc.), mais pour lesquelles les débiteurs respectifs répondent sur tout le patrimoine.

Il en est autrement pour les cas de Responsabilité objectivement limitée, pour lesquels, sans égard à l'étendue de la Dette, l'agression du créancier est limitée à un patrimoine particulier, voire à un certain groupe de biens déterminés appartenant au patrimoine du débiteur.

Nous citerons comme exemple le même cas auquel ont eu recours et la doctrine allemande et la doctrine italienne : la Responsabilité de l'héritier bénéficiaire. En effet si

27. **Thaller** et **Percerou**, *Traité élémentaire de Droit commercial*, 8e éd., 1931, n° 576.

l'on admet que l'obligation est formée des deux éléments *Debitum* et *Obligatio*, et en tenant compte du principe unanimement admis de la continuation de la personne du *decujus* par l'héritier, entraînant la transmission de toutes les dettes du premier sur la tête du second[28], les dispositions de l'article 802, Code civil, nous apparaissent clairement comme une limitation à la valeur du patrimoine successoral, de la Responsabilité personnelle du débiteur pour ces Dettes. Il s'en suit que si l'héritier bénéficiaire ne peut être poursuivi que jusqu'au montant des biens successoraux, les *Debita* ne se trouvent pas de ce fait réduites à la valeur du patrimoine successoral. En effet, une limitation préalable des dettes à la valeur du patrimoine successoral serait dans ce cas, comme dans tout cas analogue, difficilement concevable. Comment concilier, dans le cas d'un patrimoine insuffisant, cette réduction, avec la possibilité qu'a le débiteur, lorsqu'aucune opposition ne s'est produite, de payer les créanciers héréditaires sur les biens de la succession dans l'ordre de leur présentation ? Faudra-t-il admettre le complet anéantissement de la dette pour les uns et le maintien intégral de celle-ci pour les autres ? Comment admettre la réduction jusqu'à la valeur du patrimoine successoral insuffisant, alors que celui-ci peut subir des variations de valeur considérables[29] ? Si l'on admettait la réduction des dettes successorales à la valeur du patrimoine successoral, il serait très difficile d'admettre une augmentation de leur montant jusqu'à la valeur initiale, par le fait de la renonciation au bénéfice d'inventaire, tandis qu'il est tout à fait normal d'admettre des fluctuations dans la Responsabilité afférente à un *Debitum*. Aussi faut-il admettre avec *Laurent*[30] que l'héri-

28. V. art. 724 C. civ.; **Planiol**, *op. cit.*, III, n^os^ 2162-3.
29. **Gierke**, *S. u. H.*, p. 108, n. 33; **Gangi**, *op. cit.*, p. 267 et 362.
30. **Laurent**, *Principes de droit civil français*, 3^e^ éd., vol. X, n° 161-162.

tier, qui a payé un créancier héréditaire sans tenir compte de l'opposition des autres, ne peut pas se retourner contre le créancier désintéressé, parce que celui-ci n'a fait que toucher son dû[31].

C'est dans ce même groupe qu'il faudrait, pensons-nous, placer certains des cas désignés en doctrine française sous nom d'obligations *propter rem*[32] ou d'*obligations réelles*[33]. Il s'agit des cas de Dettes pour lesquelles le débiteur répond avec tout son patrimoine, mais à qui est concédée la faculté de limiter sa responsabilité à la valeur d'un certain groupe d'objets, voire d'un certain objet, limitation s'effectuant par l'abandon aux créanciers de ce ou de ces biens. Il suffit de citer l'obligation de contribuer à la réparation et à la reconstruction du mur mitoyen, inscrite dans l'art. 665 code civil; la même obligation ayant trait à la clôture mitoyenne (art. 667 C. civ.), enfin l'obligation prévue dans l'article 697 Code civil, en vertu de laquelle le propriétaire du fonds servant doit accomplir à ses frais les ouvrages nécessaires pour l'usage ou la conservation de la servitude du fonds dominant.

L'accomplissement de ces obligations peut être poursuivi sur tout le patrimoine des débiteurs respectifs[34]. Néamoins les articles 656, 667, 699 Code civil, prévoient la possibilité pour les débiteurs, de se mettre à l'abri de toute poursuite, de limiter donc leur responsabilité, en abandonnant le droit de mitoyenneté ou le fonds assujetti. D'ailleurs la même possibilité est envisagée par une partie de la doctrine pour les obligations analogues des articles 663-4 Code civil,[35].

31. V. dans ce sens aussi Angers, 16 nov. 1892 motifs, D. 1894.II.374.

32. **Planiol**, *op. cit.*, II, n° 186 et s.

33. **Bonnecase**, *op. cit.*, II, n° 131; **Baudry-Lacantinerie**, *Traité théorique et pratique de Droit civil.* Supplément par **J. Bonnecase**, vol. V, n° 153 et s.; **Michon**, *Des obligations* propter rem *dans le Code civil*, thèse, Nancy, 1891.

34. **Bonnecase**, *op. cit.*, II, n° 139; **Michon**, *op. cit.*, n° 130.

35. **Bonnecase**, *op. cit.*, I, n° 612.

C'est cette caractéristique qui distingue, comme nous allons incessament le voir, ces cas d'*obligations réelles* des *obligations réelles* incombant aux cautions réelles[36]. Dans notre cas le *Debitum* est normalement assuré par la Responsabilité personnelle illimitée du débiteur avec, pour celui-ci, la faculté de limiter objectivement sa responsabilité; dans le cas de la caution réelle le *Debitum* n'est assuré que par une Responsabilité objective : les créanciers ne peuvent jamais s'attaquer qu'à la chose responsable.

Le droit maritime nous offre aussi un exemple de Dette assurée par la Responsabilité personnelle illimitée de débiteur mais pouvant, au gré de celui-ci, être limitée au moyen de l'abandon d'un groupe de biens. C'est, en vertu de l'article 216 Code de commerce, le propriétaire du navire qui « civilement responsable des faits du capitaine, et tenu des engagements contractés par ce dernier, pour tout ce qui est relatif au navire et à l'expédition » peut néanmoins « s'affranchir des obligations ci-dessus par l'abandon du navire et du fret ».

183. — *Debita sans Responsabilité personnelle du débiteur.* — Ce seraient d'après la définition donnée ci-dessus[37], des rapports entre deux personnes, ayant pour contenu une prestation et reconnus d'une manière quelconque par le droit. Une preuve certaine de la reconnaissance de ces rapports par le droit, c'est la valabilité accordée à l'accomplissement de la prestation formant l'objet de ces rapports. Il s'ensuit donc, qu'en vertu de l'article 1135 du Code civil toutes les obligations naturelles ne sont que des rapports

36. **Planiol**, *op. cit.*, II, n° 189.
37. V. *supra*, n° 173-4.

de Dette purs et simples, c'est-à-dire non accompagnés de Responsabilité personnelle du débiteur[38].

Nous pourrons ainsi, à titre d'exemple, classer parmi les cas de *Debitum* pur connus par la loi :

1. En vertu de l'article 1965 combiné avec l'article 1957 Code civil, les dettes de jeu et de pari. En effet des termes mêmes de l'article 1955 code civil, selon lequel « la loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu ou pour le payement d'un pari « on peut déduire l'existence dans ce cas seulement de l'élément *Debitum*, dépourvu de l'élément *Obligatio*. Cette interprétation est d'ailleurs confirmée par l'article 1957 Code civil, qui reconnaît la valabilité du paiement fait en vertu d'une telle dette[39].

2. En vertu de l'article 1906 Code civil combiné avec l'article 1935 Code civil, la Dette de l'emprunteur ayant pour objet le paiement des intérêts lorsque ceux-ci n'ont pas été stipulés[40].

3. En vertu de l'article 1340 code civil, combiné avec l'article 1339 une dette à la charge des héritiers[41], en vertu de laquelle sera valable la confirmation ou l'exécution par ceux-ci, de la donation nulle en la forme du *de cujus* donateur.

Il convient de citer aussi, à titre d'exemple, parmi les cas de pur *Debitum* les obligations naturelles qui, selon la doctrine et la jurisprudence, persistent :

a) A la suite des obligations prescrites après l'invocation de la prescription[42]. Ces obligations demeurent en effet

38. V. dans ce sens **Gangi**, *op. cit.*, p. 473 et s.

39. **Colin** et **Capitant**, *op. cit.*, n^os^ 272, 275-5°; V. *contra* **Ripert**, *La règle morale dans les obligations civiles*, 3^e^ éd., 1935, n° 189; **Planiol**, *op. cit.*, II, n° 2110.

40. **Bonnecase**, *op. cit.*, II, n^os^ 158 et 163; **Planiol**, *op. cit.*, II, n^os^ 2073, 5; **Colin** et **Capitant**, *op. cit.*, II, n° 275-7°.

41. **Colin** et **Capitant**, *op. cit.*, II, n° 275, 2°, n. 1; **Planiol**, *op. cit.*, II, n° 342; **Bonnecase**, *op. cit.*, n° 158.

42. **Colin** et **Capitant**, *op. cit.*, II, n° 275, 3°; **Josserand**, *op. cit.*, II, n. 713; **Planiol**, *op. cit.*, II, n^os^ 343, 692.

complètes même après l'accomplissement du temps nécessaire à la prescription. En échange l'opposition de l'exception de prescription, fait disparaître l'assujettissement du patrimoine du débiteur à l'agression du créancier, de sorte que de l'ancienne obligation, il ne reste plus que le *Debitum*[43]

b) L'obligation naturelle qui persiste en cas de concordat pour la partie remise de la dette[44].

Nous avons donc dans les cas de pur *Debitum* un premier groupe qui, dès sa naissance, se trouve démuni de Responsabilité et un second groupe qui se trouve démuni de sa Responsabilité à la suite de certaines circonstances postérieures à la naissance de celle-ci. C'est le moment de nous demander à leur propos, si ces *Debita* ne peuvent pas au moyen d'une promesse d'exécution, réacquérir leur force obligatoire ou si du moins elles ne peuvent pas être assurées au moyen d'un cautionnement, d'un gage, d'une hypothèque.

Sous le régime du B. G. B. et surtout en vertu de ses articles 222 et 223, on a établi les règles suivantes :

Il n'est pas possible d'adjoindre une Responsabilité aux *Debita* que la loi a démunies de toute Responsabilité, à cause de leur nature spéciale (p. ex. dettes de jeu, dettes de pari, dettes nées par la promesse de récompenser une entreprise de mariage, etc.).

En échange les *Debita* démunies de Responsabilité, non à cause de leur nature mais à la suite de certains faits déterminés, peuvent être renforcées par un rapport de Responsabilité n'ayant toutefois rien à voir avec les causes qui ont produit l'isolement initial du *Debitum*[45].

Notre code ne contient pas de dispositions analogues

43. V. dans ce sens **Gangi**, *op. cit.*, p. 411 et 439.
44. **Thaller** et **Percerou**, *op. cit.*, n° 2099.
45. **Gierke**, *Schuldrecht*, 1917, p. 46.

à celles inscrites dans le B. G. B., à l'exception d'un texte, l'article 2012 al. 2, permettant d'en déduire la possibilité de cautionner une obligation naturelle, c est-à-dire un *Debitum*.

Nous pensons néanmoins que du moment que l'obligation est formée d'un rapport de Dette uni à l'assujettissement de la personnalité patrimoniale du débiteur, rien ne s'oppose à l'élévation d'un *Debitum* au degré d'obligaton si l'on peut, par un acte approprié, prouver que le débiteur entend dorénavant assujettir son patrimoine à la sûreté de ce *Debitum*. Aussi sommes-nous d'accord avec M. Capitant lorsqu'il dit que « la promesse de payer une obligation naturelle lie définitivement le débiteur à l'égard du créancier et l'engage civilement » en refusant pour expliquer cette transformation l'idée d'une novation [46]. Il paraît d'ailleurs que la jurisprudence en rejetant cette solution pour les dettes de jeu et de pari, trace une distinction analogue à celle faite en Allemagne entre rapports de Dette auxquels, en vertu de leur nature, la loi refuse toute Responsabilité et rapports de Dette dépourvus pour d'autres causes de toute Responsabilité, mais pouvant ultérieurement être de nouveau munis d'une telle sûreté.

Quant à la question de savoir si les obligations naturelles peuvent être assurées par une caution ou bien par une hypothèque ou un gage, en nous donnant ainsi des exemples de *Debita* assurées après coup par une Responsabilité, nous pensons qu'il faut répondre par l'affirmative. En Allemagne la question ne fait plus de doute. En droit français, quoique controversée, la possibilité de cautionner une obligation naturelle est admise par une grande partie de la doctrine en vertu de l'article 2.912 al. 2, code civil[47]. On explique en effet la persistance du cautionnement dans

46. **Colin** et **Capitant**, *op. cit.*, II, n° 278.
47. **Planiol**, *op. cit.*, II, n° 340, 2329; **Bonnecase**, *op. cit.*, II, n° 163, p. 190.

le cas de l'article cité, en disant que c'est une obligation naturelle qui sert de base à ce cautionnement et on en déduit la possibilité générale de cautionner les obligations naturelles[48].

D'autre part en admettant que les obligations naturelles sont des obligations civiles démunies du rapport de Responsabilité personnelle du débiteur, nous pensons avec Gangi[49] que, dans le silence de la loi, il faut leur reconnaître tous les effets des obligations civiles sauf ceux qui sont incompatibles avec les causes ayant provoqué le manque de la Responsabilité ainsi qu'avec l'existence des raisons spéciales ayant déterminé la loi à retirer dans certains cas l'action.

En tenant compte de ces considérations, ainsi que par analogie avec la solution admise pour le cautionnement des obligations naturelles, nous pensons qu'il faut admettre la validité d'un gage ou d'une hypothèque établis pour assurer une obligation naturelle[50]. Cette solution est d'ailleurs admise par une partie notable de la doctrine française[51].

184. — Sous le régime de notre Code nous trouvons enfin des *Debita* assurés seulement par une Responsabilité objective. C'est le cas pour les tiers détenteurs d'immeubles grevés d'une hypothèque ou d'un privilège, tiers auxquels nous assimilerons la caution réelle. La situation du tiers détenteur et de la caution réelle a été maintes fois relevée[52].

48. **Baudry-Lacantinerie** et **Barde**, *Des obligations*, 3e éd. II, n° 1676; **Gangi**, *op. cit.*, p. 477, n. 22; **Plabiol**, *op. cit.*, II, n° 2332.

49. **Gangi**, *op. cit.*, p. 475 et s.

50. V. en ce sens **Gangi**, *op. cit.*, p. 481.

51. V. notamment **Baudry-Lacantinerie** et **de Loynes**, *Du nantissement, des privilèges et ypothèques et de l'expropriation forcée*, 3e éd., t. II, 1906, n° 1280 pour l'hypothèque; **Ch. Lyon-Caen** et **L. Renault**, *Traité de droit commercial*, 4e éd., t. VII, n° 617 pour le gage, le cautionnement et l'hypothèque et enfin pour les trois, S. 1898.II.377 note signée par **P. de Loynes**.

52. **Planiol**, *op. cit.*, II, n. 186; voir pour plus de détails la thèse citée de M. **Michon**, n° 112-114 et 122-129.

Du fait que l'agression contre ces détenteurs est limitée au bien grevé et que leur devoir de payer nait avec l'acquisition du bien grevé pour disparaître avec son aliénation ou sa disparition, on a dit selon que l'on a admis qu'ilest ou n'est pas débiteur, que ce tiers détenteur est tenu d'un *obligation réelle*[53] ou d'une *charge réelle*[54].

En réalité, une étude des textes nous montre que le tiers détenteur, et, ajouterons-nous, la caution réelle, se trouvent vis-à-vis du créancier hypothécaire en un rapport de Dette. C'est l'article 2167 du Code civil qui le prouve lorsqu'il dit que le « tiers détenteur... est obligé comme détenteur à toutes les dettes hypothécaires » de même que l'article 2168 du Code civil, lorsqu'il ajoute que le « tiers détenteur est tenu... de payer tous les intérêts et les capitaux exigibles ». La sommation de l'article 2159 du Code civil, confirme l'existence à la charge du tiers détenteur d'une dette, dont l'étendue est déterminée par la dette hypothécaire et comprend le capital, les intérêts et les frais, ces deux derniers éléments d'ailleurs seulement en tant que dus hypothécairement[55].

Ce qui est en échange caractéristique pour ces rapports de Dette c'est, en dehors de leurs dates de naissance et d'extinction, déterminées par l'acquisition et l'aliénation du bien grevé, le fait qu'ils ne sont assurés que par la Responsabilité objectivement limitée. L'action des créanciers est, en effet, objectivement limitée. Elle ne peut plus éventuellement porter sous tous les biens du débiteur, comme dans les cas étudiés au n° 182, de sorte que, même lorsque le débiteur, en l'occurrence le tiers détenteur ou la caution réelle, n'accomplit pas et si en outre il n'exerce pas sa faculté de délaissement, les créanciers ne peuvent s'attaquer qu'au

53. **Bonnecase**, *Précis*, II, n° 132; **Michon**, *op. cit.*, n. 105.
54. **Planiol**, *op. cit.*, II, n. 190.
55 **Aubry** et **Rau**, *Cours de Droit civil francais*, 5e éd., vol. III, n. 287, n. 15

bien hypothéqué et à rien d'autre[56]. Il apparaît donc clairement que nous nous trouvons devant un cas de *Debitum* assure seulement par la Responsabilité objective d'un bien appartenant au débiteur.

Le rapport de Dette que nous venons de signaler présente une particularité vis-à-vis du rapport de Dette accompagné d'une Responsabilité personnelle du débiteur ou dépourvu de toute Responsabilité : il naît à la charge du propriétaire d'un bien en vertu de l'acquisition de ce bien (tiers détenteur) ou par l'assujettissement spécial de ce bien à la sûreté d'une Dette d'autrui (caution réelle), il s'éteint par l'aliénation de ce bien, par l'exécution forcée exercee contre ce bien, par la perte du bien, n'importe quelle serait la différence entre la valeur du bien grevé et le montant de la prestation formant l'objet de ce rapport de Dette. D'autre part la réunion de ce rapport de Dette à la Responsabilité objective assujettissant l'immeuble grevé, ne fait pas naître à la charge du propriétaire du bien et en faveur du titulaire de l'hypothèque une obligation. Nous savons que la grande majorité de la doctrine allemande construit de la même façon les *Grundpfandrechte*, pour lesquels la Responsabilité personnelle du titulaire du bien assujetti est exclue et que Schwind considère ces cas comme des cas de Dette naissant en vertu d'une Responsabilité, situation qu'il classe parmi les « cas limite ». De toute façon il nous semble que le *Debitum* que nous sommes obligés de reconnaître à la charge du tiers détenteur, n'est qu'une illustration de l'interdépendance mise en évidence par Gierke et selon laquelle, dans leur procès, de continuel rapprochement chaque rapport de Dette aqcquis la tendance d'engendrer un rapport de

56. **Aubry** et **Rau**, *op. cit.*, n. 287, p. 718; C. civ. annoté Dalloz, 17 sous art. 2167; **Michon**, *op. cit.*, n° 105.

Responsabilité correspondant et chaque rapport de Responsabilité un rapport de Dette correspondant[57].

185. — La règle selon laquelle, normalement, un même acte, l'acte générateur d'obligations, fait naître un *Debitum* uni à une *Obligatio personae* illimitée du débiteur, que ce *Debitum* et cette *Obligatio personae* ont la même durée et s'éteignent par un même acte, subit donc des exceptions.

Nous nous servirons de ces cas pour en déduire que ces deux éléments peuvent, dans certaines circonstances, se manifester d'une manière indépendante, indépendance, qui, comme cela a été fait pour le droit allemand moderne et pour le droit italien, aura été prouvée, dès qu'il sera démontré que pour notre droit aussi, ces deux rapports ne doivent pas nécessairement se trouver ensemble et que même s'ils le sont, ils peuvent avoir des points de naissance différents, l'un d'eux peut subir des modifications sans que l'autre s'en ressente, qu'enfin ces deux rapports peuvent s'éteindre à des moments différents.

Or le droit français moderne nous présente toutes ces particularités. Les cas décrits aux numéros précédents, sont la première exception à la règle que le *Debitum* est accompagné par la Responsabilité personnelle du débiteur. Les cautions réelles ainsi que les tiers détenteurs ne répondent pour le rapport de Dette ayant pour contenu la Dette hypothécaire, qu'avec le bien hypothéqué, donc objectivement. Quoique plus rares qu'en Allemagne où les *Grundpfandrechte* les rendent particulièrement nombreuses, les *Debita* naissant garanties seulement par une Responsabilité objective du débiteur ont donc aussi en notre droit une existence certaine.

La règle souffre une exception plus grave avec les cas

57. **Gierke**, *Schuldrecht*, 1917, p. 27 et s.

des *Debita* complètement dépourvue, à leur naissance de toute Responsabilité du débiteur fut-elle personnelle ou objective. C'est, comme nous venons de le voir, le cas des obligations naturelles. Nous avons cité, à titre d'exemple, principalement des cas pouvant se déduire de la loi. Il est bien entendu que les cas d'obligations naturelles reconnus par la jurisprudence ont le même caractère de simples *Debita*. L'existence de ces *Debita* est la preuve péremptoire que dans notre droit *Debitum* et *Obligatio* sont deux éléments distincts.

En ce qui concerne leur naissance, le *Debitum* peut avoir un point de naissance différent de celui de l'*Obligatio* qui le garantit. Il est vrai que la Responsabilité personnelle du débiteur ne peut naître avant le *Debitum* correspondant de celui-ci. Les obligations sous condition suspensive pourraient être considérées à première vue, comme des cas de Responsabilité personnelle ayant pris naissance avant le *Debitum* correspondant du débiteur. On expliquerait ainsi, en vertu de l'existence de la Responsabilité, pourquoi le créancier peut procéder, *pendente conditione*, à des actes conservatoires sur le patrimoine du débiteur. D'autre part, la possibilité de répéter le paiement anticipé, pourrait s'expliquer par l'inexistence du rapport de Dette, avant la réalisation de la condition. En réalité, vu l'effet rétroactif que la loi accorde à la réalisation de la condition, ainsi que la possibilité de transmettre une obligation sous condition (art. 1179 c. civ.), il semble plus exact d'admettre avec Pacchioni[58], que le *Debitum* nait en même temps que la Responsabilité afférente et que la condition suspensive n'affecte que le premier de ces rapports, ce qui expliquerait tout aussi bien l'admission de la répétition de tout paiement fait *pendente conditione*. Si les choses en sont là pour

58. **Pacchioni**, *Trattato delle obbligazioni*, p. 87.

la Responsabilité personnelle du débiteur, les autres formes de Responsabilité (responsabilité objective du débiteur, responsabilité personnelle d'un tiers, cautionnement) en échange peuvent naître avant la naissance du *Debitum* qu'elles assurent.

Il convient de citer en premier lieu l'hypothèque constituée pour une dette future ou éventuelle, hypothèque dont la validité ne fait aucun doute[59]. Sans que la date de la naissance d'une dette soit connue, sans même que cette naissance soit certaine, l'hypothèque établie en vue d'une telle dette existe dès le moment de sa constitution, ce dont nous témoigne en général le rang qu'elle prend, en cas de naissance de la dette, à partir du jour de sa constitution sans égard à la date de la naissance de la dette. Ces cas que nous allons citer d'après Planiol et Ripert[60], sont autant d'exemples du fait qu'une Responsabilité peut être constituée avant la Dette correspondante. Les cas prévus par l'article 212 du Code civil (Hypothèque légale de la femme mariée sur les biens du mari, des mineurs et interdits sur les biens du tuteur, de l'Etat, des communes et des Etablissements publics sur les biens des receveurs et administrateurs comptables) doivent être cités d'abord. Ces rapports de Responsabilité prennent naissance au jour de l'ouverture de la tutelle, de l'entrée en fonction du comptable et sauf quelques dérogations, de la célébration du mariage, quoique, comme nous venons de le dire, les dettes pour lesquelles ces hypothèques sont constituées pourront naître beaucoup plus tard.

Pour illustrer la même possibilité, il faut ensuite citer l'hypothèque du crédit foncier prenant rang avant la réalisation du prêt, à la date du contrat conditionnel

59. **R. Demogue**, « Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance », *Rev. trimestrielle*, 1905, p. 734 et s.

60. **Planiol** et **Ripert**, *op. cit.*, XII par M. **Becuêé**, n. 336, p. 260.

de prêt, ainsi que les hypothèques consenties aux banques à l'occasion d'ouvertures de crédit, hypothèques pouvant être inscrites dès leur constitution et leur permettant de prendre rang au profit du créditeur à partir de ce moment, c'est-à-dire même avant tout versement fait au crédité.

Est encore valable l'hypothèque qu'une société anonyme consent à tous ses obligataires sur ses biens pour garantie des obligations à émettre. La société émettrice agissant en qualité de gérant d'affaires des obligataires peut valablement faire inscrire cette hypothèque qui prendra rang le cas échéant antérieurement à l'ouverture des souscriptions[61].

Un cas analogue nous est offert par le gage : on admet la constitution d'un gage en vue d'une dette future ou éventuelle[62]. Exemples : le gage donné à l'occasion de l'ouverture d'un crédit, le gage tacite accordé à l'hôtelier et au voiturier, etc... Pour ces cas aussi, la créance assurée prendra rang dès le moment de la constitution du gage et dès ce moment aussi le créancier gagiste devra se conformer aux prescriptions des articles 2179, 2080-1, c. civ.[63] concernant sa responsabilité spéciale. Enfin dans ce même ordre d'idées, il suffit de citer la possibilité de cautionner des dettes futures ou éventuelles[64].

Les obligations naturelles transformées en obligations civiles au moyen d'une promesse d'exécution[65] nous offrent des cas de Responsabilité personnelle née après le *Debitum* qu'elle doit assurer. Il en est de même pour le cautionnement d'une obligation naturelle, ainsi que pour la cons-

61. **Planiol** et **Ripert**, *ibid.*; Civ. 20 oct. 1897, S. 97.I.489; **Demogue**, *ibid.*

62. **Demogue**, *ibid.*, p. 737, 788; « De la nature et des effets du droit éventuel », *Rev. trim.* 1906, p. 274; **Ripert**, *op. cit.*, n. 75, p. 72.

63. **Colin** et **Capitant**, *op. cit.*, II, n° 2028 et s.

64. **R. Demogue**, « Des droits éventuels », *Rev. trim.* 1905, p. 773.

65. **Colin** et **Capitant**, *op. cit.*, II, n. 278.

titution d'un gage ou d'une hypothèque pour assurer une telle obligation.

186. — En droit français moderne nous trouvons des cas pour lesquels *Debitum* et *Obligatio* afférente ont des durées différentes. En effet si nous ne pouvons trouver un cas de Responsabilité personnelle survivant au *Debitum* correspondant du responsable, nous avons au contraire un *Debitum* survivant à l'extinction de la Responsabilitépersonnelle correspondante dans tous les cas de prescription extinctive. Ce qui est éteint lorsqu'on oppose l'exception de prescription ce n'est que la Responsabilité personnelle de débiteur, le *Debitum* ne subissant par cela aucune modification. C'est l'obligation naturelle, dont l'existence n'est pas contestée en doctrine et jurisprudence française et que le B. G. B. consacre expressément dans son article 222.

Il en serait de même pour un cautionnement à terme d'une obligation naturelle, ainsi que pour un gage ou une hypothèque, établis en vue d'assurer une obligation naturelle et venant à s'éteindre, pour différentes raisons, avant le paiement de l'obligation naturelle ou avant leur réalisation.

Dans son article 223, le B. G. B. décide que « la prescription d'une prétention pour laquelle existe une hypothèque ou un gage n'empêche pas l'ayant droit de poursuivre la satisfaction qui lui revient sur l'objet qui se trouve en répondre ». Dans notre droit la question ne se pose plus pour l'hypothèque par le fait de l'existence de l'art. 2080, 4 al. 2, qui prescrit, expressément que l'hypothèque est éteinte « par le temps fixé pour la prescription des actions qui donnent l'hypothèque,et le privilège » lorsque le bien hypothéqué se trouve entre les mains du débiteur, solution qui a été étendue aussi au tiers détenteur[66]. En échange pour

66. **Josserand**, *op. cit.*, II, n. 1957; **Colin** et **Capitant**, *op. cit.*, II, n. 1406; **Planiol**, *op. cit.*, II, n. 3390.

une obligation assurée par un gage, la presque unanimité de la doctrine[67] décide à défaut de texte et en considérant la constitution du gage comme une reconnaissance toujours renouvelée de la dette, que dans ce cas et tant que l'objet gagé reste en possession du créancier gagiste, l'obligation ne peut être prescrite. Colmet de Santerre[68] est toutefois d'avis contraire[69]. Le fait qu'une obligation est assurée par un gage, soit au moment de sa naissance, soit ultérieurement, ne peut pas, selon lui, empêcher la prescription de cette obligation. La possession par le créancier de la chose donnée en gage, ne peut pas être considérée comme une reconnaissance toujours renouvelée de cette obligation, car cette reconnaissance, résultant de la possession du gage par le-créancier, entraînerait les effets de l'interruption de prescription, pour le cas où le gage est constitué après la naissance de l'obligation, et en tous les cas, les effets de la suspension de prescription, solution difficilement conciliable avec les dispositions légales concernant la prescription. Il serait d'autre part difficile d'admettre le caractère de reconnaissance de l'obligation, acte positif en vertu de l'art. 2248, Code civil, au fait négatif de l'abstention du débiteur de réclamer la restitution du gage. Ce dernier argument gagne plus de valeur encore, lorsque le débiteur meurt et que les héritiers n'ont pas connaissance de la constitution du gage, de même que lorsque le gage est constitué par un tiers, C'est à cette opinion de Colmet de Santerre que nous nous rallions. Si l'on admet qu'une obligation naturelle — pur *Debitum* — peut être assurée seulement par un gage, on ne peut plus objecter à Colmet de Santerre le fait que l'admission de la prescription d'une créance assurée par un gage

67. **Planiol** et **Ripert**, *op. cit.*, VII, n. 1328.
68. **Colmet de Sauterre**, *Cours analytique de Code civil*, VIII, n° 312*bis*, II et s.
69. **Baudry-Lacantinerie** et **de Loynes**, *Du nantissement*, 3e éd., n° 102.

entraînerait, après la prescription, le droit pour le débiteur de réclamer le gage sans désintéresser le créancier[70]. Aussi croyons-nous que, vu l'indépendance des deux rapports de Responsabilité — personnelle et objective — assurant le même *Debitum*, dans le cas d'une obligation assurée également par un gage, leur coexistence ne s'oppose pas à la validité de la prescription de la Responsabilité personnelle, la Responsabilité objective restant valable et le créancier pouvant en tirer satisfaction, dans le cas d'inaccomplissement par le débiteur, comme cela arrive sous le régime du B. G. B.

187.— Des modifications peuvent survenir dans la conformation de la Responsabilité sans que par cela la Dette assurée s'en ressente. Comme premier cas on peut citer la limitation de la Responsabilité en cas d'acceptation bénéficiaire et en cas de concordat. Les dettes respectives restent les mêmes, tandis que la Responsabilité personnelle devient limitée. En sens inverse, la renonciation au bénéfice d'inventaire a pour effet une augmentation de la Responsabilité qui, de limitée au patrimoine successoral qu'elle était embrasse dorénavant celui-ci et le patrimoine héréditaire sans que pour cela, les dettes correspondantes subissent un changement quelconque.

Dans le même sens n'influent pas sur le *Debitum* : 1° l'adjonction à la Responsabilité personnelle du débiteur déjà existante, d'une caution, d'un gage ou d'une hypothèque établis sur les biens appartenant au débiteur même, ou à des tiers ; 2° l'extinction avant l'échéance d'une de ces Responsabilités accessoires.

188. — Les deux éléments *Debitum* et *Obligatio*, quoique constitués en vue l'un de l'autre, peuvent quand même

70. **Baudry-Lacantinerie** et **de Loynes**, *ibid.*, p. 106.

avoir parfois des sujets différents. Dans ce sens nous avons un *Debitum* sans *Obligatio* propre, lorsqu'une obligation naturelle sera assurée par un cautionnement ou par un gage ou une hypothèque constitués sur des biens appartenant à un tiers.

Les cas de Responsabilité sans Dette propre sont plus rares en droit français. Nous avons déjà dit qu'une Responsabilité personnelle ne pouvait se concevoir sans dette du responsable. D'autre part le cautionnement, quoique constituant une Responsabilité personnelle pour une dette étrangère, est formé d'une Dette et de la Responsabilité personnelle afférente de la caution. Quant au propriétaire de l'immeuble hypothéqué pour la dette d'autrui, nous avons vu que les données du code faisaient ressortir aussi une dette à sa charge, de sorte que ce cas ne serait pas non plus un vrai cas de Responsabilité sans dette propre. Il ne reste que le cas d'un gage constitué pour une dette d'autrui et qui, en n'engendrant aucune sorte de dette à la charge du propriétaire de la chose gagée, peut nous servir d'exemple de Responsabilité sans Dette propre.

Enfin une dernière preuve de la diversité de ces deux rapports, c'est la différence de leur contenu. Le contenu du *Debitum* peut revêtir les formes les plus variées, celui de l'*obligatio* c'est toujours l'indemnisation et parfois la contrainte.

189. — Les manques de concordance entre *Debitum* et *Obligatio* dont nous nous sommes occupés ci-dessus, prouvent d'une façon suffisante, que les deux éléments, qui normalement se trouvent réunis dans l'obligation, ont maintenu en droit français moderne leur individualité propre à tel point, qu'ils peuvent, en certains cas, se manifester comme complètement indépendants l'un de l'autre. Ce maintien de l'individualité propre de ces deux éléments,

permet, dans les formes juridiques où on les trouve réunis, le discernement des effets que produit chacun d'eux. Nous n'avons évidemment pas cité tous les cas pouvant trouver une meilleure explication, grâce à la prise en considération de la distinction entre ces deux éléments et de ses effets. Ce que nous avons voulu, c'est, par quelques exemples appropriés, démontrer seulement, qu'une Distinction essentiellement importante, s'étant maintenue à travers les temps dans deux droits modernes, n'est pas étrangère au droit français moderne non plus.

CONCLUSION

---

190. — *Importance systématique de la Distinction.* — Les développements précédents nous ont donc prouvé que la distinction entre les éléments *Dette* et *Responsabilité* est applicable au Droit français moderne. L'interdépendance à laquelle, comme dans les Droits allemand et italien modernes, sont voués dans notre Droit moderne ces deux éléments, subit d'importantes variations d'intensité. Toutefois elle n'arrive jamais à faire perdre leur individualité à ces deux éléments, même pas dans le cas le plus fréquent où *Debitum* et *Responsabilité* personnelle du débiteur s'unissent dans l'obligation. D'autre part, cette interdépendance peut s'évanouir complètement; c'est le cas des *Debita* pures qui peuvent, dans certains cas, exister dans notre droit sans devoir être reliées à une Responsabilité correspondante.

L'interdépendance de ces deux rapports se manifeste par ce qu'une *Responsabilité* ne peut être établie qu'en vue d'un *Debitum*, par le fait que normalement tout *Debitum* nait accompagné de la *Responsabilité* personnelle du débiteur, formant ensemble l'obligation de notre droit, par ce que l'extinction du *Debitum* entraîne automatiquement l'extinction des *Responsabilités* constituées pour sa sûreté.

Normalement un *Debitum* est uni à l'*Obligatio personae* du débiteur, union qui donne naissance à l'**obligation**. Mais un *Debitum* peut être assuré par n'importe quelle autre forme de *Responsabilité* (par exemple au moyen d'un cau-

tionnement, d'un gage, d'une hypothèque). Les effets du rapprochement d'un *Debitum* et de toute *Responsabilité* autre que la *Responsabilité* personnelle du débiteur, n'engendre pas d'autres effets que ceux qui sont propres à chacun de ces deux rapports pris individuellement. En échange le rapprochement d'un *Debitum* et de la *Responsabilité* personnelle du débiteur, en donnant naissance à l'obligation — engendre la nécessité de prester pour le débiteur et le droit d'exiger la prestation pour le créancier.

Nous savons déjà que les fonctions propres à la *Responsabilité* personnelle du débiteur sont accomplies, plus ou moins complètement, aussi par d'autres institutions (gage, hypothèque, cautionnement, etc.). Vu cette identité de fonctions on pourrait, et ce serait là un avantage systématique incontestable de la distinction entre *Debitum* et *Obligatio*, envisager le groupement de tous ces cas dans une notion générale de *Responsabilité*. On entendrait donc par *Responsabilité* au sens large, tout assujettissement d'une personne ou d'une chose au pouvoir d'agression du créancier, dans le but de tenir indemne le créancier en cas d'inaccomplissement de la Dette pour la sûreté de laquelle cet assujétissement a été établi. Cette notion de *Responsabilité* comprendrait par conséquent la *Responsabilité* personnelle du débiteur, les cas de *Responsabilité* objective (gage, hypothèque, etc.) les cas plus complexes comme le cautionnement, etc.

Et la détermination exacte des effets généraux engendrés par tous les rapports de responsabilité compris dans cette notion, ainsi que des effets particuliers propres à chacun de ces rapports pris individuellement, permettra, comme nous le verrons ci-dessous, de lever un certain nombre de difficultés, issues du rapprochement entre un rapport de dette et un rapport de responsabilité.

191. — *Importance dogmatique de la Distinction.* — Dogmatiquement les résultats de l'admission de cette Distinction sont appréciables. En premier lieu elle nous dévoile la vraie structure de la notion d'obligation d'où une discrimination possible entre les effets qui ont leur source dans le *Debitum* et ceux qui ont leur source dans l'*Obligatio*.

Grâce à cette Distinction, la nature juridique de l'obligation naturelle — pur *Debitum* — apparaît dans sa juste lumière. En considérant l'obligation naturelle comme un pur *Debitum*, dépourvu ou démuni de Responsabilité, on est donc, comme nous l'avons déjà vu, en droit de lui attribuer tous les effets des obligations qui ne découlent pas de l'existence de la Responsabilité personnelle du débiteur, et en premier lieu la possibilité d'être assurée par un gage, une hypothèque, un cautionnement, voire même d'être réélevée au rang d'obligation civile proprement dite, par l'adjonction de la Responsabilité personnelle du débiteur naturel. Pour déterminer l'existence d'une obligation naturelle il suffira donc de voir si les conditions pour l'existence d'un pur *Debitum* sont remplies.

D'autre part, la distinction entre Dette et Obligatio sert à donner une explication plus précise de tous les cas dont, nous nous sommes servis pour prouver que ces deux éléments étaient distincts (hypothèque pour dette future, gage pour dette future, obligation sous condition, etc.) En échange il y a des difficultés dans le droit des obligations qui ne sont pas levées par la simple application de la Distinction au cas comportant ces difficultés.

On a essayé en droit allemand moderne d'expliquer le fonctionnement des obligations solidaires au moyen de la distinction entre Dette et Responsabilité, sans toutefois arriver à des résultats appréciables[1]. Il n'en est pas autre-

1. V. Gangi, *Scritti guiridici vari, I,* p. 282.

ment en droit français moderne, quoiqu'on puisse indubitablement appliquer la Distinction aux obligations solidaires.

Pour commencer avec la solidarité passive et en tenant compte des définitions que nous avons données du *Debitum* et de l'*Obligatio*, on doit reconnaître dans ce que nous appelons une obligation solidaire, autant de rapports de Dette qu'il y a de débiteurs et tout autant de rapports de Responsabilité. En effet, si l'on tient compte de ce que le rapport de Dette est un rapport entre débiteur et créancier, ayant pour contenu une prestation du premier envers le second, on a tant de *Debita* que de débiteurs, car chaque débiteur doit fournir au créancier la prestation entière et chaque créancier est en droit de la recevoir. Et comme chaque débiteur est assujetti à l'agression éventuelle du créancier on a tant de Responsabilités que de débiteurs. Il est vrai que l'objet de tous ces *Debita* est le même et que le créancier une fois satisfait ne peut plus rien demander aux débiteurs qui n'ont rien presté. C'est en admettant autant de Responsabilités qu'il y a de débiteurs, qu'on peut, par exemple, expliquer les dispositions de l'art. 1201 code civil en vertu desquelles l'engagement d'un débiteur solidaire peut être affecté de modalités différentes de celles de l'engagement d'un autre débiteur solidaire, de même que les dispositions de l'art. 1204 code civil en vertu desquelles « les poursuites faites contre l'un des débiteurs n'empêchent pas le créancier d'en exercer de pareilles contre les autres. »

En échange, ce qu'on appelle dans les obligations solidaires les effets secondaires (effet de la mise en demeure de l'un des débiteurs, poursuite dirigée contre l'un des codébiteurs interrompant la prescription à l'égard de tous etc.) ne peut plus être expliqué au moyen de la Distinction et il en est de même pour les rapports des codébiteurs soli-

daires entre eux, de sorte que pour avoir ces explications c'est toujours à l'idée de représentation entre codébiteurs solidaires qu'on aura recours.

Les effets de la solidarité active ne peuvent pas non plus être expliqués seulement en vertu de la distinction entre Dette et Responsabilité. Si l'on analyse l'obligation solidaire active en autant de rapports de dette qu'il y a de créanciers, munis de tout autant de rapports de Responsabilité et en spécifiant que cette obligation se caractérise par ce que le débiteur ne doit, malgré la multiplicité de ces rapports, prester qu'une seule fois, les dispositions de l'art. 1197 et 1198 al. 1 se trouvent parfaitement expliquées. En échange cette Distinction ne peut pas, à elle seule, expliquer pourquoi chacun des créanciers ne peut pas disposer de la créance entière, non plus que les rapports entre les créanciers solidaires.

Enfin tout récemment on a vu une séparation entre *Debitum* et *Obligatio* dans le cas de la formation de la masse de la faillite. A partir du jugement déclaratif de la faillite les poursuites que chaque créancier du failli pouvait exercer avant la faillite contre celui-ci, sont suspendues. Ces poursuites ne peuvent plus être entreprises que par la masse, quoique les créanciers respectifs ne perdent pas leur qualité. D'autre part, dès la dissolution de la masse, les créanciers recouvrent leur droit de poursuite tel qu'il avait été avant la formation de cette masse[2]. M. Meller explique de la façon suivante la situation du créancier ayant abandonné son droit de poursuite à la masse : « le *debitum*, le rapport de droit existant entre le créancier et le débiteur, est maintenu entre le failli et chacun de ses créanciers individuels. L'*obligatio*, le *vinculum juris*,

2. E. Thaller et J. Percerou, *Traité élémentaire de Droit Commercial*, 8e éd. 1931, n° 2094, p. 1263 et n° 2129, p. 1278.

c'est-à-dire le droit d'agression, le pouvoir de contrainte qu'a le créancier sur les biens de son débiteur, est enlevé aux créanciers du failli et conféré à la masse[3] ».

Au lieu de parler dans ce cas d'une séparation entre *Debitum* et *Obligatio* il nous semble plus exact de parler d'une cession à la masse, du droit de réaliser la Responsabilité. Au moment de la déclaration de la faillite les créanciers, tout en restant titulaires de leur ancien rapport de dette et de leur ancien rapport de responsabilité, cèdent temporairement à la masse le droit de réaliser cette Responsabilité, droit qu'ils recouvrent automatiquement dès que la masse est dissoute.

Nous nous trouvons donc devant deux groupes de situations juridiques : les unes qui trouvent complète explication de leurs effets par l'application de la Distinction, les autres pour l'explication des difficultés desquelles l'application de la Distinction ne présente pas d'avantages appréciables. C'est dire que s'il ne faut pas méconnaître l'importence dogmatique de la Distinction celle-ci ne peut d'autre part pas donner la clef de toutes les difficultés du droit des obligations.

Les formes de Responsabilité sont multiples et les combinaisons possibles entre ces Responsabilités et les Debita sont fort variées. Comme chacun de ces rapports engendre des effets bien déterminés, effets subissant, à leur tour, l'influence des modifications de structure des rapports respectifs, la notion unitaire d'obligation ne pouvait pas toujours suffisamment bien expliquer les effets dus à des modifications de structure d'un des éléments composant cette obligation, de même qu'elle n'expliquait pas toujours les effets du rapprochement entre un Debitum et une autre

3. J. Leo Meller, *De la notion de créancier de la masse dans la faillite,* Paris, Rousseau, 1935, p. 40.

Responsabilité que la Responsabilité personnelle du débiteur. Toutes ces difficultés seront certainement levées dès qu'on les expliquera au moyen de la distinction entre *Debitum* et *Obligatio*. Il est d'autre part évident que les difficultés qui n'auront pas leur source dans les modifications de structure de ces éléments ou dans leurs rapports réciproques devront être, pour la plupart du temps, expliquées autrement que par cette Distinction. Par conséquent et pour la situer dans sa juste valeur, on ne doit attendre de cette Distinction, pour le droit des obligations en général, que le surplus de clarté résultant de la possibilité qu'elle confère, de concevoir avec plus de précision la notion même d'obligation.

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE R.F. IMPRIMÉS

Vu :
Le Doyen de la Faculté de Droit,
Edgard ALLIX.

Vu :
Le Président de la thèse,
R. DEMOGUE.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLETY.

BIBLIOGRAPHIE

Amira (Karl v.). — *Nordgermanisches Obligationenrecht*. **Erster Band** : *Altschwedisches Obligationenrecht*, Leipzig, 1882.

— *Nordgermanisches Obligationenrecht*, **Zweiter Band** : *Westnordisches Obligationenrecht*, Leipzig, 1895.

— Compte rendu du livre de **Gierke**, *Schuld und Haftung im alteren deutschen Recht*, **Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Germ. Abt.** nº 31, p. 489 s.

Bekker (Ernst Immanuel). — *Grundbegriffe des Rechts und Missbegriffe der Gesetzgebung*, Berlin u. Leipzig, 1910.

— *Sprachliches und Sachliches zum B. G. B.* **Jherings Jahrbücher vol. LIX**, 1905, p. 1 et s.

Binder (Dr Julius). — *Rechtsnorm und Rechtspflicht*, Rede Gehalten bei Ubernahme des Prorektorates der Friedrich-Alexanders-Universität in Erlangen am 4 November 1911, Erweiterte Ausgabe, Leipzig, 1911.

— *Zur Lehre von Schuld und Haftung*, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik, 1926, p. 75 et s. et 1927, p. 163 s.

Brinz (Dr A. v.). — *Der Begriff* **Obligatio, Zeitschrift für das Privat-und öffentliche Recht der Gegenwart, Herausgegeben von Dr C. S. Grünhut, Erster Band**, p. 11-40, Wien, 1874.

— *Obligation und Haftung*, **Archiv für die Civilistische Praxis**, 70 *ter* **Band, N. F.**, 20 *ter* **Band**, p. 371-408.

Busch (Dr). — *Das B. G. B. erläutert von Dr Busch und anderen*, 7e éd., Berlin, 1929.

Brunetti (Giovanni). — *Il diritto del Creditore.*

I. *La construzione del rapporto obblig. considerata sotto l'aspetto negativo.*

II. *La costruzione del rapporto obbligatorio considerata sotto l'aspetto positivo.*

Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni, Parte prima, vol. XVI, 1916.

Carnelutti (F.). — *Appunti sulle Obbligazioni*, **Rivista del Diritto Commerciale, Parte prima vol. XIII**, 1915.
— *Questioni in tema di obbligazioni naturale e di pagamento*, Sentenze della corte d'appello di Venezia, 27 maggio 1912 **Rivista del Diritto Commerciale, Parte secunda, vol. X**, 1912.
— *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, **Rivista del Diritto Commerciale, parte II, an. X**, 1912.
Collinet (P.). — *Cours de droit romain approfondi*, 1931-32, p. 163.
Collinet (P.) et **Giffard** (A.). — *Petit précis de droit romain*, **tome II**, 2e édition revue et augmentée, Paris, 1929, p. 3.
Cornil (Georges). — *Debitum et Obligatio*, **Mélanges P. F. Girard, I**, 1912, p. 199-163.
Cornil (Georges), **Visscher** (F. de), **Collinet** (P.). — *L'origine de l'obligation romaine*, **R. H. D.**, 1925, p. 521.
— *Droit romain*, Aperçu historique sommaire ad usum cupidae legum juventutis, Bruxelles, 1921.
— *Quelques considérations sur la réception du droit romain en Allemagne*, Bruxelles, 1920 (Académie royale de Belgique, Extrait des Bulletins de la classe des lettres et des sciences morales et politiques, Séance du 3 novembre 1919.
— *Ancien Droit romain. Le problème des origines*, Sirey, 1930.
Cosack und **Mitteis**, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, 8e éd. Jena, 1927.
Demogue (René). — *Traité des obligations en général*, t. VII.
Dernburg (Dr Heinrich). — *Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens*, Halle a. S.
IIter Band 1899, **Erste abt**, 2 aufl., *Die Schuldverhälnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preussens.*
IIIter Band 1898, *Das Sachen Recht des Deutschen Reichs und Preussens.*
Dûmchen (Erich). — *Schuld und Haftung insbesondere bei den Grundpfandrechten, Die Reallasten*, **Jherings Jahrbücher** LIV, p. 354 s.
Ehrenberg (Dr Victor). — *Beschränkte Haftung des Schuldners nach See-und Handelsrecht*, Jena, 1880.
Ennecerus (L.). — *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.*
I*ter Band, Einleitung, Allgemeiner Teil*, 12*te* Bearbeitung, 30*te* bis 34*te* Auflage, Marburg, 1928.
Ennecerus (L.), **Kipp** (Theodor) und **Wolff** (Martin). — *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.*
II*ter* **Band**, *Recht der Schuldverhältnisse* von Ludwig **Ennecerus**, **Elfte Bearbeitung** von Heinrich **Lehmann, Erste**

Hälfte, Marburg, 1930, **III***ter* **Band** *Sachen Recht* von Dr Martin **Wolff** 8*te* **Bearbeitung**, Marburg, 1929.

Ferrara (Francesco). — *Trattato di Diritto Civile italiano*, **vol. I**, *Dottrine generali*, **Parte I**, *Il diritto i soggetti, le cose*, Athenaeum, Roma, 1921.

Fliniaux. — *Répétitions de Droit Romain des obligations*, 2e année et doctorat, 1931-32, p. 8.

Gangi (Calogero). — *Scritti giuridici, vari I*, Padova, 1933.

Gierke (Dr Otto von). — *Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht*, **Untersuchungen für Deutschen Staats und Rechtsgeschichte**, **Heft** 100, Breslau, 1910.

— *Schuldnachfolge und Haftung, insbesondere Kraft Vermögens übernahme*, **Festschrift der Berliner Juristen, Fakultät für Ferdinand von Martitz zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum**, Am 24 Juli 1911, Berlin, 1911.

— *Deutsches Privatrecht*, **III***ter* **Band**; *Schuldrecht* München und Leipzig, 1917.

Girard, (P. F.). — *Manuel de droit romain*, 8e édition, 1929, p. 416, no 1.

Hartmann (Dr Gustav). — *Die Obligation*, Erlangen, 1875.

Hazeltine. — *Die Geschichte des englischen Pfandrechtes*, **Untersuchungen zur Deutschen Staats-und Rechtsgeschichte**, Heft, 92, 1907.

Hölder (Dr E.). — *UeberAnsprüche und Einreden*, **Archiv für die Civilistische Praxis 93***ter* **Band**, 43 **F. N.**, Tübingen und Leipzig, 1902.

Isay (Dr Hermann). — *Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis im heutigen Recht*, **Jherings-Jahrbücher**, 1904, p. 186-208.

Knoke (Prof.). — *Die Sondernachfolge in die Schuld bei der befreienden Schuldübernahme*, **Jherings-Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts 60 Band, 24 Band**, II Folge, 1912.

Kohler (Dr Josef). — *Substanzrecht und Wertrecht*, **Archiv für die Civilistische Praxis**, Tubingen und Leipzig, 1901. p. 155-208.

— *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts* **Zweiter Band** *Vermögensrecht*, **Erster teil**, *Schuldrecht*, Berlin, 1906.

Koschaker (R. P.). — *Babylonisch-Assirisches* Bürschaftsrecht, 1911.

Krückmann (Prof.). — *Nachlese zur Unmöglichkeitslehre*, I; **Jherings Jahrbücher für die Dogmatik**, vol. LVII, 1910, p. 1.

— II. **Jherings Jahrbücher für die Dogmatik**, 1911, vol. LIX.

Leonhardt (Franz). — *Allgemeines Schuldrecht des B. G. B. Das Schuldrecht des B. G. B., Erster Band*; München und Leipzig, 1929.

Marchi (Prof. Antonio). — *Storia e concetto della obbligazione romana*, I. *Storia dell'obbligazione romana*, Athenaeum Roma, 1912.

Oertmann (Dr Paul). — *Das Recht des Schuldverhältnisse*, Berlin, 1906.

Pacchioni (Prof. Av. Giovanni). — *Trattato delle Obbligazioni secondos il diritto civile italiano*, Torino, 1927.

— *Concetto dell'Obligazione naturale*, **Rivista del diritto commerciale**, X, 1912.

— *Impresioni e reminiscenze*, **Mélanges P. F. Girard, vol. II**, p. 319-330, Paris, 1912.

— *La successione singolare nei debiti*, **Rivista del diritto commerciale**, p. I, **vol. XI**, 1913, p. 81 s.

— *Della irrisarcibilità dei danni morali*, **Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni**, p. II **vol. XX**, 1922, 0. 178-82.

— *Divagazioni in tema di obbligazioni naturali*, **Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, Parte prima**, 1918, vol. XVI, p. 270-57.

Partsch. — *Griechisches Bürgschaftsrecht*, 1907.

Peritch (Bochko). — *De la conception dualiste de la notion d'obligation*, dans la revue « La pensée juridique », Belgrade, mai 1935.

Perozzi (Silvio). — *Le Obbligazioni romane*, Prolusione letta il 14 aprile 1902, Bologna, 1903.

Polacco (Vittorio). — *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Seconda edizione, Roma 1915.

Puntschart (Dr Paul). — *Schuldvertrag und Treugelöbdnis des Sächsischen Rechts im Mittelakter*, Leipzig, 1896.

Rocco (Alfredo). — *Studii sulla teoria generale del fallimento.*

1. *Il fallimento dal punto di vista economico e giuridico*, **Rivista del diritto commerciale, parte prima, vol. VIII**, 1910, p. 669 s.

2. *La realizzazione dell'obbligazione nel fallimento del debitore*, **Rivista del diritto commerciale, p. I, vol. VIII**, 1910, p. 855 s.

— 3. *Sul concetto giuridico della bancarotta*, **Rivista del diritto commerciale**, p. I, **vol. IX**, 1911, p. 404 s.

— 4. *Natura giuridica della espropriazione forzata*, **Rivista del diritto commerciale, parte prima, vol. X**, 1912, p. 829 s.

Rümelin (Dr G.). j— *Obligatio und Haftung*, **Archiv für die Civilistische Praxis, Band**, LXVIII, **Freiburg i. B.**, 1885, p. 151-216.

Saleilles (Raymond). — *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand*, 3e éd., Paris, 1925.

Screiber (O.). — *Schuld und Haftung als Begriffe der privatrechtlichen Dogmatik, I*, Leipzig, 1914.

Schulz (Dr Fritz.) — *System der Rechte auf den Eingriffs erwerb*, **Archiv für die Civilistische Praxis**, 105 **Band**, Tübingen, 1909.

Schupfer (Francesco). — *Il debito e la responsabilita, Studio critico sulla guadia langobarda*, **Rivista italiana per le scienze giuridice, vol LVI, Roma 1915**, p. 229-327.

Schwerin (Dr Claudius). — *Schuld und Haftung im geltenden Recht*, München und Berlin, 1911.

Schwind (Dr Ernst Freih v.). — *Wesen und Inhalt des Pfandrechtes*, **im Abhandlungen zum Privatrecht und Ziwilprozess des Deutschen Reiches IIIter Band, I Heft, 1899.**

— *Schuld und Haftung im geltenden Rechte*, **Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts**, vol. 68, 1919, p. 1-205.

Siber (Dr Heinrich). — *Des Rechtszwang im Schuldverhältniss nach deutschem Reichsrecht*, Leipzig, 1903.

— *Zur theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht*, **Jherings Jahrbücher für die Dogmatik**, vol. 50, 1906, p. 55 s.

Sohm (Dr Rudolph). — *Ueber Natur und Geschichte der Modernen Hypothek*, **Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht, der Gegenwart, herausgegeben von Dr C. S. Grünhut** Wien 1878, p. 1-37.

— *Der Begriff des Forderungsrechts*, **Zeitschrift für das Privat und ffentliche Recht der Gegenwart, Herausgegeben von Dr C. S. Grünhut, Band IV**, Wien 1877, p. 457 s.

Staudinger (S. V.). — *Kommentar zum B. G. B. und dem Einführungsgesetze*, **Erster Band Allgemeiner Teil**, Erläutert von Dr Th. **Loewenfeld** und Dr Ervin **Riezler**, 9*te* Auflage, 1925, München III*ter* Band, *Recht der Schuldverhältnisse*, I Teil Erläutert von Dr Alfred **Werner**, 9 unbearbeitete Auflage, München, Berlin und Leipzig, 1930.

Strohal (Emil). — *Schuldübernahme*, **Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts**, vol. 57, 1910, p. 231 s.

— *Schuldpflicht und Haftung*, **Festgabe der Leipziger Juristenfakultat für Dr Karl Binding zum 7 Aug.** 1913, München und Leipzig.

Thuhr (Andreas von). — *Bürgerliches Recht, Allgemeiner Teil*, 3e éd., Berlin, 1928.

TABLE DES MATIERES

Pages

Introduction..... 1
1. La découverte de la distinction entre Dette et Responsabilité dans les Droits anciens et son application aux Droits moderne. — 2. Contenu et division du volume..... 1

PREMIERE PARTIE

DROITS ANCIENS

Chapitre premier. — Aspects de la distinction entre « Schuld » (Dette) et « Haftung » (Responsabilité) dans l'ancien Droit allemand.... 9
§ 1. — **La distinction dans les Droits germaniques particuliers**. — 3. Plan du chapitre. — 4. Les résultats des recherches d'Amira sur les Droits germaniques du Nord. — 5 8. Résultats des recherches de Puntschart sur le Droit saxon. — 9. Recherches de Schupfer sur le Droit lombard..... 9
§ 2. — **Vue d'ensemble de la distinction entre Dette et Responsabilité dans le Droit germanique**. — 10-11. Caractère de la Distinction. — 12. La Dette. — 13. Bilatéralité du rapport de Dette. — 14. La Responsabilité. — 15-16. Objet de la Responsabilité. — 17. **A**. Responsabilité personnelle. — 18. Etendue de la Responsabilité personnelle. — 19. Indépendance de la Responsabilité personnelle. — 20. **B**. La Responsabilité patrimoniale. — 21-22. Suite. — 23. Indépendance de la Responsabilité patrimoniale. — 24-25. Responsabilité objective. — 26. Rapports entre Dette et Responsabilité. — 27. Communautés de Dette et de Responsabilité. — 28. Catégories de Dette et de Responsabilité. — 29. Réception du Droit romain..... 20
§ 3. — **Conclusion** (30)..... 46

Chapitre II. — Dette et Responsabilité en Droit romain..... 48
§ 1. — **La notion classique d'obligation**. — 31. Droits réels et droits personnels. — 32. Définition de l'obligation..... 48
§ 2. — **La distinction entre Dette et Responsabilité en Droit romain**. — I. **La thécrie de Brinz**. — 33. L'*obligatio*. — 34. Identité entre *rerum obligatio* et *personae obligatio*. — 35.

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE R.F. IMPRIMÉS

Rapports entre *Debitum et Obligatio.* — II. *Debitum et Obligatio* (*sensu stricto*). Leur union en *Obligatio* (*sensu lato.*) — 36-37. *Debitum et Obligatio* considérés comme deux rapports distincts. — 38. Objets du *Debitum* et de l'*Obligatio.* — 39-44. Rapports entre *Debitum* et *Obligatio* (*sensu stricto*)..... 51

DEUXIEME PARTIE

DROITS MODERNES

Chapitre premier. — La distinction entre Dette et Responsabilité dans le Droit allemand moderne..... 75

45. Plan du chapitre..... 75

Section 1. — **Exposé de l'enseignement de quelques auteurs allemands sur la distinction entre Dette et Responsabilité**..... 76

§ 1. — **Charges réelles, droits de gage foncier, cession de dette.** — 46. Justification du paragraphe. — 47. Charges réelles. — 48. Les droits de gage foncier. — 49. La cession de Dette..... 76

§ 2. — **Théorie d'Isay.** — 50. Position du problème. — 51. Schuld et Haftung. — 52. Le rapport de dette et le rapport de responsabilité correspondant peuvent différer par leur étendue ou par leurs sujets. — 53. Le contenu du rapport de responsabilité prouve son indépendance vis-à-vis du rapport de dette. — 54. Extension moderne du contenu de la Responsabilité. — 55. Dispositions auxquelles est soumis le rapport de responsabilité. — 56. Réglementation de ce rapport.. 79

§ 3. — **Critique de Siber.** — 57. La Responsabilité selon Siber. — 58. La Dette au sens de devoir de prester. — 59. Différence entre devoir juridique et rapport obligatoire. — 60. Dette au sens de Bekommensollen. Responsabilité. Action et exécution par rapport à la Responsabilité. — 61. Responsabilité sans Dette. — 62. Séparation entre Dette et Responsabilité. 63. La Responsabilité personnelle conçue comme devoir de dédommager. — 64. Responsabilité objective. — 65. Le problème d'une notion générale de Responsabilité. — 66. Opposition entre Dette et Responsabilité dans le B. G. B..... 98

§ 4. — **Opinion de Dûmchen.** — 67. Grundpfandrechte et charges foncières. Leurs rapports avec l'obligation. — 68. La notion de Dette. — 69. La notion de Responsabilité. — 70-71. Responsabilité personnelle et objective. — 72. Rapports entre Dette et Responsabilité. — 73. Application de la distinction aux charges réelles..... 116

§ 5. — **Théorie de Schwerin** — 74. Le problème de l'application de la distinction au Droit moderne. — 75-77. Dette, Responsabilité et leurs rapports réciproques. — 78. Application de la Distinction au Droit moderne.— 79. La notion d'obligation du B. G. B. — 80. Conséquences de l'inaccomplissement de la prestation. — 81. Manifestation de la Responsabilité. — 82. Cas de Responsabilité objective en Droit allemand moderne. — 83. Responsabilité limitée. — 84. Dette sans Responsabilité. Responsabilité sans Dette. — 85. Responsabilité limitée. — 86. Conclusion de Schwerin 125

§ 6. — **Théories de Strohal.** — 87. Plan de l'exposé. — I. **Thèse de Strohal.** — 88. Le devoir de recevoir. — 89-90. Responsabilité objective et Responsabilité personnelle. — 91. Valeur dogmatique en Droit moderne de la distinction. — 92. Elément nouveau surgi de l'union du Bekommensollen et de la Responsabilité personnelle du débiteur. — 93. Importance de la distinction. — II. **Critique de Gierke.** — 94-95. Dette du créancier et Dette du débiteur sont inséparables. Critique de la notion de Dette de Strohal. — III. **Réponse de Strohal.** 96. *Wofür* et *womir* de la Responsabilité. — 97. Responsabilité personnelle limitée.— 98-100. Critique de la notion de Dette chez Gierke et acceptions de *Schuld* chez Strohal..... 139

§ 7. — **Théorie de Gierke.** — 101. Rapport de Dette et rapport de Responsabilité. — 102-104. Catégories de Responsabilités. 105-106. Séparation entre Dette et Responsabilité..... 161

§ 8. — **Théorie de Schwind.** — 106. Considérations générales sur la distinction entre Dette et Responsabilité. — 107-108. I. Dette et Responsabilité. — 109-112. II. La Responsabilité. — 113-116 *bis*. III. Rapports entre Dette et Responsabilité.— 117. IV. La Dette. — 118. *Schuldpflicht*..... 171

Section II. — **Aperçu sur l'application de la distinction entre Dette** (*Schuld*) **et Responsabilité** (*Haftung*) **en droit allemand moderne**..... 187

119. I. L'obligation dans le B. G. B. — 120. Influence des recherches historiques. — 121. Motifs ayant déterminé la recherche dans le Droit allemand moderne. — 122. Résultats des recherches. — 123. Preuves de l'existence de la distinction dans le Droit allemand moderne. — 124. II. *Schuld*. Question de terminologie. — 125. Différentes manières de concevoir la Dette. — 126. III. *Haftung*. — 127. Responsabilité personnelle, patrimoniale et objective. — 128. La Responsabilité existe-t-elle avant l'échéance de la Dette qu'elle garantit? — 129. La Responsabilité comme stimulant à la prestation. — 130. Rapports entre la Responsabilité personnelle et la Responsabilité objective. — 131. Responsabilité limitée et illimitée. — 132. Notion générale de Responsabilité. — 133. IV. Rapports entre Dette et Responsabilité. — 134. **A.** Dettes sans Responsabilité. — 135. **B.** Responsabilité sans Dette actuelle. — 136. **C.** Dettes sans Responsabilité propre. — 137. D. Responsabilité sans Dette du responsable. — 138. Autres preuves de l'existence de la distinction en Droit allemand moderne. — 139. Pure Responsabilité objective. — 140. Utilité de la Distinction..... 187

Chaptre II. — « Debitum » et « Obligatio » en Droit italien moderne..... 229

141. Avant-propos..... 229

§ 1. — **Théorie de Pacchioni.** — 142. Décomposition de l'obligation. — 143. Le rapport de Dette. — 144. La Responsabilité. — 145. Nature du droit du créancier. — 146. Application et utilité de la distinction..... 230

§ 2. — **Théorie de Rocco.** — 147. Différence entre droits réels et droits personnels. — 148. Classification des droits d'après leur coercibilité. — 149. Décomposition de l'obligation. — 150.

Nature du droit du créancier. — 151. Discussions autour du droit de gage du créancier. — 152. Cas d'application de la distinction entre Dette et Responsabilité..... 239

§ 3. — **Théorie de Gangi.** — 153. Avant-propos. — 154. La notion d'obligation. — 155. Le rapport de Dette. — 156. Le rapport de Responsabilité. — 157. Différentes sortes de Responsabilité. — 158. Nécessité et utilité en droit italien moderne de la distinction entre les éléments Dette et Responsabilité. — 159. Importance dogmatique et systématique de la distinction pour le Droit italien moderne..... 253

§ 4. — **Critiques apportées à l'admission en Droit italien moderne de la distinction dans l'obligation entre les éléments Dette et Responsabilité.** — 160. Opinion de Ferrara. — 161. Opinion de Polacco. — 162. Opinion de Carnelutti..... 268

§ 5. — **Conclusion.** — 163. Discordances entre les partisans de la distinction. — 164-165. Les rapports de Dette et de Responsabilité. — 166-167. Cas d'application de la distinction et importance de celle-ci pour le Droit italien moderne..... 274

Chapitre III. — La distinction entre « Debitum » et « Obligatio » en Droit français moderne 285

I. La distinction entre « Debitum » et « Obligatio » est-elle applicable au Drcit français moderne ? — 168. Position du problème. — 169. Définition courante de l'obligation. — 170. La reconnaissance de la distinction s'impose à nous de par la nature des choses. — 171. La distinction telle qu'on peut la dégager des données du Code. — 172. Questions de terminologie..... 285

II. Debitum. — 173. Contenu du rapport de Dette. — 174. Caractère de la prestation..... 294

III. Obligatio. — 175. Le contenu du rapport de Responsabilité. 176. Objet et fonctions du rapport de Responsabilité. — 177. Responsabilité personnelle et Responsabilité objective. — 178. Réalisation de la Responsabilité 297

IV. Rapports entre « Debitum » et « Obligatio ». — 179. Règles générales. — 180. Le cautionnement envisagé comme rapport de Responsabilité. — 181. Différentes Responsabilités dont peut être muni un *Debitum*. — 182. *Debita* à Responsabilité personnelle limitée. — 183. *Debita* sans Responsabilité personnelle du débiteur. — 184. Cas de *Debitum* assuré par une simple Responsabilité objective du débiteur. — 185. *Debitum* et *Obligatio* peuvent avoir des points de naissance différents. — 186. *Debitum* et *Obligatio* peuvent avoir des durées différentes. — 187. Modifications dans la conformation de la Responsabilité. — 188. Les deux éléments peuvent avoir des sujets différents. — 189. Dans notre Droit, Dette et Responsabilité ont donc aussi maintenu leur individualité propre 302

Conclusion..... 327

190. Importance systématique de la distinction entre Dette et Responsabilité. — 191. Importance dogmatique de cette distinction..... 327

Bibliographie..... 335

Bordeaux. — Imprimerie J. Bière, 18, rue du Peugue. — 1935.

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE R.F. IMPRIMÉS