

À la recherche de l'origine de l'obligation

Rodolfo SACCO

Professeur à l'Université de Turin

RÉSUMÉ. — 1. Définition du thème. 2. L'obligation délictuelle. 3. L'échange et la convention. 4. La cérémonie. 5. L'œuvre collective. 6. L'injustice à réparer. 7. La chasse collective. 8. Les résultats.

1. – Obligation. Que veut dire ce mot ?

a) Le vocabulaire du doyen Cornu nous apprend que l'obligation est tantôt le lien de droit, la dette, le devoir, le *iuris vinculum*, tantôt l'acte, la déclaration de volonté par laquelle le sujet assume le devoir.

Pour ma part, je parlerai d'obligation dans le sens de lien juridique.

Je suis donc à la recherche de l'origine du rapport qui lie le débiteur à son créancier.

b) L'obligation implique un devoir et un droit, un débiteur et un créancier. Mais le devoir n'est pas toujours une obligation. J'ai le devoir de ne pas pénétrer sur le terrain de mon voisin, de ne pas fabriquer de fausses monnaies. On ne dit pas pour cela que je suis débiteur, on ne dit pas que j'ai une obligation. Ces devoirs qui incombent à tous, de respecter la personne et la propriété des autres, ne sont pas des obligations. Leur violation donne lieu à une responsabilité délictuelle. Ces devoirs existent dès qu'existent la propriété et le respect de l'individu ; nous les trouvons bien enracinés, bien réglés, chez les animaux les plus évolués.

c) L'obligation comporte le devoir d'exécuter une prestation pour satisfaire un intérêt personnel économique du créancier. Les devoirs d'effectuer son service militaire ou de payer un impôt restent en dehors de mon thème ; la raison en est la même, pour laquelle François Terré n'a pas songé à en parler dans l'ouvrage qu'il a consacré, avec Philippe Simler et Yves Lequette, à l'obligation¹.

d) La présence de l'obligation dans le système juridique a deux aspects. Le premier aspect concerne la vie réelle : l'appareil social donne son appui au créancier pour

¹ Terré, Simler, Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 6e éd., Paris, Dalloz, 1996.
[p. 33-41]

l'obtention de la prestation qui lui est due. Le second aspect concerne la connaissance que nous avons de cette réalité : le citoyen connaît l'idée, la catégorie de l'obligation, de la dette ; le juriste analyse cette catégorie, exprime sa pensée, transmet son savoir aux juristes qui viennent après lui.

Pour ma part, je ne m'intéresse pas à la réflexion sur l'obligation en tant qu'objet de la connaissance du juriste ; je ne me pose pas le problème de savoir à quelle époque un savant quelconque, un prêtre de l'âge du bronze ou un philosophe grec ou un juriste romain a conçu le concept, la notion d'obligation. Je cherche à établir depuis quand, en présence de certaines circonstances, un humain a commencé à croire qu'un deuxième sujet doit exécuter une prestation, et que partant il va l'exécuter, et cette deuxième personne a commencé à se croire tenue d'exécuter, et par conséquent a été encline à exécuter.

2. – À une époque désormais révolue, les historiens et les ethnologues se posaient le problème de savoir qui de l'obligation contractuelle ou de l'obligation délictuelle est née la première. Les deux solutions avaient – l'une et l'autre – des partisans. Aujourd'hui la question n'est plus à la mode, car le vieil ethnologue a été supplanté par un anthropologue qui s'intéresse peu aux catégories « gaïennes » des sources de l'obligation.

La naissance de l'obligation contractuelle, la naissance de l'obligation délictuelle ne sont pas, pourtant, des thèmes sans intérêt.

Qu'est ce qu'on sait à leur égard ?

La naissance de l'obligation délictuelle est relativement récente.

Dans une société à pouvoir diffus, la sanction du délit est la vengeance². Le groupe fait son possible pour prévenir les atteintes à ses droits (autoprotection)³ ; et là où la prévention ne fonctionne pas on a recours à la vengeance. À l'origine, la vengeance n'implique aucune obligation à la charge des responsables ; notamment elle n'implique aucun véritable devoir de se soumettre à la sanction. Celui qui a subi l'atteinte, s'il en est capable, est libre de se venger. C'est tout.

L'on pourrait observer, à l'inverse, que la règle de droit impose aux membres de la communauté qui a subi le tort de mettre à exécution la vengeance⁴. Il s'agit d'un devoir sacré qu'ils ont à l'égard du groupe. Un mépris profond frappe celui qui se soustrait à la besogne. Mais je n'appellerai pas ce devoir « obligation ». Il s'agit du devoir moral, et même juridique, de surmonter les difficultés, de s'exposer aux dangers que comporte l'action de se venger. La prestation en question est clairement une prestation militaire – et en même temps culturelle – n'ayant pas grand chose en commun avec l'obligation de notre droit civil.

Le droit peut prévoir que la vengeance, sur l'accord du groupe ou des personnes qui ont subi l'atteinte, et du groupe ou des personnes qui en sont responsables, soit remplacée par une composition. La composition peut devenir la règle et la vengeance peut

² Verdier, *La vengeance*, 4 vol., Paris, Cujas, 1980-1984 ; Rouland, *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1988, p. 321 et s. (bibliographie à p. 332).

³ Sacco, « Le droit muet », *Rev. trim. dr. civ.*, 1995, p. 788.

⁴ Il se peut que l'enfant qui a négligé le devoir de vengeance soit exclu de la succession. Le surnaturel peut rendre le problème plus aigu : l'on peut penser, p. ex., que le mort ne trouve pas la paix de l'esprit si le meurtre n'est pas suivi d'une vengeance.

devenir l'exception. La composition qui remplace la vengeance n'implique, en principe, aucune obligation. La transaction, dès qu'elle est exécutée, comporte la libération du débiteur. C'est tout.

La naissance d'une société solidement structurée – notamment, la constitution d'un pouvoir centralisé, supérieur aux groupes claniques – pourra renverser la situation, imposer au groupe responsable une prestation compensatoire, et ne prévoir la vengeance que comme sanction de l'inexécution de l'obligation primaire. C'est à ce moment que l'obligation délictuelle fait son apparition. Bien entendu, la transition entre la phase de la composition comme mode pour prévenir la vengeance et la phase de la composition comme prestation due en vertu d'une obligation préexistante n'est pas consacrée par un acte précis du pouvoir. Elle se produit dans la vie sociale par l'évolution du droit non écrit⁵.

Composition et vengeance ont une place dans des droits qui sont pratiqués au grand jour – la charia islamique – ou à l'insu du pouvoir (droit somalien, droit des Berbères du Maroc ou des Kabyles de l'Algérie)⁶. Nous pourrions évoquer, à ce même titre, ce qui se passe dans les grandes îles de la Méditerranée centrale, avec la *vendetta* toujours institutionnalisée⁷.

Nous pouvons arriver à une conclusion. L'obligation délictuelle naît dans la longue période qui est nécessaire pour faire naître le pouvoir centralisé sur les cendres du pouvoir diffus. Les sociétés qui vivent de chasse et de cueillette ne connaissent pas d'autre sanction du délit, en dehors de la vengeance. Les sociétés d'agriculteurs et de bergers ne font pas autrement, jusqu'au moment où se met en mouvement la civilisation urbaine.

3. Il est moins facile de placer à un moment donné de la macrohistoire du droit l'obligation contractuelle. Le contrat, l'obligation correspondent, l'un et l'autre, au besoin de coopération entre humains.

J'ai besoin quelqu'un m'aide à construire ma maison. L'utilité de la coopération est évidente.

J'ai chassé et j'ai trop de gibier, d'autres ont fait la récolte et ont trop de légumes. L'utilité de l'échange est évidente. Bien entendu, la diversification des activités productrices (c'est-à-dire, la division du travail, typique de la culture urbaine) a besoin du contrat. Réciproquement, on a moins besoin du contrat là où la division du travail est moins développée, et notamment, là où la personne vit dans une communauté qui prend à sa charge la satisfaction de tous les besoins collectifs ainsi que la satisfaction des besoins individuels, auxquels le sujet ne peut pourvoir directement. C'est pour cela que Henry Sumner Maine nous a appris que la société humaine est passée de la phase des statuts, qui règlent la situation de la personne au sein de son groupe, à la phase du

⁵ Même après l'institution d'un pouvoir supérieur centralisé, il se peut que la vengeance soit tolérée. Pour le droit islamique, Kohler, *Blutrache*, que cite Post, *Giurisprudenza etnologica*, tr. it. Bonfante et Longo, Milan, SEI, 1906, 1^o vol., p. 201, note 4.

⁶ Berque, *Structures sociales du Haut Atlas*, 2e éd., Paris, 1978 ; Hamoteau et Letourneaux *La Kabilia et les coutumes kabyles*, 3 vol., Paris, 1983 ; Surdon, *Institutions et coutumes des Berbères du Maghreb*, Paris, 1936 ; Sacco, « Di alcune singolari convergenze fra il diritto ancestrale dei Berberi e quello dei Somali », in *Africa*, 1989, p. 358 et s.

⁷ Pigiariu, *Il banditismo in Sardegna : la vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*, Milan, Giuffrè, 1970.

contrat⁸. C'est pour cela que, à Paris, Étienne Le Roy nous confirme que le contrat n'apparaît que là où la structure sociale se fait semi-complexe, c'est-à-dire capable d'instituer, à côté des rapports internes, ou internes-externes, des rapports externes⁹.

Pour notre part, nous estimons que pour introduire le thème du contrat dans les sociétés qui ont précédé la nôtre, il convient de séparer l'idée d'échange, de rémunération, et l'idée de convention, d'accord.

L'homme sacrifie au dieu, dieu assure sa protection à l'homme. Le survivant rend le culte au mort, le mort donne son assistance au survivant. L'agriculteur exécute ses prestations en faveur de la terre, celle-ci lui donnera ses fruits. Dans les sociétés africaines subsahariennes traditionnelles, la prestation tributaire est spontanée, mais elle se croise avec l'attribution de terres faite par le chef. L'analyse anthropologique nous fait voir une réciprocité semblable dans la vengeance¹⁰ et jusque dans la guerre¹¹.

Cette réciprocité toujours immanente gomme la distinction entre le don et l'échange. Le don pousse à une contre-prestation, c'est-à-dire à un don rémunérateur.

Jusqu'ici, la réciprocité n'implique pas deux prestations simultanées. Entre l'une et l'autre, s'écoule un laps de temps. Devons-nous dire que pendant ce temps celui qui a reçu et n'a pas encore exécuté sa prestation est obligé ? Il serait difficile de parler, ici, d'un véritable lien juridique. Fixons notre attention sur le don rémunérateur, qu'analyse le juriste moderne (ainsi l'art. 770, 2^e al., du *codice civile*) ; le don rémunérateur n'implique pas une obligation civile préexistante.

Bien entendu, l'échange simultané date d'une époque qui n'est pas récente, du moins dans le secteur des échanges de biens (que j'oppose, ici, à l'échange de services). Mais l'échange simultané n'intéresse pas beaucoup notre discours. En effet, l'échange de biens est fait, dans une société traditionnelle, lorsque les biens existent, et dans ce cas est pratiqué le troc, qui ne met pas en jeu l'idée d'obligation.

L'échange a une étendue surprenante dans les sociétés traditionnelles. En revanche l'accord, la convention présentent un intérêt moins généralisé. Ce que nous disons des sociétés traditionnelles qui existent aujourd'hui vaut également pour les sociétés de l'âge de la pierre.

L'autonomie des parties, la liberté des actes de disposition ne pouvaient sûrement avoir la valeur générale que leur reconnaît le droit moderne. Le mélange du surnaturel et de l'économique soumettait les biens à mille règles d'indisponibilité ; un marché de services n'existait pas. Ce décor ne pouvait pas encourager l'idée du pouvoir souverain de la volonté.

Ce pouvoir souverain n'avait pas une étendue générale dans le droit romain des origines, ni dans le droit anglais des origines. Des peuples marchands peuvent plus facilement en avoir apprécié la valeur même avant les Romains. Mais il est impossible d'imaginer une règle générale d'autonomie en fonction avant l'âge du bronze, ou, tout au plus, avant la culture urbaine.

⁸ H. S. Maine, *Ancient Law*, Londres, Murray, 1861. Sur le thème Hoebel, « Status and Contract in Primitive Law », in Northorn et Livingstone (cur.) *Cross-cultural Understating-Epistemology in Anthropology*, New York, 1964 ; Rouland, *op. cit.*, p. 256 et s. et 279.

⁹ Le Roy, « Démarche systémique et analyse matricielle des rapports de l'homme à la terre en Afrique noire » in *Bull. de liaison du Labor. d'anthrop. jur. de Paris*, 1981, p. 84.

¹⁰ C'est la conclusion de Verdier *in op. cit.*

¹¹ Pour tous, cf. Remotti, *Centri, capitali, città*, Turin, Giappichelli, 1984, p. 115.

4. Mais, avant la civilisation urbaine, l'obligation était-elle inconnue ?

Avant de poursuivre, je dois mentionner des circonstances capables de produire des conséquences importantes dans le domaine des rapports sociaux, qui suscitent notre intérêt quand nous nous penchons sur la macrohistoire. Chez de nombreux animaux supérieurs, des cérémonies sont à la base de liens sociaux d'importance primordiale. Le marquage d'un sol produit l'acquisition de la propriété foncière. La cour, que le mâle fait à la femelle, précède la formation d'une famille et de toutes les manifestations qui se rattachent à elle (corvées des parents, assistance, autorité des parents sur les enfants).

Il est à remarquer que la situation est la même chez les humains appartenant à des sociétés sans pouvoir centralisé. Le marquage est la source de la propriété, qui sera garantie par l'autoprotection. Une cérémonie est à la base de la famille, et porte avec elle les devoirs des parents et la soumission des enfants.

Nous pourrions nous poser la question de savoir si des cérémonies ont pu être sources, dans la macrohistoire de l'homme, de l'obligation. Le surnaturel (qui est bien présent et visible dans le paléolithique supérieur) peut donner son apport pour concevoir et structurer les cérémonies appropriées (vœu, serment, consécration). Il est donc possible que des solennités aient été sources d'obligation. Possible, oui ; mais nulle preuve dans ce sens ne nous est parvenue.

5. Encore une fois, nous nous interrogeons pour savoir si l'obligation existait à l'époque des agriculteurs et des bergers, c'est-à-dire à l'époque néolithique.

Une donnée va nous aider. De tout temps, le statut d'une personne lui impose des corvées d'une importance politique : la guerre, les mesures à prendre en vue des calamités naturelles, la vengeance et la participation au culte des dieux et des ancêtres sous toutes ses formes. Ce partage des charges a résisté jusqu'à aujourd'hui.

Parmi ces corvées figurent les travaux collectifs, conçus pour construire une œuvre ou pour modifier la nature (et nous trouvons des traces d'œuvres collectives qui datent du paléolithique supérieur).

Ces corvées ont-elles eu, et à partir de quelle époque, une signification économique ?

L'étude de la vie quotidienne des sociétés traditionnelles nous met en contact avec des formes de coopération (à savoir, de travail collectif), sans lesquelles l'individu ne pourrait satisfaire ses besoins personnels.

Tous travaillent ensemble pour bâtir une maison ou pour chasser les fauves. Les membres de la communauté produisent tous ensemble pour partager le produit, ou produisent ensemble au profit de chacun des intéressés, à tour de rôle.

Cela n'a rien d'étonnant. L'on bâtit des maisons pour chacun des membres de la communauté, l'on défriche le terrain pour chacun des propriétaires ; celui qui bénéficie du travail des autres doit être prêt à s'engager lui-même la prochaine fois. La prestation, dans les situations en question, peut être précédée de pourparlers et d'accords. Mais le devoir ne dépend pas de l'accord. Le membre de la communauté est ici véritablement obligé. Mais la source de l'obligation est son statut à l'intérieur de la communauté. Quant au contenu de l'obligation, nous pouvons dire que le groupe impose à la personne de s'engager à faire un travail, ou dire que le groupe impose à la personne de faire le travail. Ce qui compte, c'est qu'ici une véritable obligation, comportant une dette et une créance, s'est développée.

L'obligation ne procède, ici, ni du délit ni du contrat consensuel.

D'où vient-elle cette obligation ? Quelle évolution historique l'a précédée ? Nous connaissons déjà la réponse. L'obligation civile, patrimoniale, conçue dans l'intérêt individuel du créancier a comme ancêtre le devoir d'exécuter une corvée collective, imposée, pour une nécessité du groupe, à tous les individus.

Voulons-nous nous poser des problèmes de date ? L'homme qui cultive existe depuis douze mille ans, l'homme qui dispose d'une maison réservée à lui et à sa famille est plus ancien ; mais il n'est pas encore l'homme de l'origine. Est-il possible de reculer encore dans le temps ?

6. Le droit romain, le droit anglais nous lèguent en enseignement. Le contrat réel précède historiquement, comme source d'obligation, le contrat consensuel. Le droit ne pourrait méconnaître le contrat réel sans mettre son autorité au service d'un enrichissement manifeste et repoussant. La nécessité de parer à une injustice odieuse justifie l'obligation. L'on impose à la partie enrichie de rétablir la situation originaire. Du contrat réel l'on peut passer au contrat assisté d'une garantie réelle ou personnelle.

La remise librement consentie déclenche ici un mouvement en sens inverse, à savoir l'obligation de remettre les choses dans l'état originaire, pour éviter l'enrichissement injuste. L'obligation naît sans convention consensuelle et sans que l'idée du délit soit en jeu. Nous trouvons à l'œuvre ce mécanisme dans le *bailment* du droit anglais, et dans le contrat *qui re perficitur* du droit romain.

La prestation d'une partie fait naître l'obligation, cette prestation est antérieure à l'obligation. Nous trouvons le même mécanisme dans les contrats de fait. Telles et telles personnes font une opération économique ensemble, il y a donc une société de fait ; la prestation exécutée ne les engage pas pour le futur, mais la répartition des pertes et des bénéfices – et les obligations consécutives – sont réglées par le droit.

La prestation précède l'obligation. L'obligation n'a pas comme source une déclaration de volonté, n'a pas comme source une promesse. La source du rapport est muette.

Si nous devons parler la langue du juriste moderne – romain, français – nous dirions que cette obligation sans promesse et sans délit est une obligation quasi-contractuelle. Elle peut avoir rendu de multiples services à une humanité qui n'utilisait pas encore la langue pour les besoins du droit.

En effet, des circonstances autres que la déclaration peuvent être à l'origine d'un pouvoir de se venger, d'un pouvoir exclusif sur la chose, d'un pouvoir de diriger les autres, d'un état de soumission, ou de l'autorisation à faire maintenant, immédiatement, telle opération. Il est difficile, par contre, d'imaginer quelqu'un s'engageant à faire ou à donner telle chose dans un temps futur sans l'aide de la langue. Une langue gestuelle, riche et complexe, pourrait théoriquement servir. Il me paraît quand même vraisemblable que la promesse n'a pas été antérieure à la langue articulée.

Mais le quasi-contrat, pour sa part, n'a pas besoin de la langue. Il pourrait avoir créé des obligations à une époque où la promesse n'était pas encore concevable.

7. Revenons à l'activité commune, exercée dans l'intérêt individuel de tous les participants. Cette activité consiste souvent dans l'appropriation de choses matérielles.

L'appropriation collective sera donc suivie d'une ré-appropriation individuelle. Le procédé de cette deuxième appropriation ne sera pas le même pour toutes les hypothèses.

Nous pouvons penser, d'abord, à une appropriation consistant dans une prise de possession collective. Un terrain a été conquis ou a été occupé, les conquérants ou occupants sont copossesseurs. Avec le partage, la copossession fait place à la possession individuelle de chaque copartageant.

Ici, seul le droit de posséder a été mis en jeu. On ne voit pas d'obligations.

Nous devons penser, maintenant, à une appropriation asymétrique. Plusieurs personnes se battent contre des animaux, une seule personne a la tâche de les capturer dès que les autres chasseurs les ont poussés dans la direction voulue et les ont blessés mortellement. Au moment où cessent les opérations, un seul membre de l'équipe détient des animaux que tous, évidemment, ont chassés. Il faut – cela va de soi – que le gibier soit partagé. Car tous les chasseurs ont des droits¹².

Certains animaux semblables à l'homme n'ignorent pas le problème. Le chimpanzé connaît la chasse individuelle et la chasse collective. Si la chasse individuelle lui a permis de capturer une proie, le chimpanzé chasseur ne permet pas à d'autres sujets de la lui arracher. Mais il n'oppose aucune résistance si, après une chasse collective, ceux qui ont chassé avec lui prélèvent des fractions du butin. Il faut ajouter que ces pauvres primates ne savent pas calculer et mesurer avec précision la fraction qui est due à chacun des ayants droit.

Chez les humains, le partage du butin des chasseurs obéit à des règles compliquées, savantes, riches de signification. L'Européen peut lire dans les ouvrages de Dozon les données relatives à la chasse chez les Betés de Côte d'Ivoire¹³. La chasse met en jeu les structures sociales fondamentales : le groupe clanique (*grigbê*), ses sous-groupes, l'organisation supérieure, qui se rattache par quelque lien au garant de la terre (*dudubeño*), les proches par alliance, les habitants du village.

Tout *grigbê* possède un grand filet (*sokuli-ite*), doué de certaines qualités spirituelles.

La chasse peut poursuivre des buts méta-naturels (rendre hommages aux ancêtres, prévenir une calamité naturelle) ou économiques (ainsi le *akanume*, l'unique forme de chasse qui intéresse ma réflexion).

Les chasseurs ont des rôles diversifiés. Des experts du surnaturel indiquent les moments favorables et bénissent la battue. Les tâches d'exécution sont confiées aux rabatteurs, aux secoueurs, à ceux qui vont capturer les bêtes.

Le moment qui nous intéresse est celui du partage, que le droit règle jusque dans les détails. La qualité de la partie du corps du gibier a une influence sur sa destination. Il faut partager, d'abord, entre les divers *grigbê*, et, ensuite, entre les divers chasseurs, en

¹² Sur l'importance de la chasse collective dans la formation de la civilisation humaine, sur le comportement de l'homme et du chimpanzé, cf. Box, *Organization in animal communities*, Londres, Butterworth, 1973 ; Lee et De Vore (ed.), *Man the Hunter*, Chicago, Aldine Publishing Company, 1968 ; Timbergen, *Social Behaviour in Animals*, Londres, Methuen, 1953 ; Sacco, « Sulla società di fatto », in *Studii in onore di Gastone Cottino*, I, Padoue, Cedam, 1997, p. 251 et s.

¹³ Dozon, *La société Beté, Côte d'Ivoire*, Paris, Kartha-Orstom, 1985. Sur ce thème, cf. aussi Gbadie, *Culture et droit de la société « Beté »*, Côte d'Ivoire, Turin, Il Segnalibro, 1995.

tenant compte de la fonction remplie, du mérite individuel (avoir vu ou mis à mort l'animal) et du titre de propriété sur les armes.

Le partage a une telle importance sociale, qu'un litige dans la répartition justifie la scission du *grigbé*.

Quelle est la situation juridique existant entre la capture de l'animal et la remise à chaque chasseur de sa quote-part ? Nous pourrions être attirés par deux solutions alternatives.

Nous pouvons penser que celui qui a capturé la bête, s'il a dans ses mains, provisoirement, l'animal chassé, n'en a pas la possession (qui s'identifie, ici, à la propriété). Le groupe possède, tous les chasseurs possèdent en commun. La situation juridique du sujet qui a capturé est la situation d'un tiers quelconque, qui doit respecter les raisons et droits du propriétaire. Son devoir lui impose de permettre aux véritables propriétaires de prendre la chose, dès que ceux-ci le souhaitent. La propriété et ses mécanismes suffisent alors pour expliquer les devoirs qui incombent au détenteur.

Par ailleurs, nous pouvons voir celui qui a pris la bête comme quelqu'un qui a un pouvoir sur la chose, c'est-à-dire la possède, mais a l'obligation de remettre l'animal au groupe. Pour expliquer sa situation, la propriété-possession, dont l'animal est l'objet, ne suffit pas ; sa situation comporte un lien juridique qui est distinct par rapport à la propriété, et ce lien est une obligation. Cette deuxième reconstruction présuppose une théorie de la propriété plus simple, et permet de mieux expliquer les droits que peuvent avoir, sur le gibier, des personnes qui n'ont pas chassé. C'est pour cela qu'elle est à préférer.

La situation du chasseur qui a capturé la bête évoque l'idée du dépositaire. Dans un droit qui ne sait pas distinguer, le dépôt peut relever du droit des biens. Mais il peut relever sans difficultés majeures du droit des obligations. Ce que je dis du dépôt peut valoir également pour les rapports de droit que mettent en jeu les contrats réels. Nous pouvons transporter cette réflexion dans le domaine de la répétition de l'indu.

8. Je suis à la fin de mes réflexions, et je crois avoir trouvé, sinon une véritable conclusion, des points de départ.

Au moment où l'homme commence d'exister, l'homme a en commun avec ses proches un certain bagage d'institutions juridiques : il a une famille et un groupe plus étendu que la famille ; l'appartenance au groupe implique la soumission aux membres dominants, et le devoir d'exécuter certaines prestations collectives (la guerre, la chasse), il connaît la possession-propriété, et cette possession implique le devoir généralisé de s'abstenir de toute ingérence dans les choses qui appartiennent à d'autres.

Dans un moment qui est sûrement bien reculé dans le temps, certaines prestations collectives commencent à devenir des prestations réciproques, faites dans l'intérêt soit de l'un soit de l'autre membre de la communauté, à tour de rôle. La prestation consiste à fabriquer une maison ou cultiver un sol. Mais cette obligation n'incombe pas à l'homme des origines.

Dès une époque beaucoup plus ancienne, le devoir de respecter la possession d'autrui a pu être rendue plus complexe lorsque le sujet est détenteur d'un bien qui est destiné à un cercle de personnes plus large. Le devoir d'abstention s'enrichit ici d'un élément positif, le devoir de garder. Nous pouvons penser à une évolution de la structure de la pro-

priété, mais nous pouvons également penser à l'embryon d'une obligation : d'abord une obligation de subir que d'autres arrachent quelques morceaux de la chose qui se trouve dans les mains de l'obligé ; plus tard, une obligation de mettre la chose à la disposition de ceux qui ont des droits. L'obligation a ici comme ancêtre le devoir général de respecter la propriété des autres.

Nous sommes dans une époque macrohistorique difficile à définir. Nous pouvons remonter aux premiers hommes ; on n'a pas besoin du langage articulé pour pratiquer (je ne dis pas : pour penser, pour concevoir) un tel embryon d'obligation.

Cette obligation de garder et mettre à disposition préannonce l'obligation de remettre la chose à celui qui l'a confiée à l'obligé.

Revenons à notre « captureur ». La chose est dans sa main car il l'a prise. L'obligation est mise à sa charge par le droit. Il n'a commis aucun délit. Il n'a conclu aucun contrat.

Récemment, le juriste a commencé à reconnaître aux obligations non contractuelles et non délictuelles l'importance qu'elles méritent. Dans les facultés anglaises et américaines sont donnés, à côté des cours portant sur les *contracts* et les *torts* des cours consacrés aux *restitutions*. La macrohistoire assure à l'obligation quasi-contractuelle une noblesse spéciale, due à son âge vénérable.

57 corso re Umberto
10128 Turin - Italie