

INTRODUCTION

GÉNÉRALITÉS, NOTIONS PRÉLIMINAIRES

Dès le début de ce cours, nous entendons souligner le caractère de culture générale de cet enseignement. L'étude de l'évolution historique du droit des obligations a pour principal objet d'éclairer et d'approfondir les origines et le développement de notre droit civil, dans le domaine des contrats et celui de la responsabilité, qui dominent l'ensemble des rapports juridiques entre les hommes. La théorie des obligations est à l'origine non seulement du droit civil, mais du droit tout entier : le droit commercial, le droit administratif, le droit international, privé ou public, sont à base de rapports obligatoires, et il n'est nullement exagéré de dire que le concept obligationnel constitue l'armature et le *substratum* du droit et même, d'une façon plus générale, de l'ensemble des sciences sociales.

La pérennité de ce concept s'explique par cette circonstance que la matière des obligations est une des plus abstraites, et partant des plus interchangeables qui soient ; les mêmes règles peuvent convenir à des sociétés qui ont, sur le droit des personnes, ou sur l'organisation de l'État, les idées les plus variées. Cependant, il faut se garder de raisonner d'une manière étroitement logique en détachant les règles du milieu social auquel elles appartiennent. S'il est vrai que la technique juridique a conservé en cette matière l'empreinte du droit romain, il ne faudrait pas croire que notre conception de l'obligation soit en tous points semblable aux principes romains. Ce qui reste vrai, c'est que certaines règles morales, certains besoins économiques, existent partout et à toute époque.

Certes, les Romains ont fait accomplir d'immenses progrès à la notion d'obligation. Mais pas plus qu'ils n'ont élaboré une théorie générale du contrat, ils n'ont dégagé un principe général de responsabilité. C'est seulement dans notre ancien droit, sous l'influence des canonistes et plus tard de l'École du droit naturel, qu'apparaît la théorie des obligations. Aux XVII^e et XVIII^e siècles, les jurisconsultes (Domat, Pothier) laïciseront les règles religieuses et, sur les textes des *Institutes* et du *Digeste*, présenteront une théorie qu'utiliseront ensuite les Rédacteurs du Code civil. Il ne s'agit donc pas d'une théorie romaine, mais d'une théorie construite avec des éléments empruntés au droit romain.

Après avoir précisé le sens de la notion juridique d'obligation (I), nous nous intéresserons aux caractères du droit français des obligations (II), puis aux divisions chronologiques de l'histoire du droit romain (III), depuis la période archaïque jusqu'à la mise en oeuvre du Code civil de 1804.

I. - La notion juridique d'obligation

Le mot « obligation » fait son apparition dans la langue française au début du XIII^e siècle (1235) pour exprimer l'action d'engager. Comme aujourd'hui, il désigne à la fois l'engagement et l'acte authentique par lequel on s'engage. Ce n'est que plus tard, aux XIV^e et XV^e siècles, que l'obligation prend le sens plus général de « lien moral » puis de « dette de reconnaissance ». A la fin du Second Empire (1868-1872), le terme acquiert une nouvelle signification, plus technique : celle de titre négociable (v. Jean-Baptiste de La Curne de Sainte-Palaye, *Dictionnaire historique de l'ancien langage françois*, publié par L. Favre, Niort, 1876-1882, 10 vol. ; Frédéric Godefroy, *Dictionnaire de l'ancienne langue française*, Paris, 1880-1902, 10 vol. ; *Dictionnaire historique de la langue française*, sous la dir. de Alain Rey, Le Robert, Paris, 1992, sous l'art. *obliger* ; G. Piéri, « Obligation », *Archives de philosophie du droit*, 1990, pp. 221-231 ;

Jean-Louis Gazzaniga, *Introduction historique au droit des obligations*, coll. droit fondamental, P.U.F., Paris, 1992, n° 16, pp. 28-29).

Si le langage courant s'avère moins précis que le vocabulaire juridique, tous deux s'accordent sur le sens du terme obligation : « être obligé » signifie être contraint à quelque chose. En droit romain, il s'agit de la contrainte qui pèse sur une personne pour qu'elle fasse quelque chose, pour qu'elle s'acquitte de quelque chose (Institutes, 3, 13 ; v. Joseph-Louis-Elzéar Ortolan, *Explication historique des Instituts de l'empereur Justinien*, 6e éd., Paris, 1857, t. 3, n°s 1177-1179, pp. 127-128 ; Theo Mayer-Maly, « Obligamur necessitate », *Zeitschrift der Savigny-stiftung für Rechtsgeschichte : Romanistische Abteilung*, 83, Weimar, 1966, pp. 47-67). Le jurisconsulte Paul ajoute que la substance des obligations ne consiste pas à nous rendre propriétaires d'une chose, ou titulaires d'une servitude, mais à astreindre une personne envers nous : soit à transférer la propriété (*dare*), soit à faire quelque chose (*facere*), soit encore à *praestare*, c'est-à-dire à livrer une chose pour en user ou en jouir, comme dans le cas du louage (Digeste, 44, 7, 3).

A la lumière de ce qui vient d'être dit, trois éléments peuvent être dégagés dans une obligation : elle crée un rapport entre des personnes (A) ; elle a un objet, la dette, ce qui est dû (B) ; elle présente un caractère contraignant (C).

Sur la notion de *praestare* et ses domaines d'application en droit positif.- On trouvera des indications précieuses dans les articles de Madame le Pr. Geneviève Pignarre : « A la redécouverte de l'obligation de *praestare*. Pour une relecture de quelques articles du Code », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1, 2001, pp. 41 et suiv. ; « L'obligation de l'employeur de mettre un emploi à la disposition du salarié », *Dalloz*, 2001, pp. 3547 et suiv.

A. - Un rapport entre des personnes

Emprunté au verbe *ligare*, signifiant « lier », « attacher », le mot *obligatio* exprime l'idée de « s'engager dans des liens ». A Rome, son emploi semble tardif : on ne le trouve dans aucun fragment des XII Tables ni dans aucun vestige de la langue juridique de cette période. Ce n'est que progressivement, au terme d'une évolution dont nous connaissons mal les étapes, que les jurisconsultes classiques dégageront l'idée d'un lien de droit entre deux personnes, avec un sujet actif, le créancier (*creditor, reus credendi*), et un sujet passif, le débiteur (*debitor, reus debendi*). Cette définition fait aujourd'hui encore l'unanimité. C'est la première caractéristique de l'obligation, c'est aussi la plus ancienne.

Révélee par Ulpien au début du IIIe siècle de notre ère, la notion de lien de droit, *vinculum juris*, nous a été transmise au VIe siècle par la *glose des Institutes de Justinien dite de Turin*. Elle en donne une définition assez courte : « Lien de droit, c'est dire le droit, parce que le droit est un lien ». On la retrouve chez Placentin (+ 1192), Pierre de Fontaines (l'auteur du *Conseil à un ami*), Philippe de Beaumanoir (vers 1250-1296), Jacques de Revigny (+ 1296), dans le *Dictionnaire de droit civil et canonique* d'Albéric de Rosate (+ 1351), chez Balde (+ 1400) et enfin au XVe siècle chez les Maîtres de l'École de Bourges, en particulier Hugues Doneau (1527-1591). Les anciens commentateurs du droit romain avaient pour habitude de dire : « on lie les boeufs par les cornes et les hommes par les paroles... » ; d'où l'on fit ce vieux proverbe français : « Comme les boeufs par les cornes on lie, aussi les gens par les mots font folie » ; l'espagnol dit également : « Al buey por el cuerno, y al hombre por el vierbo » (v. les *Institutes coutumières d'Antoine Loysel*, avec les notes d'Eusèbe de Laurière, Paris, 1846, t. 1, n° 357, p. 359).

Le mot *creditor* (du latin *credere*, signifiant « croire », « confier ») implique

une notion de confiance. Plutôt que d'exiger satisfaction immédiate, le créancier se fie au débiteur pour l'exécution de l'obligation : toute l'opération repose sur le crédit accordé par le créancier au débiteur. L'obligation, explique Eugène Gaudemet (1872-1933), « c'est le crédit considéré au point de vue juridique » (*Théorie générale des obligations*, publiée par H. Desbois et J. Gaudemet, Sirey, Paris, 1937, p. 10 ; réimp. 1965).

Sur la notion de lien de droit.- V. Pierre de L'Hommeau, *Maximes générales du droit françois divisées en trois livres*, Rouen, 1614, Paris, 1657 et 1665, max. 9 ; Antoine Despeisses, *OEuvres...*, Lyon, 1665-1696, t. 1, p. 464, rééd. Toulouse, 1778 ; Gerhard Beseler, « Bindung und Lösung », *Zeitschrift der Savigny-stiftung für Rechtsgeschichte : Romanistische Abteilung*, 51, Weimar, 1931, pp. 398-401 ; Gérard Sautel et Marguerite Boulet-Sautel, « *Verba ligant homines, taurorum cornua funes* », *Mélanges Pierre Petot*, Paris, 1959, pp. 507-517 ; François Dumont, « *Obligatio* », *Mélanges Philippe Meylan*, Lausanne, 1963, t. 1, pp. 77-90 ; Lelio Lantella, « Note semantiche sulle definizioni di *obligatio* », *Studi Grosso*, 4, 1971, pp. 198-226 ; André-Edmond Giffard et Robert Villers, *Droit romain et ancien droit français (Obligations)*, précis Dalloz, 4e éd., Paris, 1976, n°s 1-2, pp. 2-3 ; *Derecho romano de obligaciones, Homenaje al prof. José Luis Murga Gener*, Madrid, 1994 ; Jean Gaudemet, *Droit privé romain*, 2e éd., Montchrestien, Paris, 2000, pp. 257-258 ; Emmanuelle Chevreau, *Le temps et le droit : la réponse de Rome. L'approche du droit privé*, Thèse d'histoire du droit, sous la dir. du Pr. Michel Humbert, Paris II, 2001, pp. 231-249.

B. - Un objet

L'obligation a toujours pour finalité d'obtenir un avantage, le plus souvent d'ordre économique : somme d'argent (*pecunia certa*), chose certaine (*res certa*) ou incertaine (*res incerta*), service, prestation, et parfois même une abstention (*non facere*). Cette chose due, la *res*, c'est ce qu'on appelle vulgairement la dette, le *debitum* (Digeste, 46, 2, 1 ; 2, 14, 9). Etymologiquement *debitum* viendrait du latin *de habitum (de habere)*, signifiant « avoir en moins » : il y a en effet appauvrissement pour celui qui doit, le débiteur, une diminution de son patrimoine correspondant à la dette.

Pendant, le créancier n'exerce pas un droit direct sur la chose due, celle qui doit être transférée (*dandum*). Il ne peut que s'adresser au débiteur qui a pris des engagements. En cela le droit des obligations s'avère très éloigné du régime des droits réels. On doit en effet éviter toute confusion entre le rapport obligatoire unissant le créancier au débiteur et le droit du propriétaire sur la chose. Non seulement le droit réel procure une jouissance immédiate à son titulaire, mais il est durable, il emporte droit de suite et droit de préférence. Le droit de créance, au contraire, ne permet pas au créancier de suivre un élément du patrimoine du débiteur, fût-ce la chose due, entre les mains d'un tiers.

Affirmée par les jurisconsultes classiques (Digeste, 44, 7, 3), la distinction fondamentale entre droit personnel et droit réel semble avoir été perçue dès la plus haute Antiquité. Ainsi les XII Tables (6, 1a) distinguent déjà l'acte créant un rapport avec effet obligatoire entre deux parties (*nexum*) de celui qui procure la maîtrise d'un bien (*mancipium*) ; mais d'obligation les juristes ne parlent pas encore.

C. - Un caractère contraignant

Comme nous l'avons déjà souligné, la personne obligée peut être contrainte à l'exécution de ce à quoi elle s'est engagée et plus généralement à l'exécution

de l'obligation qui pèse sur elle. Dans ce but, les jurisconsultes romains associent toujours l'obligation à l'action : toute obligation civile produit une action de droit civil. *De obligationibus et actionibus*, portent les titres du Digeste et du Code consacrés à cette matière (Digeste, 44, 7 ; Code, 4, 10 ; v. André Magdelain, *Les actions civiles*, Publications de l'Institut de droit romain, XI, Paris, Sirey, 1954).

En droit romain l'obligation est sanctionnée par des actions dites *in personam*, par opposition aux actions *in rem* portant sur un droit réel. Selon la nature de l'obligation, l'action *in personam* peut être « réipersécutoire », lorsqu'elle tend à l'indemnisation pure et simple du préjudice causé, ou bien « pénale », lorsqu'elle tend à la punition du débiteur, à la suite d'un délit (Gaius, *Institutes*, 3, 88-89). Dans le domaine contractuel, les actions réipersécutoires se subdivisent à leur tour en deux catégories : les « actions de droit strict », dites *iudicia stricta* ou *condictiones*, qui sanctionnent les obligations unilatérales, certaines (somme d'argent, chose déterminée) ou incertaines (chose indéterminée, obligation de faire), nées par exemple d'un contrat de *mutuum* ou d'une *sponsio* ; et les « actions de bonne foi » ou *iudicia bonae fidei*, qui visent les obligations synallagmatiques, parfaites (contrats consensuels de vente, louage et société) ou imparfaites (contrat consensuel de mandat ; contrats réels de bonne foi de dépôt, commodat, gage et fiducie ; quasi-contrats de tutelle et gestion d'affaires ; etc.).

Mais pourquoi y a-t-il contrainte ? Parce que des circonstances particulières ont produit une rupture d'équilibre dans les rapports entre deux personnes, dont l'une se retrouve créancière et l'autre débitrice. Cela semble évident lorsque la cause est un acte illicite dommageable, un délit : le créancier victime de l'acte dommageable du débiteur a droit à un dédommagement qui rétablira cet équilibre en sa faveur (nos actuels dommages-intérêts). Il en va de même en matière d'obligation contractuelle : le vendeur d'une chose reste créancier du prix dont son acquéreur est débiteur envers lui, parce qu'il s'est appauvri en se séparant d'un élément faisant jusqu'alors partie de son patrimoine. Le paiement du prix permettra de rétablir l'équilibre premier.

II. - Caractères du droit français des obligations

A la différence de la notion de propriété, que l'on rencontre chez tous les peuples, la notion d'obligation suppose un état de civilisation relativement avancé. Elle implique une idée de prévoyance, de confiance et de crédit, qui dépasse les concepts des peuples primitifs. Elle suppose des relations d'affaires assez fréquentes, dans lesquelles l'argent constitue un élément essentiel des rapports humains. Cela n'existe pas chez les populations primitives.

Différentes hypothèses ont été proposées pour expliquer la formation de la notion d'obligation : certains romanistes (Murehead, Girard, Cuq, Declareuil, Fliniaux, Albertario) pensent qu'un système de réparation du dommage causé par la violence et l'injustice aurait d'abord donné naissance aux obligations délictuelles ; d'autres (Betti, Biondi), en revanche, considèrent que l'origine de l'obligation doit plutôt être recherchée dans le contrat, l'engagement personnel, la promesse (*sponsio*). Son développement résulterait essentiellement de l'accroissement des relations sociales (v. Jean-Louis Gazzaniga, *Introduction historique...*, op. cit., n° 10, pp. 20-22).

Les ethnologues donnent une toute autre explication. Ils mettent en avant des considérations où domine l'idée de réciprocité : la première forme d'obligation résulterait d'un système d'échange, d'un ensemble de devoirs réciproques, nés du don et parfois de la vengeance, qui lie les hommes entre eux et qui repose sur le sentiment commun de donner et de rendre. Ainsi, à l'origine de l'obligation, il n'y a plus à proprement parler de contrat ou de délit, mais bien plutôt un transfert de puissance et de biens (v. Marcel Mauss, « Essai sur le Don, forme et

raison de l'échange dans les sociétés archaïques », *L'Année sociologique*, 2e série, 1923-1924, t. 1, pp. 30-186). Les travaux les plus récents de l'anthropologie juridique paraissent confirmer cette hypothèse (v. Norbert Rouland, *L'anthropologie juridique*, coll. Que sais-je ?, P.U.F., Paris, 1988, 2e éd., 1995). Ce n'est que progressivement, au terme d'une longue évolution, que les juristes romains dégageront une notion abstraite de l'obligation.

En France, depuis le XVIIIe siècle, le droit des obligations domine toute notre activité sociale. Il se distingue des autres branches du droit privé à la fois par sa fidélité au droit romain (A) et par sa nature théorique et abstraite, qui lui permet de s'adapter facilement aux exigences de la vie économique (B).

A. - Permanence de la tradition romaine

Le droit français des obligations perpétue la tradition romaine d'une façon infiniment plus fidèle que les autres branches du droit privé, soumis dans une moindre mesure aux influences intellectuelles, sociales et ethniques. Une bonne connaissance du droit romain apparaît donc particulièrement utile en ce domaine.

Ce phénomène de survivance se manifeste dans l'ensemble de l'Europe Occidentale (Belgique, Suisse, Allemagne, Italie, etc.), mais également en Orient (Code japonais de 1896-1898) et en Amérique latine (Code brésilien de 1916). C'est en effet dans la matière des obligations que les législations européennes sont les plus proches les unes des autres. On envisagea même durant l'entre deux guerres de faire un Code des obligations commun à l'Italie et à la France, dont on a pu observer la réalisation sur un plan doctrinal (*Projet de Code des obligations et des contrats*, approuvé à Paris en octobre 1927). Véritable grammaire juridique internationale dans le temps et dans l'espace, le droit romain des obligations a traversé le droit savant du Moyen-Age pour imprégner la plupart des codes modernes (v. *Le Code civil, 1804-1904, Livre du Centenaire*, publié par la Société d'études législatives, Paris, 1904, t. 2, pp. 582-951).

L'importance fondamentale du droit romain vient de ce que la jurisprudence classique sut élaborer un système d'une grande perfection technique (sources, classification, principes généraux). Les Romains ne sont certes pas les premiers à avoir élaboré un droit des obligations mais ils ont acquis dans ce domaine une maîtrise sans égale dans l'Antiquité. Les philosophes grecs, également, menèrent une réflexion sur la notion de rapports juridiques entre les personnes. Un terme revient chez Aristote, concernant l'obligation, c'est celui de « synallagma » (Aristote, *Ethique à Nicomaque*, 1131, a, 1, sq. ; v. Alberto Maffi, « Synallagma e obbligazioni in Aristote », *Atti II° Seminario gardesano*, Milan, 1990, pp. 11-35). Aristote l'utilise pour désigner un lien né d'une convention (« ekousia synallagma » = vente, prêt, engagement, etc.) ou d'un délit (« akousia synallagma » = vol, empoisonnement, adultère, violence, homicide, etc.). Mais son emploi demeure peu fréquent. A la différence des Romains, les Grecs ne parvinrent pas à dégager un concept abstrait de l'obligation (v. Jean Gaudemet, *Droit privé romain*, 2e éd., op. cit., pp. 254-255).

Bien qu'imaginé pour une autre économie, celle de l'Antiquité romaine, le domaine des obligations suit parfaitement les méandres des mutations du monde moderne. Ayant simplement pour objet le règlement d'intérêts pécuniaires, il s'adapte sans difficulté aux évolutions de la vie commerciale. Les progrès de la volonté et de l'individualisme, aux XVIIe-XVIIIe siècles, contribuèrent à ce rapprochement avec notamment le développement des sociétés et le renforcement de l'activité contractuelle.

B. - Incidences de l'économie sur le droit

La politique économique, le machinisme, le progrès technique qui vont marquer la transformation de la société au milieu du XIXe siècle trouveront immédiatement leur traduction dans les relations juridiques. Les besoins plus nombreux multiplient les échanges, ils imposent une plus grande souplesse dans les relations contractuelles et donc une législation mieux adaptée. Le développement du crédit, également, entraîne une augmentation du nombre des contrats : il favorise la spéculation boursière et les placements de la petite bourgeoisie (obligations passées devant notaire, billets souscrits par des particuliers). Durant la seconde moitié du XIXe siècle, la terre cessant progressivement d'être une forme privilégiée de placement, les valeurs mobilières (titres, actions) occuperont une part de plus en plus importante de la fortune des particuliers (v. Jean Hilaire, *Introduction historique du droit commercial*, P.U.F., Paris, 1986 ; Romuald Szramkiewicz, *Histoire du droit des affaires*, Montchrestien, Paris, 1989 ; Henri Legohérel, *L'économie des temps modernes*, coll. Que sais-je ?, P.U.F., Paris, 1991 ; Jean-Louis Gazzaniga, *Introduction historique..*, op. cit., n° 75, pp. 89-91).

Avant la Révolution de 1789, la terre constituait le principal outil, la principale source de richesse, la grande valeur de placement. Elle était, par essence, instrument de production. Mais en prescrivant le partage égal entre les enfants (art. 1er du décret des 8 et 15 avril 1791), comme l'écrit Balzac la législation révolutionnaire fit un peu figure de « machine à hacher le sol ». Peu à peu, l'on assiste ainsi à une dévalorisation des biens immobiliers. Le nombre des cotes foncières passa de 9.000.000, en 1815, à plus de 13.000.000 en 1881 : soit une augmentation de 46 %. D'où un glissement progressif du centre d'intérêt des biens immobiliers vers les valeurs mobilières.

Durant la révolution industrielle, les valeurs mobilières occupent une place de premier plan. La stabilité monétaire favorise la thésaurisation et permet la formation des capitaux nécessaires au développement des entreprises : des sommes considérables vont ainsi être réunies pour créer les usines, les grands magasins, exploiter les découvertes scientifiques, ouvrir des mines, etc. Entre 1780 et 1880, la production industrielle augmente de 2,3 % par an. En moyenne, elle triple de 1830 à 1870 pour la production du charbon, fer, coton. Pour l'ensemble des Français, cependant, les valeurs mobilières ne prennent une part relativement importante dans la valeur totale des patrimoines qu'après 1870. L'évolution a été beaucoup plus précoce dans la bourgeoisie et dans les grandes villes (Paris, Lyon, Lille...). A Lyon, par exemple, la progression des placements boursiers devient particulièrement visible dès le Second Empire : en 1869, le portefeuille des cadres et professions libérales se compose d'actions pour les deux tiers (v. Jacques Ellul, *Histoire des institutions*, t. 5, *Le XIXe siècle*, 6e éd., coll. Thémis sciences politiques, P.U.F., Paris, 1969, p. 211 et suiv. ; Adeline Daumard, « Progrès et prise de conscience des classes moyennes », dans *Histoire économique et sociale de la France* de Fernand Braudel et Ernest Labrousse, rééd., coll. Quadrige, P.U.F., Paris, 1993, t. 3, pp. 913-915).

Par ailleurs, l'influence du machinisme et les progrès de l'industrialisation jouèrent un rôle important sur le développement du droit de la responsabilité. Face à la multiplication des accidents du travail, les tribunaux usèrent de leur pouvoir d'appréciation pour qualifier certains faits dommageables de fautifs, même en l'absence de manquement à une obligation quelconque. Il en fut de même, au début du XXe siècle, dans les accidents de la circulation (Code civ., art. 1384-1°). Le législateur et la jurisprudence essayèrent progressivement de substituer le risque à la faute (v. Louis Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. 2, *Théorie générale des obligations*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1930, n°s 556-558, pp. 270-273 ; Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 3e éd., Paris, L.G.D.J., 1949, n°s 1046 et suiv., pp. 362 et suiv.).

Sur le morcellement de la propriété foncière.- V. les études de Robert Laurent, « Tradition et progrès : le secteur agricole », *Histoire économique et sociale de la France*, op. cit., t. 3, pp. 632-636 ; Jean-Léopold Cot, *Dictionnaire de la législation des États Sardes*, 2e éd., Chambéry, 1841, t. 3, p. 2204 ; Ambroise Colin, « Le droit de succession dans le Code civil », *Le Code civil, 1804-1904..*, op. cit., t. 1, pp. 297 et suiv. ; Geneviève Pignarre, « L'effet pervers des lois », *Revue de la Recherche Juridique, droit prospectif*, 1994-4, n° XIX-59, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, pp. 1 et suiv. ; Yves Lassard, *La condition juridique de la femme mariée en Savoie Propre de 1782 à 1882*, thèse droit, Grenoble, 1991, pp. 27-29 et 81-82. Pour un contre-exemple, on se reportera à l'article de Jérôme Ferrand, « Les stratégies successorales dauphinoises à l'épreuve de la législation révolutionnaire ou l'impossible régénération des mœurs par la loi », dans la *Revue Historique de Droit français et étranger*, 3, 2001, pp. 306-314.

III. - Divisions chronologiques de l'histoire du droit romain

L'histoire, particulièrement riche, de la civilisation romaine couvre une très longue période d'environ vingt deux siècles, depuis la fondation de Rome, en 753 avant notre ère, jusqu'à la chute définitive de l'Empire byzantin, en 1453. Durant cette période, nous assistons au développement des institutions juridiques romaines : d'abord à la naissance d'un droit encore imparfait et archaïque, né de la fusion des coutumes des diverses peuplades qui ont contribué à la fondation de la cité romaine, puis à la formation d'une science juridique, contenue pour l'essentiel dans l'oeuvre de Justinien (482-565), dont l'influence se fera sentir en Europe jusqu'au XIXe siècle. Il ne suffit donc pas d'étudier le droit romain en lui-même : il faut en suivre la trace jusqu'à nos jours, afin de permettre une meilleure compréhension du droit français actuel et des nombreux droits étrangers qui ont hérité des principes romains en matière d'obligations.

Traditionnellement, on distingue trois grandes étapes dans l'évolution du droit romain : période du droit ancien ou archaïque, des origines de Rome à la fin de la troisième guerre punique (chapitre 1) ; période classique, de la fin de la troisième guerre punique à l'avènement de Dioclétien (chapitre 2) ; période du Bas-Empire et du droit byzantin, de l'avènement de Dioclétien à la prise de Constantinople par les Turcs (chapitre 3). En Occident, après une période de décadence, du Ve au XIe siècle, se produit une véritable renaissance du droit romain ; l'étude de l'oeuvre de Justinien renouvellera dans toute l'Europe la connaissance du droit : c'est la renaissance bolonaise ou irnérienne, dont les conséquences pour le droit français vont être considérables dans le Nord comme dans le Midi (chapitre 4). La France sera désormais divisée en pays de coutumes et en pays de droit écrit (ou de droit romain).

Sur l'Histoire romaine.- Pour d'excellentes vues d'ensemble, on retiendra les ouvrages généraux de Theodor Mommsen, *Histoire romaine*, Paris, 1864-1889, 11 vol., rééd., Laffont, 1985, 2 vol. ; Louis Halphen et Philippe Sagnac, coll. Peuples et civilisations, *Histoire romaine*, 2 vol. par Piganiol et Albertini, Librairie Félix Alcan, Paris, 1927-1929 ; Gustave Glotz, dans *l'Histoire générale : Histoire romaine* en 4 tomes (6 vol.) par Pais, Bayet, Bloch, Carcopino, Homo, Besnier et Piganiol, P.U.F., Paris, 1927-1952 ; Léon Homo, *Les institutions politiques romaines de la Cité à l'État*, coll. L'évolution de l'Humanité (n° 18), Albin Michel, Paris, 1933 ; Léon Homo, *L'Italie primitive et les débuts de l'impérialisme romain*, coll. L'évolution de l'Humanité (n° 16), Albin Michel, Paris, 1938 ; André Piganiol, *Histoire de Rome*, coll. Clio, P.U.F., Paris, 1939, rééd. 1949, 1954 et 1962 ; Léon Homo, *Nouvelle Histoire romaine*, coll. Grandes Études Historiques, Fayard, Paris, 1943, mise à jour, 1969 ; Ernst Kornemann, *Römische*

Geschichte, 1938-1939, 2 vol., rééd., Stuttgart, 1971 ; *Cambridge Ancient History*, 1923-1998, 13 vol. ; Luigi Pareti, *Storia di Roma e del mondo romano*, U.T.E.T., Turin, 1952-1961, 6 vol. ; Marcel Bordet, *Précis d'histoire romaine*, 3e éd., coll. U Histoire ancienne, Armand Colin, Paris, 1998 ; Marcel Le Glay, Jean-Louis Voisin et Yann Le Bohec, *Histoire romaine*, 6e éd., Paris, P.U.F., 1999 ; Claude Nicolet, *Rome et la conquête du monde méditerranéen*, coll. Nouvelle Clio, P.U.F., Paris : t. 1, *Les structures de l'Italie romaine*, 10e éd., 2001 ; t. 2, *Genèse d'un empire*, 6e éd., 2001 ; Heinz Bellen, *Grundzüge der römischen Geschichte*, W.B.G., Darmstadt, 1998, 2 vol. ; François Hinard, *Histoire romaine*, t. 1, *Des origines à Auguste*, Fayard, Paris, 2000. On peut également se reporter à la bibliographie de Jacques Poucet, sur le site de l'Université catholique de Louvain (Belgique).

Chapitre 1. - Droit ancien ou archaïque

La période dite « archaïque » commence en 753, date légendaire de la fondation de Rome par Romulus, lors de la création des premières colonies latines (*septimontium*), sur les monts Albains, à 20 kilomètres au Sud-Est de Rome (v. André Piganiol, *Essai sur les origines de Rome*, Paris, 1917, École française de Rome, fasc. 110 ; Jacques Poucet, *Les origines de Rome*, Tradition et histoire, Bruxelles, 1985, 360 p.). Elle englobe à la fois la période de la Royauté, jusqu'au VIe siècle, et une grande partie de celle de la République, de 509 à 134.

A la fin du VIIe siècle et au début du VIe, les Grecs mènent une vaste offensive colonisatrice dans le bassin occidental de la Méditerranée ; les Phocéens fondent Marseille qui devient, en concurrence avec Syracuse, le grand centre politique et commercial de l'hellénisme occidental. Pour contrer cette menée expansionniste, et briser le cercle qui menace de les étouffer, les Étrusques fédèrent l'Italie où ils introduisent une brillante civilisation : ils y développent l'architecture de pierre, les techniques du drainage et de l'irrigation, l'agriculture, le commerce et l'industrie. Rome cesse alors d'être une agglomération de villages pour devenir une véritable ville.

Sur le régime politique instauré par les Étrusques nous ignorons l'essentiel, en dehors de l'existence de rois étrusques à Rome dans la seconde partie du VIIe siècle et au cours du VIe. La tradition donne trois noms de rois, reliés entre eux par parenté naturelle ou artificielle : Tarquin l'Ancien (616 - 578), fils d'un aristocrate émigré de Corinthe et d'une Étrusque, qui ordonna la construction du forum et l'installation des premiers égouts ; Servius Tullius (578 - 534), ancien chef de bande, latin semble-t-il, qui entoura le réduit de la cité d'une enceinte ; et enfin Tarquin le Superbe (534 - 509), qui fit édifier le temple de Jupiter Capitolin.

Les historiens anciens expliquent la chute de la monarchie par la politique belliqueuse du dernier roi, celui que la tradition désigne sous le nom de Tarquin le Superbe ; de royauté militaire, la monarchie étrusque serait devenue tyrannie au sens complet du terme. Tarquin se serait emparé du pouvoir par la force, en faisant périr son beau-père Servius Tullius. « Avec Servius Tullius, écrit Tite-Live, disparut la royauté à la fois régulière et légitime : *simul justa ac legitima regna occiderunt* » (*Histoire romaine*, I, 48, 7). Rendu méfiant par la conscience de ses crimes, Tarquin vécut sous la protection d'une garde de mercenaires, s'imposant par la terreur, rendant seul des sentences arbitraires, faisant périr des sénateurs, gouvernant au mépris du Sénat (Tite-Live, *Histoire romaine*, I, 59-60). Il aurait été renversé par la Révolution de 509, qui conduisit à la proclamation de la République. Mais il s'agit là de thèmes rhétoriques, inspirés par une idéologie démocratique tardive. Les historiens modernes s'accordent à penser que, très probablement, la chute des rois ne laissa pas immédiatement la place à un régime républicain (v. Santo Mazzarino, *Dalla Monarchia allo stato repubblicano*, Catane, 1945 ; Paul Marius Martin, *L'idée de royauté à Rome*, t. 1,

Des origines au consensus républicain, éd. Adosa, Clermont-Ferrand, 1982, pp. 289-388 ; François Hinard, *Histoire romaine*, t. 1, *Des origines à Auguste*, op. cit., n° 7, p. 124 ; Jean Gaudemet, *Les institutions de l'Antiquité*, 7e éd., coll. Domat droit public, Montchrestien, Paris, 2002, pp. 139 et suiv.).

Le nouveau régime s'appelle *Respublica*, *Res populica* : la chose du *populus* (le *populus* étant l'ensemble de la population, et non pas le peuple au sens social, qui correspond à la *plebs*). Cependant, la chute de la royauté profite surtout à l'aristocratie. Le patriciat, formé d'une quarantaine de *gentes*, en majorité latines (Quincti, Claeli) et sabinés (Claudi, Valeri), met la main sur le gouvernement et établit à la place du Roi, magistrat unique et permanent, des *praetores* (plus tard *Consules*), magistrats annuels et collégiaux d'origine patricienne. Les *gentes* exercent seules le pouvoir, au détriment des familles plébéiennes, issues le plus souvent des quartiers bas de Rome, comme le Vélabre ou l'Aventin, qui ne peuvent accéder aux magistratures nouvelles. D'où la réaction des plébéiens qui, dès la seconde moitié du Ve siècle, vont engager la lutte pour obtenir l'accès aux magistratures. Le combat sera long (Ve-IIIe siècle), mais la plèbe l'emportera (v. Antonio Guarino, *La rivoluzione della plebe*, Naples, 1975, 336 p. ; J.-Cl. Richard, « Les origines de la plèbe romaine. Essai sur la formation du dualisme patricio-plébéien », *École française de Rome*, Rome-Paris, 1978, n° 232, 653 p. ; Mittchell, *Patricians a. Plebeians*, Cornell Univ. Press, 1990 ; André Magdelain, « La plèbe et la noblesse dans la Rome archaïque », *Convergences*, Quimper, 1991, pp. 305-323).

La fin de la période du droit archaïque coïncide avec trois événements de première importance historique : la fin des guerres puniques entre Rome et Carthage, qui eurent notamment pour motif le contrôle de la Sicile (264-146) ; la prise et la destruction de Carthage (146) ; et enfin la réduction de la Grèce en province romaine, après qu'Attale III de Pergame eut légué son royaume à Rome (133). Elle correspond également à l'introduction de la loi *Aebutia* (vers 134), qui généralise un nouveau système de procédure, la procédure dite « formulaire », et marque le début de la période classique, la grande période du droit romain.

Pour examiner les conditions dans lesquelles s'est formé l'ancien droit romain (section 1), il convient d'abord de revenir à l'aube de l'histoire romaine, dans la Rome du Ve siècle, celle des premiers consuls ; puis d'envisager succinctement les rapports entre droit et structure sociale dans la Rome archaïque (section 2).

Section 1. - Origines du droit romain

Un simple regard sur les sources de l'ancien droit romain suffit à déconcerter : on y trouve peu de lois. La loi des XII Tables, la plus célèbre de ce temps, ne comportait guère plus d'une centaine de textes très brefs. Il n'y a donc rien de comparable entre la loi des XII Tables et les deux mille deux cent quatre-vingt-un articles de notre Code civil. Ce faible développement de la théorie juridique s'explique en partie par l'inculture de la population romaine.

La publication de la loi des XII Tables (§ 1), au milieu du Ve siècle avant Jésus-Christ, eut notamment pour effet le renforcement de la procédure dite des « actions de la loi » (§ 2).

§ 1. - *La loi des XII Tables*

Les prêtres de la religion romaine (pontifes), choisis parmi les patriciens, détenaient à l'origine le monopole du droit. C'est à eux que l'on s'adressait avant de saisir la justice, afin de connaître la loi, encore non écrite semble-t-il. Mais depuis l'instauration de la République les plébéiens protestent contre cette

situation de monopole. Vers 493, après avoir fait sécession, ils se retirent sur le mont Sacré, petite colline située à quatre kilomètres et demi au Nord-Ouest de Rome, sur la rive droite de l'Anio, près de la voie Nomentane. L'insurrection s'achève par un traité (*foedus*) entre patriciens et plébéiens. Si celui-ci ne reconnaît pas davantage de droits aux plébéiens, il leur attribue des défenseurs, les Tribuns (*Tribuni plebis*), qui peuvent opposer leur volonté à toute décision nuisible à la plèbe. D'après la tradition, deux tribuns furent créés en 491, puis quatre en 471, et enfin dix en 457 (v. Jean-Louis Halpérin, « Tribunat de la plèbe et haute plèbe, 493-218 av. J.-C. », *Revue Historique de Droit français et étranger*, 2, 1984, pp. 161-181).

Les historiens romains présentent la loi des XII Tables comme le résultat principal du conflit entre plébéiens et patriciens. Selon Tite-Live, les plébéiens se plaignaient de ne pas avoir de droits, et de l'attitude des magistrats qui pouvaient agir de façon arbitraire. Aussi, en 462, le Tribun Terentilius Harsa proposa-t-il de nommer cinq hommes pour préparer un ensemble de lois afin de limiter l'*Imperium* (le pouvoir suprême) des consuls. Toutefois les patriciens s'opposèrent à cette mesure. Après des années de conflit le Sénat proposa de faire rédiger un code commun aux plébéiens et aux patriciens. D'après l'historien grec Denys d'Halicarnasse (*Archéologie romaine*, X, 52, 54), trois commissaires furent envoyés à Athènes et dans les villes grecques, chargés d'en rapporter des modèles de lois, celles de Solon et Lycurgue notamment (455). En réalité, malgré d'apparentes ressemblances, l'influence grecque semble à peu près nulle. Seule la règle d'après laquelle la propriété d'une chose vendue n'est transmise qu'après le paiement du prix pourrait être d'origine grecque (v. Michèle Ducos, *L'influence grecque sur la loi des XII Tables*, Paris, 1978 ; Michel Humbert, « Les XII Tables, une codification ? », *Droits*, 27, 1998, pp. 87-111 ; Remo Martini, « XII Tavole e diritto greco », *Labeo*, 45, 1, 1999, pp. 20-37).

Le jurisconsulte Pomponius (IIe s. ap. J.-C.) rapporte qu'en 450 une commission de 10 membres, les décemvirs, composa dix lois qu'elle fit graver sur des tables d'ivoire, disposées à la vue de tous en plein forum (place de Rome, située entre le Capitole et le Palatin, où le peuple s'assemblait pour discuter des affaires publiques). L'année suivante, une seconde commission en ajouta deux. Ainsi seraient nées les XII Tables. Détruites lors de la prise de Rome par les Gaulois (387 av. J.-C.), le texte se trouva ensuite reconstitué et à nouveau affiché. Cicéron explique qu'au Ier siècle avant Jésus-Christ les enfants l'apprenaient encore par cœur dans les écoles. Sa diffusion fut assurée dans tout l'Empire, même à une époque tardive : d'après saint Cyprien, on le trouvait au Forum de Carthage en 254.

La loi des XII Tables vise à la fois la sphère des intérêts collectifs et le domaine des relations privées : procédure, droit familial, droits réels, droit des obligations, droit successoral, délits privés et publics. Il s'agit d'une loi commune, appliquée de la même manière à tous les citoyens, plébéiens et patriciens. Elle représente la première codification du droit romain. Cependant, elle ne nous a pas été transmise intégralement. En subsistent uniquement quelques citations faites par des juristes, avocats et grammairiens (Aulu-Gelle, Sextus Aelius Paetus Catus, Labéon, Gaius, etc.).

Sur l'histoire des XII Tables.- V. L'*Histoire romaine* de Tite-Live, II, III & VI ; Heinrich Dirksen, *Übersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf-Tafeln-fragmente*, Leipzig, 1824 ; William Smith, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, Londres, 1875 ; M. Voigt, *Die XII Tafeln*, Leipzig, 1883 ; Paul Frédéric Girard, « L'Histoire des XII Tables », *Nouvelle Revue Historique de Droit français et étranger*, 1902, pp. 381-436, et « La loi des XII Tables », *Leçons faites à l'Université de Londres en mai 1913*, Londres, 1914 ; F. D'Ippolito, *Questioni decemvirali*, Naples, 1993 ; Jean Gaudemet, *Les institutions de l'Antiquité*, 7e éd., op. cit., pp. 226-229.

§ 2. - Les actions de la loi

Au début de l'époque républicaine, les magistrats supérieurs (consuls, préteur, tribuns consulaires) reçurent la charge d'organiser les procès. Puis, au IV^e siècle, l'administration de la justice passa entre les mains d'un nouveau magistrat, le préteur urbain, dont la compétence s'étendait en principe à tout le territoire italique rattaché à Rome (367). Mais cette charge étant particulièrement lourde, au préteur urbain s'ajouta le préteur pérégrin (*praetor peregrinus*) chargé des procès entre pérégrins (étrangers) et sans doute aussi entre pérégrins et citoyens (242). Homme politique plus que juriste, ne disposant pas toujours d'une connaissance suffisante du droit, le magistrat s'entoure de conseillers qu'il choisit comme il l'entend.

L'organisation de la justice repose sur le principe de la séparation entre le magistrat et le juge, à laquelle correspond une division du procès en deux phases : une première phase d'organisation de l'instance devant le préteur (*in jure*) ; une seconde phase où le juge, désigné par le magistrat, examine les faits et les preuves (*apud judicem*). On appelle cette division l'*ordo* (*ordo judiciorum privatorum*).

Du Ve siècle au milieu du II^e siècle, tous les procès doivent être jugés selon une procédure dite des actions de la loi (*legis actio*). Cette procédure, créée à partir de rituels très anciens, reproduit les paroles même de la loi : à l'instar de notre système pénal, les plaideurs ne peuvent utiliser que les actions reconnues expressément par la loi. Il s'agit par conséquent d'une procédure légale.

La procédure des actions de la loi est également formaliste. Pour intenter un quelconque procès, les formes fixées par la loi doivent être scrupuleusement observées. Toute erreur de mot, toute modification des gestes rituels emportent aussitôt la nullité de la procédure et la perte du procès. Le jurisconsulte Gaius rapporte le cas des arbres coupés à tort : la victime a le droit de saisir la justice puisque la loi prévoit une action dite des arbres coupés (*arborum succisio*), mais durant cette procédure elle doit impérativement prononcer le mot arbre sous peine de nullité. Il arrive également que le demandeur soit contraint d'exécuter certains gestes : lorsque par exemple un propriétaire veut reprendre son esclave à un voleur, il doit amener l'esclave au tribunal et poser une baguette sur sa tête en signe de propriété.

Dans la phase *in jure* de l'action de la loi, la représentation n'est pas admise et pas davantage la procédure par défaut : le demandeur doit saisir le défendeur par ses propres moyens et l'amener devant le magistrat. Si le défendeur résiste, après avoir pris des témoins le demandeur peut se saisir de lui pour l'obliger à comparaître. Mais si le défendeur est faible, malade ou infirme, un chariot ou un véhicule couvert doit obligatoirement être mis à sa disposition. Cette phase s'achève, après le prononcé de la formule rituelle, par la *litis contestatio* : si le défendeur n'a pas reconnu ses torts, le procès est définitivement lié. Les parties doivent alors s'entendre sur le choix d'un juge (v. A. Biscardi, « La *litiscontestatio* du procès pénal », *Revue internationale des droits de l'antiquité*, Bruxelles, 7, 1960, pp. 307 et suiv.).

Le surlendemain de sa nomination, le juge se rend au forum afin d'y rencontrer les plaideurs. Si l'un des deux est absent, l'autre gagne alors son procès. Les parties exposent leurs prétentions, puis viennent les plaidoiries de leurs avocats et enfin l'étude des preuves. A l'origine le juge rendait la sentence le jour même. Mais la complexité croissante des affaires amena ensuite un allongement de la phase *apud judicem*.

Sur la procédure des actions de la loi.- V. Pierre Noailles, « Vindicta », *Revue Historique de Droit français et étranger*, 1940-1941, pp. 1-57 ; Henri Lévy-Bruhl, *Recherches sur les actions de la loi*, Recueil Sirey, Paris, 1960 ; Jean-Philippe

Lévy, « Le problème des ordalies en droit romain », *Studi in onore di Pietro de Francisci*, Milan, 1956, 2, pp. 409-434 ; Geoffrey Mac Cormack, « Formalism, Symbolism and magic in Early Roman Law », *Tijdschrift voor Rechts-geschiedenis*, 37, Haarlem-Bruxelles, 1969, pp. 439-468 ; Salvatore Tondo, « La semantica di *sacramentum* nella sfera giuridiziale », *Studia et Documenta Historiae Iuris*, Rome, 35, 1969, pp. 249-339 ; André Magdelain, « Quirinus et le droit (*spolia opima, ius fetiale, ius quirinum*) », *M.E.F.R.A.*, 96, 1984, pp. 195-237, et *Ius Imperium Auctoritas, École française de Rome*, n° 133, 1990, pp. 229-269 ; Jean Gaudemet, *Les institutions de l'Antiquité*, 7e éd., op. cit., pp. 229-269.

Section 2. - Condition juridique et sociale des Romains

Rome s'est constituée à l'origine par une réunion de tribus. Pendant la période royale, le peuple comporte trois tribus d'origines ethniques différentes : Ramnes (Romains), Luceres (Etrusques), et enfin Tities (Sabins). Chaque tribu se divise elle-même en *gens*, agrégat de différentes familles dont tous les membres sont censés descendre par les mâles d'un ancêtre commun, historique ou mythique (la famille aristocratique des Julius, à laquelle appartient César, faisait remonter son origine à la déesse Vénus). Chaque famille, dominée par un *pater familias* (le mot *pater* ne veut pas dire « père » mais « chef »), se soumet à la discipline commune. Mais à partir du IVe siècle, au fur et à mesure de la croissance de Rome, la Ville tendit à détruire la *gens* : avec l'accroissement des Pouvoirs publics, la *gens* n'eut bientôt plus de pouvoir politique ; elle se dispersa progressivement en donnant la liberté aux groupes qui la composaient.

La famille romaine (*familia*), également appelée *domus*, ne correspond pas à la famille moderne, car elle n'est pas fondée sur la parenté naturelle ou par le sang ; ce qui relie les membres de la famille les uns aux autres, c'est un lien juridique, et non pas naturel. Chaque *pater familias* dispose d'une maîtrise complète et exclusive sur son domaine (§ 1) et sur les membres de sa famille (§ 2). Du point de vue du droit civil, devant le préteur, et en justice, il est le maître.

§ 1. - *De la propriété collective à la propriété privée*

À l'origine, le système gentilice se rattache à une organisation agraire : un carré de 710 mètres de côté formait une « centurie » de deux cents *jugéra* (1 *jugérum* = environ un quart d'hectare), destinée à recevoir cent familles ; la limitation de ces centuries, véritables cellules de l'organisation agraire, accompagnait les progrès de la conquête. La richesse est alors surtout pastorale : le mot latin *pecunia*, qui la désigne, vient lui-même de *pecus*, qui signifie troupeau. Les terres étant de valeur médiocre pour la culture, les Romains réservaient celles-ci à l'élevage. La tradition date du milieu du Ve siècle la loi qui fixait une équivalence entre la valeur du bétail et un poids de bronze (*lex Menenia Sestia*, 452).

Peu à peu, le principe de la propriété collective des terres laissa la place à la propriété privée : on détacha d'abord du domaine commun un lot de deux *jugéra* pour chaque *pater familias*, maison et jardin, destiné à la nourriture des siens ; puis, par désuétude, chaque lot se consolida aux mains des *patres familias* qui, héréditairement, le cultivaient ; d'où l'appropriation insensible et définitive de ce sol. Mais la terre ne pouvait sortir de la *gens* : si les agnats (descendants d'une même souche masculine) manquaient, l'hérédité revenait aux *gentiles*. Deux fois par an se faisait la désignation des héritiers, devant tout le peuple dans les Comices curiates.

Une fraction considérable des terres était concédée à titre précaire à des

clients, qui se plaçaient sous le patronage des *gentiles*, qualifiés de *patricii* (patriciens). Le client recevait une terre, et la *gens* y gagnait un cultivateur. De sorte qu'une consolidation graduelle s'opéra de même au profit des familles clientes. Elle aboutit à la constitution d'une plèbe agricole qui fut longtemps la réserve des armées romaines. Patriciens et clients cultivaient leurs terres avec l'aide de leurs enfants et de leurs esclaves. Les clients devaient, en outre, des corvées.

§ 2. - Les pouvoirs du pater

Les impératifs pratiques d'une économie à peu près exclusivement agricole imposent une stricte discipline à l'intérieur de chaque maison, de chaque domaine. Aussi le *pater familias* jouit-il d'un pouvoir pratiquement absolu sur les membres de sa famille : esclaves, femmes, enfants (enfants soumis à sa tutelle ou qui lui ont été vendus comme ouvriers). De la puissance dominicale (*dominica potestas*), exercée sans restriction aucune sur les esclaves, prisonniers de guerre essentiellement, se distinguent la puissance paternelle sur les enfants (*patria potestas*), et l'autorité maritale sur la femme mariée (*manus*). Mais à partir du Ve siècle, l'usage admet de moins en moins que le père puisse frapper cruellement, mettre à mort, ou même vendre ses enfants, à plus forte raison sa femme.

Le *pater familias* dispose enfin d'un pouvoir sur des hommes étrangers à sa famille, d'autres *pater familias*, devenus débiteurs à la suite d'un acte licite ou illicite. Le créancier non satisfait peut, dans les limites fixées par la procédure, aller jusqu'à mettre à mort son débiteur ; s'il y a plusieurs créanciers, dit une loi des Tables, le cadavre doit être divisé en morceaux, *partis secanto* (XII Tables, 3). Mais il incombe au droit de la cité de protéger la liberté du défendeur, car il ne faudrait pas que l'on puisse attaquer un citoyen romain sans motif légitime. S'agissant des actes illicites, seuls les cas prévus dans les XII Tables permettent d'intenter une action en justice, comme par exemple les diverses variétés de vol (*furtum*), la violence grave entraînant une fracture (*os fractum*), une blessure (*membrum ruptum*), ou encore le dommage exercé en coupant les arbres d'autrui (*arbores succisae*). Pour chacun de ces actes la loi détermine avec précision le montant de la créance octroyée à la victime. Durant cette période, le *pater familias* détient seul la capacité juridique : épouses, fils, filles et esclaves sont alors exclus.

Un tel système ne peut nous apparaître que singulièrement archaïque. Tant de rigueur envers les personnes, membres de la famille ou débiteurs, nous choque, et suppose peu d'humanité. Et pourtant certains germes et certaines qualités du droit moderne sont déjà présents dans l'ancienne Rome ; qu'il s'agisse de la *liberté*, consistant pour chaque père de famille à posséder une sphère d'activité indépendante, ou de l'existence d'un droit précis, le *jus civile quiritorium*, qui vise à limiter l'arbitraire du juge. Par ses traits fondamentaux donc, l'ancien droit quiritaire a effectivement posé quelques bases de notre civilisation.

Chapitre 2. - Droit classique

Durant la période précédente, les années 509-500 ont marqué une rupture très nette dans l'histoire des institutions avec l'établissement de la *Respublica*. Autre coupure précise, en 134 éclate une crise sociale et politique liée au passage de la *civitas* à l'État. Cette nouvelle période, marquée par une transformation du droit (due notamment à l'hellénisation), couvre la fin de la République, jusqu'en 27 avant Jésus-Christ, et le Haut empire, de 27 à 284 ; elle s'achève avec Dioclétien et l'avènement de Constantin, le premier des

empereurs chrétiens.

Au III^e siècle la stabilité du régime républicain repose avant tout sur l'équilibre des institutions et l'harmonie des classes. Le gouvernement se trouve aux mains d'une aristocratie, la noblesse sénatoriale, appuyée à la fois par les chevaliers et par la masse des classes moyennes, composée essentiellement de petits propriétaires ruraux. Or dès la fin du III^e siècle une bonne partie de la classe moyenne se retrouve ruinée, situation encore aggravée les années suivantes pour des raisons à la fois militaires et économiques.

D'une part en effet les guerres se succèdent à peu près sans interruption (conquête de l'Italie, guerres gauloises, guerres puniques, guerres d'Espagne, etc.) et frappent durement la classe moyenne. A Cannes, dans l'actuelle province de Bari, en Italie, près de 50.000 hommes perdirent la vie face aux troupes d'Hannibal (216). Le lieu de cette bataille est encore appelé *Campo di Sangue*. De plus, ceux qui ne périssaient pas restaient retenus fort longtemps loin de leurs foyers : la durée légale du service dans l'armée active concernait les *juniores* de 17 à 46 ans, soit 29 années ; à 46 ans, les *seniores* passaient dans la réserve jusqu'à 60 ans, d'où une forte déperdition de main-d'oeuvre (Tite-Live, *Histoire romaine*, XLII, 34).

D'autre part le contexte économique a eu lui aussi un impact non négligeable, notamment avec le développement de la grande propriété en Italie, essentiellement pays de petite propriété avant son unification par Rome. La conquête, suivie de la confiscation totale ou partielle des terres des vaincus, eut pour résultat direct la formation d'un grand domaine public aux mains de l'État. A cette première cause vient s'ajouter la transformation de l'agriculture. L'Italie avait été de tout temps une terre à blé, produit essentiel dans l'alimentation du romain (à Rome, un million d'habitants consomme environ 1.500 tonnes de blé chaque jour). Or soucieux de maintenir les prix aussi bas que possible, le gouvernement favorisa l'importation du blé étranger, provoquant la ruine d'un grand nombre de petits exploitants et le développement des grands domaines. De nombreux petits propriétaires durent alors se réfugier à Rome où la plupart d'entre eux vécurent d'expédients (Salluste, *Guerre de Jugurtha*, XLI, 8-9 ; Horace, *Odes*, II, 18, 23-28 ; Varron, *De re rustica*, II, Pr. 3 ; on peut également consulter Léon Homo, *Les Institutions politiques romaines...*, op. cit., pp. 114-122 ; Louis Harmand, *Société et économie de la République romaine*, coll. U2, Armand Colin, Paris, 1976, 2^e éd. 1993).

On observe également d'importantes transformations sociales, résultant notamment de l'appauvrissement d'une partie du patriciat. Depuis 219 il était interdit aux Sénateurs et à leurs fils (patriciens) de faire du commerce maritime, ce qui revenait à exclure le patriciat du monde des affaires. D'où l'enrichissement de certains plébéiens, qui dès lors chercheront à accaparer le pouvoir. Entre grandes familles patriciennes et plébéiens riches s'opère alors un rapprochement. Des intérêts communs, des mariages mixtes favorisent l'apparition d'une aristocratie nouvelle, la noblesse patricio-plebéienne : la *nobilitas*. L'afflux à Rome des richesses, provenant des conquêtes, favorise le développement des sociétés commerciales : sociétés de banquiers (*argentarii*), chargées du change des monnaies, qui prêtent à intérêt, pratiquent l'usure, reçoivent des dépôts, recouvrent les créances des commerces, se chargent des ventes aux enchères, etc. ; sociétés de marchands d'esclaves (*venaliciarii*) pour fournir une main-d'oeuvre bon marché ; les entreprises de commerce étant souvent gérées par les esclaves ou les navires confiés à des esclaves. Toutes ces transformations conduiront à une multiplication des contrats : contrat de transport, d'affrètement, prêt à la grosse aventure. La préoccupation prioritaire désormais ne consiste plus à produire mais à savoir comment placer son argent avec le meilleur rapport.

Les troubles sociaux, les révoltes et guerres engendrées par la crise agraire (134-122), contribuèrent largement à perdre la République. Mais d'un point de vue politique la loi Gabinia (67) en favorisa tout particulièrement la

désagrégation : elle accordait à Pompée -général et homme d'État- un *imperium* de trois ans, transformé ensuite en *imperium infinitum* avec pouvoirs illimités. Après le meurtre de César (massacré en plein Sénat de 23 coups de poignard, en 44), son neveu Octavien prit le nom d'Auguste et gouverna sous le titre d'*imperator* (27). Probablement empoisonné par sa femme Livie (29 août 14 de J.-C.), il mourût assassiné comme neuf des douze Césars appelés à lui succéder ; le dernier fut Domitien, poignardé à l'âge de 35 ans, en 96 (v. Suétone, *Les vies des douze Césars empereurs romains*).

Dans le domaine juridique la période classique se caractérise par un progrès du droit romain (section 1), la naissance de la théorie du droit, et l'influence de la philosophie grecque (section 2).

Section 1. - Progrès du droit romain

Dans tous les domaines la période classique connaît un puissant essor intellectuel amplement favorisé par l'influence de la Grèce (annexée en 129). L'affinement général de l'intelligence devait porter ses fruits dans l'art du droit. Sous l'inspiration des stoïciens, les Romains comprennent qu'en définitive le droit doit avoir pour objectif le bien-être des hommes, leur prospérité, leur bonne entente, en s'appuyant sur quelques grands principes essentiels ; maintenir entre les citoyens une certaine égalité, proportionnelle aux qualités et à l'importance de chacun ; promouvoir le respect de la parole donnée, le culte de la bonne foi, l'humanité... L'empereur Marc Aurèle a largement contribué à la diffusion du stoïcisme en Occident (*Les Pensées*). Il meurt le 17 mars 180, empoisonné par ses médecins sur l'ordre de son fils Commode (emp. de 180 à 192).

Pour mettre en oeuvre ces principes idéaux d'équité et de bonne organisation sociale, encore fallait-il aménager une procédure susceptible de fonctionner d'une manière utile et équitable (§ 1). Rome disposait également d'une classe de jurisconsultes, élite dont l'avis faisait autorité, pour guider les plaideurs et donner aux juges comme aux magistrats les réponses dont ils avaient besoin (§ 2).

§ 1. - La procédure formulaire

L'organisation judiciaire n'a pas subi de profondes transformations par rapport à l'époque ancienne. Le plaideur dirige toujours la procédure : il appelle en justice son adversaire, conduit l'action contre lui et poursuit personnellement l'exécution de la sentence. Car la justice de ce temps demeure embryonnaire.

Le préteur tient son tribunal sur le Forum, où à partir d'une certaine époque eurent lieu les procès. Ses responsabilités consistent à : surveiller les actes du plaideur ; vérifier si ce dernier se conforme aux règles de la procédure ; imposer le recours à un arbitre, juge privé du droit romain. Mais une innovation consistant à abandonner les anciennes formules orales va désormais faciliter la pratique du droit.

Jadis les prétentions des plaideurs s'exprimaient obligatoirement dans l'une des formules orales reconnues par l'usage judiciaire. Après la loi Aebutia (vers 134) les formules écrites viennent remplacer les formules orales. On attribue ce changement aux *pérégrins*, étrangers (Italiens, Asiatiques, Hellènes) qui peuplaient la ville de Rome et trafiquaient avec les Romains sur le marché de la capitale. Ceux-ci en effet, lorsque se produisait un litige, venaient trouver le préteur. Or celui-ci se trouvait dans l'impossibilité d'organiser le procès dans la mesure où les règles en vigueur s'appliquaient exclusivement aux citoyens romains. Il régla donc la situation en supprimant les formalités archaïques et s'inspira même des coutumes pérégrines pour aller au-delà des cas prévus par

les *legis actio*. Toutefois, ces dernières ne disparurent pas immédiatement. Leur suppression partielle intervint avec la loi Julia (vers 17 av. J.-C.), mais elles seront encore utilisées devant les tribunaux des centumvirs. Le préteur utilisa toujours les actions de la loi, qu'il modifia très largement.

Le préteur accueille donc l'étranger à son tribunal (*phase in jure*). Il lui reconnaît, au maximum, les droits reconnus au citoyen romain. Prenons un exemple : un étranger vient à trouver le préteur pour réclamer la chose dont il s'estime propriétaire, qui se trouve entre les mains d'autrui. Ce type d'action étant admis entre citoyens, le pérégrin peut également en bénéficier.

Auparavant le demandeur décidait seul de la comparution du défendeur. Désormais tous deux peuvent s'entendre sur le jour de la comparution. Dans les actions de la loi, le demandeur était dans l'impossibilité de poursuivre le procès lorsqu'il ne trouvait pas le défendeur. Dorénavant, le préteur autorise le demandeur à prendre possession d'un bien du défendeur pour l'obliger à comparaître.

Au terme de la phase *in jure*, le préteur invite les plaideurs à inscrire dans une formule écrite leurs prétentions exactes. Celle-ci comporte l'identité du juge choisi par les parties (nommé ensuite par le magistrat), les arguments de chacun des plaideurs, ainsi que l'autorisation accordée au juge de condamner ou d'absoudre. Une fois la formule au point, le choix devient définitif (*litis contestatio*). Dans la seconde phase du procès (*apud judicem*) le juge ne joue qu'un rôle d'arbitre. Il doit vérifier le fondement des arguments des parties et rendre un jugement équitable. Aussi est-ce le préteur qui dirige réellement le procès. Le droit prétorien et la jurisprudence représentent les sources les plus importantes du droit classique.

Sur la procédure formulaire.- V. André Magdelain, « Gaius IV, 10 et 33. Naissance de la procédure formulaire », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 59, Haarlem-Bruxelles, 1991, pp. 239-257 ; Maxime Lemosse, « Les deux régimes de l'instance *in iure* », *Labeo*, 37, 1991, pp. 297-304 ; J.-J. De Los Mazos Touya, « Le juge romain à l'époque classique », *La conscience du juge*, Paris, 1999, pp. 49-66 ; Jean Gaudemet, *Les institutions de l'Antiquité*, 7e éd., op. cit., pp. 356-385.

§ 2. - Rôle de la Jurisprudence

L'originalité du système judiciaire tient à l'existence d'une classe de jurisconsultes (*jurisconsulti, periti, prudentes*) dont les membres, investis d'une autorité officielle, eurent à Rome une très haute situation sociale, morale et juridique ; la doctrine et les consultations de ces jurisconsultes forment une source directe de droit. Par l'aide qu'ils apportèrent aux particuliers, aux magistrats, aux juges et aux avocats, ils contribuèrent à la formation du droit et facilitèrent sa mise en oeuvre. Plusieurs de ces juristes passèrent à la postérité.

Pomponius (Digeste, 1, 2, 2, 39) cite trois jurisconsultes de la seconde moitié du IIe siècle avant Jésus-Christ, qu'il considère comme les fondateurs du *ius civile* : Marcus Manilius, consul en 149, Junius Brutus, auteur d'un traité en trois livres sur le droit civil, et Publius Mucius Scaevola, consul en 133, et plus tard grand pontife. Ils eurent pour successeurs, à la fin de la République, deux jurisconsultes dont la méthode et les oeuvres renouvelèrent, dit-on, la science du droit : Quintus Mucius Scaevola (consul en 95), le fils de Publius, qui écrivit un traité de droit civil en 18 livres, et Servius Sulpicius (consul en 51), contemporain de César, formé à l'école des philosophes et des grammairiens, à qui l'on doit le premier travail d'ensemble sur le droit civil et le droit prétorien (Digeste, 1, 2, 2, 41-43). Suivirent de nombreux juristes, issus de milieux très divers, qui, durant la période impériale, laissèrent une oeuvre considérable : Papinien, souvent considéré comme le « prince » des jurisconsultes, Paul,

Ulpian, Pomponius, ou encore Modestinus. Ajoutons Gaius, dont la vie reste un mystère. Était-il Grec ou bien romain ? On l'ignore. Dans ses *Institutes* (*Institutionum Commentarii*), un commentaire en quatre livres, il donne une division demeurée classique des obligations. Cet ouvrage deviendra le manuel de référence des juristes romains (v. Raymond Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. 1, 4e éd., Domat-Montchrestien, Paris, 1943, n°s 52-53, pp. 55-59 ; André-Edmond Giffard, *Précis de droit romain*, t. 1, 4e éd., Dalloz, Paris, 1951, n° 85-99, pp. 53-62).

Vers la fin du IV^e siècle avant Jésus-Christ, après une phase dite « ésotérique », durant laquelle le droit avait été tenu secret par les pontifes (seuls les prêtres connaissaient les dates des jours pendant lesquels on pouvait tenter un procès, et les formules rituelles que l'on devait prononcer devant le magistrat), la jurisprudence entre dans une phase dite de « vulgarisation ». Les jurisconsultes entreprennent alors de faire connaître le droit à la population : chaque année on affiche le calendrier judiciaire ; Gnaeus Flavius publie un recueil de formules de procédure, dont les prêtres détenaient jusque-là le monopole (304) ; Tiberius Coruncanius, le premier grand pontife plébéen, donne pour la première fois des consultations de manière publique (254). Puis, au I^{er} siècle de notre ère, après la prise d'Athènes (86) et l'arrivée à Rome des philosophes grecs, débute une phase dite de « systématisation ». Subissant l'influence épicurienne et stoïcienne, les jurisconsultes exposent le droit sous forme didactique ; ils opèrent un classement des matières pour faciliter la tâche aux praticiens et aux théoriciens. Mais entre le III^e et le V^e siècle, la jurisprudence périclité. Elle renaîtra à partir du V^e siècle, dans les écoles d'Orient : Alexandrie, Athènes, Constantinople et Beyrouth (v. Nicole Dockes, *Cours d'Histoire des obligations en droit*, photocopié, Lyon 1972-1973, fascicule I, pp. 6 et suiv.).

Au I^{er} siècle et au début du II^e, durant la phase de systématisation, les jurisconsultes se divisent en deux écoles : les Sabinien et les Proculien. Aujourd'hui encore, il est difficile de savoir ce qui les différencie exactement. D'après une « histoire du droit romain » donnée par l'« Enchiridion » de Pomponius (*Digeste*, 1, 2, 2, 47), l'opposition des Sabinien et des Proculien résiderait dans une divergence de tendances : Capito (consul en 5 apr. J.-C., mort en 32), l'un des fondateurs de l'École sabinienne, aurait été traditionaliste en droit privé et rallié au régime impérial ; Labéon (préteur vers 5 apr. J.-C.), l'un des premiers chefs de l'École proculienne, aurait été novateur, attaché au régime républicain et opposant à l'Empire. Mais cette explication ne satisfait plus aujourd'hui les romanistes, qui font observer que les oppositions doctrinales entre les membres de ces deux écoles sont moins évidentes qu'on ne le disait autrefois. Cette dualité de tendances disparut, semble-t-il, au milieu du II^e siècle, lorsque la création du droit releva davantage de la bureaucratie impériale que de la libre discussion entre juristes (v. E. Stolfi, « Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio », *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, Rome, 63, 1977, pp. 1-106).

Le jurisconsulte, dont le rôle consiste à donner des consultations pour faciliter la mise en œuvre du droit, use dans la pratique d'une méthode empirique : par une interprétation analogique, il compare le cas qui lui est soumis avec telle ou telle solution proposée par un précédent jurisconsulte ; n'ayant pas à donner son avis sur l'ensemble du procès (car c'est du juge que relève la sentence finale), mais seulement sur un point de droit, il s'efforce de produire une règle générale afin que la justice soit égale pour tous ; sans toutefois prétendre à la permanence de la règle : « Toute définition, dit un texte du *Digeste*, est dangereuse en droit civil ; elle prête à être réfutée » (*Digeste*, 50, 16, 203).

Au Bas-Empire furent compilés de vastes recueils des écrits des jurisconsultes, et cette immense littérature aurait aujourd'hui disparu si nous n'avions retrouvé le recueil fait sur l'ordre de Justinien, sous le nom de *Digeste*, qui nous laisse en désordre, et non sans altération, plusieurs milliers de

fragments...

Sur la jurisprudence.- V. Philippe Didier, « Les diverses conceptions du droit naturel à l'oeuvre dans la jurisprudence romaine des II^e et III^e siècles », *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, Rome, 47, 1981, pp. 195-262 ; Franz Wieacker, *Röm. Rechtsgeschichte, Quellenkunde, Rechtsbildung, I, Frühzeit und Republik*, Munich, 1988 ; Vincenzo Scarano Ussani, *L'ars dei giuristi*, Giappichelli, Turin, 1997 ; Claudia Moatti, *La raison de Rome. Naissance de l'esprit critique à l'époque républicaine (II^e-I^{er} s. av. J.-C.)*, Seuil, Paris, 1997, et « Le sens de l'Histoire dans l'interprétation juridique romaine », *Droits*, 30, 19, 2000, pp. 3-14 ; Hans Ankum, « Le juriste romain classique, Ulpus Marcellus », *Mélanges en l'honneur de Cannata*, Bâle, 1999, pp. 115-136 ; Jean Gaudemet, *Les naissances du droit*, coll. Domat droit public, Paris, 2001, pp. 267-293, et *Les institutions de l'Antiquité*, 7^e éd., op. cit., pp. 346-354.

Section 2. - Influence de la philosophie grecque

L'influence de la philosophie grecque sur les juristes romains semble avoir été décisive durant la période classique. Cette empreinte commence à se former dès l'époque de Cicéron, au I^{er} siècle avant Jésus-Christ, mais elle n'atteint sa plénitude qu'au II^e siècle de notre ère. Une distinction doit toutefois être faite entre la doctrine stoïcienne (§ 1) et la philosophie aristotélicienne (§ 2).

§ 1. - La doctrine stoïcienne

Panaetius (180-110) et son disciple Posidonius (vers 135-51), dont la morale se rapproche de celle de Socrate et de Platon, introduisirent le stoïcisme à Rome ; on sait par Cicéron que plusieurs grands jurisconsultes de ses amis avaient suivi les cours de Panaetius. Ce nouveau stoïcisme, ou stoïcisme impérial, marque un retour à l'orthodoxie de l'ancien stoïcisme, celui qu'avait fondé Zénon de Cittium (332-262) vers 300 avant Jésus-Christ (le stoïcisme tire son nom du Portique, lieu d'Athènes où se réunissaient ses adeptes). Le stoïcisme impérial est lié à trois grands noms : Sénèque (+ 65 apr. J.-C.), Épictète (50-130) et l'empereur Marc Aurèle (121-180). Ces trois penseurs, dont les oeuvres nous ont été conservées pour l'essentiel, furent les véritables propagateurs du stoïcisme en Occident.

Les philosophes de l'époque hellénistique, tels Cicéron et son maître Panaetius, exposent la morale dite des « convenables » ou des « devoirs », qui consiste dans l'accomplissement des actions conformes à nos tendances naturelles : tendance à la conservation de soi-même, à la sociabilité, etc. Ils enseignent que l'on s'élève graduellement : l'amour de soi s'élargit, comme par des cercles concentriques, en amour de la famille, puis de la patrie, puis de l'humanité toute entière. C'est à la morale que tendent les stoïciens : il n'y a d'autre bien que la rectitude de la volonté, d'autre mal que le vice. « Toute vertu, écrit Sénèque, est fondée sur la mesure » (*Lettre à Lucilius*, publiée avec traduction dans la collection Budé).

Les philosophes stoïciens ont exercé une influence moralisatrice sur le droit romain. C'est en adoptant leur philosophie morale que les jurisconsultes développèrent la notion de *jus gentium* ; l'idée d'une société existant entre tous les hommes et d'une égalité physique entre ses membres. A partir de ces idées, ils firent prévaloir la notion d'une volonté libre et consciente à la base des contrats ; ils posèrent comme principe le respect de la parole donnée ; ils précisèrent la notion d'un enrichissement juste ou injuste ; ils explicitèrent la notion de bonne foi, et par voie de conséquence celle de *dolus malus*,

qu'introduisit le préteur Aquilius Gallus vers 68 avant Jésus-Christ ; etc.

Aujourd'hui encore de nombreux auteurs s'interrogent sur l'influence qu'aurait exercée la pensée chrétienne primitive sur la doctrine stoïcienne. Comment concevoir en effet que le paganisme grec ait pu échapper à l'imprescriptible originalité du christianisme ? Son action sur la philosophie religieuse du paganisme finissant paraît inévitable. A Alexandrie, siège d'une école de théologie chrétienne particulièrement ouverte à l'hellénisme, les philosophes païens se montrèrent très intéressés par la façon de vivre et de penser des chrétiens (v. Jean Pépin, « Hellénisme et christianisme » in *La Philosophie* de François Châtelet, Marabout, 1979, t. 1, pp. 175 et suiv.).

§ 2. - La philosophie aristotélicienne

Il semble aujourd'hui démontré que les juristes romains ont pour l'essentiel été formés selon la méthode dialectique d'Aristote (384-322). Ils procèdent aux comparaisons, rassemblements de cas, discussion, analyse des ressemblances et différences, formulation de la règle d'où découle la solution. « La dialectique cherche à connaître, explique Aristote, tandis que la philosophie connaît » (*Métaphysique*, trad. de J. Tricot, nouvelle éd., 1953). Cette méthode paraît être à l'origine de tout le développement du droit romain.

Les juristes doivent également à Aristote le concept de nature, conduisant à l'idée de droit naturel : chaque chose obéit à sa nature, il faut observer cette nature pour en déduire les règles. Aristote Justifie ainsi l'esclavage par la nature humaine. Certains hommes, dit-il, seraient nés pour commander et d'autres pour obéir. Comme la plupart de ses contemporains, il ne voit dans l'esclave qu'un outil vivant (objet instrumental animé) ; or l'outil n'a pas de droits vis-à-vis de son utilisateur. Sa démonstration s'achève par cette conclusion : « si chaque instrument pouvait exécuter de lui même la volonté ou l'intention de l'agent (...) les architectes n'auraient plus besoin d'ouvriers, ni les maîtres d'esclaves » (*La politique*, I, 1, texte présenté et annoté par Marcel Prélot, Denoël-Gonthier, 1980, p. 20). Sur cette question, Aristote se range à l'avis des plus grands philosophes de l'Antiquité ; Socrate et Platon notamment. Il n'y a guère que les stoïciens qui combattent l'esclavage au nom de l'égalité humaine. « Des esclaves ! s'écrie Sénèque, dis plutôt des hommes. Des esclaves ! dis des camarades ». Et d'ajouter : « celui que tu appelles esclave a la même origine que toi, il jouit du même ciel, respire le même air, vit et meurt comme toi » (Ch. Lahr, *Cours de philosophie*, 27e éd., Paris, 1933, t. 2, pp. 180-181).

Chapitre 3. - Droit du Bas-Empire et droit Byzantin

L'histoire du Bas-Empire s'ouvre avec Dioclétien (emp. de 284 à 305) par un demi-siècle presque glorieux. Dioclétien appartenait à une famille très obscure ; né d'un affranchi, il aurait été vendu comme esclave. Il laissa une oeuvre remarquable : pendant un siècle et demi on continuera à suivre les lignes qu'il avait tracées. Les campagnes et les réformes entreprises sous son règne ramenèrent l'ordre et la paix dans tout l'Empire : il réforma la monnaie par la frappe de nouvelles pièces d'or et d'argent, dans l'intérêt de l'État et du commerce ; généralisa les impôts directs à l'ensemble du territoire (287 - 312) ; introduisit la tétrarchie afin d'empêcher les usurpations du pouvoir (285 - 293). Enfin il imposa un prix maximum pour les denrées et les salaires (301), au bénéfice des plus démunis ; les contrevenants et leurs complices risquaient la peine de mort.

Dioclétien abdiqua le 1er mai 305, en raison de la dégradation de son état de santé. Constantin (emp. de 306 à 337), qui lui succède, entreprend alors des

réformes d'envergure : il accorde la liberté de culte aux chrétiens afin de conforter son pouvoir (313) ; fait de Constantinople sa résidence officielle (330). Sous son règne l'Empire prend la forme d'une monarchie de droit divin. Mais après la mort de Constantin, les invasions barbares provoquent la désagrégation de l'Empire : Wisigoths en 407, Huns en 450, puis les Ostrogoths dès 470. L'Empire s'effondre en 476, quand Odoacre s'empare du gouvernement romain d'Occident. Celui-ci fait soigneusement empaqueter les insignes impériaux qu'il renvoie à Byzance où l'Empire romain poursuivra son existence jusqu'au 29 mai 1453, jusqu'à la prise de la capitale impériale par les Turcs, rebaptisée Istanbul.

L'Empire Byzantin connut ses plus belles années sous le règne de Justinien, entre 527 et 565. A cette époque Byzance apparaît comme le seul État centralisé. Toute la vie politique se concentre dans la capitale. L'État s'incarne dans l'Empereur, dont les sujets s'appellent seuls « Romains ». Pourtant, malgré le développement des institutions, une majorité de citoyens éprouve encore le désir de renouer avec l'Empire romain classique. Dans ce but, obéissant à la volonté d'unification du droit (section 1) qui s'exprime depuis le Haut-Empire, Justinien entreprit la réalisation d'une synthèse claire et complète de l'ensemble du droit romain. Or l'oeuvre de Justinien est plus romaine en apparence qu'en réalité, pour avoir subi une double influence : orientale et chrétienne (section 2).

Sur l'Empire romain.- V. Joseph Calmette, *Le monde féodal*, coll. Clio, P.U.F., Paris, 1934, rééd. 1951, pp. 54 et suiv. ; Roger Rémondon, *La crise de l'Empire romain de Marc-Aurèle à Anastase*, coll. Clio, P.U.F., Paris, 1964, 3e éd. 1997 ; André Chastagnol, *Le Bas-Empire*, Armand Colin, Paris, 1969, 2e éd., coll. U2, 1991 ; Joël Le Gall, *L'Empire romain*, 2e éd., coll. Peuples et civilisations, P.U.F., Paris, 1992 ; François Zosso et Christian Zingg, *Les empereurs romains (21 av. J.-C. - 476 ap. J.-C.)*, coll. des Hespérides, Errance, Paris, 1994 ; François Jacques, John Fiche Scheid et Cl. Lepelley, *Rome et l'intégration de l'empire (44 av.-260 ap. J.-C.)*, coll. Nouvelle Clio, P.U.F., Paris : t. 1, *Les structures de l'Empire romain*, 5e éd., 1999 ; t. 2, *Approches régionales du Haut-Empire romain*, 1998 ; Michel Christol, *L'Empire romain du IIIe siècle. Histoire politique (192-325 ap. J.-C.)*, Errance, Paris, 1997 ; Patrick Le Roux, *Le Haut-empire romain en Occident, d'Auguste aux Sévères (31 av. J.-C. - 235 ap. J.-C.)*, coll. Nouvelle Histoire de l'Antiquité, Seuil, Paris, 1998 ; Jean-Marie Carrié et Aline Rousselle, *L'Empire romain en mutation (192 - 337)*, coll. Nouvelle Histoire de l'Antiquité, Seuil, Paris, 1999, 2e éd. 2000.

Section 1. - Unification du droit romain

À l'avènement de Justinien en 527, l'abondance de la législation impériale, son importance croissante, la difficulté de connaître cette législation incitèrent à en faire des recueils. La codification réalisée au Ve siècle par l'empereur Théodose II (408-450) conserve valeur officielle mais elle est désormais dépassée. Depuis le Code Théodosien en effet, des constitutions importantes sont intervenues. Quelques-unes ont été intégrées dans les collections de Nouvelles post-théodosiennes, mais il s'agit de compilations privées et elles ne renferment aucun texte postérieur à 468. Quant à la jurisprudence classique, en dehors des écoles orientales (Beyrouth, Constantinople) où certains ouvrages servent encore de base à l'enseignement, elle est de plus en plus mal connue. L'étude du droit classique ne s'alimente plus alors que de rares oeuvres, principalement des *Institutes* de Gaius. Une consultation rédigée par un juriste occidental, à la fin du Ve ou au début du VIe siècle, connue sous le nom de « *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* », ne cite aucun jurisconsulte classique ; elle n'allègue que les « Sentences de Paul » (vers 320/328), les codes Grégorien (vers 291/292), Hermogénien (vers 295/314) et Théodosien

(vers 439).

Aussi, pour pallier la dispersion du droit, Justinien ordonna-t-il la rédaction d'une série de compilations (§ 1), dans un but à la fois politique, pratique et scientifique. Répondant à la même volonté d'unification, le pouvoir impérial réforma l'organisation judiciaire et la procédure : à côté de la procédure de l'*ordo iudiciorum privatorum*, confiée aux magistrats de type républicain, apparut dès le début de l'empire une procédure plus simple et plus autoritaire, dite *extra ordinem* (§ 2), relevant du pouvoir juridictionnel de l'Empereur. Elle permit la fusion entre les différents systèmes juridiques de l'époque classique. Le fait qu'il n'y ait plus qu'une procédure et qu'il n'y ait plus de formules est l'explication fondamentale de l'unification du Droit au Bas-Empire.

§ 1. - La codification justinienne

Justinien entendait restaurer le prestige de l'Empire. En entreprenant cette immense compilation, il voulait élever un monument juridique en l'honneur de Rome et de la civilisation romaine, tout en mettant les oeuvres juridiques en harmonie avec le droit en vigueur à son époque. Il était en effet nécessaire que les praticiens qui ne pouvaient plus se retrouver dans les vieux ouvrages classiques qui avaient été glosés par les professeurs des siècles précédents, et qui se raréfiaient, puissent avoir à leur disposition des recueils complets et assez faciles à utiliser. L'ensemble de l'oeuvre formera plus tard le *Corpus Juris Civilis*. Il représente le dernier état du droit romain.

Publiées au Moyen Age, les compilations de Justinien doivent beaucoup aux pères de l'Église qui jouèrent un rôle capital lors de leur rédaction. Mais il s'avère difficile aujourd'hui, pour ne pas dire impossible, de dire si les règles qui nous sont parvenues figuraient ou non dans les documents originaux, tant les altérations sont nombreuses. Comme bien souvent dans les manuscrits, certains passages ont été corrompus par des fautes de scribes (*loci corrupti*) ; par l'adjonction de l'opinion personnelle des copistes, voire parfois de gloses interprétatives (*glossème*) ; quand il ne s'agit pas de passages volontairement altérés par les compilateurs eux-mêmes (*tribonianismes*). Toutes ces modifications portent le nom d'« interpolations » (v. Charles Appleton, « Les interpolations dans Gaius », *Revue Historique de Droit français et étranger*, 1929, pp. 197 et suiv.).

L'empereur fit d'abord rassembler les constitutions en un *Code* (A) ; puis il fit réunir ce qui, dans la doctrine classique, allait fournir les éléments d'un grand traité de droit privé et de droit pénal : ce fut le *Digeste* (B). Un manuel destiné à l'enseignement, les *Institutes* (C), compléta le travail. Enfin, après la publication du Code, Justinien promulgua encore de nombreuses constitutions dont les plus importantes furent réunies dans des collections de *Novelles* (D).

A. - Le Code (*Codex Justinianus repetitae praelectionis*)

Le Code est un recueil officiel de constitutions impériales (environ 4.600), approuvé par l'empereur et faisant foi devant les tribunaux, dont la plus ancienne remonte à Hadrien et la plus récente est de Justinien (4 novembre 529) ; car c'est sous le règne d'Hadrien, entre 117 et 138, lorsque le Sénat ne participa plus aux affaires politiques, que l'empereur bénéficia seul du pouvoir législatif. Les constitutions les plus nombreuses sont celles de Dioclétien. Il remplaça les codes antérieurs qui, pour cette raison, ne nous sont pas parvenus.

Une première édition, préparée par une commission de dix membres, où figurent un haut fonctionnaire impérial, Tribonien, un professeur de l'école de droit de Constantinople, Théophile, et un ancien professeur de Beyrouth,

Leontius, parut le 7 avril 529. Mais la publication de multiples constitutions de réforme, entre 530 et 533, rendit nécessaire la rédaction d'un nouveau Code. Tribonien et Dorothee, un professeur de l'école de droit de Beyrouth, assistés de trois avocats, furent chargés de sa réalisation. Cette seconde édition, la seule qui ait été conservée, entra en application le 29 décembre 534.

Le Code est divisé en douze livres, subdivisés en titres : le livre I traite du droit ecclésiastique (t. 1-13), des sources du droit (t. 14-23), du droit d'asile (t. 24-25) et des fonctions de divers agents impériaux ; les livres II à VIII du droit privé ; le livre IX du droit criminel et de la procédure pénale ; enfin, les livres X à XII du droit administratif. Les constitutions respectent un ordre chronologique. Chacune d'elles porte l'indication de son destinataire, la date et le lieu de publication (v. Raymond Monier, Guillaume Cardascia et Jean Imbert, *Histoire des Institutions...*, op. cit., n° 218, p. 294, et n° 223, pp. 298-299 ; Jacques Ellul, *Histoire des institutions*, t. 1-2, *L'Antiquité*, 5e éd., coll. Thémis sciences politique, P.U.F., Paris, 1979, p. 452 ; Jean Gaudemet, *Les institutions de l'Antiquité*, 7e éd., op. cit., pp. 464-465).

B. - *Le Digeste ou Pandectes (Digesta seu Pandectae)*

Justinien et ses collaborateurs conçurent le projet de réunir dans une vaste compilation les éléments essentiels de la doctrine classique, afin de rendre accessibles aux juristes la pensée et les solutions des plus grands jurisconsultes : 38 ou 39 d'entre eux sont cités qui s'échelonnent du milieu du IIe siècle avant notre ère à l'extrême fin du IIIe siècle après Jésus-Christ. Il s'agissait-là d'une oeuvre considérable, tant la masse de la jurisprudence était énorme, souvent difficile à connaître, et les fragments contradictoires, parfois vieillissés et dépassés. Faire un choix pour ne retenir que l'essentiel pouvait alors sembler une entreprise hardie. Aujourd'hui encore, les auteurs ont peine à imaginer comment les compilateurs purent accomplir si rapidement un travail aussi considérable. Il a probablement été facilité par le fait que les professeurs de la commission de rédaction connaissaient parfaitement les travaux accomplis avant eux par les écoles de droit de Beyrouth et de Constantinople, à partir d'un certain nombre d'oeuvres classiques. Commencé en décembre 530, le Digeste fut publié le 16 décembre 533 et entra en vigueur le 30 décembre de la même année. La commission de rédaction, dirigée par Tribonien, comptait onze avocats, deux professeurs de l'école de droit de Beyrouth (Dorothee et Anatole), deux professeurs de l'école de droit de Constantinople (Théophile et Cratinus), et enfin le *Comes Sacrarum largitionum*, Constantin, ancien professeur de Constantinople.

Le travail imparti à la commission était gigantesque : elle dépouilla quelque 1.500 livres, répartis sur près de 1.400 ans, soit environ 300.000 lignes (*versus*) représentant le trésor de la science juridique des Romains. Or ces textes fourmillant de points de vue antagonistes, les commissaires ne retinrent qu'environ 9.000 passages, soit à peu près 150.000 lignes, dont ils ne firent pas une transcription littérale : un tiers appartient à Ulpian, un sixième à Paul, et un douzième à Papinien. Divisé en livres (50), le Digeste respecte un ordre de matières calqué presque entièrement sur une autre codification : l'Édit du préteur.

Le préteur, comme il convient de le rappeler ici, était un magistrat chargé de l'organisation de la Justice. Il se faisait élire pour un an sur un programme électoral, un édit, que le candidat s'engageait à appliquer durant sa magistrature. Mais au IIe siècle de notre ère, les édits étant beaucoup trop nombreux, l'Empereur Hadrien chargea Julien, Salvius Julianus, de les figer dans une codification ; ce qu'il effectua, entre 125 et 138. Cette codification nous est parvenue sous le nom d'Édit du préteur (*Edictum perpetuum*). Depuis longtemps perdue, elle a pu être reconstituée par un jurisconsulte allemand de la fin du

XIXe siècle, Otto Lenel, à partir des fragments des commentaires qui nous en ont été conservés par Justinien dans le *Digeste* (v. Otto Lenel, *Édit perpétuel*, trad. Peltier, Paris, 1901 ; André-Edmond Giffard, *Précis de droit romain*, t. 1, 4e éd., op. cit., n° 121-128, pp. 74-80 ; Raymond Monier, Guillaume Cardascia et Jean Imbert, *Histoire des Institutions...*, op. cit., n°s 219-221, pp. 294-297 ; Jean Gaudemet, *Les institutions de l'Antiquité*, 7e éd., op. cit., pp. 465-468 ; Nicole Dockes, *Cours d'Histoire des obligations...*, op. cit., fascicule I, pp. 6-12).

C. - Les Institutes (*Institutiones sive elementa juris*)

Pendant que se poursuivait la rédaction du *Digeste*, Justinien donna l'ordre de rédiger un manuel élémentaire de droit pour la jeunesse désireuse de s'instruire : une commission législative présidée par Tribonien, réunissant Dorothee, professeur de Beyrouth, et Théophile, professeur de Constantinople, rédigea des *Institutes* (traduction du mot *Institutiones*, le mot *institutes* désigne un bref manuel d'enseignement), divisées en 4 livres, suivant le plan des *Institutes* de Gaius ; les compilateurs empruntèrent de nombreux passages aux précis élémentaires de Marcien, Florentinus, Ulpien et Paul, ainsi qu'aux *res cottidianae* de Gaius. Le travail fut approuvé par l'empereur, le 22 décembre 533, et entra en vigueur, en même temps que le *Digeste*, le 30 décembre. Il reçut aussitôt valeur de loi (v. André-Edmond Giffard, *Précis de droit romain*, t. 1, 4e éd., op. cit., n° 119-120, p. 74 ; Raymond Monier, Guillaume Cardascia et Jean Imbert, *Histoire des Institutions...*, op. cit., n° 222, pp. 297-298 ; Jean Gaudemet, *Les institutions de l'Antiquité*, 7e éd., op. cit., p. 468).

D. - Les Nouvelles (*Novellae Constitutiones*)

La rédaction de la seconde édition du Code (534) n'acheva pas l'oeuvre de Justinien. De nombreuses constitutions, dont certaines très importantes, furent en effet promulguées entre 535 et 565, principalement dans la période 535-540. Ces nouvelles constitutions sont désignées sous le nom de Nouvelles. Elles furent souvent écrites en grec, mais parfois elles ont été publiées dans les deux langues ou en latin. Cependant, Justinien ne fit faire aucun recueil officiel : la publication des constitutions, conservées aux archives du questeur, permettra la formation de plusieurs collections.

Il existe trois collections non officielles, constituées par des particuliers : la première est l'oeuvre de Julien, un professeur de droit de Constantinople, d'où le nom d'« Epitome de Julien » donné à cette collection, qui groupe 124 nouvelles de 535 à 555 ; la seconde, qualifiée par les glossateurs d'« Authentique » (*authenticum*), donne 124 nouvelles, traduites en latin, de 535 à 556 ; la dernière, la plus complète, connue sous le nom de « Collection grecque des 165 nouvelles », renferme également les constitutions de Justin II et Tibère II (v. Raymond Monier, Guillaume Cardascia et Jean Imbert, *Histoire des Institutions...*, op. cit., n° 224, p. 299 ; Jacques Ellul, *Histoire des institutions*, t. 1-2, 5e éd., op. cit., p. 603-604 ; Jean Gaudemet, *Les institutions de l'Antiquité*, 7e éd., op. cit., pp. 468-469).

Sur les compilations de Justinien.- V. également Pierre Noailles, *Les Collections de Nouvelles de l'Empereur Justinien*, 1912-1914, 2 vol. ; Max Kaser, « Zum heutigen Stand der Interpolationenforschung », *Zeitschrift der Savigny-stiftung für Rechtsgeschichte : Romanistische Abteilung*, 69, Weimar, 1952, pp. 60-101 ; Pietro Pescani, « Sul divieto di Giustiniano a commentari del Digesto », *Labeo*, 7, 1961, pp. 41-52 ; Franz Wieacker, « Zur Herstellung der Digesten », *Ars boni et aequi, Fest. Waldstein*, Stuttgart, 1993, pp. 417-442 ; Jean Gaudemet, « La

codification justinienne », *Revue Française d'Administration Publique*, 82, 1997, pp. 233-238 ; David Pugsley, « On Tribonian a. his Latin Style », *Mélanges en l'honneur de Cannata*, Bâle, 1999, pp. 171-181.

§ 2. - La procédure extraordinaire

La procédure extraordinaire (*extra ordinem*) se révèle très différente de la procédure ordinaire qui régnait sous les actions de la loi et avec les formules : le magistrat juge lui même les procès en qualité de représentant de l'autorité publique, et à ce titre dispose de moyens de contrainte pour assurer la comparution des parties et l'exécution de la sentence ; il n'est plus lié par un formalisme qui, encore dans la procédure classique, pouvait empêcher le triomphe du droit. Cette procédure a sa source dans l'habitude prise par l'empereur, dès le début de l'Empire, de juger personnellement des procès sans observer les formes habituelles de la procédure, et de confier aux fonctionnaires impériaux la mission de juger eux-mêmes les litiges de nature à provoquer des désordres : affaires entre négociants et armateurs, contestations entre propriétaires et locataires, dépossession violente, mauvais traitement infligés aux enfants ou aux esclaves, etc. On appelle *cognitio extra ordinem* la procédure employée par ces fonctionnaires, parce qu'elle échappe aux règles de l'*ordo judiciorum privatorum*.

L'empereur détenait depuis le temps d'Auguste (emp. de - 27 à 14 apr. J.-C.) le pouvoir de connaître *extra ordinem* des affaires civiles et criminelles. Cette façon de procéder se développa au III^e siècle, d'abord en province, puis à Rome même avec l'effacement du rôle judiciaire des préteurs. Une Constitution de Dioclétien, datée de 294, généralise la procédure extraordinaire. Puis en 342, une loi écarte définitivement la procédure formulaire.

Durant le Bas-Empire, la division de l'instance en deux phases bien distinctes a disparu et le procès se déroule tout entier devant un fonctionnaire nommé par l'empereur ; lequel est investi de pouvoirs très importants : il lui appartient notamment de maintenir la procédure en l'absence de l'une des parties ; il peut également décider de condamner le demandeur, et non plus seulement le défendeur. Par ailleurs, les divers magistrats qui rendent la justice étant hiérarchisés, l'institution de l'appel va se développer. On distingue désormais les juges du droit commun (*judices ordinarii*) des juges supérieurs (l'empereur d'Orient ou d'Occident ; les préfets du prétoire qui jugent les procès à la place de l'empereur et commandent la garde prétorienne). Sous Constantin fonctionne également la justice arbitrale de l'évêque, à qui les chrétiens confient le soin de régler à l'amiable leurs contestations.

Sur la procédure extraordinaire.- On peut consulter entre beaucoup d'autres, E. Andt, *La procédure par rescrit*, Paris, 1920 ; Paul Collinet, *La procédure par libelle*, Paris, 1932 ; Raymond Monier, Guillaume Cardascia et Jean Imbert, *Histoire des Institutions et des faits sociaux des origines à l'aube du Moyen Âge*, Montchrestien, Paris, 1955, pp. 369-389 ; Fausto Gorla, « La giustizia nell'Impero romano d'Oriente : organizzazione giudiziaria, ne La giustizia nell'Alto Medioevo (secoli V-VIII) », *Settimane di studio del Centro italiano di studi sull'alto medioevo*, XLII, C.I.S.A.M., Spoleto, 1995, I, pp. 259-336 ; Maxime Lemosse, « La procédure provinciale classique », *Mélanges à la mémoire d'André Magdelain*, Paris, 1998, pp. 239-246 ; Jean Gaudemet, *Les institutions de l'Antiquité*, 7^e éd., op. cit., pp. 474-486.

Section 2. - Influence chrétienne

L'influence chrétienne dans l'oeuvre de Justinien est incontestable, peut-être même prépondérante sur toutes les autres, principalement en ce qui concerne la législation relative à l'esclavage, au mariage et à la puissance paternelle. Cela coïncide avec l'idée que pour Justinien l'ordre juridique dérive de la théologie. Il invoque constamment la puissance divine dans son oeuvre, et introduit des passages bibliques dans un grand nombre de textes législatifs. Aussi certaines institutions sont-elles interprétées sous leur aspect religieux : le mariage, par exemple, devient un *nexum divinum*.

S'agissant de la conception même du droit, Justinien établit une équivalence entre *jus* (droit civil) et *justicia* (respect des droits). Toutefois il ne s'agit pas de n'importe quelle *justicia*, mais de la *justicia* chrétienne. On retrouve cette identification dans la conception du Droit Naturel, qui n'a plus rien à voir avec celle des jurisconsultes du III^e siècle (droit idéal fondé sur l'équité, commun à tous les hommes). Justinien parle d'un droit créé par la Providence, inscrit par Dieu dans l'esprit et le coeur de l'homme. Il possède un caractère éthique, expression juridique de la morale chrétienne. Il a également un caractère rationnel, parce que Dieu lui-même représente la raison suprême (*Summa ratio*).

La législation positive tend essentiellement à mettre en oeuvre le droit naturel ; à cette fin, de nombreux textes classiques ont été modifiés afin de permettre l'introduction des concepts de morale chrétienne dans le raisonnement juridique : les affranchissements, les émancipations et les donations entraînent toujours l'obligation de reconnaissance (l'ingratitude du bénéficiaire peut conduire à la révocation de l'acte) ; le maître ne dispose plus d'un pouvoir absolu sur l'esclave (l'esclavage représente une situation *contra naturam*) ; ce dernier bénéficie du droit d'asile ; on ne peut plus le saisir pour dettes ; les débiteurs ne doivent plus être soumis au fouet ; le jeu et la prostitution sont réprimés ; l'adultère devient un *Sacrilegium* ; etc. Enfin, l'homme étant fils de Dieu, on doit le défendre contre la toute-puissance et l'arbitraire du pouvoir. Le droit des personnes constitue désormais une protection de l'homme contre la société. Ceci représente une orientation exactement inverse de celle de l'époque classique.

En marge de cette théorie, il existerait chez Justinien une autre conception du droit naturel : il s'agirait d'un droit inférieur, lié à la nature, commun aux hommes et aux animaux (l'union des sexes, par exemple). Cette idée viendrait de la rhétorique grecque. Elle n'est toutefois pas dominante dans l'oeuvre de Justinien.

Chapitre 4. - Le droit romain après la chute de l'Empire d'Occident

Au Ve siècle, la Gaule, comme tout l'Empire, se trouvait soumise au droit romain : au *Code théodosien*, publié par l'empereur Théodose II vers 439. Puis après la chute du gouvernement impérial les rois barbares firent également rédiger leurs coutumes nationales : Euric, roi des Wisigoths, en 476 ; Gondebaud, roi des Burgondes, en 502 ; Rotharis, roi des Lombards, en 643. Toutefois le droit romain ne s'éclipssa pas pour autant. Les rédacteurs des actes publics et privés continuèrent en effet à recopier les formules des actes romains, souvent avec maladresse, la répétition de formules n'impliquant pas nécessairement la connaissance du droit dont elles sont issues (v. sur cette question l'excellent ouvrage de Paul Ourliac et Jean-Louis Gazzaniga, *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil*, Coll. L'évolution de l'Humanité, Albin Michel, Paris, 1985, 442 p.).

Le droit romain commença donc par se dénaturer, entre le Ve et le XI^e siècle (section 1), avant de connaître une renaissance dans les universités (section 2). Mais il faudra attendre le XV^e siècle pour qu'enfin il redevienne un facteur d'unité juridique (section 3).

Section 1. - Dénaturation du droit romain (476-XIe siècle)

Durant l'époque franque, le droit romain tendra à disparaître. Certains auteurs pensent que l'influence du droit romain, encore très sensible sous les mérovingiens, se serait progressivement estompée sous les carolingiens. Ainsi Jean-François Lemaignier déclare, en se référant aux actes de plusieurs monastères du nord de la Loire, ne plus trouver trace du contrat de vente à la fin du VIIIe siècle (v. Jean-François Lemaignier, « Les actes de droit privé de Saint-Bertin au Haut Moyen Age. Survivances et déclin du droit romain dans les actes de la pratique », *Mélanges Fernand de Visscher*, Bruxelles, 1950, pp. 35-72). D'autres, comme le Professeur Gaudemet, estiment au contraire que « la persistance du droit romain se révèle plus importante qu'on ne le croit habituellement » (Jean Gaudemet, « Survivances romaines dans le droit de la monarchie franque du Ve au Xe siècle », *Tijdschrift voor Rechts-geschiedenis*, 23, Haarlem-Bruxelles, 1955, pp. 149-206). En fait, si de nombreux indices donnent à penser qu'il y eut effectivement désagrégation des notions juridiques romaines, la lecture des textes émanés des souverains et des conciles semble indiquer, en revanche, que cette disparition ne fut jamais totale (v. Jean Imbert, « Les références au droit romain sous les Carolingiens », *Revue Historique de Droit français et étranger*, 2, 1995, pp. 163-174).

Après les invasions germaniques, les Barbares ne s'opposant pas au droit romain, les populations issues de l'Empire utiliseront un droit vulgaire d'inspiration romaine. Le seul droit romain allégué jusqu'au XIe siècle est celui du Bréviaire d'Alaric (du latin *brevis*, signifiant « bref »), promulgué à Toulouse en 506 de notre ère, destiné par le roi des Wisigoths Alaric II (484-507) à ses sujets gallo-romains. Il reprend des textes romains, interprétés de manière libre afin de répondre aux besoins du temps.

L'Eglise continuant à se référer au droit romain, la plupart des textes avaient été recopiés plus ou moins fidèlement par des clercs qui n'en comprenaient pas toujours le sens. Selon une rumeur, le théologien Pierre Abélard (1079-1142), qui se vantait de comprendre n'importe quel texte juridique, aurait été incapable d'expliquer la signification d'une petite loi du Code de Justinien (3, 39, 5). André Gouron parle avec justesse de la « vacuité du XIe siècle » et de la « léthargie » qui, tout autant que le Nord, atteignait le Midi (« La science juridique française aux XIe et XIIe siècles : diffusion du droit de Justinien et influences canoniques jusqu'à Gratien », *Jus romanus medii aevi*, Milan, 1978). Non seulement il n'existait pas d'enseignement du droit, mais le vocabulaire juridique le plus élémentaire avait été oublié. A cette époque, l'essentiel des textes originaux semble avoir disparu.

Il arrive cependant, de manière très exceptionnelle, que des textes que l'on croyait perdus parviennent jusqu'à nous. Il en va ainsi des Commentaires ou *Institutes* de Gaius, rédigés à l'époque de l'Empereur Marc-Aurèle, au IIe siècle après Jésus-Christ, qu'un érudit allemand, le philologue et historien Barthold-Georges Niebuhr (1776-1831), redécouvrit par hasard en 1816 dans un manuscrit palimpseste des lettres de saint Jérôme de la bibliothèque du Chapitre de Vérone. En 1933, on trouva en Égypte de nouveaux fragments de Gaius, aujourd'hui conservés à Florence, qui permirent de combler certaines lacunes du manuscrit de Vérone.

A la fin du XIe siècle, se produisit une renaissance du droit romain, marquée par l'enseignement d'Irnerius à l'Université de Bologne, entre 1088 et 1125 (v. le titre Ier, chap. IV, sect. 1, § 1). Le prestige de Bologne attira vite de nombreux étudiants venus de partout. Les contemporains parlèrent avec raison de *renovatio* de la science du droit. En fait, le droit romain répondait aux aspirations de la bourgeoisie marchande : foncièrement individualiste, favorable au contrat, soucieux d'assurer la sécurité des rapports juridiques, ce qui favorisait la

pratique des affaires. Par son caractère universel il convenait aux grandes entreprises que gênait la diversité des coutumes.

Section 2. - Renaissance du droit romain (XIe-XVe siècle)

Suivant une ancienne tradition, en 1135 les habitants de Pise étaient en guerre avec ceux d'Amalfi. Cette dernière ville prise d'assaut, au cours du pillage un pisan aurait arraché des flammes l'unique manuscrit de l'oeuvre de Justinien qui nous ait été transmis (v. Henri Regnault, *Manuel d'Histoire du droit Français*, 3e éd., Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1945, p. 81). D'abord conservé à Pise, ce précieux document (appelé couramment la Florentine) fut ensuite transféré à la Bibliothèque de Florence après la victoire des Florentins sur les Pisans en 1406. Certains auteurs suggèrent que ce manuscrit, connu à Bologne vers 1070, aurait été découvert à l'époque de Grégoire VII qui faisait rechercher d'anciens textes dans les bibliothèques pour appuyer la réforme de l'Église. Ce qui est incontestable, malgré la controverse autour de cette histoire, c'est que les textes de droit romain reparaissent effectivement dans le courant des XIe et XIIIe siècles (v. Paul Fournier, *Revue Historique de Droit français et étranger*, 1917, p. 151 ; Paul Ourliac et Jean-Louis Gazzaniga, *Histoire du droit privé...*, op. cit., pp. 54-55 ; Witold Wolodkiewicz, « Les destinées de la Florentine. A propos d'une reproduction récente du manuscrit du *Digeste* », *Revue Historique de Droit français et étranger*, 4, 1990, pp. 503-505).

Le droit romain se propagea de l'Italie à l'Espagne, puis à l'Angleterre et à la France, aux XIIe et XIIIe siècles, où il supplanta bon nombre de coutumes sans aucune intervention législative. Cette submersion de l'Europe tient d'une part à la supériorité technique du droit romain et d'autre part à l'action de l'Église, qui joua sur le dogme de l'union du christianisme et de l'Empire. Il faut néanmoins se garder de toute exagération : le droit romain est loin d'avoir été accueilli avec l'enthousiasme que l'on se plaisait jadis à décrire. Lorsque sa progression n'était pas retardée, comme en Savoie, il subissait le plus souvent une forte opposition, comme en Allemagne où des révoltes paysannes se produisirent contre les docteurs de la loi : les communautés rurales n'acceptant pas en effet qu'on leur interdise d'utiliser les forêts et les terres vacantes qui, selon le droit romain, devaient avoir un maître.

Accueilli très tôt en Provence, en Arles vers les années 1130, le droit romain rencontra une assez vive résistance dans le Sud-Ouest, en particulier lors de la croisade albigeoise (1209-1244), car il provoquait la disparition de coutumes auxquelles les populations restaient très attachées. Il représentait un instrument d'oppression savant auquel les petites gens ne pouvaient avoir accès, puisqu'elles ne possédaient pas la science de l'écriture ; d'où le rejet du droit romain par les populations du Nord de la France, qui parvinrent à conserver leurs coutumes. A certaines époques, l'Église elle-même se montra particulièrement méfiante à l'égard du droit romain ; celui-ci, pensait-elle, détournait les clercs de la théologie et favorisait la volonté d'hégémonie de l'Empereur, qui se disait héritier des Césars d'Occident (v. Edmond Meynial, « De l'application du droit romain dans la région de Montpellier aux XIIe et XIIIe siècles », *Atti del Congresso int. di scienze storiche*, IX, Rome, 1904, et « Remarques sur la réaction populaire contre l'invasion du droit romain en France aux XIIe et XIIIe siècles », *Mélanges Chabaneau*, 1907).

Les progrès du droit romain dans le Midi de la France, aux XIIIe et XIVe siècles, sont largement dus à l'intervention des notaires, toujours présents entre les parties. Par leurs conseils, ils se firent les agents les plus actifs de la romanisation.

Mais l'influence du droit romain s'exerce également, à titre supplétif, là où la coutume domine : en Alsace et dans le Nord de la France, de nombreuses coutumes subirent en effet l'influence du droit romain. Si le droit familial lui

échappait, à l'inverse il exerçait un quasi monopole dans les domaines juridiques où intervient la volonté : testaments, tutelles, contrats et obligations en général. La division entre pays de droit écrit, au Sud, et pays de coutumes, au Nord, semble admise communément dès le XIII^e siècle. Blanche de Castille reconnaît en 1251 qu'une partie du royaume est régie par le droit écrit, tandis que l'autre partie obéit à la *consuetudo gallicana* (aux coutumes).

A partir du XV^e siècle, par le modèle qu'il fournit d'un pouvoir centralisé, le droit romain deviendra un formidable moyen d'unification.

Section 3. - Réalisation de l'unité juridique (XV^e siècle-1804)

L'idée d'un code unique de lois a souvent été reprise depuis le XVI^e siècle. Mais il fallut attendre le Consulat pour qu'enfin se réalise l'unité juridique. Le droit romain contribua certes à ce résultat, mais en partie seulement, car sous la poussée de l'esprit philosophique les rédacteurs du Code civil de 1804 ne rompirent ni avec le droit coutumier ni avec la tradition juridique de la période précédente (divorce, égalité successorale, etc.). Pour de nombreux auteurs, l'oeuvre napoléonienne représente avant tout l'aboutissement d'un processus : « le Code n'a été ni une oeuvre révolutionnaire, ni le produit d'une volonté arbitraire ou d'un système philosophique ; il a été bien plutôt le résultat du développement progressif du Droit » (Jean-Albert Vigié, « De la nécessité d'une Édition du Code civil au point de vue historique », *Le Code civil, 1804-1904..*, op. cit., t. 1, p. 27).

Sous l'Ancien Régime le facteur le plus important dans l'unification du droit fut la rédaction des Coutumes, ordonnée par Charles VII dans l'Ordonnance de Montils-lez-Tours (avril 1454), afin de réduire leur nombre et d'en permettre l'impression. On regroupa la plupart des coutumes locales - on en dénombrait plusieurs milliers au Moyen Âge - dans une cinquantaine de coutumes générales. Les juristes purent ainsi les étudier facilement et en dégager les principes généraux. Ce fonds commun constitua, peu à peu, le droit commun coutumier qui allait subir l'influence toujours croissante de la Coutume de Paris.

Mais à côté du droit coutumier, la législation royale contribua elle aussi à la réalisation de l'unité juridique. A partir du règne d'Henri II, le roi prenant conscience qu'il est de son pouvoir de faire le droit, il s'efforça de déterminer par des ordonnances le cadre de l'activité privée, comme il le faisait déjà pour l'activité publique. Il en résulta plus tard l'obligation (1679), pour les facultés de droit, d'enseigner les règles contenues dans les ordonnances et les coutumes. Mais le roi n'agit encore que timidement, car très souvent il se heurte à la pratique et aux Parlements. Ce fut le cas notamment lorsque Henri IV abrogea le sénatus-consulte velléien (août 1606), hérité du droit romain, interdisant à la femme de contracter pour autrui : les Parlements des pays de droit écrit s'opposèrent à la mesure, y voyant une atteinte aux libertés provinciales (Pour davantage de précisions, v. l'ouvrage de Jean Imbert, *Histoire du droit privé*, 6^e éd., coll. Que sais-je ?, P.U.F., Paris, 1985, pp. 61-66).

Un édit du roi François II, pris à Fontainebleau en juillet 1560, fit suite à un scandale demeuré célèbre. Anne d'Alligre, mère de sept enfants, donna à son second mari les libéralités qu'elle avait reçues de son premier époux. Or, d'après la loi romaine, la loi *fœmina* (Code des secondes noces, 5, 9, 3), elle aurait dû les réserver à ses enfants. L'Édit imposa l'application de la loi romaine, afin de prévenir la multiplication des « querelles et divisions d'entre les mères et les enfants » (Isambert, Decrusy, Taillandier, *Recueil des anciennes lois françaises*, Paris, 1829, t. 14, 1^{ère} part., pp. 36-37).

Pour assurer la sécurité des transactions, l'ordonnance de Moulins de février 1566 introduisit de nouvelles règles concernant la preuve des contrats. Aux

termes de l'article 54, il doit être passé acte « par devant notaires et témoins » de toutes choses excédant la valeur de cent livres ; et il n'est reçu aucune preuve par témoins outre le contenu au contrat. Cette règle passa dans l'ordonnance de 1667 (20, 2), et de là dans notre Code civil (art. 1341) qui changea le chiffre de cent livres en celui de cent cinquante francs et exigea seulement un acte écrit par devant notaires ou sous signature privée (v. Isambert, Decrusy, Taillandier, *Recueil des anciennes lois françaises*, op. cit., t. 14, 1^{ère} part., p. 203).

Durant le règne de Louis XIV, le gouvernement se préoccupa de réglementer des matières ignorées par le droit ou relevant de textes contradictoires. Une ordonnance unique, dite de codification, fut promulguée pour chacun de ces domaines. Colbert codifia ainsi successivement : la procédure civile (1667), les eaux et forêts (1669), le droit criminel (1670), le commerce (1673), la marine (1681) et le Code noir (1685) concernant l'esclavage aux colonies. Le Chancelier Daguesseau codifia pour sa part : les donations (1731), les testaments (1735), les substitutions (1747) et les biens de mainmorte (1749).

Sous la Révolution, malgré plusieurs tentatives, les tensions politiques ne permirent pas de parvenir à l'unification du droit privé. Les assemblées révolutionnaires, qui souhaitaient voter un « code de lois civiles communes à tout le royaume » (décret du 5 juillet 1790), durent en fait se borner à prendre des lois particulières concernant le divorce, l'égalité successorale, etc. Cambacérès, devenu plus tard ministre de la justice de Napoléon, présenta trois projets de Code civil : le 9 août 1793, le 9 septembre 1794, et enfin en juin-juillet 1796. Aucun ne fut adopté. Le projet de Jacqueminot, du 21 décembre 1799, fut rejeté de la même manière. Il fallut attendre le 21 mars 1804 (30 ventôse an XII) pour voir l'oeuvre d'unification réalisée.

Du droit révolutionnaire les rédacteurs du Code civil (Portalis, Bigot de Préameneu, Tronchet, Maleville, etc.) n'admettent que ce qu'ils ne peuvent point rejeter : l'état civil, indispensable à la conscription, la sécularisation du mariage et le divorce. Tout le reste est un compromis entre le droit romain et les coutumes. Ainsi conçu, le « Code Napoléon » s'adapte parfaitement à la société de son temps. Il place la propriété, l'état des personnes et la famille au centre des préoccupations : il restaure la puissance paternelle, replace la femme dans la dépendance étroite de son mari, rend au propriétaire le droit de disposer librement de ses biens. Le droit des obligations apparaît plus nettement en retrait : pour l'essentiel, la tradition romaine suffit. Les articles formant le droit des obligations, et plus particulièrement le droit des contrats, présentent des solutions conformes à la fois aux lois romaines et aux principes de la philosophie cartésienne et de l'École du droit naturel (v. Philippe Sagnac, *La législation civile de la Révolution Française (1789-1804)*, Thèse lettres, Paris, 1898, 445 p., reprint 1971 ; Jacques Godechot, *Les Institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, P.U.F., Paris, 1951, 5^e éd. 1998 ; Marcel Garaud et Romuald Szramkiewicz, *Histoire générale du droit privé français de 1789 à 1804*, Sirey - P.U.F., Paris, 1953-1978, 3 vol. ; Jean-Louis Halperin, *L'impossible Code civil*, coll. Histoires, P.U.F., Paris, 1992).

Lorsque les rédacteurs du Code Napoléon définissent la notion d'obligation, ils s'inspirent dans une très large mesure des *Institutes* de Justinien.

Les *Institutes* précisent que « l'obligation est un lien de droit (...) qui nous astreint à nous acquitter de quelque chose » (3, 13). De même l'article 1101 du Code civil rappelle qu'un contrat est une convention, donc un lien de droit, « par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ». Comme en droit romain, il existe de la part du débiteur une volonté de s'obliger. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation, dans son arrêt du 11 février 1998, illustre

parfaitement ce principe : un engagement clair ayant été pris par une société de vente par correspondance, en informant sa clientèle qu'elle avait gagné une grosse somme, elle doit tenir son engagement (Dalloz Affaires, 1998, 947, obs. J.F.).

L'article 1101 du Code civil, fondamental, constitue le fondement de la liberté contractuelle, laquelle ne repose, aujourd'hui encore, sur aucune norme constitutionnelle (Décisions du Conseil constitutionnel du 3 août 1994 et du 9 avril 1996 ; de la Commission des opérations de bourse du 11 avril 1995).

Pourquoi ce phénomène de survivance ? Pourquoi cette destinée particulière du droit des obligations ? Probablement parce qu'en ce domaine la technique juridique romaine est arrivée à une perfection plus grande que dans les autres parties du droit. Les raisonnements les plus subtils, les analyses juridiques les plus savantes des meilleurs jurisconsultes romains de l'époque classique se retrouvent en effet dans cette matière. Il a fallu plusieurs siècles pour que se développe et s'affine l'idée d'obligation (titre premier), qui donnera naissance à la théorie générale des obligations que nous connaissons aujourd'hui (titre deuxième).