



▶ **NOTIONS PRELIMINAIRES**

▶ **PROGRES DU DROIT**

▶ **THEORIE DES OBLIGATIONS 1**

▶ **THEORIE DES OBLIGATIONS 2**

Sorry, your browser doesn't support  
Java(tm).

## 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 interchangeable 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 XVIIe et XVIIIe 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 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.- Définition juridique de l'obligation**

Le mot « obligation » fait son apparition dans la langue française au début du

XIII<sup>e</sup> 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<sup>e</sup> et XV<sup>e</sup> 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*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, 1857, t. 3, n°s 1177-1179, pp. 127-128 ; Theo Mayer-Maly, « Obligamur necessitate », *Zeitschrift der Savigny-stifung 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.- L'obligation crée 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 III<sup>e</sup> siècle de notre ère, la notion de lien de droit, *vinculum juris*, nous a été transmise au VI<sup>e</sup> 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 XVI<sup>e</sup> 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 droict 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-stifung 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.- L'obligation a 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.

Cependant, 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 juriconsultes 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.- L'obligation présente 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 juristes 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 *judicia 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'écrivait 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 *l'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 moeurs 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 VIII<sup>e</sup> siècle et au cours du VII<sup>e</sup>. 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 sabinnes ( 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 Vélambre 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 proposait-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 I<sup>er</sup> 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*, 7<sup>e</sup> éd., op. cit., pp. 226-229.

**§ 2.- La procédure des 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<sup>e</sup> 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 iudicem* ). On appelle cette division l'*ordo* ( *ordo iudiciorum privatorum* ).

Du Ve siècle au milieu du II<sup>e</sup> 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 juriste 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 iudicem*.

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 Rechtsgeschiedenis*, 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 IV<sup>e</sup> 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

A 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 *jugerum* = 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 quiritum*, 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 IIIe 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 IIIe 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, 2e 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.- Introduction de 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 utilisera 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 *jus 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, Ulpien, Pomponius, ou encore Modestin. 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 IVe 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 plébéien, donne pour la première fois des consultations de manière publique ( 254 ). Puis, au I<sup>er</sup> 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<sup>e</sup> et le V<sup>e</sup> siècle, la jurisprudence périclité. Elle renaîtra à partir du V<sup>e</sup> 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<sup>er</sup> siècle et au début du II<sup>e</sup>, 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<sup>e</sup> 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 oeuvre 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<sup>e</sup> et III<sup>e</sup> 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 ( IIe-Ier 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*, 7e 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 Ier siècle avant Jésus-Christ, mais elle n'atteint sa plénitude qu'au IIe 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 juristes 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 juristes 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 juriconsultes 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 abdique 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 emballer 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 Istamboul.

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.- On consultera l'excellent [site d'Émilie Robin](#) consacré à l'Histoire ancienne, ainsi que les ouvrages de 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 Fich 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 529.

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*, 7<sup>e</sup> 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 II<sup>e</sup> siècle avant notre ère à l'extrême fin du III<sup>e</sup> 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 Marcién, Florentinus, Ulpien et Paul, ainsi qu'aux *res cottidianae* de Gaius. Le travail fut approuvé par l'empereur, le 22 décembre 529, 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 *Novelles* ( *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-stifung*



*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, dépossessions violentes, mauvais traitements 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 IIIe 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*, 7e 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 juristes du III<sup>e</sup> 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'éclipsa 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 XIe siècle ( section 1 ), avant de connaître une renaissance dans les universités ( section 2 ). Mais il faudra attendre le XVe 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 Lemarignier 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 Lemarignier, « 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 XI<sup>e</sup> 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 XI<sup>e</sup> siècle » et de la « léthargie » qui, tout autant que le Nord, atteignait le Midi ( « La science juridique française aux XI<sup>e</sup> et XII<sup>e</sup> 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 II<sup>e</sup> 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, Monsieur Arangio-Ruiz 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 XI<sup>e</sup> 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 I<sup>er</sup>, 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 ( XI<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup> 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*, 3<sup>e</sup> 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 XI<sup>e</sup> et XII<sup>e</sup> 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 XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> 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'Eglise 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 XIIIe 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 XVe 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 ( XVe siècle-1804 )

L'idée d'un code unique de lois a souvent été reprise depuis le XVIe 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 Age - 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*, 6e 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 nocces, [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, 1ère 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, 1ère 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 Prémeneu](#), 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, 5e éd. 1998 ; Marcel Garaud et Romuald Szymkiewicz, *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 ).**





## TITRE I

### PROGRÈS DE L'IDÉE D'OBLIGATION

---

Très tôt le créancier a dû se prémunir contre le risque d'insolvabilité du débiteur. Dans la période primitive, le droit prenant parfois une forme quasi religieuse, les liens qui assurent le respect de l'engagement sont alors d'ordre supranaturel : le débiteur se trouve menacé d'une *damnatio*, une malédiction le voue aux dieux infernaux en cas de défaillance. Mais la contrainte est également d'ordre physique : une menace d'enchaînement et d'emprisonnement, voire de mise à mort, pèse en effet sur le débiteur. Par la suite, le progrès consistera à remplacer ces mesures extrêmes par des mesures de contrainte juridique au sens moderne du terme. Il s'agira désormais d'une menace d'exécution sur le patrimoine du débiteur et non plus sur sa personne.

L'idée d'une dette associée à une contrainte se développe à l'époque de l'ancien droit romain ( chapitre 1 ), lorsque des plébéiens sans fortune décident de recourir à une forme d'emprunt particulièrement dure, le *nexum* , qui rend le débiteur esclave du créancier. A l'époque classique et au Bas-Empire, le renforcement de l'État romain et de la puissance publique permettront aux juriconsultes et aux textes légaux de dégager des notions plus abstraites ( chapitre 2 ). Mais à partir du Ve siècle les invasions germaniques ruineront en

partie la science juridique des romains ( chapitre 3 ). Elle renaîtra plus tard dans les universités italiennes, au début du XIIe siècle ( chapitre 4 ).

## Chapitre I.- Emergence de la notion d'obligation ( - 753 / - 146 )

L'ancien droit romain ne reconnaît qu'un petit nombre d'obligations, car les diverses familles vivent le plus souvent en autarcie : tous les produits tirés de l'exploitation sont manufacturés par les membres de la famille, unique réserve de main d'oeuvre. Pour préserver la liberté du *paterfamilias*, le préteur admet les actions contre la personne ( actions *in personam* ) dans un petit nombre d'hypothèses prévues par le droit seulement : par exemple si un père de famille s'est engagé personnellement contre remise d'un prêt d'argent, par l'opération du *nexum* ( participe passé de *nectare*, signifiant « attacher », « nouer » ). Ou encore quand un citoyen remet à son voisin, à son ami, une somme d'argent ( *mutuam pecuniam* ), une certaine quantité de blé, pour lui rendre service ; l'emprunteur manquerait à son devoir s'il ne restituait pas une quantité correspondante. Pour obtenir son dû, le créancier dispose en ce cas d'une action.

Cependant, le concept d'obligation n'a pas toujours existé. L'année 326 marque la charnière entre deux périodes bien distinctes : avant 326 on ne rencontre que des obligés ( section 1 ), c'est-à-dire des hommes personnellement assujettis à d'autres individus qui peuvent les retenir prisonniers. Il ne s'agit pas encore d'un

**ystème juridique permettant d'exiger des paiements. Avec la loi *Poetalia Papiria* va prendre forme la notion d'obligation ( section 2 ).**

### **Section 1.- L'état d'obligé avant la loi *Poetalia Papiria***

**Au temps des XII Tables ( 450 av. J.-C. ) ne s'exprime pas encore l'idée abstraite d'obligation : ce qui existe alors, ce sont des cas concrets, pratiques, sur lesquels la loi a posé un embryon de réglementation. Les textes de cette époque présentent surtout des aspects concrets de la vie journalière rudimentaire. Certains de ces actes ont une origine illicite, et comme tel sont sanctionnés dans l'intérêt de la victime ou de la collectivité ( § 1 ) ; d'autres au contraire proviennent de faits et d'actes licites ( § 2 ).**

#### **§ 1.- Les cas d'origine illicite**

**Les textes primitifs romains, en particulier la loi des XII Tables, ont permis aux historiens de reconstituer les diverses étapes de l'évolution dans la répression des actes illicites ( A ). Les torts donnant lieu à sanction, dans l'ancien droit civil, comprennent à la fois les attentats contre les personnes et les dommages causés à la propriété foncière ( B ).**

## **A.- Évolution de l'idée de répression**

**A l'origine, il n'était pas nécessaire de prononcer un jugement pour condamner : c'était un devoir de tuer l'auteur d'un acte magico-religieux, de le vouer aux dieux offensés. Par la suite, les Romains distingueront un élément subjectif : ou bien l'acte est accompli en connaissance de cause, auquel cas son auteur doit nécessairement subir la mise à mort rituelle ; ou bien l'acte est involontaire, et le rachat devient possible en offrant un sacrifice aux dieux ( v. Jacques Ellul, *Histoire des Institutions*, 5e éd., op. cit., t. 1/2, p. 262 ).**

**Lorsqu'ils ne présentaient pas de caractère magico-religieux, les dommages occasionnés à un particulier relevaient en principe de la justice du *pater* ( 1 ), qui recourait parfois à la vengeance ( 2 ). Mais le renforcement de l'autorité de l'État ( 3 ), au Ve siècle, provoquera le déclin de la justice privée : désormais les conditions d'exercice de la répression vont être fixées par la loi.**

### **1.- La justice du *Pater***

**Dans la Rome primitive, il semble qu'il y ait eu deux sortes de justices : tout**

d'abord la justice de la *civitas*, mise en oeuvre pour sanctionner les crimes religieux, actes de magie ou actes attentatoires aux dieux ; enfin la justice du *pater*, interne à la *gens*.

Le *pater gentis*, assisté du Conseil des *patres familias*, a le droit de juger les différends entre les membres de la *gens*, ses clients, ou les plébéiens rattachés à sa *gens*. Il juge les questions de propriété, de relations familiales, etc. Il tient enfermés dans sa prison privée ceux qui ont causé quelque dommage à sa *domus* ou se sont engagés envers lui sans pouvoir tenir leurs engagements. Il a également la juridiction criminelle, soit pour sanctionner la désobéissance aux *mores gentis*, soit pour punir les crimes et délits. La peine que prononce le *pater gentis* est essentiellement purificatrice.

Lorsqu'un acte dolosif, nuisible, dommageable, a été causé volontairement ou non par une personne soumise à *patria potestas* ( enfant, esclave... ), il y a conflit entre les droits du chef de famille du responsable et la victime, ou plus généralement le *pater* dont elle dépend. Le coupable doit alors être châtié au sein de son groupe ou expulsé et livré à la *gens* de la victime ( *noxae deditio* ). D'abord utilisé en matière de vol ( loi des XII Tables ), le système des « actions noxales » permet d'obtenir le paiement d'une amende ou l'expulsion du coupable. Le chef de famille peut également se libérer par abandon de tout ou partie du cadavre de l'auteur du dommage.

Sur la noxalité.- V. les études de Paul-Frédéric Girard, *Revue Historique de Droit français et étranger*, Paris, 1887, pp. 409 et suiv. ; B. Biondi, « Problemi ed ipotesi in tema di *actiones noxales* », *Bullettino dell' Istituto di diritto romano*,

1929, pp. 99 et suiv., et *Actiones noxales*, Cortone, 1925 ; Otto Lenel, « Die Formeln des *actiones noxales* », *Zeitschrift der Savigny-stiftung für Rechtsgeschichte : Romanistische Abteilung*, 47, Weimar, 1927, pp. 1 et suiv. ; Fernand de Visscher, *Le régime romain de la noxalité*, Bruxelles, 1947, et « Il sistema romano della noxalita », *I.U.R.A., Rivista internazionale di diritto romano e antico*, Naples, 1960 ; M. Sargenti, « Contributo allo studio della responsabilità noxale in diritto romano », *Publ. Univ. Pavie*, 1949, pp. 59 et suiv., et « Limiti, fondamento e natura della responsabilità noxale in diritto romano », *Publ. Univ. Pavie*, 1950, pp. 103 et suiv. ; G. Pugliese, « Appunti in tema di azioni noxali », *Studi Carnelutti*, 2, 1950, pp. 113 et suiv., et « Obligazioni del capo famiglia e responsabilità diretta del colpevole nel regime della noxalita », *Studi Albertario*, 1, pp. 235 et suiv. ; Henri Lévy-Bruhl, « Sur l'abandon noxal », *Mélanges Ph. Meylan*, 1, Lausanne, 1963, pp. 193 et suiv. On se reportera également aux manuels classiques de Raymond Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. 2, 3e éd., Domat-Montchrestien, Paris, 1944, n°s 56-60, pp. 90-96 ; André-Edmond Giffard et Robert Villers, *Droit romain...*, 4e éd., op. cit., n°s 383-389, pp. 270-275.

## 2.- La vengeance ( *vendetta* )

L'usage permettait au *pater* de recourir à la vengeance lorsqu'un acte illicite était dirigé contre les personnes. Réaction purement instinctive, la vengeance privée résulte d'un déséquilibre, d'un sentiment d'injustice face à la souffrance

qu'occasionnent la perte ou les blessures que subit un membre de la communauté. Elle repose sur la notion de ressentiment, sur le besoin spontané et quasi inconscient de réparer le mal qui a été fait en punissant l'auteur matériel du dommage ( v. Raymond Saleilles, *L'individualisation de la peine*, 3e éd., Paris, 1927, p. 23 et suiv. ). D'abord sans mesure aucune, le système trouva peu à peu ses limites : la vengeance ne devait plus dépasser le mal causé. Il s'agit de la loi du talion ( du latin *talis*, « tel », c'est-à-dire « semblable » ), règle de discipline collective qui échappe à la notion d'obligation juridique. L'unique moyen de libérer l'auteur de l'acte dommageable consistant à présenter un otage que l'on détenait à sa place.

Mais avec l'érosion de l'organisation sociale fondée sur l'appartenance familiale, l'exercice de la peine quitta graduellement le domaine de la vengeance privée pour entrer dans celui de la compensation monétaire : apparut alors l'idée de pacte ( *pactio* ), passé de plus en plus fréquemment entre la famille de la victime et celle du coupable. D'abord facultative, cette pratique devint régulière et moralement obligatoire. Elle eut pour effet de réduire la violence et diminuer le nombre des guerres privées familiales, l'intérêt matériel l'emportant sur le ressentiment. Le coupable et sa famille estimaient en effet moins risqué d'acquitter une composition pécuniaire.

A partir du moment où le délinquant consent à verser une indemnité ( *poena* ) , il prend envers la victime un engagement qui crée un lien de droit. Ce type d'engagement existait dans les deux circonstances suivantes : quand le coupable ne pouvait payer sur-le-champ, si la famille de la victime consentait à

lui laisser un délai pour s'exécuter ; lorsque l'engagement consistait à travailler dans la maison de la victime à titre de dédommagement ( v. Raymond Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. 2, 3e éd., op. cit. n° 26, pp. 40-42 ; Gabriel Lepointe et Raymond Monier, *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1954, pp. 19-20 ).

### 3.- Renforcement de l'autorité de l'État

Dans quelques cas la loi des XII Table admet encore la vengeance privée, limitée au talion ou non ; cela se rencontre dans l'hypothèse du vol manifeste ( *fur manifestus* ) commis par un esclave et dans l'injure ( *membrum ruptum* ).

Pendant longtemps en effet la notion d'*injuria* répondra à l'idée de vengeance : même à l'époque classique, les actions accordées à la victime du délit tendent encore à satisfaire un désir de venger l'outrage subi ( Digeste, [47](#), 10, 7, 1 ). Mais ce moyen n'existe plus qu'à l'état de survivance car, dit-on, les dieux n'autorisent plus l'exercice de la vengeance privée. Dans toute la mesure du possible l'État s'efforce de la remplacer par une composition pécuniaire obligatoire, appelée *poena*, rançon que le délinquant s'oblige à payer à la victime et à sa famille.

Lorsqu'il s'agit de faits graves susceptibles de léser l'intérêt de la cité ( *crimina* ), et d'attirer sur elle la colère des dieux, l'État assure la répression au nom de la collectivité. Appartiennent à cette catégorie : les sacrilèges, trahison, désertion et crimes graves contre les particuliers, tels incendie volontaire ou homicide.



Les coupables encourent alors des sanctions criminelles : amendes fiscales, exil, déportation, voire peine capitale ( l'incendiaire, par exemple, encourt la peine du feu ).

Peu diversifié à l'origine, l'arsenal répressif se développa surtout sous le principat ( 27 - 284 ) et plus encore au Bas-Empire ( 284 - 476 ). Alors que le droit républicain répugne à la peine capitale, lui préférant l'exil ( *aquae et ignis interdictio* ), le droit impérial prévoit la mort dans de nombreuses hypothèses. Très souvent on livrait le coupable aux bêtes féroces, dans les amphithéâtres et cirques où le public se rendait en masse. Toutes les catégories de fauves étaient utilisées - lions, panthères, léopards, tigres, ours, hyènes, loups et chiens, etc. - préalablement affamées ou rendues furieuses. Avant d'introduire les bêtes, on faisait faire le tour de l'amphithéâtre au condamné, un panneau sur lequel figurait le motif de sa condamnation attaché autour du cou. Il était ensuite entravé et attaché à un poteau ou un portique sur lequel on clouait l'inscription, tradition d'origine carthaginoise que les romains réservaient primitivement aux déserteurs de leurs armées. Cet horrible spectacle tombera en désuétude après Constantin, au IV<sup>e</sup> siècle de notre ère, à cause de l'hostilité de l'Église ( v. Jean-Marie Carbasse, *Introduction historique au droit pénal*, coll. Droit fondamental, P. U.F., Paris, 1990, n° 27, pp. 55-57 ; Martin Monestier, *Peines de mort*, Le cherche midi, 1997, p. 17 ).

**B.- Les torts donnant lieu à sanction**

Pour les faits les moins graves, la loi des XII Tables limite l'exercice de la vengeance au versement d'une composition pécuniaire ( *poena* ). Il en va notamment ainsi pour *injuria*, atteinte à l'intégrité physique de la personne humaine ; et dans de nombreux cas, ordinairement punis d'une amende fixe ou de la peine du double, comme : 1° Abattage d'arbre appartenant à autrui ( action *de arboribus succisis* ; v. Lenel, *Das Edictum*, 3e éd., 1927, p. 337 ; G. Fliniaux, « L'action *de arboribus succisis* », *Studi Bonfante*, 1930, 1, pp. 523 et suiv. ) ; 2° Fait de faire paître ses troupeaux sur le terrain d'autrui ( action *de pastu* ; v. Lenel, *Das Edictum*, op. cit., p. 198 ; G. Fliniaux, « Une vieille action du droit romain, l'action *de pastu* », *Mélanges Cornil*, 1926, 2, pp. 247 et suiv. ) ; 3° Détournement des biens du pupille par le tuteur légitime ( action *rationibus distrahendis* ; Digeste, [27](#), 3, 1, 19 ) ; etc. En principe donc les actes contraires au *jus* peuvent être réprimés par une *poena*.

Dans d'autres cas, la loi tente de remédier à la perte réellement subie, par l'allocation d'une indemnité équivalent au dommage : 1° Modification de l'écoulement des eaux par un propriétaire foncier après avoir effectué des travaux sur son fonds ( action dite *aquae pluviae arcendae*, [XII Tables](#) ) ; 2° Menace d'écroulement d'une maison sur le fonds voisin en raison d'un défaut d'entretien ( action fondée sur le *damnum infectum*, Gaius, *Institutes*, [4, 31](#) ) ; 3° Incendie par imprudence d'une construction ou d'un tas de blé ( action *aedium incensarum* ) ; 4° Dommage causé par un quadrupède de l'espèce de ceux qui paissent en troupeaux, sanction étendue par la loi *Pesulania* aux dommages causés par des chiens ( action de *pauperie*, [XII Tables](#), 8 ; *Institutes*, [4,](#)

[9](#) ; v. J. Kerr Wylie, « *Actio de pauperie* », *Studi Riccobono*, 4, pp. 459 et suiv. ).

L'ancien droit romain se préoccupe surtout de l'existence d'un acte contraire au droit, un tort causé à autrui. Il réprime exclusivement les actes générateurs de dommages. Nous insisterons sur les deux principaux d'entre eux : l'*injuria* ( 1 ) et le *furtum* ( 2 ).

### 1.- L'*injuria*

Le délit d'*injuria* est celui qui a conservé le plus nettement l'empreinte de l'époque archaïque dominée par l'idée de vengeance : les actions accordées à la victime visent d'abord à satisfaire le désir de venger l'outrage subi ( Cicéron, *Pro Caecina*, [35](#) ; Ulpien au Digeste, [47](#), 10, 7, 1 ). La loi des [XII Tables](#) ( 8, 2-4 ) édicte des peines contre trois délits de ce genre :

a.- Les malédictions et pratiques de sorcellerie, *Malum carmen* et *occentatio*, aussi fréquentes et redoutées à Rome qu'au Moyen Âge, dont subsiste la trace dans des *Tabellae defictionis* : tablettes de plomb sur lesquelles sont gravés des noms, percés d'un trou, afin de vouer les personnes mentionnées à la malédiction. La peine prévue est la mort, infligée au moyen de verges. On applique la même sanction à l'encontre des individus qui déplacent des récoltes par leurs enchantements ( v. Paul Huvelin, « Tablettes magiques », in *Études d'Histoire du droit commercial romain*, 1928, pp. 235-237 ; Eliane Massonneau,

*Le crime de magie et le droit romain*, thèse, Paris, 1933, pp. 92 et suiv. ; pp. 136-150 ; Santi Di Paola, « La genesi storica del concetto di injuria », *Annali del Sem. giur. dell' Università di Catania*, 1947 ; Gabriel Lepointe, « L'occidentatio de la loi des XII Tables d'après Saint Augustin et Cicéron », *Revue internationale des droits de l'Antiquité*, 2, 1955, pp. 287-302 ; A. Ronconi, « *Malum carmen e malus poeta* », *Syntelesia Arangio-Ruiz*, 2, pp. 958 et suiv. ).

b.- Les atteintes à l'intégrité physique humaine, en particulier le *membrum ruptum* ( bras ou jambe broyé, arraché du tronc ) et l'*os fractum* ( fracture, sans arrachement ). L'unique peine prévue pour le *membrum ruptum* est le talion, comme dans la coutume antérieure, mais seulement si le délinquant ne se met pas d'accord avec la victime. L'amende pour l'*os fractum* est de 300 as pour un homme libre et de 150 as pour un esclave ( v. Paul-Frédéric Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 7e éd., Librairie A. Rousseau, Paris, 1924, pp. 419-420 ; Charles Appleton, in *Mélanges Cornil*, t. 1, 1926, pp. 51-64 ; Paul Huvelin, « La notion de l'*injuria* dans le très ancien droit romain », in *Mélanges Appleton*, 1903, pp. 375-386 ).

c.- Les violences légères n'entraînant pas de lésion corporelle ( soufflet par exemple ) ; ces voies de fait sont sanctionnées par une amende de 25 as. Mais à partir du IIe siècle, en raison de la dépréciation constante de la monnaie, les amendes fixes ne permirent plus d'assurer une sanction sérieuse. Le célèbre grammairien Aulu-Gelle rapporte dans un texte des *Nuits attiques* qu'un riche chevalier romain, Lucius Veratius, se promenait dans les rues de Rome, donnant des soufflets aux passants. Un esclave portant la bourse de son maître versait immédiatement les 25 as auxquels la victime avait droit en vertu de la loi. Aussi,

à l'époque du Haut-Empire, confiera-t-on au juge le soin d'évaluer l'indemnité pécuniaire ( Aulu-Gelle, *Noctes atticae*, [XX](#), 1, 12-13 ).

Considérée comme fondée sur un sentiment de vengeance, l'action d'injures n'est possible que pendant l'année suivant le délit. On considère que, passé ce délai, la victime a pardonné. L'action ne passe pas aux héritiers de la victime et ne peut pas être intentée contre les héritiers du coupable ( v. Raymond Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. 2, 3e éd., op. cit., n° 32, p. 51 ).

## 2.- Le *furtum*

Le [furtum](#) consiste à s'emparer de la chose d'autrui ou à l'utiliser à son profit : il ne correspond pas exactement à notre notion moderne de vol ( l'art. 379 du Code pénal napoléonien admet le vol par complicité ). On le trouve dans l'ancienne coutume, et plus tard dans la loi des XII Tables.

Le *fur manifestus* est primitivement le voleur ayant encore en main la chose volée : il faut donc supposer que le voleur a été pris sur le fait ou capturé avant d'avoir pu mettre l'objet du vol en sûreté. Dans ce cas, le voleur pris en flagrant délit appartient au volé. Ce dernier pourra le mettre à mort sur le champ s'il a été surpris la nuit, sur le fait, ou de jour s'il s'est défendu avec une arme ( [XII Tables](#), 8, 12-13 ). Mais il doit préalablement attirer les voisins par ses clameurs, pour éviter de se retrouver ensuite accusé du crime de meurtre sur la personne du

voleur ( Cicéron, *Pro Tullio*, 50 ; Gaius au Digeste, [9](#), 2, 4, 1 ). Dans les autres hypothèses, les XII Tables soumettent l'exercice de la justice privée au contrôle du magistrat : le voleur impubère est simplement battu de verges ; l'esclave fouetté, puis précipité du haut de la roche Tarpéienne, après *verberatio* ( haute d'une trentaine de mètres, la roche Tarpéienne formait l'extrémité méridionale du mont Capitolin, au-dessous de la Forteresse ; on précipitait de son sommet les citoyens romains, criminels de haute trahison ; Aulu-Gelle, *Noctes atticae*, [XI](#), 18, 8 ).

On parle de *furtum conceptum*, lorsque la chose est retrouvée chez le voleur, en présence de témoins, et de *furtum oblatum*, lorsqu'on la récupère chez un tiers de bonne foi. Dans ces deux cas le voleur est obligé au triple de la valeur de la chose volée. A défaut d'avoir pu s'emparer du voleur sur le fait, ni découvrir dans un bref délai la chose volée au cours d'une perquisition ( *lance et licioque* ), la victime dispose d'une action en justice ( *actio furti* ) en paiement d'une indemnité pécuniaire contre le voleur ou le receleur. La sanction est une indemnité du double de la valeur de la chose volée ( [XII Tables](#), 8, 16, a et b ).

Le *tignum junctum* concerne une pièce de bois volée et utilisée pour une construction ( poutre, solive, etc. ). Pour préserver la construction la personne volée ne peut exiger qu'on lui restitue la chose, mais garde intégralement son droit de propriété sur celle-ci, droit maintenu en suspens : c'est simplement lors de la démolition de la maison ou de sa réparation qu'il pourra récupérer son bien ( v. Raymond Monier, *Le tignum junctum*, thèse droit, Paris, 1922 ; G. Melillo, *Tignum iunctum*, Naples, 1964 )

Sur le vol en droit romain.- V. Paul Huvelin, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain*, Lyon, 1915 ; Fernand de Visscher, « Le *fur manifestus* », *Revue Historique de Droit français et étranger*, 46, 1922, pp. 442-512 ; Vincenzo Arangio-Ruiz, « La répression du vol flagrant et du vol non-flagrant dans l'ancien droit romain », *Rev. al Qanoun wal Iqtisad*, 2, 1932, pp. 109-135 ; Max Kaser, *Das altrömische ius*, Göttingen, 1949, pp. 340 et suiv. ; Franz Horak, « *Quaestio lance et licio* », *Paulys Wissowa Realencyklopädie der Klassischen Altertumswissenschaft*, Stuttgart ; B. Albanèse, « La nozione del *furtum* nell'elaborazione dei giuristi romani », *I.U.S., Rivista di scienze giuridiche*, Milan, 1958, p. 315 ; Maxime Lemosse, « Les actions pénales de vol dans l'ancien droit romain », *Mélanges Henri Lévy-Bruhl*, 1959, pp. 179-186 ; Jean Gaudemet, « A propos du *furtum* à l'époque classique », *Studi Solazzi*, 1961, pp. 141 et suiv., et *Ét. de droit romain*, I, Naples, 1979, pp. 115-127 ; A. Watson, « *Contrectatio* as an essential of *furtum* », *L.Q.R., The Law Quaterly Review*, 77, Londres, 1961, pp. 526 et suiv. ; J. A. C. Thomas, « *Contrectatio* complicity and *furtum* », *I.U.R. A., Rivista internazionale di diritto romano e antico*, 13, Naples, 1962, pp. 70 et suiv. ; Valerio Neri, *I marginali*, Bari, 1998, pp. 289-365 ; Antonio Guarino, « Il *furtum* nelle XII Tabulae », *Pagine di diritto romano*, 4, Naples, 1994, pp. 180-189 ; L. Gagliari, « *lure caesus esto* », *Labeo*, 45, 1999, pp. 429-439 ; Jean Gaudemet, *Droit privé romain*, 2e éd., op. cit., pp. 18-19 et 279-282.

## § 2.- Les opérations juridiques licites

Les personnes concernées n'ont ici eu aucun tort, ni commis aucune infraction à l'ordre social. Elles se trouvent dans une situation de dépendance inhérente à certains actes autorisés par la coutume, tels le *nexum* ( A ), le *mutuum* ( B ), ou encore la *sponsio* ( C ).

#### A.- Le *nexum*

Opération liée à la notion de crédit, le *nexum* consiste en un prêt d'argent qui joua, semble-t-il, un rôle important dans la vie juridique et économique de la Rome agricole ( v. Jean Maillet, *Cours de droit romain*, polycopié, Grenoble, s. d., pp. 54-55 ).

Tant que les romains vivaient sous un régime d'économie autarcique, c'est-à-dire strictement fermée, la nécessité d'emprunter de l'argent ne s'imposait nullement. Mais à la suite des guerres, des plébéiens ayant été contraints d'emprunter aux patriciens, en général plus fortunés, des troubles éclatèrent à propos du *nexum* ( Tite-Live, [II, 23](#) & [24](#) ; [VII, 19](#), 5 ; [VIII, 28](#) ). Ainsi au IV<sup>e</sup> siècle, durant la guerre contre les Sabins, des plébéiens retenus à l'armée avaient eu leurs champs dévastés par l'ennemi, leurs récoltes détruites et leurs maisons incendiées. A leur retour ils avaient dû contracter des dettes ( *aes alienum fecisse* ), puis écrasés sous le poids des intérêts, se dépouiller de leurs champs ( *primo se agro paterno avitoque exuisse* ), pour être finalement amenés par leurs



créanciers dans une prison privée et un lieu de torture ( *ductum se ab creditore non in servitium, sed in ergastulum...* ). Aussi en 325, lors du conflit contre les Gaulois, Manlius offrit-il de payer les dettes de ses soldats afin de leur épargner la ruine et l'humiliation ( Tite-Live, [VI, 14](#) ; [VI, 27](#), 8 ; [VI, 31](#), 4 & [VI, 35](#), 4... ).

A l'origine, le *nexum* est un contrat qui se forme par l'airain, un alliage de différents métaux dont le cuivre forme la base, et la balance ( *per aes et libram* ) : en présence de cinq témoins et d'un *libripens*, un porteur de balance, on pesait les lingots d'airain remis à l'emprunteur à titre de prêt et l'obligation de les restituer naissait d'une formule solennelle, la *damnatio*, prononcée par le créancier contre son débiteur. Lorsque le débiteur rendait la somme prêtée, à échéance, pour le libérer il fallait que se déroule une cérémonie inverse : on pesait les lingots remis au créancier et le débiteur prononçait une formule destinée à dénouer le lien créé par la *damnatio*.

La pesée des lingots deviendra fictive au cours de la période qui suit la loi des XII Tables, une fois apparues les pièces de monnaie, qui se comptent mais ne se pèsent pas. La loi Poetalia Papiria ( 326 ) fera disparaître le *nexum* comme mode d'engagement d'une personne, tout en le laissant subsister comme mode d'engagement des biens du débiteur.

Sur le *nexum*.- On peut toujours se référer à l'ouvrage classique de Henri Lévy-Bruhl, *Quelques problèmes du très ancien droit romain*, Domat-Montchrestien, Paris, 1934, pp. 140-151 ; ainsi qu'aux travaux de Pierre Noailles, « *Nexum* », *Revue historique de droit français et étranger*, 1940-1941, pp. 205-274 ; Jean Imbert, « *Fides et Nexum* », *Studi Arangio-Ruiz*, 1, 1952, pp. 339 et suiv. ; Maxime Lemosse, « L'aspect primitif de la *fides* », *Studi de Francisci*, 2, 1956, pp. 45 et

suiv. ; François Dumont, « *Obligatio* », *Mélanges Ph. Meylan*, 1, Lausanne, 1963, pp. 77-90 ; André Magdelain, « L'acte *per aes et libram* et l'*auctoritas* », *Revue internationale des droits de l'Antiquité*, Bruxelles, 1981, pp. 127-161.

## B.-- Le *mutuum* ( prêt de consommation )

Les textes considèrent le *mutuum* essentiellement comme un prêt entre amis ( normalement sans intérêts ), par opposition au *foenus* ( prêt à intérêt ) qui se pratiquait entre plébéiens et patriciens. Il s'agissait le plus souvent d'un prêt de denrées, accordé à charge de revanche entre chefs de famille, ou parfois même d'un prêt d'argent ( *aerarium* ) consenti aux particuliers par le trésor public ( Tite-Live, [VII, 21](#) ; [XXII, 60](#).. ).

Dans la période ancienne cette opération faisait partie des bons offices qui se rendaient entre voisins, parents, amis. Suite à une mauvaise récolte de céréales, d'huile ou de tout autre bien de consommation courante, une famille avait parfois besoin d'une certaine quantité pour tenir jusqu'à la prochaine récolte ou faire ses semailles en temps voulu. Un voisin plus chanceux avançait un sac ou deux de céréales, à charge pour l'emprunteur de rendre cette quantité après la prochaine récolte. Cette situation implique que le *mutuum* repose essentiellement sur la confiance, l'honnêteté et l'honneur qu'on se doit entre amis, avec une sanction d'ordre moral uniquement : si un emprunteur a fait difficulté pour rendre selon l'usage une quantité équivalente à ce qu'il a reçu il s'expose au mépris, à la

déconsidération, et pratiquement à ce qu'on ne lui vienne plus en aide s'il se retrouvait à nouveau dans l'embarras par la suite.

Au II<sup>e</sup> siècle, la justice consentit à donner valeur juridique au *mutuum*, pour faire face au risque d'insolvabilité. Le plus ancien document relatif à l'action civile en matière de *mutuum* semble remonter au début du siècle ; il concerne un *mutuum* conclu avec des Carthaginois en 199 avant Jésus-Christ ( Tite-Live, [XXXII, 2](#) ).

Cependant, le *mutuum* ne permet pas de réclamer, par l'action née du contrat, les intérêts convenus. Aussi, dès la République, les Romains recoururent-ils assez souvent au prêt à intérêts ( *foenus* ). Une forme spéciale de prêt, imitée de la pratique grecque, le *nauticum foenus*, ou prêt à la grosse aventure, servait au transport de marchandises par mer. Ce type de prêt bénéficia de conditions particulièrement favorables en raison des risques importants supportés par le prêteur, qui assume les risques de naufrage. Le débiteur doit les intérêts sans qu'il soit nécessaire de recourir à une stipulation ; comme en droit grec, une simple convention suffit.

Sur le prêt en droit romain.- On consultera avec profit le manuel du Pr. Jean Gaudemet, *Droit privé romain*, 2e éd., op. cit., pp. 267-268, de même que les études de Pierre Chevallier, « La *reconciliatio mutui* », *Revue Historique de Droit français et étranger*, 1955, pp. 376 et suiv. ; Karoly Visky, « Das Seedarlehen und die damit verbun Konventionalstrafe im römischen Recht », *Revue internationale des droits de l'Antiquité*, Bruxelles, 1969, pp. 389-419 ; A. Giuffrè, « Mutuo », *Encyclopedia del diritto*, Milan, 1977, pp. 414-444 ; Giuseppina Sacconi, « Conventio e mutuum », *Index*, 1987, pp. 423-438 ; Hans Ankum, « Observations

sur le prêt maritime romain », *Le droit romain et le monde contemporain, Mélanges à la mémoire de H. Kupiszewski, Varsovie, 1996, pp. 59-68.*

### C.- La *sponsio*

Manière de s'obliger apparue et connue très anciennement à Rome, la *sponsio* faisait partie des traditions communes aux peuples gréco-latins. Les romanistes disent en trouver trace dès la loi des XII Tables. Le créancier interroge son débiteur, oralement et en employant toujours la même formule ; il lui pose une question dont le contenu ne varie jamais : « *me promets-tu de..?* ». Le débiteur doit répondre séance tenante par une affirmation : « *oui, je te promets !* ». Il s'agit d'un moyen de rendre efficace une obligation en l'assortissant d'une action. La *sponsio* donnera plus tard la stipulation ( [\*stipulatio\*](#) ).

Le procédé servait notamment à la conclusion d'un armistice par un chef militaire qui n'avait pas pouvoir suffisant pour signer un traité de paix ( *foedus* ) selon les rites : la *sponsio* représentait alors une promesse de paix à venir. L'un des exemples les plus fameux est la *sponsio* faite avec les Samnites, un peuple de guerriers de l'ancienne Italie, en 321 après l'affaire des Fourches Caudines. L'armée romaine ayant été cernée dans deux gorges étroites de la vallée d'Arienzo, à peu de distance de Caserte, au nord de Naples, les généraux romains s'engagèrent à faire la paix en échange de la libération de leurs soldats. Les renseignements fournis par Tite-Live à ce sujet ( [\*IX, 5-11\*](#) ) montrent que la

*sponsio* faisait naître un engagement à la fois religieux et juridique. A défaut d'accomplissement de leur promesse, ceux qui avaient pris l'engagement avaient à répondre sur leur personne physique des conséquences de l'inexécution.

La *sponsio* était également utilisée en droit interne, pour promettre une somme d'argent mais également pour conclure des fiançailles ; l'engagement ainsi pris par un père de donner sa fille en mariage et celui du fiancé d'épouser la jeune fille avaient valeur juridique. En cas d'inexécution on pouvait agir par l'action *ex sponsu* ( Varron, *De lingua latina*, [VI](#), 7 ; Aulu-Gelle, *Noctes atticae*, [IV](#), 4, 4, 2 ).

Enfin, on admet généralement que la *sponsio* a servi de très bonne heure à libérer un délinquant menacé de la vengeance privée de sa victime : un parent ou un ami du coupable ( *sponsus* ) obtenait sa libération moyennant promesse d'une somme d'argent. Le délinquant étant définitivement libéré, il ne pouvait plus être menacé de l'exercice de la vengeance si le promettant ne versait pas la rançon.

Sur la *sponsio*.- Outre le manuel de Gabriel Lepointe et Raymond Monier, *Les obligations en droit romain...*, op. cit., pp. 60-65, on peut se reporter aux travaux de Jean Brissaud, « Origine de la stipulation », *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1887-1888, p. 244 ; André Magdelain, *Essai sur les origines de la sponsio*, thèse droit, Paris, 1943, 226 p. ; V. Bellini, « *Foedus et sponsio* dans l'évolution du droit international romain », *Revue historique de droit français et étranger*, 1962, pp. 509 et suiv. ; Geoffrey Mac Cormack, « The oral and written stipulation in the Instituts », *Studies in memory of J. A. C. Thomas*, Londres, 1983, pp. 96-108 ; Pierre Cornioley, « Les origines de la

*sponsio* », Labeo, 1989, pp. 28-78.

## Section 2.- La notion d'obligation à partir de la loi *Poetalia Papiria*

Une période nouvelle s'ouvre par un texte dont l'importance sociale et juridique est capitale : la loi *Poetalia Papiria* ( *Lex Poetalia Papiria* ). Les actes licites, futurs « contrats », vont être séparés des actes illicites, qui formeront la catégorie des « délits ». Il ne s'agit pas d'une simple question de mots, mais bien d'une différenciation profonde entre deux types de situations : désormais, le débiteur d'un acte licite n'exposera plus ni sa vie ni sa liberté en cas de défaillance ; seuls les coupables d'actes illicites ou ceux qui manqueront à leur serment continueront d'être frappés dans leur corps et chargés de chaînes, progrès tout à fait considérable ( v. Fernand de Visscher, « La *lex Poetalia* et le régime des délits privés au Ve siècle de Rome », in *Mélanges P. Fournier*, 1929, p. 755 ; Biondo Biondi, *Il diritto cristiano*, t. 3, Milan, 1954, pp. 217 et suiv. ; André Magdelain, « La loi *Poetalia Papiria* et la loi *Iulia de pecuniis mutuis* », in *Estudios en honor de Alvaro d'Ors*, 1987, pp. 811-817 ).

L'introduction de la loi *Poetalia Papiria* ( § 1 ), en 326 avant Jésus-Christ, eut donc pour conséquence d'affiner la distinction entre actes licites et illicites. Elle facilita la mise en oeuvre de nouvelles sanctions légales des devoirs ( § 2 ) tout en laissant subsister les principes archaïques à l'égard des cas d'origine illicite.

## **§ 1.- La loi *Poetalia Papiria***

La loi des XII Tables livrait le débiteur à merci de son créancier : si des transactions étaient possibles, en fait les débiteurs ( *nexi* ) étaient enchaînés, en butte aux pires traitements, passibles de mort, de vente, sans protection légale effective. Les plébéiens victimes de cet état de choses protestaient inlassablement à ce sujet ; ils eurent finalement raison de la résistance des patriciens à la suite d'un scandale violent.

Les événements conduisant à la loi *Poetalia Papiria* nous sont révélés par Tite Live ( [VIII, 28](#) ). Celui-ci raconte comment un jeune romain nommé C. Publius, qui travaillait à acquitter la dette de son père, emprunteur par *nexum*, se trouva maltraité par le créancier, usurier du nom de L. Papirius. Déchiré sous les coups, il parcourut Rome et se plaignit de la cruauté du créancier. Tout ceci eut pour effet d'indigner le peuple et le Sénat qui exerçait alors un rôle de Conseil. Investis du pouvoir d'ordonner en matière civile et militaire, les consuls supprimèrent l'emploi du *nexum* en tant que mode d'engagement d'une personne. Tous les débiteurs se trouvant sous l'autorité d'un créancier au moment du vote de la loi, sauf à avoir commis un acte illicite, purent être déliés, après s'être engagés par serment à fournir un nombre suffisant de journées de travail.

Cependant, la loi *Poetalia Papiria* ne mit pas fin à une pratique consistant à

enchaîner les voleurs attribués par le préteur à la victime du délit ( *addicti* ) ; elle maintenait en outre l'exécution sur la personne des débiteurs *judicati* et *addicti*, c'est-à-dire jugés et attribués par le magistrat à leur créancier.

Le système d'assujettissement physique survécut en Europe jusqu'au XIX<sup>e</sup> siècle : la prison pour dettes était utilisée, en France comme en Angleterre, comme moyen de contrainte pour forcer le débiteur à payer ses dettes ; elle représentait le plus souvent un supplice pour les détenus, en raison de l'état déplorable des prisons où se répandaient la peste et la dysenterie. D'après l'ordonnance d'avril 1667, la *contrainte par corps* ne devait intervenir que dans des cas bien déterminés : pour obtenir la représentation de meubles saisis, l'exécution de contrats maritimes, le paiement de fermages, le paiement de dommages-intérêts, etc. En raison de leur grand âge, les septuagénaires bénéficiaient d'une dispense ( art. 9 , tit. 34 ). Jugée trop attentatoire à la liberté individuelle, la contrainte par corps fut définitivement supprimée en matière civile par la loi du 22 juillet 1867 ( v. Claude-Joseph de Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, nouv. éd., Paris, 1755, [t. 1](#), pp. 548-551 ; Merlin de Douai, *Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence*, 4<sup>e</sup> éd., Garnery, Paris, 1812-1826, t. 3, pp. 64 et suiv., art. *contrainte par corps* ).

## § 2.- Introduction de nouvelles sanctions légales des devoirs

Malgré l'adoucissement certain que la loi *Poetalia Papiria* avait apporté à la



situation du *nexus*, il arrivait cependant que le débiteur insolvable se soumette volontairement à la puissance effective de son créancier ( Tite-Live, [II, 23](#) ; [VII, 19](#) ) ; mais celui-ci ne pouvait l'emmener malgré lui, sans le concours du magistrat qui prononçait une *addictio*. Le créancier pouvait également entrer en possession des biens affectés à la garantie de sa créance et faire procéder à la vente.

A partir du II<sup>e</sup> siècle, le créancier disposera de nouveaux moyens de contrainte, mis à sa disposition par les lois *Silia* et *Calpurnia*, qui lui permettront de recourir aux actions de la loi ( *legis actio per condictionem* ) en cas d'inexécution. Ces nouvelles mesures traduisent à la fois les progrès de l'autorité de l'État, qui s'imisce de plus en plus dans les rapports entre particuliers, et le développement de la vie commerciale à Rome.

L'auteur de la loi *Silia* serait un plébéien, Silius. Cette loi fait suite à la réforme qui enleva au *nexum* la faculté exorbitante du créancier sur le *nexus*.

Contrepartie de l'amélioration de la situation du débiteur, l'action de la loi *Silia* ouvre la possibilité de recouvrer une somme d'argent déterminée ( *actio certae creditae pecuniae* ), qu'elle soit due par *sponsio* ou par *mutuum*. L'action de la loi *Calpurnia* concerne les obligations ayant pour objet une chose déterminée ( *actio certae rei* ) autre que de l'argent : une certaine quantité de blé ou de vin, ou encore un esclave individuellement déterminé. Au Bas-Empire, elle contribua largement au renforcement de l'autorité du juge : il reçut un pouvoir nouveau, celui d'apprécier la valeur pécuniaire de l'objet en litige, alors qu'auparavant il avait un rôle exclusivement arbitral. Dès lors, il put tenir compte de l'intention des parties et des actes frauduleux accomplis par le débiteur.

Au début de la procédure, dont les formes ont été révélées par le fragment de Gaius découvert en 1933, le demandeur affirme solennellement l'existence de sa créance devant le magistrat et invite son adversaire à la reconnaître ou à se défendre. Il déclare, par exemple : « *J'affirme que tu me dois 10.000 sesterces ; je demande que tu le reconnaisse ou que tu le nies* » ( Gaius, Institutes, [4, 17 b](#) ). Si le débiteur nie la dette, le demandeur l'assigne à comparaître trente jours plus tard devant le préteur pour y faire nommer un juge. C'est cette assignation, la *condictio*, qui a donné son nom à la procédure : *legis actio per condictioem*. Le délai laissé au défendeur avant la désignation du juge lui permet de réfléchir, voire d'exécuter son obligation pour échapper au procès. Cette procédure présente un sérieux avantage : elle aboutit à une condamnation à payer une somme proportionnelle à l'intérêt en jeu et non pas une somme fixe. Cette somme va au gagnant et non au trésor public.

A l'époque classique, sous la procédure formulaire, les plaideurs utilisent la *condictio certae pecuniae* et la *condictio certae rei* qui, toutes deux, dérivent de la *legis actio per condictioem*, et qui présentent, par suite, des caractères spéciaux ( Institutes, [3, 15](#) ).

Sur la *condictio*.- V. Fernand de Visscher, *La condictio et la procédure formulaire*, Gand, 1923 ; Raymond Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. 2, 3e éd., op. cit., n° 83, pp. 128-129 ; Ulrich von Lübtow, *Beiträge zur Lehre von des Condictio nach römischen und geltendem Recht*, Berlin, 1952 ; Van Oven, « La forêt sauvage de la *condictio* classique », *Tijdschrift voor Rechts-geschiedenis*, Haarlem-Bruxelles, 1954, p. 267 ; Nicole Dockes, *Cours d'Histoire*

*des obligations en droit*, op. cit., fascicule I, pp. 20 - 21 ; Jean Gaudemet, *Les institutions de l'Antiquité*, 7e éd., op. cit., pp. 246-247.

## Chapitre II.- Extension de la notion d'obligation ( - 146 / 476 )

En droit classique la notion d'obligation est assez éloignée de celle des anciens romains. Le droit du créancier a essentiellement pour objet un acte dépendant de la volonté du débiteur ( Digeste, [44](#), 7, 3 ). L'obligation pèse sur la volonté non plus sur le corps du débiteur. Désormais le droit s'exerce sur quelque chose d'immatériel et non plus comme dans la période primitive, sur des objets matériels, voire sur des corps vivants. L'obligation est devenue un élément du patrimoine, un élément juridique.

A partir de ce moment, l'obligation devient rapport entre deux personnes, où les auteurs modernes ont cru déceler deux éléments distincts : le « devoir » et « l'engagement », dit l'auteur belge Cornil, « *Schuld* » et « *Haftung* » disent les germanistes après Otto von Gierke. La « *Schuld* », autrefois le *debitum*, désigne la prestation à laquelle est tenu le débiteur ( Digeste, [46](#), 2, 1 ; Digeste, [2](#), 14, 9 ). Il s'agit de son devoir. La « *Haftung* » représente la contrainte, la maîtrise exercée par le créancier sur le débiteur ( v. Alois Ritter von Brinz, « Der Begriff obligatio », *Zeitschrift für das privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, 1, 1874 ; Otto Friedrich von Gierke, *Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht, insbesondere die Form der Schuld und Haftungsgeschäfte*, Breslau, 1910,

rééd. Aalen, 1969 ; George Cornil, « Obligatio et debitum », *Mélanges Paul Frédéric Girard*, t. 1, 1912, pp. 199-263 ; Jean Maillet, *La théorie de Schùld et Haftung en droit romain*, thèse droit, Aix-en-Provence, 1944, 227 p. ).

Les Romains, peu inclinés aux synthèses, tentèrent durant cette période de classer les obligations. Au II<sup>e</sup> siècle de notre ère, le Jurisconsulte Julien opéra une double distinction : entre les « obligations civiles », sanctionnées en droit, et les « obligations naturelles », non sanctionnées ; puis entre ces deux sortes d'obligations et les « obligations morales », dépourvues de tout effet juridique. Mais c'est à Gaius que l'on doit la division fondamentale entre « contrats » et « délits ». D'après lui, toute obligation naît soit d'un contrat soit d'un délit ( *Institutes*, [3, 88](#) ). Les *Institutes* de Justinien reprendront cette classification en lui ajoutant deux autres sources : les « quasi-contrats » et les « quasi-délits » ( *Institutes*, [3, 13, 2](#) ).

On observe cependant que ces classifications se rattachent davantage à la pratique qu'à la science juridique proprement dite : elles sont l'oeuvre de praticiens qui en réalité ne cherchent pas la raison profonde et la source véritable de l'obligation. Néanmoins, même si le progrès positif n'est pas bien grand, il convient d'admirer l'effort puissant et réaliste soutenu par les Romains pour mettre en oeuvre la justice.

Une double évolution caractérise l'histoire des obligations à l'époque classique et au Bas-Empire : la transformation des formes de contracter ( section 1 ) et un renforcement du rôle de l'État en matière délictuelle ( section 2 ).

## **Section 1.- Transformation des formes de contracter**

**A Rome, les accords de volonté sont en principe renfermés dans tout un rituel, que viennent illustrer les solennités imposées par le *nexum* ou la *sponsio*. Mais le formalisme s'atténue à l'époque classique. Une catégorie de contrats comportant des cas d'application très nombreux prend le nom suggestif de contrats consensuels. Sanctionnés par le Droit civil ils se forment par simple accord de volonté des parties. Dans ces cas il y a absence totale de formalisme et pour eux le principe de l'autonomie de la volonté se trouve triompher, comme plus tard en France dans le Code civil de 1804. Quatre sortes de contrats entrent dans cette catégorie : vente, louage, société, mandat.**

**Parallèlement s'observe un accroissement très important du nombre des contrats, conséquence du changement radical survenu dans l'économie romaine au cours de la première moitié du II<sup>e</sup> siècle, avec le recul de l'agriculture et la forte progression des activités commerciales. Le développement de la puissance romaine depuis les guerres puniques ( 264-146 ) et l'exploitation toujours plus large du bassin méditerranéen permirent d'enrichir le trésor ( multiplication des entreprises publiques, des grands travaux, etc. ), d'affermir la grande propriété, de favoriser la concentration des capitaux et d'accroître l'activité bancaire ( v. Léon Homo, *Les institutions politiques romaines...*, op. cit., pp. 103 et suiv. ; Jacques Ellul, *Histoire des institutions*, op. cit., t. 1, pp. 292 et suiv. ). La croissance des grandes villes et les transformations économiques eurent**

notamment pour effet la diversification des contrats : on utilise le louage pour la location de logement, la construction de maisons, le transport, etc. ; à partir du II<sup>e</sup> siècle, les citoyens romains ayant pris l'habitude de tenir une comptabilité précise sur leurs registres, apparaît un nouveau contrat, appelé *expensilatio*, qui permet d'opérer une novation de l'obligation par changement de débiteur au moyen d'un simple jeu d'écriture ( A est créancier pour 100 de B, qui lui-même est créancier de C pour la même somme. Sur l'invitation de B, A va cesser d'être créancier de celui-ci, pour devenir, à la place, créancier de C ).

Une vie sociale devenue plus intense eut donc pour effet de multiplier considérablement le nombre des rapports de droit. L'ouverture au consensualisme répondit en partie à cette évolution ( § 1 ). L'hypothèque introduite à l'époque impériale permit d'améliorer la sécurité des transactions ( § 2 ). Mais au Bas-Empire la conjoncture se dégrada : la crise économique et la paupérisation de la société romaine ( disette, surproduction, poids des impôts, hausse des prix, etc. ) incitèrent les pouvoirs publics à mener une politique dirigiste, au détriment de la liberté contractuelle ( § 3 ).

### **§ 1.- Le consensualisme**

La plupart des auteurs s'accordent à l'admettre, au début du I<sup>er</sup> siècle avant Jésus-Christ les Romains reconnaissaient la validité d'un contrat consensuel de

vente ( *emptio venditio* ). Désormais une simple manifestation de volonté suffit à concrétiser des opérations comme la vente, le louage, le mandat ou le contrat de société. Pour que le contrat se forme valablement, il faut des parties en communauté de sentiments ( *cum sentire* ). Le consentement peut être exprès ou même tacite, se manifester verbalement, par l'envoi de messenger, de lettre, ou de toute autre manière ( Digeste, [2, 14, 2](#) ). Les parties sont libres de manifester leur volonté comme elles l'entendent, à condition de rester dans le cadre des opérations économiques définies par le droit ( v. Joseph Declareuil, *Rome et l'organisation du droit*, coll. L'évolution de l'Humanité, Albin Michel, Paris, 1924, pp. 249 et suiv. ; Jean-Louis Gazzaniga, *Introduction historique..*, op. cit., n°s 107-110, pp. 125-130 ).

A l'époque de Quintus Mucius Scaevola ( consul en 95 av. J.-C. ) la vente entre citoyens romains était sanctionnée par des actions de bonne foi ( Cicéron, *De officiis*, [III, 66](#) ) ; généralement utilisées en matière d'obligations synallagmatiques : tutelle, société, fiducie, mandat, vente, louage ( Cicéron, *De officiis*, [III, 70](#) ), gestion d'affaires, dépôt et commodat ( Gaius, [4, 62](#) ).

Durant cette période, le préteur réprime une nouvelle catégorie de délits plus complexe ( délits prétoriens ), les diverses manoeuvres pouvant entourer le consentement donné à des actes juridiques et leurs conséquences : violence produisant la peur ( *metus* ), dol ( *dolus malus* ), fraude ( *fraus* ). L'influence de la philosophie stoïcienne, préconisant la bonne foi et l'honnêteté dans les affaires, favorisa cette évolution.

La notion classique de *violence* suppose une contrainte physique ou morale, actuelle, exercée au moyen d'actes réprouvés par la loi ou les moeurs,

susceptibles de mettre en danger la victime du délit ou ses proches et tels que l'homme le plus ferme puisse en être affecté ( Digeste, [4, 3, 1](#) ; [4, 6, 9](#) ). La répression de ce délit remonte à l'édit du préteur Octavius, en 79 ou 71 avant Jésus-Christ.

Quant au *dol*, un édit pris par le préteur Aquilius Gallus, vers 66 avant Jésus-Christ, le limite aux actes de simulation. Cicéron rapporte une anecdote où quelqu'un usa de *dol* pour tromper un acheteur éventuel : il avait disposé des constructions destinées à faire illusion sur la valeur du domaine dont il s'agissait ; on ne put poursuivre ces machinations car les actions de *dol* n'existaient pas encore ( *De natura deorum*, [III, 30, 74](#) ; *De officiis*, [III, 14, 57](#) ).

Dans la doctrine classique, la notion vise « toute fourberie, tromperie, machination destinée à circonvenir, tromper ou décevoir autrui » ( Labéon ; Digeste, [4, 3, 1, 2](#) ). Le mot *dol*, emprunté au latin *dolus*, viendrait du grec « *dolos* », désignant l'appât employé pour attirer les poissons ( v. le *Dictionnaire historique de la langue française*, op. cit., sous l'art. *dol* ).

La *fraude* à l'égard des créanciers ( *fraus creditorum* ), réprimée dès le temps de Cicéron, embrasse les actes par lesquels un débiteur se rend volontairement insolvable ou augmente son insolvabilité. Selon le jurisconsulte Papinien, la fraude résulte non de l'événement mais de l'intention : elle suppose toujours la mauvaise foi ( Digeste, [50, 17, 79](#) ).

Pour la première fois peut-être, à l'occasion de ces délits s'esquisse la pensée de rattacher la peine ( *poena* ) à l'intention coupable. Violence, *dol*, fraude la supposent.



## **§ 2.- L'hypothèque**

**Des garanties sont fréquemment accordées au créancier pour l'exécution des obligations par le débiteur. La « sûreté personnelle », consistant dans un droit de créance supplémentaire auquel consentent certaines personnes ( débiteur solidaire, caution ), se distingue de la « sûreté réelle » consentie par le débiteur sur ses biens.**

**L'ancien droit romain admettait plusieurs types de sûretés réelles : la fiducie, résultant d'un transport solennel de propriété, et le gage, résultant d'une tradition de la possession. Sous l'Empire s'y ajoute l'hypothèque, sûreté constituée sans déplacement de propriété ou possession, en accordant un droit réel au créancier sur la chose du débiteur. L'hypothèque portait indifféremment sur des meubles ou immeubles.**

**Dès le temps de Caton l'ancien ( 234-149 ) l'usage était d'affecter à la garantie du propriétaire foncier le matériel destiné à faire la récolte, quand un entrepreneur achetait à crédit le produit d'une vigne ou d'une oliveraie. Au début de l'Empire il en va de même en matière de baux agricoles. Un propriétaire romain affermant des terres pour la culture a en face de lui un fermier dans une situation pécuniaire médiocre. Quelles sûretés ce propriétaire ( *locator* ) pouvait-il bien obtenir de lui en garantie ? Ses possessions se limitaient d'ordinaire à son**

matériel de culture et ses animaux, ce que l'on appelle les « *insecta et illata* ». Or s'il les remettait en gage, il perdait le moyen de mettre les terres en culture. Aussi eut-on l'idée de considérer ces objets comme affectées à la garantie des dettes du fermier, mais en demeurant sur le fonds sans remise à titre de gage.

Contrairement à notre moderne hypothèque, l'hypothèque romaine ne nécessitait aucune publicité. D'où bien évidemment de nombreux abus, tel le crime de *stellionat* que réprimèrent les empereurs, consistant à aliéner un bien ou à l'hypothéquer sans déclarer les hypothèques dont il se trouvait déjà grevé par ailleurs ( Digeste, [13](#), 7, 36, 1 ). Le mot *stellionat* dérive du bas latin *stellionatus*, désignant toute espèce de fraude ( v. Pothier, *Traité de la procédure civile*, éd. Bugnet, Paris, 1861, t. 10, n° 692, p. 314 ). Lui même prendrait son étymologie du *Stellion* ( terme dérivé de *stella* « étoile » ), nom d'un lézard gris, vénimeux, des bords de la Méditerranée orientale, ainsi nommé en raison de sa fourberie : parce qu'il change de couleur ( v. Pline l'ancien, *Histoire naturelle*, VIII, 49, 111 ; Charles-Emanuel De Ville, *Estat en abrégé de la Justice ecclésiastique et séculière du Pays de Savoie*, Du-Four, Chambéry, 1674, 1, pp. 150-151 ; Jean-Léopold Cot, *Dictionnaire de la législation des États Sardes*, 2e éd., op. cit., pp. 1936-1937 ; *Dictionnaire historique de la langue française*, op. cit., sous l'art. *stellion* ).

### § 3.- Réaction contre l'insécurité des transactions

A partir du III<sup>e</sup> siècle après Jésus-Christ, la société romaine doit faire face à de sérieuses difficultés économiques, débouchant sur une quasi disparition de la classe moyenne. Seules subsistent une classe puissante et riche ( « *honestiores* » = les plus considérables ) et une classe pauvre ( « *humiliores* » = les plus humbles ), nettement tranchées et séparées par des barrières non seulement socio-économiques, mais également juridiques et politiques. La classe pauvre protestait souvent et se soulevait parfois ; comme elle le fit en Orient ( 368 ). A l'origine de ces problèmes revient toujours la prépondérance du grand propriétaire ( le « *potens* » ).

Désireux d'atténuer ces inégalités, les empereurs élaborèrent une législation sociale protectrice et humanitaire favorable aux pauvres : blocage des prix ; exemptions d'impôts au profit des indigents et pères de 5 enfants ; intervention de l'Empereur dans les procès dirigés contre des *humiliores* ; création d'un *defensor* ( 364 ) chargé de protéger les *humiliores* contre les puissants et les fonctionnaires ; etc.

Comme la liberté individuelle ne pouvait plus s'exercer de manière satisfaisante eu égard aux disparités de fortune, l'État jugea utile d'intervenir en matière contractuelle pour compenser le déséquilibre entre les catégories sociales. Il mit en place plusieurs mesures : exception de l'argent non compté ( A ) ; notion de retrait litigieux ( B ) ; rescision de la vente en matière immobilière ( C ) ; etc..

A.- L'exception de l'argent non compté ( *exceptio non numeratae pecuniae* )

Introduite pour la première fois dans une constitution de l'Empereur [Caracalla](#) ( 215 ), l'exception de l'argent non compté permet au débiteur, lorsqu'il a signé une reconnaissance de dettes sans avoir reçu l'argent, de mettre à la charge du créancier la preuve du versement. Toutefois, ce remède s'étant révélé insuffisant, une constitution de [Sévère Alexandre](#) de 223 autorisa le débiteur à exposer l'affaire au magistrat pour obtenir la restitution de la reconnaissance de dette ( Code, [4](#), 30, 3 & 7 ; v. également Merlin de Douai, *Répertoire universel...*, 4e éd., op. cit., t. 4, pp. 906-907 ; Paul Ourliac et Jean de Malafosse, *Histoire du droit privé*, t. 1, *Les Obligations*, 2e éd., Paris, P.U.F., 1969, n° 39, pp 51-52 ; André-Edmond Giffard et Robert Villers, *Droit romain...*, 4e éd., op. cit., n°s 274-276, pp. 189-192 ; Roger Vigneron, « *De non numerata pecunia* », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 58, Haarlem-Bruxelles, 1990, pp. 160-163 ).

Un moyen similaire, l'exception de *dote cauta non numerata*, s'utilisait encore en Savoie au XVIIIe siècle pour la constitution de la dot de l'épouse. Le mari - ou ses héritiers - pouvait soulever l'exception lorsqu'il avait donné quittance sans avoir reçu la dot ( v. Antoine Favre, *Codex fabrianus*, Lyon, 1606, 5, 10, *de dot. caut. non num.* ; Jean-Léopold Cot, *Dictionnaire de la législation des États Sardes*, 2e éd., op. cit., pp. 1134-1135 ; Yves Lassard, *La femme et la dot dans la région chambérienne de 1782 à 1802 d'après les minutes des notaires*, Mémoire de D.E. A., Grenoble 1984-1985, pp. 63 et suiv. ).

## B.- La notion de retrait litigieux

Cette disposition, contenue dans deux lois célèbres *Per diversas* et *Ab Anastasio* ( Code, [4](#), 35, 22 & 23 ), permet de lutter contre une pratique spéculative d'*honestiores* qui achètent des créances litigieuses pour une somme dérisoire et abusent ensuite de leur position sociale pour obtenir le remboursement à un prix supérieur au montant nominal de la créance. Au IV<sup>e</sup> et V<sup>e</sup> siècles, les empereurs Honorius et Théodose prohiberont toute cession en faveur des *honestiores* ; le débiteur n'étant désormais tenu qu'à rembourser le seul prix d'achat de la créance. Pour des raisons similaires, Justinien interdira de céder à un tuteur des créances contre son pupille ( Nouvelles, 72, 5 ).

Appliquée moins strictement dans notre ancien droit, cette notion figure dans le Code civil de 1804 sous l'article 1699. D'après la jurisprudence de la Cour de cassation, le droit au retrait litigieux ne peut s'exercer que si le cessionnaire a la qualité de défendeur à l'instance en contestation du droit litigieux ( Cass., Com., 26 mars 1973 ; Cass., Civ. 1, 10 janvier 1967 ; v. Paul Ourliac et Jean de Malafosse, *Histoire du droit privé*, t. 1, 2<sup>e</sup> éd., op. cit., n° 215, pp 237-238, n° 221, pp. 243-244 ; Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 3<sup>e</sup> éd., op. cit., n° 2355, pp. 738-739 ).

## C.- Rescision de la vente d'immeuble

Durant la période classique, les juristes admettaient la validité de la vente, même quand le prix ne correspondait pas à la valeur de la chose vendue, sous réserve de ne pas commettre de *dolus malus* ( Digeste, [19](#), 2, 22, 3 ). Mais au Bas-Empire on assiste à un revirement : un rescrit attribué à Dioclétien et Maximien ( probablement interpolé ) donne au vendeur une action pour faire rescinder la vente, au cas où existerait une disproportion d'outre moitié entre la valeur de l'immeuble et le prix payé. Admise par l'ancien droit français, la notion de lésion figure encore dans notre Code civil ( art. 1674 ). Mais à la différence du droit romain, la lésion doit excéder les 7/12 du prix de vente de l'immeuble ; pour les rédacteurs du Code, en effet, une différence d'outre moitié ne constitue pas une disproportion suffisamment excessive ( Tronchet, Travaux préparatoires du Code civil, sous l'art. 1674 ).

## Section 2.- Renforcement du rôle de l'État en matière délictuelle

Avant même le début de la période classique l'obligation délictuelle se trouve sanctionnée judiciairement : la victime doit en principe s'adresser à l'État pour obtenir réparation. Si après avoir saisi la justice elle prouve avoir été victime d'un dommage en violation d'une loi ou d'un édit du magistrat, elle obtient condamnation du coupable.

En droit classique et au Bas-Empire coexistent deux sortes d'actions : les

« actions pénales », très proches de l'ancienne vengeance privée, qui permettent à la victime d'obtenir une composition dépassant l'évaluation du dommage ( d'ordinaire un multiple ) ; les actions *réipersécutoires*, dans lesquelles prédomine le point de vue économique, qui tendent à la réparation pure et simple du préjudice causé. Mais à mesure que s'éloigne l'idée de vengeance, la *poena* auparavant élément distinctif des obligations délictuelles s'effacera de plus en plus au profit de la *rei persecutio* caractérisant les obligations contractuelles ; d'où un rapprochement inévitable entre ces deux types d'obligations.

Dès la fin de la République, l'État profite de sa position dominante pour augmenter le nombre des délits sanctionnés. Pour réprimer les violences et les voies de fait, fréquentes au cours des guerres civiles antérieures aux dictatures de Sylla ( 82-79 ) et de César ( 46-44 ), par une intervention législative et prétorienne il réforme le délit d'injure ( § 1 ) et sanctionne la *rapina* ( § 2 ).

### § 1.- Réforme du délit d'injure

Ce délit est celui qui a conservé le plus de traces d'archaïsmes à l'époque classique, la sanction s'appuyant toujours sur l'idée de vengeance. Au temps de Cicéron encore la répression tend à satisfaire la vengeance bien plus qu'à réparer un dommage subi. L'intervention du législateur donnera à ce délit un certain caractère public.

Durant la dictature de Sylla ( vers 80 environ av. J.-C. ), la loi Cornelia *de injuriis* vient réprimer les violences et voies de fait inhérentes aux incessantes guerres civiles déchirant Rome. Cette loi réprime les coups et blessures et les violations de domicile au moyen d'une nouvelle action ( Digeste, [47](#), 10, 5 ) qui soumet les faits à un jury. Elle présente un certain caractère public, étant exercée dans l'intérêt de la Société, mais conserve néanmoins un caractère privé, en ce sens qu'elle demeure réservée à la victime du délit et non pas offerte à tout citoyen comme pour les actions publiques. Au cours du Haut-Empire le délit d'injure deviendra passible de peines criminelles. Une peine corporelle sera infligée - la bastonnade pour les *humiliores*, la flagellation pour les esclaves - et pour les *potentiores* l'exil temporaire.

## § 2.- La *rapina*

La répression de ce délit fait également suite aux troubles sociaux du dernier siècle de la République. De même que Sylla avait réprimé les violences commises contre les personnes ainsi que la violation du domicile ( la loi Cornelia *de injuriis* ), quelques années plus tard ( 76 av. J.-C. ), le préteur pérégrin Terentius Lucullus introduisit dans son Édît une nouvelle action pénale pour les dommages causés aux biens. Le préteur Terentius Lucullus ( + vers 50 av. J.-C. ), fils de Licinius Lucullus, un des plus grands généraux romains, usa de sa position pour contenir les désordres habituels lors des guerres civiles. Il laissa



le souvenir d'un excellent administrateur ( *Nouvelle biographie générale*, sous la direction du Dr. Hoefer, Firmin Didot, Paris, 1862, t. 32, pp. 186-187 ).

Il visait probablement les dommages causés en bandes et en armes. Le vol commis avec violence par un seul individu fit également l'objet de sanctions quelques années plus tard. Comme toute action prétorienne, l'action est donnée pendant une année utile pour le quadruple de la valeur de la chose. Au-delà d'un an, elle est donnée au simple. Les héritiers de la victime peuvent également en bénéficier.

Sur la rapina.- V. Raymond Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. 2, 3e éd., op. cit., n° 46, pp. 76-78 ; V. Serrao, *La Jurisdictio del pretore peregrino*, 1954 ; J. Rouvier, « Remarques sur l'*actio vi bonorum raptorum* », *Revue historique de droit français et étranger*, 1963, p. 443 ; Marco Balzarini, *Ricerche in tema di danno violente e rapina nel diritto romano*, Padoue, 1969 ; Letizia Vacca, *Ricerche in tema di actio vi bonorum raptorum*, Milan, 1972.

### Chapitre III.- Régression de la notion d'obligation ( 476 - XIIe siècle )

Vers le milieu du IVe siècle, le monde barbare vit dans un dangereux état de fermentation. Dans les pays germaniques, à l'est du Rhin et au nord du Danube, les Barbares prennent conscience de leur force ; leurs attaques se reproduisent avec une fréquence sans cesse accrue et chaque jour plus redoutable par le

nombre même des assaillants comme par la cohésion qu'assurent les victoires et le butin.

Les Huns entrent en Europe au cours de la seconde moitié du IV<sup>e</sup> siècle.

Conscients du danger, les Ostrogoths tentent d'arrêter l'envahisseur. Ils lui opposent une résistance farouche, mais ne peuvent que retarder la catastrophe : vaincu au cours d'une bataille décisive, vers 370, leur roi Ermenrich se donne la mort ; son successeur Withimer est tué à son tour peu après. L'ébranlement causé par cette invasion se communique de proche en proche et gagne jusqu'aux plus lointaines extrémités de la Germanie occidentale.

Suivant la trace des conquérants [Goths](#), Vandales, Francs ou Burgondes, les Huns s'élancent à l'assaut des derniers débris du monde romain. Rome menacée, [Honorius](#) ( emp. d'Occident de 395 à 423 ) s'installe à Ravenne que défendent ses marécages. Sous [Valentinien III](#) ( emp. d'Occident de 425 à 455 ), le général Aetius bat le roi des Huns Attila aux [Champs Catalauniques](#) ( 24 juin 451 ). Mais en 476, la disparition de l'autorité impériale provoque l'[effondrement de l'Empire](#) d'Occident. Le Germain Odoacre ( vers 434 - 493 ), officier de la garde, dépose l'empereur [Romulus Augustule](#). Désormais l'Occident se trouve aux mains des Barbares.

Comme vue générale sur cette période.- V. Félix Dahn, *Die Könige der Germanen, das Wesen des ältesten Königtums der germanischen Stämme und seine Geschichte bis zur Auflösung des karolingischen Reiches*, Munich, puis Würzburg et Leipzig, 1861-1909, 12 t. en 20 vol. ; Otto Seeck, *Geschichte des Untergangs der antiken Welt*, Berlin, puis Stuttgart, 1895-1921, 6 vol. ; J. B. Bury,

*History of the later Roman Empire from the death of Theodosius I to the death of Justinian*, Londres, 1923, 2 vol. ; Louis Halphen, *Les Barbares des grandes invasions aux conquêtes Turques du XIe siècle*, Librairie Félix Alcan, Paris, 1926, 393 p. ; André Piganiol, *L'Empire chrétien, 325-395*, P.U.F., Paris, 1947, 446 p. ; *Histoire Générale des civilisations*, publiée sous la direction de Maurice Crouzet, t. III, *Le Moyen Age, l'expansion de l'Orient et la naissance de la civilisation occidentale*, 5e éd., P.U.F., Paris, 1967, 681 p. ; Émilienne Demougeot, *L'Empire romain et les Barbares d'Occident ( IVe-VIe s. )*, 2e éd., Scripta varia, Publications de la Sorbonne, Paris, 1988, 420 p.

La régression de la notion d'obligation s'explique à la fois par la perte de l'unité juridique ( section 1 ), mais aussi par la dénaturation des systèmes obligataires ( section 2 ).

### **Section 1.- Perte de l'unité juridique**

Au Ve siècle, la Gaule, comme tout l'Empire, était soumise au droit romain : le droit du Bas-Empire, centralisateur, assurait partout l'emprise de l'État. Le démembrement de l'Empire d'Occident porta un coup fatal à l'unité du droit : la diversité des lois ( § 1 ) et l'application du principe de personnalité ( § 2 ) ruinèrent en partie la culture juridique des Romains.

## § 1.- Diversité des lois

Dans le cours du Ve siècle, trois [royaumes barbares](#) se fondèrent en Gaule : celui des Burgondes, celui des Wisigoths et enfin celui des [Francs](#).

Les Barbares ignoraient la loi proprement dite, qui se conçoit comme étant imposée ; ils vivaient sous l'empire de la coutume, résultant du consentement tacite de la population. Le droit des peuples germaniques était formé de deux groupes de coutumes : d'une part les « *Leges barbarorum* », c'est-à-dire les rédactions faites à partir du Ve siècle, généralement en langue latine, qui toutes ont subi l'influence de la civilisation romaine, à un degré plus ou moins avancé ; d'autre part les vieilles lois ou coutumes danoises, suédoises, norvégiennes, irlandaises. Ce droit dérivait en grande partie du fonds primitif commun aux peuples indo-européens, et, dans son ensemble, était resté très archaïque : à l'époque des invasions, il aurait été moins avancé dans son développement que le droit romain à l'époque des XII Tables. Le pouvoir royal n'exerçait, en principe, aucune influence sur ce droit populaire.

Avec la disparition de l'Empire d'Occident, tarit la seule source où puisait encore le droit romain : les constitutions impériales. A la vérité, les rois des divers royaumes germaniques auraient sans doute pu maintenir la tradition des empereurs. En fait, ils y renoncèrent, comme arrêtés par la conception germanique du droit populaire. Les rois wisigoths et burgondes consentirent tout au plus à faire composer des rédactions abrégées et commodes, pour

rendre service à leurs sujets gallo-romains. Les rois francs ne jugèrent pas opportun de prendre cette peine ; sans doute parce que la population vivant suivant le droit romain était plus clairsemée au nord du Plateau Central.

Ainsi abandonné à lui-même, le droit romain se fût sans doute figé dans une immobilité complète, si lui aussi n'avait fini par apparaître comme la coutume nationale rédigée des Gallo-Romains. Ainsi donc, au droit populaire se superposa le droit romain ( v. Ernest Perrot, *Précis élémentaire de droit romain*, 1927, pp. 126-127 ; Ernest Perrot, *Précis élémentaire d'histoire du droit français public et privé*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1930, fasc. 1, pp. 90 et suiv. ).

## § 2.- Le principe de personnalité

Dans la conception romaine de l'État, la loi s'applique à un territoire, selon le principe de « territorialité des lois ». Les peuples germaniques, au contraire, demeurent au stade tribal et ne connaissent le plus souvent que la loi de leur race, en application de la « personnalité des lois » ( le mot race, emprunté à l'ancien provençal *rassa* ou au latin *generatio*, désigne un groupe de personnes apparentées par mariage ; autrement dit une famille, une descendance ).

Après les invasions, chacun vécut sous sa loi particulière : les Gallo-Romains conservèrent la jouissance de leurs lois, et les peuples germaniques leur droit national. De la sorte se posait toujours la même question au début de chaque

procès : « *Sub qua lege vivis* » ( « sous quelle loi vivez-vous ? » ). Chacun devait répondre en indiquant son origine.

La loi applicable à chaque homme était nécessairement déterminée par sa naissance, l'enfant légitime prenait la nationalité et la loi de son père, et l'enfant illégitime celles de la mère. Cette règle comportait néanmoins quelques exceptions : d'après la loi des Francs Ripuaires, si deux parties de nationalités différentes se trouvent en présence, il faut appliquer la loi du défendeur ( *loi Ripuaire*, 31, 3 ) ; au cas de vente ou de donation il faut observer les formalités prévues par la loi de l'aliénateur ; les femmes mariées prennent toujours la loi de leur mari ; etc.

Mais un tel système devint vite fertile en difficultés de tous ordres : les Wisigoths, qui préféraient l'idée romaine, adoptèrent rapidement la territorialité ; les lombards l'admirent difficilement, au VIII<sup>e</sup> siècle, pour leurs sujets romains ; les Francs, plus indépendants, gardèrent le système de la personnalité pendant cinq siècles. Cette confusion prouve la force des oppositions ethniques et le maintien des coutumes anciennes. Au IX<sup>e</sup> siècle, Agobard, évêque de Lyon, écrivait que souvent cinq hommes se trouvaient réunis, qui vivaient sous cinq lois différentes

Sur la personnalité des lois.- On se reportera aux ouvrages de Paul Viollet,

*Histoire du droit civil Français*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, 1905, n<sup>o</sup>s 93-94, pp. 102-104 ;

Adhémar Esmein, *Cours élémentaire d'Histoire du droit Français*, 14<sup>e</sup> éd.,

Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1921, pp. 44-56 ; Lucien Musset, *Les invasions :*

*les vagues germaniques*, Nouvelle Clio, P.U.F., Paris, 1965, pp. 146, 205, 279-

281 ; Paul Ourliac et Jean-Louis Gazzaniga, *Histoire du droit privé français*, op. cit., pp. 38 et suiv.

## Section 2.- Dénaturation des systèmes obligataires

De bonne heure, certaines institutions romaines se communiquèrent aux Barbares, et les Romains, de leur côté, adoptèrent certaines coutumes germaniques.

La loi *Gombette* par exemple, promulguée vers 501 à Ambérieu-en-Bugey par le roi des Burgondes Gondebaud, présente en de nombreuses matières des solutions empruntées au droit romain : les dispositions du Code de Gondebaud, relatives au divorce, offrent en effet une analogie frappante avec les règles édictées par le Code Théodosien ( Loi *Gombette*, 34, 3 ; Code Théodosien, [3, 16](#), 1 ) ; la loi burgonde, comme la loi romaine, interdit de donner en gage les esclaves agricoles et les bœufs servant au labour ( Loi *Gombette*, 105 ; Code Théodosien, [2, 30](#), 1 ) ; la responsabilité du fait des animaux ou des choses inanimées est réglementée conformément aux solutions dégagées par les Sentences de Paul ( Loi *Gombette*, 18 ; Sentences, [2, 4](#), 2 ) ; etc. En sens inverse, les Gallo-Romains adoptèrent notamment le système germanique des compositions pécuniaires ( v. Laurent Chevallier, *Recherches sur la réception du droit romain en Savoie des origines à 1789*, Gardet, Annecy, 1953, pp. 10-13 ; Jacques Ellul, *Histoire des Institutions*, t. 3, 7e éd., P.U.F., Paris, 1976, pp. 38-

39 ).

**A première vue, le système répressif des Romains faisait contraste avec celui des Germains. Mais à les considérer de près, ils n'étaient pas inconciliables. Aussi finirent-ils par se rapprocher ( § 1 ). En matière contractuelle, la situation évolua différemment : le droit romain se dégrada progressivement pour céder la place à des coutumes plus ou moins consistantes ( § 2 ).**

### **§. 1.- Rapprochement des systèmes délictuels**

**Les invasions barbares mirent en contact deux systèmes répressifs : le système romain et le système germanique. Sans doute, le principe de la personnalité des lois laissait à chaque race son droit pénal particulier ( A ). Mais il se prêtait mal à la situation : il était simple en apparence, très compliqué en réalité et fertile en difficultés. Cette inadaptation conduisit à une symbiose du droit romain et des usages germaniques ( B ).**

#### **A.- Distinction des régimes juridiques**

**Au Ve siècle, il y a déjà longtemps que les Romains distinguent deux sortes de**



délits : les délits publics ( *crimina* ), lésant l'intérêt général, qui entraînent un châtement prononcé par les tribunaux répressifs ; les délits privés, lésant des intérêts particuliers, sanctionnés par une peine d'amende ( *poena* ) allouée à la victime par les juridictions de droit commun. Mais certains faits, comme le vol, peuvent s'envisager comme délits privés ou comme délits publics. La personne volée peut choisir entre l'action privée ( *actio parti* ), qui tend à obtenir deux à quatre fois la valeur du préjudice subi, et l'action criminelle, qui donne lieu à châtement corporel. Par ailleurs, certains délits publics, tel le meurtre, concernent directement les particuliers. Ceux-ci peuvent en effet exercer leur droit de vengeance, à condition toutefois de recourir à la justice.

Le système germanique est beaucoup plus grossier que le système romain. Sauf quelques cas intéressant la collectivité, comme la trahison ou la désertion à l'ennemi, les Germains ne connaissent que des délits privés, ne mettant pas en cause l'autorité publique. La partie lésée, par voie d'action directe, peut exercer son droit de vengeance les armes à la main : le mari peut tuer la femme adultère et son complice ( *lex Wisigothorum*, [3, 4](#) ) ; le père peut se venger comme il veut en cas d'enlèvement de sa fille ( *lex Wisigothorum*, [3, 3, 6](#) ). Il s'agit parfois d'une guerre privée dans laquelle se trouvent entraînées la famille de la victime et celle du coupable. Cependant elles y renoncent souvent, moyennant une composition calculée en têtes de bétail, que s'engage à verser la famille du coupable. Pour se la faire payer, l'intéressé peut chercher à s'entendre à l'amiable avec son adversaire. Mais il peut aussi s'adresser à la justice, afin d'obtenir la condamnation du coupable. La fixation de la composition n'est jamais arbitraire : elle tient compte d'un taux fixé par la coutume. Une part revient à la cité ou au roi pour prix du service rendu.

## **B.- Symbiose du droit romain et des usages germaniques**

**Nous nous trouvons en présence de deux modes de répression des délits : le système des peines privées, qui comporte une composition pécuniaire due à la victime ( 1 ) ; le système des peines publiques, peines corporelles ou amendes profitant à l'autorité publique ( 2 ).**

### **1.- Le système des peines privées**

**A l'époque mérovingienne, le système des compositions pécuniaires se généralise pour les délits privés. Les Germains renoncent à la guerre. Ils acceptent de compter en monnaie métallique, en sous d'or, plutôt qu'en têtes de bétail. Les Romains s'habituent eux aussi à ce régime même pour les faits les plus graves. Il ne semble pas en revanche qu'il se soit établi un tarif officiel applicable.**

**En cas de meurtre, la composition versée par le coupable ( *Wergeld* ) varie selon le sexe, l'âge, la race et le degré de liberté de la victime. Le *Wergeld*, signifiant « prix de l'Homme », représente la valeur pécuniaire de chaque individu. Il**

correspond approximativement à nos dommages-intérêts. D'après la loi Salique ( loi des Francs Saliens ), il équivaut à 200 sous d'or pour un Franc, à 100 sous d'or pour un Romain, et à 50 sous d'or pour un affranchi. Le tarif doit être multiplié par trois lorsque la victime se trouve être un fonctionnaire royal ou une personne que le roi tient sous sa protection.

Le *Wergeld* sert souvent de point de départ pour le calcul des impositions applicables aux autres délits contre les personnes. La somme due pour chaque blessure correspond généralement à une fraction de *wergeld*. Cependant on tient compte de l'importance du préjudice : le doigt qui lance la flèche vaut davantage qu'un autre doigt ; la main du joueur de harpe et l'oeil unique du borgne constituent des dommages importants.

En cas de délit contre les biens, la composition comporte toujours un double élément : la *poena*, qui assure la punition du coupable, et une indemnité correspondant au dommage causé. Cette dernière se divise elle-même en deux parties : la *capitale*, représentant le corps du délit ou sa valeur, et la *dilatatura*, qui indemnise la victime de la privation de la chose.

## 2.- Le système des peines publiques

A partir du VI<sup>e</sup> siècle, les Germains s'ouvrent de plus en plus à la notion de peine corporelle, quand survient un trouble à l'ordre public. A la faire appliquer la

victime donne satisfaction à ses sentiments de vengeance, sans en retirer aucun profit personnel.

La place des peines corporelles n'était pas très grande au début de l'époque mérovingienne, puisque le meurtre lui-même donnait lieu à une composition. Toutefois, pour des motifs d'ordre public, les rois francs étendirent bientôt les peines corporelles à tous leurs sujets sans distinction de race. Ils estimaient en effet que, parmi les délits considérés comme privés, quelques-uns méritaient une répression publique. La première tentative dans cette voie fut faite à l'époque mérovingienne par le roi d'Austrasie Childebert II : dans sa *Decretio* de 595, il décida que l'homicide commis sans cause serait puni de mort.

Durant l'[époque Carolingienne](#), le mouvement s'étendit à tout l'Empire Franc. Des capitulaires établissent des peines corporelles dans quatre cas : le meurtre, le rapt, l'incendie et le vol. Les trois premiers cas sont punis par la peine capitale ; à l'exception toutefois de l'homicide involontaire et du meurtre commis en état de légitime défense, qui continuent à donner lieu à une composition pécuniaire. Pour le vol, la loi prévoit la mutilation de divers membres et la mort en cas de récidive ( v. Auguste Dumas, *Cours d'Histoire du Droit Privé*, Doctorat, Université Aix-Marseille, s. d., photocopié, pp. 13 et suiv. ).

§. 2.- Altération du système contractuel romain

Au VII<sup>e</sup> siècle l'invasion arabe porta un coup qui devait séparer la Gaule franque, et plus généralement l'Occident, de l'Orient : la Méditerranée cessait d'être la mer romaine et le lieu du plus intense trafic commercial international. Cette période est indéniablement une période de déclin pour la civilisation : les usages des peuples implantés sur une bonne partie de l'ancien Empire d'Occident, de la Gaule en particulier, ne comportent en effet qu'un minimum de relations obligatoires ( v. Louis Halphen, *Les Barbares des grandes invasions aux conquêtes...*, op. cit., pp. 131 et suiv. ; Henri Pirenne, *Histoire économique de l'Occident médiéval*, 1951 ; Jacques Pirenne, *Les grands courants de l'Histoire universelle*, t. 2, *De l'expansion musulmane aux traités de Westphalie*, Neuchatel-Paris, 1947, pp. 23 et suiv. ; Jean Maillet, *Histoire des faits économiques des origines au XX<sup>e</sup> siècle*, Payot, Paris, 1952, p. 93 ).

Durant cette période, comme au temps des débuts de l'ancienne Rome, la notion d'obligation s'insère dans un cadre formaliste. L'accord des volontés ne produit d'effet que s'il se manifeste par une forme solennelle ou une prestation. Les Germains, autant qu'on puisse le savoir, n'ont jamais reconnu l'effet obligatoire du seul consentement ( Tacite, *Germaniae*, [XXIV](#) ).

Dans la loi Salique ( [51](#) & [52](#) ), qui représente sans nul doute le droit le plus « pur », les contrats sont soit formels ( A ) soit réels ( B ). Ce formalisme disparaîtra au XIII<sup>e</sup> siècle, sous l'influence du droit canonique.

#### A.- Les contrats formels

Au cours de la période franque, les contrats formels jouent de nouveau un rôle très important. A l'image de la stipulation romaine ( *stipulatio* ), la *fides facta* ( foi jurée ) germanique comporte une promesse faite par le débiteur sur une interrogation du créancier. Cependant la loi Salique va au-delà du droit romain, en ajoutant le geste à la parole. Le formalisme consiste en une promesse rituellement prononcée, accompagnée d'un geste rituel et symbolique, double solennité par conséquent de paroles et de gestes dont dépend la validité de l'acte.

Les parties doivent donc prononcer des paroles rituelles et faire les gestes appropriés. Mais sur la nature de ces gestes la loi Salique reste à peu près muette. La loi voisine des Francs ripuaire parle d'une *festuca* ( fétu ), rameau d'arbre, bâton, qui passe du débiteur au créancier, symbolisant renonciation à un droit transféré ( *loi Ripuaire*, 3, 66 ). Tantôt le débiteur montre qu'il s'engage en jetant la *festuca* à terre, tantôt les deux parties rompent la *festuca* et gardent chacune un morceau, pour montrer que l'affaire est conclue. Cette habitude tendra à disparaître dès la fin de l'époque franque, mais, longtemps encore, les paysans conserveront la pratique de rompre une paille pour conclure une affaire : « Une paille rompue rend entre gens d'honneur une affaire conclue » ( Molière, [Dépit amoureux](#), IV, 4 ).

En cas d'inexécution de la *fides facta*, le débiteur récalcitrant est frappé d'amende, puis sommé trois fois par le créancier qui doit l'attendre jusqu'au coucher du soleil. Il peut ensuite saisir ses biens et le retenir prisonnier ( v. Jean

Brissaud, *Manuel d'Histoire du droit privé*, Fontemoing, Paris, 1908, pp. 427-431 ; Gabriel Lepointe et Raymond Monier, *Les obligations en droit romain...*, op. cit., pp. 450-455 ; Paul Ourliac et Jean de Malafosse, *Histoire du Droit privé*, t. 1, 2e éd., op. cit., n°s 51-53, pp. 64-65 ).

## B.- Les contrats réels

Le contrat réel se forme par une prestation faite par une des parties à l'autre. Il se conclut par le transfert d'une chose ( *res* ). Tantôt la chose devra être restituée par celui qui l'a reçue, comme dans le prêt, le dépôt ou le gage ; tantôt la remise de la chose est définitive, comme dans la vente, la donation ou l'échange. L'ensaisinement s'opère soit matériellement soit symboliquement, par la tradition.

Dans la société franque, la terre représente la richesse par excellence. La vie économique étant liée au régime foncier, l'activité contractuelle concerne presque exclusivement la terre ( vente, échange, partage, concessions foncières, etc. ). Les Barbares envahissant l'Empire voulaient d'abord obtenir des terres : c'est ce qu'ils demandaient toujours à l'autorité romaine. La conquête devait être productive. De là dut résulter nécessairement une dépossession partielle des propriétaires gallo-romains. Nous savons que chez les Wisigoths les deux tiers des terres furent attribués au guerrier wisigoth ; car les propriétés laissées aux Romains sont appelées par la loi les « *tertiaie Romanorum* » ( *Lex Wisigothorum*,

[10, 1, 16](#) ).

Le plus souvent on fait tradition du bien en remettant un symbole : une motte de terre, un cep de vigne, un rameau, un couteau, des lacs de soie, des boucles de cheveux ; parfois même l'objet demeure attaché à l'acte : un acte daté de 777 garde encore fixé au parchemin le rameau qui servit à la tradition ( *Neues Archiv*, XXXII, p. 169 ). Les clercs tendront à substituer aux objets profanes des accessoires du culte : un missel, mais aussi l'anneau ou la crosse. De tels symboles convenaient parfaitement aux contrats qui comportaient le transfert du bien, vente ou partage.

On prétend que le contrat élémentaire était l'échange dont procéderait la vente ( *Loi Burg.*, 35, 5 ; *Loi Bavaois*, 15, 8 ; *Lex Wisigothorum*, [5, 4, 1](#) ). Pour cette raison, une prestation suppose toujours une contre-prestation : une donation ne peut être valable sans un contre-don symbolique ( un anneau par exemple ), qui lui donne l'allure d'un échange.

Dans la donation comme dans la vente, il suffit qu'une partie du prix soit payée pour que le contrat devienne immédiatement obligatoire ( *Lex Wisigothorum*, [5, 4, 5](#) ). Cette solution figure également dans les Assises de Jérusalem : un « seul denier de paiement » suffit ( Chap. 27 ).

Chapitre IV.- Affirmation de l'idée d'obligation ( XIIe siècle - 1804 )



Jusque vers le milieu du XI<sup>e</sup> siècle, l'histoire du Moyen Âge donne l'impression d'une instabilité déconcertante. Sur les décombres du monde romain, les Barbares se sont essayés à fonder de nouveaux empires, qui l'un après l'autre se sont écroulés comme châteaux de cartes. Mais le vent tourne. La restauration de l'idée d'État va être un des faits capitaux de l'histoire politique des XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> siècles, comme le réveil de la pensée et de l'art antiques sera, dans le même temps, un des faits capitaux de l'histoire intellectuelle. Cette évolution coïncide, d'une part, avec la relance des activités économiques, et d'autre part avec un essor démographique d'une ampleur considérable, qui aboutira à doubler, voire même à tripler parfois, la population de certaines régions. En réponse à ce mouvement, le droit romain offrit des solutions qui, mieux que les lois barbares, répondaient aux besoins d'une société renouvelée ; tournée à la fois vers le commerce local et le négoce international.

Assurément, la transformation de la société ( section préliminaire ) ne pouvait aller sans celle du droit. Que le droit français ait subi l'influence des conceptions germaniques, la chose est certaine ; Francs et Gallo-Romains ont mis en commun les débris de leurs droits et de là proviennent les coutumes territoriales. Or, celles-ci s'intéressant peu aux contrats, c'est vraiment un droit nouveau qui naît aux XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> siècles : celui des marchands et du monde des affaires ; sur lequel va s'exercer l'influence chrétienne, morale et sociale, qui aspire à pénétrer le droit séculier et la mentalité des contractants, afin de diriger la conduite individuelle des hommes. Ce souci de moralité, combiné à l'action du droit romain, allait avoir un résultat : faire du consensualisme la règle en matière d'obligations contractuelles.

Ainsi donc, ce qui caractérise le droit français des obligations, c'est bien d'abord la double influence du droit romain et du droit canonique qui s'exercent sur lui ( section 1 ) : entre le XI<sup>e</sup> et le XIV<sup>e</sup> siècle, le droit romain et le droit canonique évoluèrent ensemble ( section 2 ) ; mais à partir du XIV<sup>e</sup> siècle, la compétence des tribunaux ecclésiastiques étant battue en brèche, le droit des obligations échappa progressivement à l'influence de l'Église ( section 3 ). La laïcisation du droit ( section 4 ) conduira au triomphe de l'individualisme.

#### Section préliminaire.- Modernisation de la France et de l'Europe

Cette période, on vient de le dire, réalise un mouvement tout à fait impressionnant par son ampleur et par ses conséquences ; aussi est-il indispensable de donner quelques brèves indications sur les conditions externes qui ont influé sérieusement sur l'évolution du droit des obligations.

Ainsi l'essor démographique prolongé de la période médiévale ( § 1 ) constitue indiscutablement une condition favorable au progrès économique ( § 2 ) et, dans une certaine mesure une cause de ce progrès, de même que le recul démographique, tout au long des XIV<sup>e</sup> et XV<sup>e</sup> siècles, correspondra à la stagnation ou à la régression économiques. Ces deux conditions contribueront, pour une large part, au développement de l'activité contractuelle et à la création d'un *jus mercatorum* ( § 3 ).

## § 1.- Essor de la population

A partir du XI<sup>e</sup> siècle, se produit un mouvement qui se caractérise par une augmentation de la population, difficile à apprécier avec précision, mais dont l'ampleur ne fait aucun doute, dans notre pays comme chez nos voisins européens. Il commence selon les régions au XI<sup>e</sup> siècle, au XII<sup>e</sup>, ou au début du XIII<sup>e</sup> et se poursuit jusque vers le milieu ou la fin du XIII<sup>e</sup>, voire même, pour certains pays, jusqu'à la veille de la Peste noire ( 1347-1351 ). Ainsi en Mâconnais les familles ne sont pas rares, entre 980 et 1050, qui affichent cinq ou six fils ayant survécu à la mortalité de la première enfance ( v. Georges Duby, *La société aux XI<sup>e</sup> et XII<sup>e</sup> siècles dans la région mâconnaise*, thèse lettres, Paris, 1953 ; publ. de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales, 1982, pp. 32-33 ). A Chartres, cinq familles aristocratiques suivies sur deux siècles, entre 1050 et 1250, donnent 139 enfants pour 67 « parents » ; soit 4,7 enfants par couple ; mais il s'agit-là de milieux privilégiés : on ignore tout ou presque des autres catégories sociales ( v. André Chédeville, *Chartres et ses campagnes du XI<sup>e</sup> au XIII<sup>e</sup> siècles*, thèse lettres, Paris, 1973 ; éd. Jean-Michel Garnier, Chartres, 1991 ). Pour les campagnes, nous n'avons en effet en France rien de comparable au *Domesday Book* anglo-normand ( 1086-1087 ), et les statistiques disponibles sont le plus souvent locales, ponctuelles et isolées. Cependant, en dépit des obscurités et des insuffisances, les historiens-démographes disposent de nombreux éléments attestant de la réalité de cette croissance : élargissement

des terroirs, défrichements, migrations, fondation de bourgs, de sauvetés, de bastides et de villeneuves, etc. ( v. Henri Dubois, « L'essor médiéval - Le premier monde plein », in *Histoire de la population française*, t. 1, *Des origines à la Renaissance*, P.U.F., Paris, 1988, pp. 220-235. ).

En second lieu, un vaste [mouvement urbain](#) se produit du XIe au XIIIe siècle qui crée, partout en Europe, des centaines de villes nouvelles, en liaison avec le progrès économique et démographique. Certes, les grandes villes ne dépassent pas 50.000 habitants et la population normale se situe entre 10 et 20.000, mais, à l'échelon de l'époque, la croissance des ville représente un phénomène exceptionnel par ses conséquences politiques, sociales et économiques : création de centres de consommation, concentration des capitaux, spécialisation des professions, développement des échanges, bref la transformation de tous les éléments de la vie économique. En raison du repeuplement, les anciennes villes vont être contraintes d'élargir l'enceinte de leurs remparts. A Paris, c'est en 1190 que Philippe Auguste, dont on connaît l'intérêt pour les problèmes de l'urbanisme parisien, entreprit la construction d'une vaste enceinte. Une nouvelle muraille, plus ample, sera élevée au XIVe siècle, afin d'assurer la sécurité des populations qui avaient grandi hors de [l'enceinte de Philippe Auguste](#) ; commencée en avril 1370, sur l'ordre de Charles V, elle ne sera achevée qu'en 1382. Pour des raisons similaires, Suger ordonna la reconstruction de l'abbatiale de Saint-Denis ( 1145 ) : parce que les foules étaient « entassées dans le vieil édifice trop petit » ( v. Jean Favier, *Nouvelle histoire de Paris*, t. 3, *Paris au XVe siècle*, Paris, 1974, pp. 19-21 ).

Au début de la guerre de Cent Ans, explique Jean Favier, les Anglais furent très

impressionnés par l'extraordinaire densité du peuplement dans le royaume de France ; comme d'ailleurs par l'importance des villes et du phénomène urbain : l'Angleterre comptait un peu plus de 3.000.000 d'habitants, peut-être 3.500.000, et la France entre 15 et 22.000.000 dans les limites du territoire actuel ( v. Jean Favier, *La guerre de Cent Ans*, Fayard, Paris, 1980, rééd. Marabout, 1985, pp. 51-52 ). Quatre siècles et demi plus tard, à la veille de la Révolution française, on dénombre une population de 28.500.000 habitants pour la France et d'environ 13.000.000 pour le Royaume-Uni ( v. Kenneth Morgan, *Histoire de la Grande-Bretagne*, Armand Colin, Paris, 1985, pp. 400-401 ; Jacques Dupâquier, *Histoire de la population française*, t. 3, *De 1789 à 1914*, P.U.F., Paris, 1988, p. 1 ).

Sur l'essor démographique.- V. Léopold Genicot, *Le XIIIe siècle européen*, coll. Nouvelle Clio, P.U.F., Paris, 1968, pp. 49-60 ; *Histoire de la France urbaine*, t. 2, *La ville médiévale*, Seuil, Paris, 1980 ; Henri Dubois, « L'essor médiéval - Le premier monde plein », in *Histoire de la population française*, t. 1, *Des origines à la Renaissance*, P.U.F., Paris, 1988, pp. 207-266. On trouvera des indications précieuses dans le [Cours d'Histoire économique générale](#) de Anne-Lise Head et Béatrice Veyrassat, de l'Université de Genève.

## § 2.- Réveil de l'économie européenne

D'un point de vue géographique, l'évolution économique va conduire à la formation d'un immense fer à cheval qui suit les côtes européennes et qui,

partant des rives orientales de la Méditerranée atteint l'Atlantique et retourne par la mer du Nord et la Baltique aux confins de l'Asie. Par tout l'Occident chrétien le commerce prend un essor, du XIe au XVe siècle : développement des foires ( Cologne et Francfort-sur-le-Main pour la vallée du Rhin ; Bruges, Ypres et Lille pour la Flandre ; Boston et Winchester pour l'Angleterre ; mais également Rouen, Toulouse, Anvers, Lyon, Genève, etc. ) ; améliorations techniques ; introduction de nouveaux moyens de paiement ( lettre de change ). On peut dès lors bien parler d'une économie européenne ( v. Auguste Dumas, *Cours d'Histoire du Droit Privé*, op. cit., p. 11 ).

La première grandeur française s'affirme au début du XIIIe siècle avec le développement des foires de Champagne et de brie ( deux à Troyes, deux à Provins, une à Bar-sur-Aube, une à Lagny ), établies entre le commerce italien et l'industrie flamande, centre essentiel du crédit en Occident, dont l'influence rayonne alors sur l'Europe entière. Pendant près de trois cents jours par an, la Champagne forme une sorte de marché permanent, point de rencontre entre les drapiers du Nord, les marchands de laine d'Angleterre et les importateurs d'épices des ports méditerranéens. Mais dès le milieu du XIIIe siècle, ce vaste système commence à décliner ; en raison, notamment, de la poussée de l'industrie drapière italienne ( 1290 ) et de l'établissement d'une liaison directe par voie maritime, utilisant le détroit de Gibraltar, à partir de 1277. La circulation des richesses se fera désormais à partir de Gênes et de Venise, par les relais de Barcelone, Valence, Séville, Lisbonne, Londres et Bruges, en liaison avec les villes hanséatiques du Nord. Jusqu'au XVIIe siècle, malgré la poursuite des trafics terrestres par le Mont-Cenis, le Grand-Saint-Bernard et le Simplon,

**l'économie française souffrira d'un retard considérable, sur terre comme sur mer. Le vent finira par tourner, aux XVIIe et XVIIIe siècles, avec la colonisation des Antilles françaises : Saint-Domingue, la Martinique et la Guadeloupe ( v. Pierre Pluchon, *Histoire de la colonisation française*, t. 1, *Le premier empire colonial*, Fayard, Paris, 1991, pp. 369 et suiv. ). A la fin du XVIIIe siècle, la France sera aussi près d'une révolution industrielle que l'Angleterre ( Fernand Braudel ).**

**Sur l'évolution économique.- V. Henri Pigeonneau, *Histoire du commerce de la France*, Paris, 1885-1889, 2 vol. ; Paul Huvelin, *Étude historique sur le droit des marchés et des foires*, Paris, 1897 ; Pierre Émile Levasseur, *Histoire du commerce de la France*, t. 1, Paris, 1911 ; Marc Bloch, *Les caractères originaux de l'histoire rurale française*, Paris, 1931, rééd. 1952 et 1960 ; Georges Duby, *L'économie rurale et la vie des campagnes dans l'Occident médiéval*, 1962, rééd. coll. Champs, Flammarion, Paris, 1977, 2 vol. ; *L'Histoire de la France rurale*, sous la direction de Georges Duby et Armand Wallon, Seuil, Paris, 1975, t. 1, *des origines au XIVe siècle*, pp. 377 et suiv. ; t. 2, *1340-1789*, pp. 16 et suiv. ; Fernand Braudel, *Civilisation matérielle, Économie et Capitalisme ( XVe-XVIIIe siècle )*, Armand Colin, Paris, 1979, 3 t. ; Fernand Braudel et Ernest Labrousse, *Histoire économique et sociale de la France*, op. cit., t. 1, *1450-1660* ; t. 2, *1660-1789* ; Christian Desplat, *Foires et marchés dans les campagnes de l'Europe médiévale et moderne*, Actes des XIVes journées internationales d'histoire de l'Abbaye de Flaran, septembre 1992, Toulouse, Presses Universitaires du Mirail, 1996. On peut également consulter le *Cours d'Histoire économique de l'Europe* de Jean-Claude Debeir, Denis Lieppe, Manuela Martini et Hervé Tenoux, sur le serveur de l'Université de Marne la Vallée ( format pdf ) ; ainsi que le cours d'Histoire**

économique de Pierre-Cyrille Hautcoeur, Professeur de sciences économiques à l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, consacré à [L'Europe dans le Monde](#) ( 1500-2000 ).

### § 3.- Création d'un *jus mercatorum*

De très bonne heure, au plus tard dès le commencement du XI<sup>e</sup> siècle, se crée un *jus mercatorum*, pour régler les relations d'hommes vivant du commerce et de l'exercice des métiers. Ce droit embryonnaire, formé d'usages nés de la pratique, représente une sorte de coutume internationale que les marchands appliquent entre eux dans leurs transactions. Dépourvu de toute consécration légale, ils ne peuvent l'invoquer devant les juridictions des États. Aussi les marchands s'accordent-ils pour choisir parmi eux des arbitres ayant la compétence nécessaire pour trancher les différends. C'est là, probablement, qu'il faut chercher l'origine de ces cours que le droit anglais désigne par l'expression de *courts of piepowders*, autrement dit « cours des pieds poudreux », parce que les marchands qui les saisissent ont encore les pieds couverts de la poussière des chemins. Très rapidement, ces juridictions de circonstance se transformeront en juridictions permanentes : à Ypres, en 1116, le comte de Flandre supprimera le duel judiciaire au profit d'échevinages locaux ; en Italie, en France, en Allemagne, en Angleterre, les villes obtiendront l'autonomie judiciaire dès le XII<sup>e</sup> siècle.



Durant cette période, débute toute une organisation de crédit à laquelle semble bien remonter l'origine des lettres de change dont les Italiens, beaucoup plus avancés que les gens du continent, prirent sans doute l'initiative. Il ne s'agit encore que de simples promesses écrites de payer une somme dans un autre lieu, ou, pour employer des termes juridiques, « d'un billet à ordre avec remise de place » : le signataire s'engage à payer dans une autre place au remettant ou à son *nuntius*, c'est-à-dire son préposé ( clause à ordre active ), ou à faire payer par un *nuntius* agissant pour lui ( clause à ordre passive ). Les actes obligatoires auxquels se rattachent les origines de la lettre de change étaient dressés soit par des notaires, en Italie et dans le sud de la France, soit par des scribes d'échevinage en Flandre.

Malgré la rareté des textes, nul doute ne subsiste aujourd'hui sur l'existence, déjà au Xe siècle, d'un nombre considérable de sociétés commerciales : dès que Gênes et Pise s'adonnèrent à la navigation, quantité de nobles et de bourgeois vénitiens engagèrent aussitôt de l'argent dans les affaires maritimes. Pour répartir les risques, ils prennent des « parts » dans plusieurs bateaux à la fois. La société en *commendata*, très florissante au XIIe siècle, fonctionne selon des règles précises : le commanditaire avance au commandité, moyennant une participation dans les bénéfices éventuels, un capital que celui-ci fera fructifier à l'étranger ; la part revenant au premier comprend les trois quarts, celle du second le quart du bénéfice ( le bénéfice normal des compagnies génoises au XIIe siècle était de 25% ). Les sociétés adonnées au commerce terrestre se développeront un peu plus tard, à la fin du XIIe siècle, dans les villes marchandes d'Italie, où s'exerce depuis peu l'influence du droit romain et du

droit canonique.

Sur les sources historiques du droit commercial.- V. Jean-Marie Pardessus, *Cours de Droit commercial*, t. 1, 6e éd., Bruxelles, 1836, 398 p. ; Paul Huvelin, « Histoire du Droit commercial », *Revue de synthèse historique*, t. 7, 1903, pp. 328-371 ; Achile Dauphin-Meunier, *La Banque à travers les âges*, Banque, Paris, 1937, 2 vol. ; Achile Dauphin-Meunier, *Histoire de la Banque*, coll. Que sais-je ?, n° 456, P.U.F., Paris, 1950, rééd. 1975, 126 p. ; Germain Sicard, *Aux origines des sociétés anonymes, les moulins de Toulouse au Moyen Âge*, EHESS, Paris, 1953, 408 p. ; Raymond de Roover, *L'Évolution de la Lettre de Change, XIVe-XVIIIe siècles*, Armand Colin, Paris, 1953, 240 p. ; Raymond de Roover, *The rise and decline of the Medici bank, 1397-1494*, 1963, rééd. BeardBooks, 1999, 485 p. ; Jacques Le Goff, *Marchands et banquiers du Moyen Âge*, coll. Que sais-je ?, n° 699, P.U.F., Paris, 1956, rééd. 2001, 128 p. ; Y. Renouard, *Les hommes d'affaire italiens du Moyen Âge*, Armand Colin, Paris, 1968 ; Romuald Szramkiewicz, *Histoire du droit des affaires*, Montchrestien, Paris, 1999, 343 p.

## Section 1.- Influences romaine et canonique

Au début du XIIe siècle, l'influence romaine demeure encore incertaine ; les souvenirs qu'en gardent les actes de la pratique sont d'ordinaire sommaires et imparfaits. Ce n'est qu'au milieu du siècle, après la découverte des Pandectes, qu'apparurent véritablement les premiers symptômes d'une renaissance ( § 1 ).

Ce mouvement eut une répercussion profonde sur la doctrine canonique qui, malgré tout, sut conserver son inspiration propre ( § 2 ).

## § 1.- Réception du droit romain

Jusqu'au XI<sup>e</sup> siècle, malgré des survivances formelles, la pratique juridique n'a semble-t-il plus rien de romain. Les concepts les plus élémentaires paraissent avoir été oubliés : propriété, possession, contrat, obligation, etc. La renaissance résulte pour partie de la redécouverte des principaux textes perdus du droit romain, et ensuite de leur publication progressive, achevée vers 1140. L'étude de l'oeuvre de Justinien se développa d'abord en Italie avec l'enseignement de [Irnerius](#) à Bologne ( 1088-1125 ), qui fonda l'École des glossateurs, puis avec ses élèves, les « quatre docteurs », Bulgarus ( + 1166 ), Martinus Gosia ( + avant 1166 ), Hugo ( + vers 1170 ) et Jacobus ( + 1178 ), et enfin en France avec Placentin ( vers 1135-1192 ), un élève de Martinus, qui, après avoir quitté l'Italie, vint enseigner à [Montpellier](#) ( 1160-1192 ) où il introduisit cette nouvelle science. Tous firent appel aux méthodes d'enseignement de l'époque, consistant à gloser les textes : le professeur lit et explique tel fragment du Code ou du Digeste, puis résume son interprétation en une formule très brève, une glose ( *glossa* ), que les étudiants inscrivent en marge de leur texte. L'École des glossateurs produisit une telle quantité de gloses qu'il fallut en faire des résumés ( « Sommes » ), auxquels vinrent s'ajouter des recueils ( *Apparatus* ) et ensuite des

« Commentaires ». La *Summa Codicis* d'Azon ( + 1200 ) et la « Grande Glose » d'[Accurse](#) ( 1182-1260 ), ou glose ordinaire, acquièrent alors une autorité considérable. Elles permirent d'éclairer les Glossateurs sur le sens du droit romain, et de certains principes qui les laissaient perplexes : en particulier la formule selon laquelle d'un pacte nu ne peut naître aucune action ( *ex nudo pacto non oritur actio* ). Azon donna un début de réponse. Il déclare ( Somme sur le Code, 2, 3 ) que les pactes sanctionnés par une action ont été « vêtus » : par la remise d'une chose, par la prononciation d'une formule solennelle, par la rédaction d'un écrit, etc. ; sans aborder toutefois le cas des contrats consensuels, qui paraissent contredire le principe initial. Accurse compléta l'explication aux alentours de 1230 : ils portent, dit-il, le plus léger des vêtements : le consentement ( *Jurisgentium*, 1, 7, Digeste, 2, 14, Glose, § 5 ). Mais assez rapidement les romanistes se heurtèrent à la résistance des juges et des praticiens qui trouvaient leur méthode trop éloignée de la réalité : ils durent abandonner l'étude directe des textes au profit de la méthode dialectique ( ou scolastique ), qui cherche à dégager les principes généraux du droit et en tirer les applications pratiques.

L'impulsion nouvelle partit, semble-t-il, d'un groupe de romanistes français, à la fin du XIIIe et au début du XIVe siècle : le Lorrain Jacques de Revigny ( + 1296 ), professeur de droit à l'Université de Toulouse, puis évêque de Verdun ; le Nivernais Pierre de Belleperche ( + 1308 ), chargé de mission du roi Philippe le Bel, puis chancelier de France, et enfin évêque d'Auxerre ; Jean Faure ( + 1340 ), avocat et professeur à Montpellier, qui écrivit un commentaire remarquable des *Institutes* ; mais aussi Pierre Jacobi, l'auteur de la *Pratica Aurea Libellorum*, également professeur à Montpellier vers 1311. Ces jurisconsultes, dont certains

avaient étudié en Italie sous la direction des glossateurs de l'École de Bologne, contribuèrent par la force logique de leur enseignement à l'établissement et au développement de l'École française de Postglossateurs ( v. Ernest Perrot, *Précis élémentaire d'histoire du Droit public et privé*, 1930, fasc. 1, p. 209 ; François Olivier-Martin, *Histoire du droit français...*, op. cit., n° 324, pp. 428-430 ; Paul Ourliac et Jean-Louis Gazzaniga, *Histoire du droit privé français*, op. cit., pp. 124 et suiv. ; Abbé Jean Lebeuf, *Mémoires concernant l'histoire civile et ecclésiastique d'Auxerre et de son ancien diocèse*, continués par MM. Challe et Quantin, Auxerre, 1848, t. 1, pp. 480-485 ).

Suivant la tradition, ces tendances passèrent ensuite en Italie par l'intermédiaire de Cinus de Pistoie ( 1270-1337 ), qui aurait suivi l'enseignement de Belleperche à Orléans vers 1300 ( v. William Michael Gordon, *Cinus and Belleperche, Daube Noster*, Edimburg, 1974, pp. 105-154 ). Après son retour en Italie, Cinus enseigna d'abord à Sienne, puis à Pérouse et à Naples, et enfin à Bologne, où il introduisit la nouvelle méthode. Son commentaire du droit romain ( *Lectura super Codice et Digesto veteri*, Pavie, 1483 ) bénéficia longtemps d'une célébrité méritée. Il eut pour élève Bartole de Sassoferrato ( 1314-1357 ), qui allait devenir le chef d'une nouvelle école, celle des postglossateurs ou bartolistes, dont la richesse de l'oeuvre explique le succès de beaucoup de ses théories juridiques.

Esprit pratique et pondéré, Bartole chercha dans l'arsenal des lois romaines des solutions aux problèmes d'interprétation que soulevaient à cette époque les lois municipales italiennes. En droit privé, les bartolistes s'intéressèrent notamment à la question de la liberté du consentement, afin de protéger les personnes dont l'ignorance est présumée ( femmes, mineurs, soldats, ruraux, etc. ), leur

octroyant le bénéfice de restitution. Ils accordent la liberté contractuelle aux marchands et restent fidèles au droit romain classique dans les rapports individuels ( v. *Bartolo da Sassoferrato, Studi e documenti per il VIe centenario*, Università degli studi Perugia, Giuffrè Editore, Milan, 1962, 2 vol. ; François Olivier-Martin, *Histoire du droit français..*, op. cit., n° 324, pp. 428-430 ).

Mais à partir du XVIe siècle, face à la montée de l'individualisme, le sens « social » de la scolastique médiévale ( respect des promesses, loyauté, protection des faibles, etc. ) ne répondit plus aux besoins de la pensée. En liaison avec le mouvement d'Humanisme de la [Renaissance](#), une pléiade de jurisconsultes entreprit alors de restituer la romanité dans sa teneur ancienne : [Guillaume Budé](#) ( 1467-1540 ), François Douaren ( 1509-1559 ), François Baudouin ( 1520-1573 ), François Hotman ( 1524-1590 ), Hugues Doneau ( 1527-1591 ) ou encore Antoine Favre pour la Savoie ( 1557-1624 ). Cette nouvelle École, dite « Historique », se donna pour objectif d'étudier les interpolations du droit romain et de retrouver les textes originaux. Profitant de la découverte de nouveaux manuscrits, elle restitua les textes corrompus de plusieurs jurisconsultes ( Paul, Ulpian, Julien, Modestin, Papinien, etc. ) et facilita le rétablissement des vraies doctrines romaines. Le promoteur de cette nouvelle méthode fut le professeur italien André Alciat ( 1492-1550 ), mais son principal artisan demeure Jacques Cujas ( 1522-1590 ), le fondateur de l'étude moderne du droit. Plusieurs des membres de cette École, qui avaient adhéré aux thèses de la religion réformée, durent se réfugier auprès des nations protestantes où leur influence sera grande, en Allemagne en particulier, où ils deviendront les instruments de la réception du droit romain.

## § 2.- Formation du droit canonique

Entre les années 1140 et les débuts du XIV<sup>e</sup> siècle, l'Église latine se dota d'une série de quatre compilations, profondément différentes les unes des autres, qui lui servirent de code jusqu'en 1917 : le [Décret de Gratien](#) ( vers 1140 ), les Décrétales de Grégoire IX ( 1234 ), le Sexte ( 1298 ) et les Clémentines ( 1314-1317 ). La technique des copistes et l'acquiescement des maîtres les réunirent sous un titre commun, le *Corpus iuris canonici*, expression symétrique de celle de *Corpus iuris civilis* que les romanistes utilisaient pour désigner les compilations de Justinien. En principe clos en droit, le *Corpus iuris canonici* continua de s'accroître, en fait, d'époque en époque ; dans l'édition officielle de 1583 ( *Editio romana* des *Correstores* ), le *Corpus* comprend deux nouveaux recueils de bulles : les *Extravagantes* de Jean XXII et les *Extravagantes communes*.

Les premières oeuvres de la doctrine sont des « Sommes », qui suivent l'ordre des textes du Décret de Gratien, souvent en les paraphrasant, expliquant un mot ou une phrase dans une courte glose ; pour la période 1150-1210, près d'une trentaine de « Sommes » ont été recensées. Elles préfigurent les grandes « Sommes » du XIII<sup>e</sup> siècle, composées par les plus célèbres canonistes de la période, tels que Johannes Teutonicus ( + 1246 ), [Bernard de Parme](#) ( + 1263 ), William de Drogheda ( + vers 1245 ) ou [Hostiensis](#) ( + 1271 ). La multiplication

des gloses obligea cependant à faire des choix et à ne retenir que les plus importantes. Les *Apparatus* sont des recueils de gloses choisies par un maître ayant autorité : Alain l'Anglais ( début du XIIIe s. ), Laurent d'Espagne ( + 1248 ), [Sinibaldo Fieschi](#) ( + 1254 ), Bernard Raymond ( début du XIVe s. ), etc.

Avec les *Quaestiones*, la doctrine s'ouvrit davantage à la pratique : une question relative à un cas concret est posée, à laquelle répond le canoniste, dans un développement parfois fort long. Cette méthode, inspirée de l'enseignement juridique médiéval, connut un grand succès au Moyen Âge chez les canonistes ; comme d'ailleurs chez les romanistes, qui composèrent également des traités de réponses à des questions pratiques, appelés *Quaestiones* ou *Responsa*. Vers la fin du XIVe siècle, apparurent enfin des « Commentaires », semblables à bien des égards à ceux qu'écrivaient à la même époque les interprètes du droit romain ( v. Charles Lefebvre, *Histoire du droit et des Institutions de l'Église en Occident*, t. 7, *L'âge classique, 1140-1378, Sources et Théorie du droit*, Sirey, Paris, 1965, pp. 266-338 ).

Les canonistes tirèrent profit de la transmission, grâce à l'Espagne arabe, de l'oeuvre d'Aristote, et surtout de sa logique, qui enseigne aux « dialecticiens » et aux hommes de droit l'art de penser, de construire, de raisonner. Aux XIIe et XIIIe siècles, cette renaissance intellectuelle transforma les écoles épiscopales de l'âge carolingien en des universités ( Paris, Montpellier, Oxford, etc. ), auxquelles vinrent s'ajouter quelques universités créées de toutes pièces : Cambridge, née en 1208 de la sécession des étudiants d'Oxford ; Naples, fondée en 1224 par l'empereur germanique Frédéric II pour contrer l'influence du pape en Italie du Sud ; Toulouse, érigée en 1229 par le pape [Grégoire IX](#) pour combattre l'hérésie



cathare ( v. Stephen D'Irsay, *Histoire des universités françaises et étrangères*, Paris, 1933-1935, 2 vol. ; Jacques Verger, *Histoire des universités en France*, Toulouse, 1986 ; Pierre Riché, *Écoles et enseignement dans le haut Moyen Âge*, Paris, 1989 ).

#### Sur la formation du droit canonique et son influence sur le droit des

obligations.- V. Gaston Gavet, *Sources de l'histoire des institutions et du droit français. Manuel de bibliographie historique*, Paris, 1899, pp. 328 et suiv. ; Henri Capitant, *De la cause des obligations ( Contrats, Engagements unilatéraux, Legs )*, 3e éd., Dalloz, Paris, 1927, 506 p. ; F. Spies, *De l'observation des simples conventions en droit canonique*, thèse droit, Paris, 1928 ; R. Tison, *Le principe de l'autonomie de la volonté dans l'ancien droit français*, thèse droit, Paris, 1931 ; J. Roussier, *Le fondement de l'obligation contractuelle dans le droit classique de l'Église*, thèse droit, Paris, 1933 ; Georges Chevrier, *Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations*, thèse droit, Paris, 1939 ; Jean Gaudemet, *Les Sources du droit de l'Église en Occident du I<sup>e</sup> au VII<sup>e</sup> siècle*, coll. Initiations au christianisme ancien, Cerf-C.N.R.S., Paris, 1985, 188 p. ; Jean Gaudemet, *Les sources du droit canonique. VIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, coll. Droit canonique, Cerf, Paris, 1993, 262 p. ; Jean Gaudemet, *Église et Cité. Histoire du droit canonique*, Cerf-Montchrestien, Paris, 1994, 740 p.

#### Section 2.- Développement d'une doctrine romano-canonique

Les collections canoniques des XI<sup>e</sup> et XII<sup>e</sup> siècles renferment nombre de dispositions empruntées à des recueils laïques de toutes sortes : Institutes, Digeste, Code, Nouvelles, Bréviaire d'Alaric, etc. Une collection connue sous le nom de *Britannica*, dont il subsiste un exemplaire à la British Library, fournit un exemple significatif de la place qu'occupe, dès la fin du XI<sup>e</sup> siècle, les textes du droit de Justinien dans les collections canoniques. Soucieux de faire triompher certains principes moraux, les canonistes donnèrent leur propre interprétation du droit romain et constituèrent une doctrine romano-canonique.

Le droit canonique était naturellement conduit par le fondement moral qu'il donne aux rapports juridiques à reconnaître la force obligatoire des promesses. S'inspirant de l'idée romaine de la *fides*, les canonistes posent en règle le respect de la parole donnée, d'où ils tirent cette conséquence juridique que le simple consentement est obligatoire sans aucune formalité ( [Huguccio de Pise](#), *Summa Decreti Gratiani*, XXII, 2, 2 ; [Bernard de Pavie](#), *Compilatio prima* ) ; ils proclament que toute convention doit s'interpréter en bonne foi en recherchant la commune intention des parties. A l'exemple du Christ, qui enseigne la franchise et l'honnêteté, tout chrétien doit respecter sa parole donnée, y compris lorsqu'elle ne revêt pas les formes requises pour la rendre obligatoire selon le droit positif. La parole donnée suffit à engager le chrétien, car le manquement à cette parole serait mensonge et donc pêché ( v. Carla Casagrande et Silvana Vecchio, *Les péchés de la langue : discipline et éthique de la parole dans la culture médiévale*, Cerf, Paris, 1991 ). « Quand vous dites " oui ", que ce soit un " oui ", quand vous dites " non ", que ce soit un " non ", disait le Christ, tout ce qui est en plus vient du Mauvais » ( Sermon sur la Montagne, Matthieu, V, 37 ).

A la différence du droit romain, qui n'admet pas qu'un simple pacte ( *pacta nuda* ) puisse faire naître une action ( [Digeste, 2, 14, 7, 4](#) ), le droit canonique se dégage complètement du formalisme au profit du seul consensualisme : le simple consentement, une promesse *nudis verbis*, suffit à créer l'obligation ( *solus consensus obligat* ) ; sa violation peut être dénoncée devant le juge d'Église, soit au moyen d'une action soit dans le cadre d'une demande « équitable » ( Décrétales de Grégoire IX, *de Pactis*, I, 35, 1 & 3 ).

Cette adhésion doctrinale au consensualisme s'exprime à partir des années 1140, avec l'insertion, dans le Décret de Gratien, d'un texte du concile oecuménique de Tolède de décembre 633 ( présidé par [Isidore de Séville](#) ) visant à prévenir certains litiges : « Ceux qui ont fait une promesse doivent respecter l'accord » ; même lorsque cette promesse, ajoute Huguccio ( vers 1180 ), « est faite en mots nus ( *nudis verbis* ) ». Mais c'est Jean le Teutonique qui, aux alentours de 1215, donnera sa pleine signification à la pensée d'Huguccio : « Une action naît d'un pacte nu ( *Ex nudo pacto actio nascitur* ) ». Le consensualisme s'imposera dès lors comme la conséquence nécessaire du lien entre la Foi religieuse et la bonne foi qui doit régner dans les contrats. Il répond, dans une large mesure, à l'accroissement des actes de commerce ( v. Jean-Pierre Baud, « [La bonne foi depuis le Moyen Age](#) », *Conférence à l'École doctorale des Sciences juridiques de l'Université Paris X - Nanterre*, 2001 ).

C'est sur ces éléments, enrichis de tout l'apport de la théologie des XIIe et XIIIe siècles, que les canonistes élaborèrent des théories demeurées célèbres : théorie du libre arbitre ( § 1 ), théorie de la cause ( § 2 ), théorie du serment ( §

3 ). Elles permirent d'ordonner l'apport du droit canonique au domaine des contrats.

### § 1.- Théorie du libre arbitre

Pour les théologiens des XIIe et XIIIe siècles, le libre arbitre de l'homme associe liberté et morale. Qui possède le libre arbitre peut vouloir et ne pas vouloir, agir et ne pas agir. Selon l'Ecclésiastique ( 15, 14 ) : « Dieu a créé l'homme ( .. ) et il l'a laissé au pouvoir de son conseil ». La volonté, c'est-à-dire l'acte de vouloir, le vouloir d'une chose, qui a pour objet la fin, est un « appétit rationnel » qui tend nécessairement au bien, donc à l'amour : le bien engendre le devoir, et le devoir lie la liberté ( v. Aristote, [Ethique à Nicomaque](#), 1113, a, 11 ).

L'homme étant libre, la liberté représente la condition première de la responsabilité : un être ne peut répondre que des actes qu'il dépend de lui de faire ou de ne pas faire ( v. André Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 8e éd., P.U.F., Paris, 1960, pp. 75-76 et 561-562 ). Aussi la volonté disparaît-elle sous l'effet de la contrainte, que celle-ci soit physique ou bien morale ; elle rend le sujet irresponsable des actes accomplis en ces divers états : on peut obliger l'homme à faire quelque chose, on ne peut pas l'obliger à le vouloir ( v. [Saint Thomas](#), *Somme théologique*, II-II, Q 89, a 7, s 3 ). Cependant, être empêché de réaliser son choix, soit par contrainte soit par le manque de moyens, n'est pas cesser d'être libre : nos choix, en effet, continuent de nous

appartenir ( v. Saint Thomas, *Somme théologique*, I, Q 83, a 1, s 4 ).

Ces doctrines, directement applicables au droit, puisent pour l'essentiel au naturalisme chrétien : c'est la raison qui confère à la nature de l'être son caractère proprement humain. Beaucoup en reviennent à la formule fameuse de Cicéron définissant la moralité comme l'habitude d'agir selon la raison et la nature ( *De inventione*, [II, 53](#) ) ; mais raison et nature revêtent ici un sens chrétien ; l'homme doit compte à Dieu de ses pensées, « qui scrutés les coeurs et les reins » ( Psaumes, VII, 10 ). La volonté - et dans son prolongement l'intention, l'orientation de l'acte volontaire - doit d'abord être jugée par sa rectitude morale.

## § 2.- *Théorie de la cause*

En principe donc, les canonistes étaient hostiles au formalisme germanique ou romain. Mais d'un autre côté, conscients des dangers que la force obligatoire des promesses fait courir à la volonté, ils ne tirèrent pas du principe juridique du contrat consensuel toutes les conséquences qu'il aurait pu leur inspirer. L'acte de volonté n'étant pas toujours respectable par lui-même, les raisons de s'engager étant parfois insuffisantes, ils furent amenés à se préoccuper de la cause de l'obligation.

Pour les canonistes, le débiteur se rend coupable d'une faute s'il vient à

manquer à son engagement. Cependant, encore faut-il rechercher si cet engagement se trouve être fondé. La réponse ne peut être donnée qu'en recourant à l'analyse de la volonté : les raisons de s'obliger ont-elles été suffisantes pour que le débiteur soit tenu en conscience de respecter la parole donnée ? L'idée de justice commutative ( échange de droits et de devoirs fondé sur l'égalité ) intervient ici pour pénétrer le for interne et permettre d'apprécier la valeur morale de l'obligation ( [Saint Augustin](#), [Abélard](#) ) : le contrat ne doit pas conduire à une situation d'iniquité au détriment de l'une des parties, ni mettre en péril l'âme du promettant ; dans le même sens, [Gratien](#) considère que la promesse dont le but est illicite ne doit pas être tenue. Ainsi donc, c'est la cause finale qui donne son espèce à l'acte en même temps que sa valeur morale ( v. Saint Thomas, *Somme théologique*, I-II, Q 1, a 1, s 1 ).

S'agissant des contrats unilatéraux, les canonistes ont été confrontés à la difficulté de savoir dans quel but les parties ont contracté : le simple consentement créant désormais l'obligation, aucune formalité n'étant requise, les contractants oublient semble-t-il assez régulièrement d'indiquer la prestation qui justifie l'obligation. La question s'est notamment posée au sujet de la preuve : la promesse étant d'ordinaire constatée par un écrit ( *cautio* ), le créancier doit établir l'existence de la cause, si l'écrit n'en porte pas mention ; dans l'hypothèse inverse, il revient au débiteur de prouver que l'obligation est dénuée de cause. Aussi exigea-t-on, pour limiter les risques, que l'opération juridique apparaisse clairement au contrat ( *cautio discreta* ). Pour qu'une promesse soit valable, disent les canonistes, il faut un but méritant une protection juridique ( v. John L. Barton, « Causa promissionis again », *Tijdschrift*

voor *Rechts-geschiedenis*, 34, Haarlem-Bruxelles, 1966, pp. 41-73 ). Le pape Grégoire IX interviendra sur cette question vers 1230, dans la Décrétale *si cautio* ( X, 2, 22, 14 ).

Les canonistes ont introduit la notion de cause là même où elle était demeurée ignorée en droit romain : dans les contrats synallagmatiques. La volonté de s'obliger trouve sa justification dans le fait que l'autre partie s'oblige à fournir une prestation corrélatrice ; chacun des contractants peut en conséquence être délié de son devoir de conscience, si l'autre vient à manquer à sa parole. Ce principe, inscrit dans un texte célèbre de la *Summa aurea* d'Hostiensis ( 1250-1261 ), domine toute l'exécution des contrats synallagmatiques.

Toute obligation, ajoutent les premiers glossateurs, n'est contractée qu'en vue d'un avantage pécuniaire ou d'une intention libérale ( *causa naturalis* ). A défaut, l'engagement apparaît sans fondement, *sine causa*, car il ne procure aucune satisfaction au contractant. Il s'agit-là d'une condition essentielle de validité des contrats. Cette doctrine prévaut, dès le XIIe siècle, dans la *Summa trecensis* et *lo Codi* ( vers 1150 ).

### § 3.- Théorie du serment

Dans la monarchie franque, à un moment où le droit perdait de sa précision, le cérémonial du serment, déjà connu des Romains, prit une valeur juridique qu'il

n'avait pas auparavant. Lors de la conclusion des contrats ( *convenientia* ), il sert à confirmer une promesse en prenant Dieu à témoin ; on disait souvent : « *per Deum juro* » ( je jure par Dieu ) ou « *Sic me Deus adjuvet* » ( Ainsi Dieu m'aide ! ). On attache à cette cérémonie une valeur symbolique qui produit un lien juridique ( v. Auguste Dumas, *Cours d'Histoire du Droit Privé*, op. cit., pp. 33 et suiv. ).

Très répandu durant la période franque, le serment promissoire avait d'abord été proscrit par l'Église, en raison des risques graves de parjure qu'il fait courir et de l'interdiction formulée par le Christ : « ( .. ) je vous dis de ne pas jurer du tout : ni par le Ciel, car c'est le trône de Dieu ; ni par la Terre, car c'est l'escabeau de ses pieds » ( Sermon sur la Montagne, Matthieu, V, 34-35 ; Épître de saint Jacques, V, 12 ). Mais comme l'usage se développait malgré tout, elle atténua peu à peu son hostilité au serment ; d'après Gratien, il ne s'agit pas d'un péché ( Décret, 2<sup>e</sup> part., [XXII, 5](#), 12, *Juramenti* ). Puis aux XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> siècles, l'Église intervenant dans le règlement des contrats et des obligations, elle consentit à l'admettre pour faciliter la recherche de l'intention réelle des parties. Le droit canonique construisit alors une théorie très développée du serment qui s'imposa ensuite à la jurisprudence séculière ( Décrétales de Grégoire IX, *de Jurejurando*, II, 24 ; Sexte, *de Jurejurando*, II, 2 ; Saint Thomas, *Somme théologique*, II-II, Q 89 ; Adhémar Esmein, « Le serment promissoire dans le droit canonique », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 12, 1888 ).

Aux mains des canonistes, le serment devient un mode de contracter d'une grande souplesse qui rappelle à bien des égards la stipulation du droit romain : il est normalement toujours prêté *corporaliter*, la main touchant un objet sacré, l'Évangile ou des reliques de saints, mais on admet qu'il suffit d'invoquer le nom



de Dieu ou même de sous-entendre cette invocation, au moyen d'un simple « *juro* », voire d'un signe non équivoque ( Décret de Gratien, 2e part., [XXII, 1](#), 12, *in communi loquela* ; Panormitain, sur c. 10, X, de *Jurejurando*, II, 24 ). Il crée une obligation personnelle, imprescriptible et perpétuelle, qui engage le salut de l'âme ; s'il y a un créancier dans l'opération, disent les canonistes, ce créancier ne peut être que Dieu ( Décrétales de Grégoire IX, de *Jurejurando*, II, 24, 8 ). Engagement pris devant Dieu donc, tout serment doit être tenu pour valable dès lors qu'il n'est pas contraire au droit divin ou à l'équité naturelle ( Décret de Gratien, 2e part., [XXII, 4](#), 23 ). Aussi le serment peut-il faire obstacle aux règles concernant la validité des contrats, lorsque les parties s'engagent par ce moyen à n'en pas tenir compte. En 1210, le pape [Innocent III](#) déclara qu'un serment devait être respecté, même à l'encontre d'une règle romaine ( Xa, II, 24, 28 ).

Enfin, le serment étant chose spirituelle, c'est au juge d'Église qu'il revient, soit de dispenser du serment, soit d'en assurer l'exécution. Cette compétence canonique est concurrente à celle du juge laïque, qui se borne à constater l'existence du serment et à punir le parjure. Lorsqu'il y a contestation sur la validité et l'interprétation du serment, le juge séculier doit surseoir à statuer et en référer au juge ecclésiastique, seul compétent sur ces points. La puissance laïque reconnaîtra ces principes jusqu'à l'apparition du gallicanisme, au début du XIVe siècle.

### Section 3.- Régression du rôle de l'Église

Entre 1294 et 1303, sous le pontificat de [Boniface VIII](#) ( Benedetto Gaetano ), la papauté se trouve à l'apogée de sa grandeur. En 1300, le pape affirme sa toute-puissance aux fêtes d'un jubilé qui réunit, dit-on, à Rome deux cent mille pèlerins. La pompe éclatante des cérémonies, les flatteries, les prédications, grisent son esprit dominateur : tous les princes, quels qu'ils soient, reçoivent ses admonitions. « Le pontife romain, déclare-t-il le 17 octobre 1301, a été constitué par Dieu au-dessus des rois et des royaumes pour arracher et détruire, bâtir et planter ». La papauté ressent alors de façon de plus en plus vive les empiétements dont la royauté française se rend coupable sur les libertés ecclésiastiques ; une rupture apparaît imminente.

Sur ces entrefaites, en l'année 1301, l'[évêque de Pamiers](#), Bernard Saisset, est dénoncé à Paris pour avoir injurié le roi et pris part à un complot destiné à soulever le Midi contre la couronne. Arrêté, interrogé en présence du roi lui-même, il est convaincu de trahison et confié à la garde de son supérieur, l'archevêque de Narbonne. Boniface le prit de très haut. Par la bulle *Salvator mundi* ( 4 décembre 1301 ), le pape révoque toutes les faveurs accordées au roi de France. Tirant la leçon des derniers événements, il répète que Dieu a placé le pape au-dessus des princes et que nul d'entre eux n'est dispensé de l'obéissance au chef de l'Église ( Bulle *Ausculata Fili*, du 5 décembre 1301 ). Une telle affirmation eut pour effet de provoquer un sursaut national ; de toutes parts des publicistes prirent la plume pour défendre le roi. Mais fort de ses appuis, Boniface perdit alors toute retenue : non content de menacer le roi, qu'il veut déposer « comme un mauvais garçon », il adresse à toute la chrétienté, le 18

novembre 1302, la bulle [Unam sanctam](#) ( Extravagantes communes, I, 8, 1 ). Il y expose la doctrine selon laquelle le spirituel dispose d'un droit de contrôle sur le temporel ; les princes ne pouvant user du temporel que selon la volonté du chef de l'ordre chrétien ( Théorie des deux glaives ). Cette attitude de la papauté aura des répercussions à la fois sur le plan politique et juridique ( v. Joseph Calmette, *Le monde féodal*, nouv. éd., op. cit., pp. 276-279 ).

Après la mort de Boniface VIII, profitant de la situation, Philippe le Bel parvint à faire élire pape une de ses créatures, l'archevêque de Bordeaux, Bertrand de Got, qui prit le nom de [Clément V](#). Celui-ci, au lieu d'aller à Rome, s'établit à [Avignon](#), permettant à la royauté de dominer le Saint-Siège ; ce que d'aucuns vont appeler la « captivité de Babylone ». Cette mainmise de la puissance laïque allait précipiter le déclin des tribunaux ecclésiastiques, et par là même contribuer à la régression du droit canonique.

La première attaque en règle contre la juridiction ecclésiastique se produit une vingtaine d'années plus tard, sous le règne du roi Philippe VI de Valois. A la suite des multiples conflits opposant les gens d'Église aux officiers royaux, le roi décide une fois pour toutes de fixer les bornes des deux juridictions laïque et ecclésiastique. Il convoque à cet effet une assemblée à Vincennes ( décembre 1329 - janvier 1330 ), afin d'entendre les dire contradictoires des prélats d'une part, des barons et officiers civils d'autre part. L'avocat général Pierre de Cuignières, affirmant avec solennité le principe de la distinction des pouvoirs, suggère de retirer aux clercs le droit de juger. Il fut entendu. A partir de 1380, les progrès de la juridiction temporelle vont être rapides. Après avoir dépossédé les

officialités, les juridictions royales appliqueront elles-même le droit canonique dans de nombreuses matières : mariage, prêt à intérêt, causes bénéficiales, crimes contre la foi, etc. ( v. Paul Viollet, *Histoire des Institutions politiques et administratives de la France*, t. 2, Paris, 1898, réimpr. Scienta Verlag Aalen, 1966, pp. 315-317 ; François Olivier-Martin, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Paris, 1948, réimpr. C.N.R.S., Paris, 1984, n° 364, pp. 484-485 ; Antoine Leca, *Institutions publiques françaises*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1994, p. 346 ).

A la fin du XVe siècle, le mouvement offensif des juridictions laïques sur le terrain de la compétence de l'Église s'accuse chaque jour davantage : durant cette période, se développe un nouveau type d'appel, dit « appel comme d'abus », consistant à déférer au Parlement les actes abusifs de la justice d'Église, aux fins d'annulation ou de cassation. Ce procédé, ouvert à tout intéressé, devint progressivement un moyen de soumettre au Parlement, non seulement les sentences des officialités, mais encore les actes non contentieux de l'autorité ecclésiastique. La question de la Pragmatique Sanction, entre autres, fut une source féconde d'appels comme d'abus. Par ce moyen, l'Église se trouva subordonnée à l'État, au temporel comme au spirituel ( v. Fevret, *Traité de l'abus*, 1689 ; Jehan, *Étude historique sur l'appel comme d'abus*, 1888 ; Moïse Cagnac, *De l'appel comme d'abus dans l'ancien droit français*, Paris, 1906 ; Marcel Marion, *Dictionnaire des Institutions de la France aux XVIIe et XVIIIe siècles*, Paris, 1923, réimpr. Paris, 1993, pp. 21-22 ; François Olivier-Martin, *Histoire du droit français..*, op. cit., n° 362, pp. 481-483 ).

A partir du XVIe siècle, le droit canonique connaissant une régression notable, le

droit laïque des obligations, à base de droit romain, se développera de manière autonome. Les auteurs français, de [Dumoulin](#) à [Pothier](#), continueront d'étayer leurs solutions par des citations romaines, tout en conservant l'acquit des canonistes sur la force obligatoire des promesses : malgré quelques résistances, le principe *solus consensus obligat* demeure absolu ( v. Gabriel Le Bras, « La concorde des droits savants dans le domaine des contrats », *Mélanges Auguste Dumas*, Aix-en-Provence, 1950 ; Jean-Pierre Baud, « [La bonne foi depuis le Moyen Age](#) », *Conférence à l'École doctorale des Sciences juridiques de l'Université Paris X - Nanterre*, 2001 ).

#### Section 4.- Laïcisation du droit

Les grandes crises du XIV<sup>e</sup> siècle, la formation des États monarchiques en Occident, l'émancipation de la pensée, la transformation économique du monde à la fin du XV<sup>e</sup> siècle, eurent sur l'Église des répercussions profondes. Le pouvoir universel du pape et la solidarité chrétienne, tels que les a connus le Moyen Âge, sont devenus, au début du XVI<sup>e</sup> siècle, des choses mortes. Le pape doit abandonner ses prétentions à la suprématie sur le pouvoir temporel pour n'être plus désormais qu'un prince italien : [Alexandre VI](#) Borgia ( 1492-1503 ), [Jules II](#) de la Rovère ( 1503-1512 ), [Léon X](#) Médicis ( 1513-1521 ), ont été avant tout des princes romains.

Avec le seizième siècle, l'horizon de l'histoire s'étend. [L'expansion maritime](#) des

peuples occidentaux, commencée depuis une centaine d'années, représente dans l'histoire du monde moderne un fait aussi considérable que celle des phéniciens dans l'histoire de l'antiquité ; elle place l'Europe au centre de la planète : pénétration africaine ( 1419 ), découverte des « Indes » occidentales ( 1492 ), ouverture du Japon ( 1542 ). Dès 1520, toutes les grandes îles des Antilles sont investies, les ports de La Havane et Saint-Domingue fonctionnent. Après la conquête du Mexique ( 1519-1528 ) par [Hernán Cortés](#), l'Espagne s'installe en Argentine, fonde Mendoza ( 1561 ) et Buenos Aires ( 1580 ). Les Portugais créent Bahia ( Salvador ) et Pernambouc ( Recife au Brésil ), la capitale du sucre, où la canne est cultivée à partir de 1534. Avec le développement de la navigation, les échanges internationaux se multiplient dans d'énormes proportions : les Portugais produisent du sucre, du poivre, des étoffes de coton et de soie, des perles, de la poudre d'or, de l'ivoire, des pierres précieuses et les bois du Brésil ; les Espagnols jettent dans la circulation une immense quantité d'or et d'argent. On estime qu'au total, de 1509 à 1660, l'exploitation américaine a fourni environ 18.000 tonnes d'argent et 180 à 200 tonnes d'or, décuplant ainsi la valeur du stock existant en Europe vers 1500. Le grand commerce échappe désormais aux négociants italiens ( v. Jean Maillet, *Histoire des faits économiques des origines au XXe siècle*, Payot, Paris, 1952, pp. 188 et suiv. ).

L'afflux des métaux précieux venus du Nouveau Monde eut pour effet de faire monter les prix, d'entraîner une crise monétaire et de renforcer l'ardeur commerciale. Aussi certains scrupules moraux des canonistes apparurent-ils comme une gêne pour l'esprit d'entreprise ; les hommes d'affaire n'aimant guère la prohibition du prêt à intérêt, et pas davantage la théorie du juste prix

préconisée par l'Église. Pour leur donner satisfaction, les juristes prirent l'habitude d'ignorer la valeur morale ou sociale des fins poursuivies dans les contrats : il suffit que la volonté s'affirme pour que, sous la seule réserve de pas empiéter sur la volonté d'autrui, elle ait le pouvoir juridique de réaliser ce qu'elle veut. Dès lors donc, échappant aux règles du droit canonique, l'homme devient le maître suprême de ses opinions et de ses actes ; les individus étant par nature libres et égaux, disent les philosophes, ils ne peuvent être assujettis, sinon par leur propre volonté ( § 1 ). Ces idées, que développa l'École du droit naturel, triompheront avec la Révolution de 1789. On les retrouve en partie chez les auteurs français des XVIIe et XVIIIe siècles ( § 2 ), et ensuite dans notre Code civil ( § 3 ), principalement sous l'article 1134 : « Les conventions légalement formées *tiennent lieu de loi* à ceux qui les ont faites ».

Sur l'afflux des métaux précieux.- V. Clarence Haring, « American Gold and Silver », *Quarterly Journal of Economics*, XXIX, 1915, pp. 433-479 ; du même, *Trade and navigation*, Cambridge, Massachusetts, 1918 ; A. E. Sayous, « Les changes de l'Espagne sur l'Amérique au XVIe siècle », *Revue d'économie politique*, XLI, 1927, pp. 1417-1443 ; Henri Hauser et Augustin Renaudet, *Les débuts de l'Âge Moderne*, coll. Peuples et Civilisations, Librairie Félix Alcan, Paris, 1929, pp. 305 et suiv. ; Earl J. Hamilton, *American treasure and the price revolution in Spain, 1501-1560*, Cambridge, Massachusetts, 1934 ; Auguste Dumas, *Cours d'Histoire du droit privé*, A. Guien, Aix-en-Provence, s. d., p. 12.

### §. 1.- Théorie de l'autonomie de la volonté

Au XVI<sup>e</sup> siècle, l'humanisme, imprégné de l'idée de l'homme, défend la liberté intellectuelle, tout en donnant un fondement humain à la morale. A la suite de la Réforme protestante, se font jour des tendances qui renouvelleront à la fois la conception de l'État et le domaine des obligations ; prenant pour base le principe du contrat et le respect des conventions, les philosophes et les juristes libéraux, [Spinoza](#) ( 1632-1677 ) en Hollande, [Pufendorf](#) ( 1632-1694 ) en Allemagne, exposent que de ce contrat, transporté dans le droit politique, naissent les droits civils des personnes : comme par exemple la liberté ou la propriété. Cette théorie du contrat social constitue le fondement du [Traité de théologie et de politique](#) de Spinoza ( Hambourg, 1670 ). L'état de nature étant soumis au règne de la force, les hommes se trouvent dans l'obligation de s'unir pour assurer leur tranquillité ; d'où un contrat, qui les fait passer de l'état de nature à l'état civil ; ainsi il n'y a plus de dualisme entre la société et l'individu, l'individu créant la société comme il crée le droit. En politique donc, toutes les relations reposent sur des conventions qui, au besoin, peuvent être dissoutes.

L'idée de contrat, fondée sur la nature et la raison, sert également d'assise, à partir du XVII<sup>e</sup> siècle, à la théorie de l'*autonomie de la volonté*. Être autonome, dira [Kant](#) ( 1724-1804 ), c'est être affranchi de toute autre loi que celle qu'on trouve en soi-même ( *Willenstheorie, Willensdogma* ). A partir de la même idée, le libéralisme économique considère que le libre échange des produits et des services, en dehors de toute intervention législative, représente le meilleur stimulant de la production et le plus juste procédé de répartition. Ramenée aux



idées les plus simples, la théorie de l'autonomie de la volonté se traduit

juridiquement par les principes suivants :

1° *La volonté humaine, dotée d'une autonomie contractuelle presque illimitée, crée le droit et l'obligation* par la soumission du débiteur au créancier ; elle peut, en sens inverse, modifier, transférer, ou supprimer le droit ; d'après Pufendorf, droit et liberté demeurent indissociables : un individu est lié comme il l'a voulu et tant qu'il l'a voulu ( [Le devoir de l'homme et du citoyen d'après la loi naturelle](#), Lund, 1673 ). Il faut donc écarter tout formalisme dans la création de l'obligation, et admettre, contrairement au droit romain, que tout pacte oblige. Au XVIII<sup>e</sup> siècle, les physiocrates présentent la société comme une série d'individus libres et autonomes, unis entre eux par des rapports contractuels d'échange ;

2° *Le contrat, base de toute autorité parmi les hommes, est supérieur à la loi*, qui doit seulement suppléer au défaut de volonté. La loi, explique Rousseau ( 1712-1778 ), n'est que l'expression de la volonté générale ; elle s'efface devant les volontés particulières, sauf dans le cas où l'ordre public est en jeu. Il faut donc user le moins possible de la force légale ; la loi peut être indispensable, mais il s'agit alors d'un mal nécessaire ( [Du Contrat social ou Principes du droit politique](#), Amsterdam, 1762 ) ;

3° *La volonté ne peut que réaliser la justice*. Le débiteur ne peut se plaindre d'être injustement obligé, dans la mesure où il a voulu être obligé. *Volenti non fit injuria*. « Qui dit contractuel dit juste », écrit Alfred Fouillée ( 1838-1912 ), un disciple de Kant, l'auteur de la philosophie des idées-forces. Kant a écrit lui-même : « Quand quelqu'un décide quelque chose à l'égard d'un autre, il est

toujours possible qu'il lui fasse quelque injustice, mais toute injustice est impossible quand il décide pour lui-même » ( *Doctrine du droit*, trad. Barni, p. 169 ).

Sur l'autonomie de la volonté.- V. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, thèse, Dijon, 1912 ; Ponceau, *Volonté et contrat*, thèse, Lyon, 1921 ; Coumaros, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique*, thèse, Bordeaux, 1931 ; Kelsen, article dans les *Archives de philosophie du droit*, 1940 ; Gounot et Tison, *Le principe... dans l'ancien droit*, 1931 ( compilation ) ; L. Dikoff, « L'évolution de la notion de contrat », *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, 1939, p. 201 ; Supervielle, « Je veux, donc je m'oblige », *Revue internationale de droit comparé*, 1952, p. 570.

## §. 2.- Synthèse du droit romain et du droit naturel

Si les auteurs français des XVIIe et XVIIIe siècles demeurèrent en général assez éloignés des idées philosophiques, ils subirent néanmoins ces courants et inclinèrent à trouver dans le droit romain une expression parfaite de la raison. Attentifs aux leçons de Grotius ( 1583-1645 ), de Vinnius ( 1588-1657 ) et de Pufendorf, l'auvergnat Jean Domat ( 1625-1696 ) et l'orléanais Robert-Joseph [Pothier](#) ( 1699-1772 ) firent de la liberté et de la volonté un élément créateur de droit ; ils ramenèrent les lois romaines à des idées abstraites, conformes aux principes premiers et à la raison naturelle : le droit romain, explique Domat,

contient « le droit naturel et la raison écrite » applicables à tous les pays et à tous les temps, atteignant « l'ordre par le retranchement de l'inutile et la clarté par le simple effet de l'arrangement » ( v. Paul Ourliac et Jean-Louis Gazzaniga, *Histoire du droit privé français*, op. cit., p. 158 ).

A la fin du XVII<sup>e</sup> siècle, l'affrontement se poursuit entre le droit romain et les coutumes, si chères jadis à Étienne Pasquier ( 1529-1615 ) et à Charles Dumoulin ( 1500-1566 ), qui voyaient en elles des manifestations du tempérament national ; mais les romanistes demeurent influents : après Claude Henrys, mort en 1662, accourt à la défense du droit romain le jurisconsulte Jean Domat, un ami de Pascal, qui passa la majeure partie de sa vie comme avocat au siège présidial de Clermont en Auvergne. Dans ses *Lois civiles dans leur ordre naturel* ( 1689 ), Domat réalise une construction géométrique, cartésienne, romaine, qui sera fort bien accueillie dans un pays où l'on vit sous l'empire d'une multitude de codes coutumiers, d'esprit différent ; il ouvrit la voie à l'unité future, qui n'était encore qu'un rêve.

Comme chez Domat, le raisonnement juste, la profondeur, la rigueur et la clarté, dominant l'oeuvre de Pothier. Fils d'un conseiller au Présidial d'Orléans, Pothier débute dans la carrière scientifique par un ouvrage sur la *Coutume d'Orléans*, qu'il donne au public en 1740 ; puis, en 1760, après un commentaire du Digeste ( *Pandectae Justiniana in novum ordinem digestae*, Paris-Chartres, 1748 ), paraît son *Traité des Obligations*, livre classique et essentiel, dont les solutions pratiques, élaborées à partir d'éléments empruntés au droit romain, seront du plus grand secours aux rédacteurs du Code civil. Jusqu'à la fin de ses jours, Pothier occupa le double poste de conseiller au présidial et de professeur de

droit français à l'Université Orléans, où il avait été désigné en 1750, pour succéder à l'un de ses amis, le jurisconsulte Michel Prévost de la Jannès ( 1696-1749 ).

La nouveauté, chez Domat et Pothier, tient avant tout à l'esprit de synthèse qui domine dans leurs travaux et à la systématisation. A l'instar des canonistes, prenant pour base les textes des *Institutes* et du *Digeste*, ils présentent une théorie des obligations qui fait du seul consentement le fondement du contrat ; et d'expliquer, comme avant eux Grotius et Pufendorf, que les individus étant par nature libres et égaux, ils créent eux-mêmes leurs lois : « Les conventions, écrit Domat, sont des engagements qui se forment par le consentement mutuel de deux ou de plusieurs personnes qui se font entre eux une loi d'exécuter ce qu'ils promettent » ( *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Chez la veuve Savoye, Paris, 1767, t. 1, 1, 1 p. 19 ). La société civile, disent-ils, repose toute entière sur le contrat. Il y a autant de contrats que l'esprit humain peut en imaginer : « La matière des conventions est la diversité infinie des manières dont les hommes règlent entre eux les communications et les commerces de leur industrie et de leur travail, et de toutes choses selon leurs besoins » ( Jean Domat, *Les loix civiles...*, op. cit., t. 1, 1, 1, 1, 1, 3, p. 20 ).

Cependant, aussi libres que soient les parties, cette liberté n'est jamais absolue : les contractants doivent en effet être capables ; la convention ne pas être contraire aux lois ou aux bonnes moeurs ; et le consentement exempt de vices. La principale avancée, en ce domaine, demeure sans conteste l'élaboration de la théorie des vices du consentement ; en droit romain, le dol et la violence étaient

des agissements sanctionnés par le préteur, mais qui n'altéraient pas la volonté. D'abord développée par les canonistes, l'idée de vice du consentement a ensuite été reprise par l'École du droit naturel, puis par Domat qui lui donna sa forme définitive : « Les conventions étant des engagements volontaires, qui se forment par le consentement, elles doivent être faites avec connaissance et avec liberté ; si elles manquent de l'un ou de l'autre de ces caractères ( .. ) elles sont nulles » ( *Les loix civiles...*, op. cit., t. 1, 1, 1, 1, 2, 2, pp. 21-22 ). Pothier range dans cette catégorie : l'erreur, la violence, le dol, la lésion et le défaut de cause ( *Traité des obligations*, n °16 ).

L'ensemble de ces principes se retrouve chez la plupart des auteurs du XVIIIe siècle ( Denisart, Ferrière, Guyot, etc. ). Telle peut être résumée la conception du contrat à la fin de l'ancien droit. Les rédacteurs et les commentateurs du Code civil l'enrichiront et la mettront en forme.

Sur Domat et Pothier.- V. Henry Loubers, *Jean Domat philosophe et magistrat*, Paris, 1873 ; L. H. Dunoyer, *Blackston et Pothier*, Paris, 1927 ; René Frédéric Voeltzel, *Jean Domat ( 1625-1696 ). Essai de reconstitution de sa philosophie juridique précédé de la biographie du jurisconsulte*, Sirey, Paris, 1936 ; Bernard Baudelot, *Un grand jurisconsulte du XVIIe siècle, Jean Domat*, thèse, Paris, 1938 ; Paul Nourisson, *Un ami de Pascal, Jean Domat*, Paris, Recueil Sirey, 1939 ; Y. Noda, « Jean Domat et le Code civil français. Essai sur l'influence de Domat sur le Code civil français », *Comparative law Review*, III, 2, 1956 ; F. de Fontette, *Éloge de Pothier ( 1699-1772 )*, Palais de justice d'Orléans, 16 décembre 1972 ; Franco Todescan, « Domat et les sources du droit », *Archives de philosophie du droit*, 1982, pp. 55-56 ; du même, « Il Problema della

secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat », *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, Università di Firenze, 26, 1987 ; Marie-France Renoux-Zagamé, « Domat, le salut, le droit », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1989, n° 8, pp. 69-111 ; Stéphane Rials, Simone Goyard-Fabre et Marie-France Renoux-Zagamé, « Jean Domat : un juriste au Grand Siècle », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1989, n° 9, pp. 69-75 ; J.-L. Chapuis, *La faute chez Domat*, Mémoire de D.E.A., Histoire du Droit, Dijon, 1994, 67 p. dactyl.

### **§. 3.- Les obligations dans le Code civil**

Les rédacteurs du Code civil ne prétendent aucunement à être des créateurs ; comme le souligne très justement Esmein, ce sont des disciples et non des prophètes ( « L'originalité du Code civil », in *Le Code civil, 1804-1904...*, op. cit., t. 1, p. 5 ). Dans le domaine des obligations, le Code emprunte pour l'essentiel aux juristes des siècles précédents : la matière toute entière était chez les auteurs de la fin de l'Ancien Régime, qui ont transmis la tradition romaine, corrigée par le droit canonique et le droit naturel.

S'agissant des dispositions relatives au contrat ( A ), le Code ne s'éloigne guère des principes exprimés par les philosophes et les juristes libéraux des XVIIe et XVIIIe siècles : consensualisme, autonomie de la volonté, liberté contractuelle. Le plan suivi reprend dans ses grandes lignes le *Traité des obligations* de

Pothier. Mais avec l'unification des lois civiles, le Code ouvre une ère nouvelle dans l'histoire du contrat : pour la première fois, en effet, il met à la disposition des juristes un corps de règles organisant l'ensemble des rapports contractuels ( v. Jean-Louis Gazzaniga, *Introduction historique..*, op. cit., n°s 159-167, pp. 176-190 ).

En matière de responsabilité ( B ), les rédacteurs s'inspirent principalement des ouvrages de Domat et Pothier. Mais au XIXe siècle, les accidents de la circulation et le développement du machinisme bouleverseront la conception classique de la responsabilité. Selon l'expression du professeur André Tunc, on entre alors dans « l'âge de la machine » et dans celui « des accidents » ( *La responsabilité civile*, Économica, Paris, 1999 ).

## A.- Le contrat

A en croire les rapporteurs, tout serait romain dans cette partie du Code ; qu'il s'agisse des définitions du contrat, des classifications, des effets, de l'exécution, ou même du plan des chapitres. Ainsi la définition du contrat de l'article 1101 est-elle mot pour mot la définition de l'obligation de Pothier ( *Traité des obligations*, op. cit., n° 3 ), elle-même empruntée au Digeste ( Digeste, [2, 14](#), 2 ). Mais il ne faut cependant pas exagérer la part faite au droit romain. Cela semble évident, en particulier s'agissant du principe du consensualisme : au Moyen Âge, les juristes facilitèrent la généralisation du consensualisme, moins par fidélité à la loi

romaine qu'à raison des nécessités pratiques de se passer de formes pour conclure rapidement des marchés ; plus tard, dégageant l'autonomie de la volonté, l'École du droit naturel et la philosophie contribuèrent elles aussi, pour une large part, au triomphe du contrat consensuel. En réalité, il s'agit d'une théorie construite aux XVIIe et XVIIIe siècle, exposée par Domat et Pothier, puis reprise dans le Code civil, à partir d'éléments empruntés au droit romain.

Il n'y a pas à proprement parler dans le Code d'affirmation de principe de la liberté contractuelle : l'article 1134 dispose que les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, lorsqu'elles sont *légalement formées* ; et l'article 6 d'ajouter qu'on « ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs » ; d'où il faut déduire qu'on peut déroger à toutes les autres. Or, comme d'après le jeu des règles de la preuve il faut nécessairement prouver l'illicéité d'une convention, la liberté contractuelle apparaît donc comme étant la règle. Cette liberté résulte, dans la pensée des rédacteurs du Code, du principe de l'autonomie de la volonté ; mieux vaut laisser aux personnes le soin de régler elles-mêmes leurs rapports juridiques plutôt que d'utiliser la force de la loi ; en tout cas, tant que celle-ci n'en décide pas autrement. « Le Droit au sens le plus large du mot, écrit Charles Beudant, est la science de la liberté » ( *Le Droit individuel et l'État*, A. Rousseau éd., Paris, 1891, p. 5 ) Pour les auteurs du XIXe siècle en effet, philosophes, juristes et sociologues, l'article 1134 n'est en définitive que la transcription juridique de l'autonomie de la volonté ( v. Jean-Louis Gazzaniga, *Introduction historique...*, op. cit., n° 165, pp. 187-188 ).

Au titre III, consacré aux « obligations conventionnelles en général », le Code



donne une énumération sommaire des divers types de contrats ( art. 1101 à 1107 ). Mais de manière sous-jacente, les rédacteurs opèrent une triple distinction : 1° les contrats se divisent en *consensuels, solennels et réels*, d'après le mode de formation ; 2° en contrats *synallagmatiques et unilatéraux*, d'après le nombre des obligations qui en naissent ; 3° en contrats à *titre onéreux* et contrats à *titre gratuit*, d'après la nature de ces obligations. Il y a dans les expressions même du Code beaucoup de souplesse et une grande facilité d'adaptation. Puis au chapitre 2, l'article 1108 traite des conditions essentielles pour la validité des conventions : le consentement, la capacité, l'objet et la cause. Sous la rubrique du consentement figurent l'erreur, la violence et le dol ; pour la lésion, les rédacteurs ont rétabli les règles concernant la vente d'immeuble et le partage, tout en écartant la lésion comme cause de rescision dans la théorie générale des contrats : l'article 1118 décide à cet effet que la lésion ne vicie les convention « que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes » ( mineurs ).

## **B.- La responsabilité**

Au chapitre des « délits et des quasi-délits », le Code résume en cinq articles l'ensemble du droit de la responsabilité ( art. 1382 à 1386 ). De l'ancien droit les rédacteurs du Code civil retiennent deux idées fondamentales : tout individu répond de ses actes ; le tort fait à autrui oblige son auteur à le réparer. Les deux

notions de *délit* et de *quasi-délit*, à savoir d'une part l'acte dommageable intentionnel et d'autre part l'acte dommageable non intentionnel, sont désormais fondus dans la notion générale de *faute*. Le mot *faute* désigne aussi bien l'acte contraire à la loi que l'acte contraire à la moralité ou à l'habilité. Grave ou légère peu importe, la *faute* donne lieu à réparation, depuis l'homicide jusqu'à la blessure légère : « tout est soumis à la même loi » ( Tarrille, Discours devant le Corps législatif, 9 février 1804 ). A l'usage, cette souplesse se révélera favorable à toutes les interprétations.

La règle générale posée par l'article 1382 ne s'applique qu'à la responsabilité du fait personnel de l'agent. De la formule donnée par le Code on peut dégager trois conditions : 1° une *faute* ; 2° un *dommage* ; 3° un *rapport de causalité* entre la *faute* et le *dommage*. La *faute* peut résulter d'un acte positif, la commission d'un fait, ou d'un acte négatif, l'omission d'une mesure qui s'imposait. L'article 1383 ajoute que « chacun est responsable du *dommage* qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa *négligence* ou par son *imprudence* ». Il s'agit-là d'une résurgence de l'ancienne distinction entre la *culpa in committendo* et la *culpa in omittendo*. Dans tous les cas, la preuve de l'existence de la *faute* incombe à la victime du *dommage*. Elle peut être faite par tous les moyens : procès-verbaux, constats d'huissiers, dépositions de témoins. Les difficultés rencontrées dans l'établissement de la preuve donnent tout leur sens aux présomptions de *faute* établies par les articles 1384 à 1386.

L'article 1384-1° décide que : « On est responsable non seulement du *dommage* causé par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre.. ». Ainsi les père et mère sont toujours

présupposés responsables du dommage causé par leur enfant mineur, dont il devrait répondre s'il avait la conscience de ses actes. Le Code civil diffère sur ce point de l'ancien droit, qui exigeait que l'acte dommageable eut été commis en présence des parents ; car, explique Pothier, ces personnes « pouvant l'empêcher, elles ne l'ont pas fait » ( *Traité des obligations*, op. cit., n° 121 ). Si le mineur bénéficie d'un contrat d'apprentissage ou fréquente un établissement scolaire, la responsabilité de l'artisan ou de l'instituteur est alors substituée à celle des père et mère ( art. 1384-4° ). Enfin, toujours sur le fondement de cette responsabilité, l'article 1384-3° déclare les maîtres et commettants responsables des fautes commises par les domestiques et préposés dans l'exercice de leur fonction. A l'instar de notre ancien droit, le Code retient la responsabilité du maître, que celui-ci soit ou non présent au moment des faits. Pothier donne cette raison qu'il faut « rendre les maîtres attentifs à ne se servir que de bons domestiques » ( *Traité des obligations*, op. cit., n° 121 ). En application de ce principe, le maître de coches répondait jadis des dommages causés par son cocher dans l'exercice de ses fonctions ( Arrêt du 9 février 1599 ; rapporté par Louis Charondas Le Caron, *Pandectes de droit françois*, 1637, réponses, liv. 10, rép. 70 ). Aux colonies, le maître était civilement responsable des vols commis par ses esclaves ; il pouvait cependant s'exonérer en abandonnant le voleur à sa victime ( Ordonnance de 1685, art. 37 ). Lointain souvenir de l'abandon noxal.

L'article 1384-1° établit la responsabilité du fait des choses que l'on a sous sa garde. Mais ce sera seulement à la fin du XIXe siècle que la Cour de cassation en donnera une interprétation et un sens que les rédacteurs du Code civil n'avaient pas envisagés, afin de permettre la réparation des dommages nés du

**machinisme et de la circulation automobile ( *Guissez-Tiffaine*, Cass., Civ., 11-16 juin 1896 ). Pour les animaux, la solution était acquise dès l'ancien droit français ( v. Pothier, *Coutume d'Orléans*, éd. Bugnet, Paris, 1861, t. 1, art. 144 et suiv. ).**

**L'article 1385 vise les animaux domestiques ( bestiaux, chevaux, chiens, volailles ), les animaux sauvages appropriés ( bêtes d'une ménagerie par ex. ) et les animaux qui sont immeubles par destination ( abeilles d'un rucher, lapins de garenne, etc. ). Enfin, de la même façon, chacun est présumé responsable de la ruine des édifices dont il est propriétaire ( art. 1386 ).**

**Ainsi conçu, le droit des obligations obéit à la même rationalité que la législation de la période révolutionnaire, celle de l'individualisme libéral. Un trait domine manifestement : la valeur absolue de la volonté. Ce trait-là est essentiel !**

**L'individu est devenu un être libre, responsable de ses actes, qui peut s'engager sans avoir à subir d'autre loi que celle qu'il s'est lui-même donnée. Cette double reconnaissance du rôle de la volonté et du principe de liberté va dans le sens des transformations de la société française de la première moitié du XIXe siècle : dans un pays essentiellement agricole, presque sans grandes villes, où plus des quatre cinquièmes des habitants vivent de la terre, les idées libérales favoriseront les initiatives individuelles et ouvriront la voie à la révolution industrielle ; face à l'évolution des besoins, la codification napoléonienne réalisera la synthèse des principes rigoureux du droit et des nécessités économiques. 1804 apparaît donc à la fois comme un aboutissement et comme un commencement.**

[Retour](#)

## TITRE II

### FORMATION DE LA THÉORIE GÉNÉRALE DES OBLIGATIONS

---

On sait que les Romains n'élaborent pas volontiers des théories juridiques, ils sont essentiellement concrets et praticiens, sauf à la fin du Bas-Empire. Mais d'après l'étude des cas d'espèce effectuée par les jurisconsultes, spécialement au cours de l'époque classique, il est possible après coup de retracer les principes sur lesquels les solutions concrètes ont été établies. Ce sont ces principes que nous allons essayer de dégager dans le présent titre.

Ce titre comprendra une série de chapitres au cours desquels nous verrons la formation et les effets des obligations. Il sera question de la formation des idées de délit et quasi-délit ( Chapitre I ), de contrat et quasi-contrat ( Chapitre II ), de la genèse des effets des obligations ( Chapitre III ), des sûretés sans droit de préférence ( Chapitre IV ), et enfin des sûretés par droit de préférence ( Chapitre V ).

**Chapitre I.- Formation des notions de délit et quasi délit**

A la suite d'Édouard Cuq ( 1850 - 1934 ), de nombreux historiens ont pensé que la notion d'obligation était passée du sens de l'assujettissement d'une personne au sens du lien juridique entre deux personnes. Cette tentative d'explication ne nous apporte cependant que peu d'éclairage sur les fondements de la notion moderne d'obligation. On ne voit pas comment cette dernière pourrait en effet découler de l'obligation primitive, dont parlent Cuq et ses disciples.

Aujourd'hui, l'idée d'obligation repose sur le devoir d'une personne envers une autre ; ce que d'aucuns appellent la *schuld*. Ce n'est qu'à défaut d'exécution de ce devoir que le créancier fait valoir l'existence d'un lien juridique et peut, à la suite d'une action en justice, placer le débiteur dans une position analogue à celle dans laquelle il se trouvait autrefois. Mais la contrainte primitive, que l'on peut à la rigueur rattacher à la contrainte moderne ( *haftung* ), n'a apparemment aucun rapport avec le devoir qui oblige une personne à payer une somme d'argent ou à accomplir une prestation au profit d'une autre ( On trouvera des indications précieuses dans la thèse du Doyen Jean Maillet, *La Théorie de Schuld et Haftung en Droit Romain*, Aix-en-Provence, 1944 ).

D'où cette question : comment est apparue la notion moderne d'obligation liant juridiquement une personne à une autre ? La réponse est nuancée dans la mesure où la notion d'obligation trouve sa source aussi bien dans le délit que dans le contrat primitif. Nous verrons d'abord la formation de la notion de délit ( Section 1 ), puis la formation de la notion de quasi-délit ( Section 2 ).

## **Section 1.- Formation de la notion de délit**

**Il existe de nos jours une distinction fondamentale entre délit pénal et délit civil : le premier résulte d'une infraction à une loi qui interdit un acte sous la sanction d'une peine ; le second existe toutes les fois qu'une faute volontaire entraîne un préjudice au détriment d'une personne. On ne recherche pas en droit civil la punition du coupable, mais uniquement la réparation du dommage ( v. Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 3e éd., op. cit., t. 2, n°s 906-910, pp. 308-309 ). Il en va tout autrement des obligations délictuelles romaines : la répression peut être affaire privée ou bien affaire publique. Certains actes illicites sont sanctionnés par une peine prononcée dans l'intérêt de la victime, ce sont les délits privés, par opposition aux délits publics réprimés par l'État dans l'intérêt de la société ( v. Arlette Lebigre, *Quelques aspects de la responsabilité pénale en droit romain classique*, Préface de Jean Imbert, P.U.F., Paris, 1967, pp. 71-90 ).**

**Pas plus qu'ils n'ont élaboré une théorie générale du contrat, les Romains n'ont dégagé un principe général de réparation semblable à celui qui existe sous l'article 1382 de notre Code civil. La sanction prime sur la réparation ( § 1 ) et ce n'est que progressivement, à partir de cas d'espèce, que vont être dégagés les premiers éléments de ce qui deviendra le droit de la responsabilité. Malgré quelques avancées concernant l'individualisation de la responsabilité ( § 2 ), la conceptualisation de la notion de délit ( § 3 ) n'interviendra pas avant le XVIIe siècle.**



Sur la notion de responsabilité en droit civil.- On peut consulter Auguste Sourdat, *Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages et intérêts en dehors des contrats*, 1856, 2 vol ; Henri et Léon Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Paris, 1932, 3 vol. ; Henri Lalou, *Traité pratique de la responsabilité civile*, 6e éd., Paris, 1962 ; Philippe Le Tourneau, *La responsabilité civile*, 3e éd., 1982 ; *Métamorphoses de la responsabilité ( XIXe-XXe siècles )*, Actes du Colloque de l'Institut des hautes études sur la Justice, Paris, 13-17 juillet 1994, in *Droit et Cultures*, n° 31, 1, 1996 ; Geneviève Viney, Patrice Jourdain, *Traité de droit civil - Les conditions de la responsabilité*, Paris, 1998 ; André Tunc, *La responsabilité civile*, Paris, 1999 ; Jean Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, 22e éd., Paris, 2000.

### **§ 1.- Peine et réparation**

Dans notre droit, la question de la distinction entre la responsabilité pénale et la responsabilité civile, entre la sphère des intérêts collectifs et le domaine des relations privées, ne soulève plus aujourd'hui de difficultés : peine et réparation se cumulent en effet normalement. Rien de tel dans l'Antiquité. A Rome, jusqu'au Bas-Empire, la limite entre délits publics et délits privés s'avère souvent incertaine, en raison, notamment, de l'accentuation du caractère hybride du droit romain ( A ) et de la persistance du système primitif de répression ( B ).

## A.- Délits publics et délits privés

Dans la plupart des civilisations anciennes, la distinction entre ces deux sortes de délits n'est jamais évidente. Le [Code de Hammurabi](#) ( vers 1750 av. J.-C. ), l'une des plus vieilles sources cunéiformes connues à ce jour - après les codes d'Urukagina ( vers 2350 ), de Gudéa ( vers 2100 ), d'Ur-Nammu ( vers 2050 ) et de Lipit-Ištar ( vers 1875 ) -, en fournit une parfaite illustration. Pas plus que dans les codes antérieurs, les dispositions législatives ne sont présentées dans le Code de Hammurabi suivant un plan logique qui puisse satisfaire les juristes modernes. S'il est difficile d'ôter à cette oeuvre son nom traditionnel de « code », personne aujourd'hui n'y voit un code au sens propre du terme.

Hammurabi, 6<sup>e</sup> roi de la dynastie amorrite de Babylone, utilisait la loi du talion pour réprimer les atteintes à la personne. D'après son Code, en effet, le coupable doit subir le même sort que la victime : il est prévu aux articles 192, 214 et 230, que le meurtre d'un fils ou d'une fille doit être racheté par la mise à mort d'un enfant du coupable. C'est ce qui arriva, dit-on, à un architecte maladroit, responsable de l'effondrement d'un édifice et de la mort d'un enfant. Mais rien n'indique si ce cas intéresse l'ordre public ou bien la sphère des intérêts privés. D'autres dispositions du même code concernent des délits qui, *a priori*, paraissent relever de la compétence de l'État. On applique la peine de mort pour brigandage, vol à la faveur d'un incendie, vol sacrilège au détriment d'un temple,

recel d'esclave, adultère avec une femme mariée, inceste, dénonciation calomnieuse, etc. Mais là encore la qualification demeure incertaine, car le droit babylonien, si développé et si perfectionné qu'il soit, ignore toute systématisation ( v. Jean Gaudemet, *Les institutions de l'Antiquité*, 7e éd., op. cit., p. 30 ).

Assez rapidement, semble-t-il, le droit romain a établi une distinction entre l'intérêt général et les intérêts particuliers. Certaines infractions, blessant la collectivité toute entière, comme par exemple la trahison ( *perduellio* ), le meurtre volontaire ( *parricidium* ), le vol nocturne de moissons ou le faux témoignage, relèvent toujours de la compétence de l'autorité publique : il s'agit des délits publics, appelés crimes ( *crimen*, au pl. *crimina* ), par opposition aux délits privés ( *delicta privata* ), n'affectant que des intérêts privés. Cette distinction entre délits publics et délits privés subsistera à Rome jusqu'au Bas-Empire, au moins en théorie ; car depuis la fin de la République, avec le développement de l'État et l'extension du droit pénal, la frontière entre ces deux catégories de délits ne cessa d'évoluer.

Chaque fois qu'un délit privé a pu être considéré comme portant atteinte à l'intérêt de la société, on l'a immédiatement transformé en délit public. Le domaine du *furtum* ( vol ) nous offre une parfaite illustration de cette évolution. Tandis que le vol simple reste un délit privé, des décisions impériales érigent en délit public toutes les formes de vol aggravé ; à l'exemple du vol de bétail ( *abigeatus* ), dont Hadrien voue les coupables à des peines publiques très sévères ( Digeste, [47](#), 14, 1 ). Deviennent également des délits publics : le pillage d'épaves ( Digeste, [48](#), 7, 1, 2 ) ; le vol avec effraction ( *effractura* : Digeste, [47](#),

18, 1, 1 ) ; le vol dans les thermes ( *furtum balnearium* : Digeste, [47](#), 17, 1 ) ; le vol nocturne ; le vol dans les temples ( *sacrilegium* ) ; le vol de biens appartenant à l'État ( *peculatus* ) ; etc. Au bout du compte, seuls les vols insignifiants resteront dans la sphère des délits privés. L'ancien domaine du *furtum* sera ainsi vidé de presque toute sa substance ( v. Jean-Marie Carbasse, *Introduction historique...*, op. cit., pp. 29-31 ).

Dès l'époque classique, la liste des délits publics s'allongea de manière significative. Cette évolution traduit l'intervention de l'État, qui ne fut cependant ni générale ni radicale : durant cette période, comme plus tard en droit byzantin, l'idée d'une répression exercée dans l'intérêt de la victime ne disparut pas en effet complètement.

Sur les droits cunéiformes.- V. Raymond Monier, Guillaume Cardascia et Jean Imbert, *Histoire des institutions...*, op. cit., n°s 1-49, pp. 17-68 ; *Mélanges Georges Boyer*, t. 2, *Mélanges d'histoire du droit oriental*, Sirey, Paris, 1965, 324 p. ; Émile Szlechter, *Les lois sumériennes*, coll. Studia et Documenta / Pontificium Institutum Utriusque Iuris, Pontificia Universitas Lateranensis, Rome, 1983 : t. 1, *Le code d'Ur-Nammu* ; t. 2, *Le code de Lipit-Ištar* ; Reuven Yaron, « Quelques remarques sur les nouveaux fragments des Lois d'Ur-Nammu », *Revue Historique de Droit français et étranger*, 2, 1985, pp. 131-142 ; Sophie Lafont, « Normes, normativités..., dans le Proche-Orient ancien », *Cahiers du Centre Glotz*, 5, 1994, pp. 7-25, et « Les actes législatifs des rois mésopotamiens », *Mélanges Van Caenegem*, Bruxelles, 1997, pp. 3-27.

## **B.- Persistance du système primitif de répression**

Pendant les premiers siècles de Rome, la coutume autorise l'exercice de la vengeance et l'application du talion, toutes les fois qu'un acte illicite est dirigé contre les personnes. Lorsqu'il s'agit d'un dommage causé à la propriété d'autrui, la répression se confond alors avec la réparation, celle-ci s'effectuant le plus souvent en nature : le coupable n'ayant généralement d'autre issue que de s'engager à travailler dans la maison de la victime, afin de la dédommager ( v. Georges Boyer, *Droit romain, les obligations, cours de droit*, II, p. 36 ; Paul Ourliac et Jean de Malafosse, *Histoire du droit privé*, t. 1, 2e éd., op. cit., n° 344, pp. 380-381 ). Très tôt cependant, un premier progrès se trouve réalisé avec la généralisation des compositions pécuniaires, qui permettent le rachat de la personne physique du coupable et réduisent le risque de guerre entre les familles des deux antagonistes. Mais un tel accord, simple succédané de la vengeance privée, ne vise en aucune façon à la réparation du dommage.

Dans la loi des XII Tables ( 1 ), malgré l'accroissement constant du pouvoir et du rôle de l'État, le caractère impulsif de la vengeance demeure ; mais à partir de la loi Aquilia ( 2 ), et ensuite durant la période classique ( 3 ), on observe une différenciation beaucoup plus nette entre la répression et la réparation.

Sur les progrès de l'idée de réparation.- On se reportera à l'article du Pr. Benoît, « Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et en droit privé », *Juris-classeur périodique*, 1957, I, 1351 ; ainsi qu'à la thèse de Madame Sylvie

Rouxel, *Recherches sur la distinction du dommage et du préjudice en droit civil français*, dirigée par le Pr. Noël Dejean de la Batie, Grenoble, 1994, 340 p.

## 1.- Période de la loi des XII Tables

Au Ve siècle, l'État semble devenu assez fort pour être en mesure d'imposer une composition pécuniaire dont il fixe lui-même le taux. On ne parle plus dans ce cas de vengeance, mais plutôt d'un châtement, d'une *poena*, que l'on inflige au coupable. Les modalités d'exécution sont arrêtées par un commun accord entre les chefs de famille des deux parties, à la suite d'un pacte ( *pactum* = « accommodement », « traité » ), ou à défaut par décision de justice, au moyen d'une *litis aestimatio* ( v. Aulu-Gelle, *Noctes atticae*, [XX](#), 1, 38 ; Varron, *De lingua latina*, [VI](#), 71 ; André-Edmond Giffard et Robert Villers, *Droit romain...*, 4e éd., op. cit., n° 318, pp. 227 ). En principe donc les actes contraires au *jus* peuvent être réprimés par une *poena*, que l'État substitue à la guerre privée, dans l'intérêt des groupes.

Les juristes ne tiennent compte alors que du caractère objectif du dommage ; la personnalité de la victime, la dimension subjective, n'exerce aucune influence sur le montant de l'indemnité. Parfois, l'amende correspond à une somme forfaitaire : vingt-cinq as, par exemple, pour un arbre coupé par le pied ou pour coups et blessures légères ( [XII Tables](#), 8, 4 ; v. Aulu-Gelle, *Noctes atticae*, [XX](#), 1, 12 ). Dans d'autres hypothèses, elle équivaut soit à la valeur de la chose

endommagée soit à un multiple du dommage ( [XII Tables](#), 8, 9 ).

Mais au-delà de cette évolution, les sanctions des délits respirent encore la vengeance : la loi des XII Tables prévoit un grand nombre de faits délictueux, dont certains, comme l'*injuria* ou le *furtum*, tendent davantage à la satisfaction du désir de venger l'outrage subi qu'à l'indemnisation du dommage et de ses conséquences ( Cicéron, *Pro Caecina*, [35](#) ; Digeste, [47](#), 10, 7, 1 ). Ainsi, dans le cas du vol manifeste ( *fur manifestus* ), le voleur peut être mis à mort sur-le-champ, lorsqu'il a été surpris pendant la nuit ou si, de jour, il tente de se défendre avec une arme ( v. Macrobe, *Saturnales*, I, 4, 19 : « *de XII tabulis... quae permittit ut furem nocte liceat occidere et luci, si se telo defendat* » ; Paul-Frédéric Girard, *Manuel élémentaire..*, 7e éd., op. cit., pp. 425 et suiv. ; Perrin, « La répression pénale dans les XII Tables », *Revue Historique de Droit français et étranger*, 1951, p. 403 ). Dans le cas d'ablation d'un membre ( *membrum ruptum* ), bras ou jambe amputés, broyés ou arrachés, les XII Tables autorisent la loi du talion, à moins d'un arrangement entre les parties.

## 2.- Période de la loi Aquilia

La loi Aquilia, en réalité un plébiscite, aurait été votée en l'an 287, sur la proposition d'un tribun nommé Aquilius, lors de la dernière sécession de la plèbe, en vue d'assurer la répression des dommages causés par les patriciens

aux paysans plébéiens : aux limites de leurs propriétés et de leurs possessions foncières ( v. Raymond Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. 2, 3e éd., op. cit., n° 41, p. 67 ). Il s'agit très certainement d'une loi de codification des dispositions antérieures ( Digeste, [9, 2, 1](#) ). Le *damnum iniuria datum*, dont la loi Aquilia permet la sanction, concerne un ensemble de cas d'espèce, assez limités à l'origine, mais qui se multiplieront à l'époque classique sous l'influence de la loi, de la jurisprudence et du préteur ( v. B. Beinart, « The relationship of *iniuria* and *culpa* in the *lex Aquilia* », *Studi Arangio-Ruiz*, 1953, 1, pp. 279 et suiv. ; B. Albanèse, « Studi sulla legge Aquilia », *Annali Palermo*, 21, 1950, pp. 1 et suiv., et « *Damnum iniuria datum* », *Novissimo Digesto Italiano*, 5, 1960, pp. 110 et suiv. ; B. Perrin, « Le caractère subjectif de l'*iniuria* aquilienne à l'époque classique », *Studi Francisci*, 1956, 4, pp. 263 et suiv. ).

Un certain nombre de conditions s'imposent d'emblée à la reconnaissance du *damnum iniuria datum* : un dommage causé sans droit ( *iniuria* ) ; un acte matériel du coupable ( *corpore* ) ; et enfin la destruction ou la détérioration de la chose ( *corpori* ). A l'instar de la loi des XII Tables, la loi Aquilia s'intéresse exclusivement aux atteintes matérielles, sans se préoccuper de la dimension subjective du dommage. Mais le stade de l'amende fixe se trouve maintenant dépassé : on tente de remédier à la perte réellement subie, en se basant uniquement sur la valeur vénale de la chose détruite ou détériorée ( Institutes, [4, 3, 9](#) ).

Le premier chapitre de la loi Aquilia réprime le fait de tuer « *iniuria* » un esclave ou un animal appartenant à la catégorie des quadrupèdes vivant en troupeaux. La peine édictée, dans ce cas, est une composition pécuniaire dont le montant



équivalait à la plus haute valeur du bien endommagé ( *quanti plurimi* ) dans l'année précédent le délit.

Le troisième chapitre, d'application beaucoup plus large, vise quelques hypothèses particulières de dommages concernant les détériorations et la destruction de la chose d'autrui : lorsque, par exemple, une personne blesse un esclave ou un quadrupède ( bétail, chien, bête sauvage ) ; rompt, brise ou brûle un animal appartenant à une autre catégorie ; coupe du vin ou de l'huile avec des substances de nature à en altérer les qualités ( v. Joseph-Louis-Elzéar Ortolan, *Explication historique des Instituts...*, 6e éd., op. cit., n° 1753, p. 431 ). Ces faits, *a priori* moins graves, permettent de réclamer une amende basée sur la valeur de la chose dans les trente jours qui ont précédé le délit.

L'*actio legis Aquiliae* présente les caractères d'une action mixte : elle est reipersécutoire, donc donnée au simple, lorsque le délit n'entraîne aucune contestation ; il s'agit également d'une action pénale au double, visant par conséquent au prononcé d'une peine, contre celui qui nie le délit commis. En principe, toutes les règles des actions pénales s'appliquent à l'action de la loi Aquilia : les divers coauteurs peuvent être poursuivis successivement pour le tout, et si un individu a blessé puis tué un même esclave, il est passible de deux actions distincte ( Gaius au Digeste, [9, 2, 32, 1](#) ) ; l'action s'éteint par la mort du coupable ( Digeste, [9, 2, 23, 8](#) ) ; enfin, l'*actio legis Aquiliae* peut être donnée noxalement contre le chef de famille, lorsque le délit a été commis par un *alieni juris* ou par une autre personne placée sous sa *potestas*.

### 3.- Période classique

A l'époque classique, l'évolution de l'idée de responsabilité se fait au fur et à mesure des besoins et sous le signe de l'utilité : pour favoriser la réparation du dommage et combattre l'individualisme égoïste qui agit sans préoccupation de l'intérêt d'autrui, le préteur développe une théorie du risque ( a ), par la responsabilité des choses que l'on a sous sa garde ( Code civ., art. 1384 ). Pour mettre en jeu la responsabilité, outre une infraction matérielle, il faut désormais un élément subjectif, une faute ( *culpa* ), que les juristes qualifient d'aquillienne ou de délictuelle, par opposition à la faute contractuelle. Le simple rapport de causalité, le simple lien matériel de cause à effet entre le fait délictueux et le coupable suffit ( *injuria, furtum, damnum injuria datum* ).

Sous l'impulsion des jurisconsultes, la doctrine introduit également une série de transformations, touchant à la fois le domaine des contrats et celui des délits ; à savoir, d'une part, la notion de préjudice ( b ), et d'autre part la notion d'intérêt ( c ).

#### a.- Théorie du risque

A l'époque classique, on trouve un certain nombre de solutions que d'aucuns

veulent rattacher à la théorie moderne du risque, défendue au début du XXe siècle par Raymond Saleilles et Louis Josserand ( v. Paul Ourliac et Jean de Malafosse, *Histoire du droit privé*, t. 1, 2e éd., op. cit., n° 350, p. 385 ). A

l'imitation de la loi Aquilia, cette théorie repose en partie sur l'idée que l'on est responsable du danger que l'on provoque, même sans mauvaise intention : un bûcheron tue un esclave en abattant des branches au bord d'une voie publique ( Institutes, [4, 3, 5](#) ; Paul au Digeste, [9, 2, 31](#) ) ; une personne travaillant en haut d'une maison jette en bas quelque chose et tue un passant ( Paul au Digeste, [9, 2, 31](#) ) ; un barbier officiant dans la foule coupe la gorge de son client après avoir été bousculé ( Ulpian au Digeste, [9, 2, 11](#) ) ; un militaire lance un javelot et tue un esclave hors d'un lieu d'exercice ( Institutes, [4, 3, 4](#) ) ; un médecin provoque la mort d'un esclave en l'abandonnant après une opération ( Institutes, [4, 3, 6](#) ) ; etc. Ces différents exemples tendent à démontrer qu'à cette époque on ne distinguait pas encore les notions de délit et quasi-délit.

Les circonstances objectives du délit constituent l'unique critère d'appréciation.

A cet égard, l'exemple du bûcheron abattant des branches est significatif : s'il coupe le bois loin de la voie publique, ou dans le milieu d'un champ, sa responsabilité doit alors être écartée. Elle le sera pareillement si le bûcheron a crié, sans obtenir de réaction de la part de l'esclave ( Institutes, [4, 3, 5](#) ). Pour intenter l'action, le dommage subi par le plaignant doit résulter d'une lésion corporelle de la chose : provoquer la mort d'un animal en l'effrayant, ou inciter l'esclave d'autrui à s'enfuir, ne constituent pas des délits ( Gaius, Institutes, [3, 219](#) ).

## **b.- Notion de préjudice**

A partir de l'interprétation de la loi *Aquilia*, la doctrine imposa l'idée que lorsqu'une atteinte matérielle à une chose ( le *damnum* ) se trouve réalisée, il faut indemniser la victime de cette perte et des conséquences de la détérioration de la chose, quand ceux-ci sont évaluables en argent. La réparation paraît donc exclue, *a contrario*, quand le propriétaire de la chose ne subit aucun tort de l'atteinte portée à celle-ci ; lorsque, par exemple, un individu coupe sans l'emporter une moisson arrivée à maturité ( Digeste, [9, 2, 25](#) ), ou coupe des saules en maturité, sans toutefois nuire au tronc de l'arbre ( Digeste, [9, 2, 27](#) ).

Face à cette évolution, certains auteurs considèrent que les juristes romains ont dégagé la notion de préjudice ( v. Gabriel Lepointe et Raymond Monier, *Les obligations en droit romain...*, op. cit., pp. 77-78 ; Paul Ourliac et Jean de Malafosse, *Histoire du droit privé*, t. 1, 2e éd., op. cit., n° 366, pp. 393-394 ).

Mais ce point de vue mérite d'être nuancé, car les romains n'ont semble-t-il jamais tenu compte du *pretium doloris*, de l'émotivité et de la psychologie du sujet concerné ( Paul au Digeste, [9, 2, 33](#) ). Le droit romain consent tout au plus à l'indemnisation des conséquences matérielles de l'atteinte, mais en aucune façon de la dimension subjective du dommage ( v. Sylvie Rouxel, *Recherches sur la distinction...*, op. cit., p. 8 ).

En droit français, l'emploi du mot préjudice ( dérivé du latin *praejudicare* ), dans l'acception que nous lui connaissons aujourd'hui, ne semble pas avoir été

observé avant la fin du XIII<sup>e</sup> siècle. Il entrera dans les locutions « courir en préjudice », en 1326, « au préjudice de », en 1371, et « porter préjudice » en 1549 ( v. le *Dictionnaire historique de la langue française*, op. cit., sous l'art. *préjudice* ).

### c.- Notion d'intérêt

Dans les cas exceptionnels, où l'indemnité égale à la valeur de la chose ( *quanti ea res est* ) ne permet pas une complète réparation du dommage, les juristes romains font appel à la notion d'intérêt ( *id quod interest* ). Le *id quod interest*, par opposition au *quanti ea res est*, représente l'intérêt que la victime aurait eu à ce que le fait dommageable ne se soit pas produit ( Ulpien au Digeste, [9, 2](#), 21, 2 ). Par souci d'équité, les jurisconsultes attribuent à la partie lésée une somme équivalente au dommage et à l'intérêt ; autrement dit des dommages-intérêts.

Sous le Haut-Empire, la jurisprudence applique cette méthode à la réparation du dommage causé au bien d'autrui, afin que soit accordée une indemnisation supérieure à celle du prix de la chose : Ulpien rapporte au Digeste le cas d'un esclave institué héritier, puis tué avant d'avoir accepté sa part de l'hérédité. Consulté sur ce cas, le jurisconsulte Neratius Priscus - un des meilleurs conseillers de l'empereur Hadrien - accorde au maître le prix de l'esclave, auquel il ajoute le montant de l'hérédité perdue ; il y a réparation du dommage, de l'atteinte matérielle, et de l'intérêt correspondant ( Digeste, [9, 2](#), 23 ; Gaius,

Institutes, [3, 212](#) ).

On retrouve ce mode d'évaluation dans les actions sanctionnant les contrats de bonne foi, lorsque le débiteur n'exécute pas l'obligation : le juge peut tenir compte non seulement du *damnum emergens*, c'est-à-dire de la perte résultant de l'inexécution, mais également du *lucrum cessans*, c'est-à-dire du gain qu'il n'a pu réaliser ( Digeste, [19, 1, 1](#) ; [19, 1, 43](#) ). En 531, Justinien décidera que, pour toutes les obligations nées d'un contrat tels que la vente ou le louage, le montant de la condamnation ne pourra plus excéder le double de la valeur vénale de la chose due ( Code, [7, 47](#) ).

Dans les ventes d'esclaves, en cas de découverte d'un vice, l'acheteur peut obtenir une indemnité calculée d'après l'intérêt qu'il a, au moment des poursuites, à posséder un esclave exempt d'un tel défaut. En pratique, la condamnation pécuniaire équivaut à la moins-value résultant du vice découvert, en se plaçant au moment de la *litis contestatio* ( Digeste, [21, 1, 44, 2](#) ; [21, 2, 16, 2](#) ). Si l'acheteur vient à découvrir successivement plusieurs vices, il peut agir à plusieurs reprises par l'action *ex stipulatu* ; à condition toutefois que le montant des condamnations successives ne dépasse pas la valeur de la chose ( Digeste, [21, 1, 31, 16](#) ; [21, 2, 32, 1](#) ).

Ainsi donc, à l'époque classique, l'obligation délictuelle tend à se rapprocher de l'obligation contractuelle. Mais à la différence de celle-ci, elle demeure passivement intransmissible : elle pèse uniquement sur l'auteur du délit.

Sur la notion d'intérêt.- On peut consulter A. Fliniaux, Communication à la

société d'histoire du droit, séance du 8 mars 1928, *Revue Historique de Droit français et étranger*, 1928, p. 326 ; Raymond Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. 2, 3e éd., op. cit., n° 124, pp. 210-211, n° 174, pp. 312-314 ; André-Edmond Giffard et Robert Villers, *Droit romain..*, 4e éd., op. cit., n° 368, p. 256.

## **§ 2.- Emergence de l'idée d'une responsabilité personnelle**

Dès avant les XII Tables, le principe d'une répression subjective semble admis, au civil comme au pénal. Le droit criminel définit l'infraction non comme un simple fait matériel mais comme un acte accompli sciemment : en connaissance de cause. Le rôle central ainsi reconnu à l'élément intentionnel, au facteur psychologique, permet aux juristes de déterminer des cas de non-imputabilité ( A ). Les peines étant personnelles ( B ), elles ne frappent, sauf exception, que l'auteur du délit. Mais après l'effondrement de l'Empire romain, l'idée d'une responsabilité personnelle ne s'imposa toutefois pas sans difficultés.

### **A.- Principe d'imputabilité**

A Rome, depuis l'adoption de la loi Cornelia *de sicariis*, durant le dernier siècle de la République, nul fait ne peut entraîner une peine s'il n'a été commis *dolo aut*

*culpa*, par dol ou par faute ( Digeste, [48](#), 8, 7 ). L'agent doit pour cela avoir été conscient de son acte : « Le crime n'est engagé, indique un texte du Code de Justinien, que si la volonté coupable survient : *Crimen enim contrahitur, si et voluntas nocendi intercedat* » ( Code, [9, 16](#), 1, *Ad legem corneliam de sicariis* ). Les romains ne punissent en effet l'auteur d'un délit que s'il dispose d'une capacité dolosive ( *doli capax* ).

Alors même que le concept général de non-imputabilité demeure ignoré par le droit romain, l'absence de capacité dolosive suffit parfois à déclarer l'agent irresponsable : en particulier s'il s'agit de fous ( *furiosi* ) ou d'impubères ( *impubes* ). Ulpien, commentant un *responsum* de Pegasus, établit un parallèle entre le dommage causé par un fou et les dégâts provoqués par un quadrupède ou par une tuile tombée d'un toit ( Digeste, [9, 2](#), 5, 2 ). Dans le même sens, Marc Aurèle affirme dans un rescrit relatif à un fou, meurtrier de sa propre mère ( Digeste, [1, 18](#), 14 ), que le *furiosus* se trouve suffisamment puni en raison de son état de santé. Quant à l'impubère, il bénéficie, dans la doctrine classique, d'une sorte de présomption d'innocence ; qui n'est toutefois pas irréfragable ( v. Arlette Lebigre, *Quelques aspects de la responsabilité pénale...*, op. cit., pp. 40-54 ). Les juristes considèrent alors que ni les uns ni les autres ne peuvent être tenus de « fraude capitale » ( Digeste, [21](#), 1, 23, 2 ; v. sur cette question J. Diaz-Bialet, « La imputalidad penal en el derecho romano », *Revista de la Sociedad Argentina de Derecho Romano*, 1, 1954, pp. 13 et suiv. ; Jean-Marie Carbasse, *Introduction historique...*, op. cit., pp. 37-38 ).

A partir du XIII<sup>e</sup> siècle, les enseignements des romanistes, des canonistes et des théologiens, facilitèrent la prise en compte de l'élément intentionnel et de la



notion d'imputabilité dans l'appréciation du délit. S'agissant des fondements idéologiques de la responsabilité pénale, les canonistes sont catégoriques : L'« imputabilité matérielle est nécessaire sans doute, mais elle ne suffit pas. L'auteur doit être moralement responsable de l'acte » ( Abbé R. Metz, « La responsabilité pénale dans le droit canonique médiéval », *La responsabilité pénale. Travaux du Colloque de philosophie pénale*, Dalloz, Paris, 1961, 83, p. 91, cité dans Hugues Parent, « Histoire de l'acte volontaire en droit pénal anglais et canadien », *McGill Law Journal*, 45, Montréal, 2000, p. 985 ). Ainsi donc, il n'y a pas de responsabilité sans l'existence d'une faute. Selon saint Ambroise ( + 397 ), « Personne n'est tenu responsable ( coupable ) à moins que la volonté s'écarte du droit chemin : *Nemo nostrum tenetur ad culpam, nisi voluntate propria deflexerit* » ( *De Jacob et vita beata*, I, c. 3, n. 10 ). Mais « il n'y a d'acte peccamineux, ajoute saint Augustin ( 354-386 ), que s'il a été volontaire ; l'absence de volonté exclut la faute : *Usque adeo peccatum voluntarium malum est, ut nullo modo peccatum sit, si non sit voluntarium* » ( *Retractationes*, I, C. 15, qu. 1, c. 12, *princip.* ). Aussi ne peut-on pas poursuivre ceux qui, en état d'inconscience habituelle, paraissent incapables de dol ou de faute : enfants dans l'âge le plus tendre ( *infantes* ), impubères ( *infantine proximi* ), fous et animaux.

Durant la seconde moitié du XIIIe siècle, Beaumanoir pose très nettement la règle que les *forsenés* ( = ceux qui sont hors de sens ) « ne sont pas justiciés en la manière des autres par ce qu'ils ne savent qu'ils font » ( *Coutumes de Beauvoisis*, op. cit., 1575 ). « Les insensés et forcenés sont excusés, écrit au XVIe siècle le jurisconsulte flamand Josse de Damhouder ( 1507-1581 ), mais il

les faut enferrer et lier étroitement en la prison... afin qu'ils ne commettent plus le semblable » ( *Praxis Rerum Criminalium*, Anvers, 1554, 1556 et 1562 ). La même règle valait également pour l'enfant : fidèle au droit romain, la doctrine laïque estime que jusqu'à sept ans les enfants sont dans une période « d'imbecillité et d'innocence » et absolument « incapables de malice » ; au dessus de sept ans, elle distingue les impubères ( garçons de sept à quatorze ans et filles de sept à douze ans ), qu'elle assimile à des enfants, des jeunes gens « proches de la puberté » qui, sauf les cas de crimes atroces, doivent pouvoir bénéficier de circonstances atténuantes ( v. Pierre-François Muyart de Vouglans, *Lois criminelles de la France*, 1780, p. 27 ). Mais ce ne fut toutefois pas sans peine que la pratique se conforma à ces enseignements : on vit longtemps encore des procès faits à des animaux ; dans certaines régions cet usage se poursuivit même jusqu'au XVIIIe siècle. La majorité des affaires concerne des porcs, souvent lâchés en pleine rue et auteurs de nombreux dégâts.

### L'exemple des procès d'animaux

La recherche de l'exemple est l'une des raisons justifiant les procès faits aux animaux : tout être vivant ayant provoqué la mort d'un homme doit mourir à son tour. Le simulacre de procès intenté aux animaux, et leur exécution publique, visent d'abord à effacer le crime au moyen d'un châtement exemplaire et expiatoire. « Ce n'est pas parce qu'ils ont eu conscience du péché », explique [Saint Augustin](#) ( 354-430 ), « c'est seulement parce qu'ils perpétuent le souvenir

---

du méfait ».

Les procès d'animaux ne doivent donc pas être considérés sous l'angle de la responsabilité pénale : les tenant pour de simples machines, on ne saurait en effet leur prêter une quelconque intention. Ce n'est que justice perdue, écrit Beaumanoir, car « beste mues n'ont pas entendement ». Lorsque par exemple un porc dévore un enfant, on ne le tient jamais pour responsable d'une faute volontaire ; on l'élimine en tant qu'animal dangereux, pour s'être souillé de sang humain. Aux environs de Chartres, en 1498, un vigneron ( Jean Delalande ) et sa femme prennent à domicile, en nourrice, une petite fille de dix-huit mois. La nourrice s'absente et laisse la porte ouverte. Quand elle revient, elle découvre le bébé à moitié dévoré, tandis que le cochon est encore dans la cour « tout sanglant par le nazeau ». La fillette succombe le lendemain et les parents portent plainte. Le couple, inculpé de négligence, sera condamné à une forte amende. Mais le cochon, lui, sera pendu haut et court ( v. Alfred Franklin, *La vie privée d'autrefois, arts et métiers, modes, moeurs, usages des parisiens du Xlle au XVIIIe siècle d'après des documents originaux ou inédits : Les animaux*, t. 2, Librairie Plon, Paris, 1899, pp. 260-261 ). L'année suivante, à Corroy, seigneurie dépendant de l'abbaye de Beaupré, on pendra un taureau à une potence pour avoir tué un jeune garçon ( v. Dom Ursin Durand et Dom Edmond Martène, *Voyage littéraire de deux religieux bénédictins de la congrégation de Saint-Maur*, 1724, t. 2, p. 167 ).

Lorsque des animaux sont utilisés pour des actes contre nature, ils encourent le supplice du feu comme le coupable lui-même. A Aigues-Mortes, en 1460, un

individu fut condamné à être brûlé avec son ânesse, pour avoir entretenu des relations coupables avec elle. Mais l'animal ayant péri avant l'exécution, on trouva une autre ânesse pour subir le supplice à la place de la première ( v. l'article de E. de Balincourt, « Budget de la viguerie d'Aigues-Mortes au XVe siècle », *Mémoires de l'Académie de Nîmes*, 1885, pp. 103-104 ). Ainsi jugèrent également : le Parlement de Paris, le 26 mai 1546, contre le sieur Guyot, qui fut pendu et brûlé avec une vache que l'on assomma avant l'exécution ; le Sénat de Savoie, le 1er juillet 1605, contre un certain Grillet, alias Crolet de Punigni, qui fut condamné au feu avec la vache qu'il avait tenté de prendre comme complice ; etc.. ( Parlement de Paris, registre coté 84, cité par Jacques-Antoine Dulaure, in *Histoire civile, physique et morale de Paris*, t. 4, p. 75 ; v. également Bavozy, *Théorica Criminalis ad Praxim forensem accomodata...*, 2e éd., Chambéry, 1615, § 22, n° 14, p. 287 ).

Durant l'époque franque, si des animaux causaient un dommage, le législateur autorisait la victime à s'en emparer, voire à les tuer ( *loi salique*, 9, 1 ; *Lex Wisigothorum*, [8, 3, 15](#) ). Cette règle subsistera jusqu'à la fin du XVIIIe siècle : les bêtes pouvant être tuées pour être consommées ( *Coutume de Blois* de 1523, art. 222 ; v. Jean Bart, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIXe siècle*, Montchrestien, Paris, 1998, pp. 417-418 ). Dans les autres cas, les coutumes décident que toute personne ayant à se plaindre de dommages causés par les animaux d'autrui sur ses récoltes, peut les saisir et doit les mener en fourrière dans les vingt-quatre heures ( v. Guy Coquille, *Coûtumes de Nivernois*, chap. 15, art. 4 ). Le maître bénéficie alors d'un délai pour les réclamer, mais il doit auparavant payer le dommage. A défaut, les bêtes seront vendues par la

justice pour permettre l'indemnisation de la victime ( v. Beaumanoir, *Coutume du Beauvoisis*, op. cit., 24 ; Charles-Antoine Bourdot de Richebourg, *Nouveau Coutumier Général*, 1724, aux art. *Bétail et dommage* ; Loysel, [Institutes coutumières](#), op. cit., n° 263 ). La règle survivra pour les volailles dans la législation révolutionnaire : l'article 12 de la loi des 18 septembre et 6 octobre 1791 précise en effet que « qui prend bestes en dommage ( .. ) les doit mener en justice dans vingt-quatre heures ».

Sur les procès d'animaux.- On se reportera aux travaux de Léon-Camille Ménabréa, « De l'origine, de la forme et de l'esprit des jugements rendus au Moyen Âge contre les animaux », *Mémoires de l'Académie de Savoie*, série 1, n° 1, XII, 1846, pp. 399-558 ; M. Rousseau, *Les procès d'animaux*, Namur, 1964 ; J. Vartier, *Les procès d'animaux du Moyen Age à nos jours*, Paris, 1970.

## B.- Principe de personnalité des peines

L'évolution de la procédure laïque ( inquisitoire ), à partir du XIIIe siècle, permit la réalisation d'un immense progrès ; conduisant à la séparation de plus en plus tranchée de la peine infligée par l'autorité publique d'avec les dommages-intérêts alloués à la partie lésée à titre de réparation. Mais la séparation définitive, entre l'action publique d'une part et l'action civile d'autre part, n'interviendra pas avant le XVIIe siècle.

Désormais, sauf exceptions, les sanctions pénales n'atteignent plus que l'auteur du délit. Loysel donne sur ce sujet deux adages : « Tous délits sont personnels, et en crime n'y a point de garant », et « Qui fait la faute, il la boit » ( *Institutes coutumières*, op. cit., n°s 797 & 825 ; v. également Jean Desmares, *Commentaire sur la coutume de Paris*, décis. n° 43 ; J. Masuer, *Pratique*, trad. Fontanon, Lyon, 1610, 38, de *Poenis*, n° 17 ; Zouchem Zouchaeus, *Quoestiones juris civilis*, Oxford, 1660, 10, quest. 5 ) . Cette règle, empruntée au droit romain et au droit canonique, présente une double signification : la peine vise uniquement le coupable ( 1 ) ; il n'y a pas de responsabilité pénale du fait d'autrui ( 2 ).

#### 1.- La peine frappe uniquement le coupable

Selon un principe du Digeste, l'action publique s'éteint par la mort du coupable : « Le crime cesse avec la mort » ( Digeste, [48](#), 4, 11 : *Crimen extinguitur mortalitate* ). Elle ne peut être exercée ni contre ses héritiers, que la peine ne peut atteindre, ni contre lui, puisque, mort, il échappe à toute peine temporelle. Cependant, il existe des exceptions. A l'instar du droit romain, notre ancien droit connaît en effet des situations où après la mort du coupable on intente un procès à son cadavre ou à sa mémoire : lorsqu'il y a suicide ( a ), lèse-majesté ( b ), duel ( c ) ou rébellion à justice à force ouverte. Le procès doit alors être soutenu par un curateur au cadavre, nommé d'office par le juge, parlant pour le défunt et pouvant en son nom interjeter appel de la sentence ( Ord. crim. de 1670, 22, 1 ; v. Julien Bregeault, « Procès contre les cadavres dans l'ancien

droit », *Revue Historique de Droit français et étranger*, 1879, pp. 619 et suiv., et Paris, 1880 ).

#### a.- Première exception : le suicide

Le premier exemple connu d'un châtement frappant les suicidés nous est fourni par Pline l'Ancien ( *Histoire naturelle*, XXXVI, 15, 107 ) et le grammairien Servius Honoratus ( *In Virgilis Aeneidos libros*, 12, 603 ) : il concerne les suicidés de la Cloaca Maxima. Au VI<sup>e</sup> siècle avant notre ère, sous le règne de Tarquin l'Ancien, des plébéiens avaient été requis pour la construction de l'égout. Accablés de fatigue et de découragement, ils décidèrent de se donner la mort. Le roi répondit alors par un geste de défi au geste de vengeance des suicidés : afin d'inspirer la terreur par un exemple sans précédent, il ordonna d'attacher les cadavres à des croix pour qu'ils y fussent exposés au regard des citoyens et lacérés par les oiseaux de proie et les animaux sauvages ( v. E. Jobbe-Duval, *Les morts malfaisants*, « *Larvae, Lemures* », *d'après le droit et les croyances populaires des Romains*, Paris, 1924, p. 75 ; J. Bayet, « Le suicide mutuel dans la mentalité des Romains », *L'Année sociologique*, 1951, 3<sup>e</sup> série, pp. 56-57 ; A. Vandebossche, *Recherches sur le suicide en droit romain*, Bruxelles, 1953, p. 478 ). D'après un autre témoignage de Servius Honoratus, la jurisprudence pontificale refusait à cette époque le droit à la sépulture rituelle aux suicidés : *cautum fuerat in pontificalibus libris ut qui laqueo vitam finisset*

*insepultus abiceretur* ( *In Virgilis Aeneidos libros*, 12, 603 ; v. également Th. Mommsen, « Le droit pénal romain », in *Manuel des Antiquités romaines*, trad. Duquesne, Paris, 1907, t. 3, p. 251 ).

L'interdiction du suicide tendit à tomber en désuétude, semble-t-il, à partir de la période républicaine ( Valère Maxime, [9, 12, 7](#) ; Tacite, *Annales*, [6, 35](#) ). Il fallait, cependant, que la mort volontaire n'eût pas été obtenue par un moyen « néfaste », la pendaison, ou que le suicidé ayant été pris en flagrant délit, ou mis en accusation, il n'ait mis fin à son existence pour échapper à une condamnation pénale ( v. Tite-Live, [III, 58](#), 6-9, au sujet des suicides d'Appius Claudius et d'Oppius ) ; ce qui eût pour effet d'entraîner la confiscation de ses biens ( Digeste, [29, 5, 1, 23](#) ; [48, 21, 3](#) ) et de le priver des cérémonies du deuil ( Digeste, [3, 2, 11, 3](#) ). Mais l'éthique stoïcienne, contrairement à la doctrine chrétienne, considère le suicide comme un acte positif de liberté. L'historien latin Valère Maxime rapporte qu'à Marseille, au premier siècle de notre ère, l'autorité publique tenait en réserve du poison dont elle faisait la remise à ceux qui étaient dégoûtés de la vie ( Valère Maxime, [2, 6, 7](#) ; v. également Joseph-François-Claude Carnot, *Commentaire sur le Code pénal*, 2e éd., Paris 1836, t. 2, p. 7 ).

La doctrine chrétienne condamne le suicide sans aucune réserve : personne n'est maître de sa vie et n'a le droit d'en disposer ; elle appartient à Dieu seul, qui peut la reprendre à son gré. « Celui qui détient l'autorité publique, explique [Saint Thomas](#), peut licitement faire périr un malfaiteur, puisqu'il a le droit de le juger ; mais nul n'est juge de soi-même » ( *Somme théologique*, II-II, Q 64, a 5 ). Aussi l'Église prit-elle des sanctions : elle refusa la sépulture chrétienne, comme



d'ailleurs ses prières, au cadavre du suicidé ( Can. 12, caus. 23, quest. 4 ). Enfin, c'est à ce même cadavre qu'à partir du XIIIe siècle le droit laïc fit un procès ( Établ. de St Louis, art. 88 ; Ordon. d'août 1570, XXII, art. 2 ). La coutume voulait qu'après avoir été déclaré « infâme », autrement dit sans honneur, il fut traîné sur une claie face contre terre, pendu par les pieds, et ses meubles confisqués au profit du seigneur ( v. l'ancienne Coutume de Bretagne, art. 586, et la nouvelle Coutume, art. 531 ). On peut lire aux Établissements de Saint-Louis que « s'il arrivait qu'un homme ou une femme se pendît, se noyât ou se tuât, de quelque manière que ce fût, ses meubles seraient confisqués au profit du baron » ( v. Jourdan, Decrusy et Isambert, *Recueil général des anciennes lois françaises*, t. 2, p. 469 ).

Serpillon déclare, dans son commentaire de l'Ordonnance de 1670 : « ce crime est plus grave que l'assassinat ; il est regardé comme un crime de lèse-majesté divine ; c'est une action d'impiété et de faiblesse, contraire à la religion et à l'humanité ». La simple tentative suffit à faire ouvrir l'action publique. En 1729, le Châtelet condamna à mort un magistrat qui avait manqué son suicide. La sentence, confirmée en appel par le parlement, fut exécutée le même jour ( v. Jean-Marie Carbasse, *Introduction historique...*, op. cit., p. 263 ).

Cependant, les juges tiennent parfois compte des circonstances du suicide. Lorsqu'il est établi que le suicidé s'est donné la mort par fureur, par folie ou pour mettre fin à une douleur insupportable, ils peuvent ne pas infliger à sa dépouille une peine corporelle afflictive. Le Sénat de Savoie jugea ainsi au XVIe siècle dans un arrêt rendu contre un certain Perrin « qui s'était pendu à une corde, en

proie à une très violente douleur mentale » ( v. Bavozy, *Tractatus reatum juxta forensim ac pragmaticorum usum, in gratiam jurisprudentia candidatorum*, Chambéry 1607, § 18, n° 139, p. 258 ). En France, la démence constitue également une cause d'exonération. Mais on ne l'admet véritablement qu'à partir du XVIIIe siècle. Le jurisconsulte français Daniel Jousse laisse entendre que les tribunaux évitaient le plus souvent la condamnation du cadavre et la confiscation des biens en attribuant le suicide à un coup de folie subite ( v. Daniel Jousse, *Traité de l'Administration de la Justice*, Paris 1771, 2 vol. ).

#### b.- Deuxième exception : le crime de lèse-majesté

A Rome, durant la période classique, le crime de *perduellio* ( haute trahison ) désigne « ce qui est commis contre le peuple romain ou contre sa sécurité » ( Ulpien au Digeste, [48](#), 4, 1, 1 ). Par la suite, les juristes réprimèrent également les crimes contre les magistrats, ou contre l'empereur et sa famille ( *crimen maiestatis* ) ; comme par exemple les dégradations volontaires aux statues du prince ( Digeste, [48](#), 4, 6 ). Mais il faut attendre un rescrit de Marc Aurèle, au IIe siècle, pour voir l'instance débiter *post mortem* dans le *crimen maiestatis* ( Code, [9, 8](#), 6 ). Selon les textes, c'est afin de permettre la *publicatio* des biens au bénéfice du fisc et pour obtenir par le biais de la *damnatio memoriae* la nullité des aliénations effectuées du vivant du condamné que l'instance peut ici être introduite après la mort de celui-ci ( Digeste, [38](#), 16, 1, 3 ; [31](#), 76, 9 ; [48](#), 2, 20 ; Code, [9, 8](#), 6, 2 ; Institutes, [3, 1](#), 5 ). Désormais, attenter à la

*maiestas* de l'empereur n'est plus seulement commettre un crime d'État au sens laïque du terme. C'est en même temps agir contre le protégé des dieux, contre le porteur de l'attribut divin qu'est la *maiestas*. Aussi la responsabilité du *crimen maiestatis* dépasse-t-elle la responsabilité de droit commun ( v. Th. Mommsen, *Le droit pénal romain*, t. 2, op. cit., pp. 234 et suiv. ; Christoph Heinr Brecht, « *Perduellio* », *Münchener Beiträge*, 29, Munich, 1938, et « *Perduellio und crimen majestatis* », *Zeitschrift der Savigny-stifung für Rechtsgeschichte : Romanistische Abteilung*, 64, Weimar, 1944 ; Jean Gaudemet, « *Maiestas populi romani* », *Syntelesia Arangio-Ruiz*, 1964, 2, pp. 690 et suiv. ; Arlette Lebigre, *Quelques aspects de la responsabilité pénale...*, op. cit., pp. 97-103 ; Jean-Marie Carbasse, *Introduction historique...*, op. cit., n° 22, p. 44 ).

Dans notre ancien droit, le crime de lèse-majesté concerne au premier chef le régicide et la haute trahison. Par une exception remarquable, il ne s'éteint pas par la mort des coupables : ils peuvent être « accusés et condamnés après leur mort, et la punition exécutée sur le cadavre, et contre la mémoire par la suppression et anéantissement de leur nom et de leurs armes, confiscation de leurs biens, rasement de leurs maisons et châteaux et coupe de leurs bois de haute futaie jusqu'à une certaine hauteur » ( v. François Lange, *Nouvelle Pratique civile, criminelle et bénéficiale...*, 1712, p. 21 ). En 1604, un commis de Monsieur de Villeroi, secrétaire d'État, fut condamné pour crime de lèse-majesté. En voulant se sauver, il se noya dans la rivière de la Marne. Son cadavre fut démembré à quatre chevaux, et mis en quatre quartiers sur quatre roues aux quatre principales avenues de Paris ( v. Philippe-Antoine Merlin, *Répertoire universel...*, 4e éd., op.cit., t. 2, p. 14, art. *cadavre* ).

### **c.- Troisième exception : le duel**

**La vengeance privée, malgré les progrès du droit, se perpétua de manière détournée sous la forme du duel : d'abord pour défendre ses droits, jusqu'au XVI<sup>e</sup> siècle, et ensuite pour l'honneur, entre le XVI<sup>e</sup> et le XIX<sup>e</sup> siècle. Jusqu'à la Révolution, le duel appartient à la catégorie des crimes de lèse-majesté. Le duelliste encourt la peine de mort, voire un procès fait à son cadavre.**

**Au Moyen Age, les prêtres et les moines nommaient des champions qui combattaient pour eux. Les papes Nicolas I<sup>er</sup> ( 858-867 ) et Eugène III ( 1145-1153 ), consultés sur le bien-fondé d'une telle pratique, répondirent qu'il fallait continuer d'en user suivant l'ancienne coutume. Mais au Concile de Tolède ( 1473 ), la position de l'Église évolua : on décida que ceux qui mourraient des blessures reçues dans un duel devraient être privés de la sépulture ecclésiastique. Ce décret ne sera malheureusement jamais appliqué en France.**

**La prohibition de cette pratique, que Saint Louis avait imposée dans ses domaines ( vers 1252 ), tomba en désuétude à partir du XVI<sup>e</sup> siècle. Lors d'un duel demeuré célèbre, un favori du roi Henri II, le seigneur de Jarnac, blessa mortellement son ami la Châtaigneraie ( 10 juillet 1547 ). D'où la réaction du roi, qui prit un édit, sans aucun résultat. Dès lors, le duel devint la plaie du royaume : pendant les dix-huit années précédant l'avènement au trône d'Henri IV ( 1571-1589 ), environ 8.000 hommes perdirent la vie dans ces combats ; dans le même**

laps de temps, plus de 7.000 lettres de grâce parvinrent à la grande chancellerie concernant des duellistes. La situation devint insupportable au point que Richelieu dut se résoudre à ordonner l'exécution des comtes de Bouteville et de Chapelle, coupables d'avoir enfreint un édit contre les duels ( 22 juin 1627 ). Louis XIV prit également des mesures : il entendait à l'avenir ne plus accorder aucune grâce aux duellistes ( Ordon. crim. de 1670, XVI, art. 4 ). Son successeur renouvela l'interdiction dans un édit du mois de février 1723. Mais la réglementation sur les duels fut appliquée plutôt mollement.

Durant la Révolution, cette pratique aristocratique échappe à toute réglementation : l'infraction ne figure pas dans le Code pénal du 25 septembre 1791. Le décret de l'Assemblée législative du 17 septembre 1792 précise que « tous procès et jugements contre des citoyens, depuis le 14 juillet 1789, sous prétexte de provocation au duel, sont éteints et abolis ».

Sous l'empire du Code pénal du 22 février 1810, le duel se rattache à deux autres délits : l'homicide et l'injure. Lorsqu'il y a effusion de sang et meurtre, il est traité comme l'homicide ( article 295 ) ; s'il ne s'agit que de voies de fait, il suit le destin de l'injure. La Cour de cassation, à la suite de nombreuses polémiques, rappella que l'homicide ou les blessures résultant du duel constituaient des infractions intentionnelles punies par les articles 295, 297, 301 et 311 du Code pénal ( Cass., 15 décembre 1837, S. 38, I, 5 ). Il s'agit également d'un délit civil, ouvrant à la victime et aux personnes lésées un droit à des dommages-intérêts ( Cass., 20 février 1863, S. 63, I, 321, D. 64, I, 99 ).

## 2.- Absence de responsabilité pénale du fait d'autrui

Si certains conciles, encore au début du XIII<sup>e</sup> siècle, continuent à tenir les père pour responsables des méfaits de leurs fils, c'est uniquement en présumant un défaut d'éducation ou de surveillance. Dès la renaissance du droit romain, les juristes appliquent en effet les grands principes du Digeste : « Le crime du père, ni sa peine, ne peuvent infliger aucune tache à son fils » ( Digeste, [48](#), 19, 26 ) ; « Le châtement suit le coupable » ( Digeste, [47](#), 1, 1, 2 : *Noxa caput sequitur* ) ; etc. Ces adages furent aussitôt adoptés par les coutumes et les coutumiers ( v. Loysel, *Institutes coutumières*, op. cit., n° 845 ; *Coutume de Melun*, 1, art. 11 & 12 ; *Coutume de Mantes*, 17, art. 194 ; *Coutume de Laon*, 1, art. 12 ; *Conférences des coutumes du royaume de France*, Paris, 1596, pp. 37-38 ; *Coutumes notoires du Châtelet de Paris*, à la suite du commentaire de Brodeau sur la coutume de Paris, 1669, art. 164 ).

Cette règle souffre pourtant trois exceptions. La première, la plus importante, concerne le crime de lèse-majesté ; non seulement le coupable subit le supplice de l'écartèlement, mais de surcroît toute sa famille se trouve englobée dans la sanction puisque les biens du régicide sont confisqués, sa maison rasée, sa femme, ses enfants, ses père et mère bannis du royaume, enfin son patronyme est aboli ( ainsi jugé pour Chatel, Ravillac et Damiens ; v. Pierre-François Muyart de Vouglans, *Instruction Criminelle, suivant les loix et ordonnances du Royaume*, Louis Cellot, Paris, 1767, pp. 331-332 ). Une deuxième exception,

moins grave, résulte de la confiscation des biens, lèsant évidemment la famille entière du condamné. Enfin une troisième exception concerne la responsabilité collective des villes, bourgs et villages, corps et compagnies ( Ordon. crim. de 1670, 21 ).

### § 3.- *Conceptualisation de la notion de délit*

Jusqu'au XVII<sup>e</sup> siècle, les juristes ne distinguent pas complètement la faute pénale de la faute civile ; l'idée d'une « peine privée » n'ayant pas tout à fait disparu de notre droit. L'individu coupable d'un délit contre une personne subit, outre les peines publiques, une sorte de peine privée, pécuniaire et non infamante, distincte des dommages-intérêts : la « réparation civile ». Cette forme d'indemnisation, lointain souvenir de l'antique *poena*, représente la dernière trace du système primitif de répression. Mais les auteurs, négligeant cette différence, associèrent souvent l'ensemble de la réparation civile et des dommages-intérêts. Cette confusion conduisit à la séparation de l'action civile, ouverte à la victime en vue d'obtenir réparation du préjudice ( dommages-intérêts ), et de l'action pénale, mise en mouvement par le ministère public, visant au prononcé d'une peine dans l'intérêt de la société. Ce fut-là l'aboutissement de la distinction entre délit pénal et délit civil ( v. André-Edmond Giffard et Robert Villers, *Droit romain..*, 4<sup>e</sup> éd., op. cit, n° 398, p. 283 ; Paul Ourliac et Jean de Malafosse, *Histoire du droit privé*, t. 1, 2<sup>e</sup> éd., op. cit., n° 378, pp. 410-411 ; Jean-Marie Carbasse, *Introduction historique..*, op. cit., n°s 136-139,

pp. 239-244 ).

C'est en considérant l'ensemble de la réparation civile et des dommages-intérêts qu'au XVII<sup>e</sup> siècle les auteurs posèrent un principe général de responsabilité. On attribue le plus souvent à Grotius le mérite d'être à l'origine d'un tel principe. Il écrit en 1625 : « J'entends ( .. ) par délit toute faute commise au préjudice de ce à quoi on était tenu, ou purement et simplement en tant qu'individu, ou à cause d'une certaine qualité particulière dont on est revêtu. Or, quand on a causé un dommage par une faute comme celle-là, on est naturellement tenu à réparer ». Il s'agit en réalité d'une combinaison d'idées empruntée aux théologiens espagnols et à la pratique coutumière ( v. à ce propos l'article de R. Feenstra, *Études Petot*, 1959, pp. 157-171 ).

A la fin du XVII<sup>e</sup> siècle, Jean Domat rédige sa phrase célèbre : « Toutes les pertes et tous les dommages qui peuvent arriver par le fait de quelque personne ( .. ) doivent être réparés par celui dont l'imprudence ou autre faute y a donné lieu » ( *Les loix civiles..*, op. cit., t. 1, 1, 2, 8, 4, 1, p. 184 ; v. sur cette question J.-L. Chapuis, *La faute chez Domat*, Mémoire de D.E.A., Histoire du Droit, Dijon, 1994, 67 p. dactyl. ). Cette définition générale, dont se serviront en leur temps les rédacteurs du Code civil, demeure très éloignée du droit romain ; en dépit des extensions dues au préteur et à la doctrine, il n'existe pas en droit romain de principe général de responsabilité analogue à nos articles 1382-1383. La responsabilité, dira le tribun Tarrible, repose essentiellement sur le « défaut de vigilance sur soi-même » ( Discours devant le Corps législatif, 9 février 1804 ).

Dans la Rome primitive, chaque individu assume la responsabilité de ses actes :



enfants, domestiques, commis répondent en principe de leur conduite. Mais à l'époque classique le préteur tira des présomptions de faute contre le père de famille et le commettant. Dans le cas où le *pater* a placé son fils ou un esclave à la tête d'une exploitation commerciale ( terrestre ou maritime ), ou leur a confié la gestion d'une masse de biens ( pécule ), le magistrat accorde une action contre lui ( Digeste, [14](#), 1, 5, 1 ). Dans l'ancien droit français, le père de famille répond également de la conduite de ses enfants lorsqu'ils vivent sous son toit ( v. Beaumanoir, *Coutume du Beauvoisis*, op. cit., 640 ; Guy Coquille, *Coûtures de Nivernois*, chap. 29, art. 21 ). Cette solution, systématisée par Bourjon, Pothier, Guyot, etc., figure sous l'article 1384 de notre Code civil.

## Section 2.- Formation de la notion de quasi-délit

Cette notion, esquissée par Gaius ( Digeste, [44](#), 7, 5, 4-5 ), apparaît avec netteté dans les *Institutes* de Justinien ( [4, 5](#) ). Fondée sur l'idée de risque ( § 1 ), elle tire sa force d'une présomption de faute irréfragable ( v. Paul Ourliac et Jean de Malafosse, *Histoire du droit privé*, t. 1, 2e éd., op. cit., n° 372, pp. 397-398 ).

Durant l'époque classique, le préteur l'utilisa contre certains professionnels afin de renforcer l'action civile née du contrat ( § 2 ).

Les Romains parlent non pas de quasi-délits, mais d'obligations naissant *quasi ex delicto* ou *quasi ex maleficio* ( *Institutes*, [3, 13](#), 2 ). On attribue couramment à Théophile, un enseignant de l'École de droit de Constantinople, le mérite d'avoir

employé le premier le terme « quasi-délit » ( VIe siècle ). Au XVIIIe siècle, Pothier contribua largement à l'introduction de cette expression dans notre vocabulaire juridique ( *Traité des obligations*, op. cit., n°s 116 et suiv. ; *Coutume d'Orléans*, n°s 113 et suiv. ).

### § 1.- Une notion fondée sur l'idée de risque

Il s'agit de certains cas d'origine prétorienne ne relevant pas de la catégorie des délits. Ces faits, commis sans intention de nuire, sont sanctionnés par des actions *in factum*. Ils entraînent une condamnation normalement supérieure au dommage causé. Gaius range dans cette catégorie le cas du juge qui « a fait le procès sien » ( *Judex litem suam facit* ), lorsqu'il a rendu une mauvaise sentence, « même par imprudence » nous dit le texte ( Digeste, [44](#), 7, 5, 4 ). La victime aura contre lui une action basée sur l'équité ( *in aequum et bonum concepta* ).

A Rome, les édits sur la police des rues sanctionnent par des contraventions un certain nombre d'imprudences : placer sur les maisons des objets non fixés susceptibles de provoquer des accidents ; jeter des objets dans la rue ; suspendre des objets au-dessus d'un lieu de passage. L'occupant du logement répond de tous ces dommages, même lorsqu'ils résultent du fait d'un esclave ou d'un enfant habitant la maison. Si un homme libre périt dans un tel accident, il devra verser une amende de cinquante écus d'or ; si la victime n'en meurt pas,

elle dispose alors d'une action ( Digeste, [9, 3, 1](#) ; [44, 7, 5, 5](#) ; action de *effusis et dejectis* ou de *positis et suspensis* ). Le juge évaluera le préjudice en tenant compte des honoraires des médecins et de l'ensemble des dépenses de santé ( Institutes, [4, 5, 1](#) ).

La détention d'une bête sauvage entraîne également condamnation. Mais lorsqu'elle s'enfuit, elle redevient en principe une *res nullius* : l'action en réparation n'a point lieu « à l'égard des bêtes farouches et sauvages, à cause de leur férocité naturelle » ( Digeste, [9, 1, 10](#) ). Ainsi, si un ours s'échappe et fait tort à quelqu'un, son ancien maître n'en sera pas responsable ; on peut s'approprier la peau de l'animal, mais non se faire indemniser les dommages qu'il a causés. Inversement, l'action existe lorsqu'il s'agit d'un animal inoffensif ( action *si quadrupes pauperiem* ). On l'utilise notamment contre le conducteur d'un boeuf qui écrase une personne avec un chariot ( Digeste, [9, 1, 9](#) ), ou contre le muletier blessant un esclave ( Institutes, [4, 3, 8](#) ). Le détenteur de l'animal est tenu pour responsable car il a créé un risque.

## § 2.- Responsabilité des professionnels

Au cours de la période classique, pour des motifs touchant au développement de l'activité commerciale et à la protection des voyageurs, le prêteur accorde une action à la victime contre ceux dont l'obligation consiste à garder une chose :

surveillant d'un entrepôt, maître de navire, aubergiste, maître d'écurie, etc.. Cette forme de responsabilité s'apparente, dans une certaine mesure, à un quasi-contrat. Le préteur retient également une présomption de faute contre les employeurs ( armateurs, hôteliers, maîtres d'écurie : *nautae, caupones, stabularii* ), pour les vols ou dommages causés par leurs préposés ( Digeste, [44](#), 7, 5, 6 ). Cette présomption ( *culpa in eligendo* ) est à l'origine de notre article 1384.

Nos anciens auteurs définissent le quasi-délit comme une faute grossière, commise sans dol et semblable à la faute délictuelle ( v. Augustin-Marie Poullain du Parc, *Principes du droit français, suivant les maximes de Bretagne*, Rennes, 1767-1771, t. 8, p. 107 ). Pothier cite le fait d'une personne agissant « sans malignité, mais par une imprudence qui n'est pas excusable » ( *Traité des obligations*, op. cit., n° 116 ). Domat pour sa part propose une autre conception : il oppose le quasi-délit au délit. Il s'en distingue par l'absence de toute intention coupable ( *Les loix civiles...*, op. cit., t. 1, 1, 2, 8, 4, 1 ). Cette définition, retenue par les rédacteur du Code civil, annonce notre article 1383 : « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence ».

## Chapitre II.- Formation des idées de contrat et quasi-contrat

La notion de quasi-contrat fait aujourd'hui l'objet de vives critique. En vérité, il

s'agit d'une expression moderne. Les Romains parlaient d'obligations naissant *quasi ex contractu*, ce qui est tout autre chose. A la différence du contrat ( section 1 ), le quasi-contrat ( section 2 ) ne suppose aucun accord de volontés entre le créancier et le débiteur. Ces deux notions se ressemblent pourtant, car elles ont le plus souvent à leur origine des actes volontaires et licites accompagnés d'un déplacement de valeur.

## **Section 1.- Formation de la notion de contrat**

C'est au cours de l'époque classique, au I<sup>er</sup> et II<sup>e</sup> siècle de notre ère, que les romains opérèrent la distinction du contrat et de la convention. Une clarification s'imposait en effet, en raison de la complexité croissante de la vie économique et de la multiplication des catégories d'actes juridiques. Après avoir étudié le sens de chacun de ces mots ( § 1 ), nous envisagerons d'abord la genèse des conditions de formation du contrat ( § 2 ), puis le passage de la non-représentation à la représentation parfaite ( § 3 ), et enfin la genèse des nullités du contrat ( § 4 ).

### **§ 1.- Distinction du contrat et de la convention**

Dans notre droit moderne, on emploie fréquemment les deux expressions l'une pour l'autre et il n'y a aucune erreur à le faire ( Code civ., art. 1108, 1127, 1138 ). Les obligations nées des contrats sont appelées *obligations conventionnelles*, tout aussi bien qu'*obligations contractuelles*. En droit romain, le *contrat* ( A ) représente une espèce particulière de *convention* ( B ) dont le caractère propre est d'être productif d'obligations.

#### A.- Sens du mot « contrat » ( *cum trahere = contrahere* )

Le verbe *contrahere*, signifiant « tirer ensemble » ( v. le *Dictionnaire historique de la langue française*, op. cit., sous l'art. *contracter* ), s'applique à Rome au fait de réunir deux opérations en une seule : peu avant notre ère, le juriste Servius Sulpicius l'emploie pour désigner les deux éléments du contrat de stipulation ; Quintus Mucius Scaevola ( † en 82 ) l'utilise pour désigner la vente et l'achat. C'est au I<sup>er</sup> siècle de l'ère chrétienne, pense-t-on, que le juriste Labéon employa pour la première fois le mot *contractus* ; mais sans exprimer encore la réunion de deux volontés. L'expression prendra ce sens un siècle plus tard, du temps de Gaius.

Le point de départ de la théorie du contrat se situe dans l'Édit du préteur, codification réalisée par le juriste Julien, de l'école sabinienne, dans les années 125-138. L'Édit utilise les mots *actum*, *gestum*, *negocium* et *contractum*, mais sans toutefois les différencier d'un point de vue juridique ; d'où la querelle

entre Sabinien et Proculien. Les Sabinien entendent ces expressions dans un sens large comme étant toutes synonymes. Tel est encore, au II<sup>e</sup> siècle, le cas de Julien ( Digeste, [12](#), 6, 33 ). Les Proculien, influencés par la philosophie grecque, réservent le nom de *contractus* à « l'obligation de part et d'autre » ; ce qu'Aristote appelle le *synallagma*. Labéon donne comme exemples la vente, le louage et la société, c'est-à-dire les trois contrats synallagmatiques parfaits ( Digeste, [50](#), 16, 19 ). On trouve la même doctrine chez Celsus ( Digeste, [12](#), 4, 16 ). Mais il s'agit-là d'une conception particulièrement restrictive : le terme *contractus* concerne uniquement les contrats synallagmatiques.

Dans les *Institutes* de Gaius, le mot *contractus* désigne une affaire conclue ( *negotium contractum* ) par opposition aux actes de libéralité. Il vise aussi bien des contrats unilatéraux que des contrats synallagmatiques. Gaius distingue quatre sortes de *contractus* ( Institutes, [3](#), [89-90](#) ) : par des paroles solennelles ( *verbis* ), par la remise matérielle de la chose ( *re* ), par écrit ( *litteris* ) et par le consentement ( *consensus* ). Mais le sens donné au mot contrat demeure encore assez éloigné de son acception actuelle. Ainsi certaines opérations juridiques ne figurent pas dans la catégorie des *contractus*, pour n'avoir pas fait l'objet d'une réglementation particulière : il s'agit des contrats innomés, dont nous parlerons un peu plus loin. Le mot *contractus* prendra le sens générique que nous lui connaissons au VI<sup>e</sup> siècle, dans les compilations de Justinien ( Pour davantage de précisions, v. Paul Ourliac et Jean de Malafosse, *Histoire du droit privé*, t. 1, 2<sup>e</sup> éd., op. cit., n° 6, pp 18-19 ; André-Edmond Giffard et Robert Villers, *Droit romain..*, 4<sup>e</sup> éd., op. cit., pp. 26-27, n° 29 ; Jean Gaudemet, *Droit privé romain*, 2<sup>e</sup> éd., op. cit., pp. 255 257 ).

## B.- Sens du mot « convention » ( *cum venire = convenire* )

D'abord introduit avec le sens de « venir ensemble, se réunir », le verbe *convenire* développera progressivement le sens abstrait de « s'entendre avec, tomber d'accord sur » ; d'où l'emploi de la forme impersonnelle *convenit ut* pour « il est convenu que ». Il donnera *conventio*, à propos d'un « accord de plusieurs parties sur un sujet précis », dont le français fera ensuite *convenance* ( v. le *Dictionnaire historique de la langue française*, op. cit., sous les art. *convenir* et *convention* ).

En droit romain, la notion de convention prend forme avec Pedius, au II<sup>e</sup> siècle de notre ère, un peu avant Gaius. Ulpien, citant Pedius au début du III<sup>e</sup> siècle, déclare : « il n'y a pas de *contractus* qui n'ait en lui une *conventio*, soit qu'il se forme *re*, soit qu'il se forme *verbis* ; même la stipulation, contrat *verbis*, est nulle si elle ne comporte pas le consentement » ( Digeste, [2, 14](#), 1, 3 ). Par conséquent, la convention implique le consentement. D'après Ulpien, l'expression désigne « tout consentement donné par ceux qui ont des intérêts réciproques ». Il applique ce terme à tous ceux « *qui inter se agunt* », ceux qui agissent entre eux ; partis de sentiments divers, ils arrivent à *una sententia* ( Digeste, [2, 14](#), 1, 3 ).

Ulpien opère une distinction entre les conventions concernant les affaires publiques, comme par exemple la signature de la paix entre deux puissances en



guerre, et les conventions entre particuliers ( Digeste, [2, 14, 5](#) ). Certaines conventions entre particuliers, intégrées dans le droit civil, appartiennent à la catégorie des *contractus* : les anciens contrats ( vente, louage ), appelés « contrats nommés » ; mais également de nouveaux contrats, les « contrats innomés », ne correspondant à aucun type connu. Ces derniers, en dépit de leur nom, désignent cependant des opérations bien déterminées ( échange, transaction, etc.. ). Ils firent leur apparition lorsque les types plus anciens ne répondirent plus à la complexité de la vie économique. Aujourd'hui, l'article 1107 du Code civil oppose ces deux catégories pour distinguer les contrats faisant l'objet de dispositions particulières dans le Code de ceux qui n'ont pas été spécialement réglementés.

Ulpien réalise un double progrès par rapport à Pedius et par rapport à Gaius : il range le *contractus* parmi les *conventiones* ( Pedius plaçait la *conventio* à l'intérieur du *contractus* ) ; et, contrairement à Gaius, il classe les contrats innomés et les pactes prétoriens dans la catégorie des contrats. Mais la distinction entre contrat et convention manque encore de clarté. Celle qui triomphera sera donnée par Théophile au VI<sup>e</sup> siècle : le contrat est la convention qui crée une obligation. Cette conception passera ensuite dans notre Code civil, sous l'article 1101.

## § 2.- Genèse des conditions de formation du contrat

L'article 1108 du Code civil donne l'énumération des différents éléments concourant à la formation du contrat : le *consentement* de la partie qui s'oblige ( A ), un *objet* certain ( B ), une *cause* licite ( C ) et la *capacité* de contracter ( D ). Il indique ainsi tout ensemble les conditions d'existence et les conditions de validité du contrat et l'on s'explique qu'elles aient été confondues, car il n'est pas toujours aisé de marquer la limite entre les unes et les autres.

#### A.- Validité du consentement

Aujourd'hui, la notion de vices du consentement est si bien ancrée dans notre pensée que nous pourrions la croire très ancienne. Elle résulte en réalité d'une longue évolution. Longtemps, en effet, l'erreur fut considérée comme une absence de consentement, le dol et la violence comme des délits. Cette idée nous vient pour une bonne part de l'exégèse des canonistes, puis de l'École du droit naturel. L'expression même est récente : Domat parlait de « vices des conventions » et Pothier de « vices des contrats ».

Le Code civil place au premier rang des conditions essentielles pour la validité du contrat « le consentement de la personne qui s'oblige » ( art. 1108 ). Si le consentement s'avère vicié, le contrat s'en trouve nécessairement affecté. Il pourra dès lors être annulé, à la demande des contractants. En accord avec ces données, l'article 1109 dispose : « Il n'y a point de consentement valable, si le

consentement n'a été donné que par erreur ( 1 ), ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol ( 2 ) ». A cette liste certains auteurs ajoutent la lésion ( 3 ).

## **1.- L'erreur**

L'erreur consiste en une croyance contraire à la vérité, une fausse représentation de la réalité. L'erreur dont la loi s'occupe se commet dans la passation d'un acte juridique et l'on envisage plus spécialement ici l'erreur commise dans la conclusion d'un contrat.

En droit romain ( a ), l'erreur ne viciait pas le consentement ; elle le détruisait, de telle sorte que le contrat était frappé de nullité absolue. Le droit français ( b ), à la lumière des écrits de Domat et Pothier, rompit avec cette conception. Le contrat tire actuellement sa force de la seule volonté des contractants.

### **a.- Droit romain**

A l'origine, la logique du système formaliste commandait de ne pas tenir compte de l'erreur. Mais sous l'influence de l'idée d'*équité*, on admit peu à peu des dérogations à la règle, tout au moins pour les contrats de bonne foi comme la

vente.

Durant la période classique, en l'absence de dol, l'erreur ne représente le plus souvent qu'un facteur d'instabilité contractuelle. Les juristes romains ne tiennent en effet pas compte de l'erreur provenant de la négligence car, pensent-ils, un homme d'affaire se doit d'être toujours avisé ( Digeste, [22](#), 6, 6 ). Mais ils admettent, dans certains cas, qu'elle puisse empêcher le contrat de se former : il doit s'agir d'une « juste erreur » ( *justus error* ), autrement dit une erreur grave, et d'une erreur de fait car l'erreur de droit n'est généralement pas retenue ( Digeste, [22](#), 6, 9 ). Pour entraîner la nullité, elle doit être exclusive de tout consentement. Ulpien dit : « *Non videntur qui errant consentire* » ( ceux qui sont dans l'erreur ne sont pas censés consentir : Digeste, [50](#), 17, 116, 2 ).

Trois types d'erreur ont été prises en considération : l'*erreur sur la nature du contrat* ( 1° ), l'*erreur sur la personne* ( 2° ) et l'*erreur sur l'objet* ( 3° ).

1°.- L'erreur sur la nature du contrat ( *error in negotio* )

Il s'agit d'une erreur sur l'acte : lorsqu'une personne croit avoir fait un acte et l'autre un autre acte. « Si je vous délivre une somme dans l'intention de vous en faire présent et que vous la receviez à titre de prêt, explique le jurisconsulte Julien, il n'y a pas donation et pas davantage un prêt » ( Digeste, [12](#), 1, 18 ).

Ulpien ajoute : « si je vous donne une somme à titre de dépôt, et que vous la

recevez à titre de prêt, il n'y a ni prêt ni dépôt » ( Digeste, [12](#), 1, 18, 1 ).

## 2°.- L'erreur sur la personne ( *error in persona* )

Une personne croit traiter avec A, alors qu'en fait elle traite avec B. Dans ce cas de figure, l'identité seule doit être prise en considération, à l'exclusion des qualités de la personne ; à moins qu'il ne s'agisse d'un contrat *intuitu personae*. Cependant, le droit romain n'a jamais véritablement défini ce type d'erreur, car dans la vente la personne de l'acheteur ou du vendeur n'importent pas ( Digeste, [12](#), 1, 32 ).

## 3°.- L'erreur sur l'objet ( *error in corpore, error in materia* )

A l'origine, l'erreur portait uniquement sur l'identité de l'objet ( *error in corpore* ) : je crois acheter le fonds Sempronien, ou bien l'esclave Stichus, et tu veux me vendre le fonds Cornélien, ou bien l'esclave Pamphilius ( Digeste, [18](#), 1, 9, pr. ) ; je déclare vouloir acquérir l'esclave Stichus et tu me vend un autre esclave du même nom ( Digeste, [18](#), 1, 34 ). Puis, à l'époque classique, les juristes admirent [l'erreur sur la substance](#) de l'objet ( *error in materia* ou *substantia* ), lorsqu'il s'agit d'un contrat de bonne foi. Le dol n'est pas ici nécessaire, car l'erreur est

exclusive de toute volonté : elle empêche la convention de se former.

Au II<sup>e</sup> siècle, le jurisconsulte Marcellus examine le cas où l'on vend du vinaigre pour du vin, du cuivre pour de l'or, et de l'étain pour de l'argent. Pour lui, le contrat reste valable car on a consenti sur la chose ( *corpus* ) et non sur la matière ( *materia* ). Mais Ulpien, au III<sup>e</sup> siècle, ne partage pas cette conclusion. S'agissant du vin et du vinaigre, il déclare la vente valable car ces deux produits présentent à peu près la même composition : ils ont presque la même essence. Le vin, dit-il, peut toujours s'aigrir avec le temps ; à condition toutefois de n'avoir pas substitué du vinaigre au vin d'origine : il y aurait alors mauvaise foi. Par contre, lorsque l'on prend du cuivre pour de l'or ou de l'étain pour de l'argent, la vente est nulle car ces métaux, même s'ils se ressemblent, n'ont pas la même composition ( Digeste, [18](#), 1, 9, 2 ).

Cette controverse est avant tout d'ordre philosophique : Marcellus est péripatéticien, disciple d'Aristote, et pour lui l'essentiel réside dans la forme des choses qui définit le *corpus* ; Ulpien est stoïcien, et pour cette école, au contraire, c'est la matière et non l'apparence qui constitue l'essence des choses. Ulpien désigne la matière par le mot grec *ousia*, qu'il traduit en latin par *substantia* ( v. Jean-Philippe Lévy, *Histoire des obligations*, Les cours de droit, Litec, Paris, 1995, p. 114 ). De la règle sur l'*error in materia* sortira la solution de l'article 1110 du Code civil.

D'après Ulpien, l'erreur porte uniquement sur la matière et non sur la qualité de la chose. Il fonde sa démonstration sur la vente d'esclave : si j'achète un esclave au lieu d'une esclave, la vente est nulle car il y a erreur sur le sexe ; qu'Ulpien

assimile à une erreur sur la matière ; mais inversement, si je crois acheter une esclave vierge alors qu'elle ne l'est pas, la vente demeure valable car il s'agit d'une erreur sur la qualité ( Digeste, [18](#), 1, 11, 1 ).

Sur l'*error in materia* ou *substantia*.- V. Giambattista Impallomeni, « Applicazioni del principio dell'affidamento », *Studia et Documenta Historiae Iuris*, Rome, 1955, pp. 157 et suiv. ; Joseph Georg Wolf, « Error im römischen Vertragsrecht », *Archiv für die zivilistische Praxis*, 16, 1962, pp. 550-552, et *Labeo*, 8, 1962, pp. 130 et suiv. ; Theo Mayer-Maly et Franz Wieacker, in *Mélanges Meylan*, II, 1963 ; Ugo Zilletti, « La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano », *Tijdschrift voor Rechts-geschiedenis*, 33, Haarlem-Bruxelles, 1965, pp. 105-118.

#### **b.- Droit français**

Aux XIIIe et XIVe siècles, lors de la Renaissance du droit romain, l'erreur fut l'objet de nombreuses discussions. Mais les romanistes ( Jacques de Revigny, Cinus de Pistoie, Bartole ), qui usaient de textes souvent retouchés, portèrent davantage leur attention sur l'ignorance que sur l'erreur. Il fallut attendre le XVIe siècle pour qu'enfin, sous l'influence de l'École historique, les juristes puissent exposer dans leur rigueur les solutions romaines. A partir du XVIIe siècle, la pratique et la doctrine ( Domat, Barbeyrac ) se préoccupèrent surtout des conséquences de l'erreur sur le consentement.

Les erreurs susceptibles de pouvoir se glisser dans le consentement s'avèrent beaucoup trop nombreuses pour que toutes soient de nature à compromettre la validité du contrat. La sécurité dans les transactions s'oppose en effet à ce qu'une personne puisse, sous le trop commode prétexte de s'être trompée, attaquer dans tous les cas un contrat tournant à son détriment. Pour obvier à ce type d'inconvénient, le droit français se présente de manière restrictive. Trois types d'erreur ont retenu particulièrement l'attention des juristes : l'*erreur sur la personne* ( 1° ), l'*erreur de droit* ( 2° ), et l'*erreur sur l'objet* ( 3° ).

#### 1°.- L'erreur sur la personne

En dehors du cas des contrats *intuitu personae*, l'erreur sur la personne ne constitue pas une cause de nullité des conventions ( v. Pothier, *Traité des obligations*, op. cit., n° 19 ; Code civ., art. 1110, al. 2 ). L'*intuitu personae* intervient dans les contrats inspirés par une bienveillance particulière pour une personne, comme la donation, ou encore dans les contrats déterminés par le talent ou par des aptitudes spéciales, comme la commande d'un tableau à un peintre, le choix d'un architecte ou d'un médecin, le mandat, ou encore la société de personnes. Aux termes de l'article 1110 du Code civil, l'erreur est un motif de nullité lorsque la considération de cette personne représente la « cause principale » de la convention. Sur ce point, les tribunaux donnent de l'article 1110, alinéa 2, une interprétation large qui contraste singulièrement avec l'interprétation de l'article 180, relatif à l'erreur en matière de mariage : lorsque la



considération d'une certaine qualité de la personne s'avère déterminante, le contrat est annulé ( v. au sujet de l'erreur commise par un employeur, lors de l'embauche d'un directeur, Cass., Soc., 3 juillet 1990, Recueil Dalloz, 1991, p. 507 ).

C'est en effet à propos du mariage, là où la considération de la personne revêt une importance décisive, que les canonistes et les théologiens se sont surtout préoccupés de l'erreur. Le point de départ de la doctrine canonique figure dans un texte du [Décret de Gratien](#) ( 1151 ), le *dictum* ( C. 29, q. 1 ), qui s'inspire très largement de l'erreur sur l'objet du contrat de vente. Ce texte, pour la première fois, opère une distinction entre diverses erreurs sur la personne, les unes bénignes, les autres conduisant à la nullité du mariage. Quatre types d'erreur figurent au *dictum* : erreur sur la personne, sur la fortune, sur la condition ( libre ou servile ), et enfin sur une qualité. Cette dernière et celle sur la fortune n'apparaissent pas comme décisives. Celles sur la personne et sur la condition, au contraire, portent atteinte au consentement, car très souvent le mariage avec un serf ou une serve faisait tomber le conjoint libre en servage. Les distinctions proposées par le *dictum* ont ensuite été reprises dans les *sentences* de Pierre Lombard ( 4, 30, *de errore qui evacuat consensus* ).

Au XIX<sup>e</sup> siècle, la jurisprudence hésita longtemps sur le parti à prendre concernant ce type d'erreur. Dans le célèbre arrêt Berthon, rendu toutes chambres réunies, le 24 avril 1862, la Cour de cassation refusa d'annuler le mariage d'une femme qui avait épousé sans le savoir un forçat libéré, son mari ayant été condamné à quinze ans de travaux forcés pour complicité

d'assassinat. Mais un siècle plus tard, en 1971, les idées ayant évolué, le tribunal de Paris annula le mariage de la veuve d'un gendarme, mort pour la France, avec un condamné de droit commun. C'est cette solution que le législateur consacrera dans la loi du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce : « S'il y a eu erreur dans la personne ou sur des qualités essentielles de la personne, l'autre époux peut demander la nullité du mariage » ( Code civ., art. 180, al. 2 ; v. Jean-Philippe Lévy, *Histoire des obligations*, op. cit., p. 115 ).

Concernant l'erreur sur la personne.- On consultera le travail du Pr. Jean Gaudemet, « Droit canonique et droit romain à propos de l'erreur sur la personne en matière de mariage », coll. *Studia Gratiana*, 9, 1966, pp. 47-64 ; *Le mariage en Occident*, Cerf, Paris, 1987, pp. 184-185 et 454-455 ; ainsi que le *Code de droit canonique annoté*, éd. Cerf/Tardy, Paris-Bourges, 1989, pp. 602 et suiv.

## 2°.- L'erreur de droit

Il s'agit de l'appréciation inexacte portant sur l'existence ou l'interprétation d'une règle de droit. Cette notion, mis à part quelques cas exceptionnels ( v. Jean-Philippe Lévy, *Histoire des obligations*, op. cit., p. 116 ), n'a jamais véritablement été admise par notre ancien droit car, pensait-on, sa recevabilité menace l'ordre public : l'ignorance des lois romaines, en particulier, ne dispensait pas de leur application.

Lorsqu'une femme accepte de se porter caution, ignorant que le Sénatus-consulte Velléien lui interdit de s'obliger pour autrui, son cautionnement ne produit aucun effet. Cette mesure a été prise en faveur de la femme, explique Merlin de Douai, « pour la mettre à l'abri des pièges tendus à sa faiblesse et à son ignorance » ( *Répertoire universel...*, 4e éd., op. cit., t. 4, p. 835 ). Les praticiens prendront l'habitude de tourner cette interdiction en insérant dans les contrats de la femme une renonciation au bénéfice du Velléien.

Si d'aventure un fils de famille décide de s'obliger au moyen d'un emprunt, par ignorance du Sénatus-consulte Macédonien interdisant aux tiers de lui prêter de l'argent, le prêt sera immédiatement frappé de nullité. Cette règle, faite en haine des créanciers, ne supporte en principe aucune renonciation. On excepte toutefois l'argent prêté aux écoliers et les « négociations utiles ».

Par effet de l'adage « nul n'est censé ignorer la loi » ( *Nemo jus ignorare censeatur*, disent les commentateurs sur le Digeste, [22](#), 6, 7 ), les rédacteurs du Code civil rejettent également la notion d'erreur de droit. Ainsi donc tout citoyen, *volens nolens*, est-il réputé juriste malgré lui, nonobstant la marée législative à laquelle il doit inévitablement faire face. Pierre-Louis Røederer ( 1754-1835 ) déclarait à ce propos que « la multiplicité des lois étouffe les lois, qu'il faut ou déclarer qu'un cordonnier doit avoir toutes les qualités d'un docteur en droit ou déclarer que la science des lois auxquelles chacun doit obéir est cependant réservée à un petit nombre d'hommes privilégiés » ( v. Henri Roland et Laurent Boyer, *Locutions latines et adages du droit français contemporain*, éd. l'Hermès, droit-économie-gestion, Lyon 1979, II, Adages, t. 2, p. 194 ). Quelques brèches ont finalement été ouvertes, durant la seconde moitié du XXe siècle, à la suite de

**l'introduction de la théorie de l'erreur de droit invincible.**

**En vertu de cette théorie, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a décidé, au début des années 1960, qu'un délinquant peut échapper à l'application d'une loi, sous prétexte d'ignorance, à la suite d'une erreur qu'il n'a pas été en mesure d'éviter : soit en se renseignant par lui-même, soit en s'informant auprès des tiers ou des autorités compétentes ( un chef d'entreprise n'avait pas enregistré le contrat de travail de ses ouvriers, après avoir été induit en erreur par les services de l'État ). Mais assez rapidement, la Cour reviendra à sa fermeté traditionnelle.**

**Depuis le 1er mars 1994, cette théorie figure désormais sous l'article 122-3 du Code pénal : « n'est pas pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte ». Après beaucoup d'autres législations étrangères ( Allemagne, Autriche, par ex. ), le droit français admet ainsi que l'erreur de droit inévitable puisse entraîner l'irresponsabilité de celui qui l'invoque. L'analyse des travaux préparatoires du Parlement montre incontestablement que le législateur a entendu réserver cette disposition aux seules erreurs totalement inévitables.**

**Sur l'erreur de droit invincible.- V. Legal, « L'évolution de la jurisprudence française en matière d'erreur de droit », *Revue Pénale Suisse*, 1960, p. 316 ; Couturier, « L'erreur de droit invincible en matière pénale », *Revue de Science Criminelle*, 1968, p. 547 ; Charles Robbez Masson et Bruno Petit, *Le statut du chef d'entreprise*, éd. Liaisons, 1994, pp. 136-137 ; Jean Pradel et André Varinard, *Les grands arrêts du droit criminel*, t. 1, *Les sources du droit pénal. L'infraction*,**

### 3°.- L'erreur sur l'objet

La vente ne produit aucun effet, explique Domat, si le vendeur et l'acheteur ont erré, « de sorte qu'il paraisse que le vendeur ait entendu vendre une chose et que l'acheteur ait cru en acheter une autre » ( *Les loix civiles...*, op. cit., t. 1, 1, 1, 2, 8, 11 ). L'erreur n'entraîne cependant la nullité que s'il est certain que sans elle il n'y aurait pas eu contrat ; car alors, précise Domat, « non seulement la convention se trouve sans cause, mais elle n'a pour fondement qu'une fausse cause » ( *Les loix civiles...*, op. cit., t. 1, 1, 1, 18, 1, 7 ). Ce principe figure sous l'article 1110, alinéa 1, du Code civil ( v. C. Delay, *Le concept d'erreur sur la substance, alinéa 1 de l'article 1110 du Code civil*, Mémoire de D.E.A., Histoire du Droit, Dijon, 1996, 60 p. dactyl. ).

Notre ancien droit, à l'instar de la loi romaine ( Digeste, [18](#), 1, 41, 1 ), entendait par « substance » la matière dont la chose est constituée, avec ses caractéristiques physiques et chimiques. On cite à l'appui l'exemple donné par Pothier dans son *Traité des obligations* : « Je crois acheter des flambeaux d'argent et l'on me vend des flambeaux de cuivre argenté » ( v. *Traité des obligations*, op. cit., n° 18 ). Cette opinion, que proposèrent les premiers commentateurs du Code civil ( v. Alexandre Duranton, *Cours de Droit français, suivant le Code civil*, t. 10, n° 114 ), n'a cependant jamais été retenue.

Aujourd'hui, l'*erreur sur la substance* n'est plus seulement matérielle et objective : elle peut être également subjective et porter sur les qualités essentielles en considération desquelles les parties ont contracté ( authenticité, origine, utilisation ). La question d'authenticité s'est posée notamment pour les oeuvres d'art et les choses précieuses, comme par exemple des « marquises » ( Cass., Civ. 1, 23 février 1970 ), un bureau d'époque Louis XV ( Paris, 3 janvier 1974 ), ou encore un tableau de Van Gogh ( Paris, 7 mai 2001 ) ; mais également en matière immobilière ( Cass., Civ. 3, 13 juillet 1999, concernant l'annulation de la vente d'un immeuble de rapport en raison d'une erreur de l'acheteur sur le montant des loyers produits ). Cette interprétation de la « substance », où l'on voit s'affirmer le dessein de permettre au juge toute investigation dans le for interne, figurait déjà dans Pothier : « L'erreur annule la convention, non seulement lorsqu'elle tombe sur la chose elle-même, mais lorsqu'elle tombe sur la qualité de la chose que les contractants ont eue principalement en vue, et qui fait la substance de la chose » ( v. *Traité des obligations*, op. cit., n° 18 ). C'est ce passage, de toute évidence, qui inspira les rédacteurs du Code civil ( art. 1110, al. 1 ).

## 2.- La violence et le dol

A Rome, la violence et le dol figurent dans la catégorie des délits prétoriens.

Considérés comme des procédés déloyaux, le préteur en assura la répression

**pour des motifs d'ordre public. La liberté contractuelle s'en trouva ainsi facilitée, mais on ne songea pas à soutenir que le consentement avait été vicié. On se préoccupa uniquement de fournir au contractant, victime de la violence ou du dol, le moyen de réparation le plus adéquat. En droit romain donc, le dol et la violence n'apparaissent pas en tant que vices du consentement ( v. Jean-Louis Gazzaniga, *Introduction historique..*, op. cit., n°s 194-197, pp. 221-226 ).**

**Pour prémunir les parties au contrat contre toute menace, contre toute pression ( a ), le préteur introduisit les action *de dolo* et *metus* ( b ). Ces dispositions, affinées par l'École du droit naturel, puis par Domat et Pothier ( c ), s'imposeront dans leur ensemble aux rédacteurs du Code civil.**

**a.- Définition ; création des délits de dol et violence**

**A l'époque classique, la décadence du formalisme a mis en avant l'importance du consentement : pour qu'un contrat soit valable, les parties doivent pouvoir s'exprimer librement et en pleine connaissance de cause. A cette fin, les juristes tentèrent alors de prémunir les contractants contre toute atteinte portée à la liberté contractuelle : la violence ( 1° ) et le dol ( 2° ) furent sanctionnés en tant que délits.**

**1°.- La violence ( *metus* )**

Dans l'ancien droit romain, les menaces par lesquelles on contraignait une personne à passer un acte juridique restaient absolument impunies : les actes formalistes étant généralement accomplis en présence de plusieurs témoins, on ne voyait pas la nécessité de créer des règles spéciales pour venir au secours des personnes craintives. Ainsi donc, l'acte passé sous l'empire de la crainte demeurait parfaitement valable.

C'est à la suite de graves troubles sociaux, soit en l'an 79 avant Jésus-Christ, soit peu avant 71, qu'un préteur nommé Octavius introduisit l'action *metus* ( ou *metus causa* ) en vue de faire rendre gorge aux partisans de Sylla, qui avaient contraints des adversaires politiques à conclure des contrats désavantageux sous la menace ( v. Cicéron, *Ad Quintum*, [I, 1](#), 7, 21 ; *In Verrem*, [II, 3](#), 65, 152 ; Paul-Frédéric Girard, *Manuel élémentaire...*, 7e éd., pp. 436 et suiv. ; Édouard Cuq, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, 2e éd., Paris, 1928, p. 582 ). Le préteur déclare dans son édit ( § 39 ) que les actes faits sous l'empire d'une telle crainte ne doivent pas avoir d'efficacité : « *Ait praetor : Quod metus causa gestum erit ratum non habebō* » ( je ne tiendrai pas pour valable, ce qui sera fait en usant de la crainte ), et il accorde, à cet effet, une *restitutio in integrum*. L'*exceptio metus* apparaîtra seulement à l'époque de Labéon, au début du Haut-Empire : elle permet à la victime de repousser l'action intentée par l'auteur de la violence ( Digeste, [4, 2](#), 14, 9 ).

La violence dont il s'agit doit être sérieuse, c'est-à-dire de nature à faire



impression sur un homme déterminé ( *homo constantissimus* ), car le magistrat ne vient pas en effet au secours des timorés ; mais il n'est pas nécessaire que la violence soit physique, de simples menaces suffisent en effet à justifier des poursuites ( v. Castello, « *Timor mortis vel cruciatus corporis* », in *Archivio giuridico*, 1939, 1, pp. 145-165 ).

Dans le droit de Justinien, l'action *metus causa* est une action pénale : elle permet à la victime de la violence d'obtenir le quadruple du dommage causé ; on l'étendra ensuite aux tiers, lorsqu'ils profitent de la *metus*, pour le quadruple de leur enrichissement ( Digeste, [4, 2](#), 14, 5 ). Il s'agit d'une action passivement intransmissible : on l'accorde toutefois contre les héritiers du coupable dans la limite de leur enrichissement ( Digeste, [4, 2](#), 19 ).

## 2°.- Le dol ( *dolus malus* )

Les Romains distinguent le *dolus bonus*, licite, permettant d'exagérer la valeur ou les qualités d'une chose pour en tirer le maximum de profit, et le *dolus malus*, supposant la mauvaise foi, que punissent les magistrats ( Digeste, [4, 3](#), 1, 3 ). La répression du « mauvais dol », a bien des égards, est analogue à celle de la violence : on retrouve une action pénale, une exception, et une *in integrum restitutio*. C'est Aquilius Gallus, contemporain et ami de Cicéron, qui introduisit ce moyen de répression, lorsqu'il était préteur, vraisemblablement vers l'an 66 avant Jésus-Christ. Il déclare, dans un paragraphe de l'Édit ( § 40 ) dont les

termes nous ont été transmis par Ulpien ( Digeste, [4, 3](#), 1, 1 ) : « *Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo* » ( lorsque des choses seront dites avoir été faites en vertu d'un mauvais dol, s'il n'y a pas d'autre action et si l'affaire paraît juste, je donnerai une action pendant une année utile ).

Cicéron définit le dol comme un acte de tromperie : « Le dol, c'est le fait de simuler une chose alors qu'on en fait une autre » ( Cicéron, *De Officiis*, [III, 60](#) ).

Cette définition fut ensuite élargie par la doctrine classique, d'abord par Servius puis par Labéon ( Digeste, [4, 3](#), 1, 2 ), qui considère que le dol puisse avoir lieu sans simulation. D'une manière générale, les juristes romains emploient ce mot pour désigner l'intention de nuire, la conscience du caractère illicite de l'acte ( *dolo sciens, doli capax* ). Le dol implique l'emploi de mauvaise foi, de manoeuvres déloyales, portant préjudice à l'une des parties contractantes ( Digeste, [4, 3](#), 7, 3 ; Digeste, [4, 2](#), 14, 13 ). « Celui qui ment de son bon gré est impie, dit [Marc Aurèle Antonin](#), parce qu'il fait une injustice en trompant » ( *Pensées*, IX, 1 ).

Cicéron rapporte un exemple célèbre : pour inciter le chevalier Canius à acheter la villa où il l'invite, Phitius, banquier de Syracuse, rassemble une foule de pêcheurs et donne à son hôte le spectacle d'une pêche miraculeuse, afin de lui faire croire que les biens mis en vente présentent une valeur très supérieure à celle qu'ils ont en réalité. Canius n'était pas protégé par le droit en vigueur, car à cette époque Aquilius Gallus n'avait pas encore introduit l'action *de dolo* ( v. Cicéron, *De Officiis*, [III, 58-60](#) ; Paul-Frédéric Girard, *Manuel élémentaire..*, 7e éd., op. cit., pp. 441-442, note 3 ).

## **b.- Actions de *dolo* et *metus***

Le magistrat donc est intervenu pour réprimer un certain nombre de faits illicites, comme par exemple le dol ou la violence, que les historiens désignent habituellement sous le nom de « délits prétoriens ». Ces actions, inscrites dans l'Édit perpétuel du préteur, comportent toujours une condamnation au profit du demandeur : parfois une amende fixe ( 50.000 sesterces ; au Bas-Empire 50 sous d'or ), parfois le montant du préjudice causé ( au simple ), parfois encore un multiple du dommage. Semblables sur bien des points ( 1° ), les actions *de dolo* et *metus* présentent néanmoins quelques différences ( 2° ).

### **1°.- Points communs**

En principe comme toutes les actions prétoriennes les actions *de dolo* et *metus* ne durent qu'une année utile, soit 365 jours pendant lesquels on peut les utiliser ; passé ce délai, le magistrat conserve la faculté de délivrer une action *in factum*, de manière discrétionnaire, après avoir lui-même examiné les faits ( Digeste, [4, 2](#), 14, 1 ; [4, 3](#), 28 ). A partir du début du Bas-Empire, depuis [Constantin](#), l'action *de dolo* dura désormais deux années continues au lieu d'une

année utile ( Code, [2, 20](#), 8 ).

Ces actions sont arbitraires ( Institutes, [4, 6](#), 31 ) : la condamnation n'intervient qu'à défaut de restitution spontanée du bien. Justinien permit ainsi au défendeur d'éviter une sanction pécuniaire, jusqu'à la fin du procès, en effaçant les conséquences du dol ou de la violence ( Digeste, [4, 2](#), 14, 4 ; [4, 3](#), 18 ). Si la menace reste sans effet, l'acte incriminé peut alors être dénoncé. Lorsque la victime a exécuté le contrat, en totalité ou en partie, une restitution intégrale ( *restitutio in integrum* ) doit permettre d'en effacer les conséquences ( Digeste, [4, 2](#), 21, 5 ; [4, 2](#), 21, 6 ; [42](#), 1, 33 ). Au Bas-Empire, dans la procédure extraordinaire, l'action *metus* et la *restitutio in integrum* tendront à se confondre ( Sentences de Paul, [1, 7](#), 4 ).

Les actions *de dolo* et *metus*, accordées à la victime pour venger l'outrage subi ( au moyen d'une *poena* ), ne se cumulent pas avec les actions *réipersécutoires*, visant à une stricte compensation du dommage ; et on ne peut en toucher le montant qu'une seule fois : en cas de pluralité d'auteurs, l'action s'éteint ( du moins dans le droit de Justinien ) dès que l'un d'eux a effacé les conséquences du dol ou de la violence, ou lorsqu'il a exécuté la sentence le condamnant à la réparation du préjudice causé ( Digeste, [4, 2](#), 15 ; [4, 3](#), 17 ).

2°.- Différences

L'action *de dolo* se différencie de l'action *metus* par son caractère infamant.

D'une part elle n'est délivrée qu'après examen de l'affaire, *cognita causa* ( Code, [2, 20, 2](#) ), et le magistrat ne l'accorde jamais contre certaines personnes qui sont dans un rapport de puissance ou de parenté avec la victime du dol. D'autre part il s'agit d'une action subsidiaire : elle ne peut être intentée que s'il n'existe aucune autre voie de procédure, comme par exemple une action contractuelle, une exception ou une *restitutio in integrum* ( Digeste, [4, 3, 1, 4-7](#) ). Ainsi donc, le préteur ne la donne jamais à propos d'un contrat de bonne foi ( vente, louage, société, mandat ), car, dans ce cas, le dol peut toujours être combattu par l'action même du contrat ( v. Cicéron, *De Officiis*, [III, 61](#) ).

L'action *de dolo* vise uniquement l'auteur des manoeuvres frauduleuses, voire un complice, et non les tiers qui en auraient profité ( Digeste, [44, 4, 4, 33](#) ). Ce principe figure, aujourd'hui encore, sous l'article 1116 du Code civil : le dol ne représente une cause de nullité de la convention que s'il émane de la partie envers laquelle l'obligation est contractée ( Cass., Civ. 1, 27 juin 1973 ; Cass., com., 1er avril 1991 ). En sens inverse, la nullité du contrat peut toujours être invoquée à l'encontre de celui qui profite de la violence, même à l'égard d'un tiers, car, explique Pedius, « la violence exercée par quelqu'un ne doit point tourner au profit d'un autre » ( Digeste, [4, 2, 14, 5](#) ). Les rédacteurs du Code civil introduiront cette disposition sous l'article 1111.

Enfin, le dol et la violence n'atteignent pas le même degré de gravité : la violence constitue en effet une atteinte beaucoup plus grave que le dol. Cette différence se retrouve principalement dans le montant de la condamnation pour défaut d'exécution : l'action *de dolo* est une action au simple, alors que l'action *metus*

représente le quadruple de l'intérêt qu'avait la victime à ne pas subir la menace. Au-delà d'une année, cependant, l'action *metus* n'est plus donnée qu'au simple au lieu du quadruple. Dans ce dernier cas, elle n'est délivrée que *cognita causa* et non plus automatiquement.

### c.- Ancien droit français

A l'époque franque, la complexité du système romain lui valut une décadence rapide. Seule la loi des Wisigoths prononce la nullité de la vente conclue sous l'emprise de la violence ( *Lex Wisigothorum*, [2, 5, 5](#) ; [5, 4, 3](#) ). Du dol, il n'est désormais plus question.

A partir du XI<sup>e</sup> siècle, lors de la renaissance du droit romain, les menaces et la tromperie redeviennent des délits : les contractants prennent soin d'indiquer qu'ils agissent sans violence ni dol ; les justiciables invoquent fréquemment la violence devant le Parlement ( 6 décisions au premier tome des *Olim*, Impr. royale, Paris, 1839-1848 ) ; le droit coutumier élabore une théorie originale de la « force » et de la « tricherie » ( Beaumanoir ; *Jostice et Plet* ). Mais à la fin du XIII<sup>e</sup> siècle, en raison de l'état troublé de la société, les praticiens hésitent de plus en plus à recourir aux règles romaines de la *metus gravis*. A cette époque, en effet, les conventions de paix mettant fin aux guerres privées sont généralement conclues sous l'emprise de la violence ( v. Beaumanoir, *Coutumes de Beauvoisis*, op. cit., 1034 ). Or aucune paix ne paraît envisageable s'il peut

être fait usage de tels recours. La jurisprudence admettra à nouveau le délit de violence au XVe siècle ( v. Guy Pape, *Decisionum Parlamenti Delphinatus*, quest. 253 ), puis avec difficulté pendant la durée des guerres de Religion ( v. Auguste Dumas, *Cours d'Histoire du droit privé*, op. cit., p. 105 ). En 1804, les rédacteurs du Code civil dépouilleront la violence et le dol de leur qualification délictuelle, au profit de la notion de vice du consentement ( Code civ., art. 1109 ).

L'idée de vices du consentement a d'abord été développée par les canonistes [Raymond de Peñafort](#) ( 1175 - 1275 ) et [Francesco Zabarella](#) ( 1360 - 1417 ) ; elle fut ensuite reprise par l'École du droit naturel, puis par Domat et Pothier, qui contribuèrent à lui donner sa forme définitive. Ces influences doctrinales, relayées par la pratique, permirent d'affiner les notions de violence ( 1° ) et de dol ( 2° ).

#### 1°.- La violence ( *force, paour* )

En droit romain, le délit de *metus* réside dans la crainte d'un grand mal ( Digeste, [4, 2, 5](#) ), résultant de manoeuvres déloyales, de nature à faire impression sur un homme courageux ( *in hominem constantissimum* ) : crainte de la mort, d'un tourment, de la perte de tous ses biens, de la prison ( Digeste, [4, 2, 6](#) ). A partir de cette définition, Pothier définit la violence comme le fait d'inspirer une crainte atteignant le consentement dans son élément de liberté. Aussi n'est-ce pas la violence qui vicie le consentement, mais la crainte née de cette violence ( *Traité*

*des obligations*, op. cit., n°s 21 & 25 ).

Durant le XVe siècle, la jurisprudence applique rigoureusement le droit romain. Elle annule toute convention conclue par une personne détenue en prison, au motif que le prisonnier se trouve sous l'empire de la crainte. Le Parlement de Paris rend un arrêt en ce sens le 22 janvier 1413, et le Parlement de Grenoble le 3 novembre 1459 ( v. Guy Pape, *Decisionum...*, op. cit., quest. 253 ). On ne peut donc pas traiter avec une personne détenue en prison, même pour une juste cause. Un tempérament à cette règle est cependant admis au XVIe siècle : pour faire un contrat avec un prisonnier, on le fait sortir momentanément de la prison et on passe l'acte entre les deux guichets ( petite porte pratiquée dans une porte monumentale ). Un arrêt du Parlement de Paris du 14 janvier 1561 reconnaît la validité d'un contrat reçu dans ces conditions ( v. Louis Charondas Le Caron, *Pandectes de droit françois*, op. cit., t. 2, p. 40 ). Mais à la fin du XVIe siècle la jurisprudence se départira de cette rigueur : elle ne considérera plus la détention dans une prison publique comme un motif de nullité ( Arrêt du 10 juillet 1595, rapporté par Antoine Mornac dans son *Recueil d'Arrêts du parlement de Paris*, Paris, 1721, *ad. leg. 22* ).

Au XVIe siècle en effet la jurisprudence opère un revirement : elle ne se limite plus désormais à l'énumération des cas de crainte fournis par le droit romain. Un arrêt du Parlement de Paris du 7 septembre 1563 jugea par exemple que la menace d'un mari à sa femme de ne jamais coucher avec elle, si elle ne vendait certains biens, représentait une crainte suffisante pour obtenir l'annulation du contrat de vente ( v. Louis Charondas Le Caron, *Pandectes de*



*droit françois*, op. cit., réponses, liv. 1, rép. 23 ). D'après Pothier : « on doit en cette matière avoir égard à l'âge, au sexe et à la condition des personnes et telle crainte qui ne serait pas jugée suffisante pour avoir intimidé l'esprit d'un homme d'un âge mûr ou d'un militaire... peut être jugée suffisante à l'égard d'une femme ou d'un vieillard » ( *Traité des obligations*, op. cit., n° 25 ). Les rédacteurs du Code civil reprendront cette formule sous l'article 1112.

Sur le fondement du droit écrit, glossateurs et canonistes distinguent deux formes de crainte : la crainte grave ( *metus gravis* ), de nature à faire impression sur un homme intrépide, et la crainte légère ( *metus levis* ), éprouvée par un homme timide, ne constituant pas une violence au sens légal du mot ( Digeste, [4, 2, 7](#) ). S'appuyant sur cette distinction, la jurisprudence et la doctrine considèrent que la crainte révérentielle des enfants envers leurs parents ne constitue pas une *metus gravis* ( v. Pothier, *Traité des obligations*, op. cit., n° 27 ; Code civ. art. 1114 ). Cette contrainte ne doit cependant pas être immorale ni contraire aux intérêts de celui qui s'y trouve soumis. On cite le cas d'une mère qui profita de la grossesse de sa fille pour lui arracher son consentement à un contrat désavantageux, en la menaçant de l'abandonner pendant les douleurs de l'accouchement ( *Haas C. Haas*, Bruxelles, 22 août 1808, Dalloz, *Jurisprudence générale du Royaume*, Paris, 1830, t. 10, pp. 449-450, note 1, art. *Obligations* ).

Aux termes de l'article 1113 du Code civil, la violence représente une cause de nullité, non seulement lorsqu'elle a été exercée contre la *partie contractante*, mais encore lorsqu'elle l'a été sur son *époux* ou son épouse, sur ses *descendants* ou *ascendants*. Pothier disait : « ou de quelqu'autre de ses proches » ( *Traité des obligations*, op. cit., n° 25 ). Là encore, il s'agit d'un

emprunt au droit romain ( Digeste, [4, 2](#), 8, 3 ).

## 2°.- Le dol ( *tricherie, barat* )

Les compilations justiniennes définissent le dol d'après Labéon : il s'agit de « toute espèce de ruse, de tromperie, de manoeuvre employée pour surprendre, abuser, tromper quelqu'un » ( Digeste, [4, 3](#), 1, 2 ). Cette définition constitue le point de départ de toutes les doctrines sur le dol, appelé en français « tricherie » ou « barat ». Le mot barat, d'origine provençale, désigne la tromperie. Il donna le mot « baratin », attesté en 1468, et le verbe « baratiner », employé dans l'argot des pickpockets au sens de refiler un portefeuille vide à la place de celui qu'on vole ( v. le *Dictionnaire historique de la langue française*, op. cit., sous l'art. *baratin* ). La tricherie peut consister en choses fort diverses : donner des deniers au juge, tromper sur le poids, vendre la chose d'autrui, payer le salaire d'une mauvaise action, etc..

Au XIIIe siècle, le droit français se montre assez accueillant aux théories romaines sur le dol. Comme la plupart des auteurs coutumiers, Beaumanoir dénonce de telles manoeuvres : « ce qui est fet par force ou par tricherie, explique Beaumanoir, ne fet pas à tenir » ( *Coutumes de Beauvoisis*, op. cit., 33, 989 ). Ces doctrines ont été introduites par les glossateurs ( Irnerius, Accurse ), qui apportèrent néanmoins d'importantes modifications. Une distinction doit être faite, disent les glossateurs, entre le « dol principal », ayant déterminé la volonté

( *dolus dans causam contractui* ), et le « dol incident » ( *dolus incidens* ), modifiant les conditions du contrat. Le premier entraîne la nullité de l'acte, le second conduit à une restitution totale ou partielle ; auxquelles viennent s'ajouter les dommages-intérêts. Les canonistes reprendront cette distinction, comme plus tard l'École du droit naturel, Domat, Pothier et les rédacteur du Code civil ( v. Domat, *Les loix civiles...*, op. cit., t. 1, 1, 1, 18, 3 ; Pothier, *Traité des obligations*, op. cit., n° 31 ; Code civ., art. 1116 ).

D'après les canonistes, le dol vient le plus souvent de la chose elle-même ( *dolus ex re ipsa* ), dont il est inséparable. Il s'agit du cas, proche de la lésion, où le vendeur ignore les vices de la chose vendue : les terres achetées, par exemple, s'avèrent de moins bonne qualité que toutes les autres aux environs ; elles ne répondent pas à l'attente de l'acheteur ; etc.. Le « dol réel », ainsi nommé par les canonistes, n'aurait pas à être prouvé. Cette théorie, combattue par les glossateurs, fut ignorée des rédacteurs du Code civil et rejetée par la jurisprudence ( Cass., *Grand C. Grand-maison*, 4 juin 1810 ). Pour la majorité des auteurs, le dol *ex re ipsa* ne doit pas être retenu, car il ne résulte pas d'un élément intentionnel. Rien en effet n'est plus opposé à la tradition du droit français ( sur cette question, v. Claude-Joseph de Ferrière, *Dictionnaire de droit...*, op. cit., [t. 1](#), p. 710, art. *Dol réel* ; Ledru-Rollin, *Répertoire général contenant la jurisprudence de 1791 à 1846*, Paris, 1846, t. 5, p. 521, n° 30 et suiv., art. *Dol* ).

Contre cet accueil trop favorable fait au droit romain, il y eut une réaction de la pratique notariale. Il fallut attendre le XVe siècle, et le recours aux lettres de

rescision, pour qu'à nouveau on puisse attaquer facilement les contrats passés devant notaire pour cause de dol ou de violence. Cependant, le dol étant exclusivement personnel, la mauvaise foi doit être prouvée ( on ne retient plus le dol réel ). Enfin, comme en droit romain, la manoeuvre dolosive doit émaner d'une des parties contractantes ( v. Pothier, *Traité des obligations*, op. cit., n° 32 ; Code civ., art. 1116 ).

### 3.- La lésion ( *laesio enormis* )

La lésion représente le préjudice matériel résultant pour l'une des parties du défaut d'équivalence entre les prestations imposées par le contrat. On la rencontre exclusivement dans les contrats à titre onéreux, et plus particulièrement dans les contrats synallagmatiques : elle suppose une comparaison entre la valeur des prestations que chacun des contractants s'oblige à fournir.

Durant la période classique, l'attrait du bénéfice constitue le fondement de toute activité économique : la réalisation d'un bénéfice important témoigne de l'habileté des contractants. En matière de vente, explique Pomponius, les parties « peuvent se tromper mutuellement sur le prix » ( Digeste, [4, 4, 16, 4](#) ; [19, 2, 22, 3](#) ). Pour des motifs d'ordre public, cependant, les juristes romains firent application de l'idée de lésion pour permettre la protection des mineurs de 25 ans ( Digeste, [4, 4, 13, 1](#) ).

L'idée que le contrat puisse être attaqué pour lésion serait apparue en 285, sous le règne de Dioclétien ; un rescrit célèbre, figurant au Code de Justinien, accorde la rescision au vendeur dans le cas d'une disproportion d'outre moitié entre la valeur de la chose vendue et le prix payé ( Code, [4, 44, 2](#) ). Mais l'interpolation paraît aujourd'hui démontrée. Des constitutions de Constantin et des empereurs Gratien, Valentinien et Théodose, prouvent en effet qu'au IV<sup>e</sup> siècle on appliquait encore les principes classiques ( Code Théodosien, [3, 1, 2](#) ; [3, 1, 4](#) ; [4, 7](#) ). La disposition nouvelle semble résulter à la fois de la conjoncture économique et de l'influence de la doctrine des pères de l'Église ( [Saint Ambroise](#), III, 2, 13 ; 6, 41 ; 9, 58 ; 10, 66 ). Afin de concilier les notions d'équité et de liberté contractuelle, Justinien limitera la rescision de la vente au cas de *laesio enormis*, au profit du vendeur d'immeuble. L'acheteur peut alors opter entre la rescision de la vente et le paiement du supplément du juste prix ( v. Raymond Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. 2, 3<sup>e</sup> éd., op. cit., n° 110, pp. 179-180 ).

Notre ancien droit se trouve donc en présence d'une double influence, romaine et canonique ( a ). Au terme d'une longue évolution, l'idée de lésion tendit à se figer à partir du XV<sup>e</sup> siècle ( b ). Elle figure aujourd'hui sous les articles 1674 à 1685 du Code civil.

#### a.- Influences romaine et canonique

Dès le IV<sup>e</sup> siècle, sous l'influence de l'idée morale de justice commutative

empruntée à Aristote, les pères de l'Église se sont vivement intéressés au problème juridique de la lésion. Saint Ambroise et Saint Augustin préconisent l'équivalence des prestations, une équivalence mathématique et objective, afin d'assurer la protection des faibles ( *humiliores* ) contre les puissants ( *honestiores* ). Mais en dépit de ces tendances, pour préserver l'activité commerciale, les compilateurs de Justinien vont restreindre la lésion aux cas les plus fréquents : la vente et le partage. La « morale du renoncement » semble parfaitement étrangère aux juristes romains ( Jean Carbonnier, *Droit civil*, coll. Thémis, P.U.F., t. 2, n° 86 ).

Au XIIe siècle, mieux éclairée sur les pratiques commerciales, l'Église affiche une certaine méfiance à l'égard des marchands : ses docteurs soutiennent que l'équité ( *aequitas* ) impose l'égalité ( *aequalitas* ) dans le contrat ; il doit y avoir une juste contrepartie. [Albert le Grand](#) et Saint Thomas enseignent l'un et l'autre que dans la vente il faut un *juste prix*. Les théologiens ne visent pas le commerce en soi, mais le gain illicite, l'usure ( v. Saint Thomas, *Somme théologique*, II-II, Q 61 ).

Comment cependant déterminer ce juste prix ? Saint Thomas s'efforce de poser une question objective de la valeur des choses. Il fonde cette valeur sur la *communis aestimatio*. On ne pouvait toutefois pas condamner le contrat au seul motif qu'une chose n'y a pas figuré pour son exacte valeur ; c'eût été contraire aux nécessités du commerce juridique. Les canonistes imaginèrent alors un prix plafond ( *summum justum pretium* ) au delà duquel le vendeur ne doit pas vendre, et un prix plancher ( *infimum justum pretium* ) en deçà duquel

**l'acquéreur ne doit pas acheter. Mais ces subtilités de dialectique n'aboutissent pas.**

**La lésion visant essentiellement le gain illicite, les canonistes l'étendirent à tous les types de contrat et pas uniquement à la vente d'immeubles ( décrétale du Pape [Alexandre III](#), X, 3, 17, 3 ). Il s'agit de protéger l'acheteur de meubles, souvent un paysan peu éclairé, dupé par un colporteur ; mais également les pèlerins, les étudiants, à raison des abus commis par les hôteliers et logeurs. Cette extension semble admise chez les romanistes pour tous les contrats de bonne foi ( Accurse ). Elle figure encore dans notre Code civil sous l'article 1683 : pour éviter certains abus du commerce, la loi du 8 juillet 1907 accorde aux agriculteurs une action en réduction du prix et dommages-intérêts dans les ventes d'engrais, semences et substances d'alimentation des animaux, au cas de lésion de plus du quart ( v. Francis Garrisson, « Lésion et vente de meubles », *Études historiques à la mémoire de Noël Didier*, Montchrestien, Paris, 1960, pp. 135-148 ).**

**Pour marquer leur hostilité aux règles de la lésion, les notaires prirent l'habitude, au XIIIe siècle, d'insérer dans les actes une clause de renonciation au bénéfice des lois romaines ; un autre stratagème consiste pour le vendeur à faire donation à l'acheteur de la différence éventuelle entre le prix déclaré et le juste prix. Mais à partir du XVe siècle, le déclin du droit canonique marquera le retour à l'orthodoxie romaine. Désormais, la lésion va être limitée au cas des mineurs et à la vente d'immeubles. Cependant, dans les contrats autres que la vente, on admet la *laesio enormissima* ( démesurée ), car on estime qu'une trop forte disproportion entre le juste prix et le prix réel implique un véritable dol. Dans les**

partages, la lésion sera fixée au quart.

#### **b.- Fixation de l'idée de lésion**

Fidèle aux solutions romaines, Domat restreint la lésion à la vente d'immeuble : le vendeur peut attaquer la vente faite à un prix inférieur de plus de la moitié du juste prix ; le juste prix équivaut à la valeur de la chose à l'époque de la vente ( *Les loix civiles..*, op. cit., t. 1, 1, 1, 2, 9 ). Pothier, au contraire, en revient aux thèses canoniques : il admet la rescision pour lésion dans tous les contrats, au profit de l'un quelconque des contractants ( *Traité des Obligations*, op. cit., n°s 33 et suiv. ; *Traité du contrat de vente*, n° 242 et suiv. ; n° 330 et suiv. ). On admet généralement que l'action peut être exercée dans les dix ans du contrat, en obtenant des lettres de rescision ( Du Moulin ; Pothier, *Traité des Obligations*, op. cit., n° 34 ; *Traité du contrat de vente*, op. cit., n° 347 ).

Les économistes du XVIIIe siècle étaient favorables à une liberté contractuelle absolue. A l'époque révolutionnaire, leur influence fit adopter une législation hostile à toute idée de lésion : on supprima les règles anciennes sur la limitation du taux de l'intérêt ( Décret des 3-12 octobre 1789 ) et, à la suite de la dévaluation des assignats, on abrogea la rescision dans la vente d'immeuble ( Décret du 14 Fructidor An III / 31 août 1795 ) ; mais pour la rétablir presque aussitôt ( Décret du 19 Floréal An VI / 8 mai 1798 ).



Lors de la discussion du Code civil, beaucoup souhaitaient la suppression de la lésion. Portalis, qui ne partageait pas ce point de vue, jugea raisonnable de maintenir cette règle au profit du vendeur : il y a, dit-il, un « juste prix étranger à la cupidité comme à la nécessité » ( rapport sur l'art. 1674 ). Dans une volonté de compromis, pour ne pas entraver la liberté contractuelle, les rédacteurs du Code exigèrent que le vendeur ait été lésé de plus des 7/12 et permirent à l'acheteur de déduire le 1/10 du prix total, à titre de bénéfice, lorsqu'il paie le supplément du juste prix ( art. 1674-1685 ).

Les rédacteurs du Code civil rétablirent donc la lésion dans la vente d'immeuble et le partage, mais ils ne l'admirent pas comme cause de rescision dans la théorie générale des contrats et l'exclurent expressément dans l'échange ( art. 1706 ) et dans la transaction ( art. 2052, al. 2 ) ; le principe de l'autonomie de la volonté interdisant alors une plus large admission de la lésion ( v. Sébastien Evrard, « Bois, droit et pouvoir ou la controverse entre la propriété privée et le domaine public : l'exemple de l'échange des bois de Soisy, 1802-1841 », *Journées Internationales d'Histoire du Droit*, Nancy, 12-15 juin 2002 ). Ce n'est qu'au début du XXe siècle que le problème reparut : d'après une conception dite « subjective », la lésion révélerait une faiblesse du consentement, viciant le contrat, chez celui qui en est la victime ( Paris, 28 mars 1945 ) ; d'après une autre conception dite « objective », empruntée au droit canonique, il s'agirait plutôt d'une rupture d'équilibre entre les deux prestations ( Cass., Req., 28 décembre 1932 ). Cette incertitude sur la conception de la lésion et la difficulté de transformer une règle morale en règle juridique ne permirent pas l'introduction d'un principe général ( v. Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 3e éd.,

op. cit., t. 2, n°s 260-277, pp. 95-101 ; Georges Ripert, *La règle morale*, 1927, n° 61 et suiv. ).

## B.- Objet de la convention

L'objet d'une obligation représente ce que doit le débiteur. Pour employer le procédé scolastique de Charles-François Oudot ( 1755-1841 ), c'est la réponse à la question : « Quid debetur ? ». Toute obligation a pour objet *un fait* qu'une personne peut exiger d'une autre. Le fait en question peut être *positif* ou *négatif*. Au premier cas, il prend le nom de *prestation* ; au second cas, celui d'*abstention*.

En ce domaine, les Romains n'ont produit aucune théorie : ils n'ont laissé qu'un ensemble de textes où les juristes puiseront ensuite ( 1 ). Après une période d'oubli au Haut-Moyen Âge, la notion reparaitra avec le droit savant à partir du XIIIe siècle ( 2 ).

### 1.- Droit romain

L'objet de l'obligation, *id quod debetur*, consiste soit à transférer la propriété ( *dare* ), soit à faire quelque chose ( *facere* ), soit encore à livrer une chose sans

transmettre la propriété ( *præstare* ). Pour que le contrat puisse être déclaré valable, l'objet doit réunir quatre conditions dégagées dès l'époque classique : être *possible* d'un point de vue matériel et juridique ( a ), *déterminé* ( b ), *porter sur le fait du débiteur* ( c ), et *présenter un intérêt pour le créancier* ( d ).

#### a.- L'objet doit être possible

L'objet doit être matériellement possible pour que le contrat puisse se former : il peut exister déjà ou ne pas exister encore ( Digeste, [18](#), 1, 8 ). Dans cette dernière hypothèse, on parle de *contrat aléatoire* ( récolte future, résultat d'un coup de filet, esclaves à naître ). Mais à l'impossible nul n'est tenu.

L'impossibilité dont il s'agit doit être *absolue et insurmontable* : si une personne s'engage à faire une chose faisable, dont elle n'est pas capable, son obligation n'en demeure pas moins valable. En revanche, l'objet est matériellement impossible lorsqu'il a péri avant l'accord définitif des contractants : vente d'une maison brûlée ( Digeste, [18](#), 1, 57 ) ; vente d'une oliveraie dont les arbres se trouvent abattus par le vent ( Digeste, [18](#), 1, 58 ) ; vente d'un esclave ou d'un animal mort.

L'impossibilité peut également être juridique lorsque, par exemple, l'objet se trouve hors du commerce ; le mot « commerce » fait allusion ici à la possibilité pour une chose de servir d'objet à un acte juridique. Certaines choses, en effet, comme les choses sacrées, religieuses ou publiques, ne peuvent fournir la

nature d'une convention privée lorsque l'acheteur et le vendeur en connaissent l'origine ( Gaius, Institutes, [3, 97](#) ; Digeste, [18, 1, 4](#) ; [18, 1, 62, 1](#) ) ; de même, on ne peut vendre un homme que les cocontractants savent être libre ( Digeste, [18, 1, 34, 2](#) ). Cependant, à titre exceptionnel, les juriconsultes classiques admettent la validité de la vente d'un homme libre, si de bonne foi l'acheteur a cru acquérir un esclave ( Digeste, [18, 1, 70](#) ).

Enfin, l'objet est parfois légalement inexistant pour des raisons d'ordre public ou de morale : dans son édit, le préteur déclare protéger les pactes, à condition de ne point déroger aux lois, aux plébiscites, aux sénatus-consultes et aux constitutions impériales ( Digeste, [2, 14, 38](#) ) ; on doit à Dioclétien la règle « *Contra bonos mores interposita stipulatio... nullius momenti* : une stipulation contraire aux bonnes mœurs est de nul effet » ( Code, [8, 38, 4](#) ). Les Romains rangent dans la catégorie des actes illicites et contraires aux bonnes mœurs : la promesse de tuer un homme ou de commettre un sacrilège ( *homicidium vel sacrilegium facere* ; Institutes, [3, 19, 24](#) ) ; la vente de poison ( Digeste, [18, 1, 35, 2](#) ) ; d'une chose volée, lorsque les parties en connaissent la provenance ( Digeste, [18, 1, 34, 3](#) ) ; le contrat sur succession future, quand il n'a pas été fait du consentement du *de cuius* ( Code, [2, 3, 30](#) ; [8, 38, 4](#) ) ; mais également certains [jeux de hasard](#), à l'instar des petits chevaux, car les soldats dilapident leur solde et blasphèment lorsqu'ils perdent ( Code, [3, 43, 1-2](#) ).

**b.- L'objet doit être déterminé**

De la définition même de l'obligation il résulte que l'objet soit déterminé d'une manière suffisamment précise : c'est un objet particulier, le cheval ou la maison que j'ai choisi, et non un autre. On dit alors que l'obligation a pour objet un « corps certain » ; les jurisconsultes anciens disaient que la chose est déterminée *in specie* ( par son apparence ). A ces obligations s'opposent les obligations ayant pour objet des « choses de genre » ( *genus* = genre, espèce, catégorie ), également appelées « choses fongibles » ( lat. *fungus* = champignon, empr. au grec *spongus* = éponge ), c'est-à-dire des choses interchangeables, qui se consomment par l'usage et se déterminent par leur qualité et leur quantité.

Certains auteurs prétendent qu'à l'origine les Romains n'auraient admis que les obligations portant sur une somme d'argent déterminée ; mais ceci ne semble pas démontré : de bonne heure, en effet, le droit romain reconnut la validité de l'obligation ayant pour objet un travail déterminé ( Digeste, [44](#), 7, 3 ). Dès l'époque classique, le contrat ne produit aucun effet, faute d'objet déterminé, quand on a promis un animal, sans spécifier lequel, ou la construction d'un bâtiment, sans préciser l'endroit.

c.- L'objet doit porter sur le fait du débiteur

Le droit romain exige que l'obligation consiste en une prestation du débiteur lui-même : elle doit porter sur son fait et non sur celui d'un tiers. Cette exigence

pose le problème de la validité des *promesses pour autrui*.

Promettre pour autrui consiste à « promettre le fait d'autrui : *alium facturum promittere* » ( Institutes, [3, 19](#), 3 ). Un tel accord est sans valeur, et l'on considère comme ne produisant aucun effet juridique, une stipulation qui serait conçue en ces termes : « Promets-tu que Titius me versera cinq sous d'or ? ». Si donc l'intention du promettant en formant le contrat, même de bonne foi, a été non pas de s'obliger lui-même mais d'obliger un tiers, l'acte sera nul. Il n'en résulte aucune obligation : ni pour le promettant, qui ne devient pas débiteur, ni pour le tiers, car ce dernier ne consent pas. Deux procédés permettent cependant de tourner l'interdiction, sans lier le tiers pour autant.

Le procédé le plus connu donnera naissance à notre moderne promesse de *porte-fort* ( Code civ., art. 1120 ). Au lieu de promettre le fait d'autrui, le promettant s'engage à faire son possible pour que le tiers s'exécute : « Promets-tu de faire en sorte que Titius me verse cinq sous d'or ? ». Il s'agit d'une sorte de pacte adjoint à un contrat principal. L'activité du promettant, et non celle d'un tiers, étant l'objet du contrat, il demeure parfaitement valable ( Institutes, [3, 19](#), 3 ). Un autre moyen consiste, pour le promettant, à promettre de payer une peine ( *poena* ) dans l'hypothèse où le tiers ne s'exécuterait pas. La promesse pour autrui est bien nulle en elle-même, mais la stipulation de peine fait naître une obligation personnelle à la charge du promettant qui s'efforcera d'amener le tiers à s'exécuter afin d'échapper au versement de la *poena* ( Institutes, [3, 19](#), 21 ).

d.- L'objet doit présenter un intérêt pour le créancier

« Pas d'intérêt, pas d'action » : l'intérêt doit en principe être pécuniaire, mais on retient parfois l'intérêt moral ou d'affection. Les juristes admirent une telle idée à la suite des remaniements des textes classiques dans les compilations de Justinien : lorsqu'un esclave charge une personne de l'acheter, pour lui permettre d'être affranchi, à raison des liens d'amitiés ou de parenté qui les unissent ( Digeste, [17](#), 1, 54 ).

La nécessité pour le créancier d'avoir un intérêt à l'exécution eut pour effet d'interdire les *stipulations pour autrui*. Le terme stipulation revêt ici le sens général de contrat conclu en tant que créancier. Il s'agit d'un procédé technique permettant à deux contractants de faire naître un droit au profit d'un tiers. La stipulation sera, par exemple, conçue en ces termes : « Me promets-tu de verser cinq sous d'or à Titius ? ». Pareille disposition est nulle en droit romain, aussi bien à l'égard du stipulant qu'à l'égard du tiers bénéficiaire ( Gaius, Institutes, [3](#), [103](#) ; Institutes, [3](#), [19](#), 10 ; Digeste, [44](#), 7, 11 ; [45](#), 1, 38, 17 ). Le tiers bénéficiaire ne dispose d'aucune action, pour n'être pas partie au contrat, et pas davantage le stipulant, pour n'être pas devenu créancier ( Code, [8](#), [37](#), 3 ). Mais *a contrario*, sous l'influence de Marcellus, les Romains admettront la validité du contrat, lorsque la stipulation présente un intérêt personnel pour le stipulant ( Institutes, [3](#), [19](#), 20 ). Tel est le cas où l'un des cotuteurs, responsable pour le tout ( *in solidum* ) de la bonne gestion des biens du pupille, cède à l'autre l'administration de la tutelle. Il a intérêt à la bonne gestion de la tutelle, car il demeure responsable envers le pupille ( Digeste, [45](#), 1, 38, 20 ).

Là encore, comme dans la promesse pour autrui, les contractants recourent à des palliatifs pour tourner la prohibition. A l'époque classique, une clause prévoit qu'en cas de non-exécution de la prestation en faveur du tiers bénéficiaire, le promettant devra verser une indemnité au stipulant : « promets-tu de verser cinq à Titius ? Et à défaut, promets-tu tant de sous d'or ? ». Du moment où il a stipulé la peine à son profit personnel, le stipulant peut agir en justice afin d'en obtenir le paiement ( Institutes, [3, 19](#), 19 ; Digeste, [45](#), 1, 118, 2 ). Au Bas-Empire, les parties utilisent un autre stratagème : ils tournent la prohibition légale grâce à l'insertion dans la stipulation de la clause « lorsque je mourrai » ( *cum moriar* ). Elle permet, à la mort du stipulant, de transmettre au bénéficiaire ce que le défunt a obtenu du débiteur contre qui il a le droit d'agir. Ce procédé constitue une forme d'assurance sur la vie. ( v. Paul Ourliac et Jean de Malafosse, *Histoire du droit privé*, t. 1, 2e éd., op. cit., n° 124, pp. 149-150 ).

## 2.- Ancien droit français

Dans notre ancien droit, comme en droit romain, l'objet du contrat consiste soit en un transfert de propriété ( *dare* ) soit dans l'exécution d'une prestation quelconque ( *facere* ). D'une manière générale, les caractères de l'objet s'inspirent très largement du droit romain : il doit être déterminé ou tout au moins déterminable ( v. Pothier, *Traité des Obligations*, op. cit., n° 131 ) ; pécuniaire et pas seulement moral ( v. Pothier, *Traité des Obligations*, op. cit., n°



138 ) ; et enfin juridiquement possible. L'inexistence juridique se rencontre notamment dans les biens hors du commerce : « Les conventions où l'on met en commerce ce qui n'y entre point, comme les choses sacrées, les choses publiques, sont nulles » ( Domat, *Les loix civiles...*, op. cit., t. 1, 1, 1, 1, 5, 11 ). On retrouve cette idée sous l'article 1128 du Code civil.

A l'égard des contrats immoraux ( a ), contraires aux bonnes moeurs, notre ancien droit en revient pour l'essentiel aux règles romaines. En revanche, pour ce qui est de l'illicite ( b ), les règles ont beaucoup évolué aux XVe et XVIe siècles, sous l'influence de la restauration de l'État : avec d'une part la distinction entre les lois impératives et supplétives, et d'autre part la conceptualisation de la notion d'ordre public.

#### a.- Interdiction des contrats contraires aux bonnes moeurs

Au Moyen Âge, les mauvaises moeurs constituent des péchés : l'homme doit avoir une conduite de vie qui réponde à l'idéal moral de l'honnête homme ( *honeste vivere* ). De cela, Beaumanoir pose un principe. Il déclare que les « convenances » ne sont pas à tenir si elles sont faites « contre bonnes moeurs », ou contre Dieu, comme par exemple un « larrecin » ( *Coutumes de Beauvoisis*, op. cit., 1026 ) ; il en est de même du serment, lorsqu'il est prêté « contre Dieu ou contre bonnes moeurs ». En ce domaine, les siècles suivants n'apporteront guère de nouveautés.

Cependant, légistes et canonistes n'abordent le problème sous le même angle : les premiers, prenant pour base la règle « *Contra bonos mores...* » ( Code, [8, 38, 4](#) ), appliquent cette notion à toutes les promesses ; les seconds, en revanche, ne l'utilisent qu'à propos du serment. Mais les canonistes opèrent une distinction : entre d'une part les bonnes moeurs naturelles ( *boni mores naturales* ), et d'autre part les bonnes moeurs civiles ( *boni mores civilis* ). On peut, disent-ils, ignorer les bonnes moeurs civiles, contenues dans le droit humain positif, mais on ne doit pas transgresser les bonnes moeurs naturelles, répondant à l'équité voulue par Dieu ( droit divin, morale chrétienne ). Ce qui revient, en pratique, à faire disparaître la notion d'illicéité.

Sous l'empire du Code civil, la loi ne disant pas ce qu'est l'ordre public ni quelles sont les bonnes moeurs ( art. 6 ), certains auteurs soutinrent qu'on ne pouvait annuler une convention sans une disposition légale expresse. Mais cette solution restrictive ne triompha pas. Aujourd'hui, il appartient au juge de porter un jugement de valeur sur la convention qui lui est soumise. Le Code a aussi maintenu l'interdiction des pactes sur succession future ( art. 791 ).

#### **b.- Interdiction des contrats illicites**

Durant la période féodale, l'État ayant disparu, l'usage consiste à renoncer aux bénéfices des lois, en particulier à ceux du droit romain, au moyen d'un serment.

Cependant, les Glossateurs émettent des réserves : il est permis, disent-ils, de renoncer à un privilège établi par la loi, mais non à une règle de droit commun. Sur cette base fragile, les postglossateurs élaboreront une théorie. On ne peut aller, explique Bartole, contre une loi fondée sur l'utilité publique ( *utilitas publica* ) ; mais en présence d'une loi fondée sur l'utilité privée ( *utilitas privata* ), une distinction doit être faite : entre d'une part les règles qui favorisent les contractants, comme par exemple les exceptions de dol ou de violence, auxquelles ceux-ci peuvent renoncer ( *Provisio hominis facit cessare provisionem legis* : la disposition de l'homme fait cesser la disposition de la loi ), et d'autre part les lois édictées en haine de quelqu'un, à l'instar de celles contre les usuriers, auxquelles ils ne peuvent se soustraire.

Dans le même sens, les auteurs coutumiers indiquent que les convenances faites « contre droit », ou contre le « commun profit », ne lient pas les contractants ( Beaumanoir, *Coutumes de Beauvoisis*, op. cit., n°s 1025 et 1969 ). En revanche, les particuliers peuvent écarter les lois par convention privée lorsqu'elles n'intéressent pas l'intérêt général. Cette idée, déjà présente dans la règle tirée des lois romaines *Provisio hominis facit cessare provisionem legis* ( Code, [5, 14](#), 6 ), donnera la maxime « convenances vainquent loi » ( v. Beaumanoir, *Coutumes de Beauvoisis*, op. cit., n°s 999 et 1025 ; Loysel, *Institutes coutumières*, op. cit., n° 356 ; Pierre de Fontaines, *Conseil*, nouv. éd., Paris, 1846, 15, 6, p. 109 ; Fleta, *Seu commentarius juris anglicani, sub Eduardo I*, Londres, 1685, 3, 9 ; Henricus Bracton, *De Legibus et consuetudinibus Angliae*, Londres, 1569, 2, 5 ; Marianus Socin, *Comment. in jus canonicum*, Venet., 1593, 9 ; J. F. Eisenhart, *Grundsätze des deutschen Rechts in Sprüchwoertern*,

Leipzig, 1822, t. 1, p. 183 ).

A partir du XVI<sup>e</sup> siècle, le rigorisme à l'égard des conventions illicites se renforça sous l'influence de la restauration de l'État. C'est durant cette période, en effet, que les juristes opérèrent la distinction entre les lois *impératives* ( ou *prohibitives* ) et les lois *supplétives* ( dites aussi *facultatives* ou *interprétatives* ). Dans un passage fameux, traitant de la liberté de choix du régime matrimonial, Dumoulin déclare que le régime coutumier n'est qu'un régime conventionnel tacite. Les futurs époux peuvent l'écarter en choisissant un autre régime par un contrat de mariage. On retrouve cette idée chez Dufaur de Pibrac ( † vers 1600 ), un conseiller au Parlement de Toulouse, puis chez Claude-Joseph de Ferrière ( † vers 1748 ), avocat au Parlement et professeur à la Faculté de droit de Paris : quand la loi n'a d'autre but que de *suppléer* la volonté, absente, des parties, on peut dire que « convenance vainc loi ».

Enfin, c'est durant cette même période que se développe la notion d'ordre public. « On ne peut déroger aux lois par des conventions particulières, explique Claude-Joseph de Ferrière, quand elles établissent un droit public qui concerne plutôt le bien de tous les citoyens que l'intérêt des particuliers ». Comme d'autres juristes ( Dunod, Bouhier, Domat ), il entend souligner l'importance des règles qui tiennent à la préservation de la société et dont le maintien intéresse la masse des citoyens. On retrouve cette idée dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789 ( art. 10 ), puis sous l'article 6 du Code civil : « On ne peut déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs ». Les rédacteurs se sont inspiré de Ferrière, mais ont substitué l'« ordre public » au « droit public » ( v. Jean Bart, *Histoire du droit privé..*, op.

cit., pp. 406-409 ; Jean-Philippe Lévy, *Histoire des obligations*, op. cit., p. 122 ).

### C.- Cause de la convention

D'une manière générale, la cause s'entend du fait qui explique et justifie la création d'une obligation par la volonté des parties. Il s'agit de la réponse à la question de savoir pourquoi une chose est due : « Cur debetur » ? s'interrogeait Oudot. L'obligation est nulle si elle est sans cause, s'il y a fausse cause, ou si la cause est illicite ( Code civ., art. 1131 et 1133 ).

Ayant à commenter les textes du Code civil, les auteurs du XIXe siècle ont pour l'essentiel repris les idées de Domat : 1° dans les contrats synallagmatiques, la cause de l'obligation de chacune des parties est l'obligation de l'autre ; 2° dans les contrats réels, il s'agit de la prestation effectuée à titre de dépôt, de gage ou de prêt ; 3° dans les donations, l'intention libérale. On oppose à la cause ainsi définie le motif, qui apparaît comme l'élément purement psychologique, subjectif et lointain, ayant déterminé les parties à s'obliger. Mais à cette thèse dominante s'oppose un courant anti-causaliste qui soutient que la cause est une notion inutile et fausse ( v. Ernst, « La cause est-elle une condition essentielle pour la validité des conventions ? », *Bibliothèque du jurisconsulte et du publiciste*, 1826, t. 1, pp. 250-264 ; Gault, « Essai d'une définition de la cause », *Revue critique*, 1886, p. 44 ). Aujourd'hui, la tendance dominante tend à rapprocher la cause avec les motifs ( v. Louis Josserand, *Les Mobiles dans les actes juridiques du*

*droit privé*, Dalloz, 1928, 426 p., réimpr. C.N.R.S., 1984 et 1997 ).

A Rome, la cause ne représentait pas un élément essentiel de la formation des contrats ( 1 ). La théorie causaliste, élaborée par le droit savant du Moyen Age, prit sa forme définitive sous l'Ancien Régime ( 2 ).

## 1.- Droit romain

L'intérêt que portent les Romains à la finalité du contrat rejoint dans une certaine mesure la théorie finaliste aristotélicienne ; elle correspond à la vision du monde terrestre dans l'Antiquité, un monde en proie au devenir, cherchant à comprendre les phénomènes par leur fin. La fin d'une action est le but que poursuit la cause intelligente, dit Aristote. Il distingue quatre causes : 1° la *cause matérielle* ; 2° la *cause efficiente* ( phénomène qui en produit un autre ) ; 3° la *cause formelle* ; 4° la *cause finale*. Prenons pour exemple une statue : la cause matérielle est le marbre ; la cause efficiente le sculpteur ; la cause formelle la configuration de la statue ; et enfin la cause finale sa destination. Cette dernière cause domine les trois autres, car elle les justifie. En droit romain, cependant, il n'existe pas de théorie d'ensemble. Il ne s'agit le plus souvent que d'allusions ou de similitudes avec la théorie aristotélicienne ( v. Aristote, *Physique* et *Métaphysique* in *Aristotelis Opera*, Berlin, 5 vol., 1831-1870 ; André Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 8e éd., op. cit., pp. 127-128 ; Sur le primat des causes finales chez Aristote, on se reportera à l'étude de Jean

Bernhardt, « Aristote », in *La Philosophie*, sous la direction de François Châtelet, t. 1, de *Platon à St Thomas*, Marabout, Verviers, 1979, pp. 84 et suiv. ).

On rencontre en droit romain un assez grand nombre de textes faisant allusion à une *causa*. Mais ce mot revêt des significations différentes et jamais les jurisconsultes ne songeront à élaborer une théorie générale de la cause, au sens où nous l'entendons aujourd'hui. Les juristes romains désignent par ce mot à la fois le but final du contrat ( a ), la source de l'obligation ( b ) et le motif ayant incité une partie à contracter ( c ).

Sur la théorie causaliste en droit romain.- v. Paul-Frédéric Girard, *Manuel élémentaire...*, 7e éd., op. cit., pp. 476-479 ; Jean Macqueron, *Histoire de la cause immorale ou illicite dans les obligations*, op. cit., Paris, 1924 ; Henri Capitant, *De la cause des obligations*, 1923, 3e éd., 1928, n° 40 et suiv. ; Georges Chevrier, *Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations*, thèse, Paris, 1939 ; Raymond Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. 2, 3e éd., op. cit., n° 68-69, pp. 108-113 ; Georgesco, *Études de philologie juridique*, 1, 1940, pp. 129 et suiv. ; André-Edmond Giffard et Robert Villers, *Droit romain...*, 4e éd., op. cit., n° 268-276, pp. 185-192 ; Paul Ourliac et Jean de Malafosse, *Histoire du droit privé*, t. 1, 2e éd., op. cit., n°s 130-133, pp. 157-161 ; Jean Gaudemet, *Droit privé romain*, 2e éd., op. cit., pp. 263-264.

a.- La cause finale ( *causa finalis* )

Dans les contrats formalistes de l'ancien droit romain, la notion de cause n'intervient pas. La validité du contrat, de la stipulation par exemple, dépend exclusivement de l'accomplissement du rituel imposé, indépendamment du but pour lequel le promettant s'oblige. La stipulation est valable par elle-même, aussitôt les phrases rituelles prononcées. Mais avec la progression du droit, les Romains tiendront davantage compte du but poursuivi par les parties.

En raison du progrès des idées morales, de l'influence stoïcienne en particulier, la position des juristes évolua : ils admirent de moins en moins que celui qui s'oblige sans cause puisse être tenu d'exécuter sa promesse et privé du droit de se faire restituer sa prestation. Ainsi dans le prêt d'une somme d'argent, l'emprunteur était tenu au remboursement, quand bien même il n'avait pas reçu cette somme ; l'obligation étant alors sans cause. Par l'exception de dol ( *exceptio doli mali* ) le préteur permit au débiteur de ne plus être obligé à s'exécuter ; à condition toutefois d'apporter la preuve du non versement des deniers ( Gaius, Institutes, [4, 116a](#) ). Puis à l'époque classique, le législateur ira plus loin encore : grâce au système de la « plainte d'argent non versé » ( *querela non numeratae pecuniae* ), les empereurs obligeront le créancier à fournir la preuve du versement de l'argent ( Code, [4, 30, 3](#) ).

En cas de cause illicite ou immorale, le débiteur peut également recourir à l'exception de dol pour paralyser l'action du créancier ( Digeste, [45, 1, 134](#) ).

Dans le droit de Justinien, la *condictio ob turpem causam* est accordée contre celui qui bénéficie d'un enrichissement immoral, par exemple, contre l'individu qui s'est fait remettre de l'argent pour prix de la restitution des choses qu'il a



volées ( Code, [4, 7, 7](#) ) : on peut alors reprendre la somme versée, ce qui est impossible lorsque l'opération présente un caractère honteux pour les deux parties ; notamment lorsque le mari tire profit du commerce de prostitution de son épouse ( Code, [4, 7, 5](#) ). C'est ce qu'on exprime aujourd'hui en disant : « *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* » ( on n'écoute pas celui qui allègue sa propre turpitude ) ; les juriconsultes romains disaient : « *ubi dantis et accipientis turpitude versatur, melior causa est possidentis* » ( Digeste, [12, 5, 3](#) et [12, 5, 8](#) ). Les constitutions impériales prescrivent dans ce cas de libérer le défendeur de son obligation ( Code, [4, 7, 1](#) ), voire d'interdire toute action en justice ( Code, [4, 7, 5](#) ).

Par souci d'équité donc, les Romains accordent une certaine importance à la notion de cause finale dans les actes à titre onéreux ( v. Raymond Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. 2, 3e éd., op. cit., n° 68, pp. 108-111 ) . A la manière d'Aristote, ils observent le contrat d'un point de vue objectif : ils cherchent à comprendre le phénomène par sa fin.

#### **b.- La cause efficiente**

En droit romain, le mot « *causa* » désigne également le fondement juridique d'un acte ou la source d'un droit, par exemple d'une obligation, ce que nous appelons la cause efficiente. Cette notion déborde largement le cadre contractuel. Ainsi lorsque Gaius emploie l'expression « *variae causarum figurae* » ( Digeste, [44, 7,](#)

1 ), il désigne les quasi-contrats ou les quasi-délits qui sont des sources d'obligations. Dans la loi de Justin sur la « *querela non numeratae pecuniae* » ( Code, [4, 30](#), 13 ), il s'agit d'un acte écrit indiquant le versement antérieur de l'argent ( *causa antecedens* ). Le plus souvent, c'est le respect d'une forme ou l'exécution d'une prestation qui représente la cause efficiente de l'obligation. Elle intervient dans les contrats formalistes, qui exigent une forme particulière ( *verba, litterae* ), mais également dans les contrats innommés ( échange, donation avec charge, *aestimatum*, transaction, constitution de dot, précaire ) et dans les contrats *re* ( *mutuum*, fiducie, dépôt, commodat, gage ), qui nécessitent l'accomplissement d'une prestation : la dation, la remise de la chose ( *res* ) ou bien encore l'exécution d'un fait ( *factum* ), comme par exemple l'affranchissement d'un esclave afin obtenir le versement d'une somme d'argent.

Dans les contrats réels donc, la remise de la chose constitue la cause de l'engagement ; on ne saurait en effet concevoir un contrat réel sans cause, dans la mesure où tout contrat réel nécessite la remise d'une chose pour sa formation. La chose en elle-même représente la *cause matérielle* du contrat et son transfert la *cause efficiente*. Cette prestation engendre pour l'autre partie, qui en profite, obligation de restituer dans des conditions déterminées. Il n'y a pas ici de cause finale mais une cause efficiente, car c'est l'exécution de la première prestation qui crée le contrat. Condition d'existence de l'obligation du débiteur, elle ne saurait s'identifier avec le but poursuivi par celui-ci.

c.- Le motif ( *causa impulsiva* )

Les juristes romains, pragmatiques et soucieux de préserver l'ordre public, se sont intéressés aux motifs individuels au sujet des libéralités. Dès l'époque républicaine en effet, les donations ayant été strictement réglementées ( *Loi Cincia*, 204 av. J.-C. ) et certaines d'entre elles prohibées, comme les donations entre mari et femme, il devint nécessaire de rechercher si l'intention des parties n'avait pas été de réaliser une donation déguisée : celle-ci étant caractérisée par l'*animus donandi*. Les jurisconsultes considèrent que le caractère illicite du but poursuivi entraîne de plein droit la nullité de la stipulation, lorsque celle-ci a été faite en vue de réaliser une donation entre époux ( Digeste, [24](#), 1, 3 ; [24](#), 1, 10 ).

Dans les donations avec charges, les juristes recherchent si la charge imposée au donataire représente la condition ( *condictio* ) ou tout simplement le motif de la donation. Le jurisconsulte Julien donne un exemple : j'ai fait donation de la somme de 10 à Titius sous la condition d'acheter l'esclave Stichus, mais celui-ci vient à mourir avant l'achat. Puis-je dans ce cas récupérer cette somme ? Cette possibilité m'est offerte uniquement si mon intention ( le motif ) a été d'imposer à Titius une condition, et non de réaliser une donation. S'il est démontré que je n'aurais pas donné l'argent si j'avais su que Stichus était mort, la donation est nulle car l'achat de Stichus représente la condition. Mais en revanche, si l'on prouve que j'aurais malgré tout donné cette somme, Julien regarde la donation comme parfaitement valable car l'achat de Stichus « *causa magis est quam conditio* » ( Digeste, [39](#), 5, 2, 7 ).

En droit romain, l'illicéité et l'immoralité du motif provoquent également la nullité. L'historien Valère Maxime ( [VIII](#), 2, 2 ) rapporte un jugement rendu par Aquilius Gallus qui, à la fin de la République, annula une donation contraire aux bonnes moeurs, consentie à une femme de petite vertu sous le couvert d'un contrat *litteris*.

## 2.- Emergence de la théorie causaliste dans l'ancien droit français

C'est au cours du Moyen Age, avons-nous vu ( titre 1, chapitre 4 ), que les théologiens ( saint Augustin, Abélard, saint Thomas d'Aquin ) et les canonistes ( Gratien ) se préoccupèrent de l'appréciation morale des promesses par l'examen du but auquel elles tendent. Il fallait, selon eux, que les parties poursuivissent un but licite, méritant une protection juridique. Cette idée rencontra un écho chez les Glossateurs, puis chez les Postglossateurs, qui posèrent la question de savoir pourquoi une chose est due. Elle conduisit à la distinction de la cause finale et de la cause efficiente, qu'adoptèrent Azon ( † 1200 ), Accurse ( 1182-1260 ) et Balde ( 1324-1400 ).

D'après les premiers glossateurs, l'obligation tire sa validité d'une cause qui la justifie naturellement ( *causa naturalis* ) : un acte économique ou une intention libérale ; il faut, disent-ils, une « *causa ob quam promittitur* » ( une cause pour laquelle on promet ), qui doit « *precedere vel inesse vel subsequi* » ( précéder, être inhérente ou suivre la promesse ). Cette doctrine, inspirée par un souci

d'équité, prévaut dans la *Summa trecensis* et dans *lo Codi*. Mais ce n'est qu'au milieu du XIII<sup>e</sup> siècle que les Bartolistes, tributaires de la scolastique, attacheront définitivement la cause au consentement ; comme chez Saint Thomas, inséparable de la volonté, elle représente la *fin* que le contrat doit permettre d'atteindre ( *causa finalis* ). L'obligation, ajoute Bartole ( 1313-1356 ), doit procéder d'une cause juste ( *ex aliqua causa vera* ). On retrouve également cette doctrine chez les auteurs coutumiers ( *Jostice et Plet*, Beaumanoir ).

Notre ancien droit donc, sous l'influence des conceptions romaines, continue d'opposer la *causa finalis* ( a ) à la *causa impulsiva* ( b ), qui représente le motif occasionnel. Au rebours de la *causa finalis*, la *causa impulsiva* n'affecte pas l'obligation. Elle met la volonté en mouvement mais ne la détermine pas. Aussi l'erreur sur le motif est-elle indifférente pour la validité du contrat. Cette idée figure sous l'article 1110 du Code civil.

Sur la théorie causaliste dans l'ancien droit français.- V. Jean Brissaud, *Manuel d'histoire du droit privé*, op. cit., pp. 456-458, 467-468 ; Henri Capitant, *De la cause des obligations*, op. cit., 1923, 1928 ; Dom O. Lottin, *Le droit naturel chez saint Thomas*, 1931 ; Georges Chevrier, *Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations*, op. cit., Paris, 1939 ; E. Gilson, *L'esprit de la philosophie médiévale*, 1944 ; Pierre Michaud-Quentin, « La *ratio* dans le début du Décret », *Studia Gratiana*, t. 3, 1955, pp. 101-116 ; Paul Ourliac et Jean de Malafosse, *Histoire du droit privé*, t. 1, 2<sup>e</sup> éd., op. cit., n<sup>o</sup>s 134-137, pp. 161-165 ; Jean Bart, *Histoire du droit privé..*, op. cit., pp. 413-414 ; Jean-Philippe Lévy, *Histoire des obligations*, op. cit., p. 125-126.

## a.- La *causa finalis*

Pour les juristes de cette période, l'absence de cause représente un obstacle absolu à l'action : pas d'obligation sans cause. Les postglossateurs recherchent la cause vraie, la cause finale, expression parfaite de la raison, qu'ils estiment inséparable de la volonté. Mais dans chaque type de contrat, la cause finale se détermine différemment.

C'est au sujet des conventions synallagmatiques que la cause finale fut admise le plus difficilement ; les Romains n'admettant pas la *condictio* ( engagement réciproque ) dans les contrats nommés ( vente, louage, société ), Bartole et Balde hésitèrent à suivre les canonistes sur ce point ; par scrupule d'exégètes, ils n'osèrent pas admettre la résolution de la vente pour absence de cause ( elle ne peut être prononcée que sur la base d'un pacte exprès, appelé « *lex commissoria* » ). Mais à la suite de Du Moulin, la doctrine et la jurisprudence généraliseront la règle. Dans les contrats synallagmatiques, explique Domat, l'obligation de chacune des deux parties a pour cause l'engagement pris par l'autre. Les deux obligations se soutiennent mutuellement et se servent de fondement l'une à l'autre ( *Les loix civiles...*, op. cit., t. 1, 1, 1, 1, 1, 5 & 6 ). D'où la possibilité de résoudre les contrats synallagmatiques, dès que l'une des parties n'exécute pas l'obligation ( Code civ., art. 1184 ) ; d'où également la possibilité d'opposer à l'inexécution l'*exceptio non adimpleti contractus* ( exception d'inexécution ).

A la différence des actes synallagmatiques, les contrats unilatéraux ne révèlent pas toujours leur cause. Il s'agit le plus souvent d'un acte abstrait, d'un simple billet ( ou cédule ), par lequel une personne reconnaît une dette sans autre précision. Aussi les glossateurs exigèrent-ils l'indication de la cause, ou, à défaut, la preuve de son existence. D'où de multiples protestations, à Toulouse, Bordeaux et Montpellier, où le billet non causé faisait preuve pour faciliter la circulation des titres au porteur et répondre aux exigences du crédit. Sur cette question, la doctrine coutumière et la jurisprudence des cours souveraines restèrent longtemps divisées. Mais à partir du XVI<sup>e</sup> siècle, pour faire obstacle à la multiplication des billets non causés, le Parlement de Paris exigea que la cause du billet fut indiquée sous peine de nullité. Cette solution figure notamment dans un arrêt de règlement du 16 mai 1650. Cependant, l'indication de la cause étant surtout nécessaire aux lettres de change, on considéra alors que cette règle ne devait s'appliquer qu'aux commerçants. En définitive, malgré quelques tergiversations, le Parlement de Paris et la plupart des parlements de province finirent par admettre la validité de l'acte abstrait entre non-commerçants ; à condition de n'être pas illicite ( dette de jeu ). Les rédacteurs du Code de 1804 conserveront cette disposition ( art. 1132 ).

**b.- La *causa impulsiva***

Dans une donation pure et simple, où il n'existe ni réciprocité d'obligations ni prestation antérieure, la cause de l'obligation du donateur ne peut être cherchée que dans les motifs de l'intention libérale, dans la raison dominante ayant poussé l'auteur de la donation à la consentir. Bartole dit : « *In donatione causa proxima est liberalitas* » ( dans une donation la cause rapprochée est la libéralité ). On dira plus tard : l'intention libérale. D'après les canonistes et les auteurs coutumiers, la cause réside dans l'esprit de la libéralité, qui ne doit donner lieu à aucun calcul immoral sous peine de nullité. La donation, explique Domat, « a son fondement sur quelque motif raisonnable et juste, comme un service rendu, ou quelqu'autre mérite du donataire, ou le seul plaisir de faire du bien ». Il tient lieu de cause de la part du donateur ( *Les loix civiles.*, op. cit., t. 1, 1, 1, 1, 6 ). Il ne s'agit plus ici de rechercher le but des contractants, voire d'imposer l'équivalence des prestations, mais bien plutôt de rechercher la « sécurité » ou la « moralité » du contrat ; d'où la distinction entre la cause, toujours identique, et le motif, variable, subjectif et lointain ( Paul Ourliac et Jean de Malafosse, *Histoire du droit privé*, t. 1, 2e éd., op. cit., n° 137, pp. 164-165 ).

#### **D.- Capacité des contractants**

En droit français, « Toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi » ( Code civ., art. 1123 ). La capacité de contracter donc représente la règle et l'incapacité l'exception. Mais il arrive pourtant que des personnes pleinement capables se voient refuser, dans des situations



particulières, la possibilité de conclure des contrats ou du moins certains contrats : la loi interdit le commerce avec l'ennemi en temps de guerre ; aux médecins, chirurgiens et pharmaciens, de recevoir des libéralités des malades dont ils ont la charge ( Code civ., art. 909 ) ; aux mandataires de se porter acquéreurs des biens qu'ils sont chargés de vendre ( Code civ., art. 1596 ) ; etc.. Ces interdictions de contracter ne présentent toutefois pas les mêmes caractères que les incapacités.

A Rome, comme dans notre ancien droit, où la notion de capacité juridique n'existe pas, les juristes admettent cependant que parmi les personnes juridiques certaines sont incapables d'exercer normalement leurs droits ( v. Paul-Frédéric Girard, *Manuel élémentaire..*, 7e éd., op. cit., pp. 485-490 ) : les femmes ( 1 ), les fous et prodigues ( 2 ), et enfin les mineurs ( 3 ). Le droit du Moyen Âge déclare également incapables les Juifs, les hérétiques, les Lombards, les bâtards ; chaque classe sociale disposant d'un régime juridique particulier, on observe une grande variété d'incapacités juridiques.

### 1.- L'incapacité de la femme

Dans l'ancien droit romain, la femme est toujours déclarée incapable : elle se trouve soumise à l'autorité d'un père, d'un aïeul, de son mari, quand il ne s'agit pas du père de celui-ci. Elle qui n'entre pas à l'armée, en raison de la faiblesse de son sexe, ne peut exercer librement ses droits. Pour éviter que par son mariage

elle ne fasse sortir de la famille des biens héréditaires, on lui interdit d'aliéner sa part ; comme d'ailleurs d'emprunter, d'ester en justice, etc.. Bref on la met en tutelle. Un texte du 1er siècle après Jésus-Christ, le sénatus-consulte velléien, interdira aux femmes de s'engager pour le compte d'autrui ( *intercedere pro alieno* ).

Au IIe siècle, néanmoins, l'incapacité de la femme commence à faire figure d'archaïsme. « La croyance commune, suivant laquelle les femmes auraient besoin des directives d'un tuteur, explique Gaius, est une raison plus spécieuse que véritable ». Il ajoute : « En fait, c'est couramment qu'on voit à Rome les femmes conduire elles-mêmes leurs affaires » ( Gaius, Institutes, [1, 190](#) ). Aussi le droit classique s'efforce-t-il de limiter leur incapacité : on permet notamment à la femme de choisir son propre tuteur. La tutelle et l'incapacité disparaîtront par désuétude au Bas-Empire.

Au Moyen Âge, la renaissance du droit romain et l'orchestration de la notion d'*imbecillitas sexus* ( sexe faible ) contribuèrent amplement à la mise en application du sénatus-consulte velléien. Mais sur cette question les cours souveraines du royaume demeurèrent divisées. Afin d'harmoniser les points de vue, un édit d'Henri IV, d'août 1606, rejeta l'application du velléien. Favorables au droit romain, les parlements des pays de droit écrit s'opposèrent à cette mesure. Il faudra attendre l'article 1125 du Code civil pour qu'enfin disparaîsse l'incapacité Velléienne.

Le Code civil napoléonien établit le principe de l'égalité complète des deux sexes quant à la jouissance et l'exercice des droits civils. Mais il ne les donne pas aux

femmes, au motif qu'il existe des droits dont l'exercice touche au droit public : 1° Elles ne peuvent être témoins dans les actes de l'état civil ( art. 37 et 980 ), et pas davantage dans les actes notariés ( loi du 16 mars 1803, art. 9 et 11 ) ; 2° Elles ne peuvent signer des lettres de change, pour ne pas avoir à subir la contrainte par corps ; 3° Elles n'entrent pas à la Bourse ; 4° Elles ne peuvent être tutrices, ni faire partie du conseil de famille ; etc. ( v. J.-B.-M. Robert, *Jurisprudence sur la capacité des femmes : jurisprudence sur la capacité personnelle et sur l'effet des contrats*, Arthus Bertrand, Paris, 1813, XX-574 p. ).

## 2.- La situation du fou et du prodigue

a.- La folie : En droit romain, dès l'époque des XII Tables, les fous disposent d'un statut particulier. Les juristes distinguent deux catégories : le *furiosus*, victime de crises intermittentes, entrecoupées de périodes de lucidité, et le *mente captus*, vivant dans un état habituel d'imbécillité ou de démence. La curatelle est en principe confiée aux héritiers présomptifs. Elle ressemble à bien des égards à la tutelle légitime des impubères et des femmes. Plus tard, on désignera du nom de curateur la personne chargée des intérêts de l'incapable. Mais en dehors de ces cas, par souci de préserver la liberté des citoyens, le droit romain n'attachait pas d'incapacités aux autres maladies ( v. A. Audibert, *La folie et la prodigalité*, Paris, 1892 ; Charles Appleton, « Le fou et le prodigue en droit romain », *Revue Gale du Droit*, 17, 1893, pp. 136 et suiv. ; M. Foucault, *Histoire de la folie à l'âge classique*, Paris, 1961 ).

Au XIII<sup>e</sup> siècle, s'inspirant du statut des mineurs, les premiers coutumiers préconisent la garde de l'aliéné. Le gardien doit gérer les biens du fou et répondre des conséquences de ses actes ( v. le *Livre de Jostice et de plet*, 4, 11 ). Un demi siècle plus tard, au contact des idées romaines, la garde se transforma en curatelle. Le Parlement de Paris la rendit permanente en 1306 ( *Olim*, op. cit., t. 3, p. 168 ). Le principe de l'interdiction, déjà formulé par le droit canonique au sujet du mariage ( Dans le *Décret de Gratien*, 132, quest. 7, c. 26 ), sera ensuite repris par la jurisprudence laïque. L'internement peut également être ordonné, dès le XVII<sup>e</sup> siècle, soit administrativement soit par décision de justice. A Paris, des établissements spécialisés reçoivent les fous furieux : la Salpêtrière, Bicêtre, Charenton ; la plupart d'entre eux vivent enchaînés comme des bêtes fauves, dans des réduits humides, privés des conditions d'hygiène les plus élémentaires. La loi du 30 juin 1838 remédiera à cette situation.

Sous l'empire du Code civil, les tribunaux peuvent prononcer l'interdiction dans les cas d'*imbécillité*, de *démence* ou de *fureur* ( art. 489 ). D'après les propos du tribun Tarrible, au Corps législatif, les rédacteurs du Code civil ont entendu désigner par « imbécillité » la faiblesse d'esprit causée par l'absence ou l'oblitération des idées ; par « démence » l'aliénation qui ôte l'usage de la raison, et par « fureur » une démence portée au plus haut degré, poussant le furieux à des actes dangereux pour lui-même et pour les autres. En application de ces dispositions , le 15 juin 1803 ( 26 prairial an XI ), le Tribunal civil de Corbeil jugea recevable la demande en interdiction formée contre le sieur N., atteint d'épilepsie, pour cause de démence ( v. la *Jurisprudence du Code civil*, chez

Bouzon de Jonay, Paris, 1803, pp. 145-149 ).

***b.- La prodigalité*** : A partir des XII Tables, celui qui dissipe follement les biens reçus *ab intestat* de la succession paternelle peut, après enquête, être frappé d'interdiction et comme le fou soumis à une curatelle. On aurait de cette manière facilité la conservation du patrimoine familial. Pour la prodigalité comme pour la folie, le curateur recourt à la technique de la gestion d'affaires. L'incapacité prend fin quand le prodigue se trouve en mesure d'apporter la preuve de sa prudence et de sa tempérance ( Ulpien au Digeste, [27](#), 10, 1 ).

Dans notre ancien droit, toute administration est interdite au prodigue et tous ses contrats sont frappés de nullité ( *Olim*, op. cit., t. 3, pp. 421 et 849 ).

L'appréciation des faits de prodigalité, mais aussi l'interdiction, relèvent de la compétence du juge ( v. François Bourjon, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes*, Paris, 1747, t. 1, p. 79 ; Pothier, *Traité des Obligations*, op. cit., n° 51 ). En Bretagne, l'interdiction ne peut être prononcée qu'après dilapidation d'au moins un tiers du patrimoine ( v. Bertrand d'Argentré, *Commentaire sur les quatre premiers titres de l'ancienne coutume*, Rennes, 1568, sur l'art. 491 ).

Ni le projet de Code civil du 12 août 1800 ( 24 thermidor an VIII ), ni même le projet remanié qui sera mis deux ans plus tard en discussion au Conseil d'État, ne s'occuperont des prodiges. Mais au terme d'une discussion passionnée ( v. Vid. Fenet, *Recueil complet des Travaux préparatoires du Code civil*, 1827-1828, t. 10, pp. 684-692 ), les rédacteurs du Code de 1804 finiront par accepter le principe de la nomination d'un conseil : aux *faibles d'esprit* ( art. 499 ) et aux

*prodigues* ( art. 513 ). Dans l'un et l'autre cas, l'examen des faits relève de l'appréciation souveraine des juges du fond ( Cass., 21 février 1899 ).

### 3.- Les mineurs

A Rome, l'âge de la pleine capacité juridique correspond à celui de la puberté : douze ans pour les filles et quatorze ans pour les garçons ( Gaius, Institutes, [1, 196](#) ). Jusqu'à l'âge de sept ans, l'*infans* est frappé d'une incapacité totale. Entre sept et quatorze ans, au seuil de la puberté, les impubères ( *pubertati proximus* ) commencent à pouvoir conclure certains actes juridiques : ceux qui « rendent leur condition meilleure » sans risquer toutefois de les appauvrir. Cette précocité trouve en partie sa justification dans le souci de réduire la durée de la tutelle, dont le fonctionnement pose de sérieuses difficultés, du fait de l'absence de représentation parfaite ( v. C. Tumedei, *Distinzioni postclassiche riguardo all'età : infanti proximus e pubertati proximus*, Bologne, 1922 ; A. Burdese, « Sulla capacità intellettuale degli *impuberes* in diritto classico », *Archivio giuridico*, 150, fasc. 1-2, 1956, pp. 10 et suiv. ; B. Perrin, « L'apparition du *proximus pubertati* en droit romain classique », *Syntelesia Arangio-Ruiz*, 1964, 2, pp. 469 et suiv. ).

Mais à la suite des guerres puniques, les transformations économiques placèrent les adolescents dans une situation précaire. Les comédies de Plaute ( [Pseudolus](#) ) montrent en effet comment les usuriers romains, spéculant sur les

carences du droit, exploitèrent la naïveté de jeunes gens inexpérimentés. Une loi *Plaetoria* ( ou *Laetoria* ) de la fin du II<sup>e</sup> siècle avant Jésus-Christ mit fin à ces abus, en instituant le délit de « tromperie des jeunes gens » ( *circumscriptio adolescentium* ). Lorsqu'un mineur estime avoir été lésé, à l'occasion d'un emprunt ou d'une vente, le préteur convoque les parties à se présenter devant lui et, s'il vient à constater une manoeuvre frauduleuse, prononce l'annulation de l'acte incriminé. L'individu pubère doit cependant être âgé de moins de vingt-cinq ans, *minor viginti quinque annis*, d'où est venu le mot « mineur ». Au terme de cette évolution, durant le Bas-Empire, le mineur de vingt-cinq ans sera considéré comme un *pubertati proximus*. Il ne pourra plus dès lors contracter sans l'intervention d'un curateur ( Code, [2, 22](#), 3 ).

Après la renaissance du XII<sup>e</sup> siècle, les pays de droit écrit conserveront les caractères essentiels du droit romain : l'autorité appartient au père sans limitation de durée ; elle s'exerce sur la personne de ses enfants et entraîne leur incapacité patrimoniale. Le mariage ne la fait disparaître qu'à la faveur d'un domicile séparé, au terme d'un délai de dix ans. En pays de coutume, au contraire, « Droit de puissance paternelle n'a lieu » : l'autorité du père existe certes, mais toujours d'une manière temporaire ( v. Loysel, *Institutes coutumières*, op. cit., n° 55 ; Jean Desmares, *Commentaire sur la coutume de Paris*, op. cit., décis. n° 248 ; Jean Bacquet, *OEuvres*, Lyon, 1744, des *Droits de justice*, 21, n° 58 ). L'âge de la majorité, variable selon les coutumes, intervient plus précocement chez les filles que chez les garçons : elle est à Paris de quatorze et douze ans pour les roturiers, de vingt-et-un et quinze ans dans la noblesse.

Durant la période révolutionnaire, la puissance paternelle ne fut pas abolie : l'Assemblée législative décréta simplement qu'elle ne s'étendrait plus aux majeurs ( Décret du 28 août 1792 ). La Révolution et l'Empire fixeront la majorité civile à l'âge de vingt-et-un ans accomplis ( loi du 20 sept. 1792 ; Code civ., art. 488 ).

### **§ 3.- De la non représentation à la représentation parfaite**

Dans le droit moderne, il arrive qu'un acte juridique soit fait par une personne au bénéfice d'une autre. Ce remplacement se produit dans deux situations : 1° quand l'intéressé se trouve dans l'impossibilité de se rendre au lieu où l'acte doit être fait ( mandat ) ; 2° quand la volonté de l'intéressé fait défaut en raison d'une incapacité ( dément, enfant en bas âge, mineur non émancipé ), d'une immixtion spontanée du représentant dans les intérêts du représenté ( gestion d'affaires ), ou lorsque celle-ci est une pure abstraction ( personne morale ). Les effets de l'acte passé par le représentant se produisent directement en la personne du représenté ( représentation parfaite ).

Le droit romain est parti du principe opposé de la « non représentation » : à l'origine, une personne ne pouvait pas conclure, pour le compte d'autrui, une opération qui produise directement ses effets au profit ou à la charge de l'intéressé. Mais durant l'époque classique, le rejet de la représentation devenant incompatible avec les nécessités de la pratique, les Romains durent faire appel à



diverses formes de représentation ( A ). Notre ancien droit suivit la même évolution, pour s'orienter en définitive vers une généralisation du système de la représentation parfaite ( B ).

#### A.- Introduction de la représentation en droit romain

Dans le système primitif, quand une personne accomplissait un acte à la place d'une autre, l'intéressé n'en retirait directement aucun profit ; les parties devant observer une forme déterminée, le rituel ne produisait d'effets qu'entre les intervenants ( Gaius, Institutes, [4, 82](#) ; Digeste, [50, 17, 123](#) ; v. Raymond Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. 1, 4e éd., op. cit., n° 106, p. 138 ). Ainsi donc c'était le représentant qui devenait propriétaire, créancier ou débiteur. Il fallait ensuite une seconde opération pour que l'effet juridique de l'acte puisse atteindre le véritable intéressé ; lorsque le représentant consentait à transférer à la personne représentée le bénéfice des opérations conclues pour son compte ( Digeste, [17, 1, 45](#) ) : elle ne possédait, pour l'y contraindre, que des actions personnelles aboutissant à une condamnation pécuniaire, et elle courait alors le risque de se trouver confrontée à l'insolvabilité du représentant. Aussi le préteur tourna-t-il la difficulté en admettant la représentation imparfaite ( 1 ) et, dans des cas exceptionnels, la représentation parfaite ( 2 ).

## 1.- La représentation imparfaite

Il y a représentation imparfaite dans les situations où le représentant reste tenu vis-à-vis du tiers contractant, malgré l'établissement d'un lien juridique entre ce dernier et la personne représentée. Dès lors donc, à la manière du cautionnement, le tiers dispose de deux obligés : le représenté et le représentant. Ce système, d'abord institué par le préteur pour les contrats conclus par un *alieni juris* ( a ), a été ensuite étendu par les jurisconsultes et Justinien aux dettes contractées par l'intermédiaire d'une personne étrangère à la famille ( b ).

### a.- Contrats conclus par une personne en puissance

A Rome, les esclaves et les fils de famille agissant toujours pour le compte du *pater familias*, le préteur considère qu'il est injuste de permettre au chef de famille de profiter de toutes les acquisitions de ses *alieni juris*, sans être tenu en retour d'acquitter les dettes qu'ils ont contractées ; de surcroît, les personnes en puissance ne disposant pas de patrimoine, les tiers qui s'engagent avec elles ne bénéficient d'aucune garantie. Pour pallier à ces inconvénients, le préteur introduisit des actions à transposition de personnes ( Gaius, Institutes, [4, 69](#) et suiv. ), qualifiées d'actions « *adjecticiae qualitatis* » par les commentateurs du

droit romain, destinées à faire condamner le *pater familias* qui a manifesté expressément ou tacitement la volonté d'assumer les conséquences des opérations juridiques de ses *alieni juris*.

Grâce aux actions *quod jussu, exercitoria et institoria*, le *pater familias* est tenu de couvrir la totalité de la dette, toutes les fois où il donne son adhésion à un acte déterminé, confie à l'*alieni juris* la direction d'un navire ( *magister navis* ) en vue du commerce maritime, ou place celui-ci à la tête d'un commerce terrestre ( Digeste, [14, 3](#), fr. ; [14, 3](#), 3 ; [14, 3](#), 5, 7 ; [14, 3](#), 13 ). Par l'action de *peculio aut in rem verso*, complétée par l'action *tributoria*, le chef de famille peut également être poursuivi quand il sait que la personne placée sous sa puissance fait du commerce avec son pécule ( Gaius, Institutes, [4, 72](#) ). Le *pater* engage sa responsabilité dans les limites de l'actif du pécule ( *de peculio* ), ou du profit retiré du contrat passé par l'*alieni juris* ( *in rem versum* ), bien que l'opération juridique ait été accomplie sans son assentiment.

D'après le droit civil, le *pater familias* peut être actionné directement ( *directo* ) par la *condictio* à raison de son enrichissement ( Institutes, [4, 7](#), 8 ; Code, [4, 26](#), 7, 1 ). Cependant, l'action donnée contre le *pater* ne se substitue pas à celle du fils de famille : celui-ci reste tenu par l'action directe née de son contrat ( Digeste, [15, 1](#), 44 ).

b.- Dettes contactées par l'intermédiaire d'un tiers

En droit romain, la représentation par une personne étrangère à la famille a été admise beaucoup plus difficilement : pendant longtemps, en effet, le préteur s'est borné à donner les actions *exercitoria* et *institoria*, proposées par l'Édit pour les *alieni juris*, dans les cas où le *pater* a confié au préposé ( choisi parmi les *extranea personae* ) la direction d'un navire, d'une boutique ou d'une affaire commerciale quelconque ( Institutes, [4, 7, 2](#) ; Digeste, [14, 1, 1](#) ). Puis on étendit la notion de préposé à toutes les affaires industrielles et agricoles.

Au III<sup>e</sup> siècle, le jurisconsulte Papinien fit admettre que l'on pouvait également actionner le préposant à raison des opérations financières conclues par le procurateur ( Digeste, [14, 3, 19](#), pr. ) : le préteur accordait une action utile *ad exemplum institoriae* ( Digeste, [19, 1, 13, 25](#) ), également appelée au Bas-Empire *actio quasi institoria* ( Digeste, [17, 1, 10, 5](#) ), dans l'hypothèse où le procurateur avait reçu mission d'accomplir certaines opérations, ou lorsque le mandataire avait reçu mandat de conclure tel ou tel contrat. Justinien compléta cette action quasi institoire par une nouvelle action *de in rem verso*, donnée contre le mandant, quand il a profité de l'opération conclue par un mandataire qui a excédé les limites de son mandat ( Code, [4, 26, 7, 3](#) ), et contre les associés, quand l'un d'eux a accompli une opération dont le bénéfice est tombé dans la caisse commune ( Digeste, [17, 2, 82](#) ).

## 2.- La représentation parfaite

Dès le Haut-Empire, la représentation parfaite semble admise à propos des actes accomplis par les représentants légaux des incapables : lorsque leur mission est achevée, après la reddition de comptes, le bénéfice ou la charge des contrats conclus par le tuteur ou curateur passe sur la tête de l'ancien incapable devenu pubère ou majeur de 25 ans ; et l'on donne une action utile au représenté, ou contre lui, et une exception à l'administrateur contre l'action du tiers avec qui il a traité ( v. Raymond Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. 1, 4e éd., op. cit., n° 233, pp. 325-326 ).

D'autre part, par application de la règle permettant d'acquérir ou de transmettre par l'intermédiaire d'un tiers ( *per extranea personae* ), on a admis que le *mutuum* conclu par un représentant produit directement ses effets en la personne du représenté qui, s'il a reçu la chose, devient seul débiteur. Dans l'hypothèse inverse, quand le représenté transmet la chose par un mandataire, il devient immédiatement créancier de l'emprunteur ( Digeste, [45](#), 1, 126, 2 ).

## B.- Développement de la représentation parfaite

Dans le droit franc, le caractère solennel des contrat interdit l'usage de la représentation. Elle réapparaît en droit français vers le XIIe siècle, à la suite des transformations économiques et sociales et du développement de l'écrit : dans le Midi, le bayle ( *bajulus* ) gère les biens d'autrui, d'une communauté comme

d'un mineur, mais il s'agit d'une représentation imparfaite. En droit écrit comme en droit coutumier, le représentant est seulement tenu par la bonne foi à transférer le marché à la personne représentée ( v. Beaumanoir, *Coutume du Beauvoisis*, op. cit., 808-812, 1038 ). La représentation parfaite n'est véritablement admise que dans le *Sexte* ( 5, 12, 68 et 72 ), un recueil de décrétales, promulgué en 1298, appartenant au *Corpus juris Canonici*. Il réglemente la situation des procureurs aux négociants, sorte d'intermédiaires commerciaux, sur la base des règles du droit romain et du droit canon. Dès lors, ce procédé passera progressivement dans la pratique ( v. Jean Brissaud, *Manuel d'histoire du droit privé*, op. cit., pp. 493-500 ; Paul Ourliac et Jean de Malafosse, *Histoire du droit privé*, t. 1, 2e éd., op. cit., n° 122, pp. 146-147 ).

A la fin du XVIIe siècle, on retrouve la représentation chez Domat, qui l'admet sans difficulté : « Les absences, les indispositions, explique Domat, font souvent qu'on ne peut vaquer soi-même à ses affaires ». Dans ces cas, ajoute-t-il, « celui qui ne peut agir, choisit une personne à qui il donne le pouvoir de faire ce qu'il ferait lui-même, s'il était présent » ( *Les lois civiles...*, op. cit., t. 1, 1, 1, 15, p. 127 ). Cette idée figure également chez Pothier ( *Traité des obligations*, op. cit., n° s 74 et suiv. ; *Traité du mandat* ) et sous le Titre XIII du Livre III du Code civil.

En justice, on applique l'ancienne maxime : « nul ne plaide en France par procureur, hormis le roi » ( *Établissements de Saint Louis*, 2, 8 ; in Jourdan, Decrusy et Isambert, *Recueil général ...*, op. cit., t. 2, p. 577 ). Aussi la plupart des coutumes interdisent-elles la représentation. Devant le Parlement de Paris, le défendeur est libre de se faire représenter, mais le demandeur doit en principe comparaître en personne. En cas d'empêchement légitime, il peut recourir au

ministère d'un procureur ( avocat ), après avoir obtenu des *lettres de grâce*, délivrées en chancellerie moyennant le paiement d'une taxe. Cette prohibition tombera progressivement en désuétude ( Lettr. 15 nov. 1407 ). Elle disparaîtra officiellement au XVIe siècle ( Ord. 13 janv. 1528, art. 1 ). La règle « nul ne plaide en France par procureur » prendra dès lors le sens qu'on lui connaît aujourd'hui. Elle signifie que le nom des plaideurs, et non celui des représentants, doit seul figurer dans les actes de procédure. Le représentant doit faire connaître sa qualité de mandataire et le mandant doit toujours être nommément désigné ( v. Henri Roland et Laurent Boyer, *Locutions latines..*, op. cit., t. 2, pp. 159-164 ).

[Retour](#)

#### **§ 4.- Genèse des nullités du contrat**

La violation de la règle légale entraîne la nullité du contrat. Il ne produit alors aucun effet : *quod nullum est nullum producit effectum*. Ce principe semble *a priori* fort simple. La théorie des nullités est en réalité complexe. Un contrat nul, en effet, n'en conserve pas moins une existence apparente : il a parfois été exécuté ou a reçu un début d'exécution. Sa destruction peut donc entraîner un préjudice, non seulement pour les parties mais également pour les tiers. Dans la mesure du possible, notre droit s'efforce d'atténuer les inconvénients de la nullité.

On distingue traditionnellement deux grandes catégories de nullités : les nullités *absolues* et les nullités *relatives*. La nullité est absolue lorsque les conditions imposées par la loi visent à la protection de l'intérêt général, de l'ordre public, ou des bonnes moeurs. Elle est dite relative lorsqu'elle sanctionne la violation des règles ayant pour but d'assurer la protection des contractants. Mais il s'agit-là d'une distinction récente, que l'on ne trouve ni en droit romain ( A ) ni dans l'ancien droit français ( B ) ; en tout cas pas avant le XVIIIe siècle, au sens où nous l'entendons aujourd'hui.

#### **A.- Les nullités en droit romain**



Le droit romain, qui n'a jamais introduit de véritable systématisation, établit que la loi seule a le droit de prononcer des nullités. Mais il faut, pour cela, que la peine de nullité soit expressément consignée dans la disposition du législateur. Ce qui oblige à faire une distinction entre deux types de lois : les lois prohibitives ( 1 ), qui annulent tout ce qui se fait contre leurs dispositions, et les lois imparfaites ( 2 ), imperfecta lex, qui n'anéantissent pas les actes qui leur sont contraires.

### 1.- Lois prohibitives

La Loi 5 du Code de legibus ( Code de Justinien, 1, 14, 5 ) prévoit que la peine de nullité est toujours sous-entendue dans les lois prohibitives : "( .. ) tout pacte, toute convention, tout contrat passé entre ceux à qui la loi défend de le faire, sont regardés comme non venus ( .. )". Tout ce qui est fait contre la défense de la loi doit être regardé comme non fait, même si le législateur "n'a pas déclaré spécialement qu'il le défendait à peine de nullité" ( Merlin, *Répertoire universel...*, art. *Nullité* ).

Il faut cependant exclure de cette disposition les cas où le législateur assortit l'interdiction d'une autre peine que celle de nullité. Car, explique Papinien, "il n'est pas vraisemblable que dans une même loi, un même délit soit réprimé par

des peines d'une intensité différente" ( Digeste, 48, 19, 41 ). Dans ses fragments, au titre 1, § 1, Ulpian qualifie ces règles de "lois imparfaites".

## **2.- Lois imparfaites**

Il existe des lois qui défendent certains actes, mais qui les laissent subsister lorsqu'ils sont faits. C'est de là qu'est venu l'axiome : "Il y a en droit des choses qui sont défendues, et qui néanmoins subsistent lorsqu'elles sont faites".

Ainsi, dans l'ancien droit romain, la loi Furia défend de léguer plus de 1.000 sous à une seule personne. Lorsque le légataire reçoit quelque chose au-delà de ce taux, la loi lui inflige une peine équivalente au quadruple. Ulpian explique dans ses fragments, au titre 1, § 2, que le legs reste néanmoins valable.

Telle est également la loi qui défend à tout juge de rendre une sentence sous condition, et déclare pourtant qu'elle n'est pas nulle pour être ainsi rendue ( Digeste, 49, 4, 5 ). "Il est utile, explique Ulpian, qu'aussitôt le temps de l'appel commence à courir".

Telle est enfin la loi qui défend de porter l'appel devant un autre juge que le supérieur immédiat de celui dont est émanée la sentence, et qui attribue néanmoins un effet suspensif à l'appel porté devant un autre juge de rang supérieur ( Digeste, 49, 1, 3 ).

**Cette règle a été reprise par le droit canonique, qui défend d'admettre un religieux à la profession avant une année entière de noviciat, et qui déclare cependant valables les vœux prononcés sans cette épreuve préalable ( *Cap. non solùm de regularibus*, in 6° ).**

## **B.- Ancien droit français**

**Durant la période de l'ancien droit français, comme en droit romain, on retrouve la distinction entre les conventions susceptibles d'être annulées ( 1 ) et celles qui ne peuvent pas l'être ( 2 ).**

### **1.- Conventions susceptibles d'être annulées**

**Beaumanoir, au XIIIème siècle, oppose les contrats frappés de nullité à ceux qui permettent d'obtenir une restitution en entier ( *integrum restitutio* ). Durant cette période, toute nullité doit être prononcée d'office par le juge.**

**Au XVème siècle, avec l'évolution consécutive aux progrès de l'État monarchique, on distingue deux classes de nullités : d'une part les nullités instituées par les coutumes et par les ordonnances royales, qui sont appliquées**

automatiquement par les tribunaux ; d'autre part les nullités émanant du droit romain, qui suivent le sort des règles romaines dans leur ensemble.

Après de nombreuses difficultés concernant l'application des lois romaines, entre le XIII<sup>ème</sup> et le XVI<sup>ème</sup> siècles ( a ), une évolution majeure se dessine à partir de la première moitié du XVI<sup>ème</sup> siècle. Elle conduira à la formation de la théorie des nullités ( b ).

#### a.- Difficultés d'application du droit romain ( XIII<sup>ème</sup> - XVI<sup>ème</sup> s. )

Au XIII<sup>ème</sup> siècle, des auteurs comme Pierre de Fontaine ( Conseil à un ami, chap. XV ) ou Beaumanoir ( Coutumes de Beauvoisis, chap. XXXIV ) distinguent les conventions que l'on doit tenir de celles qui ne sont pas à tenir. A l'instar des canonistes ou des romanistes, les auteurs coutumiers pensent qu'une convention n'a pas à être respectée dès l'instant qu'elle est contraire aux bonnes mœurs ( boni mores ). Elle tombe inévitablement sous le coup d'une sanction juridique. Seulement, quid des bonnes mœurs ? Sur ce point, canonistes et romanistes ont un point de vue divergent.

Les romanistes considèrent que la transgression des règles romaines est contraire aux bonnes mœurs civiles. Les canonistes, qui n'accordent d'importance qu'aux bonnes mœurs naturelles ( le droit naturel, le droit divin, et l'ensemble de la morale chrétienne ), pensent au contraire qu'il est possible de transgresser les lois romaines au moyen d'un serment.

La thèse canonique l'ayant emporté, les praticiens utiliseront le procédé du serment pour faire renoncer leur clientèle au bénéfice des lois romaines. Ce qui pose un problème, lorsque les parties veulent ensuite profiter des nullités prévues par le droit romain.

Les plaideurs, lorsqu'ils ont renoncé aux privilèges du droit romain, ne disposent plus d'aucun recours devant les tribunaux séculiers : ils peuvent seulement demander à l'évêque du lieu, ou à son official, de les dispenser de leur serment. Ce qui a pour effet de placer la puissance séculière sous la dépendance de l'autorité religieuse. De cette subordination naîtra une polémique entre le roi et l'Eglise.

D'un point de vue politique, la situation a le mérite d'être claire : le roi de France étant source de toute justice, il ne saurait être soumis au droit romain. Ce qui ne l'empêche pas, lorsqu'il le souhaite, d'en demander l'application. A cette fin, les cours souveraines ( les parlements ) prirent l'habitude de délivrer des "lettres de relèvement", puis de "rescision", pour faire bénéficier les plaideurs impétrants des dispositions de la législation romaine. D'où la résistance des évêques, que l'on consulte de moins en moins. Le parlement de Paris tranchera la question, d'une manière définitive, dans son arrêt du 19 avril 1513 : il reconnaît au roi le droit de passer outre la décision de l'évêque, même lorsque les parties n'ont pas été relevées de leur serment.

**b.- Formation de la théorie des nullités ( XVIème - XIXème s. )**

**Au XVIème siècle, une nouvelle distinction apparaît. Le célèbre juriste Bertrand d'Argentré ( 1519-1590 ), l'adversaire désigné de Charles Dumoulin, l'auteur de l'Histoire de Bretagne ( 1582 ), oppose deux types de nullité : les nullités fondées sur une cause publique, qui sont automatiques, et les nullités touchant des intérêts privés, qui doivent être prononcées par le juge.**

**Cette classification, dans une certaine mesure, tend à rappeler celle du droit romain : les nullités de plein droit de la loi 5 du Code de legibus, s'apparentent plus ou moins aux nullités fondées sur une cause publique qui, d'après Bertrand d'Argentré, frappent des actes indignes du nom de contrat.**

**Au XVIIIème siècle, François-Ignace Dunod de Charnage ( 1679-1752 ), dans son Traité des prescriptions, paru à Paris en 1753, développe la distinction entre nullités "absolues" et nullités "respectives". Ce qui revient à dissocier les nullités "absolues" des nullités "relatives", suivant une distinction qui sera celle de notre Code civil : la nullité absolue résulte d'une loi fondée sur l'intérêt public, et la nullité relative d'une loi fondée sur l'intérêt des particuliers. Mais Dunod de Charnage ne parvient pas à établir une typologie rigoureuse ( exemple : il n'arrive pas à déterminer précisément le type de nullité qui résulte des actes juridiques passés par la femme sans l'autorisation de son mari. S'agit-il d'une nullité absolue ? Ou bien d'une nullité relative ? ). Ces hésitations montrent à quel point il a été difficile d'élaborer une théorie claire et cohérente de la nullité. Ce n'est qu'au XIXème siècle, avec Merlin de Douai ( 1754-1838 ), que la**

**distinction s'éclaircira enfin.**

## **2.- Situations particulières**

**Entre le XVIème et le XVIIIème siècle, lorsque prend forme la théorie des nullités, les lois prohibitives annulent tout ce qui se fait contre leurs dispositions, lorsque l'interdiction concerne la substance de l'acte. Dans le cas contraire, elles emportent rarement nullité. La question a été tranchée, à l'égard du consentement et de la forme de l'acte, lorsque celui-ci a été passé dans un cabaret ( a ) et lorsqu'il n'a pas été insinué ( b ).**

### **a.- Exemple du contrat passé dans un cabaret**

**Malgré l'interdiction faite aux notaires de passer des contrats dans les cabarets, il n'y a que fort peu d'endroits où la contravention à cette défense prend la forme d'une nullité. Le seul cas où les obligations passées au cabaret sont nulles, dans les coutumes qui ne décident rien sur ce point, est lorsque l'un des contractants s'est trouvé dans un état d'ivresse qui lui ôte l'usage de la raison ( problème des contrat de recrutement aux Armées ).**

**Mais il arrive néanmoins, comme dans le Nord, que des coutumes rendent nuls tous les contrats qui sont passés dans les cabarets : la Coutume de Bruges, au titre 29, article 1, déclare nuls les contrats faits au cabaret s'ils n'ont été ratifiés le lendemain ; la Coutume de la Flandre flamande prévoit qu'on peut résilier les contrats faits dans les cabarets, "entre les pots et les verres", à compter du moment de la convention jusqu'au lendemain midi, à condition de payer la dépense.**

**Mais il résulte des termes dans lesquels ces lois sont conçues, que les contrats faits dans la maison d'un particulier en buvant, ou dans un cabaret sans boire, doivent subsister, parce que, pour pouvoir les résilier il faut le concours de deux circonstances : le cabaret et la boisson.**

#### **b.- Exemple des actes n'ayant pas été insinués**

**Un édit royal de décembre 1703 prévoit, en son article 20, que, jusqu'à l'insinuation, les actes sujets à cette formalité "ne puissent avoir aucun effet en justice ni autrement, en quelque sorte et manière que ce soit". Et l'article 9 de la déclaration du 19 juillet 1704 d'ajouter : "à peine de nullité des actes et procédures faites avant l'insinuation".**

**Il a néanmoins été jugé, dans un arrêt du Conseil du roi du 12 avril 1756, à propos de la confirmation, par le parlement de Paris, d'un testament qui n'avait pas été insinué ( par le lequel une mère exhérait sa fille ), que cette disposition**



légale n'a qu'un caractère "purement bursal" : elle ne vise qu'à faire entrer des fonds dans les caisses de l'Etat, mais ne concerne en rien la substance de l'acte.

## Section 2.- Formation de la notion de quasi-contrat

L'expression quasi-contrat, qui nous a été transmise par Pothier, est une expression moderne : les Romains parlaient d'obligations naissant "quasi ex contractu", c'est-à-dire proches des contrats, ce qui est tout autre chose. Gaius rangeait dans cette catégorie tous les faits qui naissent comme un contrat, sans résulter ni d'un contrat ni d'un délit ( Digeste, 44, 7, 5 ). Mais cette distinction, pour être beaucoup trop vague, a depuis longtemps été abandonnée.

Le quasi-contrat, d'après les rédacteurs du Code civil, est un fait licite, purement volontaire de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties ( article 1371 du Code civil ). Il diffère du contrat, expliquent les rédacteurs, en ce qu'il n'y aurait pas d'accord de volonté entre le créancier et le débiteur ( ce critère, nous le verrons, prête sérieusement à discussion ). Mais cette définition, artificielle et arbitraire, n'a aucune valeur scientifique : le contrat étant essentiellement un accord de volonté, si on supprime cet accord, la force du quasi-contrat ne sera pas la même ; certaines règles des contrats, comme celles relatives aux incapacités, ne peuvent pas être prises en considération dans les quasi-contrats, où la volonté de l'obligé est indifférente, etc. Face à de telles ambiguïtés, la

doctrine a souvent suggéré de supprimer les quasi-contrats ( Planiol et Ripert, Traité élémentaire de droit civil, n° 1176 et suiv. ).

Nous étudierons d'abord les obligations quasi ex contractu, que l'on rencontre en droit romain ( § 1 ), et ensuite les quasi-contrats, qui se développent dans l'ancien droit français ( § 2 ).

### **§ 1.- Obligations quasi ex contractu**

Gaius explique que dans certaines hypothèses, bien qu'il n'y ait point de contrat, on peut être tenu comme s'il y en avait un. Cette idée sera ensuite reprise par Théophile qui, dans le dessein d'établir le régime de ces obligations, déclare qu'elles naissent quasi ex contractu ( d'une manière proche des contrats ).

L'obligation quasi ex contractu, d'après Théophile ( ad Inst. 4, 5 ), résulte d'un acte licite qui, à la différence du contrat, n'implique pas le consentement des parties ( exemple : lorsqu'il y a enrichissement injuste, c'est l'équité et non la volonté des parties qui engendre l'obligation ).

Gaius énumère quatre espèces d'obligations, qui ne dérivent ni d'un contrat ni d'un délit : la gestion d'affaires, le paiement de l'indu, la tutelle et le legs.

Justinien ajoutera l'indivision ( Institutes, 3, 27 ). Nous verrons tout d'abord la gestion d'affaires ( A ), et ensuite le paiement de l'indu ( B ).

## **A.- Gestion d'affaires ( negotiorum gestio )**

**Elle consiste dans l'activité de celui qui, sans mandat et le plus souvent à l'insu de l'intéressé, accomplit spontanément un acte dans l'intérêt d'autrui. Cette technique, qui a pris forme au cours de l'époque classique, trouve sa justification dans l'utilité qu'elle procure au géré ( Digeste, 3, 5, 9, 1 & 3, 5, 26 ). Elle permet au gérant d'obtenir le remboursement des frais de gestion.**

**La gestion d'affaires, à la différence du mandat tacite, joue en principe à l'insu du géré ( Digeste, 44, 7, 5, pr. & I, 3, 27, 1 ). On retrouvera ce principe sous l'article 1372 du Code civil. L'erreur sur la personne ( je gère pour X, alors que je crois gérer pour Y ; Digeste, 3, 5, 5, 1 ), pas plus que la croyance en un mandat inexistant ( Digeste, 3, 5, 5, pr. ), ne réduisent son efficacité.**

**Pour que la gestion soit efficace, le géré ne doit pas s'opposer à celle-ci. Deux situations peuvent se produire : soit il ratifie les actes du gérant ( 1 ), soit au contraire il ne les ratifie pas ( 2 ).**

**1.- Première situation : le géré ratifie les actes du gérant**

Dans cette situation, la gestion se rapproche du mandat. Bien qu'il n'y ait pas identité entre ces deux techniques, la ratification fait du gérant un quasi mandataire. Comme dans le mandat, toutes les dépenses engagées par le gérant doivent être remboursées. Le géré ne peut plus contester l'action du gérant, et au besoin l'action de mandat pourra être utilisée contre lui ( Digeste, 50, 17, 60 ).

La représentation, qui joue pour le mandat, est également admise pour la gestion : le débiteur qui a payé sa dette entre les mains du gérant se trouve libéré comme s'il avait acquitté celle-ci entre les mains du géré ( Digeste, 46, 3, 58, pr. & 46, 3, 34, 3 ).

## **2.- Deuxième situation : le géré refuse de ratifier les actes du gérant**

La non-ratification du géré a surtout pour effet d'obliger le gérant à justifier de l'utilité de son intervention. Elle fait peser sur lui une responsabilité beaucoup plus lourde que dans l'hypothèse précédente.

Le gérant, qui doit administrer en bon père de famille, est toujours tenu de son dol ( Digeste, 3, 5, 3, 9 & l'article 1374 du Code civil ). Il doit conduire la gestion à son terme, et ne négliger aucun détail ( Digeste, 3, 5, 5, 14 & l'article 1372 du Code civil ) ; même lorsque le géré décède avant que l'affaire soit consommée ( Digeste, 3, 5, 20, 2 & l'article 1373 du Code civil ). Au moment de la reddition de comptes, il pourra se faire rembourser les dépenses utiles.

Comme dans le mandat, la gestion d'affaire est sanctionnée, dans le dernier état du droit romain, par deux actions de bonne foi : l'"actio negotiorum gestorum directa" ( action directe ), qui est à la disposition du géré, contre le gérant, pour l'obliger à restituer les biens et à rendre les comptes, voire d'engager sa responsabilité ; l'"actio negotiorum gestorum contraria" ( action contraire ), qui est donnée au gérant, contre le géré, pour pouvoir obtenir le remboursement des impenses utiles.

## **B.- Paiement de l'indu**

"Selon l'équité naturelle, explique Pomponius, nul ne peut s'enrichir injustement au détriment d'autrui" ( Digeste, 50, 17, 206, mais également 12, 6, 14 & 23, 3, 6, 2 ). Ce sont les juristes byzantins qui feront de ce précepte moral un principe juridique.

Durant l'époque classique, pour ne pas entraver la liberté contractuelle et le développement de l'activité commerciale, l'enrichissement sans cause n'est sanctionné que dans une série de cas particuliers : le plus important concerne le paiement de l'indu

La répétition de l'indu, qui répond à certaines conditions ( 1 ), prend la forme d'une action en répétition ( 2 ) accordée à celui qui a payé par erreur.

## **1.- Conditions de la répétition de l'indu**

**Le paiement d'une dette qui n'est pas dûe fait naître, au profit de celui qui a payé ( le tradens ), une créance en restitution contre celui qui a reçu le paiement ( l'accipiens ). Il se trouve enrichi injustement ou, comme le dit Ulpian, sans cause ( sine causa ), puisque la cause du paiement, sa raison d'être, l'obligation, n'existe pas. Celui qui a payé à tort a, dès lors, le droit de répéter ce qu'il a payé. Mais en droit romain, comme en droit moderne, plusieurs conditions sont nécessaires pour qu'il puisse y avoir répétition : un paiement ( a ), un indu ( b ), et enfin une erreur ( c ).**

**a ) Il faut tout d'abord qu'il y ait un paiement, c'est-à-dire une prestation faite dans le but d'exécuter une obligation. Le paiement peut être aussi varié que l'objet des obligations : une somme d'argent, des denrées ou bien encore une chose incertaine.**

**b ) Il faut ensuite un indu, c'est-à-dire un paiement fait à tort ( Digeste, 12, 6, 65, 1 ss. ). Il y a quatre cas d'indu : 1° ) la dette n'existait pas parce qu'elle était nulle dès le début ; 2° ) La dette n'existait plus, car le paiement avait déjà été fait ; 3° ) La dette n'existait pas encore complètement : il s'agissait d'une dette conditionnelle, et la condition n'était pas réalisée ; 4° ) La dette existe, mais on a payé à un autre que celui qui pouvait exiger le paiement.**

**c ) Il faut enfin que le paiement ait été fait par erreur à celui qui de bonne foi se**

**croit créancier. Car celui qui paie en connaissance de cause est censé faire une donation ( Digeste, 50, 17, 53 ), à moins qu'il n'agisse comme gérant d'affaire.**

## **2.- Action en répétition ( condictio indebiti )**

**Le principe est que celui qui a payé à tort peut réclamer, à celui qui a reçu le paiement, la restitution de tout ce dont il s'est enrichi. Trois hypothèses sont envisageables :**

**a ) L'enrichissement est égal à l'appauvrissement : le tradens ( celui qui a payé ) peut réclamer tout ce qu'il a versé, c'est-à-dire la restitution pure et simple.**

**b ) L'enrichissement est supérieur à l'appauvrissement : l'accipiens ( celui qui a reçu le paiement ) a reçu une chose frugifère, ou une chose qui s'est accrue par alluvion. Le tradens peut alors réclamer l'accroissement, ou les fruits de la chose. On retrouvera ce principe sous l'article 1378 du Code civil.**

**c ) L'enrichissement est inférieur à l'appauvrissement : la chose s'est perdue par cas fortuit ; elle a été vendue par l'accipiens au-dessous de sa valeur ; il a fait des dépenses pour l'entretenir. L'accipiens doit restituer ce dont il s'est enrichi. Mais on peut lui réclamer, par exemple, les débris de la chose.**

## § 2.- Quasi-contrats

La division des obligations en quatre classes symétriques ( les contrats, les quasi-contrats, les délits, et les quasi-délits ) est ignorée par la plupart de nos auteurs anciens. Elle ne figure ni chez Dumoulin, ni chez d'Argentré, ni même dans Laurière et dans Domat. L'expression de quasi-contrats, dont on décèle la première trace dans un traité ( *Syntagma Antiquitatum Romanorum...*, Halle, 1718 ) du célèbre jurisconsulte allemand Heineccius ( 1681-1741 ), paraît s'être formée au XVIIIème siècle. C'est par l'intermédiaire du *Traité des Obligations* de Pothier ( numéros 113 & 116 ), paru en 1761, qu'elle est passée dans la doctrine française. François Bourjon l'emploie dans son *Droit commun de la France* ( éd. de 1770, t. 2, p. 499 ), mais semble-t-il sans bien la comprendre ( notamment à propos de l'obligation du voyageur envers l'hôtelier, pour les dépenses qu'il a faites dans l'hôtel ).

On observe, dès le XVIème siècle, une évolution de certaines obligations quasi contractuelles : la gestion d'affaires et la répétition de l'indu ( B ). Au XVIIIème siècle, on passe des obligations quasi ex contractu à la notion de quasi-contrat ( A ).

**A.- Des obligations quasi ex contractu à la notion de quasi-contrat**



**Au XVIème siècle, les civilistes considèrent que la force des obligations quasi ex contractu vient de la loi, qui présume le consentement à l'égard d'une des parties ou même des deux. Le juriste Hugues Doneau ( 1507-1591 ) - qui en son temps fut l'ennemi de Cujas - réduit cette notion à deux situations : l'administration des affaires d'autrui et l'exécution des dernières volontés d'un défunt.**

**Pothier, qui introduit l'expression quasi-contrats, persévère dans cette voie : il fonde sur "la loi seule ou l'équité naturelle" les faits qui "sans être des contrats et encore moins des délits, produisent des obligations comme en produisent les contrats" ( Pothier, Traité des Obligations, n°114 ).**

**L'usage de la raison, explique Pothier, est requis à l'égard de la personne qui s'oblige, mais non pour les personnes envers qui les obligations sont contractées : si quelqu'un a géré les affaires d'un enfant ou d'un insensé, cette gestion, qui est un quasi-contrat, oblige cet enfant ou cet insensé à tenir compte à celui qui a géré ses affaires ; de la même manière une femme peut être obligée, sans être autorisée par son mari ( Pothier, op. cit., n°115 ).**

**Pothier place sur le même pied : les cas où existe un consentement fictif, comme la gestion d'affaires ; les simples faits créateurs d'obligation, comme l'indivision et le bornage ; et la restitution de l'indu, fondée sur l'équité naturelle. Un tel amalgame révèle on ne peut mieux l'absence d'une véritable systématisation. Le Code civil, en 1804, maintiendra cette ambiguïté : l'article 1371 traite des faits "purement volontaires" alors que l'exposé des motifs vise "les obligations qui résultent d'un fait que la loi rend obligatoire".**

## **B.- Gestion d'affaires et répétition de l'indu**

### **1.- Gestion d'affaires**

**Pothier, qui ne s'éloigne guère des solutions romaines, considère la gestion d'affaires comme un quasi-mandat : ce qui permet d'accentuer la responsabilité du gérant.**

**Celui qui se charge des affaires des autres, explique Pothier, "en vertu du pouvoir qu'il en a reçu est responsable de ses fautes, quoiqu'il ne retire aucun profit de sa gestion" ( Essai sur la prestation des fautes, § XII ). Il y a deux raisons pour cela : 1° ) Le gérant s'immisce dans les affaires d'autrui ; 2° ) Et il est dangereux pour les absents que le premier venu puisse se mêler de leurs affaires.**

### **2.- Répétition de l'indu**

**Durant cette période, les juristes ne produisent aucune théorie d'ensemble de**

**l'enrichissement sans cause : ils se contentent de rappeler, à la suite des canonistes, que le principe a pour fondement l'équité naturelle.**

**Le paiement de l'indu pose un problème délicat : il convient d'analyser, d'un point de vue juridique, l'erreur qui est à l'origine du paiement. Pour Cujas, l'opération constitue une sorte de prêt. La chose payée, lorsqu'il s'agit d'une somme d'argent, est considérée comme prêtée. Lorsqu'il s'agit de choses consommables, qui se pèsent, se comptent ou se mesurent, comme par exemple du blé, on assimile l'opération à un mutuum ( prêt de consommation ). Dans ce dernier cas, le débiteur sera tenu de restituer l'équivalent.**

**Aux XVIIème et XVIIIème siècles, les juristes rattachent l'obligation de restituer à un consentement présumé ( fictif ) : ce qui suppose, au premier chef, que les parties soient capables. L'accipiens doit assumer les risques, en cas de perte ou de détérioration ( on retrouve ce principe sous l'article 1379 du Code civil ). Il devra restituer les fruits lorsqu'il est de mauvaise foi.**

**Le Code civil de 1804, excepté la répétition de l'indu, ignore purement et simplement l'idée d'enrichissement sans cause. Cette notion, qui intéresse la doctrine, et que l'on retrouve dans le Code civil allemand de 1900 et dans le Code général suisse de 1912, ne sera consacrée par la jurisprudence française, à titre subsidiaire, qu'en 1892. Mais dans la pratique, l'action, que d'aucuns appellent à tort "de in rem verso" ( il s'agit en réalité de deux actions différentes : la première pour enrichissement sans cause, et la seconde pour obtenir la remise d'une chose ), est très rarement admise devant les tribunaux.**

## **Chapitre III.- Genèse des effets des Obligations**

**Il sera d'abord question de l'exécution volontaire ( Section 1 ), et ensuite de l'inexécution de l'obligation ( Section 2 ). Nous verrons enfin la préservation des intérêts du créancier contre les agissements du débiteur ( Section 3 ).**

### **Section 1.- L'exécution volontaire**

**A Rome, comme en droit moderne, l'exécution de l'obligation a pour conséquence de dénouer ipso jure le lien juridique qui unit le débiteur au créancier. Les Romains, pour désigner cette opération, emploient le verbe solvere ( payer ) qui signifie également "déliver". Le procédé normal d'exécution ne consiste pas uniquement, comme aujourd'hui, dans le versement d'une somme d'argent. Il existe en effet d'autres manières d'effectuer le paiement : par la livraison d'une chose, l'exécution d'une prestation ou parfois même une abstention ( Digeste, 46, 3, 54 & 50, 16, 176 ).**

**Après avoir étudié l'exécution volontaire à la lumière du droit romain ( § 1 ), nous examinerons de quelle façon les juristes de l'ancien droit français ont envisagé la question ( § 2 ).**

## **§ 1.- En droit romain**

**Le paiement, d'une manière générale, est l'accomplissement de ce qu'on s'est obligé de donner ou de faire. Il représente, dira Pothier, "la manière la plus naturelle dont les obligations peuvent s'éteindre" ( Cf. Traité des Obligations, n° 494 ). Mais pour être valable, à Rome comme au XVIIIème siècle, il doit remplir certaines conditions ( A ). Il prend parfois la forme de la dation en paiement ( B ), lorsque ce n'est pas la chose dûe qui est payée.**

### **A.- Les conditions de validité du paiement**

**Ces conditions, qui peuvent être regroupées en trois catégories, concernent tout à la fois : les personnes qui sont habilitées à effectuer ou à recevoir le paiement ( 1 ), le lieu où celui-ci devra s'effectuer ( 2 ), et enfin l'objet du paiement ( 3 ).**

#### **1.- Les personnes habilitées à effectuer ou à recevoir le paiement**

C'est en principe le débiteur qui effectue le paiement. Mais toute personne, intéressée ou non à l'exécution de l'obligation, peut s'en charger. Le paiement de la dette par un tiers capable, lorsqu'il est fait à dessein, est parfaitement valable. De cette façon, le débiteur peut être libéré malgré lui, voire même contre son gré : "Il est permis à chacun, explique Gaius, de payer pour un débiteur qui l'ignore et malgré lui" ( Digeste, 46, 3, 53 ). On retrouvera ce principe à l'article 1236 du Code civil.

Le créancier ne peut refuser le paiement d'un tiers, sauf si la prestation présente un caractère personnel : si le débiteur promet qu'il fabriquera lui même un vaisseau ou qu'il bâtira une maison, l'exécution par un autre ne le dispense pas de sa prestation ( Cf. Ulpien au Digeste, 46, 3, 31 ). Une disposition semblable figure à l'article 1237 du Code civil.

Par ailleurs, lorsque l'obligation consiste à donner quelque chose, le paiement, pour être valable, doit être fait par le propriétaire ; ou du moins avec son autorisation. Car, explique Ulpien, "on ne peut transmettre à un autre le droit que l'on n'a pas" ( Digeste, 50, 17, 54 ). Les rédacteurs du Code civil ont reproduit ce principe à l'article 1238.

Le paiement doit être fait au créancier lui-même ( Digeste, 46, 3, 9 ), ou à défaut à son héritier, à son légataire, voire à un cessionnaire de la créance ou à un représentant quelconque du créancier. C'est le point de vue du jurisconsulte Paul : celui qui paye à un tiers, sur l'ordre de son créancier, "est libéré comme s'il avait lui-même fait ce paiement à son créancier" ( Digeste, 50, 17, 180 ). Cette règle figure au Code civil, à l'article 1239.

## **2.- Le lieu du paiement**

**Lorsque les parties ont convenu d'un lieu pour le paiement, il doit toujours être fait à l'endroit prévu ( Digeste, 30, 47, 1 ). Si aucun lieu n'a été désigné, et que la dette porte sur un corps certain, le paiement doit se faire à l'endroit où se trouve la chose ( exemple : si un vigneron vend sa récolte à un marchand de vin, c'est dans la grange, là où est le vin, que s'effectuera le paiement : le marchand chargera le vin à ses dépens sur ses charrettes ). On retrouvera ce principe à l'article 1247 alinéa 1 du Code civil.**

**Lorsque la dette porte sur une chose indéterminée, comme par exemple une certaine somme d'argent ou une certaine quantité de blé ou de vin, et qu'aucun lieu de paiement n'a été fixé, il doit en principe être fait au lieu du domicile du débiteur. Ce principe figure à l'article 1247 alinéa 2 du Code civil.**

## **3.- L'objet du paiement**

**Le paiement doit avoir pour objet la chose promise : il doit y avoir identité d'objet du paiement et de l'obligation ( a ). Comme en droit moderne, le paiement est indivisible : on ne peut pas obliger le créancier à accepter un paiement partiel**

**( b ).**

**a.- L'identité d'objet du paiement et de l'obligation**

Régulièrement, c'est la chose dûe qui doit être payée : "on ne peut pas donner en paiement à son créancier, malgré lui, une chose différente que celle qu'on lui doit" ( Digeste, 12, 1, 2, 1 & article 1243 du Code civil ). Si par erreur le créancier reçoit autre chose, le paiement ne sera pas valable, et le créancier pourra, en offrant de rendre ce qu'il a reçu, exiger la chose qui lui est dûe ( Digeste, 46, 3, 50 ). Mais ce principe souffre néanmoins quelques exceptions, qui résultent à la fois de la volonté des parties et de celle du législateur.

Dès l'époque classique, pour des raisons d'ordre économique, les parties conviennent parfois de l'exécution du contrat par l'accomplissement d'une prestation différente de celle qui était l'objet de l'obligation. Papinien cite le cas d'une femme, créancière de son frère, qui s'est contentée du billet d'un débiteur en lieu et place du legs qui lui revenait ( Digeste, 46, 3, 96, 2 ; mais également 46, 3, 57 ).

En raison de la raréfaction du numéraire et des difficultés rencontrées dans la vente des immeubles, Justinien permet au débiteur d'une somme d'argent, lorsqu'il ne dispose pas de liquidités, d'effectuer le paiement en biens fonds contre la volonté du créancier ( Cf. Nouvelles, 4, 3 ) : c'est le principe de la dation



**en paiement, que nous aborderons un peu plus loin.**

## **b.- L'indivisibilité du paiement**

**En principe, le paiement doit s'effectuer en une seule fois ( Cf. Modestin au Digeste, 22, 1, 1 & article 1244 du Code civil ). Mais, là encore, il existe des exceptions conventionnelles et légales.**

**Rien n'interdit en effet au créancier, dans une clause du contrat, d'accepter des paiements fractionnés. Il est également possible, pour des raisons humanitaires, que le législateur consente à ce type de facilités.**

**Au Bas-Empire, une exception générale est apportée au principe : le prêteur peut contraindre le créancier, dans un soucis d'équité, à accepter l'exécution par paiements échelonnés ( Cf. Julien au Digeste, 12, 1, 21 ). Le créancier est également tenu, lorsque le débiteur a envers lui plusieurs dettes échues dont l'objet est identique. C'est au débiteur qu'il appartient d'indiquer dans quel ordre doit s'effectuer l'imputation des paiement ( on retrouvera cette idée à l'article 1253 du Code civil ) . En cas de silence des parties, on éteint toujours la dette la plus gênante pour le débiteur ( Cf. Ulpian au Digeste, 46, 3, 1 ). Les rédacteurs du Code civil ont introduit ce principe à l'article 1256.**

**Enfin, lorsque l'objet de la dette porte sur une chose, le paiement ne se fait qu'en transférant au créancier par la tradition ( Cf. Paul au Digeste, 50, 17, 167 ).**

## **B.- Un mode de paiement particulier : la dation en paiement**

Il y a dation en paiement lorsque le débiteur se libère en remettant à son créancier une chose différente que celle qui fait l'objet de l'obligation. Par exemple, il devait une somme d'argent et il paie en remettant un objet de valeur ( exemple récent : les héritiers de Pablo Picasso ont acquitté de cette manière les droits sur la succession du peintre ). Ce mode de libération nécessite le consentement du créancier : il doit faire partie de l'accord pour être valable ( Digeste, 46, 3, 57 & 46, 3, 96, 2 ).

La dation en paiement est toujours présumée faite en faveur du débiteur. Il peut donc changer d'avis, et payer la somme dûe, sans que le créancier ne puisse s'y opposer. Si par exemple un propriétaire loue une vigne pour une certaine somme, payable en vins, il ne pourra pas refuser que son locataire acquitte sa dette en argent, si cela lui convient ( Cf. l'exemple qu'Ulpien donne au Digeste, 46, 3, 45, concernant la restitution de la dot de la femme ).

### **§ 2.- Dans l'ancien droit français**

**Deux questions intéressent tout particulièrement les juristes de l'ancien droit français : l'incidence des variations monétaires sur la vie des obligations ( A ), et la dation en paiement ( B ).**

#### **A.- L'incidence de la variation des monnaies sur la vie des obligations**

**Cette question a préoccupé de bonne heure la pratique, car une dévaluation nuit au créancier tout comme une réévaluation porte atteinte aux intérêts du débiteur. Or au Moyen Age les monnaies sont instables : les coutumes féodales admettent le droit du souverain de "muer" les monnaies en cours, qui consiste à les altérer ou à les refondre. Les autorités usent abondamment de ce droit ( notamment le roi Philippe IV dit "le Bel" ), tantôt pour augmenter la valeur nominale de la monnaie tantôt pour la dévaluer. De sorte que, dès le XIIème siècle, des monnaies d'or et d'argent de toutes origines circulant concurremment, on assiste à un "affolement" de la monnaie. En 1295 commence, pour le royaume, la période des grands troubles monétaires dont le Traité des monnaies d'Oresme ( 1 ) indique l'injustice.**

**( 1 ) Oresme ( Nicolas ) : érudit français, né à Caen, et mort à Lisieux le 11 juillet 1382. Doyen de la métropole de Rouen et trésorier de la Sainte-Chapelle, il a été le précepteur du futur roi Charles VI. Charles V le placera en 1377 sur le siège épiscopal de Lisieux.**

**La vie des obligations, du XIII<sup>ème</sup> siècle au XIX<sup>ème</sup> siècle, subit largement l'influence des théories monétaires ( 1 ) et de la politique de l'Etat ( 2 ).**

## **1.- L'influence des théories monétaires**

**Le problème qui se pose, dès le XIII<sup>ème</sup> siècle, est de savoir comment réagit le droit privé au regard des fluctuations monétaires. Sur ce point les avis divergent. Deux courants s'affrontent traditionnellement : le courant métaliste ( a ) et le courant nominaliste ( b ).**

### **a.- Le courant métaliste ( réaliste, ou valeuriste )**

**Les canonistes, qui appartiennent à ce courant, soutiennent, au nom de l'honnêteté, qu'il faut s'en tenir à la valeur réelle de la monnaie ( à la valeur du métal qui la compose ), qui est représentée par des espèces frappées et particularisées : le florin, l'écu, et le louis. Les Bartoldistes, qui les ont rejoint sur cette question, considèrent la monnaie comme un corps physique ( un "corpus physicum" ) qui ne vaut que par sa valeur intrinsèque.**

**L'évaluation du montant d'une dette, dans telle ou telle unité monétaire, disent**

les métallistes, doit être regardée comme une manière commode d'exprimer l'importance de cette dette. Mais cette évaluation n'est jamais absolue. Ce qui importe, surtout, c'est la quantité de métal contenu dans la monnaie que l'on utilise. Les clauses insérées dans les contrats, qui font état d'un certain poids d'or ou d'argent, représentent le meilleur moyen pour se prémunir des effets des dépréciations consécutives à l'affaiblissement du poids et de l'alliage des monnaies.

#### **b.- Le courant nominaliste**

Au XV<sup>ème</sup> siècle, la tendance est de faire prévaloir la valeur nominale de la monnaie ( le "corpus artificiale" ) sur sa valeur réelle. Il s'agit désormais d'une monnaie de compte, imaginaire et officielle : la livre, le sou, et le denier. C'est à cette époque que le Parlement de Languedoc entreprend de fixer les parités des monnaies ( l'équivalence des monnaies entre elles ). Mais cette évolution se heurte à la pratique, car les contrats sont le plus souvent libellés en monnaie réelle ( tant de pièces de tel poids ).

Face à cette situation, les nominalistes adoptent une position radicale : 1° ) Ils n'admettent aucune révision pour cause d'imprévision, lorsque la monnaie servant à l'évaluation de la dette subit une mutation de son rapport aux autres monnaies ; 2° ) Ils regardent défavorablement les clauses contractuelles qui visent à aménager les conséquences d'éventuelles fluctuations monétaires.

## 2.- L'influence de la politique de l'Etat

L'Etat royal, qui entend mener une [politique nominaliste](#), s'accommode mal de la pratique contractuelle : le Roi Henri II, en 1551, ira jusqu'à interdire de stipuler en "espèces d'or et d'argent". Sur cette question, la doctrine soutiendra le roi jusqu'au XVIIIème siècle.

Au XVIIIème siècle, les économistes et les physiocrates, reprenant les idées exprimées par Jean Bodin ( 1530-1596 ) au XVIème siècle, pensent que l'or et l'argent n'ont qu'une valeur de représentation. Ils se souviennent de la banqueroute de Law ( 1720 ), et se montrent généralement hostiles au papier-monnaie : ils conseillent de borner la circulation du papier aux lettres de change.

A la veille de la Révolution, l'économie française présente deux faiblesses importantes : le stock de numéraire est nettement insuffisant et les finances royales doivent faire face à un très fort déficit ( environ 120 millions en 1788, pour des recettes annuelles de 600 millions ). Cette situation désastreuse amènera la Constituante, les 19 et 20 décembre 1789, à émettre des billets, les assignats, pour rembourser la dette et combler le déficit. En avril 1790, l'Assemblée législative donne cours de monnaie à l'assignat et décide qu'il peut être reçu en paiement ; à l'égal des espèces sonnantes et trébuchantes. Pour compléter ce dispositif, un texte législatif du 12 septembre 1790 prévoit la nullité des clauses or : toute somme stipulée payable en espèces peut désormais être

acquittée en assignats.

Le système des assignats, comme chacun sait, a été un véritable fiasco ( inflation, disette, paralysie des services publics ). Les conséquences furent telles que la France se retrouva pratiquement sans monnaie. De sorte qu'après la chute de Robespierre, l'Etat décide d'abandonner le nominalisme au profit du réalisme : les clauses or sont à nouveau permises, on autorise le paiement en monnaie métallique ( Loi du 5 messidor an V, soit le 27 mars 1797 ), et pour finir on établit le "franc de germinal" en fixant le poids en or d'une pièce de 20 francs ( Loi du 7 germinal an XI, soit le 28 mai 1803 ). Le papier monnaie, à partir de l'An XI, sera gagé sur le métal déposé dans les caves de la toute nouvelle Banque de France : c'est elle qui désormais disposera du monopole de l'émission du papier monnaie.

Les rédacteurs du Code civil ont cru, naïvement, que le système mis en place serait définitif : misant sur la stabilité du franc, ils n'ont pris que peu de règles concernant les problèmes monétaires. Sur ce point, ils avaient en partie raison, puisque c'est seulement lors de la Première guerre mondiale que les billets émis par la Banque de France perdront leur convertibilité en or.

L'article 1895 du Code civil prévoit que "l'obligation qui résulte d'un prêt en argent, n'est toujours que la somme numérique énoncée au contrat". Et le même article d'ajouter que le débiteur "ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du paiement". Ces dispositions, qui satisfont pleinement le courant nominaliste, visent au premier chef à écarter la révision des créances. Mais elles n'interdisent cependant pas les clauses de paiement en

**monnaie réelle, pour obvier les conséquences des dévaluations monétaires.**

**Dans cette ligne, les articles 1896 et 1897 précisent que lorsque l'on contracte en lingots ou en denrées, le débiteur doit rendre la "même quantité et qualité, et ne doit rendre que cela".**

**L'avant projet du Code civil prévoyait la possibilité de fixer le montant des obligations en "marcs" ( il s'agit d'une monnaie d'Ancien Régime ). Mais cette disposition sera abandonnée, pour être en contradiction avec l'adoption concomitante du système métrique. On ne retiendra pas davantage les solutions de Pothier, hostiles aux clauses destinées à sauvegarder les intérêts des créanciers.**

**Tout ceci n'a cependant pas empêché les civilistes de se disputer, jusqu'en 1957, sur le point de savoir si l'article 1895 était ou non d'ordre public. Ce qui aurait eu pour effet d'interdire les clauses destinées à éviter les conséquences des dévaluations monétaires. La connaissance de la genèse de cet article conduit à affirmer que les dispositions de ce texte ne sont pas d'ordre public.**

## **B.- La dation en paiement**

**Durant la période de l'ancien droit, les juristes reproduisent plus ou moins les règles romaines : ils considèrent la dation en paiement comme un mode spécial d'extinction des obligations. Il s'agit, comme à Rome, d'une dérogation à la règle**



qui oblige le débiteur à fournir exactement ce qu'il a promis.

Le célèbre juriconsulte Italien François Accorso, dit Accurse ( 1182-1263 ), qui enseigne le droit à Florence au XIIIème siècle, reprend la Nouvelle 4, chapitre 3, de Justinien qui permet au débiteur d'une somme d'argent, lorsqu'il ne dispose pas de liquidités, d'effectuer le paiement en biens fonds contre la volonté du créancier ( la "datio necessaria" ).

La jurisprudence française, qui considère la dation comme une vente et non comme un paiement, exige le consentement du créancier ( la "datio voluntaria" ). Pothier, citant le juriconsulte Paul ( Digeste, 46, 3, 50 ), explique que "le débiteur ne peut pas obliger le créancier à recevoir en paiement autre chose que ce qui lui est dû" ( Cf. Pothier, Traité des Obligations, n° 531 ). C'est également le point de vue des rédacteurs du Code civil, à l'article 1243, qui rejettent la Nouvelle 4, chapitre 3, de Justinien.

Une partie de la doctrine française ( Messieurs Toullier, Duranton et Grenier ), après l'introduction du Code civil, estime que la dation en paiement implique toujours une novation par changement d'objet : le créancier a consenti à remplacer son ancienne créance par une nouvelle ayant un objet différent. Mais cette proposition reste susceptible de critique car, disent d'autres auteurs ( notamment le juriste savoyard Jean-Léopold Cot, dans son Dictionnaire de la législation des Etats sardes, 2e éd., 1841, t. 1, p. 561 ), la dation n'est que le paiement d'une seule et même créance.

## **Section 2.- L'inexécution de l'obligation**

**Nous aborderons la question d'abord en droit romain ( § 1 ), et ensuite dans l'ancien droit français ( § 2 ).**

### **§ 1.- *En droit romain***

**L'inexécution, qui tient soit au fait des contractants soit à un cas de force majeure, peut revêtir différents caractères ( A ). La responsabilité ( B ) qu'elle engendre ouvre la voie à réparation ( C ), quand il y a eu dommage.**

#### **A.- Les caractères de l'inexécution**

**L'inexécution ne présente pas nécessairement le même degré de gravité : elle peut être temporaire ( 1 ), lorsqu'elle résulte d'un simple retard ; elle peut également revêtir un caractère définitif ( 2 ), quand l'exécution s'avère impossible.**

## **1.- L'inexécution temporaire**

**La mise en demeure ( du mot latin mora, signifiant "retard" ) est une situation juridique dans laquelle se trouve le contractant de bonne foi lorsque, par sa faute, il provoque un retard dans l'exécution de l'obligation. Ce qui a pour effet d'interrompre la prescription et d'opérer le transfert des risques. Le débiteur ( a ) comme le créancier ( b ) peuvent se trouver dans cette situation.**

### **a.- La mise en demeure du débiteur ( mora debitoris )**

**A Rome, comme de nos jours, la mise en demeure du débiteur par le créancier doit toujours avoir été précédée d'une dénonciation orale, l'interpellatio, qui est une sommation faite en présence de témoins ( Digeste, 22, 2, 2 ). On retrouve cette règle en droit moderne, à l'article 1139 du Code civil ( en matière commerciale, elle se fait par exploit d'huissier et par lettre recommandée ). Il faut, explique Marcien au livre 4 des Règles, que l'on ait "formé dans un lieu et un temps convenable la demande de ce qui est du" ( Digeste, 22, 1, 32 ). Mais les parties peuvent également décider que l'arrivée du terme mettra le débiteur en demeure. Dès lors la dette ne peut plus être éteinte, ni par prescription ni par cas de force majeure ( Cf. Paul au Digeste, 45, 1, 91, 3 ).**

Il y a cependant des cas où le débiteur est en demeure de plein droit ( *mora ex re* ), sans aucune sommation : le voleur est toujours en demeure, parce que pour lui il ne peut être question de bonne foi ; de même le curateur, qui doit quelque chose au mineur.

A la fin du Haut-Empire, par souci d'équité, les juristes ont cherché à établir un équilibre entre les intérêts du créancier et ceux du débiteur mis en demeure. Si le retard dans l'exécution conduit à la perte de la chose, elle devra être remboursée au créancier à sa plus haute valeur ( *Digeste, 19, 1, 3, 3* ), avec les fruits et intérêts depuis le jour de la mise en demeure. Mais lorsque l'obligation porte sur un corps certain, qui a péri sans faute du débiteur, ce dernier peut s'exonérer en apportant la preuve que la chose aurait également péri entre les mains du créancier, si elle lui avait été livrée sans retard ( *Digeste, 30, 47, 6* & l'art. 1302 du Code civil ).

La mise en demeure cesse de trois manières : d'abord par l'exécution de l'obligation, ensuite par un accord entre les parties, et enfin par la mise en demeure du créancier qui représente, pense-t-on, le cas le moins fréquent.

**b.- La mise en demeure du créancier ( *mora creditoris* )**

Le créancier est "in mora" quand, sans aucun motif, il refuse devant témoins le paiement que lui offre le débiteur au temps et lieu convenus. Marcellus dit au

Digeste que l'on "tient pour payé ce que le créancier a été en demeure de recevoir" ( Digeste, 46, 3, 72, pr. ). Des dommages-intérêts peuvent également être alloués au débiteur, pour couvrir les frais de garde. C'est le point de vue du jurisconsulte romain Sextus Aelius, qui explique que si un acheteur refuse de recevoir l'esclave qui lui a été vendu, on aura soin d'indemniser le vendeur des nourritures qu'il aura fournies ( Digeste, 19, 1, 38, 1 ).

A l'époque classique, pour obvier les inconvénients liés à la conservation de la chose, il arrive que le débiteur l'abandonne : lorsqu'il s'agit de vin, et que l'acheteur ne se présente pas pour le mesurer dans le temps prévu, le vendeur décide parfois de le répandre. Mais à partir du Haut-Empire, pour éviter de telles solutions, le débiteur est invité à faire son possible pour trouver des tonneaux. Il ne pourra verser le vin qu'après en avoir averti son cocontractant ( Digeste, 18, 6, 1, 3 ).

Pour se prémunir de toute responsabilité, le débiteur prend l'habitude, dès le Haut-Empire, de déposer la chose dûe dans un temple ou chez un séquestre ( Digeste, 22, 1, 7 & Code, 8, 43, 9 ). Cette pratique s'apparente plus ou moins à notre actuel versement à la Caisse des dépôts et consignations.

La mise en demeure du créancier se termine avec la mise en demeure du débiteur ( Cf. Papinien au livre 3 des Réponses, in Digeste, 18, 6, 18 ).

## **2.- L'inexécution définitive**

Lorsque l'inexécution présente un caractère définitif, qu'elle soit totale ou bien partielle, le créancier dispose d'une action pour contraindre le débiteur à s'exécuter. Ce dernier pourra être condamné au versement de dommages-intérêts, et on emploiera contre lui les voies d'exécution.

L'inexécution engendre pour le débiteur une responsabilité variable, selon que sa volonté ou un événement extérieur soit en cause. Mais il faut, pour que puisse être engagée la responsabilité contractuelle, qu'ait eu lieu un dommage impliquant réparation.

Les critères de la responsabilité pour inexécution ont mis beaucoup de temps à se dégager : les juristes romains sont passés progressivement de la théorie de la faute à celle du risque. Mais ce n'est qu'au Bas-Empire que ces règles vont être précisées, car à l'époque classique les concepts demeurent empiriques.

## **B.- La responsabilité pour inexécution**

La doctrine moderne fournit deux critères pour apprécier la responsabilité contractuelle : un critère objectif et un critère subjectif. Mais pour commode que soit cette distinction, elle ne concerne pas directement le droit romain. Aussi nous contenterons-nous de différencier l'inexécution résultant d'un événement extérieur ( 1 ) de l'inexécution résultant d'une faute ( 2 ).

## **1.- L'inexécution résultant d'un événement extérieur**

**L'impossibilité d'exécution, qui ne concerne pas les choses de genre, résulte en principe de la destruction d'une chose certaine. Lorsque la perte a été causée par un événement extérieur, il y a cas fortuit ( casus minor ) ou force majeure. Les Romains utilisent le terme "periculum" pour qualifier cette situation.**

**Pour être exempté de responsabilité, le débiteur doit démontrer que l'impossibilité résulte d'un événement irrésistible ( vis major ) ou imprévisible ( damnum fatale ) : foudre, tempête, inondation, incendie, etc. Mais il peut malgré cela être tenu pour responsable, lorsque la destruction fortuite de la chose à été causée par sa faute. Ulpien fournit deux exemples pour illustrer ce principe : celui d'un individu qui emprunte un cheval pour se rendre dans sa maison de campagne, et qui l'utilise pour faire la guerre ; et celui d'une personne qui emprunte un esclave pour travailler, dont elle provoque la mort pour avoir mal assuré l'échafaudage ( Digeste, 13, 6, 5, 7 ).**

**A l'époque classique, les juristes font une distinction : entre la force majeure, qui est une source d'exonération, car même si on l'a prévue on ne peut lui résister ( exemples : un séisme, un naufrage ), et le cas fortuit, qui est imprévisible sans être irrésistible ( exemples : le vol de la chose, la fuite de l'esclave ). Ce qui n'est bien évidemment pas sans conséquences sur la mise en oeuvre de la**

**responsabilité.**

**La force majeure exonère toujours le débiteur quand son obligation porte sur un corps certain. Mais quand l'objet de l'obligation est une chose de genre, qui peut toujours être remplacée, le débiteur doit alors livrer une chose équivalente.**

**Le cas fortuit exonère en principe le débiteur d'un corps certain, sauf quelques situations exceptionnelles où il encourt une responsabilité aggravée. Sont visées par ces exceptions : 1° ) Les personnes qui retirent un avantage exclusif du contrat, à l'exemple de certains commerçants ou artisans qui reçoivent une rémunération ( le dégraisseur, le couturier, le magasinier, le surveillant d'un entrepôt, le maître de navire, l'aubergiste et le maître d'écurie ; Gaius, 3, 205 & 206 ) ; 2° ) Le vendeur qui s'est offert pour garder la chose vendue jusqu'à la livraison ( Institutes, 3, 22, 3, a ) ; 3° ) Le commodataire qui bénéficie du prêt d'une chose à titre gratuit, comme par exemple un meuble ou un animal, parce que l'usage de la chose vaut rémunération ( Cf. Sentences de Paul, 2, 4, 3 ) ; etc.**

**Au cours de l'époque classique, la responsabilité contractuelle s'organisera de plus en plus autour de la notion de faute ( culpa ).**

## **2.- L'inexécution résultant d'une faute**

**En l'absence d'événement extérieur, l'inexécution de l'obligation constitue une faute qui, selon le droit romain, peut être délictuelle ( a ) ou contractuelle ( b ). La**



seconde procède de la première, qui a fait l'objet d'une théorie générale à partir de l'époque classique, sur la base des commentaires de la loi Aquilia.

#### a.- La théorie générale de la faute délictuelle

A la fin de la République de nombreux termes servent à désigner ou à impliquer la volonté du coupable : "dolus" ( dol ), "fraus" ( fraude ) et "culpa" ( faute ) ; mais sans que l'on distingue encore nettement entre dolus et culpa. Alors qu'en revanche ce qui arrive indépendamment de la volonté humaine est toujours noté par les mots "casu" ( cas fortuit ) et "fortuna" ( par hasard ).

A l'époque de l'Empereur Hadrien, au II<sup>ème</sup> siècle de notre ère, la législation pénale tient davantage compte de l'élément psychologique : dans les crimes, rapporte Callistrate, on doit regarder la volonté de l'auteur et non le résultat de son acte ( Digeste, 48, 8, 14 ; Jean-Marie Carbasse, Introduction historique au droit pénal, Puf, 1990, pp. 35-37 ). Hadrien n'hésite pas à affirmer, dans un rescrit, que l'auteur d'un homicide doit être absous s'il a tué sans le vouloir ( Digeste, 48, 8, 1, 3 ).

En matière civile, la culpa revêt un autre sens : elle se rattache à l'idée que l'on est responsable du danger que l'on fait courir à autrui ( Cf. Ourliac et Malafosse, Histoire du droit privé, Puf., t. 1, p. 385 ). Elle est appréciée in abstracto, selon un principe Grec, en comparant l'activité de celui qui a causé le dommage à

**l'attitude qu'aurait eu le bon père de famille. La détermination de la culpabilité est surtout une question d'espèce : les circonstances objectives de l'accident constituent l'unique critère d'appréciation ( Au regard de la loi Aquilia, le bûcheron qui blesse un passant n'est coupable qu'à une seule condition : il doit travailler au bord d'un chemin ; Digeste, 9, 2, 31 ).**

**Pendant la majeure partie de l'époque classique, il n'existe aucun critère précis et général qui permette de délimiter les différents degrés de responsabilité. Ce n'est que durant le Haut-Empire que les juriconsultes font une distinction entre la culpa, qui désigne la négligence, et le dol, qui implique l'intention de nuire. Cette différenciation ouvrira la voie à la responsabilité subjective.**

**Cette théorie générale de la faute délictuelle a donné naissance, durant la période classique, à la théorie de la faute contractuelle.**

#### **b.- La théorie de la faute contractuelle**

**Trois époques se sont succédées dans l'élaboration de la théorie de la faute contractuelle : la fin de la République, la période du Haut-Empire, et enfin la période byzantine.**

#### **La fin de la République**

La culpabilité du débiteur n'est engagée, au début de l'époque classique, que lorsqu'il commet une faute de commission ; c'est-à-dire un fait positif. Le juriste Paul explique, sur ce point, que le débiteur est responsable de la perte de la chose lorsqu'elle résulte de son fait : par exemple lorsqu'il tue l'esclave qu'il devait livrer ( Digeste, 45, 1, 91, pr. ). Mais s'il s'abstient de soigner l'esclave qu'il doit transférer, ou l'empoisonne et le livre encore vivant, il n'est pas responsable car les conditions du contrat sont respectées en la forme ( Digeste, 4, 3, 7, 3 ).

### La période du Haut-Empire

C'est à cette époque que les juristes entreprennent l'élaboration d'une échelle des fautes. Ils utilisent, pour ce faire, le critère de l'utilité ( "l'utilitas" ) : la responsabilité du débiteur correspond toujours à l'intérêt qu'il porte à l'exécution de la convention. Autrement dit, il faut un intérêt au contrat pour ensuite répondre de sa faute ( Modestin in *Mosaïcarum Collatio*, 10, 1, 1 ).

La responsabilité pour dol est la plus légère que puisse encourir un débiteur. Elle est retenue à l'encontre de certains contractants, comme le mandataire ou le dépositaire, qui rendent des services gratuits et n'ont donc pas d'intérêt personnel à l'exécution de la convention.

A l'inverse, le mari débiteur de la dot et le commodataire sont tenus de leur culpa, et non seulement de leur dol, parce qu'ils sont intéressés dans l'affaire. Il doivent avoir un certain soin pour la chose : on peut exiger d'eux une certaine diligence ( diligentia ).

Pour apprécier s'il y a eu culpa, on devra se demander "si un homme soigneux aurait pu éviter l'accident qui s'est produit" ( Cf. Paul au Digeste, 9, 2, 31 ). Selon ce principe, le débiteur commet une faute toutes les fois qu'il a montré dans la garde de la chose détruite ou détériorée une diligence moins grande que celle d'un bon père de famille ( bonus vir ). C'est parce que le pater familias est pris comme type abstrait que notre doctrine moderne appelle cette faute la "culpa in abstracto".

### La période byzantine

Justinien, qui modifie les solutions de l'époque classique, établit deux degrés dans la faute : la "culpa lata" ( faute lourde ) et la "culpa levis" ( faute légère ).

La "culpa lata" : les juristes byzantins voient dans la culpa lata une négligence excessive ( Digeste, 50, 16, 213, 2 ). Cette catégorie est assimilée au dol, dans les opérations de bonne foi, car la preuve de la mauvaise foi est toujours difficile à apporter. Elle vise en principe tous les débiteurs.

Cette négligence est appréciée in abstracto car, disent les juristes byzantins, elle équivaut au "fait de ne pas comprendre ce que tout le monde comprend" : ce que l'individu normal, entendu de manière abstraite, comprend. C'est la faute que ne commettrait pas l'administrateur le plus maladroit : c'est le fait de n'avoir pas pris une précaution que tout le monde aurait jugé nécessaire.

La "culpa levis", que l'on oppose à la culpa lata, correspond à l'ancienne culpa. Elle ne vise que certains débiteurs : le mari, l'associé, le tuteur et le curateur. On distingue la "culpa levis in abstracto", qui représente la responsabilité de droit commun, de la "culpa levis in concreto", qui est une responsabilité aggravée par rapport à la précédente.

La "culpa levis in abstracto" est en principe la faute que ne commettrait pas l'homme diligent, le bon père de famille pris comme type abstrait ( Digeste, 9, 2, 31 ). A défaut d'une telle diligence, il y aura alors "culpa levis in concreto".

La "culpa levis in concreto" est la faute envisagée au point de vue concret, en comparant le débiteur à lui-même. Justinien demande au débiteur d'apporter les mêmes soins, dans la garde de la chose d'autrui, que ceux qu'il apporte à sa propre chose : il doit "montrer la même diligence que pour ses propres affaires" ( Digeste, 23, 3, 17 ). Il est en effet préférable pour le débiteur que sa conduite soit appréciée en fonction de ses propres capacités, plutôt que de celles d'un pater familias abstrait qui, par hypothèse, est un personnage diligent.

### C.- La réparation

**Quand le retard ou le défaut d'exécution de l'obligation engage la responsabilité du débiteur, celui-ci peut faire l'objet d'une sanction judiciaire, à la demande du créancier.**

**Pendant la majeure partie de l'époque classique, le juge ne peut obliger le débiteur à exécuter son obligation car, n'étant qu'un simple particulier, il ne dispose pas de la force publique. Il ne prononce généralement qu'une condamnation pécuniaire, dont l'évaluation est limitée par un maximum ( taxatio ). Mais la situation change à la fin de l'époque classique, avec l'introduction de la procédure extraordinaire.**

**Sous le Haut-Empire, le juge étant devenu un agent de l'Etat, il dispose désormais de moyens suffisants pour faire procéder à l'exécution de l'obligation. Mais la procédure n'aboutit pas toujours, en raison de la répugnance des pouvoirs publics à faire pression sur l'activité de l'individu : Justinien ordonne de l'éviter dans la mesure du possible ( Cf. les Institutes, 4, 6, 32 ). Dans ce cas on aura recours à l'ancien système, qui prévoit la condamnation à des dommages-intérêts : ils sont habituellement fixés par le juge ( 1 ), mais il arrive que les contractants prévoient dans la convention le montant de la réparation ( 2 ).**

## **1.- Les dommages-intérêts judiciaires**

Traditionnellement, le droit romain distingue deux modes d'évaluation des dommages-intérêts : selon que le juge prenne en considération la valeur d'échange de l'objet perdu ou détérioré ( *quanti ea res* : Digeste, 50, 16, 179 ), ou selon qu'il tienne compte de l'ensemble du préjudice résultant de l'inexécution ( *id quod interest* : Digeste, 19, 1, 1 ).

Pour apprécier la valeur d'échange on se place soit au moment de la *litis contestatio*, lorsque l'objet est une chose certaine et bien déterminée ( Digeste, 13, 6, 3, 2 ), soit alors au moment du jugement.

Pour évaluer l'ensemble du préjudice, il faut à la fois tenir compte de la perte effective ( "*damnum emergens*" ) et du manque à gagner ( "*lucrum cessans*" ). Ce calcul délicat, que l'on utilise surtout à l'occasion des contrats de bonne foi, permet d'obtenir une indemnisation plus juste.

Pour le calcul des dommages-intérêts, les juristes romains considèrent qu'il faut à la fois tenir compte : de l'utilité directe qu'aurait procuré l'exécution du contrat, et du dommage qui résulte directement de sa non-exécution ( Digeste, 19, 1, 21, 3 ). Justinien fixe la limite maximale au double de la valeur vénale de la chose ( Code, 7, 47 ). La restitution des fruits, ou le versement d'intérêts, est exigé du débiteur à compter du jour de la mise en demeure ou de la conclusion du contrat ( Digeste, 22, 1, 38, 7 & 22, 1, 35 ).

## **2.- Les dommages-intérêts conventionnels**

**Les parties, pour se prémunir d'une possible défaillance du débiteur, décident parfois, dans une clause pénale ( stipulatio poenae ), du montant de la somme à verser au créancier en cas d'inexécution. Cette mesure préventive est préconisée par Justinien, notamment à propos des obligations de faire ou de ne pas faire, lorsque l'objet du contrat présente des difficultés particulières d'évaluation ( Institutes, 3, 15, 7 ). La convention de dommages-intérêts prend soit la forme d'une stipulation unique ( Exemple : Si tu ne me donnes pas tel esclave, promets-tu de me donner telle somme? ), soit la forme d'une stipulation double ( Exemple : Promets-tu de me donner tel esclave? Si tu ne me le donnes pas, promets-tu de me donner telle somme? ). Le choix entre la première et la seconde formule dépend du but recherché par les parties.**

**Dans la stipulation unique, qui a exclusivement un rôle répressif, seule la poena est dûe : si par exemple l'esclave promis n'est pas donné ( Digeste, 44, 7, 44, 5 ).**

**La stipulation double, qui joue un rôle accessoire de réparation, comprend une stipulation pure et simple ( la stipulation de l'esclave ) et une autre conditionnelle ( la stipulation de peine ). D'où la conséquence logique, qu'en cas d'inexécution fautive, le créancier pourra cumuler la poena prévue par la seconde stipulation et le montant de la condamnation encourue sur la première ; autrement dit, le créancier pourra cumuler à la fois des dommages-intérêts conventionnels, comme conséquence de la seconde stipulation, et des dommages-intérêts**



judiciaires, sur la base de la première stipulation. L'utilité de cette formule est d'éviter au créancier d'avoir à faire la preuve du préjudice devant le juge.

Dans les deux formules, la poena est encourue de plein droit, si la condition ne se réalise pas, que l'inexécution soit totale ou bien partielle ( Digeste, 45, 1, 85, 6 ). Elle s'impose au débiteur dès l'arrivée du terme, sans aucune mise en demeure préalable ( Digeste, 44, 7, 23 ). On ne tient jamais compte de l'existence d'un cas fortuit ( Digeste, 9, 2, 22 ).

## **§ 2.- Dans l'ancien droit français**

Les glossateurs, comme les Romains, admettent le principe de la mise en demeure : ils considèrent, au regard du Code de Justinien ( 8, 38, 12 ), que le débiteur est en demeure par la seule échéance du terme. Ce que rejettent les canonistes, qui préconisent un délai de grâce.

Mais lorsque les sommations ne produisent aucun effet, le créancier peut toujours demander l'exécution forcée ( A ) voire des dommages-intérêts compensatoires ( B ).

### **A.- L'exécution forcée**

**Quand le créancier se trouve dans l'impossibilité d'obtenir ce qui lui est dû, l'exécution conduit parfois à la saisie des biens de l'acquéreur ou à la revendication de la chose vendue. Il en est ainsi lorsque le bailleur ( 1 ) ou le vendeur de meubles ( 2 ) veulent obtenir satisfaction.**

### **1.- Le privilège du bailleur**

**Pour permettre au bailleur de recouvrer les loyers, les juristes ont développé, au XIIIème siècle, l'idée de gage tacite sur les meubles apportés par le locataire ( Cf. Beaumanoir, n°s 1018, 1131 ). Cette idée aboutira vers le XVème siècle à la "saisie gagerie", qui permet au propriétaire, pour sûreté des loyers ou des fermages qui lui sont dûs, d'arrêter les meubles qui garnissent les lieux loués ou les fruits qui se trouvent sur la ferme. On retrouvera ce procédé, dans notre droit moderne, à l'article 2102-1° du Code civil.**

**Dans la saisie gagerie, contrairement à la saisie exécution, les meubles restent entre les mains de leur titulaire. Mais il ne les possède plus qu'en qualité de dépositaire. La saisie, qui doit toujours être faite par le ministère d'un huissier ou d'un sergent, est néanmoins impossible lorsque le locataire est encore dans les lieux. Dans ce dernier cas, on ne peut que saisir les loyers.**

## **2.- Le privilège du vendeur de meubles**

D'après les principes anciens, la tradition de la chose n'est pas translatrice de propriété par elle-même : à Rome, le vendeur de meubles peut revendiquer la chose vendue ; dont il reste propriétaire jusqu'à l'acquittement du prix ( Cf. les Institutes 2, 1, 41 ). Ce principe, qu'admettent au XII<sup>ème</sup> siècle les premiers glossateurs, comme par exemple Azzo ( 1 ), a toujours existé dans notre ancien droit : on le trouve au XIV<sup>ème</sup> siècle dans les "Décisions" de Maître Jean Desmarès ( 2 ), puis à l'article 194 de la Coutume de Paris, dans la rédaction de 1510, et à l'article 176 dans la rédaction de 1580. Cette disposition figure également dans notre droit moderne, à l'article 2102-4<sup>o</sup> du Code civil.

( 1 ) Azzo ou Azo ou Azzolinus ( Portius ) : Jurisconsulte italien, mort en 1200, qui enseigna le droit à Bologne et à Montpellier. On le surnommait le "maître du droit" et la "source des lois". Il était tellement irritable qu'un jour, dans un moment d'ardente discussion, il donna la mort à l'un de ses contradicteurs. En prison, ayant insulté ses juges, il fut condamné et exécuté.

( 2 ) Desmarès ( Jean ) : était avocat général au Parlement de Paris. Il est mort exécuté le 28 février 1382, à l'âge de 70 ans, sur l'ordre du roi Charles VI qu'il avait voulu écarter du pouvoir.

Pour que la revendication soit possible, trois conditions doivent être réunies : il doit s'agir d'une vente sans terme ( a ), la chose vendue ne doit pas avoir changé ( b ), et elle doit être restée en la possession de l'acheteur ( c ).

**a.- Première condition : il doit s'agir d'une vente sans terme**

**Cette condition, qui figure à l'article 2102-4° du Code civil, nous vient directement du droit romain. Elle aurait pour fondement l'idée que le vendeur a refusé de faire crédit à l'acquéreur ( Cf. Pothier, Traité du contrat de vente, n°s 323 et suiv. ).**

**Mais, si après avoir livré la chose le vendeur laisse s'écouler un temps considérable sans en demander le paiement, la propriété sera censée transférée par la tradition : le vendeur cessant d'être propriétaire, il ne peut plus dès lors exercer son droit de revendication. Les glossateurs estiment qu'il perd son droit à revendiquer la chose après un délai de dix jours, parce qu'il a tacitement accordé un terme ( Cf. la glose sur la loi Incivile, au Code de Justinien, 3, 32, 12 ).**

**En France, la règle qui oblige le vendeur à revendiquer la chose dans un court délai, sous peine de déchéance, paraît avoir été admise en 1587 pour concilier deux arrêts : l'un qui avait refusé le droit de suite à un tapissier, dont la marchandise, livrée et non payée, avait été revendue par l'acheteur ; l'autre qui l'avait, au contraire, accordé à des marchands de vin en gros pour une importante quantité de vin d'Orléans que l'acheteur avait revendue à une débitante. On avait remarqué que le tapissier avait attendu longtemps avant de se décider à agir, tandis que les marchands de vin avaient exercé leur**

revendication tout de suite ( Cf. Claude de Ferrière, Commentaire sur la coutume de Paris, éd. de 1770, t. 2, pp. 383-384 ).

Notre Code civil a maintenu la tradition et s'est borné à donner un chiffre précis ( huit jours ) au délai utile de la revendication, que les anciens auteurs laissaient dans le vague. Le point de départ de ce délai est le jour de la livraison.

**b.- Deuxième condition : la chose ne doit pas avoir changé**

Il faut, précise l'article 2102-4° du Code civil, que "les effets se trouvent dans le même état" qu'au moment de la livraison. Cette condition, déjà exigée dans l'ancien droit français, a pour origine une règle romaine qui considère la chose comme périe quand elle a changé de forme.

"Comme si de la laine vendue on avait fait du drap, explique le jurisconsulte français Claude de Ferriere ( 1639-1714 ), ou que le bois fût changé en ouvrage" ( Cf. Claude de Ferrière, Commentaire sur la coutume de Paris, op. cit., art. 176, n° 19 ).

**c.- Troisième condition : la chose doit être restée en la possession de l'acheteur**

Ici le Code civil innove : il supprime le droit de suite, qui jadis appartenait au vendeur. Anciennement, l'action pouvait être intentée par lui contre des tiers, même contre des acquéreurs de bonne foi.

Sur ce point, le texte de la Coutume de Paris de 1580 n'est pas explicite : le vendeur "peut la chose poursuivre, en quelque lieu qu'elle soit transportée".

Mais dans un arrêt du 24 juillet 1587, la 3ème chambre des enquêtes du Parlement de Paris a jugé que si l'acheteur a déjà revendu la chose à un tiers, avant d'avoir payé son prix, le meuble peut toujours être revendiqué contre ce tiers par le premier vendeur.

Au XVIème siècle, le droit de suite en matière mobilière n'a rien d'anormal : la jurisprudence française admet en effet, conformément au droit romain, la revendication des meubles contre quiconque les possède. Et quand au XVIIIème siècle le jurisconsulte François Bourjon généralisera la maxime "En fait de meubles, possession vaut titre" ( Cf. François Bourjon, Droit commun de la France et la coutume de Paris..., t. 2, p. 695 ), on ne l'utilisera pas contre le vendeur non payé, car le bénéfice de revendication représente pour lui la garantie de sa créance ( Cf. Pothier, sous l'article 458 de la Coutume d'Orléans ). Mais en 1804, pour éviter que les juridictions ne soient encombrées par des affaires de moindre importance, les rédacteurs du Code civil retireront le droit de suite au vendeur non payé ( Cf. l'exposé des motifs du titre XX, livre III, par M. Bigot-Préameneu devant le Corps législatif le 8 mars 1804 ). Désormais, il ne peut plus exercer sa revendication que contre les créanciers de l'acheteur et non plus contre les sous-acquéreurs.

## **B.- Les dommages-intérêts compensatoires**

**A partir des décisions des tribunaux, la doctrine a élaboré des théories, qui parfois ont été conservées de nos jours, sur les conditions d'exigibilité ( 1 ) et sur l'évaluation des dommages-intérêts ( 2 ).**

### **1.- Les conditions d'exigibilité des dommages-intérêts : la théorie des trois fautes**

**Les auteurs français, comme les auteurs romains, enseignent que celui qui s'est obligé de donner une chose est tenu de la livrer en temps et lieu convenables au créancier, ou à quelqu'un qui ait pouvoir pour la recevoir à sa place.**

**Lorsqu'il s'agit d'un corps certain, le débiteur doit "apporter un soin convenable à la conservation de la chose" jusqu'à la livraison ( Cf. Pothier, Traité des Obligations, n° 142 ). Si elle vient à périr, à se perdre, ou à être détériorée, il est tenu des dommages-intérêts qui devront couvrir sa faute.**

**Au sujet de la faute, les romanistes depuis Accurse ( 1182-1263 ) ont mis en oeuvre une doctrine - plus tard reprise par Pothier ( Cf. Traité des Obligations, n°**

142 ) - dont ils voient les fondements dans certains textes du digeste

( notamment 13, 6 & 5, 2 ).

Selon cette doctrine - dite des "trois fautes" - le débiteur répond de sa faute lourde, la culpa lata, assimilée au dol, lorsque le contrat a été conclu dans l'intérêt exclusif du créancier ( exemple : le dépositaire doit apporter de la bonne foi à la conservation de la chose, car le contrat de dépôt est fait pour la seule utilité du déposant ) ; il répond de sa faute légère, la culpa levis, lorsque le contrat traduit l'intérêt de toutes les parties ( exemple : le vendeur est tenu d'apporter à la conservation de la chose le soin ordinaire que les personnes prudentes apportent à leurs affaires ) ; et enfin il répond de sa faute très légère, la culpa levissima, s'il est seul intéressé ( exemple : dans le prêt à usage, qui est fait pour la seule utilité du débiteur, ce dernier est obligé d'apporter à la conservation de la chose non seulement un soin ordinaire mais encore tout le soin possible ).

Le débiteur ne répond pas du dommage qui provient du cas fortuit, à moins qu'il ne résulte de son imprudence ( exemple : si le créancier prête un cheval au débiteur pour se rendre dans un certain lieu, et que des voleurs tuent ou volent l'animal, le débiteur n'aura pas à répondre du dommage ; mais si au lieu de suivre la route la plus sûre il prend un chemin de traverse connu pour être infesté de voleurs, il sera dans ce cas tenu pour responsable ).

Cette doctrine, difficile à appliquer dans les faits, sera combattue par Lebrun dès 1754. Elle ne sera pas reprise par le Code civil qui, dans son article 1137-1°, prononce la responsabilité ordinaire du débiteur par comparaison avec la



conduite d'un bon père de famille ( culpa levis in abstracto ) ; sans qu'il soit tenu compte du fait que la convention ait pour objet l'utilité de l'une des parties, ou l'utilité commune.

## **2.- L'évaluation des dommages-intérêts**

Il convient de différencier ici les dommages-intérêts judiciaires ( a ) et les dommages-intérêts conventionnels ( b ).

### **a.- Les dommages-intérêts judiciaires**

Pour la détermination des dommages-intérêts, la jurisprudence a longtemps procédé de façon empirique et appliqué des taux en général modérés. Mais à partir du XVIème siècle, la doctrine s'est mise à discuter sur un texte du Code de Justinien ( 7, 47 ). De ce texte, Dumoulin a tiré la distinction des dommages "prévus" et des dommages "imprévus", qui figure aujourd'hui à l'article 1150 du Code civil. D'après lui, seules doivent être prises en considération les situations que le débiteur était en mesure d'envisager.

Dumoulin cite l'exemple du tonneau destiné à contenir du vin et que l'on a rempli

de bière ou de cidre. Le tonneau ayant cédé sous la fermentation du cidre ou de la bière, on examinera s'il aurait été capable de contenir le liquide prévu ( en l'occurrence du vin ) et dans l'affirmative on accordera au propriétaire du cidre ou de la bière un dédommagement égal à la valeur du vin ; car le dommage, que rien ne laisse prévoir lorsqu'il s'agit du vin, est parfaitement "prévisible" pour le cidre ou la bière, en raison d'un usage anormal du tonneau.

Pothier, reprenant Dumoulin, établit une autre distinction entre les dommages "directs" et les dommages "indirects". Il illustre cette doctrine dans son célèbre exemple de la vache malade qui contamine un troupeau ( Cf. Pothier, Traité des Obligations, n°s 166 & 167 ).

Pothier donne comme exemple le cas d'un marchand qui a vendu sciemment une vache malade ; la contagion a été communiquée aux bœufs de l'acheteur qui est empêché de cultiver ses terres. Le vendeur devra certainement indemniser l'acquéreur du prix des bestiaux morts par l'effet de la contagion ( dommage "direct" ), mais non des dommages résultant du défaut de culture car ils ne sont qu'une suite éloignée et indirecte de son dol ( dommage "indirect" ) : les terres n'étant pas cultivées, l'acheteur s'est trouvé privé de son revenu ; il n'a pas pu payer ses créanciers ; ceux-ci ont saisi ses biens, etc. On peut développer à volonté la série des conséquences. Tous ces événements ne sont pas la suite nécessaire de la vente d'une vache malade ; ils auraient pu être évités ; l'acheteur pouvait louer ses terres ou se procurer d'autres animaux pour faire ses labours.

Le Code civil, à l'article 1151, reproduira intégralement la doctrine de Pothier :

"Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur,

les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention".

#### **b.- Les dommages-intérêts conventionnels**

Les parties peuvent être prévoyantes et convenir à l'avance du montant des dommages-intérêts ( clause pénale ).

A l'époque féodale, on utilise la clause pénale pour tourner la prohibition du prêt à intérêt : la peine prévue pour non paiement des échéances vise en réalité à remplacer les intérêts prohibés. Or la peine s'ajoutant au capital, elle devient de ce fait usuraire. D'ou l'intervention des canonistes, qui veulent interdire les clauses pénales dont eurent à souffrir, dit-on, les étudiants de Bologne et les prélats de la Curie romaine.

Dans la pratique, cependant, les canonistes et les romanistes rapprochèrent la peine ( poena ) de l'intérêt ( interesse ) : la peine sera considérée comme licite lorsqu'elle représente vraiment le dommage subi. Dumoulin et Pothier reprendront cette doctrine, qui donnera l'article 1229 du Code civil ( "La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale" ).

Sous l'empire du Code Napoléon, hors le cas d'exécution partielle ( Cf. l'article 1231 du Code civil ), les tribunaux ne peuvent pas modifier le taux des dommages-intérêts fixés conventionnellement ( Cf. Cour de cassation, Civ., 8 mai 1933 & Requêtes, 26 juin 1933 ). La clause pénale fait loi entre les parties, grâce à son caractère forfaitaire. Il n'y a donc plus lieu de vérifier si cette somme représente exactement la perte subie. Contrairement à ce que préconisait Pothier, qui autorisait le créancier à réclamer un supplément d'indemnité, le juge ne peut pas attribuer une somme moindre ou plus forte ( Cf. l'article 1152 du Code civil ).

### **Section 3.- La préservation des intérêts du créancier contre les agissements du débiteur**

Avec la généralisation de l'exécution sur les biens, au détriment de l'exécution sur la personne, les juristes ont considéré que le patrimoine du débiteur devait garantir son obligation. Ce dernier n'en a été que plus enclin à le dissimuler, en le transformant en argent, voire à le faire disparaître par des actes de disposition à titre gratuit plus ou moins déguisés. Aussi a-t-il fallu protéger les créanciers contre de tels agissements, sans pour autant ignorer le droit du débiteur à la gestion de ses biens.

Face aux agissements frauduleux du débiteur ( § 1 ), qui cherche à organiser son insolvabilité, le droit romain a introduit une action prétorienne qui s'est

conservée en droit français ( art. 1167 du C. civ. ) sous le nom d'"action oblique" ou "paulienne" ( § 2 ). Cette procédure, améliorée par notre droit commercial, offre un exemple remarquable de persistance de la technique juridique.

### **§ 1. La fraude contre les créanciers ( *fraus creditorum* )**

La répression de la fraude contre les créanciers a son point de départ dans l'idée que les biens du débiteur sont le gage commun des créanciers. Elle n'a été réalisée en droit romain qu'à l'époque classique, grâce à différents moyens de procédure utilisés par le prêteur.

A Rome, pour permettre la mise en oeuvre de l'exécution sur les biens, le magistrat prend deux mesures préalables : il envoie les créanciers du débiteur insolvable en possession des biens de celui-ci, et il désigne un administrateur provisoire ( *curator bonorum* ). Après diverses mesures de publicité, on procède ensuite à la vente du patrimoine du failli. Mais durant le laps de temps qui va du jour de l'envoi en possession à celui de la vente, le débiteur dépossédé conserve néanmoins tous ses droits. C'est durant cette phase critique que les intérêts des créanciers se trouvent menacés.

Pour préserver les intérêts des uns et des autres, le magistrat ne peut agir que si certaines conditions se trouvent réunies ( A ). Ce n'est qu'ensuite que peuvent être prises les sanctions ( B ).

## **A.- Les conditions de mise en oeuvre de la répression**

**Elle n'intervient, en droit romain, que si les créanciers subissent un dommage ( 1 ) et si le débiteur commet une fraude ( 2 ).**

### **1.- Les créanciers doivent avoir subi un dommage**

**Le dommage dont nous parlons résulte d'un appauvrissement : il a pour origine une manoeuvre du débiteur visant à provoquer ou à augmenter son insolvabilité, mais en aucune façon un refus de s'enrichir.**

**"Les créanciers, explique Ulpien, ne peuvent pas se plaindre d'avoir été trompés par un débiteur lorsqu'il manque l'occasion d'augmenter son patrimoine, mais seulement lorsqu'il aliène ou divertit son bien à leur préjudice" ( Digeste, 50, 17, 134 ).**

**Ne pas accepter une succession ou un legs ne constitue pas une fraude car cela n'entraîne ni une diminution du patrimoine, ni une augmentation des dettes, mais uniquement un manque à gagner ( Digeste, 42, 8, 6, 2 ). L'héritier ou le légataire n'est pas, comme en droit moderne, saisi ipso jure des biens successoraux par**

le seul effet de l'ouverture de la succession ( art. 724 du C. civ. ). Cette solution est aujourd'hui prohibée, car en renonçant l'héritier s'appauvrit : il abandonne ainsi des biens qui font déjà partie de son patrimoine.

Constituent des actes d'appauvrissement, aussi bien des négligences volontaires qui entraînent prescription, forclusion ou péremption ( Digeste, 42, 8, 3, 1 ) que des actes positifs : donation ( Digeste, 42, 8, 6, 11 ), vente ou achat à un prix désavantageux ( Digeste, 42, 8, 7, 38 & 38, 5, 1, 12 ). En revanche, le remboursement d'un créancier est irrévocable, à condition d'avoir lieu avant l'envoi en possession ( "qui paie ses dettes s'enrichit" ). Les engagements pris par le débiteur sont également valables ( Digeste, 42, 8, 3 ), sauf à pouvoir démontrer l'existence d'une entente frauduleuse.

L'appauvrissement du débiteur est une question de fait qui relève du pouvoir d'appréciation du juge. Le dommage ( eventus damni ) résulte de l'impossibilité pour le débiteur de payer ses dettes ( Digeste, 42, 8, 10, 1 ).

## **2.- Le débiteur doit avoir commis une fraude**

L'existence d'une fraude suppose, de la part du débiteur, la conscience d'être insolvable ( consilium fraudis ) et d'augmenter son insolvabilité. Le consilium fraudis est toujours présumé ( Digeste, 42, 8, 17, 1 ).

Il faut également que le tiers acquéreur soit complice de la fraude ( conscius

fraudis ), c'est-à-dire qu'il connaisse l'insolvabilité du débiteur et sache que l'acte nuit aux créanciers. Lorsqu'il en est conscient ( lorsque par exemple il achète un bien à vil prix ), il peut être poursuivi en justice ( Digeste, 42, 8, 6, 8 ). Mais par souci d'équité, les jurisconsultes - et plus tard les glossateurs - font une différence entre le tiers acquéreur à titre gratuit et le tiers acquéreur à titre onéreux.

S'il s'agit d'une aliénation à titre onéreux, le tiers acquéreur entre en concurrence avec les créanciers fraudés : il cherche tout comme eux à éviter une perte. S'il devait rendre la chose, il subirait un dommage. Aussi ne sera-t-il poursuivi que s'il est complice du débiteur, c'est-à-dire de mauvaise foi.

Au contraire, si le tiers a acquis à titre gratuit, il ne vise dans cette hypothèse qu'à conserver un bénéfice. L'action pourra être intentée contre le donataire, même s'il n'est pas complice du débiteur, même s'il est de bonne foi ( Digeste, 42, 8, 25 ).

On notera cependant que la distinction n'est pas toujours aisée : 1° ) La constitution de dot, par exemple, est un acte à titre gratuit pour le constituant et un acte à titre onéreux pour celui qui la reçoit en contrepartie des charges du ménage ; 2° ) Que fait-on lorsqu'il existe des sous-acquéreurs? Le droit romain place les sous-acquéreurs dans la même situation que leurs auteurs : on distingue selon qu'ils ont acquis à titre gratuit ou à titre onéreux. Mais lorsque la complicité du premier est établie, le sous-acquéreur de bonne foi est également poursuivi ( Digeste, 42, 8, 9 ).



## **B.- Les sanctions mises en oeuvre**

Trois moyens ont été donnés au créancier par le prêteur à l'époque classique : l'"exceptio fraudis" ( 1 ), la "restitutio in integrum" ( 2 ), et enfin l'interdit fraudatoire ( 3 ). Ils disparaîtront à partir de Justinien, pour avoir été intégrés dans l'action Paulienne.

### **1.- L'exceptio fraudis ( exception de fraude )**

Elle permet de s'opposer à la revendication en justice d'un acquéreur frauduleux, ou d'un créancier fictif complice du débiteur. De cette manière, l'administrateur des biens de l'insolvable peut paralyser les actions en justice que les bénéficiaires de l'acte frauduleux pourraient tenter.

### **2.- La restitutio in integrum ( restitution en entier )**

Elle était promise dans l'Edit du prêteur ( § 40 a ) dès le 1er siècle de l'Empire. Il

s'agit d'un moyen de droit particulièrement lourd, ayant un caractère réel, qui permet d'anéantir les conséquences de l'acte frauduleux. Il rescinde "ob fraudem" l'aliénation faite au préjudice des créanciers. On observe deux étapes :

a ) Le prêteur fait une enquête personnelle, et si elle est concluante il prononce la "restitutio in integrum" : il prononce juridiquement la suppression de l'acte frauduleux. On retrouve ce mécanisme dans l'ancien droit français avec le "rescindant", qui permet la rescision d'un contrat pour fraude de la partie adverse ( Cf. Claude-Joseph de Ferriere, Dictionnaire de droit et de pratique..., nouv. éd., Paris 1755, t. 2, pp. 783-784 ).

b ) Ensuite, c'est la seconde phase, les créanciers vont revendiquer les biens perdus : c'est ce que les créanciers obtiennent après la rescision de la vente ou de la donation. Dans l'ancien droit français, on appelait cette étape le "rescisoire" ( Cf. Claude-Joseph de Ferriere, *ibid.*, t. 2, p. 784 ).

### **3.- L'interdit fraudatoire**

Ce moyen de droit complète la "restitutio in integrum". Il est délivré par le prêteur, contre le tiers détenteur d'un bien corporel, pour le contraindre à le rendre. Il vise non pas à obtenir la nullité d'un contrat ou d'une donation, mais à faire rentrer la chose dans le patrimoine du débiteur insolvable, pour que les créanciers lésés puissent se faire payer sur ce bien comme sur les autres : le

**résultat cherché par le magistrat est la révocation plus que la nullité de l'acte passé.**

**L'interdit fraudatoire est normalement intenté par celui qui représente la masse des créanciers : l'administrateur des biens de l'insolvable ( le "curator bonorum" ). Mais chaque créancier peut toutefois en demander délivrance.**

**Ce moyen de droit, qui s'apparente à une action personnelle, est délivré pendant un an à compter de l'envoi en possession. La délivrance est cependant possible au-delà d'une année, contre les héritiers, lorsqu'il y a eu enrichissement ( Digeste, 42, 8, 10 ).**

**Ces différents moyens ( l'exceptio fraudis, la restitutio in integrum et l'interdit fraudatoire ), qui figurent dans un titre du Digeste ( 42, 8 ), vont être regroupés par Justinien dans l'action paulienne.**

## ***§ 2. L'action paulienne***

**L'interdit fraudatoire et la restitutio in integrum étaient des protections insuffisantes : elles ne pouvaient intervenir que lorsque l'appauvrissement résultait d'un acte juridique. Or un débiteur de mauvaise foi dispose de bien d'autres moyens pour réduire le gage de ses créanciers ( paiements, remises de dettes, etc ). C'est en vue de mettre un terme à ces situations, dit-on, qu'un prêteur nommé Paul ( Paulus ), dont nous ne savons rien, aurait créé une action**

en réparation du préjudice causé, dite "paulienne" ( actio pauliana ). Mais il existe une controverse au sujet de l'origine de l'action : certains prétendent en effet qu'elle devrait son nom à une glose du jurisconsulte Paul ; qui fut préfet du prétoire en 222 av. J.-C ( Cf. Collinet, Nouv. Rev. Hist., 1919, p. 187 ; et Marcel Planiol, Traité élémentaire de droit civil, n° 1413 ).

Il faut savoir en effet que dans d'autres textes latins on appelle cette action "in factum" ou "in rem". Il s'agit très probablement d'une appellation nouvelle, qui a dû s'imposer après Justinien : elle désignait semble-t-il une action en revendication, qui ouvrait la seconde phase de la restitutio in integrum ( que dans notre ancien droit on nommait "rescisoire" ). Il s'agissait vraisemblablement d'une action réelle, qui conférait une sorte de droit de suite contre les tiers acquéreurs.

Nous aborderons la question d'abord en droit romain ( A ), et ensuite dans l'ancien droit français ( B ).

#### **A.- L'action paulienne en droit romain**

Nous verrons successivement : les conditions d'exercice de l'action paulienne ( 1 ), et ensuite ses effets ( 2 ).

## **1.- Les conditions d'exercice de l'action paulienne**

**a ) L'action est exercée, après la vente générale des biens du débiteur, quand la somme ainsi obtenue est insuffisante pour désintéresser tous les créanciers.**

**Comme dans l'interdit fraudatoire, elle n'est donnée que pendant une année à dater de la vente.**

**b ) En droit français, l'action paulienne peut être individuellement exercée par chaque créancier, parce qu'il n'y a pas chez nous de procédure collective de liquidation des biens d'un débiteur non commerçant en déconfiture ; mis à part l'Alsace-Lorraine, la faillite civile n'existe pas en France. Il en va différemment en droit romain.**

**Dans le droit de Justinien, l'action paulienne est intentée par l'administrateur des biens de l'insolvable ( le "curator bonorum" ) : une sorte de syndic représentant la masse. Grâce à cette action, il fait rentrer dans le patrimoine les valeurs qui en sont sorties par les actes frauduleux du débiteur.**

**c ) L'action paulienne est donnée non seulement contre le débiteur frauduleux ( defraudator, decoctor ), mais également contre les tiers acquéreurs qui ont profité de l'aliénation frauduleuse. En fait, l'action est rarement intentée contre le débiteur lui-même, car, étant déjà insolvable, sa condamnation ne donnerait aucun résultat.**

**d ) Il faut, pour que l'action paulienne puisse être intentée : 1° ) un**

appauvrissement du débiteur ayant entraîné un dommage au détriment des créanciers ; 2° ) un acte frauduleux du débiteur ( la fraude est présumée lorsqu'il y a eu dation en paiement ) ; 3° ) et enfin la complicité des tiers acquéreurs.

## **2.- Les effets de l'action paulienne**

L'action paulienne est une action "in factum" et arbitraire : elle permet au juge d'arbitrer la restitution, et c'est seulement faute d'exécution qu'il passera à la condamnation. Celle-ci est au simple, comme dans l'action "de dolo". Elle a pour objet la totalité du préjudice, dont le tiers acquéreur devra payer le montant ; quand bien même il n'aurait pas conservé pour lui la totalité du profit.

## **B.- L'action paulienne dans l'ancien droit français**

Après une éclipse à l'époque franque, l'action paulienne continuera d'évoluer à l'époque féodale : les glossateurs et les postglossateurs en préciseront les caractères et le fondement. Le droit coutumier l'utilise, au XIIIème siècle, sous une forme altérée, pour permettre la révocation des donations frauduleuses ( les juristes parlent à son propos d'"action paulienne" ). Au XIVème siècle, des décisions judiciaires attestent son extension aux ventes frauduleuses. Enfin, au

**XVIème siècle, on généralise son emploi en l'étendant à tout acte diminuant le patrimoine du débiteur. Mais les auteurs ne s'entendent pas sur le fondement de l'action.**

**Le grand Cujas ( 1520-1590 ), le chef de file de l'Ecole Historique, qui connaissait parfaitement l'Histoire du droit romain, voyait dans l'action paulienne une action réelle ( impliquant un droit de suite ) ; ce qu'elle était en droit romain. Mais contrairement à d'autres thèses de Cujas, celle-ci n'aura aucun succès. La majorité des jurisconsultes défendent le caractère personnel de l'action.**

**De nombreux auteurs soutiennent que l'action paulienne est une action pénale, mais, là encore, ils ne s'accordent pas sur la nature et sur les effets de l'obligation.**

**Pour les postglossateurs, tel Bartole ( 1314-1357 ), il s'agit d'une obligation née de la loi ; autrement dit d'une obligation légale. La fraude "à la loi", disent les bartolistes, entraîne toujours la nullité de l'acte. Pour d'autres, au contraire, il s'agit d'une fraude "de l'homme" : l'acte frauduleux demeure valable, mais il est inefficace. Les éléments de la fraude sont toujours les mêmes : le dommage ( l'"eventus" ) et l'intention ( le "consilium" ) ; ce dernier élément prendra de plus en plus d'importance à partir du XVIème siècle.**

**L'ancien droit français, nous le voyons, a pris ses distances avec le droit romain. Cette rupture est particulièrement nette dans le domaine des successions, et en ce qui concerne le paiement.**

**En matière de successions, le droit romain permet la renonciation du débiteur :**

on dit non pas qu'il s'est appauvri, mais qu'il a refusé de s'enrichir. Dans les pays de droit écrit on adopte cette solution, tandis que dans les pays de coutume on opte pour la solution inverse ; ce qui revient à dire que dans les pays de coutume on autorise le recours à l'action paulienne, contre le débiteur insolvable, en cas de répudiation d'hérédité. Cette solution ne présente cependant pas que des avantages pour les créanciers, car la succession peut comporter un lourd passif. Elle figure, dans notre droit moderne, à l'article 1167 du Code civil.

En droit romain, le paiement fait par le débiteur jusqu'à l'envoi en possession est inattaquable. Mais en France, dans les pays de coutume comme dans les pays de droit écrit, on adopte une position différente. En cela les juristes français se sont inspirés des solutions adoptées en matière commerciale par certaines villes italiennes : un règlement de la ville de Lyon, homologué par un arrêt du conseil du 7 juillet 1667, fixe la durée de la "période suspecte" ( avant la faillite ) à dix jours ; l'ordonnance sur le commerce du 23 mars 1673 ( titre IX, art. 4 ) consacre le même principe, et une déclaration du 18 novembre 1702 rend commun à tout le royaume le règlement fait pour la ville de Lyon. Ce régime sera ensuite repris dans les articles 443 et suivants du Code de commerce, ainsi que dans la loi sur la faillite du 28 mai 1838. On a voulu éviter de cette façon que le débiteur, présentant la faillite, favorise certains créanciers au détriment des autres.

**Chapitre IV.- Genèse des sûretés sans droit de préférence**



En droit romain, il existe des sûretés qui attribuent au créancier, sur les biens de son débiteur, un droit de préférence par rapport aux autres créanciers : à l'exemple du droit de rétention, qui permet au vendeur non payé de retenir la chose à titre de gage ( Digeste, 19, 1, 13, 8 ; et dans notre Code civil les art. 1612-1613 ) ; ou du privilège de la femme sur les biens de son mari, pour la restitution de la dot, qui fait passer celle-ci avant les créanciers chirographaires ; ou de l'hypothèque, qui confère à son titulaire un droit de préférence à l'égard des autres créanciers ( chirographaires et privilégiés ) et un droit de suite à l'encontre de tous.

Mais à côté de ces sûretés, il en existe d'autres qui n'offrent aucun droit de préférence. Certaines d'entre elles, comme celles que l'on rencontre dans les obligations avec pluralité de sujets ( Section 1 ), ne donnent au créancier qu'un supplément de garantie. D'autres enfin, à l'exemple du cautionnement ( Section 2 ), ont pour but de garantir l'obligation.

### **Section 1.- Les obligations avec pluralité de sujets**

En principe, une obligation ne crée de lien juridique qu'entre un seul créancier et un seul débiteur, de même qu'elle ne comporte qu'un seul objet. Mais en droit romain, à partir de la loi des XII Tables, lorsqu'une obligation se trouve incluse dans une succession, elle se fractionne en autant de rapports juridiques qu'il y a

d'héritiers ( Digeste, 10, 2, 25, 9 ).

Certaines obligations, néanmoins, sont indivisibles : à cause de leur nature ou de la volonté des parties ( § 1 ). Une technique voisine de l'indivisibilité, la solidarité, permet à deux ou plusieurs créanciers ou débiteurs de contracter une obligation pour le tout ( § 2 ). Ces deux techniques, pour être assez proches, s'associent fort bien.

### **§ 1.- L'indivisibilité**

L'intérêt pratique de l'indivisibilité, dans notre droit moderne, apparaît en cas de transmission de l'obligation à cause de mort : lorsque le débiteur laisse plusieurs héritiers, il ne se produit aucun fractionnement de la dette ; l'indivisibilité fait obstacle à ce que chaque héritier ne soit tenu que pour une partie de l'objet. C'est là une conséquence que ne réussit pas à entraîner la solidarité. L'indivisibilité permet, le cas échéant, de renforcer les effets de la solidarité ( Cf. le § suivant ).

Après un rapide aperçu de l'indivisibilité en droit romain ( A ), nous verrons l'indivisibilité dans l'ancien droit français ( B ).

#### **A.- L'indivisibilité en droit romain**

**L'objet de certaines obligations, comme la constitution de servitudes, peut les rendre indivisibles. L'indivisibilité tenant ici à la nature de l'objet, on parle donc à son propos d'"indivisibilité naturelle".**

**Mais dans ce cas de figure, il arrive que la volonté des parties se heurte à la complexité de certaines situations ; en particulier, lorsqu'il y a pluralité de créanciers ou pluralité de débiteurs.**

**Au cas de pluralité de créanciers, chacun d'eux a qualité pour demander au débiteur l'exécution intégrale de l'obligation. Ce dernier est alors en droit d'exiger du demandeur la garantie que les autres créanciers n'agiront pas également contre lui ( Digeste, 16, 3, 1, 36 & 16, 3, 14 ).**

**C'est en cas de pluralité de débiteurs que le créancier va bénéficier d'un avantage : il agira pour le tout contre celui qu'il estime le plus solvable. Mais ce dernier peut exiger du créancier un délai pour mettre en cause ses codébiteurs et, s'ils refusent, exiger du créancier la cession des actions que le créancier avait contre eux ( Digeste, 32, 11, 23 ).**

**B.- L'indivisibilité dans l'ancien droit français**

**La théorie des obligations indivisibles s'est forgée depuis le XVIème siècle une grande réputation d'obscurité. Ces complications seraient dûes en partie à Dumoulin et aux jurisconsultes antérieurs.**

**Comme dans notre droit moderne, les auteurs anciens admettent, à côté de l'indivisibilité naturelle ( 1 ), qui dérive de la nature de l'objet, l'existence d'une indivisibilité conventionnelle ( 2 ), qui a pour origine la volonté des parties ( Cf. Charles Dumoulin, *Extrictio labyrinthi dividui et individui*, 2, n°s 31, 201 ; Pothier, n° 313 ; art. 1221, al. 4 et 5 du Code civil ).**

## **1.- L'indivisibilité naturelle**

**Depuis Dumoulin, on distingue deux variétés d'indivisibilité naturelle, selon que l'objet est indivisible d'une manière absolue ( a ) ou relative ( b ).**

**a ) L'indivisibilité absolue, que Charles Dumoulin appelle "indivisibilité nécessaire" ( *individuitas necessaria* ), se rencontre lorsque l'objet de l'obligation est indivisible sous quelque aspect qu'on l'envisage. Est par exemple indivisible l'obligation de livrer un animal vivant ; ou encore l'obligation de garantie que des vendeurs assument envers un acquéreur. L'indivisibilité absolue figure aujourd'hui à l'article 1217 du Code civil.**

**b ) L'indivisibilité est relative lorsque l'obligation est indivisible, quoique la chose qui en est l'objet soit divisible par sa nature. Le meilleur exemple, celui**

sur lequel ont raisonné Dumoulin et Pothier, est l'obligation de construire une maison. On peut comprendre que le travail soit promis pour parties : un maçon peut s'engager à faire les murs, un charpentier à faire les cloisons et un couvreur à réaliser la toiture. Néanmoins, ce qui a été promis c'est une maison, un tout organique. Et Pothier d'expliquer : "la forme et qualité de maison ne pouvant résulter que de la consommation de l'ouvrage, il s'ensuit que l'obligation ne peut s'accomplir que par la construction de la maison entière" ( Cf. Pothier, Traité des Obligations, n° 292 ). On trouve cette forme d'indivisibilité à l'article 1218 du Code civil.

## **2.- L'indivisibilité conventionnelle**

L'indivisibilité est conventionnelle lorsque l'objet de l'obligation est à tous égards divisible, mais que les parties ont voulu qu'elle fut exécutée comme si elle était indivisible. Cette forme d'indivisibilité, que Dumoulin appelait "accidentalis", correspond à notre actuelle indivisibilité de paiement ( art. 1221 du Code civil ). Elle n'offre d'intérêt que pour le créancier : le contrat lui confère non pas un droit partiel et fragmenté, mais une créance unique, sur l'exécution totale de laquelle il doit pouvoir compter.

Pothier en donnait cette raison pratique "qu'on a intérêt à recevoir tout à la fois une grosse somme avec laquelle on fait ses affaires, plutôt que plusieurs petites sommes en différents temps dont l'emploi est difficile, et qui se dépensent

**imperceptiblement à mesure qu'on les reçoit".**

## **§ 2.- La solidarité**

**Le mot "solidaire" est moderne ; son véritable usage ne paraît pas remonter au delà du XVIIIème siècle ( il apparaît en 1765 dans l'Encyclopédie, et l'Académie ne l'a admis qu'en 1798 ). Il vient du latin solidum, qui exprime l'idée de totalité, chose entière, non partagée.**

**Une discrimination doit d'emblée être faite, au regard du droit romain, entre la solidarité parfaite, qui a une origine contractuelle ( A ), et la solidarité imparfaite, dont le domaine d'élection est le droit pénal ( B ).**

**La solidarité parfaite ( ou "corréalité" ), de l'avis des romanistes, se caractérise par l'existence d'un seul lien juridique obligatoire ; alors que dans la solidarité imparfaite ( obligations "in solidum" ) il y aurait, au contraire, autant de liens juridiques que de codébiteurs.**

**Mais à partir du XVIème siècle, cette distinction va peu à peu être abandonnée. Négligeant toute différence entre obligation corréale et obligation "in solidum", les juristes des XVIIème et XVIIIème siècles consacreront l'unité de la théorie de la "solidité" ( l'expression "solidarité" n'entrera dans la langue juridique qu'au XIXème siècle ).**

## **A.- L'origine contractuelle de la solidarité parfaite ( corréalité )**

**Notre solidarité moderne dérive principalement d'une institution romaine qui n'avait pas reçu de nom particulier dans l'antiquité et que les commentateurs ont pris l'habitude d'appeler la "corréalité". Techniquement, la solidarité est très voisine de l'indivisibilité conventionnelle.**

**La solidarité est apparue à Rome dans la stipulation. Elle a d'abord été utilisée pour tourner le principe de l'intransmissibilité passive des obligations verbales ( issues d'un contrat de verbis ), et ensuite, après l'abandon de ce principe, pour renforcer les garanties du créancier. Cette technique n'existe, en effet, que dans l'intérêt exclusif de ce dernier : pour faciliter l'extinction des dettes.**

**Après une rapide présentation des deux formes d'obligations corréales ( 1 ), nous nous intéresserons aux rapports du créancier avec les débiteurs dans la corréalité passive ( 2 ) ; qui continue d'occuper une place importante dans notre droit moderne.**

### **1.- Les deux formes d'obligations corréales**

**Il y a solidarité active ( corréalité active, "duo rei stipulandi" ) lorsque l'un quelconque des créanciers d'un même débiteur peut exiger de ce dernier le paiement de la totalité de la dette, sans avoir reçu mandat des autres. Il y a solidarité passive ( "corréalité passive" ) lorsque le créancier peut exiger de l'un quelconque de ses débiteurs le paiement de la totalité de sa créance.**

**La solidarité établit, comme on le voit, une espèce de mandat, soit entre les créanciers, soit entre les débiteurs, de manière que chacun d'eux ait le pouvoir d'agir utilement au nom et pour le compte des autres, et de les représenter entièrement. Ainsi, le paiement fait par l'un des débiteurs solidaires profite à tous les autres, et le paiement reçu par l'un des créanciers solidaires est censé reçu pour tous.**

**Dans la corréalité active ( un débiteur et plusieurs créanciers ), chaque créancier a qualité pour recevoir paiement, agir en exécution ou faire remise de dette pour le montant total de la créance. Cette forme de solidarité fera place, durant l'époque classique, au mandat et à la représentation en justice. On la rencontre encore aujourd'hui dans le domaine bancaire, avec la pratique des comptes joints, qui permet à chacun des déposants de retirer l'intégralité des sommes déposées, ainsi qu'en droit commercial. Dans les autres secteurs, cette technique est à peu près sans intérêt.**

**Ce qui caractérise avant tout la corréalité passive ( un créancier et plusieurs débiteurs ), que prisaient les romains, c'est l'égalité régnant entre les codébiteurs : chaque codébiteur peut être actionné en paiement de la totalité de la dette. Tous les codébiteurs sont obligés à la même chose, car il existe une**



unité d'objet. La dette, cependant, doit être réglée en une seule fois : si l'un des débiteurs exécute l'obligation, les autres seront libérés à l'égard du créancier. Cette technique, prévue à l'article 1202 du Code civil, est encore très usitée de nos jours car elle est féconde en applications et en intérêts divers ( contrats commerciaux, emprunts, mandats, concubinage, etc ).

## **2.- Les rapports du créancier avec les débiteurs dans la corréalité passive**

Les rapports entre créancier et débiteurs nous conduisent à nous interroger : d'une part sur la répartition de la charge entre tous les débiteurs ( a ), et d'autre part sur les conséquences d'une inexécution totale ou partielle ( b ).

### **a.- La répartition de la charge entre tous les débiteurs**

En raison de l'unité d'objet, l'extinction de la dette profite à tous les codébiteurs : il s'agit-là d'une conséquence du paiement ( Digeste, 45, 2, 3, 1 ). Seulement, l'obligation éteinte, il reste à régler le problème de la contribution ; c'est-à-dire de la répartition de la charge entre tous les débiteurs.

Il faut distinguer deux périodes : 1° ) Avant Justinien, le débiteur qui avait

acquitté la dette n'avait de recours contre ses codébiteurs que s'il existait entre eux un lien juridique. Si les codébiteurs étaient liés par un contrat de société ou par un mandat, le règlement de compte s'effectuait par l'action de société ou par l'action "mandati". A défaut, celui qui avait payé était considéré comme ayant géré les affaires des autres ; 2° ) A partir de Justinien, le débiteur qui a payé peut obtenir du créancier la cession de ses actions, qu'au besoin il utilisera contre ses codébiteurs.

#### **b.- Les conséquences d'une inexécution totale ou partielle**

A la différence de notre droit moderne, les juristes romains ignorent le principe de la représentation réciproque des codébiteurs, qui permet à l'un d'eux ( le représentant ) d'agir au nom et pour le compte des autres ( les représentés ) ; de cette manière, les effets de l'acte passé par le représentant se produisent directement sur la tête des représentés. Aussi, à défaut de règle générale, le droit romain a-t-il fourni des solutions ponctuelles, pour marquer la responsabilité des codébiteurs, au regard du créancier, en cas d'inexécution.

La perte de la chose dûe, lorsqu'elle intervient après la mise en demeure, libère tous les codébiteurs à l'exception de celui qui a été mis en demeure ( Digeste, 22, 1, 32, 4 ) : ils ne seront pas tenus des dommages-intérêts. Mais en revanche, ils ne sont point déchargés de l'obligation de payer le prix de la chose ( Digeste, 45, 2, 18 ). On retrouve ce principe à l'article 1205 du Code civil.

**Une constitution de Justinien de 531 prévoit la possibilité pour le créancier de renouveler les poursuites contre les débiteurs solidaires tant que la dette n'a pas été payée intégralement ( Code de Justinien, 8, 40, 28 ). Désormais, le créancier a une faculté de division à l'égard des autres codébiteurs : il peut réclamer à chacun , successivement, la part de sa dette. Ce principe figure à l'article 1210 du Code civil.**

#### **B.- L'origine délictuelle de la solidarité imparfaite ( obligations in solidum )**

**Ainsi que nous l'avons déjà dit, la solidarité imparfaite se caractérise par le fait qu'il existe autant de liens juridiques que de codébiteurs. Alors que dans la solidarité parfaite ( corréalité ) il n'y a qu'un seul lien juridique obligatoire.**

**Le domaine d'élection des obligations in solidum est le droit pénal. Le préjudice causé au créancier engendre une responsabilité collective des coauteurs du délit : la règle est que l'action est donnée pour le tout, in solidum, successivement et cumulativement contre chacun des coauteurs ou complices, jusqu'à réparation intégrale du préjudice ( Code de Justinien, 4, 8, 1 ). La victime n'a pas à choisir entre les délinquants : elle peut les actionner les uns après les autres.**

**Dans l'hypothèse du vol, l'action ( condictio furtiva ) peut être délivrée pour le tout, in solidum, contre l'un quelconque des voleurs, mais elle ne sera donnée**

**contre le second voleur que si le premier n'a pas entièrement dédommagé la victime. La dette sera éteinte par le paiement ( intégral ), parce que ce paiement a fait disparaître l'appauvrissement injuste du volé. Il y a donc bien solidarité : si le volé n'a pas reçu entière satisfaction du premier voleur, il pourra toujours agir contre le suivant.**

**La dualité des solidarités délictuelle et contractuelle disparaîtra en 531, lorsqu'une constitution de Justinien - abolissant l'effet extinctif de la litis contestatio - autorisera le créancier corréal à renouveler les poursuites contre chacun des codébiteurs tant que la dette n'a pas été payée intégralement ( Code de Justinien, 8, 40, 28 ). Le créancier corréal, comme dans l'obligation in solidum, peut désormais solliciter chaque codébiteur pour obtenir le paiement.**

## **Section 2.- Un exemple de sûreté personnelle : le cautionnement**

**En étudiant la solidarité, nous nous sommes trouvés en présence d'obligations avec pluralité de sujets dans lesquelles tous les sujets, placés sur le même plan, sont tous créanciers ou débiteurs principaux. Nous allons maintenant examiner le cas où une obligation accessoire vient s'ajouter à une obligation principale.**

**Une sûreté personnelle est une garantie qui résulte de l'engagement d'une autre personne au côté du débiteur. Dans le cautionnement moderne, il s'agit de l'engagement pris envers le créancier par un tiers, qui porte le nom de caution,**

d'accomplir l'obligation si le débiteur n'y satisfait pas lui-même ( art. 2011 du Code civil ).

Le cautionnement est une opération usuelle dans les sociétés anciennes pour une double raison : d'une part, beaucoup de débiteurs ne peuvent offrir, faute de biens, une sûreté réelle à leurs créanciers ; d'autre part, l'organisation familiale et sociale est telle que le débiteur trouve assez facilement des cautions parmi ses proches ou ses protégés.

Après une longue évolution en droit romain ( § 1 ), le cautionnement est parvenu jusqu'à nous grâce à l'action des romanistes et à l'intérêt que lui ont porté les rédacteurs du Code civil ( § 2 ).

### **§ 1.- *Le cautionnement en droit romain***

Le cautionnement aurait, dit-on, une origine délictuelle : il serait apparu à Rome pour assurer le paiement des amendes publiques ou privées, et pour garantir la comparution du défendeur au procès. Ainsi s'expliquerait que le cautionnement ancien paraît porter sur des sommes d'argent.

Dans le droit romain antérieur à Justinien le cautionnement ( *adstipulatio* ) était toujours verbal ( A ). Dans le droit de Justinien intervient une réglementation nouvelle qui tend à l'unification et à l'amélioration du système ( B ).

## **A.- Le cautionnement avant Justinien ( l'adstipulatio )**

**A Rome, les origines du cautionnement se confondent avec celles du contrat.**

**Elles sont vraisemblablement antérieures à la loi des XII Tables. Depuis la fin de la période de l'ancien droit romain, le cautionnement des dettes se réalise toujours par contrat verbal : il y a tout d'abord la "sponsio", qui est un engagement destiné aux citoyens romains, et enfin la "fidepromissio", qui nécessite un serment, auquel peuvent recourir les pérégrins ( les étrangers, les personnes libres ne jouissant pas du droit de cité et du droit latin à Rome ).**

**Au début de l'époque classique, l'exécution sur la personne ayant théoriquement disparu en matière contractuelle ( depuis la loi Poetilia Papiria, en 326 av. J.-C. ), le cautionnement favorise l'endettement d'une grande partie de la population ( 1 ). Mais à la fin de la République, il tombe dans l'oubli car il ne répond plus aux besoins de la société romaine. Pour combler cette lacune, les Romains mettent en oeuvre un nouveau cautionnement : la "fidejussio" ( 2 ).**

### **1.- Le cautionnement facilite le développement du crédit**

**Au début de la période classique, le développement du crédit va inciter le**

**législateur romain à intervenir pour protéger les cautions qui, de plus en plus souvent, doivent garantir leurs parents et amis ; ce qui a pour effet de les placer souvent dans une situation délicate. Pour cette raison, le législateur promulgue une série de lois, afin d'assainir la situation.**

**L'une d'elles, la loi Publilia, donne à la caution les moyens de poursuivre efficacement et rapidement les débiteurs pour lesquels ils ont payé ( ils ont pour ce faire un délai de six mois ).**

**Une autre, la loi Appuleia, permet au garant qui a payé de se retourner éventuellement contre les autres cautions pour exiger de chacune sa contribution.**

**Une autre enfin, la loi Furia, prévoit la péremption ( l'anéantissement ) du cautionnement après un délai de deux ans, à compter du jour ou il a été contracté ou du jour de l'échéance de la dette.**

**Mais ces mesures n'offrent pas que des avantages : les cautions étant trop bien protégées, assez souvent au détriment des créanciers - la loi Furia en fournit un bel exemple -, ces derniers ne voudront bientôt plus se contenter de leur engagement ; d'où l'abandon de l'ancien cautionnement ( l'adpromissio ).**

## **2.- La mise en oeuvre de la fidejussio**

Tirant les enseignements du discrédit dans lequel était tombé l'ancien cautionnement, les Romains créent un nouveau cautionnement par contrat verbal : la fidejussio. Cette nouvelle technique, qui renforce la responsabilité de la caution, garantit efficacement l'exécution par le débiteur principal.

Mais la responsabilité de la caution n'est cependant pas illimitée, car le législateur veut éviter les cautionnements inconsidérés ; en particulier ceux que font les hommes politiques, pour satisfaire leur clientèle populaire, en se portant volontiers caution pour leurs électeurs ( Cf. G. Lepointe & R. Monier, Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français, Librairie du recueil Sirey, 1954, p. 109-110 ).

La fidejussio permet de cautionner une dette qu'on ne pourrait contracter comme débiteur principal, mais interdit, comme aujourd'hui, de garantir une somme supérieure que celle promise au principal ( Gaius , 3, 12 ; Digeste, 46, 1, 8, 7 ). La loi Cornelia, au I<sup>er</sup> siècle avant J.-C., interdit tout cautionnement de dette pécuniaire pour une somme supérieure à 20.000 sesterces.

La fidejussio autorise le bénéfice de discussion : la caution peut inciter le créancier - qui reste libre d'agir à sa guise - de discuter ( du latin discutere, signifiant "secouer" ) le débiteur principal pour saisir et vendre ses biens. On retrouve cette règle à l'article 2021 du Code civil. Mais si le créancier accepte, et qu'ensuite il oublie d'agir, par dol, faute ou négligence, la caution sera alors libérée ( Digeste, 46, 1, 41 ).

Cependant, les règles de procédure interdisant de poursuivre successivement débiteur et caution ( effet extinctif de la litis contestatio ), le créancier doit



obtenir de la caution certaines garanties pour pouvoir poursuivre sans risque le débiteur principal. A cette fin, la caution lui donnant mandat de discuter le débiteur, il peut ensuite se retourner contre cette dernière, grâce à l'action mandati contraria, en cas d'insolvabilité du débiteur.

Dès le début de l'Empire, dans le prêt d'argent, fidejussio et mandat coexistent : la caution donne mandat au créancier de faire crédit au débiteur. La technique du mandat de crédit, qui s'apparente dans une large mesure aux ouvertures de crédit faites par les banquiers, offre l'avantage de remédier à l'insolvabilité du débiteur. On trouve cette technique à l'article 2037 du Code civil.

La fidejussio autorise enfin le bénéfice de division : en cas de pluralité de cautions, l'empereur Hadrien, comme dans notre droit moderne, autorise la division de la dette entre les cautions solvables lors des poursuites ( Institutes, 3, 20, 4 ).

## **B.- Le cautionnement à partir de Justinien**

Sous Justinien, les réformes les plus importantes touchent la fidejussio. Elles visent essentiellement à étendre les règles du mandat de crédit. Car, désormais, fidejussio et mandat de crédit se trouvent pratiquement confondus.

1.- Justinien, par une constitution de 531, a supprimé l'effet extinctif de la litis

contestatio dans la fidejussio. Le créancier peut désormais poursuivre successivement débiteur principal et caution jusqu'à paiement intégral ( Code, 8, 40, 28, 3 ).

2.- Le bénéfice de division va être étendu ( Code, 4, 18, 3 & Nouvelle 99 ) : il ne s'agit plus désormais d'une technique conventionnelle, mais d'une technique légale et d'ordre public.

3.- Justinien perfectionne la technique du délai de grâce : un délai de quatre mois existait avant Justinien, au profit du débiteur principal, afin de retarder l'exécution de la condamnation qui le frappait. Mais il arrivait qu'en pratique, immédiatement après la condamnation, le créancier agisse contre la caution pour obtenir le paiement ; d'où la réaction de la caution, qui se retournait aussitôt contre le débiteur principal, sans attendre l'expiration du délai. Aussi est-ce pour assurer au débiteur principal le bénéfice intégral de ce délai de quatre mois que, par une constitution de 531, Justinien l'a étendu aux cautions ( Code, 7, 54, 3 ).

## **§ 2.- Le cautionnement dans l'ancien droit français**

A l'époque franque, on observe une régression : l'esclavage pour dettes est alors fréquent. Débiteurs et cautions sont le plus souvent unis par des liens de famille, de parenté ou de vasselage. Leur solidarité est autant morale que pécuniaire. La

caution, qui use de la fides pour s'obliger, dispose d'un recours pour se saisir des biens du débiteur principal. Son obligation est personnelle et s'éteint par sa mort.

Au début de l'époque féodale, le système franc perdure : la plègerie ou plévine, au Nord, et la fermansa au Sud. Il va être maintenu jusqu'au XIV<sup>ème</sup> siècle, car, dès lors, on fait de nouveau appel aux règles romaines.

La caution, comme dans l'article 2011 du Code civil, est considérée comme un débiteur accessoire. Elle ne peut être tenue davantage que le débiteur principal : l'engagement de la caution est réduit à la mesure de la dette principale. Ce principe, qui figure encore aux articles 2012-2014 et 2036 du Code civil, nous a été transmis par le droit canonique qui cherche à protéger la caution. Pour éviter que celle-ci ne tombe dans la misère, une décrétale du pape Alexandre III ( 3, 22, 5 ) établit à son profit une prescription abrégée de dix ans.

Le bénéfice de discussion, calqué sur le bénéfice romain, réapparaît au XIII<sup>ème</sup> siècle. Il figure dans les Etablissements de Saint Louis de 1270 ( 1, 122 ) ainsi que dans la jurisprudence du Parlement de Paris. On le rencontre notamment dans un arrêt de 1261 ( Cf. Olim, 1, 250 ), qui impose au créancier de faire vendre les terres du débiteur avant celles de la caution. Mais sous l'influence de Dumoulin, la jurisprudence du XVI<sup>ème</sup> siècle impose que la caution fasse état des biens à discuter et avance les frais de la procédure.

Le bénéfice de division, qui autorise la division de la dette entre les cautions solvables lors des poursuites, rencontre davantage de difficultés que le bénéfice de discussion. Les premiers glossateurs, qui sont favorables aux débiteurs,

recommandent de prévoir le bénéfice dans les actes. Mais les notaires, et dans une moindre mesure la jurisprudence, pour préserver l'intérêt des créanciers, admettent la renonciation au bénéfice de division. On admettra dès lors le principe de la "caution solidaire", qui figure aujourd'hui à l'article 2021 du Code civil.

Ce système, qui a survécu aux aléas de l'Histoire, figure, aujourd'hui encore, dans notre Code civil.

## **Chapitre V.- Genèse des sûretés par droit de préférence**

Il existe des techniques qui permettent au créancier de bénéficier, sur les biens de son débiteur, d'un droit de préférence par rapport aux autres créanciers.

Certaines, comme la fiducie, le gage ou l'hypothèque, ont été créées à cette fin.

Elles appartiennent à la catégorie des sûretés réelles ( Section 2 ). D'autres, comme le droit de rétention ou les privilèges, produisent cet effet de manière indirecte. Elles correspondent à la catégorie des situations légales privilégiées ( Section 1 ).

### **Section 1.- Les situations légales privilégiées**

**Nous verrons d'abord le droit de rétention ( § 1 ), qui résulte de la détention de la chose, et ensuite les privilèges ( § 2 ), qui sont accordés soit au regard de la personne du créancier soit en raison de l'origine de la créance.**

### **§ 1.- *Le droit de rétention***

**Le droit de rétention, que l'on rencontre d'abord dans la vente, est un droit essentiellement négatif dans ses effets. Il représente un moyen de pression très efficace, qui aboutit parfois à une sorte de chantage.**

**Dans la vente, le vendeur non payé retient la chose à titre de gage. Ce principe, que l'on trouve au Digeste ( 19, 1, 13, 8 ), figure également aux articles 1612-1613 du Code civil. Et en sens inverse, en cas de résolution de la vente pour vice caché, l'acheteur retiendra le bien jusqu'à ce que le vendeur lui rende le prix et l'indemnise des dommages causés par la chose ( Digeste, 21, 1, 29, 3 & 30, 1 ).**

**Ce droit appartient également au dépositaire ( Code, 4, 34, 11 & art. 1948 du Code civil ) et au commodataire ( Digeste, 47, 2, 60 & art. 1890 du Code civil ), pour les créances nées du contrat. Mais également au capitaine de navire, sur les marchandises transportées ( Lex Rhodia de jactu ).**

**Le droit de rétention est sanctionné par l'exception de dol. En droit romain, comme en droit moderne, la perte matérielle de la chose fait disparaître le droit**

de rétention.

## **§ 2.- Les privilèges**

**1.- En droit romain, cette sûreté par droit de préférence est d'abord accordée à raison de l'intérêt que mérite la personne du créancier. Un tel privilège appartient aux incapables, aux impubères, aux fous et aux prodigues, sur les biens de leur tuteur ou curateur, à raison de leur gestion. La femme bénéficie du même avantage sur les biens de son mari, en garantie de la restitution de sa dot. Enfin, le fisc dispose d'un semblable privilège sur le patrimoine de leur débiteur.**

**2.- Le privilège a parfois pour origine l'enrichissement ( l'in rem versum ) du débiteur : lorsque le créancier a fait entrer une valeur dans son patrimoine, il dispose d'un droit de préférence sur cette valeur. Il s'agit notamment du privilège sur le bien qui a été réparé, reconstruit, ou sur le navire qui a été équipé. Mais à Rome, à l'inverse de ce que prévoit notre droit moderne, le créancier privilégié passe toujours après les créanciers hypothécaires.**

## **Section 2.- Les sûretés réelles**

Les sûretés réelles sont consenties par les débiteurs sur leurs biens. On les oppose aux sûretés personnelles, qui prennent la forme d'un droit de créance supplémentaire ; attribué par un débiteur solidaire ou par une caution, sans droit de préférence. Les sûretés réelles présentent plusieurs avantages : 1° ) Elles offrent une garantie, sans avoir à se séparer des biens concernés ; 2° ) Elles confèrent au créancier un droit de préférence qui le protège des autres créanciers ; 3° ) Elles font bénéficier le créancier d'un droit de suite à l'encontre de tous.

Le gage et l'hypothèque, tels qu'on les connaît aujourd'hui, sont le produit d'une longue évolution. Tout d'abord, nous étudierons le passage de la fiducie au gage avec dépossession ( § 1 ), et ensuite le développement de l'hypothèque, qui représente un gage sans dépossession ( § 2 ).

### **§ 1.- De la fiducie au pignus ( gage avec dépossession )**

A Rome, il existe le pacte de fiducie ( *fiducia cum creditore* ), qui représente la forme de gage la plus ancienne. Ce type d'acte, passé avec un créancier, lui donne une garantie extrêmement forte ; car il conduit à un transfert de propriété.

A l'échéance, si le créancier n'est pas payé, il gardera le bien. Dans l'hypothèse inverse, il sera tenu de restituer l'objet. Il s'agit d'une sorte de vente à réméré ( vente avec faculté de rachat ).

Ce procédé s'avère particulièrement désavantageux pour le débiteur : d'une part il se trouve privé de l'usage du bien, et d'autre part il risque de se heurter à son insolvabilité. La décadence de la fiducie, dès le Bas-Empire, est surtout fonction de la désuétude des modes formalistes de transfert de la propriété. Elle disparaît au profit du "pignus", qui représente un gage avec dépossession.

Le pignus, à la différence de la fiducie, n'accorde au créancier que la possession de la chose ; sans toutefois lui donner ni la jouissance ni le droit de disposer de celle-ci ( il commettrait alors un "furtum usus" ). Mais des clauses vont néanmoins être insérées dans le contrat de gage, pour favoriser le créancier ; comme par exemple : 1° ) La clause d'antichrèse, qui lui permet de profiter des fruits de la chose, en échange des intérêts de la dette ( art. 2085 du Code civil ) ; 2° ) Le pacte de vente qui, à défaut de paiement, permet au créancier de faire procéder à la vente du bien gagé afin de pouvoir se payer sur le prix ( art. 2078 du Code civil ).

A l'époque franque, le contrat de gage continue d'exister. Il porte le plus souvent sur un immeuble, pour garantir le paiement d'une amende. On le désigne sous le nom de "Wadium" ( dans le Midi "poderagium" et "nantum" : d'où nantissement ). Le Wadium confère une propriété temporaire qui permet au créancier de retenir le bien, d'en user et d'en percevoir les fruits. Mais si le débiteur paye sa dette, le bien engagé lui fait retour. Dans le cas contraire le créancier devient définitivement propriétaire. De sorte que, là encore, l'opération est conçue comme une vente à réméré.

A l'époque féodale, on observe une certaine évolution.



Tout d'abord, l'engagiste ( le créancier ) n'est plus propriétaire. Il peut le devenir, mais uniquement par prescription.

Enfin, l'Eglise condamnant toute forme de prêt à intérêts, elle interdit la clause romaine d'antichrèse ( décrétales de 1164 et 1179 ). Seul est autorisé le "vif gage", dans lequel les revenus du bien gagé viennent en déduction de la dette. Le "mort gage", qui confère au créancier la totalité des revenus, en sus de la dette, est désormais interdit : les fruits perçus étant considérés comme usuraires.

Entre le XIIIème et le XVIème siècle on assiste à un retour des principes romains : la remise de la chose est nécessaire mais le créancier, désormais, ne pourra plus se servir du gage. Puis, au XVIIème siècle, va être imposé la rédaction d'un écrit ( ordonnances de 1629 et 1667 ). L'ordonnance du commerce de 1673 imposera l'acte notarié pour opposer le gage aux tiers.

## ***§ 2.- Le développement de l'hypothèque ( gage sans dépossession )***

Aujourd'hui, l'hypothèque est un droit réel accessoire sur la chose d'autrui qui confère à son titulaire un droit de préférence et un droit de suite. Mais pour bien saisir l'évolution de l'institution, il convient d'opérer une distinction entre la période romaine ( A ) et la période de l'ancien droit français ( B ).

## **A.- En droit romain**

**Le mot hypothèque est d'origine grecque. Mais l'institution romaine n'a rien à voir avec le droit grec. A Rome, le mot pignus était employé sans jamais distinguer le gage avec ou sans dépossession. Mais pour plus de précision, on parlait assez souvent de "pignus hypothecare".**

**L'origine du gage sans dépossession se situe sans doute, en droit romain, dans les contrats agricoles : l'agriculteur, en garantie du paiement de ses loyers, oblige, au profit du bailleur, son cheptel et ses instruments aratoires. Il s'agit d'une sorte de droit de rétention, qu'exerce le propriétaire, sur "les choses amenées et apportées sur le fonds" ( sur les "invecta et illata" ) ; sans dépossession car, les biens étant situés sur la terre du bailleur, l'opération comporte un minimum de risques.**

**Mais à la fin de la République, le prêteur fait évoluer l'institution : il sanctionne ces pratiques au moyen d'une procédure spéciale, l'"interdit Salvien", qui autorise le créancier à entrer en possession de l'outillage en cas de non paiement à l'échéance. C'est cette technique qui va permettre, au début de l'Empire, le passage de l'idée de gage à celle d'hypothèque ; grâce à l'action prétorienne Servienne, qui confère au propriétaire un droit réel sur les invecta et illata. Elle donne à celui-ci un droit de suite contre toute personne qui détient le cheptel ou les instruments gagés, lorsqu'ils ne sont plus sur sa terre. Puis, avec**

le temps, le domaine d'application de ces mesures sera étendu à toutes choses pouvant faire l'objet d'une vente ( action quasi Servienne ). L'hypothèque était née.

L'hypothèque confère au créancier un droit de vente, qui lui permet de faire vendre le bien aux enchères. Tout ce que peut faire le débiteur, c'est de recourir aux mesures dilatoires accordées par Justinien : à savoir trois sommations et un délai de deux ans à compter de la dernière.

## **B.- Dans l'ancien droit français**

A l'époque féodale, le droit coutumier distingue l'"obligation générale", qui est une sûreté portant sur tous les biens présents et à venir du débiteur ( meubles et immeubles ), de l'"obligation spéciale", qui concerne uniquement un bien particulier ( le plus souvent un immeuble ). La première de ces obligations confère un droit de vente, mais sans droit de suite ni droit de préférence. La seconde entraîne un droit de vente et un droit de suite.

Mais jusqu'au XIII<sup>ème</sup> siècle, les droits des créanciers se heurtent au système féodal : les immeubles ne pouvant être saisis, car ils sont souvent affectés de charges ou de services féodaux.

Pour contraindre le débiteur à s'exécuter, on use de divers expédients : comme l'institution des "gardes mangeant", installés comme gardiens dans la maison du

débiteur ( cité par Beaumanoir ) ; ou bien encore la "contre-plège", par laquelle le débiteur ou la caution doivent donner des rentes à titre d'"otage", sans toutefois en perdre la possession.

A partir du XIIIème siècle, les ressemblances entre l'obligation coutumière et l'hypothèque romaine étant désormais fort nettes, on admet bon nombre de règles du droit romain ; à quelques exceptions près ( exemple : l'hypothèque sur les meubles n'est en principe pas reçue, en vertu de l'adage - cité par Antoine Loysel dans ses Institutes coutumières - "Meubles n'ont pas de suite par hypothèque" ).

Cependant, comme à Rome, le système comportait une grave lacune : l'absence de publicité. Aussi le pouvoir royal tenta-t-il quelques réformes qui, malheureusement, n'aboutirent pas. Un édit de Colbert de 1673 échoua devant les plaintes de la noblesse. L'édit de 1771 ne donnait de sécurité qu'aux acquéreurs et non au créanciers. Ce fut en définitive la Révolution qui opéra la réforme du système. La grande loi du 11 brumaire an VII ( 1er novembre 1798 ) imposera la transcription de tout acte translatif de propriété. Mais sur ce point, le Code civil marquera un net recul : les transmissions de droit réel ne seront plus soumises à transcription.

[Retour](#)