

MANUEL D'HISTOIRE OU MANUEL DE DROIT ?

« Entre toutes les parties du droit romain, la théorie des obligations est celle qu'il convient d'étudier le plus à fond ; et les raisons ne manquent pas pour justifier l'importance qu'on lui attribue ainsi. D'une manière absolue d'abord, cette théorie se réfère à des rapports juridiques qui occupent, dans l'ensemble de la vie sociale, une place particulièrement importante, et ces rapports sont d'une nature telle que les règles qui les régissent apparaissent comme étant, moins que d'autres, dans la dépendance des conditions changeantes de temps et de lieu. D'autre part, c'est dans ce domaine des obligations que les jurisconsultes romains ont manifesté au degré le plus haut la force de leur logique et la finesse de leur esprit, en même temps que leur souci de l'équité et leur sens du réel ; c'est là aussi que nous voyons le mieux comment des règles traditionnelles et un formalisme rigide doivent céder devant les besoins de la pratique et les exigences des relations d'affaires entre gens de races diverses. Enfin, il est impossible de ne pas remarquer, quand on étudie le droit français des obligations, tel qu'il résulte du Code civil, que le lien de filiation par rapport à la théorie romaine est plus direct et plus apparent pour cette branche du droit que pour n'importe quelle autre¹ ».

Ce livre ne prétend traiter que des obligations, et seulement des obligations dans le monde romain, de l'époque des XII Tables au règne de Justinien. Envisagé sur un plan strictement horizontal, il n'est donc qu'un manuel de droit parmi d'autres. Considéré dans sa verticalité, il est aussi un manuel d'histoire, destiné à pénétrer son lecteur de la permanence de la règle, dépouillée des déguisements que lui imposent les changements de la conjoncture.

À propos des notes insérées dans ce livre :

Ce manuel repose, en grande partie, sur l'œuvre de Justinien. Lorsque, par conséquent, nous renvoyons au *Code*, au *Digeste*, ou aux *Institutes*, sans autre précision, il s'agit toujours du *Code*, du *Digeste*, et des *Institutes* de Justinien. Les renvois aux *Institutes* de Gaius sont, pour éviter toute confusion, indiqués sous la forme *Institutes de Gaius*. Nous avons, d'autre part, délibérément choisi de conserver la numérotation en chiffres romains des livres et titres des fragments cités qui, bien qu'elle ne soit plus couramment utilisée, nous semble, et de loin, la plus claire.

1. Georges Bry, *Principes de Droit romain*, 6^e éd., revue et corrigée par Joseph Bry, tome II, Recueil Sirey, Paris, 1930, p. 1-2.

Section 1

L'axe des abscisses : le temps

Comme la plupart des livres d'histoire, ce récit se fonde sur une chronologie : celle de Rome, bien sûr, mais non pas celle de l'extraordinaire saga des Romains, uniquement celle de leur plus belle aventure, l'aventure juridique. Quoiqu'il soit, à proprement parler, impossible d'en définir exactement le début, sans doute bien antérieur à la fondation légendaire de la Ville, ce que nous savons du droit latin archaïque nous laisse apercevoir l'existence d'un socle coutumier, dont « la création se perd dans la nuit des mœurs ancestrales¹ ».

Longtemps, ce droit non écrit est resté entre les mains des prêtres. Même après la formation d'une véritable communauté politique, le puissant collège des pontifes veille à la conservation des antiques traditions du peuple romain. Dépositaires des rites, qui permettent aux hommes de s'attirer la faveur des dieux, les pontifes sont aussi gardiens d'une justice qui ne peut pas être rendue sans leur intervention. Cette justice religieuse, qui soumet le procès à l'arbitrage des dieux, apparaît nécessairement formaliste. L'intercession divine nécessite l'emploi de formules consacrées, susceptibles d'entraîner la malédiction du fautif.

On sait par Tite-Live que c'est seulement après la formation de la République, à la faveur des troubles engendrés par la révolte de la plèbe, que Rome, vers 450 av. J.-C., a accompli le pas décisif qui consistait à rédiger le droit. La loi des XII Tables, en établissant un corps de règles commun à tous les habitants de la cité, a certes contribué à la formation d'un droit laïc. Cette laïcisation n'a cependant pas modifié de manière fondamentale la nature du droit romain ancien, dans lequel la reconnaissance d'un droit dépend encore de l'existence d'une formule rituelle, désormais contenue dans la loi, dont le procès, qui n'est toujours qu'un simple arbitrage, se borne à vérifier les conditions d'application.

La caractéristique principale du droit privé romain, qu'il conserve tout au long de son histoire, se trouve entièrement contenue dans cette constatation. Il n'existe pas à Rome de droit individuel sans sanction judiciaire. Le droit ici se moule dans la procédure, et là où il n'y a pas d'action, il ne peut pas y avoir de droit. Le droit ne se distingue donc pas de l'action qui lui sert de support, de la formule qui autorise, et elle seule, la reconnaissance d'un droit. Le droit romain apparaît, par conséquent, étroitement tributaire de la procédure, d'où son aspect contingent, qui fait aussi sa richesse.

Bien qu'elle ne recouvre pas entièrement tous les aspects de son histoire politique, l'histoire de la procédure rend en l'occurrence parfaitement compte de l'histoire juridique de Rome. Cette histoire se divise en trois grandes périodes.

1. Michel Villey, *Le Droit romain*, 8^e éd., PUF, coll. « Que sais-je ? », n° 195, Paris, 1987, p. 13.

§ 1. L'époque ancienne

L'époque que, par commodité, nous qualifions d'ancienne, est celle qu'inaugure l'installation du régime républicain en 509, et qui trouve son terme approximatif dans la fin des guerres puniques en 146 av. J.-C. Cette période est celle d'un droit rigoureux, construit sur une morale de l'honneur, qui trouve sa sanction de la procédure des actions de la loi, directement issue de la loi des XII Tables.

A. La procédure des actions de la loi

La procédure des actions de la loi divise le procès romain en deux phases. L'une, la phase *in jure*, se déroule devant un magistrat titulaire de l'*imperium*, le pouvoir de donner des ordres, qui remplace les pontifes dans leur rôle de distributeur d'actions. L'autre, la phase *in judicio*, laisse à l'arbitrage, non plus des dieux, mais d'un tiers, le bien-fondé de la demande.

La phase *in jure* constitue l'épisode formaliste de la procédure. La procédure des actions de la loi apparaît, tout d'abord, exclusivement réservée aux citoyens romains. Les parties, ensuite, doivent obligatoirement comparaître en personne, au cours d'une audience publique, qui n'a lieu que les jours fastes, du lever au coucher du soleil, et que préside un consul ou, plus tard, un préteur. La procédure, enfin, est entièrement orale, composée de gestes symboliques et d'affirmations solennelles, fondées sur le droit des Quirites¹. La discussion cesse dès que, d'une manière ou d'une autre, le défendeur reconnaît la réalité des prétentions de son adversaire. Cet aveu autorise le magistrat à prononcer une sentence immédiate. Lorsqu'il lui est, au contraire, impossible de concilier les parties, le magistrat, après avoir vérifié que l'action entre bien dans l'une des catégories prévues par la loi, désigne un juge, dont la mission sera d'apprécier concrètement l'existence ou non du fait à l'origine de l'action, et d'en tirer les conséquences légales. La *litis contestatio*, littéralement « la prise à témoins du procès² », clôture cette phase de la procédure. Elle éteint aussitôt l'action du demandeur, puisque le débat désormais ne concerne plus le droit d'agir en justice, mais la réalité ou non des faits allégués pour agir.

La phase *in judicio* suit de très près la phase *in jure*, à laquelle elle apparaît étroitement subordonnée. Le juge désigné par le magistrat est un juge unique, un *judex unus*, choisi sur une liste spécialement constituée de sénateurs. Son rôle n'est pas de dire le droit, mais uniquement d'apprécier des faits, et dans l'hypothèse où il estime ces faits suffisamment établis, de prononcer le jugement prévu par l'action à l'origine de sa saisine. Cette étape de la procédure n'obéit, par conséquent, à aucun formalisme. Chaque partie, le cas échéant assistée d'un avocat, s'efforce de convaincre le juge que les arguments qu'elle invoque sont l'unique expression de la vérité.

1. « J'affirme que tel homme (ou telle chose) est à moi en vertu du droit des Quirites ».

2. Des témoins, choisis dans l'assistance, viennent jurer à la demande du magistrat que la première phase du procès s'est correctement déroulée.

B. Un droit rigoureux

Dans la période ancienne de Rome, seule la loi, qui définit les actions en justice, est source de droit. Quand bien même elles empruntent au vieux fond coutumier¹, toutes ces lois sont d'interprétation stricte. Les situations que les lois réglementent existent ou n'existent pas selon les circonstances concrètes d'une espèce donnée. Ces situations ne coexistent jamais, pas plus qu'elles ne peuvent exister à moitié. Les lois de l'époque républicaine de Rome apparaissent, au demeurant, peu nombreuses, à peine huit cents pour cinq siècles, dont vingt-six, à peine, concernent le droit privé. La plus célèbre et la plus ancienne demeure, naturellement, la loi des XII Tables, dont le texte original ne nous est pas parvenu, mais dont le contenu apparaît suffisamment connu par les multiples citations ou allusions que les jurisconsultes de l'époque classique ont pu tirer de ses dispositions primitives.

§ 2. L'époque classique

L'époque classique, dont on peut situer grossièrement les limites entre le milieu du deuxième siècle av. J.-C. et la fin du deuxième siècle de notre ère², constitue la seconde période de l'histoire juridique de Rome. Elle est aussi la plus féconde. Instituée par la loi *Aebutia*, autour de 135 av. J.-C., une procédure nouvelle, la procédure formulaire, remplace désormais celle des actions de la loi. La procédure formulaire n'autorise pas seulement une meilleure gestion du procès. En s'adaptant aux contingences du temps, elle contribue également à modifier de manière fondamentale les sources du droit romain.

A. La procédure formulaire

Bien que plus souple et beaucoup plus moderne que celle des actions de la loi, la procédure formulaire ne remet cependant pas en cause les principes directeurs du procès romain, dont elle conserve la dichotomie originelle.

La phase *in jure* appartient toujours au magistrat, ou plus exactement au préteur, chargé d'administrer la justice dans la ville, mais le rituel dorénavant se trouve dans l'écrit et non dans les paroles. Les parties, qui ne sont plus nécessairement des citoyens romains, peuvent donc se faire représenter. Le procès commence par une citation que le demandeur fait notifier au défendeur et dans laquelle il expose les motifs de son action. Il peut éventuellement se terminer *in jure*, lorsque le défendeur admet la pertinence des raisons invoquées contre lui.

Quand le différend persiste, l'essentiel du débat porte sur la manière de résumer l'affaire dans une formule écrite, dont l'énoncé s'impose au juge, d'où le nom de la nouvelle procédure. La formule, rédigée par le magistrat ou par son greffier, comporte d'abord la désignation du juge, auquel elle donne l'ordre de juger, en respectant les questions qui lui

1. Tel était notamment le cas des prétendues « lois royales », que la tradition rapporte aux sept rois successifs de Rome, et dans lesquels les jurisconsultes de l'époque classique n'ont voulu voir que l'expression « d'un droit incertain ».

2. De la fin des guerres puniques en 146 av. J.-C., à l'assassinat de Commode en 192, qui marque la fin du « siècle des Antonins », par exemple.

sont posées. La formule contient, ensuite, une *intentio*, autrement dit la demande¹, puis la *condemnatio*, c'est-à-dire l'ordre de condamner ou d'absoudre selon que le demandeur apportera ou non la preuve des faits allégués², et enfin les exceptions invoquées par le défendeur qui, lorsqu'elles sont à leur tour prouvées, paralysent les effets d'une éventuelle condamnation³. La *litis contestatio*, qui ne résulte plus que de l'écrit, conserve son effet extinctif, puisque la formule, en autorisant le demandeur à porter son affaire devant un juge, met fin à son action sur le terrain juridique.

La phase *in judicio* relève encore d'un juge non professionnel qui, tel un jury de jugement, ne doit considérer que les faits pour répondre aux questions qui lui sont posées par le magistrat. Lié par la formule, le *iudex unus* ne peut ni refuser de statuer, à peine de commettre un déni de justice, ni prononcer au-delà de ce qui lui est demandé, à peine de statuer *ultra petita*. Un appel contre sa décision apparaît désormais possible, mais cet appel se limite à vérifier que les formes prévues par la loi ont bien été respectées. La partie qui entend contester la décision rendue doit apporter la preuve que le procès a été mal fait. Elle ne peut être admise à le faire qu'après avoir fourni des cautions, appelées à garantir le paiement de la condamnation initiale au cas où celle-ci viendrait à être maintenue. Le réclamant qui échoue dans son recours s'expose, en outre, à subir la sanction des plaideurs téméraires⁴.

B. Les sources du droit

Les sources du droit subissent d'importantes modifications au cours de la période classique. À la loi, sur le point de devenir l'expression de la volonté du prince, et à la coutume, revivifiée par les conquêtes, viennent s'ajouter deux autres sources de droit, appelées à jouer un rôle essentiel dans le développement du droit privé romain, le droit prétorien d'une part, le droit des juristes de métier d'autre part.

Le droit prétorien est né des transformations de la procédure. Le préteur urbain qui, en vertu de son *imperium* personnel, possède le *ius edicendi*, c'est-à-dire le droit de formuler publiquement des règlements relatifs à l'organisation de la justice et au déroulement des procès, prend en quelque sorte le relais du législateur, créant de sa propre initiative un certain nombre d'actions nouvelles, toutes les fois que l'intérêt public ou l'équité lui commandent de le faire. Chaque année, au moment de son entrée en charge, le préteur publie un édit, dans lequel il énumère les hypothèses dans lesquelles il promet d'accorder une action, autrement dit la liste des situations qui lui apparaissent dignes d'être juridiquement protégées. Les fonctions du préteur étant annuelles, l'édit n'est, en principe, valable qu'un an. Aucune règle n'interdit toutefois au préteur suivant de reprendre à son compte, dans son propre édit, tout ou partie des dispositions arrêtées par son prédécesseur, en y ajoutant d'autres cas, conformes à sa vision des choses.

C'est ainsi que s'est progressivement constitué un droit nouveau, le droit prétorien, qui présente l'immense avantage de la souplesse et de l'adaptabilité, face à l'évolution, alors

1. « S'il est exact que le défendeur doit telle somme (ou telle prestation) au demandeur ».

2. « Tu le condamneras à verser cette somme (ou telle somme pour cette prestation qu'il n'a pas faite) ».

3. « Mais si le demandeur a agi par dol, le défendeur ne devra rien payer ».

4. Il s'agit, le plus souvent, d'une condamnation complémentaire, égale à dix pour cent du montant de la condamnation principale.

particulièrement rapide, de la société romaine. Ce droit original se trouve bientôt complété par les différentes actions que vient à son tour accorder un autre magistrat, le préteur pérégrin, spécialement chargé d'organiser les rapports entre Romains et pérégrins, entre les habitants de l'Italie et ceux des provinces conquises, qui ne bénéficient pas encore de la citoyenneté romaine. Jusqu'au II^e siècle de notre ère, le droit prétorien s'analyse comme une source de droit extrêmement vivante et abondante, avant de se fixer définitivement dans l'édit « perpétuel », rédigé en 135 par le jurisconsulte Julien, sur l'ordre de l'empereur Hadrien.

Il est vrai qu'au II^e siècle, l'évolution du droit appartient en grande partie **aux juristes de métier**. Souvent proches du pouvoir, titulaires parfois de responsabilités gouvernementales, ces praticiens qui, depuis l'époque d'Auguste, peuvent bénéficier du *ius respondendi*¹, exercent leur art de trois façons différentes. La première est exprimée par le verbe *agere*, qui signifie conseiller. Les jurisconsultes conseillent les parties et les juges à l'occasion des procès. La seconde de leur tâche est *cauere*, c'est-à-dire assister les citoyens dans la rédaction d'actes juridiques. La troisième consiste à *respondere*, autrement dit répondre. Ces juristes sont appelés à donner des consultations sur les cas particuliers qui leur sont soumis. L'ensemble forme la jurisprudence, étymologiquement l'opinion des prudents. Hadrien, par la loi de l'unanimité, rend dans certains cas l'avis des jurisconsultes obligatoire. Le juge doit s'incliner lorsque, sur une question donnée, les réponses qui lui sont présentées émanent de juristes titulaires du *ius respondendi* et qu'elles sont concordantes.

La jurisprudence ou doctrine s'organise alors dans toute une littérature spécialisée, faite de *questiones* et de *responsa*, de questions et de réponses, qui alimentent le débat juridique à la mode du temps. Mise en recueils, l'opinion des juristes de métier devient *institutes*, c'est-à-dire des résumés ou des manuels d'étude, *disputationes*, des discussions, des ouvrages de doctrine proprement dits, qui portent sur tel ou tel aspect du droit civil ou du droit pénal, *digesta*, des compilations ou des traités, *commentarii*, des commentaires, dont ceux de l'édit viennent enrichir la portée des dispositions prétoriennes.

Deux écoles dominent ce débat : celle des Proculiens et celle des Sabinien. Les Proculiens sont des novateurs, qui, tout en s'attachant à l'analyse littérale des textes, tentent, par la grammaire, la logique et la réflexion philosophique, de renouveler le contenu de la règle de droit. Plus conservateurs, adoptant une démarche en apparence moins scientifique, les Sabinien fondent essentiellement la solution juste sur une succession de choix empiriques, dont la pratique dicte la nécessité.

Parmi tous les jurisconsultes, une place à part doit être réservée à Gaius. Gaius, qui ne nous est connu que par son surnom et dont on ignore à peu près tout de la vie², exerce vraisemblablement dans la partie orientale de l'Empire. On doit notamment à Gaius, dont les solutions sont souvent proches de celles des Sabinien, un manuel, ou *institutes*, publié aux environs de l'année 150, dont le plan, maintes fois repris, a traversé les siècles. Le manuel de Gaius traite, en effet, successivement des personnes, des choses, et des actions,

1. Il s'agit d'une sorte de certification officielle, qui confère aux consultations de ceux qui en sont titulaires l'*auctoritas* du prince, autrement dit son approbation permanente. Ce label, certes, ne lie pas les juges, mais l'autorité qui en émane apparaît suffisamment forte pour les inciter à adopter, de manière à peu près systématique, l'opinion des juristes certifiés.

2. Sauf que sa naissance se situe pendant le règne d'Hadrien, et qu'il était encore vivant en 178.

en trois parties distinctes, qui résument à la fois l'état initial d'une matière et son évolution en fonction des corrections du préteur ou de la législation impériale. L'œuvre de Gaius n'a certes pas révolutionné le fond du droit, mais elle en a modifié la perception immédiate. De nombreux juristes ont, depuis, adopté la méthode de Gaius, à commencer par ceux du Bas-Empire.

§ 3. Le Bas-Empire

Le Bas-Empire, que l'on peut aussi qualifier de période byzantine, constitue la troisième époque de l'histoire juridique de Rome, que caractérisent non seulement le maintien du rôle éminent des praticiens du droit, notamment ceux de la cour impériale de Constantinople, mais aussi une modification radicale de règles de procédure, et surtout l'abondance de la législation impériale.

A. La procédure extraordinaire

La procédure extraordinaire, qui confie enfin au juriste le rôle du juge, est celle de l'Empire parvenu à sa maturité. Située en dehors de l'*ordo judiciarum privatorum*, qui appartient aux magistrats républicains traditionnels, la *cognitio extraordinaria*, qui commence à se développer avec le principat, prend la forme d'un procès unitaire. Cette procédure simple apparaît aisément accessible. Les juges, qui désormais représentent l'État, deviennent de véritables fonctionnaires publics, qui, non seulement, examinent les prétentions des parties, mais encore, analysent les preuves rapportées par chacun des intervenants, avant de décider eux-mêmes de l'issue du procès.

Les petites affaires sont de la compétence d'un magistrat municipal. L'appel est possible devant le gouverneur de la province¹, ou ses représentants, qui jugent en premier ressort les affaires importantes. L'appel à l'empereur est également possible dans les cas les plus graves, et doit être interjeté dans les dix jours qui suivent le jugement. De manière exceptionnelle, l'empereur peut aussi être saisi directement. Ses décisions, ou *decreta*, arrêtées avec l'aide de son conseil, échappent aux limites habituelles de la procédure. L'empereur statue avec une entière liberté. Le prince, parce qu'il n'est pas lié par les lois, peut consacrer de nouvelles pratiques juridiques, qui ne font pas encore partie du droit civil, et décider en fonction de l'équité ou de la charité.

La nouvelle procédure est principalement écrite. Une requête est présentée au juge qui se charge de faire convoquer le défendeur. Cette convocation, remplacée par une citation à la fin de l'Empire, est, sauf exceptions, donnée à jour fixe. La représentation est possible, et le défaut de comparution n'entraîne plus nécessairement une condamnation. Le juge acquiert un rôle actif. Il peut, lorsqu'il s'estime insuffisamment informé, choisir d'interroger directement les parties, ou ordonner une enquête. La preuve par écrit se renforce. La *litis contestatio*, qui marque encore la fin de l'exposé des prétentions respectives des parties, conserve son effet extinctif, mais ne présente plus qu'un intérêt secondaire².

1. Remplacé à Rome par le préfet de la ville.

2. L'effet extinctif de la *litis contestatio* est supprimé par Justinien en 531.

Des faits nouveaux peuvent être invoqués à tout moment de l'instance. La condamnation n'est plus seulement pécuniaire. Elle peut prendre la forme d'une prestation en nature ou d'une restitution, et atteindre indifféremment les deux parties, aussi bien le défendeur que le demandeur.

Le jugement, une fois rendu, est écrit et conservé au greffe de la juridiction dont il émane. La partie qui le souhaite peut faire procéder à son exécution, si besoin est, avec le concours de la force publique. Des intérêts majorés sont dus par celui qui n'exécute pas, après avoir été mis en demeure de le faire.

B. La législation impériale

Les sources du droit subissent également l'influence de la puissance impériale. Les empereurs légifèrent directement par voie de constitutions¹, qui sont l'expression de leur *imperium* et de leur *auctoritas* personnels. Ces constitutions, sans qu'il y ait lieu de s'attacher de manière très précise aux termes employés, peuvent revêtir différentes formes. Il s'agit parfois d'édits, parce que l'*imperium* du prince emporte le *ius edicendi*, jadis dévolu aux consuls et aux préteurs, de décrets, lorsque ces décisions sont la manifestation de la justice personnelle de l'empereur, et, enfin, de rescrits, qui sont autant de réponses officielles apportées aux questions posées par les principaux administrateurs de l'Empire.

L'abondance de la législation impériale explique qu'il soit bientôt nécessaire de la mettre en recueil. Issue d'initiatives purement privées aux III^e et IV^e siècles², la codification devient, pour la première fois en 438, le fait de l'autorité publique, avec la publication, à l'initiative de Théodose II, du code Théodosien, dont les seize livres, subdivisés eux-mêmes en différents titres, regroupent en les classant, à la fois par matière et par ordre chronologique, l'ensemble des constitutions impériales depuis le règne de Constantin³.

La plus importante de ces œuvres demeure incontestablement la compilation, entreprise au début du VI^e siècle, sous le patronage de Justinien, qui, durant tout son règne, entre 527 à 565, s'est efforcé de restaurer le prestige de l'Empire, et de rétablir la pureté de son droit. Conduite par Tribonien, auquel l'empereur en a confié la direction, la réforme doit avoir pour résultat non seulement de codifier et d'unifier le droit, pour le rendre plus aisément accessible et faciliter son application, mais aussi de le transformer, en écartant les solutions manifestement trop anciennes, inadaptées ou contradictoires.

Quatre ouvrages, issus du travail de différentes commissions spécialement instituées à cet effet, sont ainsi successivement publiés sous l'autorité de l'empereur : le *Digeste*, les *Institutes*, le *Code*, et les *Novelles*. Le *Digeste* ou *Pandectes*, publié en 533, est une compilation qui entreprend de classer, de façon méthodique et par matières, l'opinion des principaux jurisconsultes, notamment ceux de l'époque classique. Procédant par découpage et par collage, mais modifiant aussi certains passages des textes originaux afin de leur donner plus de cohérence⁴, les auteurs du *Digeste* ont rassemblé, en cinquante livres, eux-mêmes subdivisés en chapitres, une somme considérable de citations de

1. Du verbe *constituere* : décider, établir.

2. Tel est notamment le cas des « codes » Grégorien et Hermogénien, publiés à la fin du III^e siècle.

3. On sait, qu'étant applicable à tout l'Empire, le code Théodosien a assuré, grâce notamment au Bréviaire d'Alaric, qui en reprend l'essentiel, la survie du droit romain en Occident, bien après les invasions.

4. Donnant naissances aux fameuses interpolations, souvent redoutées et quelques fois appréciées par les romanistes.