

# Partie 1

## LES RACINES ROMAINES DU DROIT DES OBLIGATIONS

---

Dans ses *Institutes* (533 ap. J.-C.), Justinien définit l'obligation comme « *le lien de droit par lequel nous sommes astreints à la nécessité de payer une certaine chose, conformément aux règles de droit de notre Cité* ».

L'obligation consiste précisément en un lien juridique imposant une prestation à une personne en faveur d'une autre. La personne à qui la prestation est due s'appelle **le créancier** (*creditor*), celle qui est tenue de « payer », c'est-à-dire d'exécuter la prestation est **le débiteur** (*debitor*). **Entre les deux existe un lien de droit**, le *vinculum juris*. Le débiteur n'est pas enchaîné physiquement mais il est contraint par le droit d'accomplir la prestation.

**Cette idée de lien est traduite par la terminologie latine :**

- obligation dérive de *Obligare* qui signifie attacher, enchaîner ;
- le paiement, l'acte par lequel le débiteur exécute son obligation, est la *solutio* et payer se dit *soluere*, mais son sens premier est « délier », « dénouer ». En accomplissant la prestation dont il est redevable, le débiteur défait le lien de droit et se libère ainsi de l'emprise du créancier.

**Le juriste Paul insiste sur les trois objets de l'obligation :**

- *Dare* : donner, faire une dation et non une donation, payer une somme d'argent ;
- *Facere* : faire quelque chose au profit du créancier ;
- *Praestare* : répondre de, assurer, fournir, effectuer une prestation.

À côté des obligations qui ont un contenu positif, il y a des obligations négatives : *Non facere*.

**La sanction ordinaire du droit des obligations, c'est l'action en justice**, moyen accordé au créancier d'intenter un procès au débiteur défaillant et d'obtenir sa condamnation. En droit romain, chaque obligation est accompagnée d'une action spécifique. Les juristes romains ont tendance à envisager chaque créance du point de vue de l'action qui la sanctionne.

**Les obligations naturelles**, celles qui répondent à un devoir moral, ou celles qui résultent d'engagements contractuels irréguliers par suite d'un vice de forme ou de fond ou par défaut de la capacité requise, sont **considérées par le droit justinien comme imparfaites** en ce sens qu'elles n'accordent au créancier aucune action ni aucun recours direct.

**Le concept d'obligation** ne peut se rencontrer que dans une société évoluée, marquée par la prévoyance, par la confiance et le crédit mutuels. Il **implique une économie d'échanges** soutenus **dans laquelle l'argent joue un rôle central** à la fois comme un instrument d'échange et comme élément d'évaluation des prestations.

Le lien de droit n'apparaît qu'après plusieurs siècles dans l'histoire de Rome.

Au I<sup>er</sup> siècle, les juristes romains ont :

- dégagé les sources des obligations (**chapitre 1**) ;
- déterminé les règles de l'exécution des prestations par le débiteur (**chapitre 2**).

# Les sources des obligations

---

Les juristes romains distinguent deux sources principales d'obligations. Gaius, au II<sup>e</sup> siècle ap. J.-C., dans ses *Institutes*, précise que « *les obligations comportent une division fondamentale en deux espèces : toute obligation en effet naît d'un contrat ou d'un délit* ».

**Le contrat est la principale source de l'obligation.** Il repose sur un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes qui donnent leur consentement pour faire naître le lien juridique qui astreindra l'une d'entre elles à fournir une prestation à l'autre ou qui les astreindra à se fournir mutuellement des prestations **(I)**.

**Le délit** (*delictum* ou *maleficium*), un acte unilatéral illicite, cause un préjudice à un particulier et fait naître chez ce dernier le droit de réclamer à l'auteur du délit une indemnité. En droit romain, la plupart des délits sont sanctionnés par des peines pécuniaires que l'auteur doit payer à la victime ou à sa famille. L'idée n'est pas de réparer le dommage causé par le délit, mais de subir une sanction sans rapport logique avec le préjudice subi **(II)**.

La **division bipartite contrats-délits est jugée insuffisante par Gaius**. Dans un autre ouvrage *Res cottidianae* qui complète ses *Institutes*, il ajoute une troisième catégorie : « les obligations qui peuvent naître en vertu de différents types de causes ». **Sous Justinien, la classification est quadripartite** : elle distingue les contrats, les quasi-contrats, les délits et les quasi-délits. Ces quatre catégories se retrouvent dans le droit coutumier du Moyen Âge, sont reprises par Pothier et passent dans le Code civil<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Article 1101 et suivants : contrats et obligations contractuelles ; Articles 1371 à 1381 : quasi-contrats ; Articles 1382 à 1386 : délits et quasi-délits.

## I. Les obligations conventionnelles

Dans la Rome ancienne, des origines en 753 av. J.-C. au milieu du II<sup>e</sup> siècle<sup>1</sup>, les contrats ne sont guère développés. L'engagement d'égal à égal, par la vertu d'une simple convention est pratiquement inconnu. Lorsque le commerce fait son apparition après la phase du troc, les opérations d'échange se règlent strictement au comptant. **Le développement des contrats consensuels aux trois derniers siècles de la République est à mettre en rapport avec le bouleversement de la société romaine provoqué par l'expansion territoriale de Rome** dans tout le bassin méditerranéen. Ces conquêtes modifient profondément les habitudes sociales. Elles orientent l'économie sur des voies nouvelles : essor du commerce, des relations maritimes et bancaires. Le droit des contrats connaît à cette époque un renouvellement complet. Le mot *Contractus*, désigne, *lato sensu*, tout acte juridique ; *stricto sensu*, il ne signifie que le contrat synallagmatique. Aux contrats proprement dits (1), les Romains opposent le pacte (2), simple accord de volonté sans forme. **Tout contrat résulte d'un accord de volonté, mais tout accord de volonté n'est pas un contrat et n'est pas sanctionné comme tel.**

### 1. Une grande variété de contrats

Le principe qui a toujours prévalu à Rome est **qu'une convention reposant sur le seul consentement des parties ne suffit pas à créer des obligations contractuelles**. Le vieux droit civil ne reconnaît qu'aux signes extérieurs la vertu de créer un lien de droit. Les actes juridiques n'ont d'effet obligatoire que par l'accomplissement des formes solennelles. Voilà pourquoi le droit ne connaît que les contrats formels et les contrats réels. À l'époque classique<sup>2</sup>, ces actes sont classés par les jurisconsultes selon leur source en trois catégories (A). Mais l'essor continu du commerce depuis le II<sup>e</sup> siècle ne peut se satisfaire de ces types de contrats dont la conclusion reste contraignante par le formalisme imposé et

---

1 La grande source de droit au cours de cette période est la Loi des XII Tables (450 av. J.-C.). Le droit de cette époque n'est attesté par aucun document contemporain. Il a fait l'objet de reconstitutions purement hypothétiques. Le droit romain est le produit d'une longue évolution : dix siècles séparent la Loi des XII Tables de la compilation justinienne de 528-533 ap. J.-C.

2 Du dernier siècle de la République aux trois siècles du Haut-Empire, c'est-à-dire une période à cheval sur notre ère.

exige la présence des parties. C'est pourquoi, le prêteur<sup>1</sup> et les jurisconsultes ont-ils admis l'existence de quatre contrats se formant par le seul échange des consentements des parties (B).

### A. Les trois grands types de contrats

La classification générale des contrats est l'œuvre non pas des praticiens mais des jurisconsultes. Gaius distingue trois types de contrats selon l'élément qui les fait naître. Certains contrats se forment par la rédaction d'un écrit : ce sont les contrats *litteris* (a). D'autres naissent par la remise d'une chose : ce sont les contrats *re* (réels, du mot latin *Res* : la chose) (b). Enfin, les contrats *verbis* se forment par l'échange des paroles (c). Ces trois types de contrats présentent une propriété commune : ils sont **des contrats formalistes**. **L'accord entre les parties n'a d'effet que si certaines formalités sont accomplies** : un jeu d'écriture pour le premier, la remise matérielle d'une chose pour le deuxième, le prononcé de certaines formules pour le troisième.

#### a. Les contrats *litteris*

C'est la forme qui donne naissance au contrat. C'est l'écrit qui donne à la convention sa force obligatoire et non l'accord des parties même s'il est requis. Le principal de ces contrats, couramment pratiqué à Rome, est l'*expensilatio*, les autres sont les chirographes et les syngraphes utilisés par les pérégrins.

■ **Les chirographes** sont des documents unilatéraux écrits de la main du débiteur ; ils contiennent une reconnaissance de dette ou une promesse de paiement.

■ **Les syngraphes** sont des contrats rédigés par écrit dont l'objet est varié. Comme tel, le terme est utilisé pour des contrats de vente, de louage, de société.

■ **L'*expensilatio*** (du latin *expensum* : dépense, et *ferre, latum* : porter) est un contrat écrit réservé aux citoyens romains, très utilisé à l'époque de Cicéron au I<sup>er</sup> siècle av. J.-C. Il se forme par l'inscription, dans le livre des recettes et

---

1 C'est un magistrat c'est-à-dire un homme politique élu tous les ans, chargé d'organiser les procès et d'administrer la justice, mais il ne juge pas. Quand il entre en charge, il publie l'édit du prêteur qui contient des actions en justice. Ce faisant, il complète les actions de la loi inscrite dans la Loi des XII Tables. À Rome, l'action précède le droit. Le prêteur en créant des moyens de procédure crée du droit, le droit prétorien qui comble les lacunes du droit civil et qui s'applique à tous les Romains et les pérégrins (étrangers). Le prêteur va exercer sur l'évolution du droit romain une action capitale en reconnaissant et en sanctionnant, au nom de l'équité, des droits nouveaux qu'ignore le droit civil (loi et coutume) en retard sur le mouvement de la société.

dépenses du créancier (*codex accepti* : rentrée ; *codex expensi* : dépense) d'une créance abstraite sur un débiteur déterminé. C'est un contrat unilatéral qui ne fait naître qu'une obligation à charge de celui dont le nom est inscrit dans le codex. L'inscription comptable est à la fois un aide-mémoire, un moyen de preuve. Mais on ne saurait y voir une source d'une obligation. En revanche, elle permet de transformer une obligation antérieure en une obligation littérale. Elle peut également réaliser une novation par changement de débiteur<sup>1</sup>. L'*expensilatio* disparaît dans le courant du Haut-Empire et les contrats *litteris* n'existent plus au Bas-Empire (284-565).

#### b. Les contrats réels

##### **La catégorie des contrats réels comprend :**

- le prêt d'usage ou commodat ;
- le prêt de consommation ou mutuum ;
- la **fiducie** qui repose sur la confiance est à l'origine des contrats réels de prêt d'usage, de dépôt et de gage (cf. chapitre 2) ;
- le **dépôt** par lequel une personne confie la garde de sa chose à une autre ;
- le **gage** ou sûreté réelle qui a pour but de garantir le paiement de la dette ; le débiteur remet à son créancier un objet en garantie (cf. chapitre 2, p. 54).

■ Le *mutuum* ou **prêt de consommation** est, à l'origine, un acte gratuit, un prêt fondé sur l'obligation de solidarité entre amis ou voisins, inconciliable avec la perception d'intérêts. Il permet de transférer en pleine propriété des semences, des denrées alimentaires (des choses consommables par le premier usage), plus tard de l'argent (un prêt d'argent sans intérêt) avec une obligation de restituer l'équivalent en nature (*quid*), en qualité (*quale*) et en quantité (*quantum*). Ce contrat réel ne se forme qu'au moment du transfert matériel de la chose prêtée. Le transfert s'effectue par une simple tradition, de la main à la main du prêteur à l'emprunteur. Ce contrat est unilatéral : il ne fait naître d'obligation qu'à la charge de l'emprunteur. La gratuité est l'essence du prêt de consommation. **À l'époque classique**, le *mutuum* devient **une opération essentiellement financière**, de sorte que la gratuité ne se justifie plus. L'action qui sanctionne le contrat de

---

<sup>1</sup> X doit 100 à Y, Y doit 100 à Z ; pour éviter un double mouvement de numéraire, X devra 100 à Z.

prêt en justice est **une action de droit strict** : le juge examine qu'elles sont, au sens strict, les obligations de l'emprunteur qui résultent du seul contrat de prêt, ni plus ni moins. Il ne peut pas, comme dans les contrats de bonne foi, apprécier l'étendue des obligations de l'emprunteur et tenir compte d'une éventuelle promesse de payer des intérêts.

**Le prêt à intérêt n'est pas utilisé par les commerçants.** Quand ils ont besoin d'argent pour étendre leurs affaires, ils recourent à la constitution d'une société qui permet de lever des capitaux. **Le prêt à intérêt est la plupart du temps consenti à des pauvres gens qui empruntent pour vivre.** Selon la situation économique, la législation a varié et passe par des phases de rigueur et des périodes de libéralisme. À plusieurs reprises, des lois abolissent le taux d'intérêt légal et tentent même d'interdire le prêt à intérêt. L'empereur chrétien Constantin rappelle que le taux maximal pour le prêt d'argent est de 12 % par an. Justinien fixe l'intérêt maximal à 6 % pour le prêt ordinaire. L'anatocisme ou capitalisation des intérêts, connu en Grèce, est pratiqué aussi à Rome jusqu'à son interdiction par Justinien.

Des dispositions particulières concernent le **prêt maritime**. C'est un prêt accordé, à un armateur, à un propriétaire de navires ou à un négociant dont les marchandises sont chargées sur un navire. Le prêt est consenti contre un intérêt très élevé, mais le bailleur de fonds est associé aux risques du transport maritime : le prêt est assorti d'une clause selon laquelle le débiteur ne paiera rien si le navire fait naufrage. Le créancier espère un gros bénéfice mais il court également un grand risque. C'est pourquoi, on appelle ce contrat « prêt à la grosse aventure » qui est en même temps une sorte d'assurance maritime. Le taux d'intérêt pour un prêt maritime est, sous Justinien, de 12 %.

■ **Le dépôt** est un **contrat réel, synallagmatique imparfait** (l'acte juridique n'engendre de façon immédiate qu'une seule obligation) et un **contrat de bonne foi**. Il se forme par la remise d'une chose mobilière à un dépositaire qui doit la conserver gratuitement jusqu'à ce que le déposant la lui réclame. C'est un contrat en vue de mettre un objet en sécurité. L'acte juridique n'est véritablement constitué qu'au moment de la remise matérielle de l'objet. **Le dépôt est un service d'ami gratuit** conclu dans l'intérêt exclusif du déposant. **Le dépositaire** ne peut utiliser la chose, sinon il commet un vol d'usage ; il est tenu de garder la chose, de veiller sur elle et de la conserver en bon état ; il devra indemniser

le déposant si la chose est perdue, détruite ou endommagée par sa faute. **Le déposant** doit indemniser les dépenses engagées par le dépositaire en vue d'assurer la conservation de la chose déposée.

■ **Le commodat** ou le **prêt d'usage** est un **contrat réel, synallagmatique imparfait, un contrat de bonne foi** qui se forme par la remise d'une chose à une personne qui pourra l'utiliser gratuitement pendant un certain temps, à charge de restituer la chose elle-même (une chose d'espèce) à une date déterminée (un étudiant prêtant un stylo à son voisin fait un commodat). **Le commodataire** est un simple détenteur qui n'acquiert ni la propriété ni la possession ; il doit garder la chose en bon père de famille ; il doit indemniser **le commodant** pour toute perte, détérioration survenue à la suite d'une faute, d'une négligence, d'une maladresse. Le contrat est conclu dans l'intérêt exclusif de l'emprunteur (commodataire) et il est gratuit. Si le prêteur (le commodant) se fait payer, la convention se transforme en contrat de bail.

### c. Les contrats *verbis*

Ce sont des contrats formels ou solennels constitués par un engagement oral. Les obligations qui en résultent sont fondées sur le consentement des parties, mais **c'est la forme verbale qui donne véritablement naissance au contrat. Le principal contrat verbal est la stipulation** qui a permis de créer des mécanismes juridiques de grand intérêt<sup>1</sup> et qui a exercé une influence déterminante sur le développement de la théorie générale des obligations.

La stipulation est un mode solennel et formaliste de contracter une obligation. Elle consiste en une demande verbale du créancier (le stipulant) et une réponse verbale du débiteur (le promettant). Dans l'usage actuel, stipuler s'emploie pour toute clause insérée dans un contrat. En droit romain, le mot doit être réservé aux obligations issues de ce contrat particulier qu'est la stipulation<sup>2</sup>. La stipulation requiert l'usage de formules consacrées. La question est *Spondesne* ? (promets-tu ?) ; la réponse s'exprime par *Spondeo* (je promets). Ces termes sont consacrés par le droit civil (la Loi des XII Tables) et réservés aux seuls citoyens romains.

---

1 Les deux autres types n'en sont que des variantes, à savoir **la promesse de dot** qui est un engagement unilatéral solennel, verbal, de constituer une dot, et **le serment de l'affranchi** qui s'engage à remplir certaines prestations au profit de son patron.

2 Stipuler une prestation signifie « se faire promettre » et ne s'applique qu'au créancier.