

## **L'obligation romaine : Perspective sur une évolution**

René-Marie RAMPELBERG

*Professeur à l'Université de Paris Sud*

RÉSUMÉ. — La conception romaine de l'obligation constitue le fleuron de l'apport incontournable du droit privé romain à nos systèmes juridiques occidentaux contemporains. Les Romains, s'ils n'ont jamais connu le principe d'autonomie de la volonté, n'en ont pas moins dépassé, dans le domaine des obligations contractuelles, la référence à des contrats types en forgeant au fil des siècles le mécanisme des contrats dits « innomés », dont l'importance est trop souvent minimisée. Pourtant ceux-ci constituent peut-être un apport plus intéressant que la classification romaine des obligations sur laquelle nous vivons encore.

Vers 200 av. J.-C., dans son *Truculentus*, 214, Plaute, l'auteur comique inspirateur de Molière, fait dire à la servante Astaphium : « *Nam fundi et aedes obligatae sunt ob Amoris praedium* »<sup>1</sup>. Il s'agit de l'exemple le plus ancien d'utilisation du verbe *obligare*. Pour sa part, le substantif *obligatio* est employé par Cicéron, pour la première fois, semble-t-il, en 54 avant J.-C. dans les *Epistulae ad M. Brutum* I, 18, 3 : « *Est... gravior difficilior animi et sententiae [...] pro altero quam pecuniae obligatio* »<sup>2</sup>. Aussi loin que l'on puisse remonter dans la terminologie juridique romaine, *obligatio* qualifierait le *vinculum iuris*, le lien de droit, considéré de part et d'autre. Le mot ferait référence aussi bien au droit du créancier qu'au devoir du débiteur.

La mise au point du concept d'*obligatio* et le développement d'un droit des obligations constituent l'une des grandes contributions du génie romain à la science du droit. Mais dans ce domaine comme dans l'ensemble de l'univers juridique, les Romains sont restés égaux à eux-mêmes : agir et réagir d'abord en praticiens, imaginer le droit avant tout pour répondre, ponctuellement, aux besoins nouveaux suscités par l'évolution sociale et économique ; la conceptualisation ne fait que suivre, et souvent de façon empirique. C'est de cet esprit que les quelques pages qui suivent, ne revendiquant aucune originalité, entendent témoigner.

<sup>1</sup> (Sa propriété et ses maisons sont hypothéquées pour acheter le domaine d'Amour).

<sup>2</sup> (Il est plus grave et plus difficile de répondre des sentiments et de la pensée d'autrui, [...], que de son obligation de payer une somme d'argent).

La conception romaine classique et justinienne de l'obligation et de ses sources ne s'est pas dessinée en un jour. Elle est le produit d'un long développement historique dont les origines et les phases font l'objet de nombreuses controverses<sup>3</sup>.

I. — APPARITION DE LA NOTION D'OBLIGATION  
ET MULTIPLICITÉ DES RAPPORTS D'OBLIGATIONS  
À L'ÉPOQUE ANCIENNE (VIII<sup>e</sup>-III<sup>e</sup> siècles avant J.-C.)

Les personnes, et surtout le *pater familias*, sont tenues par des liens d'origines diverses, très variés, et appelés à des évolutions différentes. C'est dans ce contexte archaïque que se dessinent les prémices de la notion d'obligation.

A. — *L'obligation née d'actes illicités*

a) En cas de délit privé – ceux, pour faire bref, qui portent seulement atteinte à la personne ou à ses biens sans dépasser un certain seuil de gravité –, une punition corporelle n'est infligée par la victime que s'il y a flagrance (*furtum*) ou traces physiques manifestes (*membrum ruptum, os fractum*). La victime d'un vol peut saisir le voleur manifeste (c'est le cas si l'objet dérobé est retrouvé chez le coupable), en présence des voisins, pour le tuer ou le vendre, ou plus souvent le garder comme esclave. Le responsable d'un membre amputé ou brisé est passible du talion, peut-être infligé sous le contrôle de l'autorité. Mais peu à peu une *pactio* permet une composition pécuniaire volontaire remplaçant la peine corporelle ; les XII Tables en attestent pour le *membrum ruptum*, le membre arraché ou amputé.

b) Plus tard, la composition est rendue obligatoire et s'applique au *furtum nec manifestum* (vol non manifeste) ou à la simple blessure (*iniuria* au sens restreint), à la coupe des arbres d'autrui, aux dommages causés par les animaux (*pauperies*), etc. L'argent versé directement la peine, et non une compensation : d'où le sens ambivalent de *poena*. Dans tous les cas, le coupable a l'« obligation » d'acquitter la peine pécuniaire : sujet passif d'un *oportere* (nécessité de...), il peut être poursuivi à ce titre par un *sacramentum in personam*<sup>4</sup> engagé par la victime. En cas de *furtum*, son inexécution l'expose même à la *manus iniectio*, saisie physique directe.

<sup>3</sup> On ne peut, dans le cadre limité de ce résumé, que présenter quelques indications bibliographiques très sommaires. Pour une première approche : F. Pastori, *Concetto e struttura della obbligazione nel diritto romano*, Milan, 1982 ; G. Crifo « Appunti per una storiografia dell'obbligazione romana », *Scritti Moroni*, 1982, p. 1 369 et s. ; sous la direction de J. Paricio : *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, 1994, 997 p.

<sup>4</sup> Forme ancienne de l'action personnelle romaine, où les parties ne s'affrontent pas directement, mais par l'intermédiaire de serments réciproques ; la sentence n'est qu'une conséquence indirecte de l'appréciation du parjure de l'une d'entre elles.

Les *rupitiae* (causer un dommage à autrui ?) sont très mal connues. Selon les Douze Tables, la *pauperies* impose au propriétaire de l'animal qui a causé un dommage de payer une somme équivalente à celui-ci, ou de procéder à l'abandon noxal<sup>5</sup> de l'animal.

c) Vers la fin de la période ancienne, les délits privés évoluent peu. Seules les mystérieuses *rupitiae* connaissent peut-être, avec le plébiscite aquilien du début du III<sup>e</sup> siècle avant J.-C., un changement dans la sanction des dommages causés aux biens d'autrui.

En effet, la *lex Aquilia* de 286 avant J.-C. modifie à fond le régime juridique du délit privé ; elle inaugure ce qu'on appelle encore la « responsabilité aquilienne », aboutissant à la théorie moderne des obligations résultant d'actes illicites. La jurisprudence fondée sur la *lex Aquilia* a bouleversé le domaine délictuel aussi fortement que la création des contrats consensuels a transformé les actes juridiques entre vifs.

L'innovation de la loi aquilienne par rapport au régime pénal antérieur consiste en la prise en considération de ce que le dommage causé à la chose par l'auteur de l'acte illicite provoque pour la victime un appauvrissement de son patrimoine ; la *lex Aquilia* a pour fonction réparatrice de rétablir la situation existant avant l'événement préjudiciable en accordant la valeur de la chose perdue. Le dommage (*damnum iniuria datum*) causé par l'acte délictuel vient désormais en première position ; au contraire, l'élément de peine et de satisfaction morale du lésé passe à l'arrière-plan.

Le préjudice injustifié par excellence est celui que l'on cause intentionnellement par dol, notion incluse dans l'*iniuria*, l'acte contraire au droit. Cependant, le simple critère de *culpa*, de faute, régit aussi les préjudices non intentionnels mais injustifiés, c'est-à-dire l'*iniuria* de base. Les juristes de l'époque classique parvinrent même par la suite à condamner l'auteur du dommage à une somme couvrant l'intérêt du demandeur (*quod actoris interest*) équivalant au régime de la responsabilité contractuelle. Mais il faut bien voir que la notion de *culpa* trouve sa source dans la loi aquilienne et que ce n'est que par la suite qu'elle s'étend au domaine des contrats<sup>6</sup>.

D'autre part, du point de vue technique, une règle générale unique s'est peu à peu substituée aux divers types d'actes illicites du droit privé. Elle a fait de la responsabilité aquilienne la forme commune de la responsabilité issue d'un acte illicite général. Les droits d'Europe continentale, fondés sur le droit romain, s'opposent à cet égard aux pays du Common Law, qui ont conservé le système des délits types appelés « *torts* ».

<sup>5</sup> Déterminé par le délit d'un incapable ou le dommage causé par un animal.

<sup>6</sup> Finalement, la seule véritable différence entre la responsabilité aquilienne des Romains et la nôtre réside dans les termes du code civil : alors que Julien et Ulpian, sources essentielles de renseignement, parlent de dommage à la « chose d'autrui », le Code, art. 1382, utilise la formule plus large « à autrui ».

B. — *Les obligations nées d'actes licites*

Les autres rapports sont relatifs à un « résultat » recherché par une personne que l'on peut qualifier de « créancier ». Ici interviendront plusieurs distinctions ultérieures<sup>7</sup>.

Certains liens consistent en l'asservissement du sujet passif (disons pour simplifier l'« obligé »), asservissement qui dure indéfiniment si le « résultat » n'est pas atteint, mais cesse au cas contraire. Dans d'autres cas, dans l'attente du « résultat », l'asservissement n'est que potentiel, mais peut devenir réel en cas d'absence de « résultat », le demandeur disposant de moyens procéduraux pour obtenir cette transformation.

Dans certains cas, le « résultat » ne dépend pas de la conduite d'une personne (ex. : la santé d'un animal) : l'« obligé » n'en garantit pas moins que si le « résultat » n'est pas atteint, il en répondra sur son propre corps en étant ou en restant asservi<sup>8</sup>.

a) *Le nexum.*

Les *nexi* paraissent avoir été obligés par leur propre prestation. On peut supposer que le *nexum* était en fait un acte unique, consistant en l'emploi d'un *gestum per aes et libram*<sup>9</sup> pour engager son propre corps en vue de garantir l'exécution d'une prestation nouvelle ou préexistante. Cette supposition est confortée par Varron<sup>10</sup> et Tite-Live<sup>11</sup>, selon lesquels une *lex Poetelia* de 326 ou 313 avant J.-C. aurait disposé que désormais ce sont les biens du débiteur et non son corps qui seront assujettis au créancier.

Encore à l'époque classique, seul un acte inverse du *nexum*, la *solutio per aes et libram*, et non pas l'exécution véritable, permet au *nexus* de se libérer.

b) *La sponsio.*

D'autres liens juridiques pesaient sur la personne dont le créancier attendait la prestation. Ici l'asservissement corporel n'était que potentiel et n'intervenait qu'en cas d'inexécution de la « prestation ». Il en va ainsi de la *sponsio*, acte probablement sacré à ses débuts et ne déterminant qu'un lien éthique et religieux. Le mot viendrait du grec « *spendo* » (libations sacrificielles) et non du latin *sponte* (« spontanément »).

<sup>7</sup> C. A. Cannata, « *Creditum e obligatio*, » *Labeo*, 20 1974, p. 104 et s. ; « Sul problema della responsabilita nel diritto privato romano », *IURA*, XLIV, 1993, p. 1-83.

<sup>8</sup> D'autres « résultats » dépendent de la conduite d'une ou de plusieurs personnes données (ex. : la réalisation devant un magistrat d'un acte convenu). On peut alors parler de « prestation » en faveur d'un créancier, exécutée soit par l'obligé, soit par un tiers ; dans ce dernier cas, l'obligé garantit la personne de celui dont il attend la prestation, lequel, malgré l'attente du créancier, n'est pas tenu de la fournir. Les *vades* ou *praedes* sont des exemples de semblables garants. Dans la procédure primitive, les premiers garantissaient au demandeur la recomparution du défendeur à la seconde audience si tout n'avait pas été traité à la première ; dans les procès pénaux, ils garantissaient la présence de l'accusé à l'ouverture des débats, lui permettant ainsi de rester libre jusque-là. Il semble que les *praedes*, dans le *sacramentum in rem*, garantissaient la restitution de l'objet controversé et de ses fruits si le vainqueur n'en avait pas la possession.

<sup>9</sup> Acte d'acquisition formaliste et lourd, en présence d'un porteur de balance censé peser le prix, convenu ou fictif, en présence de témoins.

<sup>10</sup> *Lingua latina*, 7, 105.

<sup>11</sup> VIII, 28, 1-8.

L'institution acquiert vite une efficacité juridique. Dès les Douze Tables, la personne dont on attend la prestation est soumise à la nécessité de l'accomplir. La *sponsio* est donc la première véritable obligation romaine, comme le premier véritable contrat, à la différence du *nexum*, des *vades* et des *praedes*.

Formellement, elle était caractérisée par la demande du futur créancier et la réponse congruente du promettant, apte à déterminer éventuellement l'exécution de la prestation par un tiers (*Ondes mihi centum dari? Spondeo* ou *centum tibi dari spondeo*). L'essentiel est que, pour échapper à l'asservissement corporel, l'« obligé » était « dans la nécessité » – c'est l'origine du terme technique *oportere* – psychologique et juridique d'effectuer la « prestation ».

La *sponsio* ne peut être éteinte que par un acte formel symétrique, l'*acceptilatio* (« As-tu reçu ce que je t'ai promis? Oui »), et non par la seule exécution. L'*acceptilatio* ne s'efface dans ce domaine qu'au cours du II<sup>e</sup> siècle après J.-C., où son rôle change.

c) *Destinée de ces rapports juridiques.*

Seuls la *sponsio* et les liens délictuels connurent un développement très important dans le cadre des obligations classiques, modèles de celles des justiniens et des modernes. Si les juristes classiques<sup>12</sup> parlent encore de *nexus* à propos de l'obligation de la vente, l'institution, sclérosée, finit cependant par disparaître.

d) *Actes d'engagement informels.*

Le prêt informel d'argent ou de choses fongibles (*mutuum*) contraignait-il le débiteur? Le problème est lié au développement économique non agricole et à celui, concomitant, du prêt non formaliste (le *nexum* perd du terrain) aux III<sup>e</sup>-II<sup>e</sup> siècle avant J.-C. La non-restitution est d'abord considérée comme un vol : celui qui ne restitue pas est puni comme voleur.

Mais pour parvenir à l'étape où, par sa promesse (*dari spondeo*), l'emprunteur s'engage à restituer l'argent reçu ou à recevoir, les juristes durent démontrer que la validité du transfert de propriété impose à l'emprunteur de justifier sa conservation des biens et n'empêche pas son obligation de restitution après un délai déterminé. Le problème était en somme de préciser la cause de l'acquisition. Les juristes établirent donc qu'ici cette cause ne permet pas la conservation définitive de l'argent ou des denrées par l'acquéreur, qui doit donc être soumis à un *dare oportere* restitutoire.

Ceci n'a peut-être été mis en place que par une loi *Silia* de 242 avant J.-C., instituant l'action de la loi qualifiée de *condictio* servant à imposer (*dare oportere*) le versement d'une somme d'argent, et particulièrement à titre de restitution ; auparavant il semble que l'on recourait au *sacramentum in personam*. Quoiqu'il en soit, la première configuration du *mutuum* paraît donc très ancienne.

<sup>12</sup> Julien, cité par Ulpien, *D.* 12, 6, 26, 7.

II. — APOGÉE ET LIMITES DE LA NOTION ROMAINE CLASSIQUE  
D'OBLIGATION (II<sup>e</sup> siècle avant J.-C.- III<sup>e</sup> siècle après J.-C.)

L'expansion économique méditerranéenne et européenne de Rome conduit à la reconnaissance de nouvelles obligations licites indispensables, aux III<sup>e</sup> et II<sup>e</sup> siècles avant J.-C., compte tenu de la multiplication des rapports entre Romains et pérégrins et même entre les seuls pérégrins. L'évolution s'effectue dans le cadre du *ius civile*<sup>13</sup> proprement dit, mais aussi dans celui du *ius gentium*<sup>14</sup>. Les préteurs, guidés par des juristes, créent de nouveaux moyens de droit fondés sur des critères éthiques ou sociaux comme la *fides* ou la *bona fides*, matrices du consensualisme qui apparaît alors. Leur rôle, essentiel, s'étend aussi au domaine délictuel. Confrontés à des faits licites ou non, ils agissent soit de manière autonome dans le cadre du droit honoraire<sup>15</sup>, soit en entremêlant modifications du *ius civile* et réformes prétoriennes *stricto sensu*.

Certes, les juristes romains ne construisirent pas une théorie générale des obligations. Mais, à l'instar des préteurs, ils se sont attachés à prévoir et à régler concrètement des rapports spécifiques au cas par cas. Puis le regroupement de ceux-ci par types s'en est suivi. Ainsi naissent les obligations issues d'actes licites, d'une part, d'actes illicites de l'autre. De plus, chaque type de contrat ou de délit détermine une catégorie particulière d'obligations, de même qu'une action personnelle spécifique. Ce qui n'empêche pas l'existence d'actions atypiques, ainsi, à l'inverse, que celle d'une notion unitaire de l'obligation. Celle-ci a son modèle, on l'a vu, dans le lien créé par la *sponsio*, le *furtum nec manifestum* ou le *damnum iniuria datum*, cette filiation étant d'ailleurs plus intuitive que raisonnée.

La commodité conduit à rappeler d'abord une définition de l'obligation, la plus éclairante de la période, celle de Paul.

<sup>13</sup> Droit exclusivement réservé aux citoyens romains, minoritaires jusqu'à l'universalisation de la citoyenneté en 212 après J.-C ; il est la source exclusive du droit des premiers siècles de Rome. Mais sous l'Empire tardif, l'expression tendra à recouvrir l'ensemble du droit romain, pour le distinguer des multiples droits locaux parallèlement maintenus en vigueur.

<sup>14</sup> Au contraire du droit civil, il fut créé pour gérer les rapports entre les non-citoyens (pérégrins) et ceux pouvant se nouer entre ceux-ci et les citoyens. Aile marchante du droit privé compte tenu des masses concernées, il sera rapidement ouvert aux citoyens entre eux, qui pourront dès lors le préférer au *ius civile*.

<sup>15</sup> Fait référence aux magistrats en général, titulaires des *honores*, et aux préteurs en particulier.

A. — Définition de l'obligation selon Paul<sup>16</sup>

*Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum faciat aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.*<sup>17</sup>

Paul oppose donc l'obligation aux droits réels, et insiste sur le comportement auquel est tenu le sujet passif d'un rapport obligatoire. Si, dans un droit réel, l'intérêt protégé est satisfait indépendamment de l'intervention d'un tiers, le contenu d'une obligation implique la « nécessité » qu'un sujet accomplisse ou non une activité en faveur d'un autre, et qu'il puisse y être éventuellement contraint par ce dernier.

Mais qu'en est-il alors de la distinction action réelle-action personnelle ? Selon la classification de Gaius<sup>18</sup>, d'un demi-siècle antérieure, l'action personnelle nous permet d'exiger de celui qui s'est obligé vis-à-vis de nous à *dare, facere, praestare* en notre faveur ; par l'action réelle – et ici l'approche est identique à celle de Paul – nous affirmons qu'une chose ou un droit sur la chose d'autrui est à nous. Chez les deux auteurs, les définitions de l'obligation font allusion à un lien juridique entre un tiers (l'obligé) et nous. Paul considère qu'il est de l'essence de l'obligation de contraindre (*obstringere*) ce tiers à nous donner, etc. De même pour Gaius, l'action personnelle, sur le plan procédural, lui impose juridiquement (*oportere*) de nous donner, etc. L'*intentio*<sup>19</sup> d'une action réelle affirme donc l'appartenance au demandeur d'un droit réel, alors que celle d'une action personnelle affirme la nécessité juridique, pour le débiteur, d'accomplir la prestation.

Grâce à Paul, on comprend ainsi que si l'obligation n'est pas satisfaisante en soi pour le créancier, elle est malgré tout protégée par des actions personnelles destinées à lui procurer plus tard la prestation due.

## B. — Sources des obligations

Certes, les faits illicites, en tant que sources d'obligations, ne posent pas de problème du fait que le *ius civile* est toujours leur fondement direct ou indirect. Mais il n'en va pas de même pour les actes contractuels. Ici, les juristes durent adapter le *ius civile* aux exigences pratiques des particuliers, ce qui les conduisit peu à peu à distinguer le simple *pactum*, sans effet obligatoire, du rapport où le *ius* établit un lien rendant la prestation obligatoire.

<sup>16</sup>D. 44, 7, 3 pr. On ne saurait ici entrer dans la polémique sur le point de savoir si le texte est authentique ou a été interpolé à l'époque justinienne.

<sup>17</sup>(La substance des obligations ne consiste pas à faire nôtre une chose corporelle ou une servitude, mais à contraindre autrui à nous donner quelque chose, à faire quelque chose pour nous ou à exécuter une prestation en notre faveur).

<sup>18</sup>*Inst.*, 4, 2.

<sup>19</sup>L'*intentio* est la partie de la formule contenant l'exposé de la prétention – hypothétique, car le juge doit l'apprécier – du demandeur : « Tout ce qu'il apparaît au juge que Durand doit transférer en propriété à Dupont ou faire en sa faveur ».

a) *Évolution des obligations contractuelles* <sup>20</sup>.

C'est Labéon <sup>21</sup>, éminent juriste augustéen de l'école proculienne <sup>22</sup>, qui paraît avoir tenté la première construction de la notion de contrat. Centrée sur ce dernier, sa démarche s'élargit cependant à ce que l'on entend aujourd'hui par « actes juridiques patrimoniaux ». Il distingue l'*actum*, qualifié de « terme général », et illustré seulement par la *stipulatio* <sup>23</sup> et le *mutuum*, du *contractum*, au sens restrictif d'acte créateur d'obligations réciproques, et du *gestum*, exécution physique d'un rapport d'intérêts dépourvu de déclaration.

La notion contractuelle est ici beaucoup plus restreinte que celle, plus tardive, de Gaius, qui englobe non seulement les obligations synallagmatiques, mais aussi *re, verbis* ou *litteris* <sup>24</sup>. La position de Labéon est en effet encore marquée par la nécessité de fournir un cadre théorique aux nouvelles pratiques commerciales majoritairement synallagmatiques, introduites par le préteur dans le *ius civile* au moyen des formules de bonne foi.

Mais un autre courant se dessine chez les juristes sabinien qui, peut-être après certains *veteres* républicains, semblent avoir vu un contrat dans tout acte licite créateur d'obligation. Ils auraient transformé le verbe *contrahere*, ordinairement utilisé quand l'obligation n'était pas délictuelle (*obligationem contrahere*), en substantif. Certes, on utilisait aussi ce verbe pour des délits ou actes illicites, mais son objet était alors ceux-ci, et non le lien d'obligation. On comprend que seule cette conception large de *contractus*, n'écartant que les actes non licites, était apte à fonder la distinction des obligations en contractuelles et délictuelles, comme elle apparaît chez Gaius <sup>25</sup> : celui-ci, sabinien, l'a sans doute hérité de son école. Mais cela ne veut pas dire qu'il soit resté insensible à l'aspect synallagmatique du contrat retenu par Labéon. Il s'y réfère <sup>26</sup> à propos des contrats consensuels, tels que vente, louage, société, mandat, où aucune forme écrite ou

<sup>20</sup> A. Biscardi, « Génesis y desarrollo del sistema contractual romano », dans *Temas de derecho romano*, 1987, p. 37 et s. ; M. Sargenti, « Nascita e svolgimento dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano », I et II, *IURA*, 38, 1987, p. 25 et s. et 39, 1988, p. 24 et s.

<sup>21</sup> Cité par Ulp. D. 50, 16, 19.

<sup>22</sup> Dans la ligne de Labéon, les Proculiens auraient fait figure en général de novateurs, en face des Sabinien, dont un des chefs de file, vers notre ère, fut Capito, considérés de façon discutable comme plus conservateurs.

<sup>23</sup> Héritière de la *sponsio* primitive, c'est le contrat « verbal » par excellence, même lorsqu'une considérable évolution le transforme en fait en acte écrit et en fait un véritable « moule à conventions » ; voir W. Flume, « Zu den römischen Bürgschaftsstipulationen », *ZSS RA*, CXIII, 1996, p. 88-131.

<sup>24</sup> Cadres traditionnels des contrats les plus anciens, ceux du *ius civile* ; l'obligation se forme : a) par remise d'une chose, b) recours à une formule orale (ex : la stipulation, dans la lignée de la *sponsio* primitive), c) par jeu d'écritures comptables ou par un écrit. Voir C. A. Cannata, « La distinction *re-verbis-litteris-consensu* et les problèmes de la pratique », *Festgabe von Lubtow*, 1970, p. 444 et s.

<sup>25</sup> *Inst*, 3, 88.

<sup>26</sup> *Inst*, 3, 135.

orale n'est exigée. Chacun doit ici s'acquitter de sa prestation vis-à-vis de l'autre selon l'*aequum et bonum*, à la différence des contrats *verbis* ou *litteris*, unilatéraux<sup>27</sup>.

Ces contrats consensuels, fondamentaux, doivent retenir l'attention. Leur introduction constitua une innovation dont l'envergure est incontestable. Auparavant il n'existait que l'échange réel, ou certains engagements unilatéraux produisant uniquement l'obligation d'une partie envers l'autre ; désormais, par ce type de contrat, l'*échange obligationnel* fait son entrée dans le droit romain.

Ils apparaissent à Rome à partir du III<sup>e</sup> siècle avant J.-C. Les juristes travaillèrent à en perfectionner la systématisation jusqu'au I<sup>er</sup> siècle de notre ère. Ils identifièrent le fondement des contrats consensuels à l'idée de bonne foi – *bona fides* – devoir objectif d'honnêteté exigé de tous. L'origine de ces contrats remonte à la pratique du commerce international ; ils furent regardés comme des institutions du *ius gentium* accessibles également aux citoyens romains et aux non-citoyens. Cette nouvelle conception ouvrit donc le système contractuel à l'éthique du juste et de l'équitable. Celle-ci, selon le rêve de Cicéron<sup>28</sup>, relie tous les individus dans la société universelle des *boni viri*, des hommes de bien. La philosophie de l'école stoïcienne se concrétise dans les contrats les plus importants, qui constituent, selon l'Arpinate<sup>29</sup>, le « support de la vie en société ».

C'est dans ce contexte qu'au I<sup>er</sup> siècle après J.-C., Sextus Pedius, connu seulement par Paul et Ulpie<sup>30</sup>, exprime formellement l'idée que souscrire une obligation implique un accord des parties, une *conventio* : il n'est pas une obligation, pas un contrat, fut-il *verbis* ou *litteris*, qui ne contienne une convention, manifestation du consentement des parties. Pedius affirme même que l'*actum* qu'est la *stipulatio* serait sans valeur en l'absence de consentement.

Pedius, puis Ulpie, étaient encore suivis à la fin du III<sup>e</sup> siècle après J.-C. Le premier influença les Sabinien<sup>31</sup> qui, restreignant leur conception du *contractus*, en exclurent les actes licites n'intégrant pas un accord des parties. Ceci est visible chez Gaius traitant des contrats réels (*re contrahere obligationem*) : il ajoute lui aussi le paiement de l'indu au *mutuum*, tout en observant ensuite que le premier, faute d'accord, n'est pas vraiment un contrat, car ici « celui qui à l'intention de payer entend plutôt se libérer d'un rapport d'affaires que contracter »<sup>31</sup>.

Il n'en demeurait pas moins que, pour qu'un accord déterminé rendit la prestation juridiquement obligatoire (*oportere*) au moyen d'une formule procédurale, il fallait que cet accord fut reconnu par le *ius civile* ou le *ius gentium*. Ulpie le rappelle encore : *Ne ex pacto actio nascatur*<sup>32</sup> : du pacte nu seul, librement convenu par les parties, ne naît pas d'action. L'élément essentiel du contrat, outre un accord, était donc ou une cause

<sup>27</sup> Papinien, (*De verborum significatione*), *D*, 50, 16, 219 : « *In conventionibus, contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit.* » ; à rapprocher de l'art. 1156 du code civil : « On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes ».

<sup>28</sup> *De off.*, 2.

<sup>29</sup> *De off.*, 3, 70.

<sup>30</sup> *D*, 2, 14, 1, 3.

<sup>31</sup> *Inst*, 3, 91.

<sup>32</sup> *D.*, 2, 14, 7, 5.

spécifique, c'est-à-dire un rapport socio-économique reconnu par le *ius civile* ou le *ius gentium*, ou au moins une forme, telle, par exemple, une *stipulatio*. Les juristes s'efforcèrent donc de procéder à une extension du nombre des contrats typiques. Ceux-ci sont énumérés dans les *Institutes* de Gaius. Tout autre accord, selon ses prédécesseurs Celse et Julien, ne détermine pas d'action et n'est donc pas source d'obligation<sup>33</sup>.

Cependant, aux II<sup>e</sup> et III<sup>e</sup> siècles, une évolution se produit.

- D'abord, la distinction entre situations protégées, les unes par une action civile, les autres par une action prétorienne, est dépassée, même si droits civil et prétorien gardent leur identité.

- Ensuite, et surtout, la plupart des juristes estiment que les contrats non typiques, s'ils ont une *causa* adéquate, peuvent bénéficier de la protection du droit civil.

Le premier aspect est illustré par l'élargissement, pour tenir compte des pratiques nouvelles, de la notion originelle très rigide de contrat réel. Pour ce faire, on recourt d'abord à des *actiones in factum*<sup>34</sup> prétoriennes ; puis la protection du droit civil est ouverte grâce aux « actions de bonne foi », permettant une interprétation plus large de l'obligation : ainsi pour le dépôt, le commodat et le gage. Finalement tous ces rapports sont intégrés alors aux contrats civils types.

Le second aspect de l'évolution se dessine assez tôt. Il est connu en particulier grâce à Ulpien, *4 ad ed*<sup>35</sup>, après qu'il ait rappelé que le simple pacte est, fondamentalement, « le consentement de deux ou plusieurs personnes sur un même objet »<sup>36</sup>. Son texte, peut-être interpolé, précise qu'un accord entre des parties étranger aux catégories reconnues par le *ius civile* et le *ius gentium*, s'il ne constitue pas un des contrats ayant son propre nom – vente, louage, société, etc. –, peut cependant, selon Ariston, faire naître une obligation s'il existe une *causa*, comme quand on donne une chose pour en avoir une autre. Dans un cas analogue mais plus complexe, Mauricien suggère que le demandeur ait une *actio civilis incerti*<sup>37</sup>. Tous deux arguent du fait que ce type d'accord est un *synallagma*<sup>38</sup>.

Le *synallagma* avait déjà été comparé par Labéon à son *contractus*, source d'« obligation de part et d'autre », mais ne lui avait pas permis de dépasser le schéma des contrats consensuels typiques et « nommés ». Ariston et Mauricien, au contraire, en modifient le sens en l'appliquant à des situations où, deux prestations réciproques ayant été promises, l'une a déjà été exécutée. La *causa* exigée par Ariston pour faire naître une obligation civile d'un contrat atypique comportait donc deux éléments : la réciprocité des obligations et l'exécution préalable de l'une d'entre elles.

<sup>33</sup> *D.* 3, 14, 7 pr.

<sup>34</sup> Action créée spécifiquement à propos d'un cas concret soumis au magistrat, qui propose ainsi un nouveau moyen de droit.

<sup>35</sup> *D.* 2, 14, 7 pr.

<sup>36</sup> *D.* 2, 14, 1, 2.

<sup>37</sup> L'action incertaine permet de faire valoir une prétention ne portant pas sur une somme ou quantité de choses fongibles certaines.

<sup>38</sup> A. Biscardi, « *Quod Graeci synallagma vocant* », *Labeo*, 29 1983, p. 137 et s.

D'autre part, une formule pouvait parfois avoir une *intentio*<sup>39</sup> incertaine valable, bien qu'elle sortit du cadre des obligations traditionnelles. Au besoin utilisait-on même une *praescriptio*<sup>40</sup> à la place de la *demonstratio*<sup>41</sup>. C'est pourquoi le Code et le Digeste de Justinien évoquent l'utilisation, dès avant Dioclétien, d'une action *praescriptis verbis*<sup>42</sup>. Justinien l'inclut parmi les « actions de bonne foi », mais elle n'est considérée comme action générale que par le Byzantin Cyrille.

Ariston et Mauricien n'avaient ouvert qu'une petite brèche dans les catégories contractuelles traditionnelles, limitée au cas de prestations réciproques dont l'une avait été exécutée. Certes, le *ius civile* donnait une *condictio* à celui qui avait exécuté une dation pour qu'il obtint restitution. Mais s'il ne s'agissait pas d'une dation, seules des actions prétoriennes ou édictales, telle l'action de dol, ou concédées au cas par cas, pouvaient au plus être utilisées. Les interpolations frappant les textes classiques rendent délicate l'appréciation de l'influence d'Ariston et de Mauricien. En réalité, il semble que la généralisation des contrats atypiques et leur systématisation soient l'œuvre des écoles postclassique et justinienne. Il est d'autre part vraisemblable que le premier à parler de « contrat anonyme » (d'où « innomé ») soit le Byzantin Stéphane<sup>43</sup>. L'exemple principal en est fourni par l'échange.

Les juristes classiques examinent de nombreux autres cas, hétérogènes, de réciprocité des obligations convenues. La partie ayant exécuté obtient une action civile ou *in factum*, parfois subsidiaire, telle l'action de dol.

Enfin le Titre 19, 5 du Digeste, en particulier, fournit d'autres exemples, encore que parfois postclassiques, d'accords atypiques finalement protégés par le droit civil. Les simples conventions entre parties (*pacta*), non sanctionnées par un moyen procédural autonome, et qui peuvent modifier le contenu de conventions existantes, sont donc reconnues au moyen des « actions de bonne foi ».

Ainsi, le dépassement de la classification en contrats types a déjà commencé pendant la période classique, spécialement dans le domaine des contrats consensuels et des prestations correspondantes (« *ultra citroque obligari* »). Mais, en réalité, la classification classique en obligations types, conséquence d'un côté de celle de leurs sources, était d'un autre côté liée à celle de leurs actions. Le régime de chaque obligation dépendait de la

<sup>39</sup> Voir note 19.

<sup>40</sup> Utilisée dans les formules incertaines (ex : pour une obligation de faire quelque chose, et non de payer une somme), elle complète en principe la *demonstratio* en restreignant l'objet de la procédure en cours aux seuls éléments voulus par le demandeur; mais elle peut aussi la remplacer.

<sup>41</sup> Employée seulement dans les formules civiles, personnelles et incertaines, elle est placée avant l'*intentio* qu'elle justifie par un court exposé des faits fondant l'action du demandeur : « Étant donné que Dupont a effectué telle prestation en faveur de Durand ».

<sup>42</sup> F. Gallo, « *Agere praescriptis verbis e editto alla luce di testimonianze celsine* », *Labeo*, 1998, p. 7-25.

<sup>43</sup> Ulpien, *D*, 2, 14, 7, pr : « *Sed et si in alium contractum res non transit, subsistit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem* » (Mais si la convention ne se transforme pas en un contrat nommé, il subsiste quand même une cause, l'obligation reste, comme Ariston l'a fait remarquer à Celse dans un raisonnement de haute tenue) ; à comparer à l'art1107, alinéa 1er : « Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales... », dont la portée est évidemment beaucoup plus limitée.

teneur de la formule de l'action spécifique. À cet égard, la différence entre le régime des obligations que l'on faisait valoir par une « action de bonne foi » et celui de celles que l'on faisait valoir par une *condictio certae pecuniae* ou *certae rei* est exemplaire. L'origine du dépassement de la classification en obligations types, selon les thèses qui prévalent aujourd'hui, semble donc bien remonter à l'*actio praescriptis verbis*.

b) *Les faits illicites productifs d'une obligatio*.

C'est une catégorie plus facile à délimiter que celle des contrats. Sans définir ces faits, et dans une exposition très réductrice des *delicta* et des obligations nées d'un acte illicite, Gaius les énumère : *iniuria*, vol, rapine et *damnum iniuria datum*. Cependant, il se borne à retenir ceux qui sont punis par le *ius civile*, même si les préteurs ont au fil du temps modifié la sanction (*iniuria* par exemple). Mais les nouveaux délits qualifiés par les préteurs ne sont pas mentionnés, alors qu'ils déterminent une grande partie des actions pénales privées classiques.

En dehors de la responsabilité aquilienne, on constate qu'à l'époque classique, le délit fait naître, dans tous les cas, une action tendant au paiement de la *poena (dare oportere)* ; en effet, c'est alors le plus souvent une somme d'argent qui constitue la peine, aussi bien pour les délits civils que prétoriens. Ainsi, la notion d'engagement corporel du débiteur, qui avait survécu à la loi *Poetelia Papiria* pour les délits, disparaît même en cette matière, sauf en cas de délit des *alieni juris* (abandon noxal). Dès lors, la fusion entre les obligations consensuelles reposant sur la bonne foi et celles qui naissent à la suite du délit était possible. Mais l'assimilation n'a jamais été complète : les délits, étant personnels, ne créent pas une dette patrimoniale transmissible héréditairement, comme la dette de l'emprunteur, par exemple.

C. — *Variations dans l'appréhension des sources d'obligations de Gaius à Modestin*

Pendant longtemps, les Romains se sont peu préoccupés de classer les sources des obligations dans un système logique et général permettant d'en mieux maîtriser la complexité<sup>44</sup>. C'est un juriste dont les préoccupations didactiques sont indubitables, Gaius<sup>45</sup>, qui tenta le premier cette démarche (vers 150-160 après J.-C.)<sup>46</sup>.

D'abord, il distingue les actes illicites des contrats, chaque catégorie constituant l'une des deux sources fondamentales d'obligations. Pour ce qui est des délits, Gaius procède à une simple énumération de leurs différents types – en fait seulement ceux ayant une base en *ius civile* – mais ne les répartit pas en genres. S'il les regroupe dans une catégorie unique, c'est seulement pour les placer en situation de symétrie par rapport au contrat.

<sup>44</sup> C.A. Cannata, « Sulla divisio obligationum nel diritto romano repubblicano e classico », *IURA*, 21, 1970, p. 63 et s.

<sup>45</sup> *Inst.*, III, 88-89 et 182.

<sup>46</sup> U. von Luebtow, « Betrachtungen zum gajanischen Obligationenschema », réimp. d'éd. 1948 dans *Mélanges U. von Luebtow, Beiträge zur Geschichte des römischen Rechts*, I, 1996, p. 173- 198.

Sa division des contrats repose sur la conception de Pedius<sup>47</sup>, selon laquelle il y a contrat dès qu'une source d'obligation implique l'accord des parties. Si l'obligation repose sur l'accord seul, le contrat est consensuel ; il y a contrat réel si, en plus de l'accord, la remise d'une chose est nécessaire. L'engagement relève de la catégorie des contrats *verbis* ou *litteris* selon que la volonté des contractants est spécifiquement exprimée oralement ou par écrit. Remise de la chose et forme orale ou écrite sont donc considérées par l'auteur des *Institutes* comme des modalités de la conclusion de certains types de contrats.

Par ailleurs, Gaius<sup>48</sup> reprend l'approche de Celse<sup>49</sup> relative au paiement de l'indu, acte non contractuel mais produisant les effets d'un contrat. Pourtant, une telle approche rompt dans une certaine mesure, la logique de sa classification, où la catégorie des contrats réels ne comprend que le seul *mutuum*<sup>50</sup>. Certes, l'obligation naît également *re*, du fait de la remise de la chose, dans le paiement de l'indu, dont les effets sont identiques à ceux du prêt ; mais il ne saurait y avoir contrat, la volonté des contractants étant absente.

Modestin, au III<sup>e</sup> siècle après J.-C., dans ses *Libri regularum*, suggère une autre approche des sources des obligations ; écartant la notion générale de convention de Pedius, il tente de concevoir une classification globale intégrant les catégories suivantes : *re*, *verbis*, *simul utroque*, *consensu*, *lege*, *iure honorario*, *necessitate*, *ex peccato*<sup>51</sup>. Ici le genre *litteris* (l'écrit) est écarté ; et les délits ont vraisemblablement été rajoutés plus tard, puisqu'ils figuraient déjà dans la catégorie des obligations « naissant de la loi ». Plus technique que celle de Gaius, cette classification vise surtout à caractériser chaque type d'obligation, et non à présenter un schéma didactique facile à assimiler. Elle ne présente de toutes manières qu'un intérêt limité, et a été écartée par la suite.

### III. — LA PÉRIODE POSTCLASSIQUE, OU LE TEMPS DES INCERTITUDES (fin III<sup>e</sup>-VI<sup>e</sup> siècle après J. -C.)

#### A. — Variations et hésitations dans les classifications

L'affirmation selon laquelle les classiques n'auraient pas connu l'*obligatio*, mais seulement des *obligationes* particulières, et que la notion unitaire d'*obligatio* aurait seulement été élaborée à l'époque postclassique et justinienne, n'est pas justifiée, on l'a vu. Au contraire, les classiques, en dépit de leur orientation casuistique, raisonnent souvent sur l'*obligatio*, présupposant donc une notion unitaire. Une différence authentique est en revanche avérée par l'influence encore exercée, dans une certaine

<sup>47</sup> Cité par Ulpien, *D*, 2, 14, 1, 3.

<sup>48</sup> *Instit.*, III, 91.

<sup>49</sup> *D*.13, 6, 13, 3.

<sup>50</sup> *Inst.* III, 90.

<sup>51</sup> *D*.44, 7, 52 : « Par la chose, les paroles, la chose et les paroles ensemble, le consentement, la loi, le droit des magistrats, la nécessité, le péché (délit) ».

mesure, jusqu'au III<sup>e</sup> siècle, par la classification traditionnelle des *obligationes* types, qui, pour être déjà limitée, n'en est pas moins pleinement périmée qu'au cours de la période postclassique.

C'est que, la procédure formulaire disparue, le vulgarisme élimine non seulement la typicité des actions, mais aussi les différences qui les distinguent les unes des autres, et qui apparaissent comme des subtilités inutiles, incompréhensibles dans leur substance. Les critères de responsabilité et la mesure de la condamnation du débiteur qui ne s'exécute pas en viennent ainsi à dépendre exclusivement de raisons substantielles. Dans le même temps, la condamnation du débiteur défaillant n'est plus, semble-t-il, appréciée que selon l'*aestimatio*, ou selon la valeur objective de la prestation.

Pourtant, un regain de classicisme, dont on trouve des traces dans les constitutions, particulièrement orientales, du V<sup>e</sup> siècle, et qui caractérise ensuite la période justinienne, conduit à rétablir dans une certaine mesure la typicité des actions. Mais les types se réduisent désormais à peu près à des appellations et n'ont, sauf exceptions, qu'une faible incidence pratique. Il faut toutefois préciser que, sous Justinien, la distinction entre actions « de bonne foi » et « de droit strict » est officiellement rétablie. Ce rétablissement influence le comportement des parties et pèse sur la nature de la condamnation.

Par ailleurs, les temps postclassiques se caractérisent par une moindre netteté dans la distinction des droits réels et des obligations. La corrélation entre *obligatio* et *actio* favorisait la précision de la distinction entre, d'une part, l'obligation et le droit de créance correspondant, et d'autre part la propriété et les droits réels. Cette distinction respectait en fait la différence entre *actio in personam* et *actio in rem* ; la première n'était utilisable que contre un sujet déterminé, la seconde au contraire l'était contre n'importe quel tiers ayant violé le droit du titulaire. Mais elle n'est plus toujours strictement respectée. Même les écoles orientales classicisantes admettent que la créance de la dation ou de la restitution d'un bien peut être revendiquée contre celui qui, sans être débiteur, détient ou possède actuellement le bien. En substance, on atténue ainsi la stricte connexion entre l'obligation et la personne du créancier ou du débiteur. Une autre conséquence de cette atténuation est la reconnaissance pratique de la cession directe de créance, mais dans les limites admises par les constitutions impériales. Il faut peut-être rattacher à la même tendance l'admission partielle du contrat en faveur des tiers.

#### B. — *Limites des efforts de classification des sources d'obligations*

À la fin de l'Empire, l'ère des grands juristes est close, mais leurs œuvres nourrissent tout ce qui subsiste de vie juridique. Les *Institutes* de Gaius font alors plus que jamais figure de précis à l'usage des juristes praticiens, surtout les avocats, soucieux de recourir à une solution aussi simple que possible. Mais les lacunes et les ambiguïtés de sa présentation des sources des obligations n'en sont que plus manifestes.

D'abord, les sources qui, sans être un contrat, avaient un caractère licite, étaient absentes de sa classification. Ensuite, les délits prétoriens (dol, violence, etc.) n'y figuraient pas. Par ailleurs, la conception du contrat consensuel de Gaius ne s'accordait pas à certains cas où la remise de la chose devait se doubler de l'échange des consentements ;

il n'avait pas non plus intégré ces cas aux contrats réels, considérant que l'obligation qui se forme *re* est indissociable de l'action par *condictio* ; aussi le dépôt, le commodat et le gage étaient-ils exclus de son schéma.

Il semble que la remise en cause de son approche ait été l'œuvre d'un juriste anonyme de la fin du III<sup>e</sup> siècle, et non une révision tardive à laquelle Gaius aurait procédé lui-même. Quoiqu'il en soit, une adaptation, elle aussi apparemment destinée aux praticiens, vit le jour, intitulée *Libri rerum cottidianarum sive aureorum* (« Les livres quotidiens ou Livres d'or »), dont le Digeste a restitué les éléments concernant les sources d'obligations<sup>52</sup>.

Le plan des *Institutes* subit ici, dans l'approche théorique des notions en cause, le contre-coup du recul du niveau jurisprudentiel à l'époque postclassique. D'un autre côté, l'approche retenue est très habilement adaptée aux besoins du temps. À l'instar du précis de Gaius, les obligations sont présentées comme naissant d'un contrat ou d'un délit, ce dernier étant qualifié de *maleficium*. Mais, de surcroît, un certain nombre de sources obligationnelles, se forment selon des règles spécifiques et étrangères aux normes traditionnelles, comme en témoigne *D. 44, 7, 1 pr (Libro II aureorum) : Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio, aut proprio quodam iure ex variis causam figuris*<sup>53</sup>. Ne pouvant être intégrées à un classement unique, elles sont rattachées, selon les cas, à chacune des deux catégories gâiennes.

Une distinction est ensuite établie entre les contrats *re, verbis et consensu*, mais sans mention des contrats *litteris*. Contrats verbaux et consensuels sont présentés comme chez Gaius. En revanche, la catégorie des contrats réels est élargie, englobant, en plus du prêt de consommation, le prêt à usage (*commodatum*), le dépôt et le gage<sup>54</sup>. Cette modification théorique conduit à une évolution de la notion de contrat réel : traditionnellement, l'obligation naissait *re*, de la remise de la chose, le contrat déterminant seulement l'obligation de transférer la propriété de la chose à restituer. Au contraire, dans les *Res cottidianae*, le contrat réel ne peut être conclu que par la remise d'une chose. Il peut s'agir, selon les cas, d'une tradition translatrice de la propriété (*mutuum*), d'une détention (*commodatum* et *depositum*) ou d'une mise en possession (*pignus*). Toutes les obligations découlent désormais du contrat, étant entendu qu'elles peuvent incomber aux deux parties : ainsi dans le commodat, le dépôt et le gage. Il va de soi que l'obligation de base, celle de restituer la chose, subsiste parmi les autres. Notons au passage que ce sont ces principes qui s'appliquent, sauf exception, dans les droits contemporains faisant place à cette forme contractuelle.

En ce qui concerne les délits, Gaius est à nouveau fidèlement suivi<sup>55</sup>.

Restent les sources ne relevant pas des deux catégories précédentes, contrat et délit, qui sont réparties en deux groupes.

Dans le premier figurent celles qui entraînent des effets identiques à ceux d'un contrat : la gestion d'affaires, adaptation du mandat, la tutelle, mettant en œuvre la responsabilité du tuteur vis-à-vis de son pupille, en font partie ; il en va de même pour le

<sup>52</sup> J.M. Coma Fort, *El derecho de obligaciones en las Res cottidianae*, Madrid, 1996.

<sup>53</sup> « Les obligations résultent d'un contrat, ou d'un acte illicite, ou bien d'autres causes diverses, suivant les règles juridiques propres à chacune d'entre elles ».

<sup>54</sup> *D. 44, 7, 1, 2-5.*

<sup>55</sup> *D. 44, 7, 4.*

paiement de l'indu, construit sur le schéma du *mutuum*, et pour le legs déterminant des obligations. Chaque fois, un fait licite est ici la source de l'obligation, qui peut être sanctionnée par une action réipersécutoire, puisqu'elle se forme « comme si elle était issue d'un contrat », *quasi ex contractu*.

La seconde catégorie regroupe les obligations dont la sanction est une action pénale privée, alors qu'elles n'ont pas un caractère délictuel. Elles naissent donc « comme si elles avaient une source délictuelle », *quasi ex maleficio*<sup>56</sup>. Le trait commun des situations répertoriées dans les *Libri aureorum* est d'avoir pour sanction des actions prétorienne, étrangères au *ius civile*, même si l'auteur insiste surtout sur le fait qu'elles n'ont pas de caractère délictuel, mais consistent seulement, éventuellement, en une faute très légère : la responsabilité pour la faute d'autrui en fournit un exemple. Il en est ainsi, par exemple, dans l'*actio furti adversus nautas caupones stabularios*<sup>57</sup> ; cette action délictuelle prétorienne est disponible contre l'armateur, l'aubergiste ou le maître d'écurie.

Une obligation née *quasi ex contractu* ou *quasi ex delicto* a pour seule caractéristique d'être issue d'un fait n'ayant qu'une connotation négative : celle de n'être ni un contrat ni un délit. Sa ressemblance avec ceux-ci ne tient qu'à ses effets : ils sont les mêmes que si elle était effectivement issue d'un contrat ou d'un délit. Elle préfigure les catégories modernes du quasi-contrat et du quasi-délit.

Puis les *Res cottidianae* ont servi de base aux auteurs des *Institutiones* de l'empereur Justinien, publiées en 529. Seule une adaptation toute formelle a été effectuée, sans que le fond de l'œuvre originale soit trahi.

Dans les *Res cottidianae*, l'ensemble des sources non classifiées, s'apparentant par leurs effets aux contrats et aux délits, était rattaché à chacune des deux catégories traditionnelles, on l'a vu. Les juristes de Justinien, eux, créent au contraire deux catégories nouvelles, celles des obligations nées *quasi ex contractu* et *quasi ex delicto*. Ainsi les obligations... *aut ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio*<sup>58</sup>.

Les *Libri aureorum* et les *Institutes* justiniennes se différencient encore sur quelques autres points. Ainsi, les secondes reprennent-elles le contrat *litteris* (par écrit) tout en le qualifiant de « dépassé »<sup>59</sup>. Une division générale entre les obligations issues du *ius civile* et les obligations prétorienne précède la division contrats-quasi contrats, délits-quasi-délits. Enfin, intégrées dans l'énumération des sources d'obligations, les expressions *quasi ex contractu* et *quasi ex delicto* en modifient le sens traditionnel, car elles ne définissent plus les effets des actes qu'elles englobent, mais qualifient seulement, telles de simples étiquettes, des sources d'obligations.

<sup>56</sup> D. 44, 7, 5, 4-6.

<sup>57</sup> (En cas de vol commis par les matelots d'un navire, ou le personnel d'une auberge ou d'une écurie).

<sup>58</sup> I. 3, 13, 2 : [Les obligations]... résultent ou d'un contrat, ou de l'équivalent d'un contrat ou encore d'un acte illicite, ou de l'équivalent d'un acte illicite.

<sup>59</sup> I., 3, 21.

C. — *Symbole d'un héritage :*  
*La définition de l'obligation des Institutes de Justinien*<sup>60</sup>

Cette seconde définition a dominé toute l'histoire juridique européenne jusqu'à nos jours. Il faut admettre que même si Gaius n'en offre pas le modèle, Florentinus, Ulpien, Marcien et d'autres juristes classiques s'en étaient déjà beaucoup rapprochés.

*Nunc transeamus ad obligationes. Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura.*

Chacun de ses éléments doit être analysé.

a) *L'obligation est un lien de droit* : ceci définit le rapport juridique liant le débiteur au créancier une fois l'engagement souscrit, et non le fait produisant l'obligation. On a inutilement épilogué sur le fait de savoir si le « lien de droit » se référerait au lien physique primitif, ou au résultat produit par la naissance de l'obligation, mais ne s'identifiant pas à elle.

b) *Par l'effet duquel nous nous trouvons contraints à la nécessité d'exécuter une prestation* : « Nous nous trouvons contraints par la nécessité » serait-il un pléonisme, puisque *adstringimur* implique en soi l'idée de nécessité, qui est au reste de la nature de l'obligation ? En réalité, c'est le fait que l'exécution de l'obligation est soumise à sanction qui est souligné, à la différence de celle d'autres engagements. *Solvere* ne signifie pas seulement payer, mais « exécuter la prestation due ». L'objet « d'exécuter » est la prestation due, et non la libération du débiteur (*solutus*). Cohérente, la définition peut tout au plus être jugée trop générale et un peu vague.

c) *Selon le droit de notre cité* : par le passé, on a souvent considéré que seules les obligations gérées par le *ius civile* seraient concernées, mais non celles relevant du *ius gentium*. Aujourd'hui, l'expression peut être entendue plus largement dans le sens : « selon les normes de notre communauté juridiquement organisée » ; le pluriel *iura* ferait référence au *ius gentium* comme au *ius civile* ou au *ius honorum*, et n'exclurait que les obligations naturelles. Certes, la structure de l'obligation est peu précisée ; mais ceci a permis une utilisation de la formule dans des contextes juridiques très divers au fil des temps.

Par leur formulation, les *Institutes* de Justinien sont donc parfaitement en harmonie avec un point déjà acquis à l'époque classique, comme en témoigne Paul : l'obligation est un lien juridique dont découle la nécessité d'une prestation.

\*  
\* \*

Quoi qu'il en soit de ses limites, l'apport romain à l'univers obligationnel est finalement incontournable. Fritz Schulz, suivi par Max Kaser<sup>61</sup> et beaucoup d'autres, y fait

<sup>60</sup>*I.* 3,13 pr.

[p. 51-68]

R.-M. RAMPENBERG

*Arch. phil. droit* 44 (2000)

référence « comme à une réalisation unique dans l'histoire de la civilisation humaine »<sup>62</sup>. Aussi bien, à lire les discours des auteurs qui ont participé à l'élaboration du code civil français, pour ne pas parler du BGB ou de leurs émules respectifs, la part du droit romain est essentielle, surtout pour les obligations contractuelles : Bigot de Préameneu entre autres, l'un des auteurs du code civil, n'affirmait-il pas avec conviction : « Le titre des contrats qui renferme tous les éléments des obligations conventionnelles, qui devra être le manuel des jurisconsultes et des juges, c'est aux Romains que nous le devons presque tout entier »<sup>63</sup>. Et de fait, nombre des dispositions du titre des contrats sont directement reprises des règles romaines ; il suffit de lire les intitulés du Code Napoléon ou la table des matières d'un manuel de droit des obligations d'un quelconque pays européen pour s'en rendre compte. Rome a développé une multitude de concepts fondamentaux qui ne sont peut-être pas tous de pure création romaine, mais que l'*ars iuris* romain a marqué d'une empreinte indélébile, et qui tous, à défaut de constituer des modèles intangibles, n'en restent pas moins d'éternels repères.

---

<sup>61</sup> *RPr* 1, p. 478 et s.

<sup>62</sup> *CRL*, p. 463.

<sup>63</sup> Dans *Fenet*, t. 13, p. 216.