

Naissance d'une notion juridique

Les débuts de l'« obligation »

dans le droit de la Rome antique

Jean GAUDEMET

Professeur honoraire aux Universités de Strasbourg et Paris

RÉSUMÉ. — Une introduction dit les silences de l'Orient et les hésitations de la Grèce. Pour Rome sont envisagés les mystères des Temps anciens, l'apparition de la notion d'obligation et celle du « lien de droit ». *Vinculum iuris* parcourra les siècles.

Quelques précisions sont tout d'abord nécessaires, pour éviter des équivoques, peut-être des confusions. Il faut fixer l'objet de notre enquête, ainsi que son cadre chronologique et son aire géographique, dire ce que nous ne dirons pas, laissant à d'autres rapports le soin d'aller plus avant dans l'enquête sur Rome.

L'objet de notre propos se veut strictement juridique. Il est de savoir quand, comment, pourquoi apparaît à Rome une *notion d'obligation*.

Nous ne recherchons pas le temps où apparurent *les pratiques* de l'échange, de l'utilisation du travail d'autrui, de l'exploitation de champs qui ne vous appartiennent pas, de prêts de denrées ou de deniers, etc. Ces enquêtes relèvent de l'histoire économique, non de l'histoire juridique. Elles concernent des activités nécessaires à la vie quotidienne, mais qui ne peuvent se développer hors du droit. Il ne faut pas confondre l'avance de deniers avec le contrat de prêt, la disposition d'un âne avec un louage...

C'est au droit que nous nous attacherons, celui dont un passage du *Liber singularis Enchiridii* que le Digeste (1, 2, 2, § 13) attribuait, sans doute à tort, à Pomponius, déclarait : « Il ne peut y avoir de droit s'il n'y a pas quelque expert en droit (*iuris-peritus*), par qui il puisse être chaque jour amélioré ». Avec moins d'autorité, nous disions naguère (*Naissances du droit*, p. 261) : « Si le droit est partout [...], il n'est de véritable droit qu'érigé en science, construit par des docteurs, enseigné par des maîtres ».

D'autre part nous devons veiller à ne pas confondre l'obligation, rapport entre deux ou plusieurs personnes, avec l'acte juridique, qui la fait naître, contrat, délit, etc.

Le cadre chronologique est inscrit dans le titre de notre propos. Il s'agit de la *naissance* de la notion, non de son développement, du pesant appareil juridique qui viendra [p. 19-32]

l'enrichir depuis les temps préclassiques jusqu'à l'âge byzantin. Cela aussi relève d'autres rapports.

Quant au cadre géographique il est celui de Rome. Mais Rome n'est pas un point hors des siècles et étranger à l'environnement méditerranéen. Quelle est son originalité ? Quelles influences ont pu s'exercer sur ses juristes ?

Pour répondre à ces questions, il faut sortir de la *Roma quadrata* et même du cadre, qui fut agreste, des sept Collines. Il nous faut jeter un coup d'œil sur les droits de l'Orient des III^e et II^e millénaires et sur celui (ou ceux) de la Grèce depuis Homère jusqu'à Aristote. Ces deux mondes nous serviront d'Introduction et permettront de mieux expliciter notre propos.

INTRODUCTION DES CITÉS DE L'ORIENT ANCIEN AUX JARDINS D'ACADÉMOS

A. — *De l'Orient ancien nous dirons peu de chose*

Nous en avons retrouvé des documents qui attestent la pratique d'opérations économiques dès une haute Antiquité. Parmi eux, une trentaine d'actes de vente d'époque pré-sargonide (milieu du III^e millénaire), des actes de vente provenant des archives de Nippur et de Larsa. La pratique de sûretés réelles est attestée dès l'époque paléo-babylonienne. Il se négocie des prêts ; des sociétés se forment pour l'affermage des champs ou le commerce de l'argent. Au début du II^e millénaire, le « Code » du petit royaume d'Esnunna fixe les prix des marchandises et des services. Le Code d'Hammourabi (sans doute vers 1680) signale des opérations « pour vendre, acheter et faire fructifier ». Il signale également l'usage du prêt à intérêt. Il y a donc, en Orient, une vie économique, avec des transactions de types variés et que le droit est appelé à réglementer. Mais existe-t-il une notion abstraite et générique de contrat et, à plus forte raison, d'obligation ?

Un bon connaisseur des droits dits « cunéiformes » ¹ a vu dans le « rikistum » du Code de Bilalama et de celui de Hammourabi « un contrat, qui renfermait le lien obligatoire ». Mais ne s'agit-il pas là d'une transposition de pratiques anciennes dans un vocabulaire juridique moderne ?

Les spécialistes des droits de l'Orient ancien ont souvent fait observer que ce monde oriental n'avait pas de vocabulaire pour désigner les notions juridiques abstraites, telle que la loi, le droit, le contrat, les successions, etc. On n'a d'ailleurs aucune trace d'une « doctrine juridique » élaborée. Aucune trace non plus de « traités » de droit. À cela d'ailleurs une raison matérielle d'évidence : les tablettes d'argile, sur lesquelles les textes étaient écrits, ne se prêtaient guère à la composition de longs traités ².

¹ E. Szlechter, « Forme et volonté dans l'acte juridique en droit suméro-babylonien », *Studi Sanfilippo*, II, 1982, p. 623-636.

² S. Lafont, « La valeur de la loi dans les droits cunéiformes », *Arch. phil. droit* 32, 1987, p. 338-341 ; et déjà auparavant G. Boyer.

Il faut donc laisser de côté l'Orient ancien. Il « vit » le droit, mais ne le « théorise » pas.

B. — *La Grèce*

La Grèce introduit un autre monde. Sans doute retrouve-t-on une vie économique intense. Mais s'y ajoute une réflexion philosophique, qui ne suscitera pas de juristes, théoriciens du droit, mais qui, à plusieurs reprises, s'intéressera elle-même aux problèmes fondamentaux du droit.

Déjà P. Huvelin³ avait constaté qu'il n'y avait pas en Grèce un concept général d'obligation. Il citait rapidement le *sunavllagma* d'Aristote, et faisait, en romaniste, un exposé sur l'obligation en Grèce. Utilisant un article de Louis Gernet⁴, Arnaldo Biscardi revient à son tour sur *sunavllagma*, tout en faisant observer qu'il n'y a pas de mot en grec pour désigner l'obligation⁵. D'autres se sont intéressés à cette terminologie⁶.

Mais, comme le fait observer A. Biscardi⁷, le vocabulaire est imprécis, ce qui n'a pas manqué de susciter des débats sur la valeur de divers termes, *oJmologiva*, *sungraphh*, *sunavllagma*, *sunqhvkh*.

Sans revenir sur le détail de ces discussions, rappelons simplement qu'elles témoignent de deux attitudes différentes.

Curieux du « droit primitif » et très sensible aux orientations sociologiques, Louis Gernet avait tenté de reconstituer le « contrat primitif » en Grèce. Il y voyait un « assujettissement » des biens ou des personnes au pouvoir d'un créancier. Un changement décisif serait apparu lorsque la législation de Solon interdit l'exécution sur la personne (Plut. *Solon*, 15,2).

D'autres se sont attachés à l'analyse de la notion de *sunavllagma*, en se référant au passage fondamental d'Aristote dans l'*Éthique à Nicomaque* (1131 a 1 et s.). Invoquant ce texte A. Biscardi estimait que le mot désignait « un accord entre deux parties ». Avec Louis Gernet, il reconnaissait qu'il s'agissait de rapports personnels, nés d'une convention (*ejkouvsia sunallavgmata*) ou d'un délit (*ajkouvsia sunallavg mata*). Dans les deux cas, il y avait un accord, créant un lien et celui-ci était l'obligation.

Aristote citait parmi les *ejkouvsai sunallavgmata*, la vente (*pra~xi1*), le prêt (*deneismo1*), l'engagement (*ejnguvh*), le commodat (*crhsii*), etc. et parmi les *ajkouvsiai sunallavgmata*, le vol, l'adultère, l'empoisonnement, le faux témoignage, la violence, l'homicide, la rapine ou la mutilation.

Il faut d'ailleurs, avec Alberto Maffi⁸, replacer le texte d'Aristote dans l'ensemble du développement sur la Justice dans la cité, qui, selon le philosophe, doit réaliser un

³ V° Obligation, *Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines*, IV, 1906, p. 133-135.

⁴ « Le droit de la vente et la notion de contrat en Grèce », *Rev. hist. de droit* 29, 1951, repris dans *Droit et société dans la Grèce ancienne*.

⁵ *Diritto greco antico*, 1982, p. 133.

⁶ Despotopoulos, « La notion de "sunallagma" chez Aristote », *Arch. phil. droit* 13, 1968, p. 115 et s. et A. Maffi, cité *infra*.

⁷ *Op. cit.*, p. 142-149.

équilibre. Or c'est l'échange qui lui apparaît comme le moyen privilégié d'instaurer cet équilibre. Selon A. Maffi, *sunavllagma* se réfère à des relations sociales. Le mot désigne le fait, volontaire ou non, qui est générateur de ces rapports et, éventuellement, le rapport lui-même. Le *sunavllagma* consiste dans l'instauration d'un lien volontaire (contrat) ou non (délit). Il est par là même générateur d'un lien bilatéral, qui est précisément l'obligation. Le mot désignerait donc à la fois le lien et l'acte créateur de ce lien.

En fait, le mot de *sunavllagma* est, en grec, relativement rare. Le premier emploi en est attesté avec le Pythagoricien Archita, à la fin du V^e ou au début du IV^e siècle pour désigner des rapports sociaux. On le retrouve au IV^e siècle avec Démosthène, dans le sens d'obligation. Mais il n'est plus employé en Grèce après l'époque d'Aristote, jusqu'au I^{er} siècle de notre ère.

On pourrait donc conclure d'une telle enquête qu'il n'y a pas eu en Grèce un mot spécifique pour désigner le lien d'obligation. *Sunavllagma* est tardif et relativement rare. Le mot a des sens multiples, désignant des rapports sociaux, mais aussi des obligations juridiques, en passant par le sens de contrat.

Resterait d'ailleurs à déterminer l'intérêt de ce mot et de l'utilisation qui en fut faite par un philosophe, Aristote, pour l'historien du droit grec, ou, plus précisément, du droit attique.

La question a été soulevée par A. Maffi, qui, sans prendre lui-même parti, fait état de trois réponses différentes.

Pour Hans Julius Wolff⁹ le texte d'Aristote serait sans intérêt pour la connaissance du droit grec. Aristote est un philosophe, non un juriste. Et il y aurait une sorte d'incommunicabilité entre Philosophie et Droit.

Pour d'autres, au contraire, Aristote aurait tenté dans ce passage de proposer une sorte de systématisation du droit. Il faut cependant constater que rien dans le texte ne le laisse supposer.

Enfin, inversant l'ordre des facteurs, on a parfois supposé que la distinction de deux types de *sunavllagma*, volontaire ou non, aurait été empruntée par le philosophe au droit athénien¹⁰ ! Mais ici encore, rien dans le texte d'Aristote ne fournit le moindre indice en faveur d'un tel emprunt.

Une conclusion, décevante, paraît s'imposer. On ne sait rien de certain sur la position du droit attique en la matière. Mais on sait qu'il n'y eut pas de véritable doctrine juridique grecque bien élaborée. La Grèce a vécu son droit, sans beaucoup se soucier de réfléchir à son sujet et de le construire. Il n'en reste pas moins que le texte d'Aristote sera connu à Rome et, peut-être, utilisé par les juristes romains. Il est donc temps de se tourner vers Rome.

ROME

⁸ « Synallagma e obbligazioni in Aristote », *Atti Ite Semin. Gardesano*, Milan, 1980, p. 11-35.

⁹ *Die Rechtshistoriker und die Privatrechtsdogmatik*, Fest. Hippel, 1967.

¹⁰ A.R.W. Harrison, « Aristotle's Nicomachean Ethics Book V an the Law of Athens », *JHSt*, 1957, p. 42 et s.

- Trois moments sont à retenir :
- Les mystères des temps anciens ;
 - La naissance de l'obligation ;
 - L'apparition du *vinculum iuris* ¹¹.

A. — *Les mystères des temps anciens*

Nous ne nous arrêtons pas aux constructions originales, mais aventureuses, proposées autrefois par Hägerström ¹². Ses vues, très personnelles, n'ont, en général, pas été retenues. Elles avaient fait l'objet d'une nette réfutation par Fernand de Visscher dès 1929 ¹³.

Une autre image de l'engagement très ancien a été proposée par François Dumont ¹⁴, qui supposait que des parents ou des amis du débiteur principal « se donnaient en otage ». Le débiteur lui-même aurait dû rester libre, afin de pouvoir travailler pour s'acquitter de sa dette. Et d'évoquer les futurs *vades* et les *praedes*, que connaîtront le droit juridictionnel et le droit public à l'époque classique. Un tel engagement se faisait peut-être par un acte solennel, peut-être par un acte *per aes et libram*, qui aurait eu pour objet de « nouer », d'« attacher » (*nectare*, dont le participe est *nexum*). Ces otages travaillaient pour le créancier. Une telle explication peut séduire, mais elle ne peut invoquer aucun texte en sa faveur. Seul est cité le texte bien connu des *Sentences de Paul* (V, 1) condamnant un père qui donne ses enfants en otage. Mais ce texte, d'époque post-classique, ne saurait être allégué pour les temps très anciens. Il concerne d'ailleurs une situation toute différente. Il s'agit moins d'assurer des rapports d'obligation entre deux parties que de s'opposer à un exercice abusif de la puissance paternelle.

Le premier texte qui nous soit parvenu à propos de l'obligation romaine est le fameux passage relatif au *nexum* que l'on fait figurer dans la reconstitution des XII Tables : « *cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto* » ¹⁵.

¹¹ La bibliographie est abondante en ce qui concerne les origines de l'obligation romaine. On rappellera seulement quelques études récentes : Fr. Dumont, « *Obligatio* », *Mélanges Ph. Meylan*, I, Lausanne, 1963, p. 77-90 ; Alan Watson, *The Law of Obligation in the Late Republic*, Oxford, 1965 avec les comptes-rendus de Max Kaser, TR. 34, 1966, p. 410-419 et de Giuseppe Luzzatto, *SDHI* 32, 1966, p. 371-377 ; Gino Segré, « *Obligatio, obligare, obligari nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano* », *Studi Bonfante* III, 1930 ; Perozzi, *Le obbligazioni romane*, 1903 ; Emilio Albertario, « *Le Definizioni dell'obbligazione romana* », *Studi di diritto romano* III, 1936, p. 1 et s. ; Scherillo, « *Le definizioni romane delle obbligazioni* », *Studi in onore di Grosso*, IV, 1971, p. 9 et s. ; G. Criffo, « *Appunti per una storiografia dell'obbligazione romana* », *Ann. Univ. di Macerata*, N. S. IV, 1982, p. 1371-1395, reproduit dans *Materiali di storiografia romanistica*, Turin, 1998 ; M. Mario Talamanca, V° *Obligazioni (Storia)*, *Enciclopedia del diritto*, 29, 1979, p. 78 et s.

¹² *Der röm. Obligationsbegriff*, 1927.

¹³ *RHD* 1929, p. 603-608.

¹⁴ Cité *supra* n. 11.

¹⁵ VI, 1a. Ce texte a suscité une ample littérature que l'on trouvera dans l'édition de la loi dans *Les lois des Romains*, 1977, p. 23-24. Voir en particulier l'article célèbre de Pierre Noailles, « *Nexum* », *RHD*, 1940-41, p. 205-274 et celui de François Dumont cité *supra*.

Ce texte nous a été transmis par le grammairien latin du II^e siècle, Festus, dans l'abrégé qu'il composa du *De verborum significatione* de Marcus Verrius Flaccus.

Notons que ce texte ne parle pas de l'obligation. Il affirme simplement la valeur créatrice de droit que l'époque ancienne reconnaissait au prononcé de certaines paroles. Ces mots « font le droit » (*ita ius esto*).

Ce texte faisait déjà l'objet de discussions avant notre ère. Varron (qui vécut au I^{er} siècle avt. J.-C.) les signalait dans son *De lingua latina*, faisant référence à deux des trois « fondateurs » du droit civil, jurisconsultes du II^e siècle avant notre ère. Manilius (consul en 149) considérait que le *nexum* constituait une catégorie générale, englobant tous les actes faits par « l'airain et la balance » (*per aes et libram*). Publius Mucius Scaevola, membre d'une illustre famille romaine, consul en 133, Grand Pontife, distinguait au contraire deux actes de portée différente dans le texte des XII Tables : le *nexum* qui emportait un effet obligatoire et le *mancipium* qui avait un effet réel. Tous deux étaient cependant conclus par le rituel de l'airain et de la balance.

Sans entrer dans le débat qui opposait déjà les juristes romains du II^e siècle avant notre ère, retenons simplement que Scaevola faisait nettement la distinction entre un effet obligatoire et un effet réel. En tout cas, le *nexum* emportait contrainte à exécuter. Celle-ci s'exerça d'abord par l'acte rituel de la *manus iniectio*. Depuis le droit classique, il permit la saisie et la vente des biens (*bonorum venditio*), dont la date d'apparition reste inconnue.

B. — La naissance de l'obligation

Il faut la rechercher dans la réflexion des juristes de l'époque de César et d'Auguste (fin I^{er} siècle avant – milieu I^{er} siècle après J.-C.).

On doit, à cet égard, distinguer l'apparition de deux concepts juridiques différents (mais liés entre eux), celui de « contrat » et celui d'« obligation ».

1. – L'apparition du *contractus*, c'est le passage du verbe *contrahere*, qui se rapporte à des faits, des actes, au substantif *contractus*, qui désigne une notion générale et abstraite. C'est le passage de l'action (acheter, louer, prêter) à une catégorie doctrinale.

Contractus semble ignoré de Quintus Mucius Scaevola († en 82). Dans ce qui est parvenu par le Digeste de ses dix-huit Livres de *Droit civil*, le premier grand traité de droit civil de Rome, on trouve le verbe *contrahere*, pour désigner l'action qui engage. Mais le terme abstrait, *contractus*, n'apparaît pas.

Contractus apparaît avec Servius Sulpicius Rufus (consul en 51 avt. J.-C.) dans un passage de son *De dotibus*, rapporté par Aulu-Gelle (*N. A. IV, 4, 1-2*). Le fragment concerne les fiançailles, *sponsalia*. Le juriste dit, à leur propos, « *contractus stipulationum sponsionumque, qui dicebatur sponsalia* ».

La notion de *contractus* semble encore mal assurée. Le juriste parle de deux engagements, une *stipulatio* et une *sponsio*, qui constitueraient le « contrat ». La formule est embarrassée et, au total, peu heureuse. Ni la *stipulatio* ni la *sponsio* ne sont de nature contractuelle. Ce sont deux formes d'engagement unilatéral. Mais il semble bien que le juriste par cette formule peu heureuse, veuille mettre l'accent sur la réciprocité des enga-

gements. Le contrat résulte de cet échange de deux engagements. Le contrat est donc l'acte licite qui fonde l'obligation selon le droit civil¹⁶. Mais Servius ne parle pas encore d'obligation.

Servius Sulpicius est la grande figure parmi les juristes de la génération qui suit celle de Quintus Mucius Scaevola. Cicéron (*Brutus*, 151) rapporte qu'il avait été avec Servius à Rhodes « pour perfectionner leur formation commune » (*quo melior esset et doctior*). Consul en 51, Servius meurt en 43¹⁷.

2. – La notion d'*obligatio* apparaît avec Labéon. Celui-ci laissera d'ailleurs le souvenir, parmi les juristes romains¹⁸, de s'être tout spécialement intéressé à la mise en forme doctrinale du droit. Il propose définitions, classifications, s'intéresse à des notions abstraites, tout spécialement dans le domaine du droit des obligations. Il définit ce qu'il faut entendre par *agere*, *gerere*, *contrahere*, précisant les différences entre ces divers termes. Définissant la notion abstraite de l'*actum*, il le présente comme un *generale verbum*, que l'on agisse *sive verbis sive re*. Du *contractum*, il dit qu'il est *ultra citroque obligationem*, ce que les Grecs appellent *sunavllagma* comme la vente, le louage, la société¹⁹.

Cet appel au vocabulaire grec atteste la culture étendue de Labéon, en même temps qu'elle témoigne de la précarité de la terminologie romaine²⁰. Dans cette recherche de définition du contrat, Labéon montre que la notion est encore mal assurée. Parler d'*ultra citroque obligatio* montre combien l'idée de réciprocité de l'obligation dans le contrat était pour ces juristes un trait essentiel. Servius, on l'a vu plus haut, insistait déjà sur elle à propos du contrat de fiançailles, qui mettait en jeu *stipulatio* et *sponsio*.

À côté de ce premier texte de Labéon, qu'Ulpien avait emprunté au Livre I^{er} « *de praetore urbano* » de celui-ci, un autre texte, mettant en cause le même Labéon, fait état de l'obligation. Il figurait dans le Livre IV des *Posteriores* de Labéon, œuvre publiée après sa mort, d'où le nom donné à cet ouvrage. L'ouvrage est connu « *a Javoleno Epitomarum* », c'est-à-dire par un abrégé qu'en fit Javolenus, vers la fin du I^{er} siècle de notre ère (Javolenus fut consul avant 90). Malgré les avatars de la transmission du texte de Labéon, on peut estimer que « c'est lui qui parle »²¹. Or, dans le texte transmis par le Digeste 19, 2, 58, 1, il est dit « *obligationem contrahi puto* ». C'est donc bien la notion abstraite d'une obligation, née d'un contrat que Labéon fait ici triompher.

L'appel fait par Labéon à la notion grecque de *sunavllagma* doit d'autant plus être remarqué que ce terme, on l'a dit plus haut, était relativement rare dans le vocabulaire grec. Or Labéon l'emploie à plusieurs reprises²². On a supposé que Labéon l'avait emprunté à Aristote, peut-être par les relais suivants : Cicéron avait dans sa biblio-

¹⁶ En ce sens Arangio Ruiz, de Visscher, Voci, etc., voir Schiavone, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, 1971, p. 55.

¹⁷ Peter Stein, « The Place of Servius Sulpicius in the Development of Roman Legal Science », *Festschrift Fr. Wieacker*, 1978, p. 175-184.

¹⁸ Voir ce que dit de lui Ulpien (11 *ad Ed.* = D. 50, 16, 19).

¹⁹ Le texte est rapporté au Digeste dans cette sorte de « dictionnaire juridique » que constitue le *De verborum significatione*, 50, 16, 19.

²⁰ Voir. Fr. Gallo, *Synallagma*, Turin, 1992 ; Sargenti, dans *Iura* 43, 1992, p. 174-186.

²¹ Ainsi que le dit P. Krüger, *Sources du droit romain*, p. 217.

²² 5 cas sont relevés par Schiavone, *op. cit.*, p. 66.

thèque les œuvres d'Aristote. Trebatius, qui fut l'ami de Cicéron, put en avoir connaissance et Trebatius fut le maître de Labéon²³. Quoi qu'il en soit de cette hypothèse, il est pour le moins certain que Labéon apparaît comme le premier juriste qui ait dégagé le concept abstrait de l'obligation. Mais on ne saurait dire qu'il fut l'inventeur du terme, car la loi agraire de 111 avt. J.-C. (ligne 47), à propos de l'*ager publicus* d'Afrique, a déjà la formule « *populo obligatio esto* », et l'on y trouve des mentions de *praes* et de *manceps*.

Le passage du vocabulaire à l'analyse juridique d'une notion abstraite n'est pas un mince progrès. Dans ce travail Labéon tient une place de choix.

La voie était tracée. L'analyse sera poursuivie au cours du II^e siècle. On n'en donnera que deux exemples.

Au début du II^e siècle, Ariston, au témoignage d'Ulpien (D. 2, 14, 7), aurait donné une réponse « élégante » (*eleganter*) au juriste Celse : «... si je t'ai donné une chose tu m'en donnes une autre, ou si je t'ai donné (une chose) pour que tu fasses quelque chose, cela est un *sunavllagma* et de là naît une obligation civile ». *Sunavllagma* semble être ici utilisé, comme s'il n'y avait pas, dans la langue latine, un terme adéquat. Mais, si le vocabulaire reste incertain, l'effet juridique est désormais nettement indiqué : l'opération fait naître une obligation. Le vocabulaire s'affirme d'ailleurs un peu plus loin. Commentant la situation que rapportait Ariston, Ulpien (ou peut-être déjà Julien, qui est ici utilisé par Ulpien) dit : « Il y a *contractum*, qu'Ariston appelle *sunavllagma* ».

Ainsi, dès les premières années du II^e siècle, sont employés les mots de contrat (présenté comme répondant au *sunavllagma* grec) et d'obligation. Il est d'autre part reconnu que l'obligation naît d'un contrat.

Quelques années plus tard, l'analyse s'affine. Vers 130, Pedius s'avance davantage. Son œuvre n'est connue que par les citations qu'en firent Ulpien et Paul et c'est un texte d'Ulpien qui rapporte le passage qui nous intéresse (Ulp. 4 *ad. ed.* = D. 2, 14, 1, 3) : « comme le dit élégamment Pedius, il n'y a pas de contrat, pas d'obligation qui n'ait en elle-même une convention, qui se fait *sive re sive verbis* ».

Ainsi s'esquisse une classification des obligations, qui trouvera un peu plus tard son expression plus complète dans les *Institutes* de Gaius (III 88 sq.), dont les préoccupations didactiques et quelque peu scolaires sont bien connues. Il y a deux « espèces d'obligations » celles qui naissent d'un contrat et celles qui naissent d'un délit. Les premières naissent *re, verbis, litteris aut consensu*.

De ce parcours des temps à travers quelques textes une conclusion semble se dégager. On ne saurait suivre l'opinion de Perozzi (dans *Le obbligazioni romane*, p. 8 et s.), reprise par E. Albertario²⁴, selon laquelle le droit romain classique n'a pas connu la notion abstraite de l'obligation, mais seulement diverses formes d'obligations. Une telle doctrine, déjà réfutée par P. Bonfante, dans son *Corso* sur les obligations en 1906 a été à nouveau écartée par G. Scherillo²⁵ et par G. Crifo en 1982.

Reste à dire ce qu'est cette obligation et à rechercher comment la doctrine romaine en est venue à la reconnaître.

²³ Schéma proposé par Schiavone, *op. cit.*, p. 85-87.

²⁴ *Le definizioni dell'obbligazione romana*, Studi di diritto romano, III, 1936, p. 1 et s.

²⁵ *Studi Grosso*, IV, p. 102-107.

1. – Qu'est ce que l'obligation ? Le mot lui-même, *ob-ligare* indique qu'il s'agit de « lier » de façon étroite (*ob*). Le mot a d'abord un sens actif, désignant le fait de lier, non pas la situation de celui qui est lié. Il est, à cet égard, du même type que beaucoup d'autres mots de la langue juridique qui désignent une action, ainsi *donatio*, *mancipatio*, *contestatio*, *dedicatio*, et bien d'autres. Sur ce point, l'accord est général entre les Romanistes. L'obligation établit un « lien de droit » entre l'assujetti et le dominant. Son sens premier est celui d'« assujettissement ». Comme l'écrivait François Dumont, ce fut d'abord « l'acte qui lie »²⁶.

D'où la spécificité de l'obligation en général, quel que soit l'acte qui la crée. Elle était déjà soulignée par Paul (L. II° *Institutionum* = D. 44, 7, 3, pr.) : l'obligation diffère du droit réel ; celui-ci « fait qu'un objet nous appartienne » ; l'obligation « fait que quelqu'un contraigne (*obstringat*) quelqu'un envers nous à *dare, facere, praestare* ». Sur ce point la doctrine classique restait fidèle à ce que laissait déjà entrevoir le texte des XII Tables envisagé au début de cette étude, lorsqu'il rapprochait, pour les distinguer, *nexum* et *mancipium*. Distinction entre l'effet réel et l'effet obligatoire, qui reste encore aujourd'hui l'une des clefs du droit.

2. – Sur l'origine de l'obligation, des hypothèses multiples ont été proposées. Elles sont le plus souvent liées à une explication générale des origines du droit, dominée par une représentation des sociétés dites « primitives ».

Il ne saurait être question de les rappeler ici et d'en discuter la vraisemblance. Disons seulement que l'on peut les ramener à deux conceptions différentes, dont nous indiquerons les orientations majeures.

L'une met en avant des considérations magico-religieuses, qui auraient joué un grand rôle dans une société encore « primitive » où régneraient la violence et la peur. C'est ainsi que P. Huvelin²⁷ suggérerait, pour expliquer l'origine de l'obligation, une première phase magico-religieuse. Un procédé mystérieux d'assujettissement serait d'abord apparu. Ce qu'il était, on l'ignore. Puis serait intervenue l'idée d'une vengeance divine contre celui qui ne respectait pas son engagement. Ici encore les formes de cette vengeance, ses manifestations restent dans l'obscurité. Finalement, on serait passé du lien magico-religieux au lien juridique. Resterait à dire pourquoi, quand et comment.

On est ici en présence d'une construction historique, reposant sur un schéma pour lequel les preuves font défaut. À sa base, des « idées », aujourd'hui abandonnées, sur les « sociétés primitives » et les relations entre magie et religion, magie et droit.

À l'opposé, une autre explication part des idées de violence et de vengeance, qui auraient caractérisé les sociétés que l'on qualifie de « primitives ». Une telle explication compte encore des partisans²⁸. Elle met au point de départ l'obligation délictuelle et en voit les débuts dans un passage de la vengeance privée à la réparation proposée par le « coupable », puis prescrite et imposée par le magistrat de la cité.

²⁶ Article cité *supra*, *Mélanges Meylan*, p. 70.

²⁷ *Les tablettes magiques et le droit romain*, 1929.

²⁸ Voir Talamanca, V° *Obligatio*, n° 2 et 3, dans l'*Enciclopedia del diritto*, 1979.

Une telle explication est très marquée par la classification que proposaient les *Institutes* de Gaius pour la division fondamentale des obligations. Celles-ci, disait-il (*Inst.* III, 88) naissent d'un contrat ou d'un délit. L'obligation délictuelle aurait précédé l'obligation contractuelle. Explication que ne rejettent pas les manuels modernes, celui de P. Fr. Girard, pour ne citer que l'un des plus illustres.

Mais l'obligation délictuelle est d'une autre origine et son objet n'est pas le même que celui de l'obligation contractuelle. Elle tend à une réparation, parfois à une indemnisation, ou même l'une et l'autre à la fois. Si, comme toute obligation, elle instaure une relation d'homme à homme, elle naît à la suite d'un fait délictuel. Il est d'ailleurs remarquable que les juristes romains du I^{er} siècle avant notre ère n'aient envisagé que l'obligation contractuelle.

Notons enfin que cette explication part d'une représentation de la société primitive comme un monde où la violence et la force l'emportent. La chose resterait à démontrer. Ayant adopté un tel point de départ, l'explication propose pour le développement de la notion d'obligation les étapes suivantes : l'âge du *nexum*, puis l'apparition des *vades* et des *praedes*, tiers garants d'une obligation, enfin le *mutuum*, le prêt, qui aurait été le premier acte à créer une obligation contractuelle.

Au fond, rien n'établit l'antériorité de l'obligation délictuelle, sinon une certaine image que l'on s'est faite de la vie sociale dans des temps très anciens. En réalité des liens personnels naissent de toute vie en société. Mais leur analyse relève de l'anthropologie et de la sociologie, plus que de la science historique du droit. L'obligation juridique apparaît bien plutôt comme le résultat d'une lente élaboration doctrinale, secourue peut-être à Rome par l'apport de la philosophie aristotélicienne.

Disons, pour terminer cet appel à l'histoire de l'époque, l'ultime développement de la classification des obligations, car il intéresse l'enrichissement de la notion même d'obligation.

Il est offert par un passage du Livre II des *Aurea* recueilli au Digeste 44,7, *de obligationibus et actionibus*, 1, pr. Cette œuvre est en réalité une réélaboration d'époque tardive des *Res quotidianae*, attribuées à Gaius, mais qui sont déjà une œuvre postclassique, composée sur la base des *Institutes* de Gaius, par un auteur inconnu. L'intérêt des *aurea*, dans le domaine qui nous occupe, est de faire connaître l'ultime développement de la classification des obligations et, par conséquent, de l'extension finale de cette notion. On peut vraisemblablement situer cette œuvre à la fin du III^e ou au début du IV^e siècle²⁹.

L'auteur déclare que les obligations « naissent d'un contrat, d'un méfait (*maleficio*) » ou « en vertu d'un droit propre de diverses figures de causes ». C'est donc qu'à cette époque on avait ressenti l'insuffisance de la répartition des obligations en obligations contractuelles ou délictuelles. L'obligation pouvait naître dans d'autres cas et l'on avait pris en compte l'élargissement de la notion d'obligation. Mais les juristes de cette époque tardive n'étaient pas parvenus à dégager des catégories nouvelles, nettement caractérisées. D'où cette expression vague de « diverses figures d'obligations ».

Des obligations contractuelles, l'auteur citait celles qui étaient contractées soit *re*, soit *verbis*, soit *consensu*. Ne nous attardons pas à cette énumération qui mériterait

²⁹ Pour plus de détails sur cette littérature, nous nous permettons de renvoyer à J. Gaudemet, *La formation du droit séculier et du droit de l'Église aux IV^e et Ve siècles*, 2e éd., Paris, 1979, p. 94-95.

cependant diverses observations. Mais retenons un autre passage pris au Livre III des *Aurea* (= D. 44, 7, 5). Une notion nouvelle est alors introduite. Il est dit que l'on peut « être tenu *quasi ex contractu* ou *quasi ex maleficio* ». Parmi les obligations qui figurent dans le premier groupe, celles qui incombent au tuteur, ou l'obligation de restituer qui grève celui qui, par erreur, a reçu ce qui ne lui est pas dû. Parmi les obligations qui naissent *quasi ex maleficio*, sont citées celle qui grève le juge qui « fait le procès sien » ou celle de l'occupant d'un appartement qui, jetant un objet dans la rue, blesse un passant.

On reconnaît là les obligations qu'une doctrine postérieure qualifiera de quasi-contrats, de quasi-délits ou d'obligations légales. On peut se demander si ces classifications plus tardives marquent un progrès par rapport à celle que proposait l'auteur des *Aurea*.

C. — *Vinculum iuris*

C'est la fin de l'Histoire, puisque l'empire d'un droit romain vivant cesse en Occident avec la disparition de Romulus Augustulus en 476.

On ne pouvait trouver pour désigner l'obligation une expression plus brève, plus imagée, et, sans doute, plus juste, que celle de *vinculum iuris*. On s'explique dès lors qu'elle ait traversé les siècles. Il vaut donc la peine de rechercher d'où vient cette formule fameuse.

On la trouve dans les *Institutes* de Justinien 3, 13, pr. : « L'obligation est un lien de droit (*vinculum iuris*) par la rigueur duquel nous sommes astreints (*adstringimur*) à exécuter une prestation (*alicuius solvendae rei*) conformément au droit de notre cité ».

Quel peut être l'auteur de cette formule ? Aucun indice n'est fourni par Théophile, le commentateur des *Institutes*, qui cite ce passage, sans rien y ajouter.

Même déficience dans ce qui fut souvent le modèle, servilement repris, des *Institutes* de Justinien, celles de Gaius. Le chapitre XIII du Livre III des *Institutes* de Justinien commence par une phrase « de transition », empruntée aux *Institutes* de Gaius III, 88 : « Maintenant passons aux obligations. » Puis vient la phrase qui nous intéresse, elle n'était pas dans les *Institutes* de Gaius, pas plus d'ailleurs que ce qui suit et qui concerne les classifications des obligations.

Il faut chercher ailleurs l'origine du *vinculum iuris*. Nombreuses ont été les suggestions faites à ce sujet, en particulier par les Romanistes d'Italie ou d'Allemagne. Sans prétendre en donner un relevé complet, nous nous engagerons dans la voie d'un choix, qui ne saurait prétendre à une certitude.

Au début de ce siècle, dans un article « Sulle fonti delle *Istituzioni* di Giustiniano » (*BIDR*, 13, 1900, p. 172), Ferrini avait avancé le nom de Florentinus, auteur d'un traité d'*Institutes* en douze livres, datant probablement de l'époque de Marc-Aurèle (161-180).

Cette attribution fut critiquée par Kübler, dans le compte-rendu qu'il donnait de cet article au tome 33 (1902) de la *ZSS* (p. 519). Le Romaniste allemand suggérait plutôt une attribution à Papinien, dans ses *Definitiones* (début du III^e siècle). Il faisait remarquer l'emploi de l'expression *necessitate adstrictus*, dans un passage des *Quaestiones* de Papinien (au Dig. 22, 1, 3, pr.) qui rappelait un mot de la phrase des *Institutes* de Justinien. L'argument était ténu. Mais l'attribution de cette formule à Papinien fut [p. 19-32]

reprise par A. Marchi, dans un article de 1916³⁰, observant que l'emploi d'*adstringere* était fréquent chez Papinien et que ce juriste avait un certain goût pour l'image du *vinculum*. La même attribution fut reprise par Bernardo Albanese dans un article consacré à « Papinien et la définition de l'obligation dans les *Institutes* de Justinien 3, 13, pr. »³¹.

D'autres attributions, plus ou moins précises, ont été suggérées. G. Scherillo³² qui, lui aussi, rejetait l'attribution à Florentinus, songeait à un emprunt aux *Res cottidianae*, autrefois attribuées à Gaius, mais qui sont en réalité une réélaboration postclassique des *Institutes* de Gaius.

Diaz Biale³³ avançait le nom de Modestin, ce qui reporte à la fin de l'époque classique.

Mais l'attribution vague, parfois dubitative à un auteur postclassique inconnu compte de nombreux partisans³⁴. C'est celle que l'on retrouve dans les manuels classiques de droit romain, les *Istituzioni* d'Arangio Ruiz (1960, p. 283), le *Römisches Privatrecht* I (2^e éd., 1971, p. 479) de Max Kaser, ou la récente onzième édition (1997) du *Diritto privato romano* (p. 807, note sur 71, 8) d'A. Guarino, qui voit dans cette phrase une « définition postclassique, généralisante, sur la base d'un texte classique ». Max Kaser parlait d'une « définition peu heureuse, produit de l'École et peut-être postclassique ».

De ces quelques notations, on retiendra qu'il ne paraît pas possible de proposer avec certitude un nom pour désigner l'auteur de cette expression fameuse. Il faut y voir une création doctrinale, peut-être critiquable, et en tout cas d'époque tardive (III^e ou IV^e siècle).

Et cependant cette expression connut un long succès.

ÉPILOGUE : L'HÉRITAGE

Au VI^e siècle *vinculum iuris* se retrouve dans la *Glose* dite de Turin des *Institutes* de Justinien³⁵ qui se contente d'une explication assez courte : *Iuris vinculum, id est ius quia ius vinculum est.*

Dans sa *Somme des Institutes*, Placentin va plus loin³⁶. Pour expliquer l'expression *vinculum iuris*, il dit que ce lien est à l'image (*ad instar*) d'un lien corporel. Si l'on est tenu par un *vinculum corporale*, on ne peut partir (*abire*). Lorsqu'on est tenu par un *vinculum intellectuale* (celui de l'obligation), on est « astreint à promettre, à faire ou à donner ». La distinction est reprise dans les mêmes termes par Azon, qui, en regard du *vinculum corporale*, met l'obligation *quae intellectuale vinculum est.*

³⁰ « La definizione dell'obbligazione », *BIDR* 29, p. 32-33.

³¹ *SDHI*, 50, 1984, p. 167-178 repris dans ses *Scritti giuridici* II, Palerme, 1991, p. 1657-1668.

³² « Le definizioni romane delle obbligazioni », *Studi Grosso*, IV, 1971, p. 107-116.

³³ « Obligatio », *Riv. soc. arg. de der. rom.*, p. 6-7, 1959-1960.

³⁴ Citons seulement T. Mayer-Maly, *ZSS.* 83, 1966, p. 50 et s.

³⁵ Pour plus de détails, L. Lantella, « Note semantiche sulle definizioni di "obligatio" », *Studi Grosso*, IV, 1971, p. 198-226.

³⁶ *Corpus glossatorum juris civilis*, I, Turin, 1969, p. 46 et s.

Jacques de Revigny poussera davantage l'analyse, dans un *Commentaire des Institutes* qui fut pendant longtemps attribué à Bartole³⁷. À propos de l'explication habituelle présentant l'obligation comme un *vinculum iuris*, il déclare : « Il est certain que cette exposition n'est pas bonne » *quia obligatio non est ius vinciens, immo id quod resultat ex facto, quod vincit vel ligat cum iuris vinculo*.

Un peu plus loin, il développe sa pensée : « Moi je montre que l'obligation n'est pas un lien de droit et la Glose dit bien : "de même que les bœufs sont liés par des cordes, de même les hommes sont liés par des paroles..." Si quelqu'un dit que la *ligatio* est la corde ou ce par quoi les bœufs sont liés, il dit mal : car la *ligatio* est ce qui résulte de l'application du lien à la chose liée... L'*obligatio* ne peut pas être appelée le lien lui-même, mais bien plutôt ce qui résulte de ce lien, ou l'effet du lien lui-même ; il lie la chose par le lien de droit (*vinculo iuris*) et de ce *ligamentum* résulte l'*obligatio* »³⁸.

Ainsi, dans des termes parfois embarrassés, Jacques de Revigny montre que l'obligation n'est pas le lien qui lie, mais bien plutôt le résultat de cette opération³⁹.

On retiendra de cette discussion l'image reprise à la Glose. Celle-ci disait en effet : « *ut enim boves funibus visualiter ligantur, sic homines verbis ligantur intellectualiter* ». Elle est à l'origine d'une des plus célèbres maximes de Loysel (n° 357) : « On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles », qui traduisait ainsi le vers « *Verba ligant homines, taurorum cornua funes* ».

C'est dans la Glose, et, au-delà d'elle, dans le *vinculum iuris* des *Institutes* de Justinien, qu'il faut chercher l'origine du dicton :

« Comme les bœufs par les cornes on lie,
Aussi les gens par leurs mots font folie ».

Abandonnons les bœufs liés à leur joug, pour retourner au sort du *vinculum iuris*. Après Jacques de Revigny, maître à Orléans, puis évêque de Verdun (1289-1296), qui, philosophe et théologien en même temps que juriste, débattait de la place exacte et du rôle de ce *vinculum*, l'expression reparait dans le *Dictionnaire de droit civil et canonique* d'Albéric de Rosate († 1351)⁴⁰, puis chez Balde († 1400)⁴¹. Celui-ci souligne l'équivoque du mot d'*obligatio*, qui désigne tantôt l'engagement (Balde dit la *stipulatio*), tantôt son effet (*effectus obligationis*).

La qualification de *vinculum iuris*, donnée à l'obligation, se retrouve au XVI^e siècle, chez les Maîtres de l'École de Bourges. Parmi eux, citons seulement Doneau, qui, comme tenant de la « Religion prétendue réformée » dut chercher refuge en Allemagne, où il meurt en 1591. On retrouve l'expression des *Institutes* dans ses volumineux *Commentarii iuris civilis*⁴².

Deux siècles plus tard, voulant présenter le droit de Rome de façon « systématique » et à des fins pratiques, Savigny, dans le *System des heutigen römischen Recht* (dont le premier volume parut en 1839), rencontre l'obligation. Il la met en parallèle avec la propriété, la tenant pour une forme de « la domination de l'homme sur un autre hom-

³⁷ Cf. Meijers, *Études d'histoire du droit*, Leide, 1959, III, p. 68.

³⁸ Le texte est cité par Lelio Lantella, *op. cit.*, p. 202.

³⁹ Voir l'analyse de ce passage faite par L. Lantella, *op. cit.*, p. 203-206.

⁴⁰ V° *Obligatio*, éd. Venise, 1572.

⁴¹ Voir L. Lantella, *op. cit.*, p. 206-207.

⁴² Cité par Lantella, *op. cit.*, p. 210-211.

me »⁴³. Selon lui, « propriété et obligation ont une nature identique ». Savigny revient sur cette question dans son *Obligationenrecht* (Berlin, 1851). Renvoyant à ce qu'il avait déjà écrit dans le *System*, il reprend le même point de vue : « L'idée de l'obligation, écrit-il, consiste dans la domination sur une personne étrangère »⁴⁴. Mais, cédant à la tradition, il cite en note le texte des *Inst.* III, 13, pr.⁴⁵ et donc le fameux *vinculum iuris*, qui cependant donne de l'obligation une conception toute différente. À la « domination », qui ramène à la force, les *Institutes* avaient préféré se référer aux relations de droit.

Vinculum iuris ne pouvait échapper aux Pandectistes allemands du XIX^e siècle. Il serait fastidieux de relever les citations qu'ils en font avec fidélité, sans s'attarder à en discuter la signification ou le bien-fondé. Notons simplement que B. Windscheid lui donne place dans son *Lehrbuch des Pandektenrechts* en 1862⁴⁶. Citation « de routine », qui semble bien loin des subtiles analyses de Jacques de Revigny !

Vers la même époque, en France, le *Précis de droit romain* d'Accaria⁴⁷ abordait la définition de l'obligation en citant le texte des *Institutes*. Il proposait un commentaire de l'expression *vinculum iuris*. Tout naturellement celle-ci se retrouve dans les manuels de droit romain qui, au cours du XX^e siècle, ont été publiés en divers pays.

Que cette expression romaine ait eu sa place dans les manuels modernes de droit romain n'a pas de quoi surprendre. Il est plus remarquable de la retrouver dans des manuels de droit civil contemporain, comme si, expression d'une évidence, elle fournissait la définition la plus parfaite de l'obligation⁴⁸. Belle consécration par l'usage commun des juristes d'une image familière aux Romains, mais dont les origines demeurent inconnues.

14 boulevard Jourdan
75014 Paris

⁴³ Trad. Guenoux, I, 1855, p. 329.

⁴⁴ Trad. Gérardin, Paris, 1873, p. 6.

⁴⁵ *Ibid.*, 13, n. a.

⁴⁶ 9^e éd., Francfort, 1909, II, p. 7, n. 3.

⁴⁷ T. II, 4^e éd., Paris, 1891, p. 1-2.

⁴⁸ Voir, par exemple, G. Ripert, Jean Boulanger, *Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol*, II, 1957, p. 1 ; E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, Paris, 1987, p. 9, où est cité le texte des *Inst.* III, 13, pr. Dans leur « Précis Dalloz », *Droit civil. Les obligations* (6^e éd., 1996, n° 2), Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette définissent l'obligation comme « le lien de droit (*vinculum iuris*) par lequel une ou plusieurs personnes [...] sont tenues d'une prestation envers une ou plusieurs autres », définition reprise à celle donnée par G. Cornu (*Vocabulaire juridique Capitani, V° Obligation*). Sans estimer nécessaire de rappeler les termes latins, Ph. Malaurie et L. Aynès (*Droit civil, les obligations*, 6^e éd., n° 1) disent de même : « L'obligation est le lien de droit unissant le créancier et le débiteur ».