

Université Saint-Louis – Bruxelles

**Fondements romains et
Éléments d’histoire du droit privé**

Ier syllabus

Le Droit dans la Cité

Histoire, Langue, Institutions

1^{ère} partie

Annette Ruelle

1^{ère} Bac Droit

Année académique 2023-2024

Introduction

I. Contenu et objectifs d'apprentissage

- ◆ Contenu (*cf.* fiche descriptive en ligne)

Le droit romain est le fondement de notre droit civil, en ses branches traditionnelles en particulier que sont le droit des personnes et de la famille, le droit des biens, le droit des obligations, le droit des successions, mais aussi le droit judiciaire privé.

L'expression « droit civil » est aujourd'hui équivalente à celle de « droit privé ». Opposé au droit public, le **droit privé** est le droit qui régit les rapports entre les particuliers, dans la sphère familiale (statut des personnes, relations de parenté) et dans la sphère patrimoniale privée (biens, obligations, successions), ainsi que dans le cadre des procès (procédure civile, ou droit judiciaire privé). Ce sont ces branches traditionnelles du droit privé¹ qu'un moderne rassemble sous l'expression « droit civil ».

Il est également à l'origine de la distinction entre deux grandes familles de droit contemporaines : les droits romano-canoniques, ou monde de la Civil Law, sur le continent européen principalement, et la Common Law des pays anglo-saxons.

L'histoire du droit romain s'est étendue sur plus d'un millénaire dans l'Antiquité, où elle s'achève avec le règne de l'empereur Justinien, au VI^e siècle. Justinien est resté célèbre auprès des juristes et des historiens du droit pour avoir ordonné une grande compilation des sources du droit romain depuis l'origine, que l'on appellera à la Renaissance le *Corpus iuris civilis*, « la Collection du droit civil ».

Après être tombée dans l'oubli au cours du Haut Moyen Age, celle-ci sera redécouverte en Italie à la fin du XI^e siècle, événement colossal qui a rendu possible la formation d'une tradition juridique en Occident, sous la double forme du droit romain (ou droit civil) et du droit canonique.

Nous étudierons principalement le droit romain dans l'Antiquité, à son apogée, aux deux premiers siècles de l'Empire, où furent conçus le système du droit privé et la science du droit que nous connaissons et pratiquons encore à ce jour.

Son étude sera poursuivie après la fin de l'Antiquité de manière à saisir les grandes évolutions qualitatives que les civilisations issues du Moyen Âge, d'une part, et de

¹ À l'inverse de branches plus récentes du droit privé : droit du travail (ou droit social), droit économique, droit des sociétés, droit des affaires, droit international privé, etc.

la Révolution française, d'autre part, ont imprimées aux concepts fondamentaux du droit privé hérités du droit romain : la personne, la propriété et les droits réels, l'obligation et le contrat (les fondements du régime contractuel), la responsabilité civile.

◆ Objectifs

Le cours de *Fondements romains et éléments d'histoire du droit privé* poursuit des objectifs qui sont communs à tous les cours de droit de 1^{ère} Bac Droit, d'autres, qui lui sont spécifiques.

Quant aux objectifs généraux, il s'agit de familiariser progressivement l'étudiant avec la **terminologie juridique** en latin (langue dans laquelle le droit fut « inventé » et dont il reste de nombreuses traces dans les langues des droits modernes, nous y reviendrons), comme en français (et d'ailleurs surtout en français), ainsi qu'avec les **modes de raisonnement** qui mettent en œuvre la terminologie du droit.

Le domaine du droit auquel l'étudiant sera initié par prédilection dans le cadre de ce cours est le **droit civil**, dont la matière est exposée sous forme de loi dans le **Code civil** (*infra*).

Le cours de droit romain vise donc avant tout à initier l'étudiant au droit civil, à sa terminologie spécialisée, aux modes de raisonnement qui mettent en œuvre cette terminologie, mais aussi au Code civil (ainsi que, dans une moindre mesure, au Code judiciaire). Le cours peut ainsi apparaître comme une archéologie du Code civil.

Quant aux buts spécifiques à l'étude du droit romain, celui-ci constitue une introduction à la **comparaison** entre différents systèmes de droit positif², ce que l'on peut aussi appeler de manière savante le *relativisme juridique*. Une telle comparaison peut être **interne** aux systèmes du droit positif mis en présence dans le temps ou dans l'espace (1.). Mais la comparaison peut également être externe à un système de droit positif : il s'agit alors de s'ouvrir à la question des rapports entre le droit et la société, société qu'il a vocation à régir mais dont il est également le produit, mais aussi à celle consistant à situer le droit parmi les sciences humaines et sociales (philosophie, psychologie, sociologie, anthropologie, économie, histoire, etc.) (2.).

² Le droit positif est le droit en vigueur dans une société déterminée à une époque déterminée, par exemple : le droit positif romain à l'époque de Justinien, ou le droit positif belge aujourd'hui.

1. Une perspective comparative interne au droit : dans le temps tout d'abord, il s'agit de mesurer l'apport du droit romain à notre droit civil tout en prenant conscience des différences qui peuvent séparer l'un et l'autre.

Dans l'espace, ensuite, la comparaison consiste à mettre en parallèle les traditions juridiques nationales entre elles à notre époque : le droit romain a en effet par excellence vocation à introduire au **droit privé comparé**.

Attendu les circonstances de sa réception au cours du Moyen Âge, le droit romain est à l'origine de la distinction entre deux grandes familles de droit en droit moderne : les **droits romano-canoniques**, qui sont issus historiquement du droit romain sur le continent européen (France, Belgique, Pays-Bas, Allemagne, Autriche, Italie, Espagne, etc.) et, à la faveur de la colonisation, au-delà, en Amérique latine notamment. Ce sont des traditions dans lesquelles le droit civil a été codifié³. On les désigne également par l'expression *Civil Law*.

Les modes de la *Civil Law* s'opposent à ceux de la *Common Law*, dans les pays anglo-saxons (essentiellement la Grande-Bretagne, les États-Unis, l'Australie, la Nouvelle-Zélande ou le Canada, Québec excepté).

Le droit romain est ainsi le substrat commun à la tradition des droits romano-canoniques : véritable *lingua franca* des droits nationaux européens, il permet de comprendre comment et surtout pourquoi les codes nationaux peuvent comporter des solutions juridiques très différentes, alors qu'ils ont tous la même origine.

Le contexte contemporain des projets de création d'un **droit européen des contrats unifié**, voire d'un code civil européen, confère donc au droit romain une nouvelle actualité, dans la mesure où celui-ci rend compte des différences entre les traditions nationales à la lumière de leur origine commune de manière à les résorber dans le respect du génie respectif de chacune d'elles (et non en faisant prévaloir arbitrairement une tradition sur les autres)⁴. Au-delà des mondes de la *Civil Law*, il peut également contribuer à l'édification d'un **droit transnational**⁵.

2. Une perspective comparative externe au droit : il s'agit cette fois d'identifier le droit comme une pratique spécifique de la norme et de reconnaître, d'« isoler », la règle de droit dans le vaste champ des pratiques normatives (en la distinguant des

³ Voir, sur le site de la Cour de cassation, « Un tour du monde des Codes (XIXe – XXe siècle) : <https://www.courdecassation.fr/print/pdf/node/10907>

⁴ LEQUETTE Y., « Vers un code civil européen ? », *Pouvoirs* 107 (2003), p. 97-126. <https://doi.org/10.3917/pouv.107.0097>.

⁵ LHUILIER G., *Le droit transnational : introduction aux Global Law and Business*, Paris, Dalloz, 2016.

règles de politesse, du civisme, de l'observance religieuse, des règles du jeu, de la morale, de l'étiquette, etc.).

La problématique visant à isoler la règle de droit comme une pratique spécifique de la norme touche à la question des **sources formelles** du droit.

Le droit est avant tout une discipline **pratique**, de l'ordre de l'*agir*, du lien social dans son actualité et ses enjeux concrets. La règle de droit, dit-on, n'énonce pas, à l'instar des lois naturelles (« l'eau bout à 100 degrés », par exemple), ce qui est, mais ce qui doit être. Elle a une fonction normative et est en principe obligatoire.

Mais le droit est également l'objet d'un discours **théorique**, savant, scientifique : il s'inscrit à ce titre dans le champ des sciences humaines et sociales, où il constitue un champ de recherche singulier, pour lequel il est utile de s'ouvrir aux ressources de l'interdisciplinarité, qui est le fer de lance et l'« ADN » de la Faculté de droit de l'Université Saint-Louis – Bruxelles au sein de la grande Université Catholique de Louvain⁶.

À cet égard, il faut prendre conscience que le droit positif n'existe pas en vase clos, mais qu'il se ressent des mouvements généraux qui traversent les sociétés dans tous les domaines de la religion, de la philosophie, de la politique, des sciences et des techniques, du commerce et des échanges, des mœurs et des mentalités.

La perspective comparative externe au droit, appliquée au droit romain, permet ainsi de mieux comprendre les évolutions historiques massives que peut connaître un système de droit positif. Par exemple, comment comprendre le basculement entre les systèmes de droit modernes, basés sur la dignité et les droits humains (*cf.* la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui proclame en son préambule les « droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme »), et le droit romain, qui, à l'ouverture de son droit des personnes, déclare sans sourciller, d'une manière qui était admise par tous : « Tous les hommes sont ou libres ou esclaves » (GAIUS, *Institutes* I, 9) ?

Il faut ici élargir le champ de vision et s'élever depuis l'étude technique du droit positif à la profondeur de la socialisation, à ce qui conditionne le regard de chacun sur le monde, sur les autres, et sur lui-même.

La question touche alors aux sources d'inspirations du droit, ce que le juriste appelle les **sources matérielles** du droit (*infra*).

Or, pour penser les sources matérielles du droit à la lumière des sciences humaines et sociales et réfléchir aux rapports entre le droit et la société, en vue toujours de construire ensemble un monde meilleur, le droit romain, grâce au recul qu'il nous confère et à la liberté de jugement qui en résulte, dégage une position inégalable. Il permet en particulier de mesurer les continuités entre les anciens et nous (au plan des

⁶ Voir les développements consacrés à ces questions dans le cours de *Sources et Principes du droit*.

techniques du droit civil notamment) mais aussi, sinon surtout, les ruptures qui nous en séparent, spécialement eu égard aux révolutions mentales et sociales qu'ont représentées les civilisations issues du Moyen-Âge et des Temps modernes, notamment à partir de la Révolution française.

Conclusion

À l'arrivée, l'étudiant devra avant tout avoir acquis une **maîtrise des principaux concepts du droit privé** afin d'en produire avec rigueur et clarté la qualification et l'analyse. Il aura également appris à manipuler le Code civil, à y faire son chemin pour y retrouver lui-même les informations pertinentes, mais aussi à faire l'exégèse critique et historique de ses dispositions.

Enfin, il aura pris conscience que nos traditions juridiques sont l'héritage d'un passé plurimillénaire où plusieurs civilisations se sont succédé et enrichies de manière cumulative, étant en somme comme une immense œuvre collective. Il aura intériorisé l'idée du comparatisme juridique. Enfin, saisi par son irréductible singularité historique et anthropologique, il sera mieux armé pour relever les défis extraordinaires que tend à l'Homme contemporain un système de droit positif à vocation universelle, qui proclame la liberté et l'égalité devant la loi, sans distinction de race, de sexe, de religion, d'appartenances de tous ordres, de tous les hommes et de toutes les femmes.

II. Quelques préliminaires

A. Un cours magistral *ex cathedra*

Le cours de *Fondements romains et éléments d'histoire du droit privé* est un cours magistral *ex cathedra*.

Ex cathedra, « du haut de la chaire », est une locution qui se rapporte, dans le vocabulaire de la théologie, à la chaire de saint Pierre, du haut de laquelle s'exprime avec autorité le pape, puis à l'évêque. S'appliquant finalement au professeur, elle désigne l'enseignement et l'autorité enseignante elle-même.

◆ Les syllabi

Le syllabus écrit complète l'exposé oral. Il doit vous permettre de clarifier et de systématiser les notes que vous aurez prises au cours.

La matière de l'année est couverte par quatre *syllabi* : le premier, intitulé « Le Droit dans la cité. Histoire, Langue, Institutions », s'attache à poser les bases de l'étude du droit privé romain sur une base à la fois juridique (nous rencontrerons les notions de règle de droit, d'ordre juridique, de source formelle du droit, et mettrons en exergue les archétypes du droit privé, à ce jour, comme le procès ou l'acte juridique privé).

Les trois suivants se consacrent à une branche du droit positif en droit privé romain classique : Le droit des personnes et le droit de la famille (syllabus II) ; Le droit des biens (syllabus III) ; Le droit des obligations (syllabus IV).

Certains passages apparaissent dans une autre police : ils sont l'occasion d'un bref développement explicatif sur l'histoire d'un mot latin, d'une notice biographique sur un auteur ancien, ou d'un excursus destiné à interpeller l'étudiant sur tel aspect plus singulier ou inattendu d'une institution.

◆ Les monitorats

Les monitorats sont une aide à la compréhension et à l'étude du cours par petits groupes. Durant les séances de monitorat, les étudiants revoient des parties de la matière et reçoivent des compléments d'explication. L'accent est mis sur l'application pratique des règles à partir de la résolution de casus, ainsi que sur les interactions entre les différentes parties du cours. Vous pouvez y poser toutes les questions que vous souhaitez.

B. Le Code civil

Dans les langues juridiques modernes, le Code (du mot latin *codex*) est la compilation ordonnée et systématique, ayant valeur de loi, de l'ensemble de la matière de l'une des branches du droit (Code civil, Code pénal, Code judiciaire, Code des sociétés, Code de droit économique, etc.). Comme type d'ouvrage juridique, le code possède trois caractéristiques : la **complétude** (il couvre l'ensemble d'une matière du droit), la **systematicité** (plan, structure, et numérotation), et le **style** (clarté et concision).

Le Code civil a donc pour objet le droit civil : il a ainsi vocation à régir la vie du citoyen de la naissance à la tombe : statut personnel, mariage et famille, successions entre-vifs ou à cause de mort, propriété privée et droits réels, contrats et responsabilité civile.

Du codex au Code : l'évolution singulière d'un mot latin

Dans l'Antiquité, à l'origine, le latin *codex* n'est pas encore un terme juridique, il désigne simplement un livre relié fait de feuilles de parchemin.

La technique du parchemin, qui est une peau d'animal travaillée et blanchie, fut inventée à Pergame, en Asie mineure (actuelle Turquie), dont elle porte le nom, *pergamena (membrana)*, au cours du II^e siècle av. J.-C.

Le *codex* de parchemin se substitue au rouleau de papyrus (le *volumen*) dès les II^e-III^e siècles après J.C. (période de l'Antiquité tardive), innovation grâce à laquelle il fut possible techniquement de réaliser de grandes compilations des lois et des textes normatifs du droit romain classique, dont la plus célèbre est le *Corpus iuris civilis*, « la Collection du droit civil », à l'initiative de l'empereur Justinien au VI^e siècle.

Cet usage privilégié du « livre » (*codex*) dans le domaine du droit explique la spécialisation du terme « code » dans le lexique des droits modernes.

Le Code civil belge est actuellement **en cours de réforme**.

La loi du 13 avril 2019 portant création d'un Code civil et y insérant un nouveau livre 8 « La preuve » est entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2020. Nous avons donc un **nouveau Code civil** en lieu et place du Code civil de 1804, ou Code Napoléon, désormais identifié comme l'ancien Code civil (art. 2).

À terme, le nouveau Code civil sera composé de dix livres :

- Livre 1er. Dispositions générales ;
- Livre 2. Les personnes, la famille et les relations patrimoniales des couples ;
- Livre 3. Les biens ;
- Livre 4. Les successions, donations et testaments ;
- Livre 5. Les obligations ;
- Livre 6. La responsabilité extracontractuelle ;
- Livre 7. Les contrats spéciaux ;
- Livre 8. La preuve ;
- Livre 9. Les sûretés ;
- Livre 10. La prescription.

Le nouveau Code civil opère une redistribution systématique par Livres des matières qui étaient rassemblées anciennement dans les trois Livres du Code de 1804, suivant le plan suivant :

- Livre I. Des personnes (art. 1 – 515)
- Livre II. Des biens et des différentes modifications de la propriété (art. 516 - 710)
- Livre III. Des différentes manières dont on acquiert la propriété (art. 711 – 2281).

Épinglons pour ce qui nous concerne⁷ la **réforme du droit des biens**, adoptée par la loi du 4 février 2020 portant le Livre 3 « Les biens » du Code civil, publiée au Moniteur belge le 17 mars 2020. Conformément à l'article 39, la loi est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2021⁸.

La **réforme du droit des obligations** a quant à elle été adoptée par la loi du 28 avril 2022 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, publiée au Moniteur belge le 1er juillet 2022. Elle est entrée en vigueur le 1er janvier 2023.

Loin de faire *tabula rasa* de l'ancien, le nouveau Code civil opère une « **évolution sans révolution** », suivant l'expression consacrée, se voulant une codification à « droit constant » au sens où elle enregistre les évolutions opérées en doctrine et en jurisprudence depuis l'entrée en vigueur du Code Napoléon.

L'ancien Code civil, en d'autres termes, n'est donc pas périmé du jour au lendemain, d'autant moins qu'il s'agit également de prendre en considération le droit dit transitoire.

On appelle **droit transitoire** les dispositions qui régissent le passage de l'ancien droit au nouveau droit. Destiné à faciliter la succession d'une législation à l'autre, il définit ainsi le champ d'application de chacune d'elles.

Le principe fondamental qui gouverne la question est à cet égard la **non-rétroactivité de la loi**, tel qu'il est exprimé à l'article 2 de l'ancien Code civil (= C. civ., art. 1.2):

C. civ. anc., art. 2 : « La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif ».

L'ancien Code civil belge n'était autre que le Code civil des Français, dit Code Napoléon, promulgué par la loi du 30 ventôse an XII (calendrier révolutionnaire), soit le 21 mars 1804. Un peu d'histoire de Belgique permet d'expliquer ce fait singulier.

⁷ Voir, sur l'état d'avancement des travaux : <https://justice.belgium.be/fr/bwcc>.

⁸ C. civ., art 39 : « La présente loi entre en vigueur le premier jour du dix-huitième mois qui suit celui de sa publication au Moniteur belge ».

Les provinces belges du Saint-Empire romain germanique appartenant à la maison d'Autriche (les Pays-Bas du Sud) furent cédées à la France en 1797 par le traité de Campo-Formio, de sorte que nos régions furent soumises au régime du Code civil à partir de 1804. Après la révolution belge de 1830, la Belgique a finalement conservé le Code civil des Français, dont il a gardé le plan, les titres et la numérotation.

Le Code civil des Français a déjà été en partie réformé en 2016.

Comme on l'a évoqué, le cours de droit romain se veut une archéologie du Code civil. De nombreux articles du Code, tant du Code Napoléon que du nouveau Code civil, seront en effet cités, analysés, commentés, critiqués, à la lumière de leurs origines romaines.

Le droit romain permet en effet d'évaluer les évolutions du droit privé en stéréoscopie aux différents degrés antique, médiéval, moderne (Code Napoléon), et contemporain, jusqu'au jour d'aujourd'hui.

N'hésitez pas à prendre votre code au cours. Soyez actif quand vous étudiez celui-ci en ayant le réflexe de vous y reporter constamment : apprenez à le manipuler, connaissez-en la structure, sachez aussi (sachez surtout) comprendre et interpréter ses dispositions et y trouver les réponses aux questions que vous vous posez ou qui vous seront posées à l'examen.

C. Le latin

Le latin, le droit et la religion, définissent ce que le romaniste belge Jacques-Henri Michel a appelé « la **triple vocation à l'universalité** » de Rome :

- Universalité du **latin**, « continué par les langues romanes, répandues non seulement dans l'Europe tempérée et méditerranéenne, mais aussi, à la faveur de la colonisation, dans toutes les parties du monde et, plus spécialement, dans l'Amérique du Nord, avec le français, et surtout dans l'Amérique du Sud, grâce à l'espagnol et au portugais » ;
- Universalité du **droit** romain « qui a imposé à l'univers sa conception de l'État comme il détermine encore aujourd'hui la plupart des systèmes contemporains de droit privé qui ont reçu de lui, entre autres, la notion de propriété (seuls échappent à cette hégémonie les pays anglo-saxons qui relèvent de la *common law*) » ;
- Universalité du **christianisme**, enfin, « plus particulièrement sous la forme que lui a donnée l'Église catholique, par rapport à laquelle, même s'ils ne lui

ont jamais appartenu ou s'en sont détachés, se définissent encore tous les chrétiens »⁹.

Le droit s'exprimant par des mots, les rapports entre la langue et le droit sont toujours étroits. Mais les affinités entre le droit et le latin sont intimes et originaires, étant la langue dans laquelle le droit fut « inventé » – à l'instar du grec pour la philosophie.

Il en reste de nombreuses traces dans le lexique des droit modernes. Toutes les principales notions du droit privé en dérivent directement : *proprietas, possessio, praescriptio, occupatio, accessio, traditio, obligatio, contractus, delictum, ususfructus, servitus, venditio, mandatum, locatio, societas, dolus malus, bona fides, patria potestas, matrimonium, patrimonium, emancipatio, adoptio, minor, etc.*

Nombre de formules courantes dans le discours juridique en sont issues, comme, parmi d'autres, l'expression *de cuius*, qui désigne le défunt dans le cadre d'une succession à cause de mort, et est en réalité la contraction de la phrase *de cuius successione agitur* « celui de la succession duquel il s'agit ».

De plus, maintes règles élaborées en droit romain ont reçu au Moyen Âge une forme gnomique, proverbiale, figée, sous la forme d'adages, maximes ou brocards, dont la formulation est caractérisée par la clarté et la concision, et ont ainsi passé les siècles.

Pour prendre un exemple, l'adage célèbre relatif à l'enfant à naître :

INFANS CONCEPTUS PRO IAM NATO HABETUR QUOTIENS DE EIUS COMMODIS AGITUR

« L'enfant simplement conçu est considéré comme déjà né
toutes les fois qu'il y va de ses avantages ».

Les articles 725 (capacité à succéder) et 906 (capacité à recevoir par donation ou par testament) du Code Napoléon en sont encore deux applications en droit moderne.

Le latin fut la langue du droit et de l'administration pendant toute l'histoire de la Rome antique, y compris dans la partie orientale, hellénophone, de l'Empire, et pendant tout Moyen Age.

Il est encore la langue savante universelle en Europe au XVe siècle, notamment pour les juristes, spécialistes du droit civil (qu'est le droit romain) ou du droit canonique (qu'est le droit de l'Église).

Avec l'affirmation des États-nation à partir du XVe siècle, et au lendemain de la Réformation, ou Réforme protestante, dans les régions de l'Empire romain

⁹ MICHEL J.-H., « Les impérialisme indo-européens », in IDEM, *Synthèses romaines. Langue latine, Droit romain, Institutions comparées*, Études publiées en hommage au professeur J.-H. Michel par Ghislaine Viré, Bruxelles, Latomus, 1998, p. 62.

germaniques, s'affirment les langues nationales dans lesquelles s'expriment les droits nationaux.

On soulignera deux étapes significatives de cette évolution dans le contexte français :

- L'ordonnance de Villers-Cotterêts en 1539 (François 1^{er})
- La création de la chaire de droit français, par Louis XIV en 1679.

III. Bibliographie de base

On commencera par mentionner deux sites internet intéressants :

- *Roman Law Library* : <http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/>
- *Iuventuti cupidae legum* : <http://vinitor.egss.ulg.ac.be/>

Ci-dessous, une bibliographie des manuels de base, essentiellement francophone :

- Manuels de droit romain

CANTARELLA E., *Diritto romano. Istituzioni e storia*, MILANO, 2010.

HANARD G., *Précis de droit romain*, I, Bruxelles, FUSL, 1997.

MICHEL J.-H., *Éléments de droit romain à l'usage des juristes, des latinistes et des historiens*, Fascicules I et II, Bruxelles, 1998.

DUCOS M., *Rome et le droit*, Paris, 1996.

GAUDEMET J., CHEVREAU E., *Droit privé romain*, Paris, 2009.

GAUDEMET J., CHEVREAU E., *Les institutions de l'antiquité*, Paris, 2014.

GIRARD P.-Fr., *Manuel élémentaire de droit romain*, 8e éd. par F. Senn, 1937, réimpr. présentée par J.-Ph. Lévy, Paris, Dalloz, 2003.

JONES H., *Introduction au droit romain*, I, Diegem, 1997.

MONIER R., *Manuel élémentaire de droit romain*, 2 vol., Aalen 1977.

PICHONNAZ P., *Les fondements romains du droit privé*, 2^e édition, Zurich, Paris, 2020.

SCHMIDLIN Br. et CANNATA C.A., *Droit privé romain*, I et II, Lausanne, 1988.

VILLERS R., *Rome et le droit privé*, Paris, 1933.

- Droit romain et histoire du droit

GAUDEMET J., *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, 4e éd., Paris, 2006.

STEIN P., *Le droit romain et l'Europe. Essai d'interprétation historique*, 2e éd., Genève, 2004.

- Une bonne introduction au *Common Law*

LEGRAND P., SAMUEL G., *Introduction au Common Law*, Paris, 2008.

- Recueils d'adages

LAINGUI A., *Adages et maximes du droit*, Paris, 2005.

MERMINOD Y., *Expressions et proverbes latins : adages juridiques*, Neuchâtel, 1992.

ROLAND H., BOYER L., *Locutions latines et adages du droit français contemporain*, Lyon, 1977-79.

MERGEAI J., *Le passe-partout du latin juridique : recueil de termes, locutions, adages avec une traduction*, Bruxelles, 1992.

- Lexique

CORNU G. (éd.), *Vocabulaire juridique*, Paris, 2014.

PICHONNAZ P., DUNAND J.-Ph. J., *Lexique de droit romain*, Bruxelles, Zurich, 2006.

Titre I. L'histoire du droit romain jusqu'au règne de Justinien

Le droit romain présente la particularité de constituer un **système de droit positif** que nous pouvons suivre sur près de 1400 ans d'histoire. A ce titre, l'étude du droit romain (qui est la science des romanistes) est une discipline qui relève à la fois (sinon surtout) du droit, mais aussi de l'histoire, puisqu'il s'agit d'étudier un système de droit du passé.

Une question se pose d'emblée, sur laquelle on reviendra, qui est celle des **sources documentaires** ou **historiques** du droit romain, à savoir : comment pouvons-nous connaître le droit romain ?

Remarquons que nous avons d'ores et déjà rencontré l'emploi du mot « source » dans le lexique du droit dans trois expressions différentes : sources formelles, sources matérielles, et sources historiques ou documentaires (*infra*).

Ce millénaire et demi d'histoire commence à partir de la fondation légendaire¹⁰ de la ville par Romulus (*ab urbe condita*, suivant l'expression de l'historien romain Tite Live, « à partir de la fondation de la ville »), en 753 av. J.-C.

Et il s'achève avec le règne de l'empereur Justinien, au VI^e siècle de notre ère [527-565].

Le règne de Justinien marque la fin de la période de l'Antiquité et le commencement de l'Empire dit byzantin (parce que la capitale de l'Empire était alors Constantinople, sur le Bosphore, l'ancienne Byzance grecque).

Au cours de cet arc temporel, le droit privé romain n'est évidemment pas resté le même, il s'est au contraire transformé en profondeur. Aussi est-il nécessaire de commencer par délimiter les périodes de l'histoire du droit romain : droit ancien, droit classique, droit tardif ou postclassique, règne de Justinien, qui nous permettra de présenter l'œuvre législative de ce dernier, le *Corpus iuris civilis* (chapitre 1).

Le droit étant toujours issu d'une communauté politique et sociale déterminée¹¹, située dans l'espace et dans le temps, il faudra également passer rapidement en revue l'histoire des institutions publiques romaines. Nous évoquerons les différents régimes politiques qui se sont succédé au cours de l'histoire de Rome et de son empire, tant il est vrai qu'histoire politique et histoire des sources du droit sont

¹⁰ Voir sur la critique historique des sources de l'historiographie romaine : POU CET J., *Les origines de Rome. Tradition et histoire*, Bruxelles, 1985.

¹¹ En principe, du moins, vu certaines évolutions contemporaines vers un droit transnational déterritorialisé, en particulier (mais pas seulement) dans le domaine du droit des affaires.

étroitement liées : la Royauté, la République et l'Empire. Nous concluons cette évocation par une définition du droit public et du droit privé (chapitre 6).

Le procès fut essentiel à l'invention du droit privé romain, à tel point qu'il paraît utile de signaler d'ores et déjà l'importance de la procédure¹² pour l'étude du droit privé romain, qui apparaît en effet aussitôt à l'aune de la constatation suivante : les trois régimes de procédure qui se sont succédé au cours des mille ans de l'histoire du droit romain correspondent assez bien à la division chronologique entre les droits ancien, classique et tardif :

- Le régime des **actions de la loi** (*legis actiones*), correspond au droit ancien ;
- La **procédure formulaire**, au droit classique ;
- Et la **procédure extraordinaire** (*cognitio extra ordinem*), au droit tardif (Bas-Empire et règne de Justinien).

Un facteur significatif d'évolution du système du droit positif romain dans l'Antiquité et après est en outre l'avènement du christianisme, en particulier à partir du IV^e siècle de notre ère, avec la conversion de l'empereur Constantin, qui marqua la fin des persécutions contre les chrétiens, et avec l'Édit de Thessalonique, qui, pris en 381 ap. J.C., sous le règne des empereurs Gratien, Valentinien et Théodose, (*Cod. Theod.* 16, 1, 2), institua le christianisme comme religion officielle de l'Empire romain.

Deux systèmes de religion se sont alors succédé, avec des conséquences à bien y réfléchir incalculables pour l'histoire tant du droit public que du droit privé.

Chapitre 1^{er}. Les périodes de l'histoire du droit romain

« L'histoire particulière du droit romain ne prend véritablement son sens qu'à la condition de s'insérer dans l'histoire globale de Rome et de son empire »¹³.

Même limitée au droit privé, en d'autres termes, la périodisation de l'histoire du droit romain se tire du cadre général de l'histoire romaine pendant les quelque mille ans qu'elle dure, précisément de la loi des XII Tables [451-450 av. J.-C.] à la codification de Justinien [VI^e s. ap. J.-C.].

¹² La procédure rassemble les règles qui gouvernent l'organisation des tribunaux, leur compétence, le déroulement des procès et l'exécution des jugements. C'est le *modus operandi*, ou *modus agendi*, la « marche à suivre » pour obtenir, élaborer, attaquer ou exécuter une décision de justice.

¹³ MICHEL J.-H., *Éléments de droit romain à l'usage des juristes, des latinistes et des historiens*, I, Bruxelles, 1998, p. 13.

La définition des périodes de l'histoire du droit romain requiert de prendre en compte ce que le philosophe Leibniz [1646-1716], dans son ouvrage *Novus methodus discendae docendaeque jurisprudentiae* (« Nouvelle méthode pour apprendre et pour enseigner la jurisprudence »), appela **l'histoire externe** du droit romain¹⁴ : les circonstances historiques, d'ordre très divers (militaire, politique, économique, culturel, etc.), qui ont influencé la formation et le développement du droit romain.

Bien sûr, notre approche est celle de juristes, et non d'historiens. Nous nous contenterons donc d'une esquisse de l'histoire externe du droit romain pour nous concentrer pour le reste sur ce que, par contraste, on pourrait appeler l'histoire interne du droit romain, à savoir **l'étude dogmatique** du droit positif romain, l'adjectif « dogmatique » qualifiant ici le système que ce droit, en particulier, ce droit privé, a constitué spécialement à partir du droit classique.

On distingue quatre périodes de l'histoire du droit romain.

I. L'ancien droit

L'**ancien droit** romain, ou **droit archaïque**, court depuis la création de l'État romain, *Ab urbe condita*, en 753 av. J.-C., jusqu'à la première guerre punique (qui dure de 264 à 242).

La date de fondation de la Ville étant légendaire, il est préférable de retenir comme point de départ le milieu du VII^e siècle, vers 650 av. J.-C., époque où l'archéologie enseigne que la zone du forum fut pavée pour la première fois¹⁵. Eu égard à l'époque où remontent nos plus anciens documents, fût-ce par la tradition indirecte (via la citation de sources documentaires plus récentes), nous pouvons fixer le milieu du Ve siècle, avec la fameuse **loi des XII Tables** [451-450 av. J.-C.].

Le **forum** (en grec l'agora) est la place du marché, et, comme tel, il est le lieu géométrique où convergent toutes les institutions de la cité, spécialement les institutions religieuses (des cultes civiques sont attestés sur la zone dès la seconde moitié du VII^e siècle) et politiques (où se trouve le lieu de réunion du peuple romain, le *comitium*), le centre par ailleurs de la vie judiciaire (le lieu du tribunal), économique (le lieu du marché et des échoppes des changeurs), et, à l'époque classique, culturelle (bibliothèques, basiliques, qui sont les ancêtres des centres commerciaux, odéons, portiques et promenades, etc.) .

¹⁴ *Ibidem*, p. 9.

¹⁵ Un second pavement étendu au *comitium* fut effectué en 625. Sur les fouilles du forum : COARELLI F., *Il Foro romano*, I. Periodo arcaico, Rome, 1983.

L'archéologie relative au pavement du forum corrobore les données de la tradition historiographique romaine, selon laquelle le roi étrusque Tarquin l'Ancien¹⁶ aurait entrepris l'assèchement de la zone, marécageuse et régulièrement inondée, du forum : la *cloaca maxima*, le « grand égout », dont les canalisations débouchaient dans le Tibre, à l'endroit du *forum boarium* (marché au bœufs), près du pont Sublicius (le plus ancien pont de Rome) et de l'île tibérine.

Cette période est celle du droit national (réservé aux citoyens romains), rural, et formaliste, de la Rome latine. Si les échanges économiques y sont encore peu nombreux, dans le cadre d'une économie agraire basée sur l'autarcie des familles, il demeure que les fondements du système du droit positif y furent d'emblée mis en place. On pointera en particulier la **loi des XII Tables**, au milieu du Ve siècle, et l'importance du collège des **pontifes**, prêtres du culte public, entre les mains duquel se trouvait alors le droit (son interprétation, et surtout ses ressources, les formules nécessaires pour tenter une action en justice ou pour accomplir un acte juridique, comme un testament). Or les pontifes étaient membres de la classe dominante, les nobles, les patriciens. Leur monopole sur le droit privé et ses ressources suscita ainsi la révolte des plébéiens, membres de la plèbe, à savoir ceux qui n'étaient patriciens et se trouvaient *de facto* exclus de l'accès au droit privé. La période est en effet marquée par la lutte politique et socio-économique entre **les patriciens et les plébéiens**, dont les conséquences pour le droit privé seront très importantes.

Dans l'ordre de la juridiction, le régime de procédure est alors celui des **actions de la loi** (*legis actiones*). En 367 av. J.-C est créée une nouvelle magistrature, dont le titulaire a vocation à rendre la justice entre citoyens romains, et dont l'importance sera considérable : le **préteur** (urbain).

L'ancien droit se clôture avec l'achèvement de la conquête de l'Italie (sans les îles ni la plaine du Pô), que marque la prise de Tarente en 270 et le début de la première guerre punique.

Rome s'impose comme une puissance régionale, qui domine militairement et intègre politiquement tous les peuples italiques : elle s'avère dès lors menaçante pour ses puissantes riveraines, et déjà rivales : Carthage, comptoir phénicien installé au IXe siècle en Afrique du Nord, et la Grèce, qui est l'autre grande thalassocratie (puissance maritime), se partageant alors la Méditerranée.

¹⁶ Selon la tradition, Tarquin l'Ancien [616-578 av. J.-C.] est le cinquième roi de Rome, et le premier roi étrusque, la période étrusque ayant été décisive pour le développement urbain de la Ville.

II. Le droit classique

Le **droit classique** naît avec l'expansion romaine dans le bassin méditerranéen, quand Rome entre en contact avec les États hellénistiques de l'Orient grec. La période est marquée par l'essor du commerce et des transports, notamment maritimes, et par le développement d'une économie monétaire. Rome devient la plaque tournante d'un marché appelé à devenir mondial à l'échelle de la Méditerranée antique.

De national qu'il était, le droit romain évolue vers un système juridique à **vocation universelle**, le *ius gentium*. Le *ius gentium* est le « droit des nations », que Rome s'intègre de manière très originale pour en faire comme un « droit commun des échanges » parfaitement ajusté à ce qui apparaît déjà comme une première mondialisation, ainsi que le voit avec clairvoyance l'historien grec Polybe [218-126 av. J.-C.], qui lui-même ramené à Rome comme otage après la bataille de Pydna en 168 av. J.-C., où il est devenu une personnalité phare de la rencontre entre la tradition romaine et la culture grecque (le philhellénisme) : jusque-là compartimentée, l'histoire des peuples, écrit-il, s'est décloisonnée à mesure que Rome en a réunifié toutes les composantes de manière à former un « tout organique » orienté vers une même fin¹⁷ :

Histoires, Préface 3 : « Avant cette époque¹⁸, la vie des peuples est comme isolée, les faits qui se passent chez chacun ont une origine, une issue, un théâtre qui leur est propre ; mais ensuite, *l'histoire ne forme plus, pour ainsi dire, qu'un seul corps* : un lien commun rapproche et unit entre elles l'Italie, l'Afrique, la Sicile et la Grèce ; tout converge vers une même fin. » (trad. Baslez).

La réactivité du droit romain aux profondes évolutions sociales et économiques qui s'engagent alors se mesure à la création quasiment instantanée d'une nouvelle magistrature, en 242 av. J.-C. : la préture pérégrine, destinée à trancher les litiges entre les pérégrins, à savoir ceux qui ne sont pas citoyens romains.

C'est aussi l'époque où les grands contrats du *ius gentium* si typiques de la vie des affaires, la vente, le louage, la société et le mandat, sont reconnus et organisés par le droit civil romain (*ius civile*), où ils deviennent ce que l'on appelle depuis les **contrats consensuels synallagmatiques de bonne foi**.

Au formalisme fondateur de l'ancien droit, et à l'interprétation stricte qui en est la conséquence, tendent à s'opposer la souplesse de la volonté exprimée sans le respect de formes particulières (le contrat consensuel), et la largesse de l'équité et de la bonne

¹⁷ ROMAN Y., *Rome, de Romulus à Constantin, Histoire d'une première mondialisation (VIIIe s av. J.-C. – IVe s. ap. J.-C.)*, Paris, Éd. Payot & Rivages, 2016, p. 161 s.

¹⁸ Il s'agit de la CXL^e Olympiade, soit les années 220-216 av. J.-C.

foi comme clés d'interprétation *ex æquo et bono* des rapports juridiques, articulation dont les préteurs, urbain et pérégrin, seront les maillons essentiels.

Au plan procédural, enfin, opère la mise en place décisive d'un système alternatif aux anciennes actions de la loi, la **procédure formulaire**, sur base de l'**édit du préteur** (urbain ou pérégrin), dont le rôle sera fondamental pour le dégagement du système du droit privé romain et l'avènement d'une *scientia iuris*, une science du droit privé.

Le droit comme technique du lien social se dégage en effet du monopole sacerdotal ancien : voici apparaître ce personnage si singulier dans l'histoire universelle du droit qu'est le **jurisconsulte** classique, qui n'est ni prêtre, ni magistrat, ni même un professionnel, mais qui met son savoir et son expertise à la disposition de ses concitoyens.

La formation d'une science du droit se manifeste notamment par la rédaction d'ouvrages juridiques, par l'apparition des premiers catalogues des sources formelles du droit romain, mais aussi par la mise en système du droit positif, comme l'atteste le plan des Institutes de Gaius, en trois parties : Personnes – Patrimoine – Procédure.

La période est traditionnellement divisée en deux parties :

- Le droit préclassique pour les deux derniers siècles de la République (IIe et Ier siècles av. J.-C.) ;
- Le droit classique (le Haut-Empire, ou le Principat, jusqu'à la crise du milieu du IIIe siècle ap. J.-C.

III. Le droit tardif

Le **droit tardif** est celui de l'Antiquité tardive, ou du Bas-Empire. Il commence, pour le droit public, avec Dioclétien (empereur de 284 à 305 ap. J.-C.), et, pour le droit privé, avec Constantin le Grand (empereur de 306-337), et se termine, pour l'Occident, en 476, avec la chute de l'Empire romain d'Occident, et en Orient, en 565, avec la mort de Justinien.

La période est troublée, marquée par de grands bouleversements : les « invasions barbares », ou, comme préfèrent le dire aujourd'hui les historiens, les « grandes migrations », qui amenèrent les peuples germaniques, mus eux-mêmes sous la poussée des Huns venus des steppes de Mongolie, à faire des incursions répétées dans l'Empire et à en troubler, aux frontières spécialement, la paix ; les premières pandémies à l'échelle du bassin méditerranéen ; et surtout l'anarchie militaire au IIIe siècle.

Du point de vue du droit public et fiscal, le commencement de la période est associé à la vaste réforme des structures administratives de l'État engagée par Dioclétien dans le but de reconstituer l'unité et la cohésion de l'Empire menacé d'effondrement : c'est la **Tétrarchie**, où gouvernent deux Augustes (Dioclétien et Maximien) et deux Césars (Galère et Constance Chlore, le père de Constantin).

La tétrarchie sauvera l'Empire de la disparition pure et simple mais ne le préservera pas de la division en deux parties, Orient et Occident, qui devient réalité à la mort de l'empereur Théodose Ier, en 395 ap. J.C. Le destin des deux parties de l'Empire sera dès lors différent, avec la chute de l'Empire d'Occident en 476, qui marque l'avènement des royaumes barbares et le début du haut Moyen Âge, et la continuation de l'Empire d'Orient, ou Empire byzantin, jusqu'à la prise de Constantinople par les Ottomans en 1453 ap. J.-C.

Remarquable pour l'évolution du droit privé (mais aussi public) est le règne de Constantin [306-337], qui déplaça la capitale de l'Empire de Rome à Byzance, ancienne colonie grecque sur le Bosphore, ville qu'il inaugura en 330 et rebaptisa Constantinople (la « ville de Constantin »), aujourd'hui, Istanbul. Il en résulta une influence croissante de l'hellénisme sur le droit romain, sensible par la généralisation de l'écrit pour la conclusion des actes juridiques.

Constantin est le premier empereur favorable au christianisme, auquel il se convertit sur son lit de mort, selon l'usage de l'époque. Il mit fin aux grandes persécutions dont la religion nouvelle avait fait l'objet jusque-là, spécialement sous le règne de son prédécesseur, Dioclétien.

L'avènement du christianisme sera décisif pour l'évolution du système du droit privé romain, en particulier eu égard à la conception toute nouvelle de la personne humaine qui s'impose dans le contexte de la théologie trinitaire et de la christologie, et qui passe dans le registre de l'anthropologie chrétienne et du droit canonique à partir du XIII^e siècle.

Le droit tardif est celui des **grandes compilations** de livres de droit (ou *codices*, de *codex*, le « livre relié »), qui répondent au souci de rassembler les sources documentaires dispersées du droit, corrélée elle-même à un certain affadissement de l'analyse juridique (le droit dit « vulgaire », en Occident). Apparaissent inversement, à Rome et en Orient, les premières facultés supérieures d'enseignement du droit.

Notable est encore la formation d'un droit créé de toutes pièces à partir du droit romain, un droit *sui generis*, le **droit canonique** (du grec *kanôn*, « la règle »), qui est le droit de l'Église catholique.

Le droit civil, à savoir le droit romain qui renaît de ses cendres avec la redécouverte du *Corpus iuris civilis* à la fin du XI^e siècle, et le droit canonique, formèrent ensemble le droit savant, *utrumque ius*, « l'un et l'autre droit », à la source d'un **droit commun européen** (*ius commune*) qui féconda la formation d'une tradition juridique en Occident.

IV. Le règne de Justinien [527-565]

Justinien appartient encore au monde romain de l'antiquité, dont il recueille l'héritage juridique dans sa codification que l'on l'appellera à la Renaissance (au XVI^e s.) le *Corpus iuris civilis*, « la collection du droit civil ». Par celle-ci, Justinien a assuré la transmission de l'héritage du droit romain classique aux générations ultérieures, surtout à partir de sa redécouverte, en Italie du Nord, à la fin du XI^e siècle.

Son règne inaugure par ailleurs, en Orient, le droit byzantin, qui nous intéresse surtout par le recueil des *Basiliques* (= les livres royaux), compilé au Xe siècle sur l'ordre des empereurs Basileios II et son fils Léon VI le Sage.

Dans le chef de l'empereur nostalgique de la grandeur passée de l'*Imperium romanum*¹⁹, cette volonté de codification du droit s'inscrivait dans un vaste programme de *restauratio imperii*, de restauration de la grandeur et de l'unité alors perdues de Rome, entreprise qu'il mena à bien également aux plans du territoire et de la religion.

S'agissant du territoire, Justinien se lança dans de vastes campagnes militaires et diplomatiques²⁰ et assura la stabilisation des frontières (avec l'empire perse).

L'unité territoriale ainsi restaurée sera toutefois éphémère et ne résistera aux forces de division qui reprennent irrémédiablement le dessus après sa mort (formation des Royaumes barbares et début du haut Moyen Âge en Occident, notamment).

S'agissant de la religion, Justinien s'impose comme chef à la fois de l'Église et de l'État (base du « césaropapisme »). L'empereur prend personnellement part aux débats théologiques qui agitent l'Église. Il nomme et révoque les patriarches et les évêques ; il réunit les grands conciles œcuméniques en mettant les infrastructures de l'empire (routes, relais, poste ou *cursus publicus*), au service des évêques.

Il est à l'origine de la construction de la cathédrale Sainte-Sophie à Constantinople.

¹⁹ MARAVAL P., *Justinien. Le rêve d'un empire chrétien universel*, Paris, 2016.

²⁰ L'Afrique est reprise aux Vandales en 534, l'Italie aux Ostrogoths en 554 ; la diplomatie lui permet de recouvrer une influence sur l'Espagne des Wisigoths.

En Occident, attendu l'effondrement des structures de l'Empire, s'imposera un principe de la séparation des deux pouvoirs spirituels et temporels, contre le césaropapisme en Orient. L'évêque Ambroise de Milan [340-397] en fut l'un des promoteurs dans l'Antiquité tardive : cf. la pénitence publique à laquelle il soumit l'empereur Théodose 1er pour avoir réprimé dans le sang la révolte de Thessalonique en 390.

Une telle problématique²¹ était en toute hypothèse inconnue des cultes civiques « païens », où prêtres et magistrats formaient une seule et même hiérarchie publique et sacerdotale (le pouvoir, *imperium*, étant de nature sacrée, il conférait d'office au chef de la communauté politique la qualité de prêtre).

L'œuvre législative de Justinien consiste en une entreprise monumentale de « codification » des sources du droit romain classique et postclassique.

Il ne s'agit certes pas d'une **codification** au sens moderne du terme, le code étant aujourd'hui un ouvrage que caractérisent le dessein d'embrasser la totalité du droit dans un domaine particulier, une exigence de cohérence dans sa mise en œuvre dogmatique et le souci de la concision dans le style.

La « Collection du droit civil » comporte trois livres promulgués du vivant de l'empereur sous forme de loi (constitution impériale) : les *Institutes*, le *Digeste*, le *Codex*, ainsi qu'un quatrième compilé après sa mort : les *Novelles*.

Dans la langue savante, le mot latin *corpus*, *-oris*, « le corps », désigne un recueil ayant vocation à réunir la totalité des documents disponibles dans une discipline donnée (le *Corpus des inscriptions latines* ou *grecques*, par exemple), en vue de procéder à leur étude scientifique.

Dans la langue du droit, il s'agit d'un recueil de textes normatifs.

Chapitre 2. Le *Corpus iuris civilis*

I. Les *Institutes* de Justinien (*Institutiones Iustiniani*)

Les *Institutiones Iustiniani*, appelées « *Institutes* de Justinien » dans les universités françaises au moyen âge, sont un **manuel élémentaire** destiné aux étudiants de première année. Elles furent rédigées sur le modèle des *Institutes* de Gaius (voir ci-dessous).

²¹ Que l'on peut synthétiser comme suit : le chef de l'Église est-il soumis à l'empereur comme citoyen ? Ou l'empereur est-il inversement soumis au pape, chef de l'Église, comme chrétien ?

La tâche fut confiée à Dorothee, professeur de Beyrouth, et à Théophile, professeur de Constantinople, sous la direction de Tribonien. Publication le 21 novembre 533.

Il en existe une adaptation grecque, *Theophili paraphrasis*, due vraisemblablement à Théophile lui-même.

II. Le Digeste (*Digesta*)

Les *Digesta*, « [les fragments] mis en ordre », en grec *Pandectae*, « [les livres] qui contiennent tout », sont une vaste **anthologie**, en 50 livres, qui rassemble les extraits tirés des œuvres des juristes classiques, qui datent des trois siècles du Haut-Empire.

Par la constitution *Deo auctore* du 15 décembre 530, Justinien confia la préparation du Digeste à une commission de 16 membres présidée par le juriste Tribonien, questeur du palais, qui acheva ses travaux en trois ans. Publication le 16 décembre 533.

III. Le Code (*Codex Iustinianus*)

Le *Codex Iustinianus*, « Code de Justinien », en 12 livres, comporte celles des constitutions impériales (= activité législative de l'empereur), depuis Hadrien (117-138) jusqu'à Justinien qui restaient en vigueur à l'époque de la codification. Publication 16 novembre 534.

IV. Les Nouvelles (*Novellae [leges]*, « les lois nouvelles »)

A ces trois recueils, composés dès le début du règne de Justinien, s'en est ajouté un quatrième, compilé après la mort de l'empereur et qui réunit les constitutions, au nombre de 168, qu'il a faites après la publication du Code : *Novellae [leges]*, « les lois nouvelles ». Les *Novelles* sont les constitutions promulguées entre 534 et 565. Au contraire des trois précédents recueils, qui étaient officiels, les *Novelles* constituent une collection purement privée.

V. Citations et Interpolations

« Pour le philologue, l'interpolation est « un mot ou un groupe de mots inséré ultérieurement dans un texte plus ancien. Une telle interpolation doit être supprimée si on veut rétablir le texte dans sa version originale. Ceci vaut pour les œuvres littéraires et historiques.

Pour les sources du droit romain, la situation est toute différente. L'interpolation n'est pas une altération abusive du texte original, mais plutôt le moyen d'adapter un texte ancien à une nouvelle réglementation juridique ou aux besoins d'une époque ultérieure.

L'interpolation présente donc une **double signification** pour l'historien du droit : en identifiant l'interpolation, il est en mesure de reconstituer le texte original du jurisconsulte classique ou d'une constitution impériale. Mais, de la sorte, il recueille également des données sur l'évolution ultérieure de la même institution juridique »²².

Les textes d'un jurisconsulte classique ou d'une constitution impériale sont cités dans le Digeste ou dans le Codex avec la référence au texte original.

Ainsi, dans le Digeste, qui était divisé en livres, subdivisés en titres (avec rubrique en latin) et en fragments :

D. ou Dig. 1, 1, 1pr (Ulpian, I Institutes)

Le premier paragraphe de chaque fragment du Digeste est désigné par *principium* abrégé en *pr* et c'est le deuxième paragraphe qui porte le n° 1 (et ainsi de suite pour les suivants) ; dans l'exemple, le titre I du Livre I porte la rubrique *De iustitia et iure*.

VI. Un cas particulier : les Institutes de Gaius

Gaius est un jurisconsulte classique, du milieu du II^e siècle de notre ère. Il est deux fois exceptionnel pour nous : d'abord parce qu'il est l'auteur d'un livre d'Institutes, un Manuel qui rassemble probablement les notes prises par un de ses étudiants. Son plan fut le modèle des Institutes de Justinien et, de là, celui des codes civils européens.

Ensuite, parce qu'il le seul ouvrage de la jurisprudence classique qui nous est parvenu dans son intégralité (et non par fragments, *via* le *Digeste*).

Le texte en a été retrouvé en 1817 dans un unique manuscrit palimpseste conservé à la bibliothèque capitulaire de Vérone.

Édition française : GAIUS, *Institutes*, texte établi et traduit par Julien Reinach, Paris, Les Belles-Lettres, 2002.

²² MICHEL J.-H., *Eléments de droit romain*, *op. cit.*, p. 17-18.

Aujourd'hui devenu illisible par les procédés traditionnels (chimiques), les chercheurs mettent à profit les techniques informatiques les plus sophistiquées pour tenter de déchiffrer encore le fameux palimpseste²³.

Titre II. Énoncer la règle de droit : les mots pour le dire

Il semble bienvenu de commencer par s'arrêter quelques instant sur les mots qui disent le droit en sa réalité multiple et complexe. Particulièrement intéressants sont trois petits mots, trois monosyllabes, si révélateurs : *ius*, *lex* et *fas*²⁴. Nous nous occuperons avant tout du premier, et rencontrerons les deux autres chemin faisant.

Remarquons que cette méthode linguistique, sémantique, qui part des mots de la langue, fut déjà celle appliquée par Ulpien, dans ses *Institutes*, comme on le voit dans le premier fragment cité au *Digeste* ! Le grand jurisconsulte du début du II^e siècle et, à travers lui, les commissaires de Justinien, commencent en effet à s'interroger sur le mot qui dit « le droit » en latin :

Dig. 1.1.1pr (I Inst.) « Il convient tout d'abord d'apprécier l'origine du mot *ius* : il vient de 'justice' (*iustitia*) car, comme l'a élégamment défini Celse, le *ius* est l'art du bon et de l'équitable (*ius est ars boni et aequi*) »²⁵.

C'est en réalité le mot *iustitia*, assurément, qui dérive de *ius*, et non l'inverse²⁶, mais il demeure que le mot *ius* existait des siècles avant qu'une définition abstraite fût produite de la notion que celui-ci exprime. La définition de Celse, « le droit est l'art du bon et du juste », *ius est ars boni et aequi*, est restée célèbre. Nous verrons un peu plus loin comment le positivisme juridique moderne propose une définition à ce point abstraite du « droit » qu'elle ne fait même plus référence à la morale (*bonum*) ou à la justice (*aequum*), mais repose sur une logique des normes purement rationnelle et autoréférentielle, et nous tâcherons également de mettre cette approche, qui remonte au XIX^e siècle, avec le juriste Hans Kelsen [1881-1973] dans son ouvrage « théorie pure du droit », en perspective historique, en la situant en réaction à la tradition, qui

²³ BRIGUGLIO F., *Gaius. Ricerche e nuove letture del Codice Veronese delle Institutiones*, Bologna, 2008.

²⁴ BRÉAL M., « Mémoire sur l'origine des mots FAS, IUS et LEX », *Mémoires de l'Institut national de France*, Académie des inscriptions et belles-lettres, Tome 32, 2^e partie, 1891, p. 1-12.

²⁵ *Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum : nam, ut eleganter celsus definit, ius est ars boni et aequi.*

²⁶ C'est en réalité, selon les lois de la morphologie, le composé *iustitia* qui dérive de l'adjectif *iustus* « conforme au droit, juste », dérivé lui-même de *ius*.

remonte au droit romain, du droit naturel (*ius naturale*), selon lequel le droit est censé fondé ultimement sur une loi de nature éternelle et universelle, toujours juste et bonne (chapitre 5).

Auparavant, nous réfléchissons à la règle de droit à partir du style selon lequel elle s'énonce traditionnellement, suivant une pratique qui remonte aux droits du Proche-Orient ancien et se poursuit du reste, via le droit romain, jusqu'à nos jours (chapitre 4). Mais penchons-nous d'abord sur le mot *ius* lui-même : que nous enseigne son étymologie sur les origines de la notion, que nous apprend le champ sémantique dans lequel elle s'insère (son association, en particulier, avec le verbe « dire », d'où la « diction du droit » qu'est proprement la « juridiction », *iurisdictio*), et finalement sur la langue latine, sur ses affinités électives avec le lexique des institutions sociales ? (chapitre 1^{er}).

Chapitre 3. Une créativité propre à la langue latine

« Science du texte - au même titre que la linguistique ou la philosophie - dont les mots constituent l'unique instrument, le droit entretient nécessairement des liens étroits avec la langue qui le véhicule », écrit le romaniste belge Jacques-Henri Michel²⁷. La langue en question qui la véhicula dans l'Antiquité est le latin, l'une des langues parlées par les peuples italiques, en l'occurrence par les habitants du Latium, les Latins.

I. Étymologie du mot *ius*

L'étymologie est la branche de la linguistique qui « cherche à établir l'origine formelle et sémantique d'un mot, mais aussi à retracer l'histoire qu'il entretient avec les mots de la même famille, avec les mots de forme et de sens voisins et avec la chose qu'il désigne »²⁸.

Le mot « étymologie » est formé du grec *etimos* « vrai », et de *logia* « étude, recherche, raison », d'où « élément véritable, authentique, d'un mot ». Il fut emprunté par l'érudite latin Varron (contemporain de Jules César) au grec *etumologia*.

En latin la notion du « droit » s'exprime par le mot *ius*, qui n'a pas survécu dans les langues modernes²⁹, mais où ses dérivés sont cependant très nombreux (*infra*). C'est

²⁷ MICHEL J.-H., « Aux sources de notre vocabulaire juridique. Note sur trois termes d'origine indo-européenne », in Ingber L. et al. (ed.), *Le langage du droit*, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, 1991, p. 55.

²⁸ *Dictionnaire historique de la langue française*, REY A. (dir.), I, v^o étymologie, Paris, 2016, p. 842.

²⁹ A ne pas confondre avec l'homonyme *ius*, « jus, sauce, brouet », d'où dérive en français le « jus ».

un terme d'origine indo-européenne, dont l'étymologie éclaire d'intéressantes correspondances avec les langues de l'Inde et de la Perse anciennes, à l'autre extrémité du monde indo-européen (sur cette notion, *infra*)³⁰ :

- Le **védique**³¹ *yos* (*yoh*) « prospérité » ;
- Et l'**avestique**³² *yaos*, « purification », en combinaison avec le verbe *dā-*, « placer, faire, rendre ».

Le védique *yoh* est employé dans une formule de souhait dont l'énonciation signifie « prospérité », comme un terme que l'on prononce à l'adresse de quelqu'un pour que lui soit accordé un état de félicité et d'intégrité, à l'occasion par exemple d'un voyage. Le terme évoque donc en védique **quelque chose** « à dire », une parole à prononcer, efficace, performative, qui vise à faire advenir ce qu'elle énonce dans la réalité extralinguistique (la félicité, la réussite).

Ainsi que le remarque le spécialiste de la grammaire comparée des langues indo-européennes Émile Benveniste, dans son ouvrage « Le vocabulaire des institutions indo-européennes », l'insistance sur le dire propre au védique a « une grande portée dans le registre du droit, où les *actes* consistent souvent en *paroles* »³³.

En avestique, la combinaison *yaos* + *dā*, « rendre *yaos* », signifie « purifier, mettre en parfait état », « rendre conforme aux prescriptions, mettre dans l'état de régularité, de normalité requis par des règles rituelles », de sorte que la locution désigne **quelque chose** « à faire », un état à réaliser.

Ce *faire* que signifie la locution et dont la réalisation met « en parfait état », rend « pur », « conforme aux prescriptions », est à situer dans le contexte des rites de la religion et du sacrifice qui en forme le cœur, comme l'indique l'élément *dā*, qui vient de la racine indo-européenne **dhe* « poser dans l'existence », en particulier « poser sur l'autel », d'où « poser de manière durable, établir, fonder ». Il s'agit spécifiquement du geste par lequel le prêtre réalisant le sacrifice place l'offrande sur l'autel pour la consacrer aux dieux.

La même racine **dhe* a donné en latin, *sacer-dos*, « le prêtre » (**sakro-dhō-ts*, « celui qui accomplit les cérémonies sacrées »), ainsi que le verbe *facio, ere* « faire » (la syllabe initiale **dhe* devient *fā-*

³⁰ ERNOUT A., MEILLET A., *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, v° *ius*, p. 329.

³¹ Le védique est la langue dans laquelle ont été écrits les textes sacrés de l'Inde ancienne, le *Veda* (« connaissance, savoir », notamment le *Rig-Veda*), qui est le plus ancien texte attesté dans une langue indo-européenne [compilation définitive vers l'an mille av. J.-C.], de laquelle est issu le sanskrit classique.

³² Langue de l'Avesta, texte sacré de la religion zoroastrienne, Iran ancien.

³³ BENVENISTE É., *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, II, Paris, 1969, p. 113 ; TURCAN I., « Dire » et « faire » dans le vocabulaire des institutions indo-européennes, *EIE* 1 (1982), p. 3-21, p. 13.

en latin), d'où, entre autres nombreux dérivés, le composé *sacrificium*, de *sacrum facere* « faire l'acte sacré, placer sur l'autel l'offrande conformément au rite »³⁴.

La préhistoire du latin *ius* dont attestent le védique et l'iranien permet donc de reconstituer un mot indoeuropéen **yous* signifiant « **l'état de régularité, de normalité qui est requis par les règles rituelles** »³⁵.

De cela on déduit « le fondement de la notion de 'droit' à Rome », comme une « formule de normalité, prescrivant ce à quoi il faut se conformer »³⁶.

L'étymologie ramène au noyau essentiel du droit, à ses éléments les plus simples et les plus primitifs : une parole efficace, qui fait ce qu'elle dit (d'après le védique), et une action accomplie dans le respect de conditions rituelles rigoureusement définies, sous la rapport notamment au temps, au lieu, aux personnes (d'après l'avestique).

Une telle notion de normalité, de régularité, de conformité à un modèle, est également sensible dans l'adjectif *iustus*, « juste ». Avant de qualifier un idéal de justice, une situation psychologique ou sociale définie à l'aune de valeurs de proportion et d'égalité, donc un état de conformité *morale*, l'adjectif *iustus* désignait en effet un état de conformité rituelle, de régularité *formelle*, comme on le voit dans les expressions suivantes, qui remontent au plus ancien droit romain³⁷ :

- *Iustus filius*, le « juste fils » [= conforme à l'état de *ius*]
- *Iustae nuptiae*, les « justes noces »
- *Iusta uxor*, l' « épouse légitime »
- *Iustum bellum*, la « guerre [déclarée de manière] régulière »
- *Iustum sacramentum*, le « juste pari »³⁸, etc.

On la retrouve encore dans l'emploi du mot *ius* à l'**ablatif, iure**, « **selon le droit, régulièrement** », qui qualifie la régularité d'une procédure de la décision, décision adoptée « conformément à l'état de *ius* », donc « régulièrement, valablement ». Son

³⁴ En grec, la racine a donné *tithèmi* « poser, placer [sur l'autel] », le nom *themis* litt. « la règle établie [d'origine divine] », d'où « rite, loi, coutume », et son dérivé *thémistes* « arrêts, dits de justice », ou encore *anathèma*, « anathème ». D'où encore, dans les langues germaniques : l'anglais *to do*, l'allemand *tun*, le néerlandais *doen* ; et dans les langues romanes : l'espagnol *hacer*, l'italien *fare*, l'occitan *far, faire*.

³⁵ BENVENISTE É., *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, op. cit., p. 113.

³⁶ *Ibidem*, p. 114.

³⁷ *Ibidem*, p. 113.

³⁸ Le *sacramentum* est l' « enjeu sacré », un « pari » dont l'opération assure l'introduction de l'instance dans l'ancien procès romain des actions de la loi (*infra*).

contraire se trouve dans l'emploi *vitio*, « **d'une manière viciée, non conforme** » : lorsqu'une procédure n'est pas conforme (une procédure législative ou judiciaire, par exemple), elle est affectée d'un vice de forme, et ne suscite pas l'état de *ius* comme elle le devrait, par exemple, à propos d'un magistrat « créé de manière viciée », élu sur la base d'une procédure irrégulière, *vitio creatus* ; ou à propos d'un acte de juridiction accompli par le magistrat un jour néfaste (Varron, *L.* 6.29-30, *infra*).

En conclusion, on dira que, par son étymologie, le mot latin *ius* rassemble les deux statuts attachés séparément dans les langues indo-iraniennes, d'une manière qui fut décisive pour la conception d'un système de droit positif romain (à savoir un droit *posé* par les hommes) : à la fois une **parole efficace** et une **exigence rituelle**.

On retrouvera cette double idée dans la notion fondamentale de la technique juridique qu'est le « formalisme » (*infra*, chapitre 8, « Une technologie du lien social »).

II. Le droit et la loi (le binôme *ius lexque*)

Le romaniste français André Magdelain avait clairement noté la proportion non négligeable de termes latins et italiques qui restent isolés dans le monde indo-européen, à tel point qu'on « ne peut se soustraire à l'idée d'une créativité propre à cette péninsule [...] »³⁹.

Le « monde indo-européen » est une hypothèse linguistique établie au XIX^e s. sur base de l'existence de structures grammaticales et d'un vocabulaire communs entre différentes langues modernes, qui forment la famille des langues indo-européennes, actuellement l'une des plus importantes du monde. On déduit de ces correspondances une origine commune, une protolange ou une langue-mère indo-européenne parlée il y a plus de 4000 ans, qui se serait ensuite différenciée en variantes dialectales en Europe et en Asie⁴⁰.

L'hypothèse reposant sur la seule analyse linguistique, nous ne pouvons rien savoir, cependant, des populations susceptibles d'avoir parlé cette protolange, au-delà des données strictement tirées de la linguistique historique et de la grammaire comparée, ainsi que de l'archéologie⁴¹.

³⁹ MAGDELAIN A., *La loi à Rome. Histoire d'un concept*, Paris, 1978, p. 21.

⁴⁰ En font partie : le groupe des langues celtiques (breton, irlandais, etc.) et italiques (dont le latin), d'où sont issues les langues romanes (français, italien, espagnol, portugais, roumain, catalan, occitan, wallon, romanche, etc.), les langues germaniques (néerlandais, anglais, allemand, danois, etc.), slaves (russe, serbo-croate, polonais, etc.), baltes, indo-iraniennes (dont le sanskrit pour le groupe indien, le persan ou le pashtou pour le groupe iranien), ainsi que le hittite (langue d'un peuple ancien d'Anatolie, II^e millénaire av. J.-C.), l'albanais, l'arménien, et le grec.

⁴¹ Sur le « problème indo-européen » : LEBEDYNSKY L., *Les indo-européens : Faits, débats, solutions*, 3^e éd. revue et corrigée, Paris, Errance, 2014.

Et de fait. Un trait remarquable le montre d'emblée : la langue latine est la seule, parmi toutes les langues de l'antiquité, y compris le grec, qui possède un terme spécifique pour désigner le « droit » distinctement de la loi : *ius, iuris* (pluriel *iura*)⁴².

La nuance essentielle entre ces deux notions fut si sensible aux Romains qu'ils conçurent le binôme *ius lexque*, « le droit et la loi », par lequel s'expriment deux facettes complémentaires de la **règle de droit**, à savoir :

- Une **prescription** énonçant de manière générale ce qui doit être, une norme de comportement (*norma agendi*), un **devoir-être** (*ius*), d'une part ;
- Et la lecture à haute voix, une **proclamation orale**, énoncée dans le respect de conditions déterminées, dont elle fait l'objet de manière à conférer à la règle un caractère public, notoire, qui en assure la connaissance par tous (*lex*), d'autre part.

La distinction est inconnue du grec ancien, qui n'avait que le terme *nomos* pour signifier indistinctement « coutume, rite, et loi », comme elle l'est aujourd'hui de l'anglais (*Law*)⁴³.

On distinguera, en anglais, *Law de Rights*, « les droits », notamment dans l'expression *Bill of Rights*, en Angleterre (1689) et aux États-Unis (1791), où le terme désigne les droits fondamentaux garantis par la constitution auxquels la loi ne peut déroger : liberté de religion, d'expression, de presse, de ne pas faire l'objet d'arrestations arbitraires (*habeas corpus*), etc.

En revanche, ce couple d'opposition fondamental s'est transmis du latin aux langues modernes, aussi bien romanes que germaniques, des pays de droit romano-canonique, historiquement influencés par le droit romain :

- *Droit et Loi* en français
- *Diritto et Legge* en italien
- *Derecho et Ley* en espagnol
- *Recht et Gesetz* en allemand.

Le vocabulaire rend donc sensible la différence que nous avons déjà commentée entre deux grandes familles de droit en droit moderne : les **droits romano-canoniques**, ou monde de la **Civil Law**, directement influencés par le droit romain, sur le continent

⁴² SCHIAVONE (A.), *Ius. L'invention du droit en Occident*, trad. de l'italien par G. et J. Bouffartigue, Paris, 2008, p. 14. SUPLOT A., *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, 2005, p. 27-28.

⁴³ Mot d'origine nordique (vieux norrois *lag*, « ce qui est posé, fixé », proche de la *Gesetz* allemande).

européen (et, à la faveur de la colonisation, au-delà, en Amérique latine notamment), et la **Common Law** des pays anglo-saxons (essentiellement la Grande-Bretagne, les États-Unis, l'Australie, la Nouvelle-Zélande ou le Canada, Québec excepté).

Non moins remarquable est l'existence, elle aussi propre à la langue latine, d'un terme qui identifie le spécialiste du *ius*, un personnage qui tient dans l'imaginaire romain du prestige (*auctoritas*) une place toute singulière, à côté du général victorieux et de l'orateur (*infra*) : le **jurisconsulte** (*iurisconsultus*), le prudent ou le sage (*iurisprudens*), l'expert du droit (*iurisperitus*).

Le jurisconsulte (*iurisconsultus*) est le spécialiste de la *iurisprudentia*, la « jurisprudence », qui en droit romain désigne la science du droit (plus proche de ce que nous appelons la doctrine), et non, comme en droit moderne, les jugements et arrêts des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire (*infra*).

Un tel groupe de spécialistes n'a pas d'équivalent en Grèce : si la « loi » est un thème de réflexion critique omniprésent dans la cité grecque, elle ne l'est que dans le chef des poètes, des historiens, des hommes d'État, et des philosophes.

Si le mot *ius* n'a pas survécu dans les langues modernes, ses dérivés y sont cependant très nombreux :

- « juste », de *iustus* [c'est-à-dire conforme à l'état de *ius*] et, « justice », de *iustitia*, « justifier » (*iustificare*)
- « jurisprudence », de *iurisprudentia*
- « jurisconsulte », de *iurisconsultus*
- « jurer », de *jurare*, d'où les composés « conjurer », de *coniurare* « se liquer, conspirer », *abjurer*, de *abiurare* « nier par serment » ; d'où en latin le composé *ius iurandum* pour désigner « le serment » (*infra*).
- « parjure », de *periurius*
- « injure », de *iniuria* (*in* privatif et *ius*), « injustice, tort, dommage » (le mot français *injure* a un sens affaibli) : « on dit *iniuria* de ne se fait pas selon droit (*non iure*) : tout ce qui ne se fait pas selon le droit est dit *iniuria* »⁴⁴.

Ceci sans compter les occurrences remarquables où le mot entre en composition avec le verbe *dicere* « dire », d'où est issue toute la terminologie de la vie judiciaire, comme on va le voir dans un instant.

⁴⁴ *Dig.* 47, 10, 1 *ex eo dicta est quod non iure fiat : omne enim quod non iure fit, iniuria fieri dicitur.*

Pour conclure, on se demandera d'où vient notre mot français pour dire le « droit » ? Il vient du latin *directus*, de *rectus* (dérivé du verbe *rego*, « diriger, conduire, gouverner, régir »)⁴⁵, l'adjectif exprimant à la fois une idée de direction, au sens physique : « dirigé en ligne droite, sans courbure, direct », et une idée de droiture, au sens moral : « droit, régulier, juste, sans détour ».

Le sens moral, également attesté en germanique et en celtique, a entraîné en bas-latin la diffusion de l'adjectif substantivé *directum* au détriment de *ius* dans les langues romanes (*droit, diritto, derecho*) et germaniques (*Recht, right*)⁴⁶.

De *ius*, l'anglais n'a gardé que *Judge* et *Justice*.

III. *Ius dicere* : la *juris-dictio*

L'affinité du *ius* avec la parole se vérifie dans l'importante série de termes où le mot est composé avec le verbe *dicere* « dire »⁴⁷, confirmant que le *ius* est anciennement, comme l'atteste le védique, *quelque chose qui se dit*. De cette liaison dérive toute la terminologie de la vie judiciaire⁴⁸ :

- *Iudex* « le juge », *is qui ius dicit*, « celui qui dit le *ius* »
- *Iuris-dictio* « *jurisdiction* »
- *Iudicium* « [formule du] jugement »
- *Iudicare* « juger »
- Cf. les formules judiciaires *multam (dicere)* « amende », *diem (dicere)*, « jour d'audience ».

Le magistrat suprême « dit le droit », en effet, en ce qu'il organise le procès, en quoi consiste la *juri-diction* (*infra*, chapitre 7). Il est amené à prononcer depuis le plus ancien droit romain les *tria certa verba*, les *trois verbes solennels*, mots qu'il n'est en droit de prononcer, sous peine de faute religieuse (*piaculum*), que les jours fastes de l'année (*infra*, chapitre 8) : DO, DICO, ADDICO :

- DO, « je donne (une action, un juge) » ;
- DICO, « je dis (le *ius*) », d'où *iuris-dictio* ;

⁴⁵ Apparenté à *rex, regis*, « le roi ».

⁴⁶ ERNOUT A., MEILLET A., *Dictionnaire étymologique de la langue latine*. Histoire des mots, v^o *rego, rectus*, Paris, 1967.

⁴⁷ Le verbe latin *dicere* remonte à une racine indo-européenne **deik-* qui a aussi donné le grec *deiknumi* « montrer (par une parole d'autorité), dire ce qui doit être », d'où en grec *dikè*, « prescription impérative, arrêt de justice, formule, justice, droit » (cf. grec *diken eipeîn* « dire la *dikè* »).

⁴⁸ BENVENISTE É. (1969), *Le vocabulaire*, II, p. 114

- **ADDICO**, « j'adjudge (la chose ou la personne du défendeur selon qu'il s'agit d'une action réelle ou personnelle) ».

Cette parole dont le *dit* prononcé d'autorité par le souverain ramène la paix dans une situation troublée par le conflit évoque, à un stade plus ancien des institutions, les « sentences de droit, dits de justice » attestées en Grèce, les *dikai* ou les *thémistes*⁴⁹, qui témoignent d'un âge où rendre la justice n'était pas une opération intellectuelle mais l'effet mécanique de formules qui convenaient à des cas déterminés, le rôle du juge étant « de les posséder et de les appliquer »⁵⁰.

Les *thémistes*, écrit le grand historien des droits de l'Antiquité Louis Gernet, peuvent être, à l'occasion, « quelque chose comme des arrêts de justice ; mais ils sont bien autre chose : la *thémis* est de l'ordre de l'oracle, elle est l'oracle elle-même »⁵¹.

L'horizon lointain est donc celui d'un univers où, comme nous allons le constater aussi avec le serment (*infra*, chapitre 4), la parole du « droit » conserve encore un ancrage dans la « religion », comme une formule « magico-religieuse »⁵².

Les formules du droit romain, et les règles qui en dépendent, cependant, en particulier dans le cadre de la procédure d'élaboration de la loi, du procès judiciaire ou de l'acte juridique privé (*infra*, titre III), s'imposent d'emblée, dès nos plus anciens documents (au Ve siècle av. J.-C., *supra*), comme des paroles complètement détachées de la sphère magico-religieuse, des rites religieux (*sacra*) auxquels le sacrifice (acte cultuel par excellence dans les religions anciennes) est étranger, au service d'une rationalité proprement juridique des interactions sociales.

Chapitre 4. La règle de droit

La règle de droit n'énonce pas, à l'instar des lois naturelles, **ce qui est** : « l'eau bout à 100 degrés », par exemple, est une loi de nature qui est proprement universelle, valable en tous lieux et en tous temps. Au contraire, les règles de droit énoncent **ce qui doit être**. Aussi sont-elles rédigées avec des verbes conjugués, non pas à l'indicatif, mais à l'impératif futur. Et elles sont toujours liées à une société particulière (I).

⁴⁹ *Dikai* (pluriel de *dikè*) ; *thémistes* « arrêts de justice » : nom dérivé de *thémis* « la règle établie [d'origine divine], la coutume » ; de là, les recueils qui les rassemblent.

⁵⁰ BENVENISTE É., *op. cit.* p. 110.

⁵¹ GERNET L., « Droit et prédroit en Grèce ancienne », in *Droit et institutions en Grèce antique*, Paris, 1982, p. 96.

⁵² Cf. Les « maîtres de vérité » dans la Grèce archaïque : le poète, l'oracle, et le roi-juge : DETIENNE M., *Les maîtres de vérité dans la Grèce archaïque*, Paris, [1967] 2006, not. p. 102. Également : OST Fr., *Raconter la loi. Aux sources de notre imaginaire juridique*, Paris, 2004.

Sous la figure du droit et de la loi, que les Romains expriment par le binôme *ius lexque* « le droit et la loi », les *iura* proclamés sous forme de *leges* sont composés suivant un style traditionnel depuis la plus haute antiquité. Nous allons en voir des exemples dans les droits du Proche Orient Ancien, droits dits cunéiformes (le Code de Hammourabi), et dans la Bible hébraïque (le Pentateuque ou la Tora), ainsi qu'en droit romain, avec quelques « lois royales » ou dans la loi des XII Tables, qui est le plus ancien code des lois romaines (Ve siècle av. J.-C.). (II.). Ce style est si traditionnel qu'il définit également le formulaire d'actes religieux contigus à la vie du droit : le serment (*ius iurandum, sacramentum*) et le vœu (*votum*) (III).

I. Notion

Au pluriel, *iura*, le terme *ius* désigne proprement les sentences de droit, les règles de droit (éventuellement résultat de sentences, ou dits de justice), mais aussi les recueils qui les réunissent.

Les *iura* se distinguent à l'origine par le style de la composition de la règle qu'ils énoncent, ce style si traditionnel qu'il va nous faire remonter jusqu'aux droits du Proche-Orient ancien, pour faire ensuite retour en plein des cœur des droits modernes (*infra*, II).

Il en résulte en effet des éléments pour la compréhension de la notion. Comme nous le verrons dans un instant avec des exemples (II) ou à propos du serment et du vœu (III), le style contribue à dégager une double composante de la **norme** juridique, telle que la fait apparaître sa composition : à une conduite déterminée posée par hypothèse (si...), la règle attache des conséquences (alors...) qui, en latin juridique, s'énoncent à l'impératif futur.

Alors que les lois naturelles s'énoncent à l'indicatif (mode qui exprime ce qui est), l'**impératif futur**, qui exprime ce qui doit être dans l'avenir, est le style propre à l'énoncé de la règle de droit, désignée par les Romains par le binôme *ius lexque* : ce mode distingue en effet les *iura* et les *leges* des autres normes qui composent l'ordre juridique romain : les sénatusconsultes, l'édit du préteur, urbain ou pérégrin, ou encore les constitutions impériales (*infra*, chapitres 5 et 7)⁵³.

Ce style traditionnel de la règle de droit permet de l'identifier, de la reconnaître formellement en la distinguant des règles de la morale, de la politesse, de l'étiquette, ou encore des devoirs de la religion. Ceux-ci prescrivent aussi un comportement « obligatoire » dont le non-respect fait encourir une sanction ou du moins une réprobation sociale, ou encore, dans le cas de la morale, un reproche de conscience (voir également *infra*, chapitre 9). Or, même si, par son contenu, la règle a pour objet

⁵³ MAGDELAIN A., *La loi à Rome. Histoire d'un concept, op. cit.*, p. 23.

une matière religieuse, le style de sa composition contribue à son identification comme règle de droit ; par exemple, dans cette « loi royale » (*lex regia*) attribuée au roi Numa Pompilius, le deuxième roi de Rome, auquel la tradition rapporte la création de toutes les institutions religieuses de la cité⁵⁴ (P.-FESTUS L. p. 248, v° *paelex*) :

« Que la concubine (*paelex*) ne touche pas l'autel de Junon. Si elle le touche, qu'elle sacrifie, cheveux défaits, une brebis. »⁵⁵.

Il s'agit bien de fixer un interdit de nature religieuse mais, par la forme de son énoncé, la norme définie prend valeur juridique, assortie d'une conséquence obligatoire formellement énoncée à l'impératif futur (*caedito*, « qu'elle sacrifie »), à savoir l'obligation de réparer l'offense à la divinité par un sacrifice accompli par la concubine « les cheveux défaits ».

Un autre exemple est cette « loi royale » attribuée toujours au roi Numa, où la conséquence est exprimée par un verbe modal exprimant le devoir : l'impersonnel *oportet*, « il faut » (L. 178, v° *occisum* [Girard]) :

« Si un homme a été foudroyé, pour lui il ne faut pas de justes [funérailles]⁵⁶ »

La règle se contente, en l'espèce, d'énoncer un interdit : [il ne faut] pas de justes funérailles, sans préciser de sanction en cas de transgression. La sanction est en effet religieuse, comme l'est le délit lui-même, si bien qu'il appartient aux dieux, qui, selon les conceptions des anciens, sont des dieux vengeurs et rétributeurs, de s'en offenser, selon l'adage : *deorum iniuriae, diis curae*, « des dieux les injures, aux dieux d'en avoir cure »⁵⁷. Dans le cas de la concubine, de même, la règle se contente de donner un ordre (accomplir un sacrifice), la sanction en cas de non respect de celui-ci étant laissée à l'initiative de la déesse offensée, Junon Reine, épouse de Jupiter, protectrice du mariage et de la fécondité.

Ce que les Romains ont appelé les « lois royales » (*leges regiae*) sont ainsi des règles de diverses natures par leur contenu, touchant au droit sacré (prescriptions religieuses et sacerdotales), mais aussi au droit privé (mariage, divorce, puissance paternelle sur les enfants, déplacement des bornes des champs, etc.) : énoncées en latin sous la

⁵⁴ TITE LIVE 1, 20 ; CICERON, *De republica* 2, 14, 26 (*infra*, chapitre 8). La règle est rapportée par le lexicographe Festus, au II^e siècle de notre ère.

⁵⁵ *Paelex aram Iunioni ne tangito ; si tangit, Iunioni crinibus demissis agnum feminam caedito.*

⁵⁶ *Homo si fulmine occisus est, ei iusta nulla fieri oportet.* Les *iusta* sont les « justes funérailles » : voici un bel exemple de l'emploi (ici substantivé) d'un dérivé de *ius* pour qualifier les formalités requises, une cérémonie conforme à l'état de *ius*.

⁵⁷ TACITE, *Annales* 1, 73. Égal. Cic., *Leg.* 2.8.19 (*deus ipse vindex erit*) ; 2.10.25. D'où à propos du serment : *Iusiurandi contemptam religionem satis deum ultorem habere*, « Si la religion du serment est méprisée, il suffit que le dieu s'en fasse le vengeur » (*infra*, III).

forme traditionnelle des *iura* selon le schéma bipartite à l'impératif futur, elles furent en outre vraisemblablement soumises à l'adhésion populaire⁵⁸ de manière à revêtir la stature de lois publiques (*leges publicae*) au cours de la période royale (d'où leur nom), même si la question demeure controversée parmi les romanistes⁵⁹.

La règle de droit a donc un **caractère normatif**. Elle définit une conduite, une norme de comportement. Elle est une *norma agendi*. Le nom français « norme » vient du latin *norma* qui signifie « équerre » ou « règle d'architecte », le terme évoquant l'idée d'un comportement encadré par un modèle, et qui est obligatoire sous peine en principe de sanction⁶⁰.

La norme juridique impose des prescriptions : une obligation (ce qui doit être fait : il faut faire cela), une interdiction (ce qui ne peut pas être fait : il ne faut pas faire cela), une autorisation (ce qui peut être fait : on peut faire cela), une habilitation (ce qu'on a le pouvoir de faire : que cela soit fait), etc.

À la différence des lois naturelles (qui énoncent ce qui est), on le sait, elle ne relève pas de l'être mais du « **devoir-être** » : elle énonce ce qui doit être (ou ce qui peut ou ne peut pas être), et elle le fait sur la base de valeurs, de pratiques, et de croyances, partagées par le corps social. Elle peut trouver sa « source » dans une coutume immémoriale, ou dans une décision de l'adopter sous forme de loi, ou encore dans la décision d'une autorité compétente, comme, sous l'Empire, l'empereur lui-même (*infra*, chapitre 5 et 7).

En droit classique, alors que les règles de droit, les normes juridiques, se sont diversifiées et complexifiées, les lois (*leges*) conservent le style de l'impératif futur, qui suffit à distinguer cette catégorie de normes de toutes les autres, notamment de l'édit du préteur ou des sénatusconsultes.

On voit encore à cela que la règle de droit est nécessairement locale, propre à chaque groupe humain d'où elle émane et où elle est applicable : elle est toujours relative, en effet, à l'inverse de l'universalité des lois de la nature. La prohibition de l'inceste semble être la seule institution sociale à avoir l'universalité des lois de la nature, notait l'anthropologue français Claude Lévi-Strauss.

⁵⁸ Par acclamation populaire, le peuple assemblée (comices curiates) ne votait probablement pas encore sous la Royauté.

⁵⁹ POMPONIUS (*liber singularis Enchiridii*), Dig. 1, 2, 2, 2 ; DENYS D'HALICARNASSE 2, 14, 3. Voir l'état de la question chez CARANDINI A. (éd.), *La leggenda di Roma*, III, *La Costituzione*, « Commento. Sezione VIII D 3 », Milano, 2011, p. 281-385.

⁶⁰ HALPÉRIN J.-L., *Introduction au droit en 10 thèmes avec exemples détaillés*, Paris, Dalloz, 2019, p. 2.

L'ensemble des règles de droit compose l'**ordre juridique** d'une société particulière (*infra*, chapitre 5).

Avant d'aborder cette notion, intéressons-nous encore un peu au style de la composition des *iura* et des *leges*, qui fonctionne comme un critère de reconnaissance et d'identification de la norme juridique (*infra*, chapitre 5 et chapitre 9), mais qui aide également à en comprendre la rationalité.

II. Un style traditionnel

Avec une rare constance depuis la plus haute antiquité, la règle de droit s'énonce donc suivant un schéma bipartite qui caractérise le style de sa composition : : une conduite (si...) à laquelle est attachée une conséquence (alors...), qui, puisqu'elle s'impose à ses destinataires (fût-ce, dans le cas de l'autorisation, pour leur ouvrir une option) et revêt donc un caractère obligatoire, est exprimée à l'impératif futur.

Également qualifié de *modus ponendo ponens*, ce style est typique d'une exposition **casuistique** de la règle : on part d'un cas présenté sous la forme d'une proposition conditionnelle (la protase, ou élan) et suivi de la conséquence que la règle y attache (l'apodose, la descente) : si X, donc Y⁶¹.

Mais, pour s'énoncer à partir d'un cas particulier, la règle n'en perd pas pour autant en généralité et en abstraction : elle s'applique en effet de manière impersonnelle à tous ceux qui se trouvent dans la situation définie par le cas.

Une telle structure logique, avec son **schéma bipartite**, demeure à ce jour caractéristique de la norme juridique. Elle est pourtant déjà attestée dès la fin du IIIe millénaire av. J.-C., dans les codes en écriture cunéiforme du Proche-Orient ancien et dans le droit l'ancien Israël, dans les trois « codes » de lois que comporte la Tora, ou, en grec, le Pentateuque, à savoir les cinq premiers Livres de la Bible hébraïque⁶².

- *Si un organe été mutilé...*

En voici un premier exemple, dans le champ des délits, avec un verset tiré de la loi des XII Tables relatif au cas où une blessure a entraîné la mutilation d'un membre⁶³ :

⁶¹ AMUNATEGUI PERELLO C., *Oxford Classical Dictionary* [2017, en ligne], v° Twelve Tables.

⁶² Code de l'Alliance (*Exode*), Code de sainteté (*Lévitique*), Code deutéronomique (*Deutéronome*). Par exemple, en *Exode* 22.6 : « Quand un homme donnera en dépôt à son prochain de l'argent ou des objets, et qu'on les volera de la maison de celui-ci, si le voleur est retrouvé, il donnera compensation au double ».

⁶³ La loi des XII Tables est le premier « code » romain [451-450 av. J.-C. (*infra*).

XII Tables 8, 2 : « Si un organe a été mutilé et qu'il [= le coupable] ne conclue pas d'accord avec lui [= le blessé], il y aura talion (*talio esto*) » (*Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*, tr. J.-H. Michel)⁶⁴.

L'hypothèse introduite par « si » énonce la situation ou les conditions auxquelles la règle trouve à s'appliquer :

- La mutilation d'un membre (circonstance de fait: « si un organe a été mutilé » [*si membrum rupsit*]) ;
- Et, seconde condition, l'absence de transaction⁶⁵ entre les parties (situation de droit, la transaction mettant un terme définitif au litige : « et qu'il [= le coupable] ne conclue pas d'accord avec lui [= le blessé] » [*ni cum eo pacit*]).

Vient ensuite la conclusion, le dispositif énonçant la solution, à savoir la conséquence attachée à l'hypothèse :

- Alors, « qu'il y ait talion » (*talio esto*). Dispositif qui, en l'espèce, énonce une permission : la victime *peut* infliger au coupable une violence réciproque unique et proportionnelle à celle subie, elle ne le *doit* pas.

Du latin *talis* « tel, semblable », la talion est un principe qui encadre la vengeance en limitant les représailles à une prestation unique et proportionnelle à l'offense subie.

L'expression classique du talion vient de la Bible, livre de l'*Exode* (21, 23-25) : « Mais si malheur arrive, tu paieras vie pour vie, œil pour œil, dent pour dent, main pour main, pied pour pied, brûlure pour brûlure, blessure pour blessure, meurtrissure pour meurtrissure. »

- *Si un enfant frappe un parent...*

La structure est identique dans cette « loi royale » attribuée au roi Servius Tullius [575-53], dont on trouve le parallèle dans le Code de Hammourabi et dans la Bible :

⁶⁴ La loi était affichée sur le forum et donnait lieu à une lecture orale et publique (*cf.* le mot *lex*, « lecture », *supra*), de sorte qu'il n'était pas nécessaire de signaler la qualité de celui dont on parle dans le contexte : « le coupable », « le blessé », à l'inverse du français (où on doit le préciser). Le contexte de l'énonciation, où le geste étant joint à la parole, suffisait en effet à le rendre évident. MICHEL J.-H., *Le vocabulaire latin des institutions romaines suivi des fragments de la loi des XII Tables*, Les Cahiers du CeDoP, ULB, Bruxelles, 2001, p. 129 (« Un trait d'oralité dans la loi des XII Tables »).

⁶⁵ *Ni cum eo pacit* : *pacere*, forme ancienne de *pacare* « passer une convention entre deux parties belligérantes », notamment dans les guerres privées auxquelles se livraient les grandes familles, conclure un *pacte* par lequel la partie offensée accepte de renoncer aux représailles en recevant une compensation (une *poena*, ou « peine »). De *pacare* dérive en latin le mot *pax*, *pacis* « le traité, la paix », et en français le verbe « payer ».

Festus, L. p. 230, *plorare* : « Si un enfant frappe un parent et que celui-ci ait crié (*plorare*), que l'enfant soit consacré (*sacer esto*) aux dieux des parents » (*Si parentem puer verberit, ast olle plorassit parens, puer divis parentum sacer esto*).

Comme dans l'exemple précédent (*talio esto*, « qu'il y ait talion »), la conséquence de l'hypothèse posée dans la prémisse s'énonce à l'impératif futur : *sacer esto*, « qu'il [= l'enfant] soit consacré ».

L'adjectif *sacer* signifie à la fois « saint, sacré, vénérable », mais aussi « maudit, tabou », suivant une ambivalence typique du religieux archaïque que Freud avait soulignée dans *Totem et tabou*, ambivalence également signalée par Macrobe dans ses *Saturnales* au Ve siècle : « [...] parce que je n'ignore pas qu'il semble étrange à certains que, alors qu'il n'est pas permis (*nefas est*)⁶⁶ de violer les autres choses sacrées (*cetera sacra violari nefas sit*), il est conforme au droit (*ius*) de tuer l'homo *sacer* (*hominem sacrum ius fuerit occidi*) »⁶⁷. Nous verrons plus tard quelle ressource cette notion de la consécration a constituée au service du droit des biens (avec une catégorie de choses hors commerce, les *res sacratae*).

Un être vivant consacré, homme (*homo sacer*) ou animal, pouvait en effet être tué par n'importe qui, sans susciter de vengeur, impunément⁶⁸ : peine archaïque, la sacerté apparaît comme une permission sacrale du meurtre, un meurtre légal⁶⁹.

Ainsi que l'écrit Tite-Live (3, 55, 5) : *eum ius fasque occidi*; « il est conforme au *ius* et au *fas* qu'il soit tué ».

La même règle est exprimée dans le Code de Hammourabi [roi de Babylone, actuel Irak, 1792 – 1750 av. J.-C.), au paragraphe 195⁷⁰ :

« Si un homme quelconque maudit son père ou sa mère, il sera puni de mort ; il a maudit son père ou sa mère : son sang retombera sur lui ».

« Si un enfant a frappé son père, on lui coupera le poignet ».

Le Code de Hammourabi est la plus ancienne collection de « lois » de la Mésopotamie ancienne. La magnifique stèle fut découverte à Suse, en Iran, en 1901-1902. Elle est aujourd'hui au musée du Louvre.

⁶⁶ Sur le mot *fas* et sa négation, *nefas*, *infra*, chapitre 8.

⁶⁷ Macrobe souligne donc le paradoxe du sacré : toutes les choses consacrées sont inviolables (*violari nefas est*) mais, l'homme ou l'animal consacré, il est conforme au droit de le tuer (*ius fuerit occidi*).

⁶⁸ MACROBE, *Saturnales* 3, 7, 5 (*hominem sacrum ius fuerit occidi*) ; FESTUS L. 424 ; CICERON, *Pro Tullio* 20, 47 (*impune occidi*).

⁶⁹ Voir LOVISI Cl., *Contribution à l'étude de la peine de mort sous la République romaine* (509-149 av. J.-C.), Paris, 1999, p. 46 sv.

⁷⁰ DÉMARE S., S., « La valeur de la loi dans les droits cunéiformes », *Archives de Philosophie du Droit* 32 (1987), p. 338-346, p. 343.

Et au Livre du *Lévitique* dans la Bible (20, 9) :

« Si un homme quelconque maudit son père ou sa mère, il sera puni de mort ; il a maudit son père ou sa mère: son sang retombera sur lui ».

- *Si le père a vendu trois fois son fils...*

Un dernier exemple tiré de la loi des XII Tables a un contenu touchant cette fois directement au droit civil, nous y reviendrons en droit des personnes⁷¹ :

« Si le père a vendu trois fois son fils, que le fils soit libéré du père »

Si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto.

Cet exemple récapitule le tout ; on a l'hypothèse : un fils vendu pour la troisième fois consécutive par son père ; et la conséquence qui en résulte, énonçant à l'impératif futur ce qui doit être : que le fils soit définitivement libéré du père (en termes techniques, il est émancipé) : *liber esto* !

Le plus extraordinaire est que ce style n'a pas changé à ce jour, le schéma bipartite demeurant propre à la qualification de la norme juridique (alors même que la construction de la phrase n'est pas nécessairement hypothétique, introduite par la conjonction « si » : la structure reste identique)⁷² !

Ainsi, entre autres exemples, à l'article 1382 ancien du Code civil⁷³ :

« Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

À savoir : si un dommage a été causé (hypothèse de départ), et qu'il l'ait été par la faute d'autrui (seconde hypothèse, l'une étant de fait : le dommage ; l'autre de droit : la faute en lien causal avec le dommage) ; alors il naît une obligation de réparation (conséquence).

C'est également la structure de la loi pénale, par exemple, en cas de vol, selon l'article 463 du Code pénal :

« Les vols [...] seront punis d'un emprisonnement d'un mois à cinq ans et d'une amende de vingt-six [euros] à cinq cents [euros] ».

⁷¹ XII T. 4, 2 [= Denys d'Halicarnasse, *Antiquités romaines* 2, 27 ; Ulpien, *Tit.* 10, 1].

⁷² Faire le lien avec le cours de *Sources et principes du droit*.

⁷³ Voir aussi, l'article 1724 du Code civil ancien.

Le schéma nous est désormais bien connu : si une personne est convaincue de vol à l'issue d'un procès, alors elle doit être punie d'emprisonnement et d'amende.

C'est ainsi que le grand théoricien du droit autrichien au XXe siècle, Hans Kelsen [1881-1973] a pu définir la norme juridique comme un **jugement hypothétique** de la forme « si A, alors B doit être »⁷⁴.

III. Le serment et le vœu

Le serment et le vœu nous intéressent ici avant tout car, tout actes religieux qu'ils sont, ils sont conçus juridiquement selon le schéma bipartite que nous avons analysé. Actes juridico-religieux privés ou publics, ils fixent eux-mêmes la norme, obligatoire pour celui qui les accomplit, le jureur ou l'auteur du vœu, du comportement qu'ils définissent.

Toutefois, s'ils « norment » le comportement humain, ils visent aussi à obtenir un certain comportement de la divinité sur la base de la parole efficace qu'ils énoncent. Ils permettent donc de poser la question juridique par excellence de l'efficacité « performative » de la parole, aux confins d'une conception magico-religieuse de celle-ci et de sa mise en forme juridique par les Romains.

Le serment exerce une contrainte sur la divinité, que l'imprécation, qui en constitue l'essence, convoque en vue d'une vengeance automatique (A). Le vœu laisse par contre celle-ci libre d'accepter l'offre qui lui est faite, aux conditions définies par l'offrant, ou pas, ce dont il résulte des effets que les pontifes et les jurisconsultes par la suite ont analysés juridiquement, suivant une logique qui est celle du droit des obligations (B).

Ces actes qui remontent à la nuit des temps conservent à ce jour une actualité juridique, non seulement, pour le serment, en droit civil (*infra*), mais surtout en droit canonique (droit de l'Église catholique), qui les compte au nombre des actes culturels autres que les sacrements (du baptême ou de l'eucharistie, notamment) et les sacramentaux (comme les bénédictions) (*Code de droit canonique*, canons 1191 s.).

A. Le serment

Le serment est par excellence un acte formaliste : il suppose le respect de formes définies, à savoir des paroles solennelles (des formules) et un geste qui ne l'est pas moins : le geste du sacrifice d'une victime animale, ou du moins le contact avec une

⁷⁴ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, 2^e éd., Paris, 1962, p. 149 s.

« substance sacrée »⁷⁵, comme un objet sacré⁷⁶. Le serment repose sur une **imprécation** que le jureur prononce contre lui-même s'il devient parjure, imprécation qui « passe » sur la victime ; aussi celle-ci, après être tuée, n'est jamais consommée (suivant la pratique du banquet sacrificiel qui suit les sacrifices publics ou privés dans les religions anciennes), mais elle est entièrement détruite, enfouie dans le sol, jetée dans la mer, ou entièrement brûlée (holocauste)⁷⁷.

On voit ainsi que comprendre le serment implique de garder bien présentes à l'esprit les croyances religieuses des anciens, où les dieux tiraient vengeance des offenses qui leur étaient faites.

Comme le dit Cicéron dans son traité sur *Les devoirs* (*De officiis* 3, 29), le serment est une « **affirmation religieuse** ». Comme tel, il a pour but de rendre une parole efficace, qu'il s'agisse d'une promesse ou d'une assertion : il est dit promissoire dans le premier cas, assertoire, dans le second. Le serment promissoire se rapporte à des faits futurs (une promesse qui sera tenue dans l'avenir) ; le serment assertoire est relatif à des faits passés (pour garantir la véracité d'un témoignage dans une affaire judiciaire, par exemple)

Une question intéressante consiste à savoir comment le serment a évolué avec les conceptions religieuses et philosophiques des Romains entre la Rome archaïque et celle de Cicéron, profondément influencée par les spéculations de la philosophie grecque ? Et de même, entre celle-ci et nos sociétés modernes laïcisées telles que transformées par le christianisme ? (On se contente de la poser car elle nous emmènerait trop loin dans cette première partie du cours, on y reviendra en droit des obligations).

1. Le mot (*sacramentum, ius iurandum*)

Il existe deux mots latins pour désigner le serment : *ius iurandum* et *sacramentum*.

Il est très intéressant de remarquer que ces deux termes connotent deux dimensions inhérentes au serment dans une religion ancienne : une dimension rituelle, que met en exergue le mot *ius iurandum*, dont le redoublement fait écho aux conditions de son énonciation solennelle ; et une dimension proprement religieuse, attendu l'appel

⁷⁵ BENVENISTE E., *Le vocabulaire*, op. cit., p. 168 ; GERNET L., *Anthropologie de la Grèce ancienne*, Paris, 1968, p. 270 ; p. 216-7 ; p. 245-6.

⁷⁶ Par exemple, l'autel de Vénus dans une comédie de Plaute qui met en scène un serment, le *Rudens* : 133 *Tange aram hanc Veneris* « touche l'autel de Vénus que voici ».

⁷⁷ LORAUX N., *La cité divisée. L'oubli dans la mémoire d'Athènes*, Paris, 1997, p. 135 ; GLOTZ G., *Études sociales et juridiques sur l'antiquité grecque*, Paris, 1906, p. 114 ; RUDHARDT (J.), *Pensée religieuse et actes constitutifs du culte dans la Grèce classique*, Paris, Picard, 1992, p. 284.

aux dieux en lequel il consiste, que souligne le mot *sacramentum*, d'où dérive en français notre mot du « serment ». Commençons par celui-ci.

a) *Sacramentum*

Le mot *sacramentum* a donné en français le mot « serment » par la voie populaire, mais aussi, par la voie savante (le latin de l'Église), dans la liturgie chrétienne, le mot « sacrement »⁷⁸. Il dérive du verbe *sacrare* « consacrer aux dieux », de *sacer* « sacré, tabou, maudit ».

Il désigne donc dans le serment le contenu de la parole, ce qui est dit, à savoir la malédiction, l'imprécation, la *consécration* du serment, la *sacratio iuris iurandi*, l'appel à la « vengeance des dieux », automatique et contraignante à l'égard des dieux (en quoi le serment se rapproche de la magie, car il s'agit de soumettre par la contrainte du rite et de la parole la divinité à la volonté de l'officiant) :

Festus (L. p. 466) : « On dit *sacramentum* de ce qui a été accompli par le moyen de la *sacratio* du serment (*iuris iurandi sacratione*) »

Le mot *sacramentum* signifie ainsi la conséquence du serment, qui est de rendre « maudit » (*sacer*) celui qui le violerait, le parjure (*periurius*). Il appartient encore à la sphère magico-religieuse des institutions primitives.

Le mot *ius iurandum*, à l'inverse, évoque la procédure par laquelle la parole est rendue efficace, au risque toujours, certes, de l'imprécation que comporte le serment. Comme sa formation l'indique, à partir du mot *ius*, il porte l'empreinte de la rationalisation des relations sociales que suppose leur mise en forme juridique.

b) *Ius iurandum*

La formation lexicale *ius iurandum* doit son redoublement caractéristique aux conditions formelles de la prestation du serment, selon l'institution typique des peuples italiques de la **double énonciation**⁷⁹.

Le rite de double énonciation consiste à faire intervenir une autre personne (généralement un pontife) à côté de celui qui accomplit le rite (un magistrat adressant au peuple convoqué par lui une proposition de loi, un prêtre accomplissant un sacrifice public ou prononçant un serment au nom du peuple romain, ou encore un plaideur affirmant une prétention en justice, ou un simple particulier accomplissant un acte juridique, comme un testament), un initiateur, qui énonce le texte que celui-

⁷⁸ MICHEL J.-H., « Aux sources de notre vocabulaire juridique », in Ingber L. et al. (éd.), *Le langage du droit*, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, 1991, p. 56 n.4.

⁷⁹ Voir VALETTE-CAGNAC E., *La lecture à Rome*, Paris, Belin, 1997, p. 247-303.

ci devra répéter mot à mot. La formule à prononcer est donc répétée (*verbis conceptis*) selon un modèle dicté par un tiers (*qui praeit verbis*)⁸⁰.

Le rite de double énonciation confère ainsi une garantie supplémentaire d'atteindre l'état de régularité et de conformité, l'« état de *ius* » formant le fondement de la notion de « droit » (*supra*, chapitre 1^{er}).

Cette structure de l'énonciation des actes de parole de l'ancien droit pontifical explique en particulier la formation lexicale *ius iurandum*. Composée du substantif *ius* et de l'adjectif verbal *iurandum*, issu lui-même du verbe *iurare*, « jurer, prêter serment », elle désigne dans le serment la « **formule à formuler** », suivant l'heureuse expression d'Émile Benveniste⁸¹.

Cette formation lexicale désigne donc dans le serment l'événement d'une parole solennelle : non un contenu de parole (ce qui est dit, la malédiction ou la *consécration* du serment), mais le **jurement comme procédure**, comme **formule**, que signifie très précisément dans cet emploi le mot *ius* : la parole comme contenant, l'*acte* d'une parole efficace et conforme.

2. L'imprécation du serment

Dans le contexte des religions anciennes, où les dieux tirent vengeance des parjures, le serment est une affirmation religieuse (*affirmatio religiosa*, comme le dit Cicéron) par laquelle une personne, le jureur, se dévoue conditionnellement et par avance aux dieux infernaux en cas de parjure (*per-iurius*)⁸².

Le serment des anciens se décompose en trois parties, engageant tant le geste que la parole :

- Une invocation aux dieux destinée à les prendre à témoin
- Une imprécation (ou une malédiction) par laquelle le jureur appelle sur lui-même la vengeance des dieux s'il manque à sa parole
- Et un sacrifice, qui met à l'avance les dieux en demeure de châtier le parjure.

Or l'imprécation, qui la règle obligatoire applicable au jureur, est formulée suivant un schéma bipartite : elle définit donc une norme juridique ; si le jureur manque à sa parole, alors... qu'il soit parjure, et comme tel éliminé, dispositif d'une sanction

⁸⁰ *Qui praeit verbis* : *prae-ire* désigne au sens propre la dictée d'un énoncé et, dans un sens dérivé, la contrainte exercée sur autrui.

⁸¹ BENVENISTE É., *Le vocabulaire*, *op. cit.*, II, p. 118.

⁸² Est parjure celui qui fait un faux serment ou qui viole son serment. D'où, couramment : « qui manque à ses promesses, à ses engagements, déloyal, fourbe, traître ».

programmée qui s'enclasse dans le geste simultané du sacrifice d'une victime qui subit anticipativement le sort réservé au parjure.

Nous en avons une brette attestation chez l'historien Tite-Live, qui rapporte la prestation du serment prononcé à l'occasion du traité conclu à l'époque de la Rome latine, sous le règne du roi Tullus Hostilius⁸³, entre deux cités latines, Rome et Albe-la-Longue. Tite-Live prend soin de préciser qu'il s'agit du plus ancien traité auquel ses sources documentaires (sur cette notion, *infra*, chapitre 5) lui ont permis de remonter (*nec ullius vetustior foederis memoria est*).

Des déprédations de laboureurs étant intervenues sur le territoire des deux cités, des ambassadeurs furent envoyés pour demander réparation (*ad res repetandas*) selon les rites du *ius fetiale*.

Le *ius fetiale* désigne l'ensemble des rites, accomplis par les prêtres fétiaux, du « droit international public », par lesquels s'organisent sur décision du sénat les relations de l'État romain avec les autres peuples : conclusion de traités et dénonciation de leur violation, demande de réparation, déclaration de guerre, communication des plis diplomatiques du sénat.

Cette institution n'a aucun parallèle chez les autres peuples indo-européens⁸⁴.

Plutôt que de se déclarer la guerre, les deux peuples, conscients de leur même origine troyenne⁸⁵, décident de trancher la question du pouvoir (*imperium*) entre eux par un combat singulier entre trois champions issus de leurs rangs respectifs (trois frères jumeaux, les Horaces et des Curiaces)⁸⁶, en acceptant que le peuple dont les champions auront été vaincus se soumettra au pouvoir et au commandement de l'autre.

Les conditions de l'accord ayant fait l'objet d'un traité (*foedus*)⁸⁷, chaque peuple prêta serment par l'intermédiaire de ses prêtres fétiaux et sous l'autorité de son roi.

Ainsi, une fois la lecture des clauses du traité faite à haute voix par le représentant du peuple romain, le prêtre fétial, s'adressant à Jupiter, dieu de la souveraineté et du serment, prononça la formule de l'imprécation en ces termes :

⁸³ Le troisième roi de Rome selon la tradition [673-642 av. J.-C.].

⁸⁴ SAULNIER Chr., « Le rôle des prêtres fétiaux et l'application du *ius fetiale* à Rome », *Revue Historique de Droit Français et Étranger* 58 (1980), p. 171 s.

⁸⁵ Romulus et Remus, selon la légende des origines de Rome, sont les descendants d'Ascagne, rebaptisé Iule, lui-même le fils d'Énée, prince troyen ayant fui Troie en flamme après la prise de la ville par les Grecs. Or Romulus et Remus sont les fondateurs de Rome, et Iule (ancêtre de la gens *Iulia*, à laquelle appartenait Jules César), le fondateur d'Albe-la-Longue.

⁸⁶ Le fameux combat est également rapporté par Denys d'Halicarnasse dans ses *Antiquités romaines* (3, 3-4).

⁸⁷ Le mot *foedus*, *-eris*, « traité, alliance », est apparenté à *fides* (*infra*) ; franç. « fédération ».

Tite Live 1, 24 : « “Écoute Jupiter [...] le peuple romain ne fera pas défaut le premier. **Si le premier il y fait défaut [...] alors toi, Jupiter, en ce jour, frappe le peuple romain (*sic ferito*) ainsi que moi je vais aujourd’hui frapper ce porc [...].** Ayant dit ces [mots], il frappa le porc avec un silex (*saxo silice*)⁸⁸.

Si le peuple romain manque à sa parole (situation de fait), alors, qu’il soit maudit (conséquence : ce qui doit être).

Pour terminer, une remarque fort intéressante : le serment est une pratique universelle dans les mondes de l’Antiquité. Il disparaît toutefois dans le droit privé en droit romain, ainsi que le note Gaius, qui observe aussi qu’il n’en est pas de même dans les autres droits de l’Antiquité. Le serment conserve par ailleurs de nombreux emplois traditionnels dans la sphère du droit public romain. Pourquoi cet évanouissement du serment dans le droit privé ? sinon parce que celui-ci n’en avait tout simplement plus besoin pour renforcer et garantir la sincérité d’une parole donnée ?

Et de fait, les Romains ayant conçu et rendu efficace l’acte juridique privé (*infra*, chapitre 7, III), dont la figure du contrat, le serment n’était plus indispensable pour assurer le respect de la parole donnée. Il a cependant conservé des applications dans le registre de la procédure (lutte contre la chicane et les procès téméraires, GAIUS 4, 171 s.) et du droit de la preuve, qui subsistent jusqu’à ce jour, en plein cœur de nos droits laïcs et de nos sociétés modernes sécularisées, nous aurons donc l’occasion d’y revenir (C. civ. anc., art. 1357-1369 ; C. civ., art. 8.33 à 8.39).

B. Le vœu (*votum*)

1. Notion

Le vœu (*votum*) est l’**offre** d’une prestation (un temple, des jeux, un sacrifice) faite à un dieu sous la condition que celui-ci consente à accorder à l’offrant le bienfait demandé par lui (la victoire militaire, la guérison, le succès d’une entreprise commerciale ou amoureuse, etc.).

Juridiquement, le vœu s’analyse comme une figure de l’**acte juridique unilatéral**, qui, en droit civil, est une source d’obligations. Les juristes classiques l’appellent *pollicitatio*, acte unilatéral dont la validité était reconnue lorsqu’elle était faite à une collectivité publique ou, comme dans le cas du *votum*, à un dieu (D. 50.12 *De pollicitationibus*, spécialement D. 50.12.2*pr*-1-2).

⁸⁸ Le silex, symbole de la foudre, est la pierre (lat. *lapis*) utilisée par les prêtres pour conclure un serment. Jupiter était alors invoqué comme Jupiter Lapis. Le silex était conservé au temple de Jupiter Feretrius.

Les vœux adressés aux divinités peuvent être publics ou privés. Dans le premier cas, ils sont accomplis par les prêtres et les magistrats, au nom du peuple romain. Ils sont également réguliers ou extraordinaires⁸⁹.

2. Les vœux réguliers

Les vœux réguliers étaient prononcés à échéance régulière. La cérémonie des vœux réguliers ouvrait l'année civile, le 15 mars et, à partir de 153 av. J.-C., le 1er janvier. Au Nouvel-An, les deux consuls (magistrats supérieurs investis de l'*imperium, infra*, chapitre 6) acquittent les vœux exaucés de l'année précédente et en prononcent de nouveaux pour l'année courante.

La constatation de l'échéance des vœux prononcés l'année précédente par les consuls et le sénat, réunis au Capitole, est ainsi le premier acte public de l'année. Les vœux ne doivent en effet être acquittés que s'ils ont été exaucés, faute de quoi ils sont caducs. Une fois les vœux de l'année écoulée acquittés, le consul prononçait de nouveaux vœux pour l'année qui s'ouvrait.

Les vœux sont formulés pour le salut du peuple romain et (sous l'Empire) pour le salut de l'empereur et de sa famille. Ils sont adressés à la triade capitoline (Jupiter, Junon et Minerve) et à *Salus Publica*. L'acquittement consistait en sacrifices : un bœuf pour Jupiter, des vaches pour les deux déesses.

D'autres vœux réguliers étaient prononcés par les censeurs, tous les cinq ans. De même, les consuls ou légats qui partaient en guerre à la bonne saison (en mars) faisaient des vœux avant de quitter Rome pour le succès de la campagne.

Le printemps sacré (ver sacrum) : un vœu extraordinaire

Le *ver sacrum*, ou « **printemps sacré** », est un exemple de vœu extraordinaire. Il s'agit d'une institution typiquement italique dont la mise en œuvre était la conséquence d'une calamité, signe de la colère des dieux qu'il fallait apaiser par des rites appropriés. Pour rétablir la *pax deorum* la « paix des dieux », et donc le bon état de relations de la cité avec ses dieux, le peuple pouvait décider d'offrir à une divinité (en général Mars, dieu de la guerre) les enfants qui naîtraient au printemps suivant. Devenus adultes, ces jeunes gens, qui avaient été consacrés et donc placés en dehors de la communauté, étaient expulsés, et se mettaient en quête d'un nouvel établissement où ils pourraient fonder une nouvelle cité.

⁸⁹ Sur les vœux : SCHEID J., *La religion des Romains*, Paris, Albin Michel, 1998, p. 87 sv.

Festus [P. Diacre], L. 519-520 : « Vouer un printemps sacré était un usage des Italiques. Lorsqu'ils étaient entraînés dans de grands dangers, ils faisaient le vœu d'immoler tous les êtres vivants qui naîtraient chez eux au printemps suivant. Mais, comme il semblait cruel de tuer des garçons et des filles innocents, lorsqu'ils étaient parvenus à l'âge adulte, on les voilait et on les conduisait hors du territoire national »⁹⁰.

Dans les affaires de la deuxième guerre punique, en 217 av. J.-C., après la bataille du lac Trasimène, le sénat et le peuple romain décidèrent d'un *ver sacrum* dont les Romains limitèrent les effets au sacrifice des premiers nés des troupeaux et aux prémices des récoltes du printemps à venir.

Il est important de remarquer que ce vœu engageait l'ensemble des citoyens, puisqu'il imposait une charge sur le patrimoine privé de chacun (et non sur le patrimoine de l'État) ; aussi la demande fut-elle adressée au peuple assemblé au *forum*, qui confirma le *votum* sous la forme d'une loi.

3. Analyse juridique du vœu

Les pratiques votives sont également attestées en Grèce et, de manière générale, une logique votive inspire la plupart des religions anciennes. L'originalité des Romains tient à ce qu'ils ont fait des vœux une pratique régulière, et à l'analyse juridique qu'ils en ont par ailleurs produite. On remarquera la précision du vocabulaire et la rigueur dans l'analyse proprement juridique, au sens du droit des obligations, des effets qui en résultent.

a) Stade de l'émission de l'offre

L'offre doit être émise sur la base d'une formule conforme (*votum nuncupatum*, *votum conceptum*).

Dès le moment de son émission, l'offre est **irrévocable** dans le chef de son auteur : entre le moment où il a prononcé le vœu et celui où il est exaucé par la divinité, celui-ci est *reus voti*, « débiteur du vœu », ainsi que l'écrit le grammairien Servius (IVe s.) dans son *Commentaire à l'Énéide* de Virgile (*ad Aen.* 4.699) :

⁹⁰ *Ver sacrum uouendi mos fuit Italis. Magnis enim periculis adducti uouebant, quaecumque proximo uere nata essent apud se, animalia immolatuos. Sed cum crudele uideretur pueros ac puellas innocentes interficere, perductos in adultam aetatem uelabant atque ita extra fines suos exigebant* (trad. Cazanove).

« Quand nous formulons un vœu, on dit que nous sommes débiteurs du vœu (*rei voti*), jusqu'à ce que nous obtenions le bienfait et que nous soyons en conséquence condamnés [à l'exécuter] »⁹¹.

L'offre fait donc naître une obligation irrévocable (*Dig. 50.12.2.2 voti obligatio*).

Si l'offrant décède avant que le vœu soit exaucé, l'obligation passe aux héritiers, qui devront l'acquitter le vœu aux mêmes conditions, à supposer donc qu'il soit exaucé : techniquement, on dira qu'il y a **transmissibilité passive** de l'obligation née du vœu.

b) Stade de l'acquittement du vœu

La réalisation du vœu signifie que la divinité accepte l'offre, si bien que le contrat se forme entre elle et l'offrant à ce moment-là : l'offrant est désormais condamné à acquitter le vœu, et donc à exécuter la prestation promise : il est devenu *damnatus voti*, comme le dit Macrobe (Ve s. ap. J.-C.) dans les *Saturnales* :

Macrobe, *Sat.* 3.2.6: « Est condamné celui qui, ayant promis, [doit] maintenant payer (*solvere*) »⁹².

L'expression *damnatus voti* signifie que l'offrant exaucé doit acquitter le vœu sous peine d'encourir une sanction (religieuse, car il s'agit toujours d'un acte du *ius sacrum*).

Damnatus est un terme juridique du lexique du droit ; il s'applique en particulier à l'héritier-débiteur d'un legs *per damnationem* en vertu d'un testament (qui est *damnas* : terme archaïque), ainsi qu'au *iudicatus*, le « jugé », à savoir celui qui a été condamné par un jugement (*infra*).

c) Stade de la sanction du vœu

L'offrant exaucé qui n'acquitte pas le vœu s'expose à une sanction.

Si l'analogie avec le mécanisme de la sanction juridique est précise (en droit, le *damnatus* est exposé aux voies d'exécution forcée, à savoir, anciennement, l'esclavage pour dettes), la nature de la sanction du vœu montre qu'il s'agit bien d'un acte religieux avant tout : à l'instar du parjure, en effet, la sanction est sacrée et sociale, à savoir la sacerté, suivant le principe déjà rencontré dans le cas du serment

⁹¹ *ideo et cum vota suscipimus, rei voti dicimur, donec consequamur beneficium et donec condemnemur [...]* ; égal. Macrobe, *Sat.* 3.2.6 *ut reus vocetur qui suscepto voto se numinibus obligat.*

⁹² *Damnatus autem qui promissa vota iam solvit.* Le latin *votum solvere* correspond au grec *euchèn apodidónai*.

deorum iniuriae, diis curae : « des dieux les injures, aux dieux d'en avoir cure » (*supra*).

d) Si le vœu n'est pas exaucé dans le délai fixé...

... Il est caduc.

Ainsi, le *ver sacrum* de 217 av. J.-C. était prévu à cinq ans et dépendait de la victoire militaire des Romains, signe de l'acceptation de l'offre par la divinité. En 212, la situation militaire étant toujours incertaine, le vœu ne fut pas acquitté. Il ne le sera finalement qu'en 195, 22 ans plus tard !⁹³

La minutie dans la formulation du vœu, la rigueur juridique de l'analyse de ses effets, sont la marque qu'ont imprimée les Romains à un acte religieux attesté universellement dans les mondes de l'Antiquité. Il est également significatif que les Romains aient, contrairement aux Grecs, fait des vœux publics une procédure régulière, qui a permis d'envisager et d'organiser les relations avec les dieux dans la durée et la réciprocité d'échanges mutuels.

Chapitre 5. L'ordre juridique romain

L'expression *leges ius consuetudo* « les lois, le droit, la coutume », figure dans la *lex Antonia de Termessibus*, de 72 av. J.-C., une loi (*lex*) de la ville de Pisidie, Termessus maior (en Anatolie, actuelle Turquie), dont elle qualifie l'**ordre juridique**⁹⁴.

Trois notions distinctes, « les lois » (*leges*), « le droit » (*ius*) et « la coutume » (*consuetudo*), y sont donc réunies de manière à exprimer un seul et même concept de droit, ou plus exactement un concept d'« ordre juridique », un ensemble de règles de droit, ou de normes à caractère juridique, applicable dans une société déterminée à un moment donné de son histoire (*cf.* aujourd'hui les expressions « ordre juridique national » ou « ordre juridique international »).

Le *ius*, ou encore les *iura* et, dès lors que ceux-ci ont fait l'objet d'une proclamation orale, les *leges*, ne sont pas les seules normes à être reconnues comme règles de droit par le droit romain, en effet. La loi Antonia de Termessus maior évoque également la coutume (*consuetudo*), norme en principe « tacite » (qui n'est pas énoncée en un

⁹³ SCHEID J., « *Hoc anno immolatum non est*. Les aléas de la *voti sponsio* », *Scienze dell'Antichità*, 3-4, 1989-1990, p. 775-783 ; IDEM, « Les incertitudes de la *voti sponsio*. Observations en marge du *ver sacrum* de 217 av. J.-C. », in *Mélanges de droit romain et d'histoire ancienne à la mémoire de André Magdelain*, Paris, 1998, p. 417 s.

⁹⁴ STURM Fr., « *Ius et lex* : modèle, message, héritage », in Ruelle A. et Berlingin M. (éd.), *Le droit romain d'hier à aujourd'hui. Collationes et oblationes, Liber amicorum en l'honneur du professeur Gilbert Hanard*, Presses de l'Université Saint-Louis – Bruxelles, 2009, p. 197-213, p. 197.

forme particulière, qu'elle soit orale ou écrite, et se transmet en principe par la voie orale), conçue comme le résultat d'une conduite répétée dans la longue durée (*longa consuetudo*). D'autres normes encore, expresses, mais dont le style n'est pas celui des *leges* (ne sont donc pas composées à l'impératif futur), sont les sénatusconsultes, les édits du préteur, ou encore les avis, les opinions, des jurisconsultes.

L'identification de ces normes opère en droit moderne sur la base de la notion de « sources formelles du droit » (I).

L'ordre juridique romain, d'autre part, est en droit classique un ordre stratifié, complexe, comportant divers ordres de grandeur, un ordonnancement juridique déployé à l'échelle de l'Empire gréco-romain universel ayant pleinement conscience de lui-même en ses différents degrés d'articulation : la cité, les nations, et, au carrefour de la philosophie et du droit, la nature, ainsi que le montre l'opposition entre le *ius civile* et le *ius gentium*, à laquelle on associera le *ius naturale* (II).

I. Les sources du droit romain

Avant d'envisager les trois significations que peut revêtir cette notion dans le système du droit positif romain spécialement (B), et de nous pencher sur les trois catalogues de « sources formelles » parvenus jusqu'à nous, ceux de Gaius, de Pomponius, et de Papinien (C), d'où peut bien venir sur cette étrange métaphore liquide...(A).

A. La métaphore de la « source »

La métaphore liquide de la source est étrangère aux juristes anciens (1.), d'où la question de tenter de comprendre les voies par lesquelles elle s'est imposée dans la tradition savante au Moyen Âge avant de pénétrer à l'époque moderne le lexique du droit pour y revêtir l'acception technique que nous connaissons (2).

1. Son absence dans les sources juridiques anciennes

Le mot « source », du latin *fons, -tis*, « source, fontaine »⁹⁵, en vérité, est étranger au lexique juridique romain. Cicéron semble être le premier à faire usage de la métaphore dans le contexte d'une réflexion abstraite sur le droit, dans son livre intitulé « Des lois » :

⁹⁵ Cf. en français « les *fonts* baptismaux ».

De legibus 1, 6, 20 : « Veux-tu donc que nous remontions l'origine (*ortum*) du droit à la source (*a fonte*) ? » (*Visne ergo ipsius iuris ortum a fonte repetamus ?*)⁹⁶.

Décidé de partir à la recherche de ce qu'il appelle encore (au singulier toujours) « la source des lois et du droit », *fons legum et iuris* (*De legibus* 1, 5), ou encore les « principes du droit », *iuris principia* (*De legibus* 1, 6), Cicéron raisonne toutefois avant tout en philosophe du droit, dans le cadre d'une réflexion sur l'origine du droit en général, plus soucieux de fonder philosophiquement le droit que d'enquêter sur les cadres dogmatiques de son élaboration positive. Aussi, quand il envisage de remonter à la source du droit, c'est pour y trouver une loi de nature, la raison suprême (*recta ratio*) inscrite dans la nature des choses (*natura rerum*) des philosophes, spécialement des stoïciens, que l'homme connaît parce qu'il participe lui-même à la raison, et de laquelle il déduit les devoirs et les interdits applicables en société :

De legibus 1, 6 : La loi est la raison suprême (*ratio summa*), implantée dans la nature, qui ordonne ce qu'il faut faire et interdit le contraire⁹⁷.

C'est ainsi que l'édit du préteur, la loi des XII Tables, ou encore les réponses des jurisconsultes, sources « positives » du droit s'il en est, sont écartées par lui avec un brin de condescendance, comme ne présentant de valeur que purement technique et de nature à satisfaire le vulgaire, mais dont l'intérêt est médiocre à l'aune de son ambition d' « embrasser tout le droit et les lois dans leur universalité » (*tota causa... uniuersi iuris ac legum*) :

De legibus 1, 5 « C'est la nature même du droit qu'il faut expliquer et c'est dans la nature de l'homme que nous devons aller la rechercher »⁹⁸.

Dans d'autres textes, c'est en spécialiste de l'éloquence, cette fois, en rhéteur, que Cicéron, comme Quintilien un siècle plus tard, tente de formaliser les sources du droit, dans le but de définir les « lieux » (*loci*) du droit comme *trésors* d'arguments et de ressources mobilisables dans le contexte des plaidoiries.

L'historien Tite Live (3, 34, 16) voit quant à lui dans la loi des XII Tables, le premier Code des lois romaines, la *fons omnis publici privatique [...] iuris*, « la source de tout le droit public et privé » (*infra*, chapitre 8).

Quant aux jurisconsultes romains, ils ne recourent tout simplement pas à ce vocabulaire, alors même que leur réflexion théorique les conduit à se poser la

⁹⁶ Dans le même passage, il use du terme *stirps, stirpis*, « la souche [de l'arbre] », pour une métaphore solide cette fois : *repetam stirpem iuris a natura*, « je remonterai à la racine du droit, la nature ». » Voir encore : *Partitiones oratoriae* 37, 131 (*fontes... aequitatis*) ; *De Republica* 5, 3 ; *De Officiis* 3, 72.

⁹⁷ *Lex est ratio summa, insita in natura, quae iubet ea quae facienda sunt, prohibetque contraria*.

⁹⁸ *Natura enim iuris explicanda nobis est, eaque ab hominis repetenda natura*.

question des limites ou de la clôture du système du droit et donc d'identifier distinctement la règle de droit. Ainsi, quand Gaius (IIe s. ap. J.-C.) entreprend de dresser la liste des *iura populi Romani*, « les [règles de] droit du peuple romain » (GAIUS 1, 2, *infra*), qui correspond exactement à ce que nous entendons par « sources formelles » du droit, la métaphore de la source lui demeure étrangère.

La problématique en vérité fort complexe des sources du droit est traditionnellement depuis Rome de les présenter sous la forme de l'inventaire, du catalogue, de la liste.

2. Son succès dans l'histoire de la pensée européenne

Si Cicéron semble être le premier à utiliser le mot « source » (lat. *fons*) à propos des lieux d'origine du droit et de ses règles, nous savons qu'il le fait dans le contexte d'une réflexion philosophique sur l'origine du droit en général. Les juristes romains, par contre, ne l'utilisent pas.

Aussi la question se pose-t-elle de savoir ce qui, dans l'histoire du *ius commune* européen, a conféré à cette métaphore une signification spécialisée dans le lexique juridique ?

Il s'avère que la **compilation de Justinien**, soit surtout l'influence massive qu'elle exerça après sa redécouverte au Moyen Âge, a joué à cet égard un rôle essentiel sur la migration du terme « source » depuis son emploi dans le contexte des sciences historiques au Moyen Âge vers sa spécialisation dans le registre technique du droit à l'époque moderne.

Le droit romain étant une discipline à la fois juridique et historique, c'est au carrefour de cette double qualité qu'opéra le *biais historique* (Dufour) à la faveur duquel le terme « source » s'est en effet vu transposé dans le domaine du droit à partir du XVIIe siècle⁹⁹.

L'évolution sémantique s'explique en effet par la double nature des recueils de Justinien, le *Corpus iuris civilis* étant à la fois :

- Une source formelle du droit en vigueur dans l'Empire au VIe s. de notre ère, – et qui le demeura au Moyen Âge et sous l'Ancien Régime, en concurrence féconde, dans nos régions, les pays du Nord, avec les coutumes (tandis que

⁹⁹ Malgré quelques occurrences sporadiques chez les glossateurs (Placentin, Azon), aux XIIIe et XIIIe s. : R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino, 1967, p. 3.

le droit romain demeurait la « raison écrite », *ratio scripta*, au Sud de la Loire)¹⁰⁰ ;

- Mais la compilation de Justinien fut aussi la principale source documentaire, ou historique, de nature juridique, du droit romain, les documents écrits qui en ont assuré la connaissance et ont ainsi permis la formation d'une tradition du droit savant (*utrumque ius*, droit romain et droit canonique) au Moyen Âge.

A l'origine de la pensée européenne, la notion de « source » semble avoir été limitée au domaine des sciences naturelles, comme il apparaît dans les *Étymologies* de saint Isidore de Séville (VIIe s.), pour s'étendre ensuite par transposition aux sciences divines et humaines (théologie, philosophie, histoire), dans la double acception d'*origine* et de *fondement*.

Isidore de Séville, évêque de Séville (*Hispalis*) au VIIe s., est l'auteur d'un ouvrage intitulé *Etymologiae* dont la renommée sera immense au Moyen Âge : visant à rendre compte de l'ensemble du savoir et de la civilisation antiques, il a contribué au sauvetage de la culture classique. Véritable synthèse du savoir antique de caractère encyclopédique¹⁰¹, elles furent l'une des sources principales de connaissance de l'Antiquité au Moyen Âge jusqu'à la Renaissance.

La qualité de sources historiques de la compilation justinienne dans la tradition savante au moyen âge s'est ainsi trouvée à l'origine de l'application à la langue du droit de la notion de « source » par l'École du Droit historique (école fondée au XIXe s. par le juriste allemand Friedrich Carl von Savigny), attendu la place privilégiée qu'elles avaient tenu dans la science juridique de l'ancien droit, en particulier dans l'*usus modernus Pandectarum* [= « usage moderne des Pandectes »]¹⁰².

L'*usus modernus Pandectarum* est une méthode qui se développe dans l'Empire romain germanique à partir du XVIIIe s., visant à étudier les sources du droit romain en vue de créer un système de droit adapté aux besoins de la pratique. Il en sortira, au lendemain de l'unification allemande (1871), le Code civil allemand : *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), entré en vigueur en le 1er janvier 1900.

¹⁰⁰ Sur la distinction entre pays de droit écrit (la *ratio scripta* qu'était le droit romain) au sud de la Loire, et les pays de droit oral (ou de coutume) au nord, voir le cours de *Histoire des institutions et du droit*. I (Moyen Âge et Ancien régime).

¹⁰¹ Touchant notamment aux matières suivantes : grammaire, rhétorique, dialectique, arithmétique, géométrie, musique, astronomie, médecine, chronologie, langues et peuples, zoologie, géographie, architecture, minéralogie, métallurgie, agriculture, science militaire et jeux, navigation, costumes, etc.

¹⁰² A. DUFOUR, « La théorie des sources du droit dans l'École du Droit historique », in *Droits de l'homme, droit naturel et histoire. Droit, individu et pouvoir de l'École du Droit naturel à l'École du Droit historique*, Paris, 1991, p. 257-258.

Il s'agit donc classiquement d'un emprunt par la langue du droit à une autre langue de spécialité, à savoir la théologie, la philosophie et les sciences historiques, d'un terme ayant revêtu à la faveur de ce passage une acception nouvelle, celle-là même que nous lui connaissons.

On voit ainsi que le succès de la figure en droit moderne ne semble rien devoir à Cicéron, le premier pourtant auquel une généalogie de la source juridique permet de remonter dans l'histoire du droit !

B. La notion

Il y a trois manières de comprendre le mot « source(s) » en rapport avec un système de droit positif, selon que la source est qualifiée de « matérielle », d'« historique », ou de « documentaire », ou enfin de « formelle ».

1. Les sources matérielles ou sociologiques

Les sources sociologiques (ou matérielles) sont « toutes circonstances qui, au sein de la société romaine, ont déterminé la naissance, le développement et l'évolution du droit. Par définition, bien qu'elles en décrivent le cadre historique, elles se situent **hors** du domaine du droit »¹⁰³.

2. Les sources historiques ou documentaires

Les sources historiques ou documentaires *sensu lato*¹⁰⁴, sont « celles, **toujours écrites**, qui nous font connaître le droit romain : sources juridiques, littéraires, historiques ou documentaires *sensu stricto* (inscriptions, papyrus, monnaies, monuments figurés) »¹⁰⁵.

Les Romains étant juristes dans l'âme, en effet, leurs œuvres littéraires fourmillent de renseignements sur leurs institutions juridiques. Un exemple parmi maints autres est Festus, l'auteur, au IIe siècle de notre ère, de l'ouvrage « De la signification des mots » (*De significatione verborum*), dont nous n'avons qu'une partie complétée par un abrégé de Paul Diacre au IXe siècle, rempli d'informations sur les antiquités romaines. La source principale de Festus remonte à l'ouvrage du même nom (perdu) du grammairien et maître d'école du dernier siècle de la République Verrius Flaccus [55 av. J.-C. – 20 ap. J.-C.].

¹⁰³ MICHEL J.-H., *Éléments de droit romain...*, *op. cit.*, p. 21.

¹⁰⁴ *Sensu lato* (SL), « au sens large », opposé à *sensu stricto* (SS), « au sens strict ».

¹⁰⁵ MICHEL J.-H., *Ibidem*.

Aulu-Gelle, l'auteur des *Nuits attiques*, au II^e siècle toujours, est également un mine de connaissances pour le droit et les institutions des Romains.

Le droit étant un système de droit du passé, la question de manière générale est celle de savoir comment on peut connaître le passé. D'où l'exigence, en l'espèce, s'agissant de l'Antiquité, de documents écrits à partir desquels on puisse reconstituer les faits, à défaut de pouvoir faire appel à des témoins directs encore vivants. En ce sens, le terme touche à la méthodologie des sciences historiques¹⁰⁶.

Mais la question concerne également la discipline proprement juridique. Elle consiste alors à se demander : « comment connaître et prouver l'existence et le contenu d'une règle de droit ? ».

Nous verrons que cette question était devenue critique en droit tardif, où elle justifia l'apparition des premières grandes compilations de textes juridiques, essentiellement les constitutions impériales, sous la forme de *codices*, ou « codes ».

En droit positif moderne, la notion de « source documentaire » conserve donc toute son importance.

La science du droit nécessite en effet une documentation fournie et précise. Il existe de nos jours une documentation juridique composée de recueils de lois (pasinomie) d'arrêts (pasicrisie), de traités de doctrine, ainsi que des institutions à vocation « conservatoire », vouées à réunir les informations, documents et références, en ce compris électroniques, comme les bibliothèques spécialisées, dont celles de nos universités¹⁰⁷.

Voici la liste des sources documentaires, historiques, de nature juridique, dont nous disposons sur la question des sources (formelles) du droit romain :

- GAIUS, *Institutes* 1, 1-7 ;
- *Institutes Iustiniani* 1, 1 *de iustitia et iure* ;
- *Institutes Iustiniani* 1, 2 *de iure naturali et gentium et civili* ;
- *Digesta* 1, 1 *de iustitia et iure* ;
- *Digesta* 1, 3 *de legibus senatusque consultis et longa consuetudine* ;
- *Digesta* 1, 4 *de constitutionibus principum* ;
- Cf. *Fragmentum Dositheanum* 1-2 (FIRA 2, p. 168).

¹⁰⁶ Voir le cours de *Critique des sources de l'information*.

¹⁰⁷ Voir le cours de *Méthodologie juridique*.

3. Les sources formelles du droit romain

Des sources formelles du droit, on peut, d'une manière générale, se faire une double conception. « Il s'agit : – ou bien des organes de la société qui sont habilités à énoncer des règles de droit ;

– ou bien des produits de l'activité de ces organes eux-mêmes »¹⁰⁸.

D'où, pour le droit romain, le tableau suivant :

Organes	Produits
Assemblées du peuple	Lois
<i>Concilium plebis</i>	Plébiscites
Sénat	Sénatusconsultes
Empereurs	Constitutions impériales
Tout ou partie de la société	Coutume
Magistrats (préteurs, édiles)	Édits
Jurisconsultes	<i>Responsa</i> (jurisprudence)

On sera bien attentif que le terme « **jurisprudence** » n'a donc pas le même sens en droit romain et en droit moderne : en droit romain, la *iusprudentia* réside dans l'activité des jurisconsultes (appelés notamment *iusprudentes*), alors qu'en droit moderne, la jurisprudence consiste dans l'ensemble des décisions des cours et tribunaux.

Par ailleurs, observons déjà qu'aucun des trois catalogues qui nous été transmis, et que nous allons découvrir sur-le-champ, ne mentionne la coutume, absence d'autant plus étrange qu'une terminologie spécialisée la désigne en latin juridique : *consuetudo*, *mos*, voire *fas* (*infra*, chapitres 8 et 9).

C. Le principe du catalogue

En l'état de nos « sources » documentaires, l'apparition des premiers catalogues des « sources » formelles du droit date du II^e siècle de l'Empire, à l'apogée du droit classique.

¹⁰⁸ MICHEL J.-H., *Ibidem*.

Trois jurisconsultes classiques semblent avoir dressé un tel inventaire : Gaius, Pomponius et, un peu plus tard, au début du III^e siècle de notre ère, Papinien¹⁰⁹.

1. Gaius : la liste (GAIUS 1, 2)

Celui de Gaius est le plus épuré, le plus classique : une simple liste de ce qu'il appelle les *iura populi Romani*, « les règles de droit du peuple romain » :

GAIUS 1, 2 « Les règles de droit du peuple romain consistent dans les lois, les plébiscites, les sénatusconsultes, les constitutions impériales, les édits de ceux qui ont le droit d'en faire, les réponses des jurisconsultes. »¹¹⁰

Plutôt que de suivre la liste en la développant, ainsi que le fait Gaius aux chapitres 3 à 7 du livre Ier des Institutes, nous allons exposer ces « règles de droit », ces *iura populi Romani*, à partir de ce que l'on peut identifier comme autant d'archétypes de la vie du droit, lesquels ne peuvent se concevoir en dehors de la cité juridiquement organisée, la *civitas*, ou, en grec, la *polis*, ainsi que nous le verrons au Titre III du présent syllabus (2^eme partie).

2. Pomponius : l'histoire

Le contemporain de Gaius, Pomponius¹¹¹, dresse également un inventaire des *modes de la décision*, dit-il, en droit romain, dans son Manuel (titre en grec *Enchiridion*)¹¹² en un seul livre (*liber singularis*), plus touffu mais qui présente l'avantage de situer les sources dans une perspective historique :

Pomponius (1 *lib. sing. Enchiridion*), Dig. 1, 2, 2, 12 : « Ainsi décide-t-on dans notre cité (*ita in civitate nostra... constituitur*) :

- Soit selon le droit, c'est-à-dire selon la loi (*aut iure, id est lege*) ;
- Soit c'est au sens propre le droit civil, qui, sans écrit (*sine scriptis*), consiste dans la seule interprétation des prudents (*aut est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit*) ;
- Soit ce sont les actions de la loi, qui contiennent la forme de l'agir (*aut sunt legis actiones, quae formam agendi continent*) ;

¹⁰⁹ GAIUS 1, 1-7 ; PAPINIEN, 2 *Def.*, Dig. 1, 1, 7pr-1 ; POMPONIUS, 1 *lib. sing. Ench.*, Dig. 1, 2, 2, 12.

¹¹⁰ GAIUS 1, 2 *Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui ius edicendi habent, responsis prudentium.*

¹¹¹ Sex. Pomponius a beaucoup écrit sous les règnes d'Hadrien [117-138], d'Antonin le Pieux [138-161] et de Marc-Aurèle [161-180].

¹¹² Cet ouvrage contient une brève histoire du droit romain des origines jusqu'au début du II^e siècle ap. J.-C. (sans mention de l'édit perpétuel).

- Soit le plébiscite, dont on décidait sans l'autorité des Pères (*auctoritas Patrum*) ;
- Soit l'édit des magistrats, d'où émane le droit honoraire ;
- Soit le sénatusconsulte, produit du sénat [à pouvoir] constituant, seul et sans loi ;
- Soit la constitution du prince, c'est-à-dire ce dont le prince lui-même décide et qui est tenu pour loi (*pro lege*). »

Pomponius assimile le droit à la loi ; et il ramène ce qu'il appelle « proprement le droit civil » (*proprium ius civile*) à l'interprétation non écrite des jurisconsultes ; d'autre part, il mentionne les « actions de la loi » (*legis actiones*), auxquelles succède le droit honoraire (ou droit prétorien), basé sur l'édit du préteur, qu'il cite plus bas. Des actions de la loi, il précise qu'elles « contiennent la forme de l'agir » (*formam agendi*).

3. Papinien, ou le système des sources : l'invention du « droit prétorien » (*ius praetorium*)

Papinien (*Aemilius Papinianus*) est un grand jurisconsulte de l'extrême fin de la période du droit classique, au début du III^e siècle de notre ère (il meurt en 212).

Probablement d'origine syrienne, il est préfet du prétoire à partir de 205. On notera parmi ses principaux ouvrages les *Quaestiones* en 37 livres (écrit avant 198), les *Responsa* (écrit entre 204 et sa mort), les *Definitiones* et un traité sur l'adultère, *De adulteriis*.

Il est le seul qui opère un classement des sources en introduisant une distinction fondamentale, qui précipite comme le système des sources du droit romain, entre le « droit civil » (*ius civile*) et le « droit prétorien » (*ius praetorium*) :

Papinien (2 *Definitiones*), *Dig.* 1, 1, 7^{pr}-1 : « [pr] Le droit civil est ce qui vient des lois, des plébiscites, des sénatusconsultes, des décrets des princes, de l'*auctoritas* des prudents. [1] Le droit prétorien est ce que les préteurs ont introduit pour appliquer ou compléter ou corriger le droit civil en raison de l'utilité générale. On l'appelle aussi droit honoraire, ainsi nommé d'après la dignité des préteurs. »¹¹³

¹¹³ [pr] *Ius autem civile est, quod ex legibus, plebis scitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit. [1] Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. Quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum.*

Le droit prétorien (ou droit honoraire, d'après *honos, -ris*, « la magistrature » : *ius honorarium*) est donc spécifiquement le droit dont la source est l'édit du préteur, urbain ou pérégrin (*infra*, chapitre 7).

Il fut créé, précise le juriste, pour **faciliter, suppléer ou corriger** le droit civil en vue de l'utilité publique (*adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam*). Nous y reviendrons en étudiant l'édit du préteur.

En droit moderne, l'expression « droit prétorien » désigne par analogie l'ensemble des règles juridiques qui se dégagent de l'activité des tribunaux de l'ordre judiciaire

On notera encore que, selon le terme auquel on l'oppose, l'expression « droit civil » (*ius civile*) prend une autre couleur : opposée au *ius gentium*, en effet, elle désigne le droit propre aux citoyens, comme on va le voir maintenant.

II. Un ordre juridique intégré : *ius civile, ius gentium, ius naturale*

Dans la définition qu'il propose du *ius privatum* (*infra*, chapitre 6), Ulpien envisage, aux sources de ce dernier, trois catégories de préceptes : les préceptes naturels (*ex naturalibus praeceptis*), ceux des nations (*aut gentium*) et ceux des citoyens (*aut civilibus*) :

ULPIEN, D. 1, 1, 1, 2 (I *Inst.*) « L'étude du droit comporte un double volet, public et privé [...] Le droit privé (*ius privatum*) est composé de trois types de règles, selon que ses préceptes sont ceux de la nature, des nations, ou des citoyens (*ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus*) ».

Ulpien dresse donc un tableau en cercles concentriques, du plus grand au plus petit, dont chacun est à l'origine de ces règles se rapportant à « l'utilité des particuliers » (*ad singulorum utilitatem*) qui forment le droit privé :

- Le cercle de la nature ;
- Le cercle des nations ;
- Le cercle des citoyens.

À chaque cercle correspond un droit qui lui est spécifique :

- Au cercle de la nature, qui comprend tous les êtres vivants, correspond le *ius naturale*, le « droit naturel » ;

- Au cercle des nations, qui comprend tous les hommes, correspond le *ius gentium*, le « droit des nations », qui est universel et donc commun à tous les hommes ;
- Au cercle de la cité, qui comprend tous les citoyens, correspond le *ius civile*, le « droit civil ».

En suivant Gaius, qui ouvre son Manuel sur la distinction entre le *ius civile* et le *ius gentium*, abordons ces notions fondamentales, qui attestent le haut degré d'intégration de l'ordre juridique romain capable de se déployer à l'échelle de l'Empire universel gréco-romain et même par-delà, à l'échelle du règne vivant, d'une manière qui n'est pas sans présenter une certaine résonance avec notre actualité environnementale.

A. *Ius civile, ius gentium*

La différence entre le *ius civile* et le *ius gentium* est expliquée par Gaius dès l'ouverture de ses *Institutes*, au premier chapitre du livre Ier, par où l'on voit que, à l'apogée de l'Empire romain, l'ordre juridique romain se déclinait à différents degrés classique, suivant qu'il était propre aux seuls membres d'une communauté politique, qu'il était commun à l'ensemble des nations, voire à tous les hommes :

GAIUS 1, 1 : « Tous les peuples qui sont régis par la loi et par la coutume appliquent en partie un droit qui leur est propre, en partie un droit commun à tous les hommes. Car le droit que chaque peuple s'est constitué pour lui-même lui est propre et s'appelle le droit civil, comme le droit propre à l'ensemble des citoyens. Mais ce que la raison naturelle (*ratio naturalis*) a établi entre tous les hommes est observé très également chez tous les peuples et s'appelle le droit des gens (*ius gentium*), comme le droit qu'appliquent les nations. Aussi le peuple romain applique-t-il en partie son propre droit, en partie le droit commun à tous les hommes. »¹¹⁴.

Le *ius civile* est le droit propre aux citoyens, qui comporte pour eux, et pour eux seuls, des institutions de droit privé (comme la *patria potestas*) ou de droit public (le droit de se réunir en assemblée politique délibérante, sénat et comices).

L'expression *ius civile* n'a donc pas en latin la même extension qu'en droit moderne, où (entre autres acceptions plus ou moins variables) le « droit civil » est le droit qui

¹¹⁴ *Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est uocaturque ius ciuile, quasi ius proprium ciuitatis. Quod uero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur uocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur.*

rassemble les branches traditionnelles du droit privé : droit des personnes et de la famille, droit des biens, droit des obligations, droit des successions, et procédure civile (ou droit judiciaire privé).

On pourra mentionner l'expression moderne « **droits civils et politiques** » car elle rend bien compte du sens ancien du *ius civile*, comme le droit ou les droits découlant de l'appartenance à une communauté politique.

Les droits civils et politiques sont aujourd'hui les libertés fondamentales issues des réflexions des philosophes des Lumières au XVIIIe siècle et consacrées dans les grandes déclarations des révolutions américaines et française, finalement garanties par les Constitutions des États de droit occidentaux au XIXe siècle et, après la deuxième guerre mondiale, par des instruments internationaux¹¹⁵.

On les appelle droits de l'homme de « la première génération » : liberté de religion, de conscience, d'expression, liberté de la presse, liberté de réunion et d'association, interdiction de l'esclavage, propriété, mariage, vie privée, etc. On leur adjoint par la suite, dans le contexte des mouvements ouvriers au XIXe siècle, les droits de l'homme de « la deuxième génération : les droits économiques, sociaux, et culturels (droit au travail, à la sécurité sociale, droit de grève, droit à la santé, à l'éducation, au logement, etc.), et enfin, plus récemment, ceux de la troisième génération : droits « globaux » attachés à l'espèce humaine plutôt qu'à des individus (comme ceux de la première génération) ou à des collectivités (comme ceux de la deuxième génération), principalement les droits environnementaux et à la paix.

Le *ius gentium* revêt plusieurs acceptions en droit romain¹¹⁶ ; d'après *gens, -tis*, « le clan, la famille, la nation », nom dérivé du verbe *gigno, -ere*, « engendrer », l'expression signifie littéralement le « droit des nations » ou encore, d'après le calque français, le « droit des *gens* ».

On fera attention que la locution « droit des gens » désigne aujourd'hui, depuis le XVIIe siècle, exclusivement le droit international public, qui vise à régler les rapports entre les nations (donc un droit strictement positif, *infra*). Aussi, pour éviter la confusion, évitera-t-on de la traduire.

¹¹⁵ La Déclaration universelle des droits de l'homme (Nations Unies, 10 décembre 1948) ; le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP, 16 décembre 1966, ratifié par la Belgique en 1983) ; ou encore, au niveau régional : la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (dite Convention européenne des droits de l'homme, ouverte à la signature à Rome le 4 novembre 1950, entrée en vigueur en 1953).

¹¹⁶ MICHEL J.-H., *Éléments*, *op. cit.*, p. 22 ; CHEVREAU E., « Le *ius gentium* : entre usages locaux et droit romain », in Dubouloz J., Pitta S., Sabatini G. (éd.), *L'Imperium Romanum en perspective. Les savoirs d'empire dans la République romaine et leur héritage dans l'Europe médiévale et moderne*, Besançon, 2014, p. 305-320.

Le *ius gentium* est d'abord le **droit des ordres juridiques des cités autres que Rome**, droit reconnu par Rome et appliqué sur son territoire et en province (par le préteur pérégrin à Rome, par le gouverneur de provinces ailleurs).

Il s'agit donc toujours de désigner un droit positif, à savoir le droit des cités (municipes et colonies de droit romain ou de droit latin, cités pérégrines, cités libres, etc.) et des ordres juridiques (royaumes, tribus) autres que Rome dans l'Empire. On mesure ainsi la profondeur de champ de la vision du juriste romain, qui, alors que la puissance romaine est à la tête de cet immense empire et de la mosaïque de peuples qui l'habitent, conçoit que chacun soit organisé par un droit qui lui est propre (et qui, pour lui-même, est son « droit civil »), mais que le Romain intègre sous une catégorie générique, précisément le *ius gentium*, littéralement « le droit des nations ».

B. *Ius gentium, ius naturale*

Sous l'influence de la philosophie grecque sur la réflexion juridique, le concept de *ratio naturalis*, « raison naturelle », va s'imposer comme le fondement du *ius gentium*. La raison naturelle permet ainsi à Gaius de réunir les éléments communs qu'il retrouve dans les divers ordres juridiques (notamment l'esclavage, on y reviendra), de sorte que l'expression assume une signification plus théorique : elle devient le **droit commun à tous les hommes** que la raison naturelle arrête entre eux et qui est observé par tous les peuples de la même façon (GAIUS, *Dig.* 41, 1, 1).

Dans les Institutes de Justinien, la notion de *ius gentium* se présente sur le mode de la liste, qui restera classique au Moyen Âge, comme une somme d'institutions universelles ou quasi universelles :

Inst. Iust. 1.2.2 « Le *ius gentium* est commun à tout le genre humain. Sous la pression de la coutume et des nécessités humaines (*usu exigente et humanis necessitatibus*), les nations humaines se sont constituées ; les guerres en sont nées, les captivités s'ensuivirent ainsi que les servitudes, qui sont contraires au droit naturel (selon le droit naturel, dès l'origine, tous les hommes naissent libres) ; du *ius gentium* viennent aussi presque tous les contrats, comme la vente, le louage, la société, le dépôt, le *mutuum* et d'autres innombrables. »¹¹⁷.

La liste rassemble donc des institutions humaines, positives, relatives à la constitution des États, à l'établissement des propriétés privées, à la réciprocité des échanges (guerres et contrats). Leur particularité est d'être universelles, peu ou prou.

¹¹⁷ *Ius autem gentium omni humano generi commune est. Nam usu exigente et humanis necessitatibus gentes humanae quaedam sibi constituerunt : bella etenim orta sunt et captivitates secutae et servitutes, quae sunt iuri naturali contrariae (iure enim naturali ab initio omnes homines liberi nascebantur); ex hoc iure gentium et omnes paene contractus introducti sunt, ut emptio venditio, locatio conductio, societas, depositum, mutuum, et alii innumerabiles.*

Quant à la locution *ius naturale*, elle a un caractère purement philosophique.

Dans un texte isolé qui sera beaucoup cité au Moyen Âge, Ulpien y voit un droit propre à tous les êtres vivants, humains ou non humains, comme les soins que prennent les parents pour leur progéniture.

Le *ius gentium* est ainsi aux hommes ce que le droit naturel est à l'ensemble des êtres vivants :

ULPIEN (I *Inst.*) D. 1.1.1.3 « Le droit naturel est ce que la nature a enseigné à tous les animaux. Ce droit n'est pas propre au genre humain mais il est commun à tous les animaux qui naissent sur terre, dans la mer, ainsi qu'aux oiseaux. De là vient l'union du mâle et de la femelle, que nous appelons le mariage (*matrimonium*), la procréation des enfants ainsi que leur éducation : car nous observons que tous les autres animaux, même les bêtes sauvages, font l'expérience de ce droit »¹¹⁸.

Quant à Justinien, il prêtera à l'idée des droits naturels (*naturalia iura*) une portée jusque-là inédite dans l'Antiquité : sous l'influence du christianisme, ceux-ci apparaissent comme l'institution de la providence divine, dont les caractères sont la constance et l'intangibilité. Les droits que chaque cité établit pour elle-même, inversement, sont passibles de changements, que ce soit par le consentement tacite du peuple (la désuétude) ou par une loi ultérieure :

Inst. Iust. 1.2.11 « Les droits naturels (*naturalia iura*) qui sont observés également auprès de tous les peuples, sont constitués par la divine providence et demeurent toujours constants et intangibles (*semper firma atque immutabilia*). Mais les droits que chaque cité a constitués pour elle-même changent souvent, que ce soit par le consentement tacite du peuple ou par une loi successive »¹¹⁹.

Justinien avance un peu rapidement, ou avec un excès d'optimisme, l'idée que les droits naturels seraient, à l'instar du *ius gentium*, universellement appliqués, comme le montre l'esclavage : institution universelle dans les mondes anciens et non moins contraire à la droite raison (*recta ratio*) du droit naturel, suivant une contradiction que le juriste classique Florentin exprime dans un dit mémorable (*infra*, syllabus II. Droit des personnes) qui sera repris dans les Institutes de Justinien :

¹¹⁸ *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit : nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio : videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censer.*

¹¹⁹ *Inst. Iust.* 1.2.11 *Sed naturalia quidem iura, quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quadam providentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent : ea vero quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutari solent vel tacito consensu populi vel alia postea lege lata.*

FLORENTIN (9 *Inst.*), *Dig.* 1, 5, 4, 1 [= *Inst. Iust.* 1, 3] : « L'esclavage est une constitution du *ius gentium* par laquelle un homme est soumis à la propriété d'autrui (*dominio alieno*) contre la nature (*contra naturam*). »¹²⁰.

1. Contradiction ou tension dialectique ?

Cette contradiction entre le droit conforme à la loi de nature et les droits humains que rassemble « horizontalement » l'universalité de certaines de leurs pratiques ne sera jamais résorbée à l'échelle de l'Antiquité, pas davantage que le clivage, dont elle découle, entre le droit civil et la philosophie. Le stoïcisme tardif, en effet, sous le Haut-Empire, cette philosophie à laquelle tous les membres de l'élite, à commencer par les juriconsultes, étaient formés, reconnaissait en effet l'égalité et la liberté naturelles de tous les hommes car ils participent tous à la raison universelle, la raison suprême ou encore la droite raison (*ratio summa, recta ratio* ; grec *orthos logos*) réputée inscrite dans le cosmos et dans la nature des choses, ainsi qu'en eux-mêmes, et de laquelle ils peuvent déduire les droits et les devoirs en société, ainsi que l'exprime Cicéron dans son traité *Des Lois*¹²¹ ou son traité sur *La République* :

Cicéron, *De re publica* 3, 22, 33 : « [...] il existe une vraie loi, c'est la droite raison ; elle est conforme à nature, répandue chez tous les hommes ; elle est immuable et éternelle ; ses ordres appellent au devoir ; ses interdictions détournent de la fraude [...] »¹²².

Les deux ordres du droit humain imparfait (*ius gentium*) et du droit naturel, toujours juste et équitable, étaient donc *staticques et successifs* en droit romain, non miscibles, non susceptibles d'entrer en tension l'un avec l'autre¹²³. Tous les grands juristes classiques purent ainsi, comme Florentin, affirmer sans sourciller l'existence d'institutions universelles contraires au droit naturel !

Ainsi encore, chez Ulpien :

ULPIEN (43 *ad Sabinum*), *Dig.* 50, 17, 32 : « Au regard du droit civil, les esclaves sont tenus pour rien. Il n'en est pas de même selon le droit naturel car, d'après le droit naturel, tous les hommes sont égaux »¹²⁴.

¹²⁰ *Servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur.*

¹²¹ *De legibus* 1, 6 : « La loi est la raison suprême, implantée dans la nature, qui ordonne ce qu'il faut faire et interdit le contraire », cité *supra*.

¹²² [...] *Est quidem vera lex recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnis, constans, sempiterna, quae vocet ad officium iubendo, vetando a fraude deterreat [...].*

¹²³ THOMAS Y., « L'institution juridique de la nature (remarques sur la casuistique du droit naturel à Rome) », *Revue d'histoire de la science juridique* 5 (1988), p. 27-48.

¹²⁴ Voir encore ULPIEN (1 *Inst.*), *Dig.* 1, 1, 1, 4 ; TRYPHONIUS (7 *Disp.*), D. 12, 6, 64.

Il faudra attendre le Moyen Âge pour voir ces deux droits entrer en tension et devenir dynamiques : le *ius gentium* sera remobilisé par les théologiens et les juristes médiévaux comme un *tertium genus*, un « troisième genre », ou un genre intermédiaire, entre le droit naturel et le droit positif, qui a permis de préciser le rôle de la raison dans la formation et l'interprétation des normes et contribué au dégagement de la notion de droits de l'homme pensés comme une construction de la seule raison¹²⁵.

2. Le « droit des gens » au XVIIe siècle : le droit international public (*ius inter gentes*)

Dans le contexte de l'affirmation de l'État-nation aux XVe et XVIe siècles, le *ius gentium* est au point de disparaître purement et simplement de la tradition juridique au profit de ce que l'on appellera désormais le « droit des gens ». A l'orée du XVIIe siècle, la locution commence en effet à désigner spécifiquement le droit international public, à savoir le *ius inter gentes*, qui formait une petite partie du droit des gens classique.

Ainsi requalifié, le « droit des gens » a basculé une fois pour toutes dans l'ordre du pur droit positif.

3. L'École du droit naturel moderne (le *iusnaturalisme*) et la réaction positiviste

Enfin, en droit moderne, depuis le XIXe siècle en particulier, un fort courant s'oppose aux postulats du droit naturel, au **iusnaturalisme** et à l'École du droit naturel moderne, dont les fondateurs sont John Locke, Hugo Grotius, et Samuel Pufendorf, qui elle-même s'est construite à partir du XVIIe siècle en réaction au droit naturel classique¹²⁶, et dont l'influence fut massive sur les rédacteurs du Code Napoléon (*via* la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui proclame en son préambule les « droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme »). C'est le courant du positivisme juridique, sur fond duquel l'expression « droit positif » prend une acception particulière, contre les postulats du droit naturel, comme un droit posé exclusivement par les hommes, sans fondement aucun dans une norme transcendante, universelle et intemporelle, toujours juste et bonne.

Opposé au droit naturel, le droit positif est en effet le droit *posé* par les hommes, voulu et énoncé en tant que tel sur la base de procédures déterminées par eux, un

¹²⁵ RENOUX-ZAGAME M.-Fr., *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, Paris, 2003, p. 19 sv.

¹²⁶ Le droit naturel classique, dont saint Thomas d'Aquin (XIIIe s.) est le plus illustre représentant, va de l'empereur Justinien jusqu'aux théologiens juristes de la seconde scolastique au XVIe s. Son rôle fut fondamental pour l'avènement du droit naturel moderne. Alors que selon celui-ci, la loi de nature se déduit logiquement par une introspection sur la nature humaine, elle est pour celle-là inscrite dans la nature des choses (*natura rerum*). *Cfr.* le cours de Droit naturel en option en BAC 3.

droit dont les hommes peuvent également décider de changer ou qu'ils peuvent abroger suivant les mêmes procédures.

Le droit *positif* est donc moniste : il *pose* qu'il n'y a pas d'autre droit que le droit voulu par les hommes ou que, s'il existe, il n'est pas susceptible d'être connu et, donc, étudié.

Il repose sur une conception stipulative, ou conventionnelle, du droit, considéré un ensemble délimité de normes définies par convention, et non comme la traduction de normes qui auraient une source intemporelle dans la nature de choses (*natura rerum*, selon le droit naturel classique) ou de l'homme (*iusnaturalisme*).

Le droit **naturel** assume au contraire, à côté ou au-dessus du droit positif, l'existence d'un autre droit, idéal celui-ci, car conforme à la raison naturelle (*recta ratio* ; grec *orthos logos*), et comme tel éternel et immuable. Il est donc duel. Se situant dans un rapport d'analogie avec un droit idéal et conforme à la droite raison (*ratio summa*), il se veut perfectible (d'où l'importance historique de l'élaboration doctrinale et savante relative au *ius gentium* par les docteurs au Moyen Âge, comme on l'a évoqué).

Table des matières

Introduction	2
I. Contenu et objectifs d'apprentissage.....	2
II. Quelques préliminaires	6
A. Un cours magistral <i>ex cathedra</i>	6
B. Le Code civil.....	7
C. Le latin	10
III. Bibliographie de base	12
Titre I. L'histoire du droit romain jusqu'au règne de Justinien	14
Chapitre 1^{er}. Les périodes de l'histoire du droit romain	15
I. L'ancien droit	16
II. Le droit classique	18
III. Le droit tardif.....	19
IV. Le règne de Justinien [527-565].....	21
Chapitre 2. Le <i>Corpus iuris civilis</i>	22
I. Les <i>Institutes</i> de Justinien (<i>Institutiones Iustiniani</i>).....	22
II. Le Digeste (<i>Digesta</i>)	23
III. Le Code (<i>Codex Iustinianus</i>).....	23
IV. Les Novelles (<i>Novellae [leges]</i> , « les lois nouvelles »)	23
V. Citations et Interpolations	23
VI. Un cas particulier : les <i>Institutes</i> de Gaius.....	24
Titre II. Énoncer la règle de droit : les mots pour le dire	25
Chapitre 3. Une créativité propre à la langue latine	26
I. Étymologie du mot <i>ius</i>	26
II. Le droit et la loi (le binôme <i>ius lexque</i>).....	29
III. <i>Ius dicere</i> : la <i>juris-dictio</i>	32
Chapitre 4. La règle de droit	33
I. Notion.....	34
II. Un style traditionnel.....	37
III. Le serment et le vœu.....	41
A. Le serment	41
1. Le mot (<i>sacramentum, ius iurandum</i>)	42
2. L'imprécation du serment	44
B. Le vœu (<i>votum</i>)	46
1. Notion	46
2. Les vœux réguliers	47
3. Analyse juridique du vœu.....	48
Chapitre 5. L'ordre juridique romain	50
I. Les sources du droit romain.....	51
A. La métaphore de la « source »	51
1. Son absence dans les sources juridiques anciennes	51
2. Son succès dans l'histoire de la pensée européenne	53
B. La notion	55
1. Les sources matérielles ou sociologiques.....	55
2. Les sources historiques ou documentaires.....	55
3. Les sources formelles du droit romain	57
C. Le principe du catalogue	57

1.	Gaius : la liste (GAIUS 1, 2).....	58
2.	Pomponius : l'histoire	58
3.	Papinien, ou le système des sources : l'invention du « droit prétorien » (<i>ius praetorium</i>)	59
II.	Un ordre juridique intégré : <i>ius civile, ius gentium, ius naturale</i>	60
A.	<i>ius civile, ius gentium</i>	61
B.	<i>ius gentium, ius naturale</i>	63
1.	Contradiction ou tension dialectique ?	65
2.	Le « droit des gens » au XVIIe siècle : le droit international public (<i>ius inter gentes</i>)	66
3.	L'École du droit naturel moderne (le <i>iusnaturalisme</i>) et la réaction positiviste	66