



Partie I

La complexité de la notion d'obligation

Historique des obligations

- I. Les origines romaines de la notion d'obligation
- II. L'élaboration de la théorie générale des obligations dans l'Ancien droit français

Si les origines de la notion d'obligation sont à rechercher dans le droit romain (I), l'élaboration de la théorie des obligations est l'œuvre de juristes de l'Ancien droit français empruntant au droit romain (II)

I. Les origines romaines de la notion d'obligation

Au sein du droit romain, classiquement divisé en trois périodes (A), la notion d'obligation n'est apparue que tardivement (B).

A. La subdivision classique du droit romain en trois périodes

Les historiens subdivisent le droit romain en trois périodes : l'Ancien droit romain, le droit romain classique et le droit du Bas-Empire romain. Les deux premières périodes du droit romain se distinguent par la procédure communément utilisée par les justiciables qui voulaient recourir à l'autorité publique pour faire valoir leurs droits.

Dans l'Ancien droit romain, ils devaient utiliser pour cela la procédure des actions de la loi (« *legis actiones* ») : celle-ci les obligeait à prononcer dans des formes solennelles des paroles reprenant strictement les termes de la loi. Les historiens font, par convention, remonter l'Ancien droit à la fondation de Rome, mais il ne nous est réellement connu de façon précise qu'à compter de la publication de la loi des douze tables, soit à partir de 450 avant Jésus-Christ (dix tables publiées en 449 et deux autres en

450). Pour partie légale et pour partie coutumier, ce droit a perduré, de l'avis majoritaire, jusqu'à la seconde moitié du deuxième siècle avant notre ère, l'utilisation des actions de la loi ayant commencé à décliner avec la publication de la loi Aebutia, probablement vers le milieu du siècle.

Le droit romain classique s'étend du premier siècle avant Jésus-Christ, soit le dernier siècle de la République (la République dure de 509 à 27 avant Jésus-Christ), à la fin du Haut-Empire (le Haut-Empire commence en 27 avant Jésus-Christ et s'achève au moment où débute le Bas-Empire, au deuxième ou au troisième siècle après Jésus-Christ, la date exacte pouvant varier suivant les auteurs). Cette période classique se caractérise par l'adoption d'une nouvelle forme de procédure, dans laquelle le prêteur occupe une place essentielle. Le justiciable doit en effet lui demander l'action, c'est-à-dire le droit d'aller plaider devant le juge. Le prêteur octroie l'action au justiciable en rédigeant pour celui-ci une formule, qui expose, dans l'intention (« *intentio* »), les prétentions du demandeur (la formule, qui encadre les prérogatives du juge, peut

contenir d'autres développements : la prescription (« *praescriptio* ») qui vise à limiter la demande ou à faire échouer celle-ci ; la démonstration (« *demonstratio* ») qui est un exposé succinct des faits ; la condamnation (« *condemnatio* ») qui donne au juge le pouvoir de condamner ou d'absoudre le défendeur ; l'adjudication (« *adjudication* ») qui donne au juge le pouvoir d'attribuer à l'un ou l'autre des plaideurs la chose objet du procès, *etc.*

Le droit du Bas-Empire romain commence, suivant les auteurs, à la fin du deuxième siècle après Jésus-Christ ou au cours du siècle suivant (les auteurs, minoritaires, qui le font remonter le plus haut dans le temps placent son début en 180 après Jésus-Christ pour y intégrer l'Empereur Commode, ou en 193 pour y placer la dynastie des Sévères. La plupart des auteurs le datent de la fin du règne des Sévères et du début de la période d'instabilité politique qui lui succède, soit en 235. D'autres, enfin, ne le datent que de la fin de cette période d'instabilité, avec la montée sur le trône de l'empereur Dioclétien, en 284. Il s'achève par le décès de l'empereur Justinien en 565 après Jésus-Christ). Ce droit se caractérise par le recours à des sources écrites, anciennes et nouvelles, ainsi que par le fait que celles-ci fassent l'objet de compilations. La compilation majeure de ces sources a été effectuée à l'instigation de l'empereur Justinien. Elle comporte trois parties : les « *Institutes* », qui est une sorte de cours basique à l'usage des débutants ; le « *Digeste* », encore appelé « *Pandectes* », qui est une compilation d'extraits des œuvres des grands jurisconsultes (qui ont presque tous vécu pendant la période du droit classique sous réserve de la date à laquelle est fixée l'achèvement de la période classique) ; et le Code de Justinien, réunion des « *Constitutions impériales* », ou « *leges* », qui sont les lois promulguées par les empereurs, sources nouvelles de droit. De la publication du Code de Justinien, en 529 après Jésus-Christ, à la mort de cet empereur, cet ensemble de textes a été complété par la publication de nouvelles « *Constitutions impériales* », désignées par l'appellation de « *Novelles* ».

B. L'apparition tardive de la notion d'obligation en droit romain

L'Ancien droit romain paraît avoir ignoré la notion d'obligation, qui ne figure notamment pas dans la loi des douze tables. Son émergence, mal connue, est apparemment à porter au crédit des jurisconsultes de la période classique du droit romain. Il faut toutefois attendre le Bas-Empire et les « *Institutes* » de Justinien pour trouver la première définition de l'obligation qui nous soit parvenue : « *Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvenda rei, secundum nostrae civitatis jura* ». Elle peut se traduire par : « *L'obligation est un lien de droit qui nous astreint à la nécessité de faire une chose pour quelqu'un, selon les lois de notre cité* ».

Du point de vue de sa nature, l'obligation est donc déjà perçue par les Romains comme un « *lien de droit* » (« *juris vinculum* »), expression qui se trouve, par exemple, dès le début du troisième siècle après Jésus-Christ, sous la plume du célèbre jurisconsulte Ulpien. Le terme « *obligatio* » lui-même dérive apparemment du verbe « *ligare* », qui signifie « *lier* ». L'obligation, dans son sens premier, serait en conséquence le fait, pour un débiteur (« *débitor* »), de se lier avec un créancier (« *creditor* »), ou, plus précisément, de s'engager envers un créancier, ce dernier lui accordant sa confiance (« *creditor* » dériverait de « *credere* », qui signifie « *croire* »).

Quant aux différentes sortes d'obligations, le jurisconsulte Paul (Julius Paulus), contemporain d'Ulpien qui vécut au début du troisième siècle après Jésus-Christ et exerça la charge de Préfet du Prétoire de la Garde Prétorienne (de 228 à 235 après J.-C.) sous le règne de l'Empereur Alexandre Sévère (qui s'étend de 222 à 235 après J.-C.), écrit que l'engagement du débiteur peut consister, soit dans un transfert de propriété (« *dare* »), soit dans l'accomplissement d'une prestation (« *facere* »), soit dans le fait de livrer une chose pour en user ou en jouir, comme, par exemple, dans le louage de choses (« *praestare* »).

S'agissant des sources des obligations, le jurisconsulte Gaius (jurisconsulte du deuxième siècle après Jésus-Christ, à la vie mal connue, auteur d'un manuel de droit («*Institutes*») dont s'inspirèrent les auteurs des «*Institutes*» de Justinien), après avoir opposé dans un premier temps les contrats aux délits, y ajoute, dans son ouvrage connu sous le nom de livre d'or («*Auréli*», nom que lui donnèrent par la suite ses admirateurs), des «cas de figure variés» («*variae causarum figurae*»), catégorie suffisamment vaste pour englober les quasi-contrats et les quasi-délits. Les «*Institutes*» de Justinien distinguent quant à eux quatre sources d'obligations : les contrats, les quasi-contrats, les délits et les quasi-délits.

À l'issue d'une longue maturation, les juristes romains ont proposé une définition de l'obligation. Ils ont également cherché à en préciser la nature, aussi bien du point de vue de ce qui en constitue l'élément essentiel (entendu comme un lien de droit) qu'au moyen de l'élaboration d'une classification des différentes sortes d'obligations (obligations de donner, obligations de faire et obligations de «*praestare*»). Enfin, ils se sont intéressés aux sources de celle-ci (qu'ils ont assimilées aux contrats, quasi-contrats, délits et quasi-délits). Ils ne sont pas parvenus pour autant à élaborer une théorie générale des obligations, leur réflexion étant, sur ce point, demeurée inaboutie. C'est aux juristes de l'Ancien droit français et tout spécialement à Domat, qu'est revenu ce mérite (II).

II. L'élaboration de la théorie générale des obligations dans l'Ancien droit français

L'Ancien droit français peut être subdivisé en trois parties : la période des origines, qui inclut l'époque franque et l'espace de temps durant lequel se sont formées les coutumes (A) ; le temps des droits savants, qui combine un premier renouveau du droit romain et une extension du droit canonique à la vie civile (B) ; et le début de l'unification du droit français, que parachèvera, conformément aux vœux des révolutionnaires, la publication du Code civil et des autres grands codes français (C).

A. La période des origines

La période des origines est marquée par l'apport du droit germanique au droit français (1) et par l'élaboration d'une multitude de coutumes locales sur le territoire de ce qui deviendra ultérieurement la France (2).

1. L'époque Franque

L'histoire du droit français, ne peut, en toute logique, précéder la constitution du noyau du futur État français : les royaumes francs (qui perdurent pendant presque trois siècles, de 484 à 751 de notre ère, avec la dynastie mérovingienne, les

incursions des germains ayant commencé, en fait, dès le troisième siècle), puis le royaume des francs ou «*Regnum francorum*» (qui existe de 751 à 887, avec la dynastie carolingienne). Les territoires conquis par les francs furent soumis à la loi de ces peuples germaniques. De ce constat est née l'idée que l'origine du droit français pourrait se trouver dans le droit germanique. Les terres et les peuplades que les francs avaient conquises n'étaient toutefois pas dépourvues de droit. Outre des droits autochtones, dont nous ne savons quasiment rien, il y existait en effet des règles issues du droit romain, dont l'adoption avait été l'une des conséquences de la conquête des Gaules par Jules César. Une controverse passionnée s'est développée sur ce point à la fin du dix-neuvième siècle, entre les germanistes, partisans de la thèse des origines germaniques du droit français, et les romanistes, qui soutenaient que la source de celui-ci était plutôt à rechercher dans le droit romain, tout en reconnaissant que ce droit romain s'était abâtardi au contact des droits autochtones, sans préjudice de la survie, ici ou là, de quelques îlots de droit romain non corrompu.

Les recherches plus récentes, outre le fait de s'interroger sur le rôle joué par les droits autochtones dans cette formation du droit français, mettent l'accent sur le fait que, durant les premiers siècles de notre ère, le droit romain était progressivement tombé dans l'oubli. Il semble, en fait, que la combinaison de trois sortes de droits différents (droits autochtones, droit romain et droit germanique) ait provoqué, ce qui pourrait paraître paradoxal, une sorte d'absence de droit, ou plutôt une confusion source de dégénérescence des droits en présence, la coexistence de solutions juridiques contradictoires ayant fini par priver celles-ci de toute crédibilité. Sur l'essentiel du territoire, l'usage de la force avait, en fait, remplacé le recours au droit. Les échanges économiques s'étaient considérablement réduits. L'utilisation du contrat se limitait à la formalisation d'actes basiques tels que la vente, l'échange ou le don, l'emploi desdits contrats étant le plus souvent compliqué par un formalisme tatillon, dont la lourdeur témoignait de l'incertitude régnant quant à l'exécution desdits actes. De l'analyse des obligations, et même, plus généralement, de la formulation de théories juridiques, il n'était plus question.

2. La formation des coutumes

À partir de l'an mille, notamment sur la base de l'accroissement des villes qui permet le développement d'une bourgeoisie d'affaires et d'un artisanat florissant, grâce aussi à la paix relative qui s'instaure, se développe une période de prospérité économique. Pendant tout le onzième siècle, elle va entraîner une nouvelle augmentation des échanges et susciter un besoin de régulation juridique. Celui-ci va se traduire par la mise en place de multiples coutumes, souvent de portée très locale, mais qui peuvent être regroupées par analogie au sein d'aires géographiques plus vastes : coutumes de l'Ouest de la France ; coutumes du Sud-ouest de la France ; coutumes du Midi de la France ; coutumes de Paris et de l'Orléanais ; coutumes du Nord de la France, picardes ou wallonnes, *etc.*

Ce droit coutumier est, pour l'essentiel, un droit tourné vers les personnes, le mariage, la famille, *etc.* Centré sur le droit des personnes et de la famille, il s'intéresse certes aux biens et à leur transmission, mais il ne va guère au-delà de l'aspect patrimonial de ces questions, qu'il aborde au travers du prisme du droit des personnes. Le droit des obligations en est, pour ainsi dire, absent, alors même que, parallèlement, le mot obligation fait son entrée dans la langue française dans la première moitié du treizième siècle, pour désigner le fait de s'engager. La réparation des dommages y est ordinairement considérée comme une question relevant du droit pénal. Quant aux contrats, dans la mesure où ils supposent la plupart du temps des relations qui excèdent le cadre familial, leur réglementation est habituellement abandonnée au droit romain qui présente l'avantage, non négligeable pour des négociants amenés à se déplacer fréquemment, d'offrir des règles sensiblement identiques sur une grande partie du territoire.

B. Le temps des droits savants

L'essor économique du douzième siècle a entraîné un renouveau du droit romain (1), tempéré par des apports du droit canonique (2).

1. Le renouveau du droit romain

Le développement des échanges commerciaux et la nécessité de disposer, pour les faciliter, de règles juridiques fiables et faciles à mettre en œuvre, sont certainement la source principale du renouveau du droit romain (l'événement est parfois désigné par l'expression de « première renaissance du droit romain », pour le distinguer de la « seconde renaissance du droit romain » intervenue au seizième siècle). Il ne faut toutefois pas penser que cette remise à l'ordre du jour des règles du droit romain s'est effectuée instantanément et de façon homogène. Elle est, en réalité, le fruit d'une évolution complexe.

Suivant les régions et les obstacles rencontrés, l'emploi du droit romain ne s'est pas développé à la même vitesse et n'a pas atteint la même ampleur.

Dans le Midi de la France, notamment en Provence qui en serait le point de départ, le mouvement débute dès le douzième siècle et s'accroît très nettement au treizième siècle. Dans le Sud-ouest de la France et dans les pays de droit coutumier, comme par exemple le Nord de la France, le renouveau de l'intérêt pour le droit romain est beaucoup moins rapide et moins prononcé, mais c'est toujours dans le domaine du droit des obligations qu'il est le plus marqué.

Au seizième siècle, sous l'influence de certains humanistes, une « seconde renaissance du droit romain » se développera. Centrée sur l'explication des textes du droit romain par une mise en perspective dans leur contexte, elle s'épuisera d'elle-même, mais laissera une empreinte durable dans le droit français, au travers notamment de l'influence sur ces concitoyens de son plus célèbre représentant, Jacques Cujas (1527/1590).

2. Les apports du droit canonique

Le droit canonique était déjà, au début du deuxième millénaire de notre ère, un droit complexe, ayant fait l'objet d'un effort d'organisation et de théorisation. Même s'il était centré sur le règlement des questions religieuses, il n'ignorait pas pour autant les affaires civiles, notamment les questions matrimoniales et, plus généralement, tout ce qui relevait du droit de la famille.

Le droit des affaires et le droit des obligations ne lui étaient pas non plus étrangers car il avait à cœur de les moraliser, notamment en mettant l'accent sur le respect de la parole donnée et sur l'indemnisation des dommages, voire en prohibant des comportements tels que l'usure. Soulevant des questions morales, il incitait à la réflexion, y compris sur des aspects théoriques du droit des obligations. Son apport à l'étude de la cause (qui ne figure plus aujourd'hui parmi les conditions générales de validité des contrats), tout particulièrement, est conséquent.

Au quatorzième siècle, il contribuera à l'évolution de la définition de l'obligation vers une acception englobant le « lien moral » et non plus

seulement l'engagement. Il faudra toutefois attendre le seizième siècle pour voir les juristes commencer à élaborer une théorie générale des obligations dans le cadre d'un grand mouvement d'unification du droit français.

C. Le début de l'unification du droit français

C'est à Domat que l'on doit l'essentiel de l'élaboration de la théorie générale des obligations (1), ultérieurement complétée par Pothier (2).

1. Domat et l'élaboration de la théorie générale des obligations

Lorsqu'ils cherchent à comprendre en profondeur une notion, les juristes s'attachent en général d'abord à la décrire avec le plus de précision possible, ce qui aboutit le plus souvent à une catégorisation des éléments de la notion, voire à leur hiérarchisation. L'élaboration d'une théorie générale, c'est-à-dire d'une théorie capable d'expliquer l'intégralité, ou tout au moins l'essentiel, d'une notion, passe donc ordinairement en premier lieu par la réalisation d'une classification. Ce sont les juristes de l'École du droit naturel qui prendront cette initiative pour les obligations.

Les premières tentatives en ce sens remontent au seizième siècle, avec notamment les travaux de Charles Dumoulin (1500/1566), François de Connan (1508/1551), Jean de Coras (1515/1572), Hugues Doneau (1527/1591) et Pierre Grégoire (1540/1617). Mais c'est Jean Domat (1625/1696) qui, pour la première fois, dans son ouvrage « *Les Lois Civiles dans leur ordre naturel* », publié de 1689 à 1694 (il fut complété par la publication, en 1697, d'un ouvrage posthume, « *Le droit public* »), parvint, en poussant cet effort de classification, à dresser un plan d'ensemble du droit civil incluant une théorie générale des obligations, plan qui est celui de l'ouvrage et dont se sont inspirés les rédacteurs du Code civil.

Précédé par un « *Traité des lois* » en quatorze chapitres qui l'insère dans le cadre du droit naturel, l'ouvrage comporte un livre préliminaire, suivi de

deux parties dont la première est subdivisée en quatre livres et la deuxième, consacrée aux successions, en cinq livres. Le livre préliminaire traite des règles de droit en général, des personnes et des choses, ce dont se souviendront les rédacteurs du Code civil. La première partie, qui est celle qui nous intéresse plus particulièrement ici comme traitant des obligations, comporte quatre livres.

Le livre premier («*Des engagements volontaires et mutuels par les conventions*») étudie les contrats. Le livre deuxième («*Des engagements qui se forment sans conventions*») traite des quasi-contrats, des délits et des quasi-délits. Les livres troisième («*Des suites qui ajoutent aux engagements ou qui les affermissent*») et quatrième («*Des suites qui anéantissent, ou diminuent les engagements*») regroupent l'examen des sûretés, de la preuve des obligations, de leurs effets, de leur transmission et de leur disparition. Ils constituent la grande nouveauté du plan de l'ouvrage de Domat par rapport à celui des «*Institutes*» de Justinien, qui exposait ces éléments de façon éparse, à l'occasion de l'étude des différents contrats, des délits, etc. c'est ce qui explique que Domat soit considéré comme le premier auteur à avoir formalisé une théorie générale des obligations même si celle-ci était encore imparfaite. Il revenait à Pothier de la compléter, presque trois quart de siècle plus tard.

2. L'apport de Pothier à la théorie générale des obligations

Dans son «*Traité des obligations*» publié en 1761, Robert-Joseph Pothier (1699/1772) va reprendre et préciser la théorie générale des obligations élaborée

par Domat. Alors que le livre de Domat était conçu comme une analyse de la pratique aux fins d'en déduire des principes applicables à d'autres affaires, l'ouvrage de Pothier est pensé comme l'élaboration de règles dont il convient de tirer des conséquences pratiques en les mettant en œuvre.

Cette intention est particulièrement nette, par exemple, dans le traitement des sources des obligations. Si Pothier reprend les quatre sources des obligations déjà identifiées par les jurisconsultes romains (contrats, quasi-contrats, délits et quasi-délits), il y ajoute la loi, une réflexion théorique lui ayant permis de saisir que celle-ci peut créer des obligations par la seule volonté du législateur.

La Révolution française, s'inscrivant ainsi dans la ligne du mouvement amorcé au dix-septième siècle par la publication des ordonnances de Colbert (ordonnance civile de 1667, ordonnance des eaux et forêts de 1669, ordonnance d'instruction criminelle de 1670 et ordonnance du commerce de 1681), confortées et amplifiées par les travaux de Domat et de Pothier, va émettre le vœu de simplifier et de synthétiser les lois (un décret du 16 août 1790, resté sans lendemain, disposera même qu'il «*sera formé un corps général de lois simples et claires*», ce qui, aujourd'hui, soit dit en passant, prend une singulière saveur), mais il faudra attendre, pour parvenir à une synthèse, les codifications napoléoniennes.

Observation : ce n'est qu'au cours de la seconde moitié du dix-neuvième siècle que le mot obligation acquerra une signification supplémentaire, en prenant également le sens technique particulier de titre négociable.

■ REPÈRES

- *Institutes* de Justinien, III, 13.

■ POUR GAGNER DES POINTS

L'absence de théorie générale du contrat en droit romain

Les juristes romains voyaient dans le contrat la source principale des obligations. Ils ne sont pas, pour autant, parvenus à élaborer une théorie générale du contrat. Les romains paraissent avoir fait usage du contrat dès l'Ancien droit romain, mais sans l'avoir défini avec précision et sans le nommer. Le terme contrat (« *contractus* ») ne paraît pas avoir été utilisé avant la période classique. Les jurisconsultes qui l'emploient alors le font, de surcroît, avec des sens parfois différents, le restreignant dans certains cas aux contrats synallagmatiques, l'étendant dans d'autres cas à toutes les sortes d'actes juridiques. C'est, semble-t-il, uniquement à partir du début du deuxième siècle après Jésus-Christ, sur la base des travaux du jurisconsulte

Pedius (ce jurisconsulte à la vie mal connue aurait eu une grande notoriété, ce que l'on infère du fait que plusieurs des auteurs du « *Digeste* » de Justinien citent ses ouvrages sur l'Édit du Prêtreur), que le contrat a été associé au consentement et, plus précisément, à la notion d'accord de volontés. Les jurisconsultes romains distinguent toutefois deux sortes d'accords de volontés, le contrat qui est assorti de formes et le pacte (« *pactum* ») qui est dépourvu d'exigences formelles. Ce n'est qu'au cours de l'Ancien droit français que ces deux types d'accords de volontés seront fondus au sein de la notion de contrat, ce qui permettra l'élaboration de la théorie générale du contrat.