

# LA JURISPRUDENCE CLASSIQUE ROMAINE ET LA CONSTRUCTION D'UN DROIT DES AFFAIRES FONDÉ SUR LA *FIDES* ♦

“Le meilleur que nous obtenons de l’histoire est  
l’enthousiasme qu’elle suscite”  
Goethe, *Maximes et Réflexions*

par Maren GUIMARÃES TABORDA

(Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul;  
Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Rio Grande do Sul,  
Brasil)

## SOMMAIRE

Introduction

I – LA CONSTITUTION DU *IUS* À TRAVERS LA SOUVERAINETÉ  
POPULAIRE: ENTRE *AUCTORITAS* ET *POTESTAS*

A – La *lex publica* et l’*auctoritas* des juristes

B - La méthode de l’*interpretatio iuris*

C – L’édit et les formules procédurales

II - FORMULATION, INTERPRÉTATION ET APPLICATION DU DROIT À  
TRAVERS L’*OFFICIUM* DU PRÉTEUR ET L’*ARS* DES JURISCONSULTES

A – Le *ius* est une *prudentia* et une *ars*

B – L’extension du *ius civile* aux étrangers à travers l’*officium* du préteur

C – *Ius Gentium* et *Ius Naturale*

Conclusion

---

♦ Je remercie mon ami et collègue, le professeur Adriano Enivaldo de Oliveira, dans la mesure où l’idée de ce travail est née d’une vive polémique entre nous sur l’origine et le sens du *ius gentium*.

## Introduction

Depuis des millénaires, le Droit est une technique sociale spécifique qui permet de résoudre des conflits concrets, c'est-à-dire une régulation historico-objective de la vie sociale. Dès le premier siècle de notre ère, il a pris une forme que nous pouvons appeler "scientifique", avec l'œuvre des jurisconsultes romains. Ces derniers, dans un souci d'harmonisation guidé par l'association d'idées et l'utilisation continue du raisonnement par genre et par espèce, en sont arrivés à certaines notions de caractère général, telles que l'*aequitas*, la *bona fides* et l'*animus*, produisant pour la première fois une littérature juridique. À la recherche de solutions pour des circonstances de cas présentant la même caractéristique spécifique, les jurisconsultes romains justifiaient leurs décisions par le fait d'être raisonnables d'un point de vue pratique ou face à des circonstances concrètes, ou encore parce qu'ils y étaient arrivés à travers l'analogie, ou alors, dans les cas opposés, par l'emploi de l'argument *a contrario*. Sans ce laborieux travail d'application de la méthode des sciences naturelles à la jurisprudence, le droit romain n'aurait été qu'une pratique, un art empirique de réguler des processus, et il n'aurait pas alors survécu à la civilisation romaine<sup>1</sup>.

Appelée "jurisprudence classique" ou "droit romain classique", cette littérature, transmise à l'Occident par le code justinien, forme avec le christianisme et la philosophie grecque la base spirituelle de la culture occidentale, et spécifiquement l'alphabet et la grammaire du langage juridique et de la science du droit de base romaniste. Par conséquent, de la même façon qu'un

---

<sup>1</sup> Voir surtout: CRUZ, Sebastião. *Direito Romano (Ius Romanum)*. Tome I. 4<sup>ème</sup> éd., Coimbra, 1984, pp. 280-295; D'ORS, Álvaro. *Derecho Romano Privado*. Pamplona, EUNSA, 1997, pp. 57-63; VILLEY, Michel. *Le droit Romain*. Collection "Que sais-je?" Paris, Presse Universitaire de France, 9<sup>ème</sup> éd., 1993, pp. 36-49; KASER, Max. *Sur la Méthode des Jurisconsultes Romains*. In: *Romanitas. Revista de Cultura Romana (Língua, Instituições e Direito)*. Rio de Janeiro, Romanitas Livraria Editôra Ltda, 1962, pp. 107-123 et *Direito Privado Romano*. Lisbonne, Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, pp.18-41; ARANGIO-RUIZ, Vicente. *Historia del Derecho Romano*. Madrid, Editorial Reus, 1994, pp.326-368; KUNKEL, Wolfgang. *Historia del Derecho Romano*. Barcelone, Ariel, 1991, pp. 108-118; SCHULZ, Fritz. *Principios del Derecho Romano*. Madrid, Civitas, 1990, pp. 39-87.

mathématicien en formation ne peut méconnaître la théorie pythagoricienne des nombres, un philosophe, la philosophie des grecs, ou un médecin, l'anatomie et la physiologie humaines, le juriste continental ne peut se passer de l'étude du droit romain classique, à moins qu'il ne veuille pas être juriste, mais seulement un "lecteur et applicateur de lois". En outre, si la méthodologie juridique contemporaine – à savoir la méditation sur les bases, les fondements, la justification et le mode d'opérer du Droit – se demande si le droit est une "science" parce que "systématique", un "art" parce que "topique", une "herméneutique", un "système de règles", "un système de règles et de principes", "une raison pratique" ou une "prudence", alors l'étude du droit romain classique (parallèlement à l'intérêt historique, toujours présent) peut fournir une leçon d'expérience, formant le juriste moderne à une bonne compréhension de son champ de savoir et de son rôle social. D'autre part, en démystifiant la pensée qui identifie tout droit à la loi, l'étude de la jurisprudence classique romaine fait prendre conscience au juriste de la fonction constitutive et toujours créatrice de la jurisprudence, elle lui permet aussi de le former au casuisme scientifique, de telle sorte qu'il puisse créer des normes adéquates face à des cas concrets non prévus dans les normes existantes.

Sur la base de ces prémisses, cette étude cherche à comprendre, de manière générale, la technique rigoureuse des juriconsultes romains au niveau de la production, de l'interprétation et de l'application du droit, c'est-à-dire la méthodologie d'après laquelle ont été créées des figures juridiques, formulés des principes doctrinaires et des règles juridiques, et consacrée une terminologie qui demeure dans nos législations. Pour y arriver, nous avons traité dans une première partie de la constitution du *ius* à travers la souveraineté populaire ou de la tension entre *autorictas* et *potestas* (I). La deuxième partie aborde la formulation, l'interprétation et l'application du droit à travers *l'officium* du préteur et *l'ars* des juriconsultes; plus spécifiquement, elle traite de la construction d'un droit des affaires fondé sur la *fides*, le *ius gentium* (II).

## I – LA CONSTITUTION DU *IUS* À TRAVERS LA SOUVERAINETÉ POPULAIRE: ENTRE *AUCTORITAS* ET *POTESTAS*

Dans l'expérience juridique romaine, le concept de *ius*<sup>2</sup> a été développé sur la base de problèmes de forme et de substance

<sup>2</sup> On ne sait pas concrètement l'origine du mot *ius*, les philologues et juristes n'étant pas d'accord sur son étymologie. Sebastião Cruz souligne quelques opinions: a) *ius* vient de *iussum* (ordre) et *iussum* du verbe *iubere* (ordonner, déterminer); de là, *ius* est ce qui est ordonné ou déterminé; b) *ius* dérive du sanscrit *yum yug*, *yung*, qui signifie lien, liaison. Par conséquent, *ius* serait ce qui est établi par les décideurs (juges) d'un tribunal et reflète la pensée de la communauté (*populus*), étant donné que celle-ci déclare le *iustum* et refuse l'*iniustum* (l'anormal); c) *ius* peut également avoir comme origine le sanscrit primitif *yaus* (pur, bon, saint), correspondant à la forme latine archaïque *yous* ou *ious*: quelque chose provenant de la divinité. À partir de ce sens primitif probable, *ius* dériverait aussi de la forme très ancienne de Jupiter (*Ioues*, *Iovis*), relevant d'un contenu ou sens religieux qui ne s'est jamais totalement perdu, surtout dans les dérivés *iurare* (jurer) et *iusiurandum* (serment). *Ius* a donc un rapport de provenance aux divinités, il signifie ce qui est "dit", prononcé lors d'un serment. Concernant la notion réelle de *ius*, l'expression recèle au moins 26 acceptions, dont voici les principales: a) *ius* est tout ce qui a des rapports spéciaux au *iustum* (le juste, l'exact, le dû); b) dans un sens normatif, *ius* est l'agencement juridique (Ulp., D.1.1.1.3: *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit.*/ Le droit naturel est ce que la nature a enseigné à tous les animaux; Ulp., D.1.1.1.4: *Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur*/ Le droit des gens est celui dont se servent les peuples humains; c) dans un sens subjectif, *ius* est *potestas*: situation juridique (*status*), pouvoir ou faculté morale que quelqu'un possède sur autrui ou sur quelque chose; d) dans un sens objectif, c'est l'*iustum*, le dû, la chose juste même, la réalité juste, sens considéré comme primordial par les Romains; e) *ius* signifie également le lieu où la justice est rendue (XII Tables, I,1: *Sin ius vocATquEAT*/ Si quelqu'un est appelé en jugement, comparait et Paul D,1,11: *...Alia significatione ius dicitur locus in quo ius redditur, appellatione collata ab eo quod fit in eo ubi fit*/ Par une autre signification se dit droit le lieu où le droit est distribué, appellation assignée par ce que l'on fait dans le lieu où on le fait); le mot droit, quant à lui, appartient au langage ordinaire tardo-romain et reflète l'idée morale que la conduite juste est celle qui emprunte le droit chemin. Sebastião Cruz signale, toutefois, que la tradition juridique romaine connaissait le terme *rectum*, qui signifiait une partie du symbole de la justice: le fléau de la balance. Aussi y a-t-il *ius* parce que *Iustitia* (la déesse) le dit et elle ne le fait que quand le fléau est totalement à plomb (examen *de rectum*), ayant donc les deux plateaux égaux. De même, selon l'auteur, il y a *derectum* parce que le fléau de la balance est totalement à plomb, et l'*examen* est (*rectum* ou *de-rectum*, lorsque les deux plateaux sont précisément égaux, i.e., exactement au même niveau". En plus de Sebastião CRUZ, (note 1), pp. 7-32, voir D'ORS, (note 1), pp. 43-44, et CLAVERO, Bartolomé. *Institucion Historica del Derecho*. Madrid, Marcial Pons, 1992, pp. 19-20; textes du *Digeste*, in GARCÍA DEL CORRAL, O. ILDEFONSO. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Ed. Facsímil. Valladolid: *Lex Nova*, 1989;

d'actions, montrant par là une nette hégémonie de la formulation procédurale, puisque le *ius* était, initialement, l'action: ce qui pouvait être exigé par la force avec l'approbation des responsables du maintien des principes juridiques qui régissaient la vie de la communauté. *Ius* est fondamentalement *vis* et s'y appuie parce que dans sa formulation archaïque le *ius* est un ordre de pouvoirs personnels, qui se manifestait en actes de force formellement ritualisés. Imposé ou déclaré à tous, *ius* est l'acte de violence privée que la société reconnaît comme ordonné et adapté aux circonstances, de telle sorte qu'à la fin d'une action, le citoyen se voyait investi de l'autorisation d'agir contre autrui afin de défendre ses intérêts ou ses positions (*status*) ou encore, de réparer une offense subie.<sup>3</sup> De deux archétypes – actes d'appropriation de choses (*vindicatio*) et actes d'appropriation de personnes (*manus iniectio*) – découlèrent toutes les actions (actions réelles et actions personnelles) qui pouvaient y être ramenées. Dans un sens plus élargi, *ius* s'est aussi appelé le lieu où devait se réclamer un *ius* (une *actio*): le tribunal du préteur; et de là, un étroit rapport entre *ius* et *imperium* – l'évolution constitutionnelle romaine a déterminé en grande partie les traits généraux du développement du droit privé, parce que ce dernier se présente comme une expression du pouvoir politique de Rome, une création de son génie politique. Avec l'évolution, le *ius* est devenu, plus communément, l'“ordre judiciaire socialement admis, formulé par ceux qui savent du juste: les *iuris prudentes*”.<sup>4</sup>

Le droit des Romains pendant l'époque républicaine s'est formé et a progressé à travers la tension entre l'autorité (*auctoritas*)<sup>5</sup> des jurisprudents et le pouvoir (*imperium e potestas*)

---

texte de Gaius, cf. manuscrit de Vérone, in *Gaius. Institutes*. Paris, Les Belles Lettres, 1979.

<sup>3</sup> Cf. D'ORS, (note 1), p. 47 et S. CRUZ, (note 1), p. 55.

<sup>4</sup> D'ORS, (note 1), p. 43.

<sup>5</sup> *Auctoritas* (autorité) est le prestige social d'une personne ou d'une institution et “principe de l'autorité”, concept selon lequel l'autorité doit être mise en valeur dans la vie sociale et juridique. Ce principe a joué un rôle décisif dans la régulation de la famille et de l'État (l'union des familles) romains. En effet, la vie familiale romaine se fondait sur des rapports autoritaires de suprématie du *pater*. La souveraineté domestique impliquait un domaine absolu sur les gens et les biens: à côté des esclaves et des étrangers, qui dans le domaine du droit privé étaient soumis au domaine ou pouvaient y tomber, se trouvaient toutes les personnes soumises à la *potestas*, qui dans le droit privé se trouvent être propriété d'autrui

du peuple, consolidé par les *leges* des assemblées et les édits des préteurs. Cela s'est passé ainsi parce que le *ius*, pour être efficient, a besoin de l'autorité, du prestige des juristes. Ceux-ci, au-delà de la science, ont besoin de la force de la bureaucratie impériale afin que leurs doctrines triomphent.<sup>6</sup>

#### A - La *lex publica* et l'*auctoritas* des juristes

L'utilisation de promulgations étatiques a toujours été parcimonieuse et l'objet d'une sévère modération, puisque la production du droit ne se faisait pas seulement à travers l'émanation de normes générales et abstraites, mais principalement à partir de la solution de cas concrets. La loi publique dans les sources romaines est ce qui met en rapport, de sorte que la loi religieuse est ce qui met en rapport l'homme avec les dieux, et la loi humaine est ce qui met en rapport les hommes avec leurs semblables. Fruit de la volonté populaire organiquement manifestée, la *lex publica* peut être vue comme un accord entre le

---

mais qui du point de vue de la *civitas* (État) s'appellent *liberi*, en opposition aux esclaves. Ainsi, en dehors du rapport même de suprématie, des rapports de droit privé entre le titulaire du pouvoir et ses soumis n'étaient pas possibles. La vie de l'État étant aussi organisée selon le principe de l'autorité, tout le droit des magistratures se construisait afin de la mettre en valeur et de la conserver. Dans les mains des titulaires de l'*imperium* (suprématie de l'État qui se personnifie dans le magistrat), ainsi que dans celles des censeurs, édiles et tribuns, résidait la discipline publique; dans celles des *pater familias*, la discipline domestique. Le Sénat était une institution politique concrète qui traduisait l'autorité, puisque les sénateurs – *patres* de la République – en étaient investis car ils réincarnaient les ancêtres, dont l'autorité dans le corps politique venait du fait qu'ils avaient fondé la ville. De là, à travers les sénateurs, les fondateurs se faisaient présents, “et, avec eux, l'esprit de la fondation, le début, le *principium* et la norme de ces *res gestae*, lesquelles ont désormais formé le peuple de Rome”, comme l'affirme Hanna Arendt. L'épine dorsale de l'histoire de Rome fut alors la rencontre entre l'autorité, la tradition et la religion, qui émergèrent simultanément de l'acte de fondation. Pour ces considérations, voir, en plus d'Arendt, principalement: SCHULZ, Fritz. *Principios des Derecho Romano*, Madrid, Civitas, 1990, pp. 187-209; MOMMSEN, Teodor. *Compendio del Derecho Publico Romano*. Buenos Aires, Editorial Impulso, 1942, pp.11-19; ARANGIO-RUIZ, Vicente. *Historia del Derecho Romano*. Madrid, Editorial Reus, 1994, pp.38-39; ARENDT Hanna, *Da Revolucao*. Brasilia, UNB, 1990, p. 161.

<sup>6</sup> Cf. CRUZ, (note 1), p. 58.

magistrat et le peuple qui vote la *rogatio*, exigeant le concours de deux volontés.<sup>7</sup>

À l'époque républicaine, on recourait à la *lex* (ordre général abstrait et étatique, expression de la *potestas* et de l'*imperium* du peuple) pour: stipuler des traités internationaux, ordonner des provinces et des municipes, résoudre des questions spécifiques du droit constitutionnel et administratif, et établir des normes d'organisation ou de caractère économique et sociale, telle que la *lex Aebutia* (qui a introduit le processus formulaire) ou les lois agraires. Le droit privé et pénal a été très peu touché par les lois; dans le droit privé, la loi n'intervenait que pour éviter des inconvénients sociaux ou pour fixer des normes si précises qu'elles ne pouvaient surgir sous une autre forme, comme la composition des dommages de la *lex Aquilia* ou l'établissement d'un quota exempt de legs dans les héritages, dans le cas de la *lex Falcidia*.<sup>8</sup>

Sous la République, la *lex* votée par les comices avait besoin d'être approuvée et ratifiée par le Sénat, ou, plus précisément, d'être renforcée par l'*aucltoritas patrum*<sup>9</sup>. Étant donné que le Sénat n'était pas un organisme légiférant mais consultatif, cet acte n'était

<sup>7</sup> Cf. BARBAS HOME, Pedro. *Ius e Lex. In: Estudos de Direito Romano*. Lisbonne, AAFDL, 1989, p. 242. Voir aussi: Gaio, I, 3: "La loi est ce que peuple prescrit et établit"; Papiniano, D.I.3: "Loi est précepte commun, décret d'hommes prudents, correction de délits que l'on a commis par volonté ou ignorance, et pacte commun de la république"; Modestino, D.I.3,7: "la vertu de la loi est la suivante: commander, interdire, permettre, punir".

<sup>8</sup> Outre celles qui sont citées, sont de l'époque républicaine: *lex Poetelia de nexis* (326 ou 313 av.J.C.), éliminant la mort et l'esclavage par dettes; *lex Cincia* (204 av.J.C.), sur les donations; *lex Plaetoria* (autour de 200 av. J.C.), sur la validité des affaires juridiques conclus par des mineurs; *lex Atilia* (antérieure à 186 av. J.C.) sur les tutelles; *lex Voconia* et *lex Furia testamentaria* (la première de l'an 169 av. J.C.), qui établissent des limites aux droits de succession des femmes et d'autres limites pour l'acquisition par testament. Il se peut qu'elles datent de la seconde moitié du III<sup>e</sup> siècle av. J.C., et les lois *Publilia*, *Appuleia*, *Furia* y *Cicereia de sponsu*, qui portent sur les cautions. Selon SCHULZ (note 1), pp.27-38 et KUNKEL, Wolfgang. *Derecho Privado Romano*. Madrid, Labor, 1937, pp. 8-9 et ROTONDI, Giovanni. *Leges publicae populi Romani*. Estratto dalla Enciclopedia Giuridica Italiana. Hildesheim, Zurich, New-York: Olms, 1990, *passim*.

<sup>9</sup> Voir, pour cela: BISCARDI, Antonio. *Auctoritas Patrum. Problemi di Storia del Diritto Pubblico Romano*. Naples, Jovene Editore, 1987, *passim*; SCHULZ, (note 1) pp. 32-33; GALLO, Filippo. *L'Officium del Pretore nella Produzione e Applicazione del Diritto*. Turin, Giappichelli Editore, 1997, pp. 42-43; KUNKEL, (note 8), pp. 17-18.

pas exactement un contrôle de constitutionnalité sur la délibération des comices, mais une appréciation sur son mérite, de telle sorte que l'approbation de l'acte revenait au jurisprudent, arbitre du Sénat. Avec les lois *Publilia* et *Menia*, la *patrum auctoritas* s'est transformée en un avis non astreignant. C'est pour cela que les délibérations des comices étaient des actes complexes: elles requéraient la collaboration de trois organismes constitutionnels (magistrature, peuple, Sénat - *rogatio, iussus, auctoritas*): le peuple manifestait sa volonté de façon juridiquement liée, la magistrature constituait le centre moteur de la vie citadine et personnifiait en soi l'essence de la *res publica*. Quant au Sénat, il était la conscience qui guidait et dirigeait, avec sa somme de savoir et de tradition, la volonté du peuple et l'initiative de la magistrature. Le *senatusconsultus* était une manifestation différente, car elle représentait une anticipation du Sénat, un *consilium*: l'approbation suivie du vote populaire, condition indispensable de son efficacité, était une chose; une autre toute différente était la formulation d'un avis non astreignant qui précédait l'exécution d'un ordre du magistrat. Quoiqu'il en soit, les *senatusconsultus* obtinrent une valeur normative à la fin de l'âge républicain, aussi bien pour ce qui touchait au droit public qu'au droit privé, mais leurs interventions en droit privé furent occasionnelles.<sup>10</sup> En conséquence, les territoires centraux du droit privé – contrats, propriété, servitudes, mariage, filiation et héritage – restèrent quasiment absents des lois ou ordres étatiques généraux, étant l'objet de l'art des juristes et de la réception par le comportement.

Dans les temps anciens, les juristes étaient des religieux, les sages de la ville, car dans leurs mains reposaient les connaissances civiles de la collectivité, comme le contrôle social du temps (calendriers, phases lunaires, *dies fasti*, etc.)<sup>11</sup> et avec qui il était

<sup>10</sup> En voici les exemples: le *SC Macedonianum* - interdiction de prêts à des *filifamilias*; *SC Velleianum* - interdiction aux femmes d'*intercedere*; *SC Claudianum* - interdiction de rapports sexuels entre des femmes libres et des esclaves d'autrui; *SC Trebelianum* et *Pegasianum* - sur les fidéicommiss universels; *SC Tertulianum e Orfitianum* - succession *ab intestat* de mères et enfants.

<sup>11</sup> Cf. SCHIAVONE, Aldo. *O Jurista. In: O Homem Romano*. GIARDINA, Andrea (org.). Lisbonne, Editorial Presença, 1992, p. 77. Sur le temps du calendrier de l'être social, Jacques Le Goff affirme qu'il est surtout un objet social et culturel tout en organisant la vie publique et quotidienne. *In: História e Memória (Calendário)*. 3<sup>e</sup>ed., Campinas, Editora da Unicamp, 1994, pp. 485 ssq.



possible de réguler la prononciation du *ius* et les relations entre les groupes familiaux, en se basant sur la mémoire des *mores*. À travers le *responsum*, ils répondaient aux questions des *patres* qui désiraient savoir ce qu'était le *ius* dans des cas particuliers, quelles étaient la conduite et la gestuelle à adopter pour atteindre des fins précises, tant dans les relations interfamiliales que dans celles avec le divin.

À l'époque républicaine, le juriste est devenu le "noble-sage", parce que donner un *responsum* prenait un caractère aristocratique, lié à l'hégémonie de la *nobilitas* patricienne et plébéienne, fruit des luttes sociales des V<sup>ème</sup> et IV<sup>ème</sup> siècles avant Jésus-Christ. De ce changement, est cependant restée ferme l'idée selon laquelle l'interprétation du droit continuait à être une tâche "de celui qui exerce du pouvoir dans la ville".<sup>12</sup> Les *responsa* constituaient le droit vivant de la *civitas*, mais ils n'établissaient pas de règles générales comme le faisait la loi publique.

Dans la Principauté, où l'ancienne législation avait disparu, la formulation de règles générales est devenue l'expression de l'autorité du Sénat (*senatusconsultus*) et du Prince (*constitutiones*),<sup>13</sup> mais sur le plan formel, ces pouvoirs de créer du droit, et surtout celui du Prince, pouvaient être ramenés à la Souveraineté populaire, à travers la fiction de la *lex de imperio*, de telle sorte que l'empereur, investi du *iussu populi* et exerçant ce pouvoir *vice*

<sup>12</sup> SCHIAVONE, (note 11), p. 79.

<sup>13</sup> *Constitutiones* étaient les dispositions impériales, découlant de l'exercice normal des fonctions de magistrature par l'Empereur – premier citoyen, qui se proposait de conduire la vie politique par son autorité personnelle (*auctoritas*) plus que par ses pouvoirs (*potestas*) – et, pour cela même, elles ont atteint dans la pratique juridique et dans la conscience du peuple la même valeur que les lois. Les pouvoirs du Prince correspondaient à sa fonction de magistrat, de sorte que les *Constitutiones*, ayant force de loi, découlaient de son pouvoir juridictionnel, ou de magistrat qui administre la justice. Ses *edicta* avaient la même forme que les édits des autres magistrats; les *decreta* étaient des actes de juridiction (décisions de son *consilium*) et les *rescripta*, consultations sur des cas litigieux. De là, nombre de lois importantes de l'Empereur ont reçu l'assentiment du comice, telles que: *lex Iulia de collegiis*, datant de 21 av. J.C. (sociétés); *leges Iuliae de maritandis ordinis* et *de adulteriis coercendis*, toutes les deux datant de 18 av. J.C. (promotion du mariage et élévation de la moralité); *lex Papia Poppae*, datant de 9 av. J.C.; *leges Iuliae iudiciorum publicorum et privatorum*, datant de 17 av. J.C. (organisation judiciaire); *lex Fufia Caninia* et *lex Aelia Sentia*, datant respectivement de 2 av. J.C. et 4 ap. J.C. (sur la limitation à la manumission d'esclaves); *leges Iuliae de vi publica et privata*, datant de 17 av. J.C. (droit pénal rendu public).

*populi*, ne détenait pas de pouvoir normatif absolu, mais bien discrétionnaire. Formellement, d'ailleurs, *Populus* et Sénat continuaient d'être les titulaires de la souveraineté. Le Prince exerçait donc une fonction (pouvoir-devoir) au nom et dans l'intérêt du peuple, en s'inspirant du critère du *bonum* et *aequum*, à l'image du préteur républicain.<sup>14</sup>

À ses côtés il y avait les jurisconsultes se disputant le monopole de la production juridique, parce qu'à cette époque se produisit la "révolution scientifique", dans laquelle les juristes approfondirent leur autonomie et la vocation technico-spécialiste de leur doctrine, et ils entamèrent un dialogue ininterrompu avec le pouvoir impérial, au point de recevoir une garantie substantielle d'un respect de la jurisprudence dans la hiérarchie des sources de la production du droit.

S'associant au pouvoir politique, dans une étroite collaboration de pouvoir à pouvoir, les juristes, en détenant le *ius respondendi*, finirent par consolider un droit au sein des paramètres de l'utilité et de la certitude. Jusqu'à l'époque post-classique, la jurisprudence souffrit d'une ultime altération de fonctions et de positionnement, la nouvelle configuration du gouvernement et du pouvoir ayant annulé leur autonomie. En outre, toutes les autres sources du droit disparurent, de sorte que la législation de l'empereur devint l'unique source créatrice de *ius*, accumulant, sur sa personne, toute l'autorité et le pouvoir. Le droit finit par s'identifier à la loi.<sup>15</sup>

Les juristes, avec leurs techniques et leur performance en tant que membres des *consilia* des magistrats juridictionnels, développèrent des formulaires pour le procès et pour les affaires juridiques des privés (*cavere*), aidant les magistrats et les parties, mais leur travail principal résidait dans les *responsa*, sur lesquelles le jurisprudent reconnaissait le droit dans chaque cas et déclarait des règles sur le *ius*: s'il y avait ou non *actio*, une interprétation de la loi, d'une formule ou d'un testament. Dès lors, la réception *moribus*, que ce soit par le comportement ou par l'interprétation des jurisprudents, opérait sur des éléments déjà existants – le *ius* était révélé, déclaré. Au juriste incombait de reconnaître l'existence de normes juridiques, et sa tâche consistait à indiquer au magistrat

---

<sup>14</sup> Cf. GALLO, (note 9), pp.40-45.

<sup>15</sup> F. SCHIAVONE, (note 11), p. 82 et BARBAS HOMEM, (note 7), pp. 228-229.

la solution adéquate face au cas concret sur la base des coutumes, des lois, de l'édit et même de l'équité et de la bonne foi. Avec cela, à l'apogée de la jurisprudence classique, ont été développés des modèles d'une rationalité presque sans concepts et abstractions, mais tournée vers un réalisme empirique et un calcul distributif.<sup>16</sup>

La force de chaque *responsum* résidait fondamentalement dans le prestige de son auteur (*auctoritas*) et sur le fait que les juristes appartenaient à la *nobilitas*, de sorte que l'interprétation des jurisprudents ne fut créative de droit que lorsqu'elle fut revêtue de l'*imperium* du magistrat ou du Prince. La valeur de ces réponses n'est devenue univoque qu'avec Hadrien, par le recours à la fiction d'une *communis opinio* qui guidait la jurisprudence officielle, concédée au niveau du *ius respondendi*. Artisans non conscients d'un droit "rationnel" et "formel", pensant pour la première fois en formes abstraites, les juristes se servirent de la méthode dialectique des Grecs pour développer une pratique juridique ou un "art politique", axiologiquement orienté, parce que chaque étape de la production juridique a des valeurs à faire accomplir, à ramener à la vie pratique. Tant il est vrai que durant les premiers siècles de l'Empire, les jurisconsultes finirent par créer la méthode scientifique du droit, se libérèrent du formalisme excessif et parvinrent à des notions générales. De cette façon, le *ius* s'est constitué comme un savoir civil, organisé selon des critères très propres, figurant comme "le vrai *logos* romain"<sup>17</sup>, et marquant à jamais l'histoire de l'Occident.

#### B – La méthode de l'*interpretatio iuris*

La jurisprudence romaine a été "l'art de séparer"<sup>18</sup>, c'est-à-dire de distinguer le droit du non-droit, de délimiter le champ du droit et de réduire l'agencement juridique à un système autonome. Cependant, l'ordre juridique étant fonctionnellement lié à l'ordre social, le plan des obligations extra-juridiques, c'est-à-dire la coutume et la morale, eurent une grande importance dans le monde romain et formèrent le contenu prédominant du mot *officium*.

<sup>16</sup> Cf. CRUZ, (note 1), p.79.

<sup>17</sup> L'expression est de CRUZ (note 1), p. 79.

<sup>18</sup> IHERING, *apud* SCHULZ, (note 1), p. 39.

Depuis la Loi des XII Tables, les Romains ont mis en pratique cette différenciation entre droit et non-droit, mais cela ne s'est pas fait de manière arbitraire; d'abord parce que la nécessité de liberté exigeait une parcimonie dans la création et la reconnaissance des normes. Ensuite parce qu'ils avaient confiance en la richesse et la fermeté des liens extrajuridiques. Et enfin parce qu'ils eurent conscience des limites du droit en excluant certains sujets, comme la position de la personne dans la famille, le mariage (les juristes se taisent sur les coutumes nuptiales romaines et l'on sait seulement que le mariage libre se fondait sur le consentement, absent de formes), le contenu typique des contrats de vente, de louage, de société, et la structure typique des documents de la pratique.

Les liens juridiques qui dérivent de la *pietas*, de la *fides* et de la *reverentia – officium* – ne sont que mentionnés, et la relation génétique du droit avec le monde extrajuridique était fondamentalement exclue de la présentation scientifique du juriste, comme l'exposition du droit du point de vue économique<sup>19</sup>. Le résultat global de cet "isolement" est qu'une jurisprudence classique a été préférentiellement une science du droit privé alors en vigueur dans la ville de Rome et en Italie.

La façon de s'exprimer des juristes donne l'impression d'un droit naturel ayant une validité moins générale que celle prétendue par la philosophie stoïcienne, à savoir "un droit naturel qui reste encadré dans la législation romaine, rendant fermes certains concepts fondamentaux et certaines maximes axiomatiques fondamentales"<sup>20</sup>. Ce que les juristes cherchaient à rencontrer, c'est la règle qui résultait de la nature des choses, de la nature des relations créées par la vie. Ainsi, dans les matières où la législation a eu peu ou pas d'influence, la jurisprudence ne se limite pas à exposer le droit positif, mais elle aspire à l'élaboration d'un droit naturel, en évacuant immédiatement des relations de la vie la *ratio iuris*.

L'*interpretatio prudentium* s'est caractérisée par le fait d'être une activité organique et casuistique de l'ensemble des juristes, car les sources du Droit ne peuvent s'écrire de manière à ce qu'elles comprennent tous les cas qui apparaissent de temps en temps; il

---

<sup>19</sup> SCHULZ, (note 1), pp. 43-44.

<sup>20</sup> SCHULZ, (note 1), p. 55.

suffit qu'elles contiennent ceux qui se produisent ordinairement (D,1.3.10). Savoir casuistique, chaque solution d'un cas pratique se faisait dans la certitude et la volonté que, lorsque ce même cas se produisait à nouveau, il devait y avoir la même solution. Cette méthode peut être décrite de la manière suivante: on examine la solution la plus raisonnable d'un point de vue pratique, selon les circonstances. Ensuite sont évoqués les cas ressemblants, les cas opposés, et on utilise finalement l'argument *ab absurdo*, répétant par là qu'une autre solution ne serait pas raisonnable.<sup>21</sup> Les critères pour trouver la solution la plus raisonnable ont comme fondement le juste équitable et comme fin spécifique l'utilité (D,1.3.25) et l'indulgence (D,1.3.18)<sup>22</sup>.

L'interprétation était orientée vers les exigences du présent, de sorte que cet examen sur la rationalité devenait un examen sur la méthode, une considération critique de la méthode. Alors l'*interpretatio* finissait par avoir une fonction critique du droit tout entier. Le jugement critique était réalisé par la conjugaison de différents faits normatifs entre eux, ainsi que leur harmonisation avec les exigences de la justice et l'utilité présentes dans un cas concret. Quand il examinait attentivement la décision du problème individuel, le juriste finissait par mettre en oeuvre sa liberté critique face à la source du *ius*.

Avec son interprétation, le juriste coordonnait les différents modes de production normative et il donnait à l'applicateur – le magistrat – une directive claire sur la démarche à suivre: le jurisprudent n'était pas un "créateur", dans la mesure où il assistait et aidait la norme au moment où elle se manifestait. Le sens d'un *responsum prudentium* est d'exprimer le contenu d'une règle individuelle que la décision du magistrat rendra obligatoire, et ainsi sa valeur était liée au mode de production du Droit duquel les *responsa* s'inspiraient: loi, coutume, édit, senatusconsulte, etc... À

---

<sup>21</sup>Cf. BARZOTTO, Luiz Fernando. Prudência e Jurisprudência – uma reflexão epistemológica sobre a *jurisprudencia* romana a partir de Aristóteles. *Direito & Justiça*. Vol. 23. Porto Alegre, EDIPUCRS, 2001, pp. 221 et ssq. (*passim*) et BARBAS HOMEM, (note 7).

<sup>22</sup> Cf. HOMEM, (note 7), pp. 225-230. Modestino, D.1.3.25: "Aucune raison de droit ou de bénignité de l'équité admet que nous, par une interprétation plus sévère, conduisons ces choses qui salutairement s'introduisent par l'utilité des hommes à une sévérité contre leur propre avantage" et Celse, D.1.3.18: "Les lois doivent être interprétées avec plus de bénignité afin que leur volonté soit conservée".

mesure que des concepts, figures, règles et principes communs ont été élaborés à travers l'oeuvre des juristes sur les divers faits de production normative, l'*interpretatio* n'a pas été qu'une méthode, mais aussi une substance juridique: le jurisprudent est le créateur de la pratique juridique.

Le processus selon lequel était atteinte la norme partait de l'intuition de chaque jurisprudent, à travers laquelle on arrivait à la décision face à la compréhension immédiate qui ne nécessitait pas d'argumentation pratique. Toutefois, l'efficacité pratique de la décision dépendait toujours de la persuasion que le jurisprudent pouvait obtenir avec sa réponse. La motivation rationnelle est apparue à cause de la *disputatio fori* (D,1.2.2.5) – confrontation entre les jurisprudents et les orateurs dialectiquement préparés -, et à partir de cela, la jurisprudence cessa d'opérer intérieurement à travers le seul recours au précédent doctrinal. Le jurisprudent sort du cercle casuistique (liaison à une opinion consolidée; motivation utilisant une *regula iuris*; utilisation d'une construction jurisprudentielle ; motivation fondée sur une opinion controversée ou singulière) quand il commence à faire appel à d'autres sources normatives qui sont au-delà de sa compétence, telles que la loi, la coutume et l'Édit. Cependant, il retourne au cercle casuistique à travers l'examen topique des faits normatifs et la conciliation avec les modèles rationnels internes d'interprétation, obtenus par les abstractions successives de cas concrets, comme la *regula*, la *definitio*, des concepts guides comme la *bona fides*, *l'animus*, etc... Cette méthode (inductive) permettait une libre mise en question sur les motifs de justice matérielle présents dans les cas, de sorte que le juriste pouvait réunir ces motifs en stricts critères matériels de décision. Avec cela, le discours juridique s'est détaché du problème pour se concentrer sur la règle: du particulier il est passé au général.

Quintus Mucius et Servius ont été les premiers à formuler les règles conclusives abstraites et les formules abstraites, et c'est de cette époque que proviennent la plus grande partie des authentiques règles scolastiques (*regulae veterum*), encore qu'elles soient élémentaires. Si, dans les oeuvres élémentaires d'enseignement de cette époque domine la méthode abstraite, dans les grandes oeuvres des jurisconsultes – les commentaires sur l'Édit ou les *libri iuris civilis* de Sabinus (en particulier les Digestes de

Julien), les *libri ad Edictum* et *ad Sabinium* de Pomponius, de Paul et d'Ulpien -, ressort la méthode casuistique. C'est-à-dire que la présentation s'épuise dans une série de cas égaux où la règle de droit trouve son expression sans être formulée abstraitement. Ainsi les principes résultaient de la casuistique exposée, mais ils n'étaient pas énoncés. D'où vient selon Schultz<sup>23</sup>, le dernier titre du Digeste contenant les *regulae iuris* considéré comme "un monument de la jurisprudence régulière post-classique byzantine".

### C - L'édit et les formules procédurales

La formulation du *ius civile* romain ne devint complète que lorsque surgit une troisième source de production du *ius*, à côté de la loi et de la jurisprudence: l'édit du préteur, mettant en lumière le fondement commun sur lequel reposaient les deux premières: le consentement populaire. Le préteur, magistrat possédant une parcelle de l'*imperium* de la *res publica* – la *iurisdictio* -, se trouvait dans la situation de dépasser les limites de l'agencement juridique existant et, ainsi, de passer au champ de la libre création.<sup>24</sup>

*Iurisdictio* (*ius dicere*) indiquait, dans le cadre de la procédure civile ordinaire, l'autorité pour décider, dans un cas concret, s'il était permis à quelqu'un de soumettre sa demande devant un juge. Fonction étatique, elle s'octroyait à un magistrat (au préteur urbain ou pérégrin, gouverneur de province, édiles curules et questeurs). À partir de la distinction entre *iurisdictio* et *iudicatio*, du point de vue procédural, le préteur était une sorte d'arbitre, dans la mesure où il ne dirigeait pas, comme le juge moderne, tout le procès jusqu'à la sentence: sa mission était de constituer un tribunal arbitral (ou d'indiquer, en lien avec les parties, le juge) et de rencontrer un processus adéquat qui aboutissait à une formule. De son arbitrage dépendait l'admission de la demande, de sorte que s'il la refusait le tribunal ne se constituait pas et le demandeur restait sans protection judiciaire. Ce n'est que grâce à son attachement à la tradition et à l'ordre constitué que les possibilités s'offrant à la juridiction du magistrat n'ont pas dégénéré en arbitraire pur, car il ne créait un

---

<sup>23</sup> Cf. SCHULZ, p. 73.

<sup>24</sup> Cf. KUNKEL, (note 8), p. 11.

nouveau droit que lorsque la situation l'exigeait. En outre, il se limitait aux solutions du droit en vigueur.

L'édit était une sorte de programme officiel des magistrats; avec lui le magistrat s'adressait au peuple en indiquant les actions de loi qui le protégeraient, les situations de fait qui lui donneraient une tutelle juridique (protection), les situations qu'il n'accepterait pas (dénégation d'actions), les ordres relatifs à l'ordre et à la paix publics, découlant exclusivement de son *imperium* – les interdits –, ainsi que les mesures politiques et administratives pour la vie quotidienne. Aussi l'édit était-il une espèce de compendium des normes juridiques, et comme il était annuel, chaque année il se renouvait et modifiait la norme juridique. Ce que l'on nommait la partie ancienne (transférée) était ce que le nouveau préteur prétendait maintenir, et la partie nouvelle comprenait les changements et les ajouts. Parce qu'il émane de l'*imperium* et des *potestas* du magistrat, qui en dernière instance se rattachaient à la souveraineté populaire, l'édit a aussi pu s'appeler *lex annua*. Une innovation judiciaire d'un préteur est répétée et devient *ius honorarium* à travers l'Édit, et finalement elle est reçue par le *ius civile*, comme dans le cas des contrats consensuels. Par conséquent, l'Édit n'était pas un code de procédure civile de l'empire, comme l'affirma Brinz<sup>25</sup>, parce qu'il ne contenait pas proprement le droit civil, ni le code des actions, mais seulement ce qui se rapportait à l'*officium* des préteurs, qu'ils soient urbains ou pérégrins. Selon Lenel, l'Édit contenait quatre divisions capitales avec appendices: la partie préliminaire, ayant pour objet de régler et d'assurer le déroulement du procès jusqu'à l'organisation du *iudicium*, c'est-à-dire la garantie et la réglementation du pouvoir juridictionnel lui-même; la seconde partie où apparaissent des moyens de droit découlant de la loi, avec de nombreux sous-titres; la troisième partie, divisée à son tour, présente des moyens de droit émanant de l'empire; et enfin la quatrième partie, traitant de l'exécution et du recours en cassation. Quant aux appendices, ils sont aussi au nombre de quatre et font référence aux interdits, aux exceptions, aux stipulations prétoriennes et à l'édit des édiles.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> Cf. LENEL, Otto. *Essai de reconstitution de l'édit perpétuel*. T.I., Paris, Librairie Edouard Duchemin, 1975, p. 11 et CRUZ, (note 1), p. 339 et ssq.

<sup>26</sup> Cf. LENEL, (note 26), pp. 32-54.



Si l'Édit contenait des préventions du magistrat, des interdictions, des mandats ou des formules procédurales, la tutelle juridique offerte était diverse, et pourrait se résumer ainsi: dans certains cas, ladite tutelle se limitait à rendre effectif le droit préexistant (légal ou coutumier), en établissant une formule pour l'action; dans d'autres cas, la formule était précédée d'une déclaration de protections. Avec l'expansion de Rome à travers le commerce maritime et l'industrie, la relation avec les étrangers (pérégrins) s'agrandit, et ils sont alors protégés par un préteur particulier, le préteur pérégrin. Sous le règne d'Hadrien, dans les années 130, l'édit fut réuni et organisé (Édit Perpétuel). Le moyen principal pour arriver à déterminer l'ordre selon lequel étaient organisées les matières dans l'Édit, nous est fourni, grâce à leurs inscriptions, par les fragments insérés dans le Digeste, des ouvrages auxquels le plan de l'Édit sert de base; fragments des *libri ad edictum pratoris* et *aedilium curulium* d'Ulpien et de Paul et par ceux des *libri ad edictum provinciale* de Gaius.<sup>27</sup> Néanmoins, les magistrats juridictionnels étaient très souvent des jeunes sans expérience, ayant été élus plus pour leurs choix politiques et personnels que pour leurs capacités techniques (connaissance du *ius civile* ou des *mores*); pour cela ils comptaient toujours sur l'aide de vrais experts, les jurisconsultes, qui finirent par construire un nouveau droit avec leur technique: la jurisprudence.

## II LA FORMULATION, L'INTERPRÉTATION ET L'APPLICATION DU DROIT À TRAVERS L'*OFFICIUM* DU PRÉTEUR ET L'*ARS* DES JURISCONSULTES

Le discours scientifique du juriste romain était à double face: celle de la règle et celle du cas concret, si bien qu'il faisait des abstractions successives du cas concret jusqu'à arriver au domaine de prévision d'une norme.<sup>28</sup> Dans la première phase, seule l'*inventio* des juristes a pu dépasser les données du droit posé à

<sup>27</sup> Voir, pour cela, LENEL, (note 26), p. 1. Cf. Sebastião Cruz, si le *ius civile* s'appuyait sur les anciennes institutions familiales et sur le concept de *potestas*, l'Édit s'appuyait sur le concept d'*obligatio*, expression d'un *vinculum iuris* qui se concrétise dans l'action (note 1), p. 349.

<sup>28</sup> Cf. BARZOTTO, (note 22), pp. 221 et ssq. et SCHULZ, (note 1), pp.61-62.

travers l'invocation de l'équité ou de la bonne foi, mais l'invention elle-même se montre déjà sous le signe de la question concrète. Cela parce que si un savoir peut être *sapientia* (connaissance abstraite), *prudentia* (savoir-agir) et *ars* (savoir-faire), pour les juristes romains le droit était fondamentalement *prudentia* et *ars*.<sup>29</sup>

#### A - Le *ius* est une *prudentia* et un *ars*

Comme savoir juridique, le droit est une prudence et une technique secondaire et subordonnée (*ars*). Comme science il dit ce qui est juste et ce qui est injuste (*sapientia*), et comment atteindre le juste et éviter l'injuste (*ars*). Savoir complexe, il tend à l'action, à l'*honestum*, et pour cela il est *prudentia* (*phronesis*): le *prudens* est celui qui, présupposant la vérité des choses (*sapiens*), voit les choses sous leur aspect estimatif, utiles à l'homme et à la communauté. De là vient que la *iurisprudencia* est science de valeurs, car la *sapientia* reçoit la lumière de présupposés et vérités fondamentales.<sup>30</sup>

Comme technique (*ars*), le droit est un savoir réalisable, il est le "faire du savoir"<sup>31</sup>; ainsi posé, l'accent est mis sur l'aspect production, interprétation et application, c'est-à-dire sur l'aspect dynamique de ce savoir.<sup>32</sup>

Étant donné que le droit n'existe pas dans la réalité naturelle, il est – au même titre que le langage – une création humaine dirigée vers des finalités pratiques; il garantit à la communauté humaine les conditions de cohabitation (institution ou ordre) et il est continuellement modifié par l'activité interprétative et applicative; de là émergent des techniques et des règles qui en assurent une production, une interprétation et une application correctes. Dans la définition de Celse – *ius est ars boni et aequi* –, contenue dans le fragment d'Ulpien (D,1.1), l'aspect *ars* est mis en évidence comme une activité avec des techniques et des règles dirigées vers une finalité ou un ensemble de finalités, parce que le juriste aurait utilisé l'expression *sapientia* ou *prudentia* au lieu de *ars*. Par

<sup>29</sup> Cf. Cruz, (note 1), p. 283.

<sup>30</sup> Cf. CRUZ, (note 1), p. 283 et ssq. et BARZOTTO, (note 22), *passim*.

<sup>31</sup> CRUZ, (note 1), p. 283.

<sup>32</sup> Voir GALLO, (note 9), p. 226.

conséquent, le *ius* est le fruit de l'homme (*artificialis*), en opposition à la nature (*naturalis*), parce qu'il crée le nouveau. Ainsi, en considérant l'expérience comme une intégralité, le *ius* est une activité créative des jurisconsultes (qui ont l'*auctoritas*) par le truchement des actes politiques (*imperium* et la *potestas*) des magistrats.

La vision du *ius* comme *ars* comprend tout ce qu'il est nécessaire d'apprendre, de savoir et de faire au regard de la production, de l'interprétation ou de l'application du droit; c'est pourquoi l'*interpretatio iuris* est un labeur constitutif et explicatif.<sup>33</sup> L'art qu'est le droit a pour but de découvrir l'honnête, l'utile et l'opportun dans la cohabitation sociale; en d'autres termes il se destine à atteindre certaines choses et à en éviter d'autres, et de cette façon sont mis en évidence ses aspects scientifique et technique. Comme science, le droit se destine à savoir ce qui est juste ou non, et comme art il cherche à savoir comment atteindre le juste pour éviter l'injuste: à savoir comment obtenir pour les individus et la communauté l'utilité maximale compatible avec la cohabitation. Pour cela, sur le chemin de l'enseignement tracé par Celse – qui relève l'aspect substantiel –, *leius* est un art tourné vers l'individualisation et la réalisation du *bonum et aequum*.<sup>34</sup>

Pourtant, qu'est-ce que le *bonum et aequum* ? On en déduit avec le texte celsien que *aequum* est égalité (champ d'action) et justice (fin ultime), de sorte que le droit – de par la mise en oeuvre de l'égalité –, tend vers la justice. Cette égalité est juridique ou proportionnelle (à situations égales correspondent des traitements égaux, et à situations inégales des traitements inégaux), et elle doit être le critère fondamental instigateur de toutes les normes. Cela se confirme par l'utilisation du terme *iniquitas*, car la mesure inique est celle qui dépasse la limite de la tolérance à l'inégalité.<sup>35</sup> Le *bonum* associé à l'*aequum* exprime l'élément distinctif de l'art qu'est le *ius* et l'*honestum* (licite), l'utile, de sorte que l'art est de préparer dans la production, l'interprétation et l'application la

---

<sup>33</sup> Voir Celso, D,1,3,24: "Est contraire au droit de juger ou de répondre sur la base d'une petite partie de la loi, sans avoir examiné attentivement toute la loi."

<sup>34</sup> Cf. GALLO, (note 9), p. 240.

<sup>35</sup> GALLO, (nota 9), p. 247.

solution correcte, au vu des critères de respect de l'égalité. Sur cette base, l'art des juriconsultes n'est pas formaliste, car ils ne faisaient pas prévaloir la logique de l'abstraction.

Inclure le *ius* dans le genre *ars* évoque la donnée selon laquelle le droit constitua historiquement un produit humain. On met ainsi en relief l'exigence de l'apprentissage et de l'application des règles et techniques de sa production, mais toujours en ce qui concerne son interprétation et son application; on souligne également la responsabilité des hommes pour l'Etat de droit en lien avec sa période productive et applicative. Si c'est de l'art, on n'utilise pas seulement la raison, mais aussi la mémoire, l'intuition et le sentiment, en somme la tradition. Ainsi dit, ce qui distingue le *ius* du genre *ars* est la note différentielle "*bonum et aequum*", c'est-à-dire son objet, de sorte que ce qui est décisif c'est la substance, l'adéquation à l'objet et à la finalité.<sup>36</sup>

Si la science pratique (*prudentia*) et la technique (*ars*) se complètent, l'art est le moyen d'appliquer et de communiquer la science; il est l'aspect pratique de la science et il doit présupposer la reconnaissance sans discussion (*notitia*) des vérités divines et humaines<sup>37</sup>, c'est-à-dire la reconnaissance des présupposés d'ordre théologique (*res divinae*) et philosophique (*res humanae*) qui éclairent la vie d'un peuple. C'est pour cette raison que la philosophie utilisée par les juriconsultes était plus pragmatique et morale que spéculative.

Guidée par un sens pratique et par la simplicité des juristes, la jurisprudence classique a exprimé une parcimonie énergique dans la création et l'utilisation des institutions juridiques, de façon qu'une seule institution servait à des fins très distinctes, et que des relations sociales différentes étaient sujettes au même régime juridique. Ainsi, c'est à travers l'oeuvre minimaliste des juriconsultes et les comportements sociaux que les figures juridiques existantes se sont étendues à d'autres supposés de fait, en créant par cette voie, de nouvelles figures commerciales et des institutions juridiques.

---

<sup>36</sup> Cf. GALLO, (note 9), pp. 262 et ssq.

<sup>37</sup> Cf. CRUZ, (note 1), pp. 285-286.

B – L'EXTENSION DU *IUS CIVILE* AUX ÉTRANGERS À TRAVERS L'*OFFICIUM* DU PRÊTEUR

Les Romains ont eu conscience de la supériorité de leur *ius civile*, mais s'y trouvent des institutions qui se considéraient globalement valides pour tous les peuples liés à Rome, car elles se fondaient, beaucoup plus que sur la forme, sur le principe de la *fides*, vocable de la langue latine qui signifie au sens religieux "foi", "confiance", et dans le langage du droit "loyauté envers la parole donnée".<sup>38</sup>

Idée centrale de la pensée juridique et politique de Rome, *fides* est la vertu du plus puissant; de là vient l'exclamation "*pro deum fidem*", qui indique la protection des dieux. Cette signification a été conservée dans le langage de l'Église, avec aussi le sens de "crédo".<sup>39</sup> Dans le langage du droit, le sens du mot s'est élargi à "lien solennel", "garantie donnée", "bonne foi", "loyauté", "fidélité à la parole donnée", et "confiance". De là les dérivés, tels que *fideicomissum*, *fideipromissor*, tous ayant un sens résiduel de "confiance", "garantie". Ainsi, ce qui ressort de l'expression c'est l'aspect "fidélité", sujétion à la parole donnée, le fait de se sentir lié aux propres déclarations. La *fides romana* constituait également la fermeté de Rome par rapport à ses alliés, d'où *foedus* (*aliança*), *fides tutoris*, etc. Pour les Romains, être fidèle était un principe vital<sup>40</sup> et l'un des aspects de la *constantia* (vertu centrale de l'homme).

Le droit romain doit certaines caractéristiques particulières à l'origine de la *fides*, comme la reconnaissance immédiate des affaires juridiques non solennelles du fait précisément que la *fides* atteint ce que la force non astreignante n'atteint pas. À l'époque républicaine surgirent les contrats consensuels comme la vente, le louage, la société, le mandat, ainsi que les contrats réels non solennels, comme le mutuel, le dépôt et le commodat, tous étant des actions en bonne foi (*bonae fidei indicia*). L'existence de pactes prétoriens pourvus d'action est aussi dûe au principe de la *fides*, telles que le *constitutum*, le *receptum argentarii*, *arbitrii*, *nautarum*

---

<sup>38</sup> Cf. D'ORS, (note 1), p. 31.

<sup>39</sup> ERNOUT - MEILLET, (note 19), p. 233 et D'ORS, (note 1), pp. 31-32.

<sup>40</sup> SCHULZ, (note 1), p. 244.

*cauponum stabulariorum*. De la même manière, la remise non solennelle de *res nec Mancipi*, le gage, le début non solennel du mariage (mariage libre) et le fidéicommiss (admis et accepté *inter vivos*) obligeaient le fiduciaire à la fidélité, à maintenir sa parole. En ce qui concerne ce dernier, ce n'est qu'à l'époque d'Auguste qu'il se transforma en une obligation juridique (*Institutas*, II, 23).

Avec l'oeuvre des jurisconsultes, des prêteurs et des comportements des citoyens, l'époque classique a vu s'amplifier le cercle des affaires non solennelles, de sorte que la *mancipatio* et l'*in iure cessio* tombèrent en désuétude avant d'être finalement abolies. À la même période, la stipulation devint un contrat – oral ou écrit – entre personnes présentes, avec la principale caractéristique de la *fides*: du contrat obligatoire valide naît un lien rigide qui ne peut être rompu. C'est pour cela, signale Schulz<sup>41</sup>, que le problème de l'efficacité astreignante de l'offre ne s'est jamais posé aux Romains, car même si le contrat entre absents était connu, il n'était pas fréquent: pour conclure une affaire on recourait aux esclaves, aux affranchis et aux amis. Face à la force obligatoire des contrats, résultant de la *fides*, le droit romain n'a pas connu le droit facultatif de dissoudre le contrat pour non-respect, à l'exception du mandat.

Pour les contrats valides, les premières manifestations de la *bona fides* concernent la clause formulaire *ex fide bona* contenue dans les *bonae fidei iudicia* qui obligeaient le juge à prendre en compte les conventions secondaires; et ce dans les cas où les parties dans un contrat de vente pouvaient prétendre que soit faite la contre-prestation seulement au moment de sa prestation; ou bien encore si dans le procès fondé sur la stipulation l'*exceptio doli* permettait de prendre en compte le *pactum de non petendo* dénué de formes. Cela se passait ainsi car les *bonae fidei iudicium* étaient des procédés dont le juge devait prononcer une sentence selon les règles de la bonne foi. Pour ce faire, on introduisait dans l'*intentio* de la formule une clause spéciale, ouverte, autorisant le juge à prendre en compte les us et coutumes du trafic commercial. En résumé, le juge devait agir selon les exigences de la bonne foi.

Le sens originnaire de l'*iudicium bonae fidei* était celui selon lequel le juge devait décider d'après la bonne foi et non *ex iure*

---

<sup>41</sup> SCHULZ, (note 1), p. 246.

*Quiritum*. Par exemple, à l'époque où fut créée la formule *venditi*, le contrat informel d'achat et de vente n'était pas encore reconnu par le *ius civile*, de sorte que l'*actio venditi* ne pouvait se baser que sur la bonne foi et non sur le droit civil. À l'époque classique, période de reconnaissance par *leius civile* du contrat non-formel de vente, la signification de la clause *ex fide bona* changea pour déterminer la mesure et la portée de l'exécution du contrat, et non plus pour constituer la base de l'action, comme dans le régime antérieur.

L'Édit Perpétuel contient une partie où sont listées les *bonae fidei iudicia*, mais cette liste n'est pas complète. Dans le texte reconstitué par Lenel et dans celui contenu dans le fragment 1 d'Ulpien, Titre III du Digeste, par exemple, figure l'action de dépôt, directe ou contraire ainsi prévue par le préteur: "Par ce qui a été déposé, si ce n'est en cas de tumulte, incendie ou naufrage, je donnerai une action contre le dépositaire au simple; mais si le dépôt s'est fait dans ces circonstances, je donnerai une action en double contre lui-même et contre son héritier, si l'on apprend qu'il a agi dolosivement, au simple; mais en cas de dol de l'héritier, au double"<sup>42</sup>.

L'Édit contenait aussi l'*actio fiduciae*, qui fonctionnait comme *actio directa* et comme *actio contraria*. Par rapport à la formule de cette action, on sait seulement qu'elle contenait la clause caractéristique "*ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*" qui, légèrement modifiée, était aussi applicable à la *fiducia cum amico contracta*<sup>43</sup>; le mandat, dont la formule comprenait clairement les expressions *dare facere oportet ex fide bona*<sup>44</sup>; la société, qui admettait l'héritier de l'associé comme demandeur, ainsi qu'il transparaît dans la formule commentée par Ulpien: *verbis*: "*in heredem... socii proponitur actio, ut bonam fidem praestet*"<sup>45</sup>; la vente, la location, et l'action estimatoire.

Par rapport à cette dernière, Lenel affirme que dans ce cas, le préteur avait donné "un exemple de la manière dont on pouvait traiter, du point de vue de la procédure, les contrats qui n'entraient

<sup>42</sup> Cf. LENEL, (note 26), pp. 1-5 et ULPiano, D. 16,3,1,1.

<sup>43</sup> Lenel affirme que le terme *pignori*, rencontré dans le Digeste (13,6), a été probablement altéré, (note 26), pp. 7-8.

<sup>44</sup> Cf. LENEL, (note 26), p. 10.

<sup>45</sup> Cf. LENEL, (note 26), pp. 12 et ssq.

dans aucun des cadres habituels; il est assez naturel que les jurisconsultes se soient accoutumés à considérer comme posant un principe général cette action proposée pour un cas particulier.”<sup>46</sup>

Gaius présente également une liste qui se prétend exhaustive, ce dont on doute: “Les jugements de bonne foi sont les suivants: ceux afférents à la vente, à la location, à la gestion d’affaires, au mandat, au dépôt, à la fiducie, à la société, à la tutelle, au patrimoine de la femme mariée.” (4,62).<sup>47</sup> Comme on peut le voir, dans cette liste sont incluses des actions qui ne figuraient pas comme *bonae fidei iudicia* au sens strict dans l’Édit reconstitué, telle que l’action de tutelle ou l’action de restitution de la dot de l’épouse.

En résumé, les jugements qui n’étaient pas *bonae fidei iudicia* n’avaient pas cette dénomination commune, car pour nombre d’entre eux se produisait aussi la *bona fides* dans la même mesure que dans les *bonae fidei iudicia* proprement dits.

Le juge pouvait interpréter discrétionnairement la clause *ex fide bona*, mais en général il restait astreint à la tradition, c’est-à-dire qu’il adoptait la doctrine juridique établie. Dans la doctrine des sources du droit, le principe de la *fides* impliquait deux règles: a) que le magistrat était lié à son édit (qu’il avait écrit) et, b) que les normes juridiques n’avaient pas d’efficacité rétroactive. C’est de là que la violation de la *fides* par les magistrats pourrait avoir pour sanction l’*intercessio*; dans le second cas, et de manière exceptionnelle, les normes juridiques – qu’elles viennent de l’édit, des lois ou des constitutions – rétroagissaient, comme par exemple en matière procédurale dans le cadre pénal.<sup>48</sup>

L’expression *bona fides* avait aussi le sens d’honnêteté, étant donné que dans la mentalité romaine foi et honnêteté étaient très proches. À partir de là, répondre de bonne foi signifie non seulement tenir parole mais aussi “avoir un comportement qui réponde à la coutume des gens honnêtes, accomplir le propre comportement par rapport aux us commerciaux”.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> LENEL, (note 26), pp. 16-17.

<sup>47</sup> Gaio, (note 2), p. 157.

<sup>48</sup> Cf. SCHULZ, (note 1), p. 251.

<sup>49</sup> SCHULZ, (note 1), p. 248.



Sur le plan extrajuridique, la *fides* a aussi agi sur la vie romaine, car les relations durables de fidélité étaient nombreuses, comme par exemple la relation entre patron et affranchi, qui comportait les obligations de *reverentia* et d'*obsequium*, ou la relation d'une communauté entière avec un patron. Dans ces cas, la réaction de fidélité était transmissible et obligeait à une aide réciproque. Le traité d'hospitalité – *hospitium* –, pouvant être constitué entre individus ou entre communautés, était également une manifestation de la *fides* romaine. La finalité principale de ce traité était l'attention donnée à l'hôte, mais cela pouvait s'étendre à la gestion des affaires ou à la tutelle judiciaire. En conséquence, par cette voie, certains des droits exclusifs des citoyens s'étendaient aux étrangers.

Les relations d'amitié privée créaient aussi des relations durables de fidélité et elles se projetaient dans la vie juridique. Il suffit de voir l'importance des affaires telles que le mandat et la gestion d'affaires, qui figurent parmi les institutions juridiques les plus importantes. Le poids des relations de fidélité explique encore que les garanties personnelles prévalurent sur les garanties réelles, tout comme la fréquence avec laquelle le droit romain recourait aux cautions. De plus, est mise en avant la présentation obligatoire des garanties personnelles – *praedes pradiaque* – dans les contrats avec les censeurs et l'institution du *concilium*, qui ne peut être concevable "sans un cercle d'amis et de patrons à qui l'on peut confier d'importantes charges d'affaires, eux-mêmes espérant être appelés pour cela".<sup>50</sup> Pour ces raisons, la notion de *fides* est une idée fondatrice de tout l'agencement juridique romain, car ce n'est qu'à travers des relations de fidélité que beaucoup de règles deviennent compréhensibles.

### C – *Ius Gentium* et *Ius Naturale*

L'équilibre entre les exigences sociales et la structure juridique commença à se rompre au cours du troisième siècle av. J.C., avec l'expansion de Rome qui passa d'une ville pastorale et guerrière à une puissance méditerranéenne. Se renforcèrent, à côté du

---

<sup>50</sup> SCHULZ, (note 1), p. 256.

*latifundium*, les activités commerciales et financières, la substitution du travail servile au profit du travail libre, le luxe, la circulation de la richesse et en conséquence le changement des coutumes.

Les nouveaux besoins et les nouvelles valeurs sociales découlant du développement du commerce maritime et terrestre, ainsi que les nouvelles et plus intenses activités non-agricoles (minières, artisanales, industrielles ou financières), n'entraînèrent cependant aucune réforme radicale du *ius civile*. Pour satisfaire ces besoins et respecter ces valeurs, de nouvelles branches et de nouveaux ensembles ont été créés, c'est-à-dire des règles, des principes, des solutions: le *ius gentium* et le *ius honorarium* ou *praetorium*. C'est pour cette raison qu'en 242 av. J.C. les Romains introduisirent, à côté du préteur urbain, le préteur pérégrin. Celui-ci était investi de juridiction par l'assemblée populaire et sa fonction était "*ius dicere*" dans les différends entre pérégrins ou entre Romains et pérégrins (D,1.2.2.28).

Bien que le principe de la personnalité du droit soit en vigueur à Rome, le *ius civile* (droit romain substantiel et procédural) n'était pas applicable immédiatement aux relations entre pérégrins. En principe, le non-Romain à Rome ne bénéficiait d'aucun droit s'il ne possédait l'*hospitium* – droit d'hospitalité découlant de la *fides*. Étant donné que les relations d'hospitalité pouvaient s'établir de façon particulière entre étrangers et citoyens ou entre municipes, cette seconde forme d'*hospitium* fut pour Rome la base principale de l'avancée des relations internationales.

Moyennant un traité de commerce ou d'amitié, il était possible de reconnaître aux citoyens de pays étrangers la capacité de réaliser des affaires juridiques et de défendre leurs droits devant les Tribunaux romains. Ainsi, dans certains cas l'étranger était l'égal du citoyen romain au niveau de la sphère patrimoniale, car le *ius commercii* lui était accordé et on lui permettait le consortium matrimonial (*ius conubii, conubium*). Dans ces circonstances hautement spéciales, le préteur pérégrin utilisait le système de la *legis actiones* pour résoudre la controverse à travers l'utilisation de la *fictio civitatis*, surtout dans le cadre des délits privés. En ce sens, le témoignage de Gaius (4,37) est explicatif:

De même, on fait qu'un étranger a la nationalité romaine s'il est demandeur ou défendeur dans une action ouverte par nos lois, à la condition qu'il soit juste d'étendre cette action à l'étranger. Par

exemple s'il est demandeur ou défendeur en matière de vol. On débute ainsi dans la formule: "Qu'il y ait un juge. S'il apparaît que c'est avec l'aide et sur conseil de Diron, fils d'Hermès, qu'il a été volé une patère d'or, motif pour lequel, s'il était citoyen romain, il conviendrait de composer avec le voleur, etc...". De même si un étranger actionne en matière de vol, on lui suppose la nationalité romaine. Semblablement, si un étranger est demandeur ou défendeur dans une action en indemnité pour dommages de la loi Aquilia, on donne l'instance en lui supposant la nationalité romaine.<sup>51</sup>

Pourtant, une telle égalité ne s'est pas étendue à tous les étrangers. C'est pourquoi le commerce juridique avec les non-privilegiés était l'objet d'une réglementation spéciale par des traités et il était régi par des normes coutumières formées dans la pratique du commerce international et par la tutelle des étrangers. Dans ce second cas, la voie choisie par le préteur pérégrin était en étroite relation avec la situation juridique de l'acte et la finalité même de la juridiction. Dans le système des *legis actiones*, la phase *in iure* de la procédure était rigoureusement disciplinée. Mais dans les causes entre étrangers, vu que le système dual persistait, on a dû inventer la modalité de la procédure *in iure*, de sorte que, en cas d'absence de prévision juridique, un accord entre les parties en litige était nécessaire. Et dans cet accord, le *iudicium dare* de la part du magistrat s'accompagnait du *iudicium dictare et accipere* des parties. L'exemple en est la formule de l'*actio ex empto*, où s'individualise le nom du juge, l'indication du commerce juridique déduit en jugement, la limitation de la controverse, la prétention alléguée par l'auteur et l'attribution au juge du pouvoir de condamner ou d'absoudre la controverse.<sup>52</sup>

Ce système d'extension de la tutelle procédurale aux étrangers s'est rapidement développé grâce aux juristes qui accompagnaient et soutenaient le travail des magistrats. Pour les cas les plus fréquents, les juristes créaient des formules typiques, provenant de

---

<sup>51</sup> Gaio, (note 2), p. 149.

<sup>52</sup> Ticio soyez juge. Une fois que AA a acheté l'esclave en question de NN, ce dont il s'agit, étant vérifié tout ce que NN a dû donner ou faire, selon la bonne foi, dans la confrontation avec AA, pour autant le juge condamne NN en faveur de AA; si cela n'aboutit pas, absolvez. Cf. GALLO, (note 9), pp. 31 et ssq.

figures commerciales déjà connues, comme l'*emptio*, la *venditio*, la *locatio*, la *societas*, etc, qui valaient parce que le préteur introduisait dans l'édit une clause de *pactis conventis* promettant de donner à chaque pacte une tutelle adéquate, tant *inter civiles* qu'*inter peregrinos*.

Les figures commerciales créées dans la juridiction entre étrangers finirent par s'appeler *ius gentium*, mais au départ cette dénomination n'indiquait pas l'abstraction conceptuelle élaborée ensuite. De là vient le premier sens de *ius gentium* qui soit concret, pratique: selon le droit romain, les figures commerciales pratiquées entre Romains ou entre Romains et pérégrins appartenaient à le *ius gentium*.. Pour cette raison, le *ius gentium* ne représentait pas une entité opposée ou séparée du *ius civile*. Entre eux, il y avait des différences, mais le premier faisait partie du second, c'est-à-dire que le *ius gentium* était précisément la partie du *ius civile* qui s'appliquait aussi *inter peregrinos*.<sup>53</sup>

Ainsi, le *ius gentium*, en substance, procédait du même droit romain et il n'était pas distinct de celui en vigueur pour les citoyens romains; de ce dernier il se différenciait, en terme général, par le fait qu'il n'était pas aussi formaliste que celui qui était en vigueur pour les citoyens. Certaines institutions comme la *mancipatio* et l'*in iure cessio* n'ont pas été étendus aux étrangers et cela se comprend dans la mesure où dans les formules de ces *negotia* figurait l'expression *ius Quiritum*, qui les restreignait aux seuls citoyens romains. Au contraire, la *stipulatio* fut largement pratiquée entre les pérégrins, avec une petite variation dans la formule: au lieu d'employer le verbe *spondere* on en utilisait d'autres, comme *promittis ? promitto; dabis ? dabo*, etc. La reconnaissance de la *stipulatio* sous une forme diverse de celle exprimée dans le verbe *spondere* fut aussi l'oeuvre de la réception *moribus*, c'est-à-dire du comportement des citoyens. De là, la stipulation et la garantie furent adaptées au commerce avec les étrangers moyennant la substitution de formules utilisées entre citoyens par d'autres qu'ils pouvaient employer d'une manière valide.<sup>54</sup> En somme, à travers l'oeuvre créative des préteurs, des jurisconsultes et le comportement des citoyens ont surgi de

---

<sup>53</sup> Cf. GALLO, (note 9), p. 33.

<sup>54</sup> Cf. GALLO, (note 9), p. 34 et KUNKEL, (note 8), p. 83.

nombreuses figures commerciales comme l'emprunt simple, libre de formalités, à la place de l'emprunt solennel *per aes et libram*; ou encore l'échange simple de marchandise et de prix, au lieu de la vente par mancipation, et le gage manuel (*pignus*) au lieu de la transmission formelle de la chose pour la garantie du créancier (*fiducia cum creditore*).

Ainsi constitué, le *ius gentium* fut donc le résultat de la réunion d'éléments d'origine diverse. Il était en partie droit commun aux peuples anciens de la Méditerranée et de l'Orient voisin, comme par exemple celui qui reconnaissait comme sources d'esclavage l'emprisonnement pendant la guerre et le sujet né d'une mère esclave; ou celui qui, en guise de droit international, réglait certains aspects des relations entre communautés organisées (*regna, nazione, civitates*). Il provenait aussi et surtout des usages du commerce maritime et terrestre entre Romains et étrangers, usages conformes aux critères éthico-sociaux comme ceux de la *fides* ou de la *fides bona*. Ont contribué également les institutions romaines rendues accessibles aux étrangers (comme c'est le cas principalement de la *stipulatio*). Enfin, certaines institutions juridiques étrangères furent accueillies, comme c'est surtout le cas du *foenus nauticum* ou *pecunia traiectica* (emprunts à des navigateurs entrepreneurs, avec l'assomption des risques de navigation moyennant la compensation par des intérêts adéquats). De tels éléments, essentiellement grâce aux juristes, se fondirent dans la notion unitaire du *ius gentium* en tant que droit authentiquement romain, avec comme dénominateur commun l'applicabilité aux Romains comme aux étrangers.<sup>55</sup>

Libre de formalités, régulateur du commerce, s'appliquant aussi bien entre citoyens romains que face à l'étranger, le *ius gentium* n'était pas à proprement parler un droit universel supranational, mais un droit national romain, et non spécial pour réguler les relations avec les non-romains. Droit typiquement romain, il était en vigueur entre les citoyens et était aussi accessible à l'étranger sans *commercium*. Au troisième siècle, par exemple, il n'était pas appliqué à Athènes, ni en Égypte, ni en Gaule ni en Espagne: il était uniquement appliqué par le préteur (urbain et pérégrin) au

---

<sup>55</sup> PUGLIESE, Giovanni. *Istituzioni di Diritto Romano*. 3e ed. Turin, Giappichelli, p. 40.

niveau de sa juridiction. Donc sa production était romaine, tout comme sa configuration et son application: les sujets destinataires pouvaient être non-Romains.

Ces normes ont été appelées “droit des gens” (des peuples), parce que les Romains – du moins les anciens – ne pouvaient accepter ni être régis par un droit étranger. De la même façon qu’ils assimilèrent les dieux germaniques aux leurs, sans enfreindre leurs convictions religieuses (*interpretatio Romana*), ils considèrent le droit des autres peuples d’un point de vue romain. Cette technique leur permet par exemple de voir se refléter leurs *negotia* consensuels dans les contrats correspondants de n’importe quel droit étranger, et de les considérer, malgré toutes les caractéristiques différentielles, comme faisant partie du *ius gentium*.

Influencés par la Grèce, les philosophes romains ont eu une autre conception du *ius gentium*, qu’ils nommèrent *ius naturale*. Ils le détachèrent totalement de l’agencement juridique positif, le voyant comme l’ensemble de préceptes juridiques et éthiques dictés par la Nature à tous les hommes et peuples. Ils spéculèrent sur l’idée que les institutions applicables aux pérégrins procédaient du *ius gentium*. Pourtant, la considération selon laquelle tous les hommes naissent libres par nature a conduit le droit des gens à ne pas toujours s’identifier au droit naturel.

Cicéron par exemple laisse entendre que le *ius gentium* est civil, mais tout le droit civil n’est pas “des gens” et il finit par ne pas le distinguer. Par conséquent, selon Kunkel, “c’est dans cette conception que *ius gentium* signifie droit supranational cosmopolite, propre à toute l’Humanité, c’est-à-dire un droit qui, à la différence du *ius gentium* positif romain, a seulement une existence dans le domaine de l’abstraction philosophique”.<sup>56</sup> À partir de ce point de vue philosophique, le droit n’est pas une invention humaine parce qu’il provient de la loi naturelle qui est ce que la droite raison commande ou interdit. De là, si le droit positif s’oppose à la droite raison qui vient de la nature, il manque de validité. Ce que Cicéron affirme, est le lien de société entre les hommes et les dieux, de même que la réalisation de la justice est la

---

<sup>56</sup> KUNKEL, (note 1), p. 85.

fin essentielle de la communauté politique, c'est-à-dire de la cohabitation humaine ordonnée.<sup>57</sup>

Sur la base de la philosophie cicéronienne, les juriconsultes impériaux distinguèrent trois genres de droit: le *ius civile*, en tant que droit propre aux citoyens romains, le *ius gentium* et le *ius naturale*; mais cette dernière distinction n'était pas aussi claire (D,1.1.1.2). Selon Ulpien, par exemple (D,1.1.1.4), le droit naturel était celui que la Nature a donné à tous les animaux; droit des gens, le droit des relations, celui observé par tous les peuples, analogue au juste naturel aristotélicien. Pour Gaius (1.1), le *ius gentium* est ce que la raison naturelle enseigne aux hommes et le *ius gentium* la concrétisation du *ius naturale*. La conjugaison de la tradition philosophique grecque avec la tradition juridico-positive romaine explique cette confusion. Quoi qu'il en soit, la notion de *ius gentium* qui fut transmise à la postérité est celle qui le voit comme un droit naturel, sanctionné par l'usage commun.<sup>58</sup>

### Conclusion

La structure de l'ordre juridique romain repose sur trois niveaux délimités, de sorte que la création, l'interprétation et l'application du droit fut l'oeuvre du législateur, du jurisprudent et du magistrat: la loi et les autres sources étatiques, l'*interpretatio prudentium* et les moyens procéduraux (les actions de la loi, le processus formulaire et la cognition extraordinaire) formaient la base de la vie juridique romaine, évitant à la ville l'arbitraire et le despotisme, car le législateur était limité par l'activité des interprètes (jurisprudents) et des applicateurs (magistrat et juge) et par le comportement des citoyens (*mores maiorum*).

En résumé, le développement et la formulation du droit privé classique se sont faits à partir de la tension entre la *lex* et la réception par le comportement: au peuple était attribuée la création du droit, non seulement par la *lex*, mais fondamentalement aussi par la réception *moribus* (par les *mores*) qui donnait une stabilité à

---

<sup>57</sup> Cf. D'ORS, (note 1), pp. 31-32; TRUYOL E SERRA, Antonio. *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*. 11e. ed., vol. I, Madrid, Alianza Editorial, 1992, pp. 190 et ssq.

<sup>58</sup> Cf. TRUYOL E SERRA, (note 58), p. 195.

la *lex* et incluait l'interprétation des jurisprudents; du côté du préteur, le droit était créé dans l'édit et respectivement avec le *dicere ius* en ce qui concernait le cas concret.

Les juristes romains, aptes à découvrir les raisons de décider de chaque cas, utilisèrent les résultats de leur technique (art) dans la construction d'une science fixée sur la connaissance véritable et valide et sur la connaissance systématisée (encore que son intérêt systématique fût limité) en un catalogue de règles et de principes. Rétifs aux abstractions, les jurisconsultes romains s'orientaient généralement vers le droit des actions et non vers le droit procédural, parce qu'ils se limitaient, dans la majeure partie des cas, à interpréter les moyens judiciaires proposés dans l'Édit, en particulier les actions. Ainsi, ils exposaient tout d'abord les présupposés qui devaient exister afin que le magistrat mette à disposition les actions, ensuite le résultat qu'on pouvait atteindre à travers elles et enfin ils faisaient des propositions pour la rédaction de nouvelles formules, principalement des actions utiles (*actiones utiles*). Cette orientation vers le régime des actions ne fut pas abandonnée, pas même à l'époque classique et dans le code de Justinien. Cela ne signifie pas pourtant qu'il n'existait pas de parties de l'agencement que la jurisprudence n'expose du point de vue des actions. Il suffit pour cela de voir les doctrines développées sur l'acquisition de la propriété, sur le régime de la *stipulatio*, sur l'acquisition et la perte de la *patria potestas*, sur le testament, etc... Ce qui ressort, c'est leur résistance à fixer des concepts juridiques. Tant il est vrai que pour nombre de concepts importants, les Romains n'avaient pas d'expression technique (*persona*, affaire juridique, déclaration de volonté); d'un autre côté, il existait un terme technique pour différents concepts, mais il manquait une définition. Dans les cas où il y en avait une, elle était imparfaitement construite ou post-classique.

D'autre part, les jurisprudents ont eu tendance à harmoniser les résultats de leur savoir avec les exigences de la justice, et plus spécifiquement de la justice matérielle particulière vers la générale, de sorte que l'utilité générale prévaut sur la justice particulière. Expérience méthodologiquement qualifiée, la notion de *ius* qui traverse toute l'expérience juridique romaine est un art faisant prévaloir un critère fondamental d'estimation, et ce dernier doit être l'inspiration constante de l'opérateur du droit. Ce critère



fondamental est la rationalité conjuguée à l'égalité, car le juriste, attentif aux données de la réalité, prend en compte l'indéniable rôle qui incombe à l'homme dans la réalisation du *bonum et aequum*. Par voie de conséquence, le *ius* n'est pas le devoir-être étatique.

Cependant, le plus grand mérite des jurisconsultes romains a été de transformer le rigide *ius civile* en un système flexible, capable de se convertir en droit commun pour un empire multinational et, bien au-delà de son cadre temporel, dans le droit de tout une aire culturel. L'acceptation d'un droit fondé sur la commune nature rationnelle humaine – sur l'*humanitas* – permit un perfectionnement progressif du droit positif, constituant un critère estimatif fondamental pour la production, l'interprétation et l'application du droit tout entier.

Donc, à partir de l'utilisation constante des notions d'équité (*aequitas*) et de *fides*, la mission des juristes fut louée et gagna un sens moral, de sorte que le principe de la bonne foi émergea comme principe cardinal de tout l'agencement juridique, particulièrement dans le domaine des affaires.

Tout cela nous montre que l'étude du *ius romanum* peut fournir au juriste actuel une fermeté de principes face aux transformations de la vie juridique, car en dernière instance la grande réussite du droit romain a été de concilier les principes traditionnellement consacrés avec les nouvelles exigences de la vie, à travers une technique rigoureuse. De plus, l'étude du droit romain classique peut constituer le fondement de la science du droit comparé, parce qu'il est la racine commune de divers droits romaniques; plus que cela, à l'époque de formation de blocs socioéconomiques, où l'unification du droit privé par la voie législative n'est pas viable (voire impossible), l'étude du *ius romanum* est la méthode la plus adéquate à des fins d'unification, parce qu'à partir de là on peut former une doctrine commune et renforcer la conscience des juristes au sujet de leur autonomie et de leur liberté.