

2017

Faculté des sciences  
Juridiques Economiques et  
Sociales d'Oujda

Le Laboratoire des études  
Juridiques et Sociales,  
Oujda

Faculté des Sciences  
Juridiques Economiques  
et Sociales de Fèz

Centre Laboratoire des  
Obligations et Contrats  
Fèz

# LE LIVRE JUBILAIRE

Centenaire du Dahir formant Code des  
Obligations et Contrats

**Le Dahir formant code des obligations et contrats est un fort centenaire. Une longévité due à sa structure flexible mais aussi à une jurisprudence dynamique. Son histoire n'a pas été écrite à cause de l'absence de l'Histoire du Droit de nos facultés. Le centenaire du DOC est une occasion pour faire cette histoire mais aussi pour réhabiliter l'histoire du Droit et les sciences auxiliaires plus que trente ans après le fameux Plaidoyer du Professeur Azziman.**

Éditions de l'Université d'Oujda

14 Juillet 2017

Dépôt Légal : 2017MO2292

ISBN : 978-9954-689-05-9





# Avant-propos

## Le dahir sur obligations et contrats

### À l'épreuve de l'histoire de droit

Mes premiers mots seront pour les collègues qui ont contribué à la réalisation de cet ouvrage. Je leur témoigne ma profonde gratitude.

Le centenaire du dahir formant code des obligations et contrats est un événement exceptionnel. Celui-ci doit être dignement fêté avec « *un livre jubilaire* »<sup>1</sup> et ce, pour plusieurs raisons. Tout d'abord et sauf avancée scientifique majeure nous ne serons pas encore de ce monde pour fêter le bicentenaire. Ensuite, les codes centenaires se font de plus en plus rares. Car l'accélération du temps juridique fragilise aussi bien leur longévité que leur structure et contenu<sup>2</sup>. L'inflation législative par un effet de sédimentation provoquera à coup sûr la disparition de cette coutume si rare des centenaires.

Cent ans déjà, Un siècle ! À l'échelle de l'humanité c'est un cycle éphémère mais une phase cruciale, une date pour faire le bilan, contempler les perspectives et apostropher l'avenir. On trouve ainsi plusieurs « *livre du centenaire* »<sup>3</sup> répondant à ce besoin aussi humain que naturel de mesurer l'impact du temps sur les choses<sup>4</sup>.

En Droit un centenaire traduit l'influence du temps et évoque l'histoire<sup>5</sup>. En effet, « *matière éminemment mouvante, le droit ne peut être insensible au temps* »<sup>6</sup>. Les « *livre du centenaire* »<sup>7</sup> en droit sont un témoignage de ce traitement favorable que réservent les juristes à la durée et à sa

---

<sup>1</sup> Le Centenaire du code civil et le comité du centenaire, de la Société d'Études législatives, 1904, n° 5, p1.

<sup>2</sup> Gilles GAETNER, Il faut arrêter l'inflation législative publié le 13/10/2008. [http://www.lexpress.fr/actualite/societe/justice/il-faut-arreter-l-inflation-legislative\\_589678.html](http://www.lexpress.fr/actualite/societe/justice/il-faut-arreter-l-inflation-legislative_589678.html)

<sup>3</sup> Jean GANDINI, Gouvernement Général de l'Algérie, Le livre d'or du centenaire de l'Algérie française, 1930 - 597 pages, Société entomologique de France, Livre du centenaire, Au siège de la Société, 1932

<sup>4</sup> George KUBLER, Andrei BORIS NAKOV, Formes du temps : remarques sur l'histoire des choses, Éditions Champs Libre, 1973, Jacques Gaillard, Rome, le temps, les choses : Essai, Actes Sud, 1995

<sup>5</sup> Anne GUINERET-BROBBEL DORSMAN, Le temps et le droit, Presses Univ. Franche-Comté, 2003 P3.

<sup>6</sup> Anne GUINERET-BROBBEL DORSMAN, Le temps et le droit, Presses Univ. Franche-Comté, 2003.

<sup>7</sup> Société d'études législatives (Paris, France), Le Code civil, 1804-1904 : livre du centenaire, Librairie E. Duchemin, 1969/ Le Code civil, 1804-1904 : Livre du centenaire. Le Code civil à l'étranger, la question de la révision, document. Tome second, A. Rousseau, 1904

divinité Chronos<sup>1</sup>. Les rapports entre les deux sont tellement riches et complexes qu'elles font l'objet de plusieurs théories<sup>2</sup>.

En effet, les juristes s'attachent souvent à réparer les effets destructeurs du temps<sup>3</sup>. Car l'usucapion défait la propriété<sup>4</sup>, la forclusion étouffe l'action<sup>5</sup>, la prescription neutralise l'obligation<sup>6</sup> etc. L'histoire fait encore plus de dégâts quand il oblige les juristes à revoir leurs codes, à les « réformer ». Chronos hélas ringardise les lois les plus modernistes par un mécanisme d'accélération<sup>7</sup> effrénée<sup>8</sup>.

Mais comme nous l'avons signalé au début : un centenaire est une occasion pour se remémorer, faire le bilan et pour prospecter l'avenir. Le passé se remémore à travers l'histoire et par l'histoire. Le centenaire du D.O.C se fait en présence de deux phases : l'une s'écrivant en majuscule singulier (Premier acte) l'autre en minuscule pluriel (Deuxième acte).

**Premier acte : L'histoire du D.O.C, sans l'Histoire du droit**

**Deuxième acte : L'histoire du D.O.C, une histoire sans histoires**

**Premier acte : L'histoire du D.O.C, sans l'Histoire du droit**

Très tôt les juristes ont internalisé une des disciplines maîtresse des sciences humaines qu'est l'histoire et en ont fait une « *discipline autonome* »<sup>9</sup> : l'histoire du droit, mère des disciplines juridiques comme disait le Doyen Blanc et ce depuis la fin du XIXème siècle. Mais au Maroc, cette discipline n'a malheureusement pas les faveurs des juristes.

Ainsi le centenaire du D.O.C nous rappelle cette triste réalité qui entache l'enseignement du droit dans les facultés marocaines. L'Histoire du droit n'est pas une matière professée dans

---

<sup>1</sup> Emmanuelle CHEVREAU, Le temps et le droit, la réponse de Rome : l'approche du droit privé », sous la dir. de Michel HUMBERT, Université de Paris II, 2001, De Boccard, 2006.

<sup>2</sup> Le temps juridique en droit privé, essai d'une théorie générale, thèse soutenue par Marie Cresp le 23 novembre 2010 sous la direction du professeur Jean HAUSER.

<sup>3</sup> François CHENET, *Le temps, Temps cosmique, Temps vécu*, Armand Colin, Paris, 2000, p. 59 et suivantes.

<sup>4</sup> François TERRE, Philippe SIMLER, *Droit civil : Les biens*, Dalloz-Sirey, 2006

<sup>5</sup> Gérard COUCHEZ, *Procédure Civile*, Armand Colin, 2004

<sup>6</sup> Alain BENABENT, *Droit civil : Les obligations*, Montchrestien, 2007

<sup>7</sup> Philippe GERARD, François OST, Michel VAN DE KERCHOVE, *L'accélération du temps juridique*, Publications Fac St Louis, 1 janv. 2000, p 7.

<sup>8</sup> François OST, Mark VAN HOECKE, *Temps et droit: le droit a-t-il pour vocation de durer ? Time and law. Is it the nature of law to last?* Bruylant, 1998

<sup>9</sup> Jean-Louis HALPERIN, *l'histoire du droit constituée en discipline : consécration ou repli identitaire?*, *Revue d'histoire des sciences humaines*, 2000,4, 9-32, p 10.

l'enseignement supérieur<sup>1</sup>. De ce fait aucun diplôme d'histoire du droit n'est délivré par une université marocaine. Alors qu'ailleurs, l'histoire et l'historien ne cessent d'être saisis par le droit<sup>2</sup>. L'historien devient l'architecte de l'actualité<sup>3</sup> et l'historien du droit se positionne en oracle capable de questionner les sources, les légitimités etc.

C'est ainsi qu'une question peut se poser tout naturellement : comment relater l'histoire du DOC sans histoire du droit, sans l'outil méthodologique capable de l'exprimer ? Comment raconter et exposer les processus tectoniques qui donnent naissance au Droit ? Comment faire ce voyage allant des sources lointaines de la juridicité jusqu'à la règle du Droit ? Bien longtemps après le fameux plaidoyer du Professeur Omar Azziman<sup>4</sup> on ne peut que faire ce triste constat : les sciences auxiliaires du Droit restent les parents pauvres de la famille juridique.

Est-il nécessaire de rappeler que l'histoire de droit permettrait aux nouveaux chercheurs de débroussailler tout le patrimoine juridique marocain : droit musulman, droit positif, droit colonial et droit coutumier ? Cette discipline est capable de mettre les assises à une réflexion fondamentale sur le droit marocain. Elle pourrait être le champ où se croiserait le droit musulman et ses écoles, le droit positif et sa dogmatique et le droit coutumier avec toutes ses péripéties.

Le droit marocain est multiple<sup>5</sup>, mais l'enseignement universitaire ne permet pas, hélas, la rencontre de ses trois systèmes normatifs<sup>6</sup>. Le droit positif est enseigné dans les facultés de Droit, alors que le droit musulman est enseigné soit dans les facultés de Charia, soit dans les facultés de lettres et enfin le droit coutumier n'est pas enseigné du tout. Car suspecté d'intelligence avec le Protectorat, ce droit est encore confondu avec le dahir berbère.

Le résultat de l'absence de l'Histoire du droit dans le cursus universitaire est désastreux, puisqu'elle empêche toute réflexion complète allant aux sources de la juridicité. Toute pensée juridique sans histoire ne peut qu'être immédiate et donc immanquablement inachevée. Le droit est l'aboutissement d'un long processus de sédimentation normative et ne peut donc être percé sans l'Histoire. Cet état de fait entache les sources vivantes du Droit : législation, doctrine et jurisprudence.

La loi qui est une disposition pour l'avenir ne peut qu'être tributaire de la connaissance de l'histoire. L'ignorance de l'histoire du droit engendre le plus souvent des législations gauches. La récente loi sur les droits réels au Maroc est un exemple déroutant. Connaître l'histoire du droit

---

<sup>1</sup> Même constat relevé par le professeur François-Paul Blanc quand il préface l'ouvrage de M. Michel Musons, la responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle dans le droit marocain du Protectorat (1913-1956, contribution à l'histoire du droit privé, Edition REMALD 2006.

<sup>2</sup> Carole VIVANT, L'historien saisi par le droit Contribution à l'étude des droits de l'histoire, Dalloz 2007.

<sup>3</sup> Marc OLIVIER BARUCH, Des lois indignes? : Les historiens, la politique et le droit, Tallandier 2013.

<sup>4</sup> Omar AZZIMAN, «Dépendance et connaissance du droit marocain, un nouveau plaidoyer pour la sociologie juridique», RJPEM, n°10, 1981

<sup>5</sup> Paul PASCON, Études rurales : idées et enquêtes sur la campagne marocaine, Société Marocaine des Éditeurs Réunis, 1980

<sup>6</sup> Le fikh est enseigné dans les facultés de lettres et le droit positif dans les facultés de droit.

désacralise les institutions les plus vénérables et assiste de la sorte à leur rénovation. Ainsi par exemple savoir que l'intime conviction était à l'origine une sanction du juge à destination d'un justiciable peu coopérant<sup>1</sup> rend plus facile et acceptable sa réforme. Savoir que le système ingénieux d'assurance puise ses racines dans le contrat *noticum fœnus* du droit romain<sup>2</sup> guidé par l'idée du risque facilite plus sa compréhension.

La loi dépend de l'histoire et ce jusqu'à même du choix du lexique du législateur. En conséquence, les lois d'inspiration coutumière ou islamique utilisent le plus souvent un lexique juridique plus traditionnel<sup>3</sup>, opposé à celui utilisé par les lois d'inspiration positive où le lexique est plus moderniste<sup>4</sup>. C'est ainsi que le discours législatif au Maroc est toujours hétérogène : les champs lexicaux se mélangent, la modernité et le moyen âge s'y entremêlent, les anachronismes y font légion. Truffé d'antinomies, de contradictions, d'anachronisme le discours législatif au Maroc rend tout travail doctrinal peu commode.

Tout naturellement la jurisprudence et la doctrine en paient les frais. À la jurisprudence marocaine, on a souvent reproché le fait qu'elle est lunatique, peu constante et incapable de franchir le pas et de devenir une source dynamique du droit pouvant influencer le travail du législateur, le corriger, le soutenir, etc.<sup>5</sup>

Quant à la doctrine marocaine (en partie), elle est dans une démarche purement exégétique. Trahie par la jurisprudence et le législateur, elle subit naturellement leurs carences. Elle ne fait qu'interpréter ce qu'elle suppose être l'intention du législateur. Déçue par celui-ci et par la jurisprudence, elle est incapable de donner des solutions, de forger des notions autour desquels se nouent des théories générales. Elle est, à peu près pour comparer, encore à l'époque contemplative de la doctrine française où celle-ci émerveillée par l'œuvre du Code civil ne pouvait que le contempler : Charles Demolombe et Raymond-Théodore Troplong etc.<sup>6</sup>

Nous constatons ainsi l'importance de l'histoire du droit. Car celle-ci ne se contente pas de raconter « *Elle donne des idées générales, dans une époque qui en a grand besoin* ». Elle nous sauve ainsi de cette noyade inéluctable dans le détail des textes. Elle permet « *d'expliquer les causes des transformations qu'elle constate* »<sup>7</sup>, elle nous facilite ce « *recul salutaire* » qui nous manque

---

<sup>1</sup> Pierre-Charles RANOUIL, Gilles-Jean PORTEJOIE, *Glas pour l'intime conviction : de l'instinct à la raison*, Unlimit.ed, 2009 -.

<sup>2</sup> Passefons DE CARBONNAT, du "Nauticum fœnus". *Droit français : du Contrat d'assurance contre l'incendie*, A. ROUSSEAU (Paris) 1890.

<sup>3</sup> La loi sur le Habous

<sup>4</sup> On pourrait facilement s'en convaincre en faisant la comparaison entre la loi sur l'eau dite la loi 10-95 et la loi sur les droits réels 39-08.

<sup>5</sup> François Paul BLANC, *Les obligations et les contrats en droit marocain : D.O.C. annoté*, Sochepress, 1989 - 827 pages

<sup>6</sup> Voir à ce propos les développements du professeur Daniel MAINGUY

<http://www.daniel-mainguy.fr/pages/demolombe-5099479.html>

<sup>7</sup> Norbert ROULAND, *Introduction historique au droit* (1988), p20.

quelquefois. L'histoire du droit explique, décortique, témoigne, cherche les racines des maux et aide à trouver leurs remèdes. Les termes du jeune disciple de Savigny, Henri Klimrath sont plus expressifs quand il prend la défense de l'histoire de droit « *Pour comprendre le présent, il faut assister à travers les siècles, au long enfantement des idées et des institutions qu'il renferme* »<sup>1</sup>.

## **Deuxième acte : Le D.O.C : une histoire sans histoires**

Un long fleuve tranquille, tel a été le voyage du code des obligations et contrats tunisien vers le Maroc et depuis vers la Mauritanie pour finir au Liban en influençant le code libanais de 1932. Certainement propulsé par le rayonnement du code civil<sup>2</sup> mais aussi par l'esprit de la synthèse qu'il véhiculait, le code des obligations et contrats tunisien a facilement intégré le droit marocain. Le code des obligations et contrats tunisien était un modèle à suivre dans tous les pays musulmans. La prophétie du Conseiller Stéphane Berge ne s'est pas fait démentir « *Aussi croyons-nous que l'important document que nous allons présenter à nos lecteurs mérite une bienveillante attention et servira de base à une très importante évolution du droit chez les populations musulmanes soumises à l'empire ou à la protection de la France* »<sup>3</sup>.

Le D.O.C puise ses racines dans le code tunisien dont la paternité est attribuée à David Santillana mais pas l'exclusivité. D'autres juristes apparemment n'ont pas eu les faveurs de l'histoire malgré leur participation active à l'avant-projet de 1899<sup>4</sup> d'où est issu le Code de 1906. On peut citer les ulémas suivants : Mohamed Bayrem, Ahmed Chérif, Mahmoud Ben Khoudja, Omar Ibn Echeikh, Mustapha Radhouan etc. Mais rien n'enlève au génie de Santillana. Ce dernier, fin connaisseur du droit musulman malékite<sup>5</sup> entreprit à l'aide du professeur Ignazio Guidi<sup>6</sup> la traduction du Code musulman de rite malékite de Sidi Khalil<sup>7</sup>, « *érudit arabisant et très savant jurisconsulte* »<sup>8</sup>, son travail « *était fort consciencieux et surtout remarquablement riche* »<sup>9</sup> comme en

---

<sup>1</sup> Henri KLIMRATH, (1807-1837). Essai sur l'étude historique du droit et son utilité pour l'interprétation du Code civil / par Henri KLIMRATH, 1833, p5.

<sup>2</sup> Jacques BOUINEAU, Jérôme ROUX, 200 ans de Code civil, Association pour la Diffusion de la Pensée Française - A.D.P.F 2006, p61.

<sup>3</sup> Stéphane BERGE, G. Horn, H. De Rolland, Les lois commerciales de l'univers : France, Tunisie, Maroc, Monaco, Volume 26, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1914, p113.

<sup>4</sup> Ahmed ADRYOUCHE, Les fondements du droit des obligations et des contrats, étude sur les fondements doctrinaux et historiques, dactylographiée et en langue arabe, Rabat, 1991-1992, p. 124 cité par Mohamed Kamel CHARFEDDINE, Esquisse sur la méthode normative retenue dans l'élaboration du Code tunisien des obligations et des contrats In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 48 N°2, Avril-juin 1996. pp. 421-442.

<sup>5</sup> David SANTILLANA , Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita, Istituto per l'Oriente, 1938.

<sup>6</sup> Célèbre orientaliste italien (1844-1935).

<sup>7</sup> Florence RENUCCI, « Le juge et la connaissance du droit indigène. Eléments de comparaison entre L'Algérie et la Libye aux premiers temps de la colonisation », dans *Le juge et l'Outremer, Tome III : Médée ou les impératifs du choix*, B. DURAND et E. GASPARINI (dir.), Lille, CHJ éditeur, 2007, p. 211-226 (version modifiée).

<sup>8</sup> S. Berge, les lois commerciales de la Tunisie, LGDJ 1914, p113.

<sup>9</sup> Emile LARCHER, Professeur à l'École de Droit d'Alger, observations critiques Sur le

témoigne le conseiller Berge. Le Code des obligations et contrats tunisien par sa richesse et la multitude de ces sources<sup>1</sup> était parfaitement le modèle à suivre au Maroc vu les ressemblances entre les deux pays.

Un mixe de plusieurs droits et non seulement un mimétisme du code civil comme on aurait pu le croire. La France force protectrice a fait preuve d'une ouverture d'esprit quand elle a entrepris le chantier des codifications. Les origines de David Santillana et ses influences ont déteint sur le COC de manière à en faire une synthèse de Droits : BGB, code civil suisse, code civil français et le code de commerce italien. Le code tunisien de par sa synthèse et son consensus allait devenir le « *noyau dure d'un code maghrébin* »<sup>2</sup>.

Le Maroc allait devenir ainsi un deuxième « *pupille du droit français* »<sup>3</sup>. Comme son prédécesseur tunisien, le DOC est aussi un produit de consensus, une synthèse de plusieurs Droits. On pourrait ainsi lire dans la revue algérienne, tunisienne et marocaine, cet éloge proche du marketing : « *Dans le dahir formant code des obligations et contrats, les européens trouveront des règles inspirées, dans une large mesure, par leurs lois nationales ; les musulmans, de leur côté, n'y trouveront rien qui puisse froisser leur conscience religieuse. Puisque les textes tunisiens qui ont servi de base à ce travail ont été révisés et reconnus par une commission composée de cinq professeurs de la grande mosquée de Tunis et de cinq membres du « chara » (tribunal religieux).* »<sup>4</sup>

Le secret de la réussite du dahir sur obligation est le génie de synthèse et l'esprit du compromis. Le reste était fait par le temps. Maintenant que l'histoire est en chemin d'être faite, nous serons très curieux de voir comment l'avenir du DOC sera établi : sa réforme mais cette fois-ci en présence je l'espère de l'histoire de droit, capable d'éclairer le chemin du législateur. Ainsi se présente, « *L'histoire est comme un souffle vital qui anime le droit. Isolé de l'histoire, [...] le droit n'est plus que la froide analyse d'un texte ou d'un précepte* ».<sup>5</sup>

Mais derrière ce long fleuve tranquille, derrière ce panorama rassurant, l'historien ne peut qu'être dubitatif. Plusieurs zones d'ombres subsistent nourries par l'absence d'historien de droit marocain capable de jeter la lumière sur la face cachée du DOC. Les travaux historiques qui ont eu pour objet le DOC sont peu. Et puisque l'histoire de droit n'a pas sa place dans le paysage doctrinal, c'est plus des juristes français qui ont pris la responsabilité de fouiller dans l'histoire de ce Fort

---

Code tunisien des obligations et des contrats, in, revue algérienne et tunisienne de législation tome xxiii. – année 1907, p198

<sup>1</sup> Ali Zarrouk, L'implicite et le contenu contractuel : Etude de droit comparé : droit français et droit tunisien, Editions L'Harmattan, 1 juin 2012, p 506.

<sup>2</sup> Esquisse sur la méthode normative retenue dans l'élaboration du Code tunisien des obligations et des contrats Mohamed Kamel CHARFEDDINE, Revue internationale de droit comparé Année 1996 lien Volume 48 lien Numéro 2 lien pp. 421

<sup>3</sup> Othman BEN FADHEL, l'expérience tunisienne en droit commercial, p8. Article disponible sur le site [www.univ-montp1.fr/content/download/21589/192487/version/1/](http://www.univ-montp1.fr/content/download/21589/192487/version/1/)

<sup>4</sup> Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence / publiée par la Faculté de droit d'Alger, année 1913, troisième partie p 555.

<sup>5</sup> M Giraud (de l'Institut) cité par Alphonse Rivier, Droit Romain, Edition Gustave Mayolez, Bruxelles 1881.



centenaire. Le professeur Moneger et le Doyen Blanc font partie de cette doctrine pionnière. Mais d'autres chercheurs marocains se sont aventurés, parmi lesquels le Professeur Chileh dans un article qui est resté une référence en la matière. Mais la nature de l'exercice (un article) ne permet pas de s'étaler sur le sujet. Un autre a eu le courage d'être le premier à préparer une thèse dédiée à l'histoire du DOC, mais hélas malgré la richesse de la documentation, cette étude n' a pas répondu aux vrais questions, et on avait le sentiment qu' elle faisait l'histoire du COC et non du DOC par une logique transitive simple : puisque le COC est l'ancêtre du DOC , ils ont donc la même histoire !

Une recherche en la matière devrait éclairer plusieurs zones d'ombres. Entre 1906 année de l'entrée en vigueur du code tunisien et 1913 année de l'entrée en vigueur du DOC, plusieurs évènements se sont passés. Tout d'abord la promulgation du code civil suisse de décembre 1907 puis sept années de jurisprudence tunisienne qui va donner la vraie mesure au COC et montrer ses limites. Aussi la doctrine qui va révéler les insuffisances au niveau de la forme et du fond du COC ; tout cela va conduire la France à opérer des liftings sur le COC et ne pas se limiter à une greffe automatique. C'est ce que devrait révéler la doctrine : à quel point le DOC diffère du COC, quel est le rôle du conseiller Stéphane Berge, de la commission choisi par Lyautey, d'Emile Larcher spécialiste du droit magrébin etc. La réponse à toutes ces questions dépendra de l'histoire de droit mais aussi d'une doctrine audacieuse prête à délaisser le sentier battu et à aller chercher la vérité là où elle se trouve. Une partie de ces questions trouveront réponse dans cet ouvrage le reste c'est à la jeune génération de chercheurs de prendre le relais.

Je finirai mes propos par ces phrases empruntées à Henri Laborit :

*Quand il ne peut plus lutter contre le vent et la mer pour poursuivre sa route, il y a deux allures que peut encore prendre un voilier : la cape (le foc bordé à contre et la barre dessous) le soumet à la dérive du vent et de la mer, et la fuite devant la tempête en épaulant la lame sur l'arrière, avec un minimum de toile. La fuite reste souvent, loin des côtes, la seule façon de sauver le bateau et son équipage. Elle permet aussi de découvrir des rivages inconnus qui surgiront à l'horizon des calmes retrouvés. Rivages inconnus qu'ignoreront*

*toujours ceux qui ont la chance apparente de  
pouvoir suivre la route des cargos et des tankers, la  
route sans imprévu imposée par les compagnies de  
transport maritime.*

*Vous connaissez sans doute un voilier nommé*

*«Désir »*

Fouzi Rherrousse

**Premier acte :**

**L'histoire du D.O.C, sans l'Histoire du droit**



# **Obligation, contrat et don: ce que nous apprennent les sociétés traditionnelles**

Norbert Rouland<sup>1</sup>

## **PLAN**

### **Introduction : Naissances de l'individualisme**

#### **I - Approche théorique : don et obligation**

##### **A - Auteurs anciens : la dominante évolutionniste**

- a) **Marcel Mauss**
- b) **Henri Lévy Bruhl**

##### **B - Auteurs contemporains : la perspective de la complexification**

- a) **Étienne le Roy**
- b) **Alain Testart**

#### **II - Contrat et responsabilité dans les sociétés traditionnelles**

##### **A- Le modèle communautariste**

##### **B- Typologies des contrats en Afrique Noire**

#### **III - Ici et maintenant**

##### **A - Réticences et précautions du droit positif**

##### **B - L'altruisme dans les sociétés modernes : un parent pauvre ?**

*Il ne suffit pas de s'en tenir à la lettre des lois ; il faut aussi connaître leur sens et leur puissance.*

*Digeste, Livre I, Titre III, paragraphe 17.*

*Il ne faut pas rechercher les raisons pour lesquelles ont été établies les lois : on risquerait de détruire l'autorité de beaucoup d'entre elles.*

*Digeste, I, Titre III, paragraphe 21.*

---

<sup>1</sup>Ancien Membre de l'Institut Universitaire de France. Professeur à l'Université d'Aix- Marseille

## Introduction : Naissances de l'individualisme

*Do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias.*

Autant de formules lapidaires par lesquels les juristes romains définissaient de façon concrète la notion d'obligation. Celle-ci est un lien de droit en vertu duquel une partie peut être astreinte vis-à-vis d'une autre partie à lui transmettre une chose, ou à exécuter à son profit une prestation. Quand l'obligation découle de l'accord commun des parties que réalise le contrat, elle est dite contractuelle. En droit romain, le vendeur d'une femme esclave en état de grossesse peut ainsi voir la vente annulée par le magistrat pour vice caché. Il en va de même s'il a vendu un esclave qui a déjà fugué sans le signaler à l'acheteur. Les contrats sont un des principaux instruments inventés pour former les obligations et réaliser les conventions. Ulpien l'avait déjà dit très clairement :

*Il est si vrai que le terme de convention est général, que Pedius avance avec finesse qu'il n'y a aucun contrat, aucune obligation qui ne renferme une convention<sup>1</sup>.*

On peut même tenter de voir dans la notion de sacrifice (*sacrificium* : rendre sacré) un contrat entre un dieu et les hommes, aux termes duquel le dieu peut être tenu d'exaucer le vœu du mortel. En échange de quoi ce dernier le remercie, comment témoignent de nombreux ex-voto dans les divers temples. Mais il manque à ce contrat atypique un élément essentiel : la sanction. Ici, pas question de pouvoir en appeler à Jupiter pour demander l'exécution du vœu. De façon plus pragmatique, nos réflexions resteront de ce monde.

Dans les lignes qui suivent, à l'aide de l'anthropologie juridique, nous voudrions donc étudier le mécanisme de réciprocité qui fonde la notion d'obligation et celle de contrat. Historiquement, les obligations sont en général présentées comme unissant essentiellement des individus.

L'individu est très présent dans le droit romain (la conception consensualiste du mariage romain, qui nous paraît évidente, est une exception dans les droits antiques), ainsi que le principe de la bonne foi : *pacta sunt servanda*<sup>2</sup>. Au contraire, comme nous le verrons, il est beaucoup plus effacé dans les sociétés traditionnelles. Et pour se cantonner à notre propre droit, il subit des éclipses ou des parenthèses pluri-séculaires dans notre histoire. Après une longue période féodale, il réapparaît dans le droit (et aussi dans l'art) au milieu des temps médiévaux ; la réforme protestante le promeut. Toutefois, c'est à partir de la Révolution française que sa présence devient incontestable. On assiste en effet à une valorisation de l'individu, et donc de son pouvoir de créer des liens, dans le droit intermédiaire (la période qui s'étend de la Révolution jusqu'au Code civil). Affirmée dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789, la liberté s'exprime dans le droit public, mais aussi privé. L'individu n'accomplit vraiment sa qualité d'être humain que s'il est indépendant de la volonté d'autrui. Mais comme il vit en société, il doit pouvoir s'obliger envers ses

---

<sup>1</sup> Ulpien, *Digeste*, Livre II, Titre XIV, 3 .

<sup>2</sup> Bien des siècles plus tard, on prête à Loysel cet adage : « *On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles* ». Le droit canonique avait lui aussi beaucoup insisté sur l'importance du consentement : *Solo consensu obligat*. Contre les mœurs, il affirma notamment ce principe dans le droit du mariage.

semblables. Cambacérés l'affirme devant la Convention, le 9 septembre 1794<sup>1</sup>, en présentant au nom du comité de législation le deuxième projet de Code civil :

*Trois choses sont nécessaires et suffisent à l'homme en société ; être maître de sa personne ; avoir des biens pour remplir ses besoins ; pouvoir disposer, pour son plus grand intérêt, de sa personne et de ses biens. Tous les droits civils se réduisent donc aux droits de liberté, de propriété et de contracter.*

Sans doute s'est-il entretenu avec Saint-Just, célèbre par sa formule :

*Le bonheur est une idée neuve en Europe.*

En effet, Cambacérés ajoute :

*Le bonheur de l'homme consiste bien plus dans la manière de jouir, que dans la jouissance même ; chacun compose son bonheur des éléments de son choix. De là naît le droit de contracter, qui n'est que la faculté de choisir les moyens de son bonheur (...) La liberté est le premier des biens, la plus douce des jouissances ; nul ne peut en être privé que par l'absence totale de sa raison, et, selon l'expression d'un ancien jurisconsulte, lorsqu'il est réduit à n'avoir plus le droit de contracter, qui est commun à tous les hommes, et à vivre, pour ainsi dire, avec eux dans un tombeau animé.*

En conséquence, plus de baux perpétuels, de double domaine, de reconduction tacite ; méfiance vis-à-vis de la propriété communautaire, de l'indivision, des servitudes. Et de la rescision pour lésion. Sur ce dernier point, Cambacérés est encore très net :

*Jusqu'ici la lésion avait été comptée parmi les causes qui viciaient les contrats ; l'intérêt seul du propriétaire avait dicté cette règle, l'intérêt général nous a déterminé à la proscrire (...) Notre législation doit au contraire imprimer le sceau de la stabilité aux actes faits sous ces auspices (...) [Si l'individu se trompe] tant pis pour lui. Il aura au moins eu la satisfaction d'être l'artisan de son propre malheur, d'avoir déterminé lui-même ses engagements. La liberté est en soi une jouissance qui vaut bien quelques risques »<sup>2</sup>.*

---

<sup>1</sup> Deux ans auparavant, en septembre 1792, le législateur avait rompu avec un droit pluriséculaire en instaurant le divorce, allant même jusqu'à le permettre en cas de simple incompatibilité d'humeur ou de caractère, une hardiesse que notre époque pourtant permissive n'a pas renouvelée. Le divorce été revendiqué par la plupart des philosophes. Après Montaigne, Montesquieu, époux volage, avait eu au sujet de sa prohibition par le droit canonique des mots terribles, parce qu'en bien des cas ils ont dû être justes : « [Le christianisme] ôta non seulement toute la douceur du mariage, mais aussi donna atteinte à sa fin : en voulant resserrer ses nœuds, on les relâcha ; et au lieu d'unir les cœurs, comme on le prétendait, on les sépara pour jamais. Dans une action aussi libre et où le cœur doit avoir tant de part, on mit la gêne, la nécessité, et la fatalité du destin même. On compta pour rien les dégoûts, les caprices, et l'insociabilité des humeurs ; on voulut fixer le cœur, c'est-à-dire ce qu'il y a de plus variable, de plus inconstant dans la nature ; on attacha, sans retour et sans espérance, des gens accablés l'un de l'autre, et presque toujours mal assortis ; et l'on fit comme ces tyrans qui faisaient lier les hommes vivant à des corps morts », Montesquieu, *Lettres Persanes*, CXVI .

<sup>2</sup> Le droit romain avait montré la même inflexibilité en ce qui concerne la violence. Sauf dans des cas exceptionnels, elle ne constituait pas un vice du consentement : si l'individu n'avait pas été assez fort pour se faire respecter, là aussi, tant pis pour lui. On peut également penser au célèbre adage de Loysel : *En mariage, trompe qui peut*. Ou encore au *dolus bonus*, si présent dans nos pratiques de consommation actuelle.

Tout ce mouvement aboutit en 1804 à la formulation de l'article 1134 du Code civil:

*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.*

Cet article si connu a été amplement commenté. Soulignons en quelques aspects.

Il s'inspire d'un principe moral : le respect de la parole donnée, et de la bonne foi. Ulpien le disait déjà : « *Qu'y a-t-il de plus conforme à la bonne foi, qui doit régner entre tous, que d'observer ce qui a été convenu ?* »<sup>1</sup>

La volonté des parties est élevée à la dignité de la loi, source fondamentale du nouveau droit français. Elle entraîne l'intangibilité et l'irrévocabilité des engagements. Cependant, afin d'éviter les abus, elle doit être conforme à la loi<sup>2</sup>. D'autre part, l'évolution de la société, notamment dans le droit de la consommation, a tempéré ses conséquences : droits de repentir, pouvoir judiciaire de révision.

Tout juriste connaît ses grands principes et leur évolution générale. Nous avons cependant cru utile de les répéter. Car ils constituent notre modernité<sup>3</sup>. Et afin de mieux comprendre les conceptions très différentes qu'en ont eues certaines sociétés, familière aux ethnologues. Car les conceptions romaines valent sans doute *urbi*, mais pas *orbi*.

Il est bien difficile de définir les sociétés traditionnelles, tant il en existe d'exemples divers, depuis la société acéphale de chasseurs-cueilleurs, jusqu'aux sociétés para étatiques et sédentaires. Faute de place, contentons-nous d'une approximation : ce sont les sociétés non-occidentales étudiées par les ethnologues et anthropologues.

---

<sup>1</sup> Ulpien, *Digeste*, Livre II, Titre XIV, 1 .

<sup>2</sup> Bien des siècles auparavant, les juristes romains avaient posé des principes semblables en matière de *pactum* . Le prêteur s'engageait ainsi : « *Je ferai exécuter les pactes simples qui seront faits sans mauvaise foi, qui ne seront pas contraires aux lois, aux plébiscites, aux sénatus consultes, aux édits des princes, ou faits de manière à les frauder* » (*Digeste*, Livre II, Titre XIV, 7.).

<sup>3</sup> Pour combattre les stéréotypes, si fréquents dans l'histoire de notre Révolution, signalons que la haute noblesse compta des partisans des réformes. Parfois, après la tourmente révolutionnaire, certains furent conduits à un retour sur leurs idées de jeunesse. Ainsi du Comte de Ségur :

« *Nous respections extrêmement les vieux débris d'un antique régime dont nous frondions en riant les mœurs, l'ignorance et les préjugés... Nous nous sentions disposés à suivre avec enthousiasme les doctrines philosophiques que professaient des littérateurs spirituels et hardis. Voltaire entraînait nos esprits, Rousseau touchait nos cœurs, nous sentions un secret plaisir à les voir attaquer un vieil échafaudage qui nous semblait gothique et ridicule. Ainsi, quoique ce fussent nos rangs, nos privilèges, les débris de notre ancienne puissance qu'on minait sous nos pas, cette petite guerre nous plaisait. Nous n'en éprouvions pas les atteintes, nous n'en avions que le spectacle. Ce n'était que des combats de plumes et de paroles qui ne nous paraissaient pouvoir faire aucun dommage à la supériorité d'existence dont nous jouissions et qu'une possession de plusieurs siècles nous faisait croire inébranlable... La liberté, quel que fût son langage, nous plaisait par son courage ; l'égalité par sa commodité. On trouve des plaisirs à descendre tant qu'on croit pouvoir remonter des que l'on peut et, sans prévoyance, nous goûtions tout à la fois les avantages du patriciat, et les douceurs d'une philosophie plébéienne»,( *Mémoires* , cit. par G. Chaussinand- Nogaret, *La noblesse au XVIIIe siècle*, Éditions Complexe, Paris, 19 84,15-16).*



Ceux-ci se sont penchés sur leurs éléments constitutifs, ce qui fait lien en leur sein. Nous allons étudier leurs théories qui montrent toutes diverses formes de la réciprocité dans une première partie.

Nous illustrerons ensuite dans une seconde partie ces considérations théoriques par exemple des contrats dans certains droits traditionnels.

Mais une société ne tient-elle que sur la réciprocité ? Il nous semble que non. C'est pourquoi, dans une troisième partie, nous envisagerons comment notre droit envisage l'absence de contrepartie, qu'on peut aussi appeler l'altruisme. Cela à l'aide d'exemples pris essentiellement dans nos sociétés, ici et maintenant.

Il en résulte certaines considérations sur les notions de contrat et responsabilité dans les sociétés traditionnelles. Ces deux points seront traités dans un premier paragraphe.

## **I - Approches théoriques : don et obligation**

Certains auteurs, en anthropologie ou en histoire du droit, se sont penchés sur la question de l'engagement.

Quatre approches nous intéressent principalement : celles de Marcel Mauss et Henri Lévy Bruhl, que l'on peut qualifier d'auteurs anciens ; celles d'Etienne Le Roy et Alain Testard, qui sont nos contemporains.

### **A - Auteurs anciens : la dominante évolutionniste.**

**Marcel Mauss** (1872-1950), partisan de Dreyfus et de Jaurès, est un des pères de l'anthropologie française. Il doit prendre sa retraite en 1940 en raison de la législation antisémite de Vichy, mais conserve sa chaire de sociologie au Collège de France jusqu'en 1942. En 1924, il avait achevé son ouvrage le plus connu : *Essai sur le don-Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*. Plus tard, Claude Lévi-Strauss préfacera cette œuvre en la qualifiant de « révolutionnaire ». *A priori*, le don est hors sujet, puisque l'obligation suppose toujours une certaine forme de réciprocité. Mais pour Mauss, il est inséparable de la notion d'échange. Il entre de surcroît dans la catégorie des faits sociaux totaux, ceux à partir desquels on peut saisir l'ensemble du fonctionnement d'une société. Autrement dit, le don crée du lien social, comme l'obligation crée du lien juridique. D'ailleurs, Mauss présente le don comme une forme « archaïque » du contrat. Le don est échange, car il implique trois obligations : donner, recevoir, rendre. Mauss qualifie certains échanges de « prestations totales élémentaires ». Elles sont des procédés d'alliance. Par exemple, à Samoa, à la naissance d'un enfant, les biens utérins (*tonga*) sont échangés avec les biens masculins (*oloa*). La dimension temporelle est importante : les obligations doivent se succéder de manière différée. Rendre immédiatement signifierait qu'on refuse la dimension d'échange du don et le lien social qu'elle établit. D'autres prestations ont un caractère initialement compétitif, mais aboutissent à préserver la cohérence de la société tout entière : ainsi du *potlatch* (du terme indien *chinook*, donner), pratique observée dans des endroits très différents du monde, dans lesquelles les individus

à prestige, représentatifs d'un groupe, détruisent ostensiblement un certain nombre de richesses ou les redistribuent à tous<sup>1</sup>.

Mauss signale aussi l'emploi d'une fiction, qui rend possible l'échange institué à plus ou moins long terme. On ne donne pas simplement un objet, mais aussi une partie de soi-même. Les Maori appellent cela le *hau*. Il est facile de trouver dans nos propres mœurs des exemples de cette fiction. On dit qu'un cadeau vaut moins par sa valeur économique que par l'intention de celui qui le donne. Certains objets représentent pour nous la personnalité d'êtres chers : il n'est pas si facile de planter des aiguilles dans la photographie de nos enfants ou de personnes dont nous sommes amoureux. On peut aussi penser au droit moral de l'auteur qui est perpétuel : l'acheteur d'une œuvre d'art ne peut la détruire sans le consentement de l'auteur. Mauss lui-même cite une loi votée l'année de la rédaction de son œuvre instituant un droit de suite pour l'artiste et ses ayants droits sur les plus-values dans les ventes successives de ses œuvres. Il cite également des pratiques paysannes encore en usage à son époque<sup>2</sup>.

Comme toujours, les idées des auteurs d'une autre époque doivent être réinterprétées. Par exemple, *stricto sensu*, les analyses de Mauss concernent principalement des obligations entre des groupes (familles, clans) plus qu'entre des individus. Mais de manière moins apparente, nos sociétés modernes fonctionnent aussi suivant la logique des groupes. En témoignent par exemple le fait qu'il est bien difficile à un individu de faire carrière dans le monde politique sans être soutenu par un parti, la vigueur de la vie associative, l'introduction des actions de classe dans notre système de procédure. On peut aussi critiquer l'évolutionnisme latent dans la qualification du don comme une forme « archaïque du contrat ». En effet, ils coexistent plus qu'ils ne se succèdent. Et Claude Lévi-Strauss a bien montré que la « pensée sauvage » n'est pas la « pensée des sauvages » : pensée sauvage et pensée moderne coexistent en chacun de nous. Nous ne pratiquons pas le chamanisme. Mais l'astrologie, la voyance, qui sont des formes de divination, ont des millions d'adeptes dans notre propre société du début du XXe siècle<sup>3</sup>.

**Henri Lévy Brühl** appartient à la génération suivant celle de Marcel Mauss. C'est un historien du droit, précurseur de l'anthropologie juridique<sup>4</sup>. En 1968, il établit le programme de ce

---

<sup>1</sup> On peut peut-être esquisser un parallèle avec certains comportements dans nos sociétés. Par exemple, on sait qu'il est de bon ton pour des personnalités politiques ou de la presse *people* de faire savoir qu'elles sont engagées dans des œuvres caritatives. Cela renforce leur prestige et leur cote publicitaire.

<sup>2</sup> « *Les choses vendues ont encore une âme, elles sont encore suivies par leur ancien propriétaire et le suivent. Dans une vallée des Vosges, à Cornimont, l'usage suivant était encore courant il n'y a pas longtemps et dure peut-être encore dans certaines familles : pour que les animaux achetés oublient leur ancien maître et ne soient pas tentés de retourner « chez eux », on faisait une croix sur le linteau de la porte de l'étable, on gardait le licol du vendeur, et on leur donnait du sel à la main. A Raon aux Bois, on leur donnait une tartine de beurre que l'on avait fait tourner trois fois autour de la crémaillère et on la leur présentait de la main droite. Il s'agit, il est vrai, du gros bétail, qui fait partie de la famille, l'étable faisant partie de la maison. Mais nombre d'autres usages français marquent qu'il faut détacher la chose vendue du vendeur, par exemple : frapper sur la chose vendue, fouetter le mouton qu'on vend, etc. » ( M.Mauss, *Essai sur le don*, 105).*

<sup>3</sup> Et sous réserve de bien des nuances, on pourrait aussi faire rentrer dans ce catalogue de la pensée sauvage de notre époque certains usages des médecines dites douces ou de l'écologie.

<sup>4</sup> Cf. N.Rouland, Henri Lévy Brühl et l'avenir du droit, *Revue de droit prospectif*,25(1985), 510-530.

qu'on appelle encore l'ethnologie juridique<sup>1</sup>. Pour lui « *Ce serait commettre un grossier anachronisme que de vouloir attribuer aux peuples primitifs une notion d'obligation voisine de celle que le droit moderne a héritée des Romains. Cette catégorie ne peut que leur être étrangère, car elle est liée à une structure sociale et à une structure mentale différente. Le type de l'obligation moderne, sa source par excellence, est le contrat passé entre individus. Or la société primitive ne connaît pas d'individus, mais seulement des groupes(...)* Les relations ne se forment donc, le plus souvent, qu'entre groupes, ce qui implique qu'à ce niveau les obligations relèvent plus du statut du contrat »<sup>2</sup>. Il ne consacre donc aux obligations qu'une demi-page.

Notre point de vue est différent. Même si en effet la notion d'obligation est surtout appliquée aux relations entre des individus, dans nos sociétés modernes, une personne morale peut s'obliger et connaît même la responsabilité pénale. D'autre part, comme nous le verrons plus loin, si la distinction entre statut et contrat est tout à fait pertinente, il ne convient plus de l'utiliser dans une perspective évolutionniste. Nos sociétés aussi connaissent les statuts. Parmi d'innombrables exemples, on peut citer celui que donnent les diplômes.

## **B - Auteurs contemporains : la perspective de la complexification.**

**Etienne Le Roy**, élève de Michel Alliot<sup>3</sup>, appartient à ma génération et est un des principaux représentants de l'anthropologie juridique française. J'ai résumé sa théorie du contrat, illustrée par de nombreux exemples pris dans les sociétés africaines, dans un ouvrage paru en 1988<sup>4</sup>. Étienne le Roy classe les sociétés en quatre types ordonnés suivant un critère de complexité croissante : élémentaire, semi- élémentaire, semi- complexe, complexe. Le don existe dans toutes les sociétés, mais il est prédominant dans les deux premiers types. En revanche, le contrat n'apparaît que dans les deux derniers. Le don se différencie essentiellement du contrat par le mécanisme de sa sanction. Le don ne comporte pas véritablement de sanction juridique : si le contre-don n'est pas effectué, l'alliance n'est pas formée et cette carence peut même mener jusqu'au conflit<sup>5</sup>. Dans le cas du contrat, il existe bien une sanction judiciaire, dans la mesure où la complexification de la société a entraîné l'apparition de certaines autorités capables d'y procéder. En somme, la distinction entre notre approche et celle d'Étienne le Roy conduit à un des débats majeurs de l'anthropologie et de la théorie juridiques : quel est le domaine du droit ? À cette interrogation, il n'existe pas à cette date de réponse qui fasse l'unanimité.

Dans l'histoire des théories anthropologiques, la complexification a remplacé le vieux critère évolutionniste, historiquement lié à la colonisation.

---

<sup>1</sup> Cf. Henri Lévy Brühl, Introduction à l'ethnologie de l'appareil juridique, dans : J.Poirier(dir.), *Ethnologie générale*, Paris, Gallimard, La Pléiade, 1968,10 91-11 79.

<sup>2</sup> *Ibid*, 1151.

<sup>3</sup> Michel Alliot est récemment décédé.

<sup>4</sup> Cf. N.Rouland, *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 19 188,267-276.

<sup>5</sup> Quand Ulpien définit le *pactum*, il fait remarquer l'étymologie commune à ce terme et celui de *pax* ( Ulpien, *Digeste*, Livre II, Titre XIV, 1.

Plus récemment, un anthropologue français, **Alain Testard**, prématurément disparu en septembre 2013, a centré ses analyses sur la notion de complexification<sup>1</sup>. Claude Lévi-Strauss avait déjà montré la complication des classifications de la pensée sauvage et remarqué que la complexification sociale ne s'accompagne pas nécessairement d'une complexification technologique (ce que nous appelons vulgairement « le progrès »). Alain Testard renoue avec l'ambition et la légitimation ultimes de l'anthropologie : aboutir à une classification générale des sociétés. Il refuse la « loi » de complexification croissante au moins dans sa version globalisante : certaines sociétés n'auraient pas choisi la voie de la technologie en raison de la complexité de leurs structures sociales, principalement parentale, suffisante à assurer leurs besoins essentiels. Il en va par exemple ainsi des Aborigènes d'Australie, des San d'Afrique australe, des Inuit, des Indiens d'Amazonie. Pour lui, le critère essentiel est celui du mode d'utilisation de la terre. Dans un mode « non-fundiaire », c'est l'usage qui est déterminant. Dès que la terre cesse d'être exploitée, une autorité l'attribue à un autre usager. Le travail de la terre permet ainsi la constitution d'un lien social fondamental : l'union conjugale. Car le plus souvent, le mariage exige des ressources de la part du prétendant masculin qui doit effectuer des versements à sa future belle-famille. Ce fut par exemple le cas de la *dos ex marito* des peuples barbares qui prennent la suite de l'Empire romain d'Occident.

Mais quand est institué un droit de propriété distinct du droit d'usage, l'utilisateur peut ne plus être seulement le propriétaire. Le propriétaire peut alors louer sa terre à quelqu'un qui va la travailler concrètement, ce qui donne naissance au mécanisme de la rente foncière, et à la propriété de ce que Karl Marx avait appelé les moyens de production. Ces sociétés de propriétaires ne sont pas nécessairement des sociétés étatiques, et donc non plus les sociétés les plus complexes : l'autorité peut être partagée entre les membres de l'oligarchie foncière. Quand la centralisation du pouvoir politique se fait, l'État apparaît, et avec lui nos sociétés de classes. Pour Alain Testard, l'émergence de l'État n'est pas forcément synonyme de complexification : des organes chargés de rendre la justice apparaissent, ce qui est un élément au contraire simplificateur de la vie sociale.

Ceci dit, il paraît difficile d'évacuer l'histoire de cette classification. Comme le fait remarquer Maurice Godelier, la longue transition néolithique dessine un clivage fondamental qui se résume en la conjonction de plusieurs facteurs : apparition de la propriété privée, renforcement de la hiérarchie sociale, sédentarisation, spécialisation de certains dans des fonctions utiles à l'ensemble de la société<sup>2</sup>. C'est au fond la naissance de ce que les juristes appellent le service public et la notion de souveraineté.

Est-il possible d'aller plus loin ? Les théories sont toujours le reflet de leur époque. On commence à se souvenir que les civilisations sont mortelles, et que la nôtre est peut être condamnée. L'optimisme des années 60 n'est plus de mise. On connaît nos angoisses écologiques. Claude Lévi-Strauss redoutait par ailleurs la réduction de la diversité culturelle, qui lui paraissait inévitable<sup>3</sup>. En

---

<sup>1</sup> Cf. Alain Testard, *L'esclave, la dette et le pouvoir*, Editions Errance, 2001 ; *Éléments de classification des sociétés*, Editions Errance, 2005.

<sup>2</sup> Cf. Maurice Godelier, *Au fondement des sociétés humaines*, Paris, Flammarion, 2010

<sup>3</sup> La mondialisation semble aller dans ce sens, mais le diagnostic n'est pas certain. Elle provoque aussi des réactions identitaires. D'autre part, les monothéismes ont en général résisté à l'érosion ; en particulier l'islam qui, pour le pire ou le meilleur sait allier modernité technologique et fidélité au message pluri-séculaire du Prophète. À Hong Kong, quand on construit un nouvel immeuble, ultramoderne, on prend bien soin de l'orienter suivant les règles de la tradition. Il y a

1988, l'anthropologue américain Joseph Tainter, dans son ouvrage *Collapse of complex societies*, montrait qu'au-delà d'un certain seuil, l'accroissement de la complexité conduisait à l'effondrement d'une société. Ce fut pour lui le cas de l'Empire romain dans lequel le coût des infrastructures économiques et administratives devint prohibitif. On peut à notre sens en dire autant des guerres. Le sort d'une civilisation peut passer par celui des armes. Que serait-il arrivé si Hannibal avait vaincu Scipion, si Napoléon ou Hitler avaient gagné leurs guerres ? Nos sociétés seraient aujourd'hui certainement bien différentes.

Quoi qu'il en soit, dans ce cadre, et comme dans la présentation d'Étienne le Roy, le contrat n'existe pas dans toutes les sociétés : à notre sens, il ne naît que dans les sociétés fondées sur la propriété foncière, et serait donc concomitant de l'apparition du droit de propriété. Il permettrait ainsi les transactions entre les propriétaires des terres.

Tels sont donc les principaux rappels historiques des apports de la théorie anthropologique à la notion d'obligation. Mais plus précisément, l'obligation conduit au contrat. Qu'en est-il donc des relations contractuelles dans les sociétés traditionnelles ?

## **II - Contrat et responsabilité dans les sociétés traditionnelles**

A travers l'exemple de l'Afrique Noire, j'ai choisi de privilégier les sociétés traditionnelles à modèle communautarisme. Je commencerai par donner les caractéristiques de ce modèle, puis j'en donnerai les conséquences dans l'exemple africain.

### **A - Le modèle communautariste**

Le modèle communautariste suppose le partage d'un même territoire, d'une langue commune, de divinités et d'ancêtres communs, des mêmes amis et ennemis, du même ensemble de coutumes. Les divisions sociales existent (par exemple, les classes d'âge) mais elles ne sont pas présentées comme des oppositions et tendent à faire prédominer la complémentarité. L'individu existe, mais il appartient simultanément à plusieurs groupes (parenté légitime, parenté à plaisanterie, âge, etc.)<sup>1</sup>. Seuls les individus considérés comme représentants d'un groupe peuvent intervenir dans la vie juridique, en fonction des attributions reconnues au groupe dont l'individu relève. Suivant sa position dans la hiérarchie sociale, chaque groupe aura un type propre de compétences, et seul son représentant sera habilité à intervenir dans la vie juridique : le chef de lignage pour les affaires parentales, le chef de village pour l'administration locale, etc. Un individu ne devient ou ne demeure représentant d'un groupe auquel il appartient que s'il est capable d'en assurer la fonction. Plus le représentant d'un groupe dispose de droits importants, plus ses charges sont lourdes.

---

quelques années, j'ai moi-même discuté en Inde avec un cadre supérieur d'une compagnie aérienne : il m'a indiqué que les contrats importants n'étaient jamais signés à certaines dates, considérées comme néfastes, ce qui était déjà une attitude des Romains...

<sup>1</sup> Pour plus de détails, cf. : N. Rouland, *op.cit.*, 204-207 ; Étienne le Roy, Communautés d'Afrique Noire et protection des droits de l'individu face au pouvoir, dans : *L'individu face au pouvoir*, Recueil de la société Jean Bodin, Bruxelles.

Autrement dit, l'obligation est moins au profit ou à la charge de l'individu qu'à ceux du représentant du ou des groupes auxquels il appartient. De même, certaines obligations qui auraient pour effet de remettre en cause la continuité du groupe ne peuvent se former : ainsi le principe d'exo-transmissibilité de la terre lignagère interdit-il la cession de la terre à un membre étranger aux lignages. On notera également que les contrats réels, formés par la remise de la chose, sont beaucoup plus nombreux que les contrats consensuels, formés par l'accord des volontés des parties, car, par leur matérialité, les premiers permettent beaucoup mieux que les seconds, le contrôle des actes des individus par les groupes.

## **B - Typologie des contrats en Afrique Noire**

Étienne le Roy définit le contrat en Afrique noire «... *comme une convention organisée par la remise de la chose s'accompagnant d'un échange de paroles* ». Dans le cas où le contrat porte sur une chose, il traite les choses différemment suivant la valeur que leur accordent les groupes auxquels appartiennent les parties. Certaines choses ne peuvent faire l'objet d'un accord contractuel entraînant leur cession définitive : ce sont les biens parentalisés, c'est-à-dire totalement identifiés au groupe familial (terre, autel, instruments de culte). D'autres choses ne pourront être l'objet de contrat qu'en certaines circonstances et avec l'accord des groupes : ce sont les biens communautaires (champ de case chez des pasteurs, bétail chez des agriculteurs). Certaines choses ne sont soumises qu'à la volonté de leurs détenteurs, mais circulent peu, parce que liées à leur personnalité : ce sont les avoirs individualisés (bijoux, parures, outils). Enfin, certaines choses seront des objets préférentiels des relations contractuelles, car à la fois elles ne dépendent que de la volonté des co-contractants et circulent facilement : ce sont des avoirs matérialisés (monnaies, ou para-monnaies telles que des mesures de celle de miel, des rouleaux de cotonnades, etc.). La vocation d'une chose à devenir un objet contractuel dépend donc de la nature sociale de cette chose.

La réalisation de l'accord contractuel peut s'effectuer au moyen de la remise de la chose, et de la parole ; mais étant donné la prédominance des contrats réels, l'échange de paroles est relativement secondaire par rapport aux opérations concernant la chose. Le degré de formalisme dépend de la nature de la chose, qui implique un plus ou moins grand contrôle de la part des groupes des cocontractants. Les biens les plus importants sont les biens communautarisés. Les contrats les concernant sont donc réels, oraux et formalistes. Les formes peuvent résider dans l'emploi de formules sacramentelles (courantes dans l'ancien droit romain), de procédures cérémonielles de remise de la chose. Les contrats concernant les avoirs individualisés sont réels, oraux et non formalistes. Si les procédures formelles apparaissent néanmoins, elles sont relativement accessoires, et non pas constitutives de la validation du contrat. Les contrats concernant les avoirs matérialisés sont réels, non formalistes, et ne nécessitent pas de formalisme ou l'oralité. En effet, les avoirs matérialisés ne constituent que des richesses accessoires, et donc le contrôle des transactions dont ils sont l'objet est très limité. La validation du contrat ne s'effectue que par la détention de la chose.

Dans les sociétés traditionnelles, à l'inverse des sociétés modernes individualistes, les sanctions de l'inexécution des contrats ont un caractère plus social qu'économique (blâme public, mise en quarantaine). Le caractère social de la sanction est d'autant plus marqué que le groupe s'estime concerné par le dommage : elle s'exprimera alors surtout sous forme de peines corporelles ou morales. À l'inverse, quand ce sont surtout des intérêts individuels qui sont en cause, les peines auront un caractère plus matériel (exécution forcée, remise en état initial : le féticheur qui ne parvient pas à obtenir le résultat souhaité par son client doit le rembourser). En outre, existe un certain nombre de sûretés.

Par tous ces exemples, on comprend donc l'importance de ce qu'on peut appeler la règle de distance sociale. On entend par là le degré de proximité ou d'éloignement qui unit ou éloigne des individus ou des groupes aux différents niveaux de la vie sociale. Plus la distance sociale est élevée, plus les contrats mettront en jeu des prestations onéreuses et anonymes ; plus elle est restreinte, plus les prestations seront symboliques et personnalisées.

Beaucoup d'anthropologues du droit pensent que dans nos sociétés, les relations contractuelles ne peuvent intervenir qu'entre des individus dont les relations sont minimales, limitées à l'objet du contrat. Étienne le Roy remarque avec justesse que ce n'est pas toujours le cas : des individus unis par des liens divers (de sang, d'alliance, etc.) peuvent malgré tout emprunter la voie contractuelle pour sanctionner certaines de leurs relations. Les contrats de mariage entraînent à la fois des droits et des devoirs réciproques entre époux, ainsi qu'un aménagement de leurs rapports patrimoniaux. Cependant, les contrats entre conjoints ont toujours été regardés avec une certaine suspicion : la prohibition de la vente entre époux n'a été abrogée qu'en 1985. En somme, au moyen de la contractualisation de la relation, les parties choisissent de juridiciser les domaines de la vie sociale qu'elles considèrent comme particulièrement importants.

Ces derniers exemples montrent que l'anthropologue s'intéresse non seulement aux sociétés lointaines, mais aussi aux nôtres. C'est pourquoi, dans une partie terminale, je souhaite me livrer à quelques réflexions que m'inspire le thème de l'obligation dans notre droit positif et la société française du début du XXI<sup>e</sup> siècle.

### **III - Ici et maintenant**

La notion d'obligation repose sur l'idée d'une contrepartie. De manière plus générale, notre droit positif considère avec réticences ou précautions les engagements ne reposant pas explicitement sur l'idée d'une contre prestation. J'en donnerai quelques exemples dans un premier paragraphe, avant de me livrer à quelques réflexions sur un parent considéré comme pauvre dans nos sociétés actuelles : l'altruisme.

#### **A - Réticences et précautions du droit positif**

Tout d'abord, l'obligation naturelle. La plupart des juristes d'aujourd'hui la font reposer sur un fondement moral et une opinion commune. C'est un devoir de conscience, qui ne lie pas automatiquement le débiteur. Mais si celui-ci exécute spontanément son obligation, le droit crée un lien juridique à partir de cet acte. Par exemple, si un frère vient en aide à sa sœur dans le besoin, le juge peut contraindre le frère à continuer à l'aider même s'il ne le désire plus. L'article 1235 du

Code civil dispose en effet que : « *Tout paiement suppose une dette : ce qui a été payé sans être dû, est sujet à répétition. La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées* ».

La gestion d'affaires repose également sur une idée morale de bienveillance. C'est un quasi-contrat. Aux termes de l'article 1371 du Code civil, « *Les quasi contrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties* ».

La gestion d'affaires consiste pour une personne à s'immiscer spontanément et à bon droit dans les affaires d'une autre personne, dans une vue désintéressée et pour lui rendre service. Comme dans l'obligation naturelle, il s'agit donc d'un acte de nature au départ purement moral que le droit finit par sanctionner. Par exemple, un individu s'apercevant que l'appartement du voisin a été cambriolé en son absence prend l'initiative d'avertir la police et de faire changer les serrures, cela sans aucun mandat. Le gérant doit avoir agi dans l'intérêt d'une personne déterminée, et non pas pour l'intérêt général (dans notre exemple, l'ordre public). Il doit avoir agi de façon spontanée et désintéressée : le service qu'il a rendu ne doit lui procurer aucun avantage, même indirectement. Autre condition juridique qui trouve sa source dans la moralité, le gérant doit avoir agi de façon utile, et s'être comporté en bon père de famille, ce qui sera apprécié par le juge. Moyennant quoi, il pourra être seulement indemnisé de son action par le bénéficiaire.

Autre quasi-contrat, l'enrichissement sans cause. Il est fondé sur l'idée morale que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui. Celui qui se sera acquitté sans raison d'une obligation envers un tiers pourra donc lui demander le remboursement de ses dépenses. Ici encore, le droit vérifie le caractère altruiste de l'acte. Le créancier de l'obligation doit s'être appauvri, le débiteur doit s'être enrichi sans qu'il y ait de cause juridique à son enrichissement. À la différence des exemples précédents, il n'existe pas de formulation expresse de l'enrichissement sans cause dans le Code civil, qui ne prévoit que des cas particuliers : par exemple, les constructions faites sur le terrain d'autrui ; les récompenses dues par un époux à l'autre, lorsqu'il s'est enrichi aux dépens de la masse commune. C'est la jurisprudence qui a élargi ces cas particuliers à partir de la fin du XIXe siècle.

A ces diverses éventualités, mais dans un tout autre contexte, on peut ajouter le cas de la donation. Le droit multiplie les précautions, ce qui ne serait pas le cas s'il considérait l'altruisme comme une attitude banale. Il impose d'abord la forme notariée, qui suppose l'intervention d'un tiers ; à titre onéreux, mais qui protège aussi le donateur.

A la différence des quasi-contrats, le bénéficiaire de la donation en est nécessairement averti, puisqu'il doit formellement l'accepter. Il existe évidemment plusieurs catégories de donations. La donation entre époux, comme le testament, est toujours révocable, mesure de protection du donateur. Dans les autres cas, le principe est à l'inverse celui de l'irrévocabilité de la donation (article 894 du Code civil), ce qui protège le donataire. Mais le donateur peut toujours prévoir une condition suspensive, qui subordonne la donation à la réalisation d'un événement extérieur, à condition que cet événement ne dépende pas de sa volonté (par exemple, l'obtention d'un permis de construire par le donataire). Les conditions d'ordre moral sont particulièrement perceptibles dans une exception au principe d'irrévocabilité (article 955 du Code civil) : l'ingratitude du donataire



envers le donateur, qui peut se matérialiser par le refus d'aliments, ou, *a fortiori*, par des sévices ou injures graves envers le donateur, jusqu'à l'homicide ou à la tentative d'homicide.

Autre cas de donation, plus spécifique de la modernité, celui du don d'organes. Le donateur est particulièrement protégé, puisqu'il n'est pas lié par son propre consentement, lequel est révocable à tout moment. La condition d'altruisme est essentielle, puisque le législateur a imposé la gratuité des transferts d'éléments et produits du corps humain, ce qui n'interdit cependant pas que le donneur soit indemnisé de certains frais. Le Code civil prévoit expressément que : *le corps humain, ses éléments et produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial*, et que *les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain sont nulles*. Altruisme renforcé par la condition d'anonymat du donneur, montrant bien la volonté du législateur d'empêcher la formation d'un contrat entre le donneur et le receveur. De manière plus générale, et avec le doyen Carbonnier, on peut penser que les lois bioéthiques aboutissent au constat que le corps humain ne fait pas partie des choses. Comme le fait remarquer avec finesse Anne Joubert<sup>1</sup>, il aurait pu en aller autrement : l'intégration du corps humain à la catégorie des choses n'aurait pas empêché de prévoir sa protection renforcée, de manière à ce que soit respecté le principe moral de dignité humaine. En agissant autrement, très probablement sans le savoir, le législateur a ressuscité la catégorie du don analysée par Marcel Mauss, qui opère dans l'objet donné un mélange entre sa matérialité et une partie de la personnalité du donateur.

Ces divers exemples sont autant de cas de chevauchements entre le droit et la morale. Élargissons nos réflexions à des dimensions plus sociologiques, et même psychologiques.

## **B - L'altruisme dans les sociétés modernes: un parent pauvre ?**

Les analyses de Marcel Mauss nous ont montré la face de Janus du don : il n'est qu'en principe altruiste, puisqu'il appelle un contredon. Le don ne se confond donc pas avec la gratuité.

En témoignent les pratiques d'évergétisme, si nombreuses dans l'Antiquité, et dont les vestiges grecs et romains témoignent par divers monuments de la reconnaissance populaire. On pense bien sûr au fameux *panem et circenses*, qu'on peut peut-être rapprocher des cadeaux fiscaux en période électorale, ou des jeux télévisés. Mais la munificence n'était pas qu'impériale. Dans l'ensemble du monde gréco-romain, les pratiques d'évergétisme abondent. Par exemple la *sparsio*, consistant à lancer à la foule des oiseaux rares, des coupes d'or et d'argent, de perles et de pierres précieuses. Ces dons n'étaient pas altruistes, car ils étaient opérés dans l'attente de contreparties politiques (élection à des charges impériales ou municipales). Le contexte change dans l'Europe chrétienne. La charité remplace l'évergétisme. Elle n'est qu'en partie altruiste, dans la mesure où c'est une condition de l'accès au paradis après la mort. Dans nos sociétés, la charité laïque et altruiste existe : par exemple, le téléthon. L'évergétisme privé également : les grandes entreprises ou les personnages très fortunés peuvent créer des fondations. L'État les y encourage, en prévoyant des défiscalisations. L'anthropologue Maurice Godelier souligne d'ailleurs l'importance du don dans nos sociétés :

---

<sup>1</sup> Cf. Anne Joubert, *sub verbo* Don, dans : *Dictionnaire de la culture juridique*, D.Alland et S.Rials dir.), Paris, PUF, 2003,420.

«... Aujourd'hui, devant l'ampleur des problèmes sociaux, le don est en passe de redevenir une condition objective, socialement nécessaire, de la reproduction de la société »<sup>1</sup>.

D'autres pratiques contemporaines doivent retenir notre attention, dans lesquelles le don intéressé et l'altruisme se mélangent, et apparaissent parfois comme une condition du bonheur.

On dit souvent, à juste titre, dans nos sociétés modernes, la solitude non choisie est le revers de la médaille de l'individualisme. On sait que dans les grandes villes, notamment à Paris, deux personnes sur trois vivent seules. Les divorcés non remariés ont de nouveau des relations affectives et sexuelles avec une autre personne, mais habitent dans des domiciles séparés et ne se voient que pour les bons moments (sorties, voyages etc.). Cette mutation de la vie en couple est une des formes de la vie amoureuse. On peut douter qu'il s'agisse d'amour, dans la mesure où celui-ci suppose le partage du meilleur, mais aussi du pire quand il survient, et en tout cas du quotidien.

Attardons-nous aussi sur le sort des seniors, en inexorable augmentation, en raison de l'accroissement sans précédent historique de la durée de la vie. Ceux du troisième âge sont de plus en plus actifs, et des études psychologiques montrent que la sensation de bonheur est plus fréquente à partir de la soixantaine<sup>2</sup>. Les études récentes, opérés entre 2008 et 2013, mettent en relief un risque de dépression accru vers la quarantaine, et un accroissement de la sensation de bonheur à partir de la soixantaine. Dans l'âge médian, les responsabilités sont multiples et provoquent le stress ; à partir du troisième âge, elles décroissent, les enfants ont quitté le foyer, la retraite permet la liberté dans la mesure où la forme physique des *papy boomers* demeure<sup>3</sup>. Mais vient le quatrième âge, et son cortège de dépendances. Et là, les choses changent beaucoup. Dans les sociétés traditionnelles, les personnes âgées étaient respectées, car elles elles étaient censées avoir l'expérience, une forme de sagesse. À partir du XXe siècle, le monde a énormément changé dans les sociétés développées : un homme de ma génération (je suis né en 1948) a vu la naissance de la photocopie, d'Internet, de Google, des réseaux sociaux, du téléphone portable, etc.... Une révolution non seulement technologique, mais aussi mentale : il faut moins rechercher l'information qu'apprendre à la gérer. Dans ces conditions, les jeunes générations ne peuvent plus bénéficier d'une expérience que les anciennes n'ont pas acquise. Les personnes véritablement âgées sont donc envoyées dans des maisons de retraite, objet de scandale pour les individus issus de sociétés traditionnelles quand ils en ont connaissance :

---

<sup>1</sup> Cf. M.Godelier, *L'énigme du don*, Paris, Fayard, 1996. Voir aussi :J.-L.Marais, *Histoire du don en France de 1800 à 1939, dons et legs charitables, pieux et philanthropique*, Rennes,PUR, 1999.

<sup>2</sup> Cf. Le bonheur, modes d'emploi, *Les grands dossiers des sciences humaines*, 35 (2014).

<sup>3</sup> Une liste de références est disponible dans l'article de David Blanchflower et Andrew Oswald, Is well being U-shaped over the life cycle, *Social Science and Medicine*, LXVI,2008. Contre l'idée communément admise que la perte d'un enfant est le pire des deuils, on apprend même que sa compensation financière serait moindre que celle de la perte d'un époux : 300 000 € pour un époux ; 210 000 € pour un enfant ; 120 000 € pour un parent plus éloigné ; 75 000 € pour un ami (Cf. Andrew Oswald et Nattavudh Powdthavee, Death, happiness,and the calculation of compensatory damages, *Journal of Legal Studies*, XXXVII,2,2008.

« *Vous rejetez vos vieux et vos propres parents !* »<sup>1</sup>. Car si l'altruisme est inscrit dans nos gènes en ce qui concerne les rapports des parents envers les enfants jusqu'au sacrifice de la vie, non seulement chez les humains, mais aussi chez les mammifères, il n'en va pas de même pour l'inverse. Et le respect de la personne âgée vient de son utilité et de l'éducation, c'est-à-dire de la culture. Et la notre valorise beaucoup plus la jeunesse que la vieillesse (cf. notamment la publicité).

La solitude semble donc être le lot du quatrième âge, justement dans une période de la vie où l'accompagnement devient de plus en plus nécessaire...

Mais elle possède aussi des antidotes, moins visibles, mais néanmoins réels, comme le développement du bénévolat<sup>2</sup>. Quelques chiffres sont révélateurs. Dans la France d'aujourd'hui, une personne sur trois est impliquée dans des actions de bénévolat ; 16 millions de bénévoles sont inscrits dans des associations. Comme on s'y attend, c'est dans le troisième âge qu'on trouve proportionnellement le plus de bénévoles : parmi les plus de 70 ans, une personne sur deux fait du bénévolat. Mais les jeunes ne sont pas vraiment en reste : parmi les moins de 25 ans, 32 % sont bénévoles. Au début de l'année 2014, le Premier ministre Jean-Marc Ayrault a fait de l'engagement associatif une grande cause nationale, offrant notamment aux associations des moyens de faire leur publicité gratuitement sur les radios et des chaînes publiques de télévision.

Ces engagements sont-ils altruistes ? Comme l'indique la notion même de bénévolat, ils n'ont pas pour but l'enrichissement économique, même si les bénévoles peuvent être défrayés. Mais il apporte d'importantes contreparties psychologiques : au premier rang, le sentiment de la réalisation de soi, l'estime de soi, et aussi le sentiment d'appartenance à un groupe. En ce sens, le bénévolat n'est pas gratuit. Mais il serait erroné de concevoir l'altruisme comme une disposition purement morale, sans aucune contrepartie positive : en ce cas, il serait certainement très rare...

Il est en tout cas certainement une des conditions du bonheur<sup>3</sup>. Depuis des siècles, les moralistes enseignent que la recherche du bonheur égoïste mène le plus souvent à l'échec. Ils ont raison. Notamment parce que l'homme vit en société. Dans son best-seller<sup>4</sup>, Frédéric Lenoir retrace l'évolution de la distinction entre bonheur individuel et bonheur collectif. Il y a quinze siècles, dans une simultanéité troublante, émergent en Occident et en Orient des maîtres de sagesse. Karl Jaspers a qualifié cette époque de « période axiale » dans l'histoire humaine. Les grands philosophes grecs, mais aussi Confucius (le *junzi*, « homme de bien » confucéen, ressemble beaucoup au sage stoïcien), Lao Tseu, le Bouddha affirment la nécessité d'un travail intérieur conduisant au bonheur, et sa preuve dans l'existence concrète de celui qui l'enseigne : le sage doit servir d'exemple à tous. Le bonheur solitaire est une utopie. Pour ces maîtres, mais aussi pour les Lumières du XVIIIe siècle, le bonheur individuel ne peut être atteint que dans le cadre plus général de la poursuite du bien commun. Ce rapport commence à s'inverser dans la seconde partie du XXe siècle qui conduit à

---

<sup>1</sup> C'est l'exclamation d'un Fidjien qui découvre les maisons de retraite aux États-Unis (Cf. Jared Diamond, *Le monde jusqu'à hier-Ce que nous apprennent les sociétés traditionnelles*, Paris, Gallimard, 2012, 248).

<sup>2</sup> Cf. C. Dansat, être bénévole : une quête de sens, Cerveau et psycho, Juliette-août 2014, 57-63. Plus largement : V. Tchernonog, *Le paysage associatif français : mesures et évolutions* Paris, Juris Editions, Dalloz, 2013.

<sup>3</sup> Cf. la somme récente de Matthieu Ricard, *Plaidoyer pour l'altruisme-La force de la bienveillance*, Nil, 2013.

<sup>4</sup> Cf. Frédéric Lenoir, *Du bonheur-Un voyage philosophique*, Paris, Fayard, 2013, 113-119.

une seconde « révolution individualiste » : l'individu devient Narcisse, égotiste et égoïste, comme dans les romans de Michel Houellebecq. Mais Frédéric Lenoir insiste sur des signes datant d'une quinzaine d'années montrant qu'une troisième révolution est peut-être en cours : essor des spiritualités orientales, naissance du mouvement altermondialiste, développement de la conscience écologique, micro crédit, finance solidaire, etc. Pour lui : « *Ces divers mouvements sont révélateurs d'un besoin de redonner du sens tant à sa vie personnelle, à travers un travail sur soi est un questionnement existentiel, qu'à la vie commune à travers un regain des grands idéaux collectifs(...) L'intérêt de chacun réside ainsi dans le bonheur de tous*<sup>1</sup> ».

Comment ne pas souhaiter qu'il ait raison ?

L'altruisme a été comme l'égoïsme un des facteurs de survie dans le processus évolutif. Contrairement à ce qu'enseignait Sigmund Freud, l'altruisme semble être un élément originel du psychisme humain. Dès l'âge de un an, le petit enfant manifeste spontanément des comportements d'entraide et de coopération qui n'ont pas été appris. Ce n'est qu'à partir de cinq ans que l'enfant cesse de coopérer inconditionnellement, et que le conditionnement éducatif commence à produire des effets perceptibles.

---

<sup>1</sup> Le droit peut y aider. Il y a bien des siècles, Ulpien affirmait déjà : *Les préceptes du droit sont de vivre honnêtement, de ne faire tort à personne, et de rendre à chacun ce qui lui est dû* ( Ulpien, *Digeste*, Livre I, Titre I, 10, 1.

# L'apport de la pensée grecque au processus de formation des premières notions juridiques

Lydia Paparriga-Artémiadi<sup>1</sup>

**I - Époque pré-classique–classique.** L'intégration d'éléments grecs ou hellénistiques à l'œuvre codificatrice de Justinien est l'écho de contacts culturels séculaires entre Rome et la Grèce. Ces derniers, qui apparaissent dès le milieu du VIII<sup>e</sup> siècle av. J.-C.<sup>2</sup>, deviendront particulièrement manifestes du IV<sup>e</sup> siècle jusqu'au milieu du VI<sup>e</sup> siècle ap. J.-C. dans des courants idéologiques opposés qui s'alimentent mutuellement comme ceux du scepticisme, du stoïcisme - sous la forme des enseignements du stoïcisme moyen et impérial - de l'épicurisme, du néo-pythagorisme, du cynisme, du moyen et du néo-platonisme ainsi que de la seconde sophistique<sup>3</sup>. On considère tout d'abord comme cause primordiale des influences grecques le haut niveau de la civilisation grecque, largement perceptible à travers les diverses relations de commerce, d'administration, de diplomatie et d'éducation. Mais l'esprit de tolérance et d'acceptation qui était un trait montré généralement par Rome, particulièrement à partir de l'époque de Constantin le Grand, contribua également à l'incorporation d'éléments culturels et juridiques venus des provinces romaines et notamment de Grèce, modèle culturel par excellence, afin qu'agisse plus efficacement le processus de romanisation des provinces orientales<sup>4</sup>. D'ailleurs, ces éléments déclenchèrent l'effort constant et conscient de l'aristocratie romaine de créer, pour des raisons principalement nationalistes, une tradition culturelle romaine pouvant rivaliser avec celle de la Grèce<sup>5</sup>. Sur ce point, un effet décisif

---

<sup>1</sup> Docteur en histoire du droit, Directrice de recherche (Institut d'Histoire du Droit grec, Académie d'Athènes).

<sup>2</sup> Cf. F. SENN, « De l'influence grecque sur le droit romain de la fin de la République (Les principes du droit) », [*Atti del Congresso Internazionale di diritto romano* (désormais: *ACIR*), vol. I], Rome 1933 (Pavie 1934), pp. 103-104; P. GRIMAL, *Le siècle des Scipion. Rome et l'hellénisme au temps des guerres puniques*, Paris 1957, pp. 18-23 ; F. PRINGSHEIM, *Ἡ ἐλληνική ἐπίδρασις ἐπὶ τοῦ Ρωμαϊκοῦ Δικαίου* [L'influence grecque sur le droit romain] (trad. grecque D. GOFAS), *Ἐφημερίς Ἑλλήνων Νομικῶν* [Annuaire des juristes grecs](désormais: *EEN*) 26 (1959), p. 607 (= « Griechischer Einfluß auf das Römische Recht », *Bulletino dell'Istituto di diritto romano "Vittorio Scialoja"* (désormais: *BIDR*) 3 sér. 2 (1960), pp. 1-17); J. KAIMIO, *The Romans and the Greek Language*, [*Commentationes Humanarum Litterarum*, 64], Helsinki 1979, p. 41 n. 110 et les références bibliographiques détaillées.

<sup>3</sup> Cf. F. COPLESTON, *A History of Philosophy. I. Greece and Rome* 7, Londres 1946 (réimp. 1976), p. 379 et suiv.; G.W. BOWERSOCK, *Greek Sophists in the Roman Empire*, 4 et suiv.; M. CLARKE, *Rhetoric at Rome. An Historical Survey*, Londres 1953 (1962), p. 130 et suiv.; J. DILLON, *The Middle Platonists: A Study of Platonism 80 B.C. to A.D. 220*, Londres 1977; C. CASTNER, *Prosopography of Roman Epicureans: From the second century B.C. to the second century A.D.*, Francfort-sur-le-Main 1988; G. ANDERSON, *The Second Sophistic*, Londres 1993; S. GERSH, *Middle Platonism and Neoplatonism: The Latin Tradition*, Notre Dame 1986.

<sup>4</sup> Voir à titre indicatif L. WENGER, « Sur le droit romain, le droit comparé et l'histoire des droits antiques », [*Introduction à l'étude du droit comparé: Recueil d'études en l'honneur d'Ed. Lambert*, vol. I], Paris 1938, pp. 139-141, 144; G. W. BOWERSOCK, *Augustus and the Greek World*, Oxford 1965, pp. 30-41, 73-84; M. KASER, *Das Römische Privatrecht*, (désormais: *RPR*), vol. II, Munich 1971-1975, § 46, 179/vol. III, § 192, 192 II.2c; J. KAIMIO, *The Romans and the Greek Language*, *op.cit.*, p. 32, 36, 46 n. 143; P. VEYNE, « L'identité grecque devant Rome et l'Empereur », *Revue des Études Grecques* (désormais: *REG*) 112 (1999), principalement p. 531 et suiv., et les références bibliographiques détaillées.

<sup>5</sup> M. CLARKE, *Rhetoric at Rome*, *op. cit.*, p. 12; A. ROSTAGNI, *Storia della letteratura latina*, Turin 1946, vol. III, p.273 et suiv.; F. COARELLI, « Classe dirigente romano e arti figurative », *Dialoghi di Archaeologia* 4-5 (1970-1971) pp. 241-265; J. KAIMIO, *The Romans and the Greek Language*, *op.cit.*, pp. 47, 58, 269-270. Plus particulièrement, sur la formation d'une conscience morale et sociale qui a fait du philosophe le modèle de l'*homo spiritualis*, au cours de la République et du Principat, voir G. GRIFO, « Ulpiano Esperienze e responsabilità del giurista » *Aufstieg und*

fut amené par la contribution de certains empereurs romains et de personnages politiques — le « cercle » des Scipion (Scipion l'Africain, Scipion Émilien, Titus Flamininus, Paul Émile) et Auguste, Tibère, Claude, Néron, Nerva, Trajan, Hadrien, Marc Aurèle, Septime-Sévère et Julia Domna — qui usaient *ad libitum* des concepts de la philosophie grecque (tels que celui de la cosmopolis stoïcienne) pour tracer leur politique culturelle et parfois leur ligne de gouvernement visant à l'unification politique de la Méditerranée<sup>1</sup>.

Le droit ne fit pas exception : la philosophie et la rhétorique grecques furent les principaux canaux qui véhiculèrent la pensée de la science grecque vers les œuvres des juristes romains, contribuant à la construction de notions juridiques abstraites ainsi que d'un système de droit rationnellement élaboré.

Parmi les courants variés de la philosophie hellénistique, c'est surtout le stoïcisme<sup>2</sup> qui eut une influence essentielle sur la fondation et l'orientation de la science juridique romaine et de la mission afférente des juristes<sup>3</sup> dès la fin de la République. Des jurisconsultes distingués de cette

---

*Niedergang der römischen Welt* (désormais: ANRW), II.15(1976), pp. 775-776 n. 425 et les références bibliographiques détaillées.

<sup>1</sup> G. W. BOWERSOCK, *Greek Sophists in the Roman Empire*, *op.cit.*, pp. 59-75; IDEM, *Augustus and the Greek World*, *op.cit.*, p. 122 et suiv.; A. MICHEL, *La philosophie politique à Rome d'Auguste à Marc-Aurèle*, Paris 1969, pp. 7-117, notamment p. 115 ; F. SCHULZ, *Principles of Roman Law* (traduction d'un texte revu et augmenté par M. WOLFF), Oxford 1936, pp. 113-114 ; G. GRIFO, « Ulpiano », *op.cit.*, pp. 734-736, surtout p. 735 n. 170, 775; J. KAIMIO, *The Romans and the Greek Language*, *op.cit.*, pp. 43-57, 130-143; G. VERBEKE, « Le stoïcisme, une philosophie sans frontières », ANRW I.4 (1973), pp. 27-29; F. CASAVOLA, « Cultura e scienza giuridica nel secondo secolo D.C.: Il senso del passato », ANRW, Principat, II.15 (1976), pp. 164-166; G. LANATA, *Legislazione e natura nella Novelle Giustiniane*, Naples 1984, p. 214-215; M. SCHOFIELD, *Ἡ Στωϊκὴ ἰδέα τῆς πόλης* [L'idée stoïcienne de la cité], (trad. grecque CH. BALLAS), Athènes 1997, p. 85 et suiv., p. 117 et suiv., p. 130.

<sup>2</sup> Sur l'influence du stoïcisme grec à Rome, voir à titre indicatif B. KÜBLER, « Griechische Einflüsse auf die Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft gegen Ende der republikanischen Zeit », [ACIR, vol. I], Pavie 1934, p. 79 et suiv. et n. 4 où se trouve la plus ancienne bibliographie sur le sujet; M. POHLENZ, *La Stoa. Storia di un movimento spirituale*, vol. I, Firenze 1959 (1967), p. 331 et suiv., p. 566 et suiv.; P. BOYANCE, « Le Stoïcisme à Rome », [Association G. Budé, VII<sup>e</sup> Congrès d'Aix-en-Provence], Paris 1964, pp. 218-255 ; G. W. BOWERSOCK, *Greek Sophists in the Roman Empire*, *op.cit.*, pp. 1-140; L. GRACCO RUGGINI, « Sofisti greci nell' impero romano (a proposito di un libro recente) », *Athenaeum* 49 (1971), pp. 402-425 ; G. VERBEKE, « Stoïcisme », *op.cit.*, p. 35 et suiv.; P. GARNSEY-R. SALLER, *Ἡ Ρωμαϊκὴ Αυτοκρατορία. Οικονομία, Κοινωνία και Πολιτισμός* (L'Empire romain. Économie, société, culture), (trad. grecque V. ANASTASIADIS), Héraklion, 1995, pp. 248-249; F. CASAVOLA, *Cultura e scienza giuridica*, *op.cit.*, p. 166 et suiv.

<sup>3</sup> M. VILLEY, *Recherches sur la littérature didactique de droit romain (À propos d'un texte de Cicéron, De oratore 90, 188-190)*, Paris 1945, pp. 25-26, 29-30; F. WIEACKER, « Über das Verhältnis der römischen Fachjurisprudenz zur griechisch-hellenistischen Theorie », *JURA. Rivista Internazionale di diritto romano e antico* (désormais: JURA) 20 (1969), p. 476; IDEM, « Le droit romain de la mort d'Alexandre Sévère à l'avènement de Dioclétien (235-284 apr. J.C.) », *Revue historique de droit français et étranger* (désormais: RHD) 49 (1971), pp. 201-223, principalement p. 219; G. GRIFO, « Ulpiano », *op.cit.*, p. 781 et suiv.; M. KASER, *RPR*, vol. I, *op.cit.*, § 46 V n. 44; J. MIQUEL, « Stoiche Logik und römische jurisprudence », *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* (désormais: SZ RA) 87 (1970), pp. 85-122. Voir aussi T. HONORE, *Emperors and Lawyers. With a Palingenesia of Third-Century Imperial Rescripts 193-305 AD*<sup>2</sup>, Oxford 1994, pp. 137-138, 170-176, 180 (sur l'influence de la philosophie et de la rhétorique grecques sur l'œuvre des jurisconsultes romains post-classiques du II<sup>e</sup> et du III<sup>e</sup> siècles).

période d'une part, tels que M. Manilius et M. Junius Brutus (considérés comme les « fondateurs »<sup>1</sup> du *jus civile*), Q. Aelius Tubero (l'auditeur « stoïcien » de Panétios de Rhodes<sup>2</sup>), P. Rutilus Rufus, Q. Mucius Scaevola et S. Sulpicius Rufus<sup>3</sup>, ainsi que de la période du Principat d'autre part, comme M. Antistius Labéon, Procule, P. Juventus Celse, P. Savius Julianus, Gaïus mais aussi le « très savant » Ulpian, sont sans conteste au plus haut point versés dans la philosophie grecque et grands connaisseurs des œuvres de la littérature grecque antique<sup>4</sup>. Pour cette raison, il n'est pas étonnant que les conceptions fondamentales qui parcourent l'œuvre législative de Justinien portent la marque de la pensée philosophique grecque, même si elles ont été trempées au cours des temps pré-classiques et classiques dans l'« utilitarisme » (*schlichte Sachlichkeit*) des jurisconsultes romains qui montre un discernement particulier dans leur choix de modèles éthiques du droit<sup>5</sup>. Plus précisément, l'introduction de paramètres philosophiques est observée :

a) au niveau de la formation des concepts généraux du droit qui influent au départ sur l'éthique socio-politique de l'Empire pour prendre plus tard la forme d'institutions juridiques. C'est là que peuvent être intégrés des concepts d'origine philosophiques tels que celui de justice (*justitia*) et de science du droit (*juris prudentia*)<sup>6</sup>, du droit « conforme à la nature » (*jus naturale*)<sup>7</sup>, de

<sup>1</sup> TH. MOMMSEN-P. KRUEGER (éds), *Corpus Juris Civilis, I. Iustiniani Digesta*, Hildesheim 2000 (désormais: D.)1.2.2, 39.

<sup>2</sup> D.1.2.12,40.

<sup>3</sup> Cf. CIC., *Brutus*, 41.152 ; AULU-GELLE, *Noct. Att.* I.22.7. Particulièrement, sur l'influence de la philosophie grecque sur l'œuvre des juristes de la période républicaine, voir B. KÜBLER, « Griechische Einflüsse », *op.cit.*, p. 83 n. 5, 8, 86 ; H. J. ROBY, *Introduction to the Study of Justinian's Digest containing an account of its Composition and of the Jurists Used or referred to there in*, Cambridge 1886, p. CI, CIII, CX, CXII ; F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science* (désormais: *HRLS*), Oxford 1946, p. 51 n. 9, p. 202 ; B. KÜBLER, s.v. *Sulpicius (Rufus)*, dans G. WISSOWA, W. KROLL, K. MITTELHAUS, K. ZIEGLER ET AL. (éds), *Realencyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft* (désormais: *RE*) 4.1 (1932), pp. 850-860 ; M. VILLEY, « Logique d'Aristote et droit romain », *RHD* 29 (1951), pp. 309-328 ; J. MIQUEL, *Stoiche Logik*, *op.cit.*, pp. 101-103 ; G. VERBEKE, « Stoïcisme », *op.cit.*, p. 37 n. 161, pp. 163-164.

<sup>4</sup> Cf. H. J. ROBY, *Introduction to the Study of Justinian's Digest*, *op.cit.*, p. CXXV, CXXIX ; M. SCHANZ, « Die Analogisten und Anomalisten im römischen Recht », *Philologus* 42 (1884), pp. 309-318 ; R. REGGI, « L'interpretazione analogica in S. Giuliano », *Studi Parmensi* 2 (1952), pp. 103-159/3 (1953), 465-502 ; F. WIEACKER, « Griechische Wurzeln des Institutionensystems », *SZ RA* 70 (1953), pp.93-126, surtout p. 112 et suiv. ; P. STEIN, *Regulae juris. From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edinbourg 1966, pp. 61-63 ; J. MIQUEL, « Stoiche Logik », *op.cit.*, pp. 90-100, 103-118 ; BUND, *Untersuchungen Zur Methode Julians*, 1965 ; H. HAUSMANINGER, « Celsus und die regula Catoniana », *Tijdschrift voor Rechtsgechiedenis* (désormais: *TR*) 36 (1968), pp. 469-488 ; C. KRAMPE, *Proculi Epistulae. Eine frühklassische Juristenschrift*, 1970, pp. 17-27, 96 ; ANKUM, « Julians eleganter ait », [*Flores Legum Scheltema*], 1971, pp. 1-19 ; P. FREZZA, « La cultura di Ulpiano », *Studia et Documenta Historiae et Juris* (désormais: *SDHJ*) 34 (1968), pp. 363-375 ; G. GRIFO, « Ulpiano », *op.cit.*, surtout p. 725 et suiv. ; T. HONORE, *Ulpian*, Oxford 1982, pp. 29-30 ; J. KAIMIO, *The Romans and the Greek Language*, *op.cit.*, p. 118 n. 98a ; F. CASAVOLA, « Cultura e scienza giuridica », *op.cit.* p. 166 et suiv. ; LANATA, *Legislazione e natura nella Novelle Giustinianee*, *op.cit.*, p. 217.

<sup>5</sup> M. KASER, *RPR*, vol. I, *op.cit.*, §§ 46.2, 48 I, 91 II.2.

<sup>6</sup> D.1.1.10. F. SENN, *De la justice et du droit. Les origines de la notion de jurisprudence*, Paris 1926, *passim* ; IDEM, « Influence grecque », *op.cit.*, p. 105 et suiv. ; M. KASER, *RPR*, vol. I, *op.cit.*, § 48 I n. 3, 8 et les références bibliographiques détaillées. Voir aussi cependant les remarques de U. MANTHE, « Beiträge Zur Entwicklung des antiken Gerechtigkeitsbegriffes II: Stoische Würdigkeit und die juris praecepta Ulpian », *SZ RA* 114 (1997), pp. 1-26, surtout p. 12 et suiv.

<sup>7</sup> La notion de droit naturel, d'origine aristotélicienne et stoïcienne, a contribué tantôt à la distinction d'institutions juridiques particulières en *naturalis-civilis*, telles que la parenté (*cognatio*), la possession légitime (*possessio*), et l'obligation (*obligatio*), tantôt à la redéfinition de notions générales du droit en les ramenant à la *naturalis ratio*, ainsi

l'intention ou disposition à agir (*ὁρμή πρὸς το πρᾶττειν* = *animus, affectatio, affectus*)<sup>1</sup>, du sentiment du juste (*aequitas*)<sup>2</sup>, ainsi que de la notion stoïcienne de providence (*πρόνοια* = *providentia, pietas, humanitas*)<sup>3</sup>. Ces concepts généraux, dès les temps classiques, influent sur l'herméneutique du droit

---

qu'en témoigne la notion philosophique du *jus gentium* [*Gai Institutionum Commentarii IV*, dans *Fontes Juris Romani anteiustiniani*, vol. II (*Auctores*, éd. I. BAVIERA, I. FURLANI), 1940, 1.1 (désormais: *Gai (Inst.)*] ou la *naturalis aequitas*. Voir à titre indicatif M. VOIGT, *Das jus naturale aequum et bonum und das ius gentium der Römer*, vol. I-IV, Leipzig 1856-1875; E. CUQ, *Manuel des Institutions Juridiques des Romains*, Paris 1917, pp. 12-13; G. CASTELLI, « Intorno a una fonte greca del fr. 1 §3 D.1,1 », *Scritti giuridici*, Milano 1923, p. 199 et suiv.; C. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, [Publicazioni della Università del Sacro Cuore: Serie: Scienze Giuridiche, 3], Milan 1937, p. 211 et suiv.; IDEM, « Il diritto naturale come ordinamento giuridico inferiore? », [Studi in memoria di P. Koschaker. L'Europe et il diritto romano, vol. II], Milan 1954, pp. 425-437; M. VILLEY, « Deux conceptions du droit naturel dans l'antiquité », *RHD* 31 (1953), p. 493 et suiv.; IDEM, *Logique d'Aristote et droit romain*, op.cit., p. 321 et suiv., surtout p. 323 n. 3; F. SCHULZ, *HRLS*, op.cit., p. 73; M. KASER, *RPR*, vol. I, op.cit., § 51 II; W. WALDSTEIN, « Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen », *ANRW* II.15 (1976), p. 79 et suiv. et les références bibliographiques détaillées. Voir aussi cependant E. LEVY, « Natural law in Roman Thought », *Gesammelte Schriften*, vol. I, Böhlau, Verlag Köln Graz 1963, surtout p. 11 et suiv.; G. NOCCERA, *Jus naturale nella esperienza giuridica romana*, Milan 1962, pp. 79-124.

<sup>1</sup> Cf. STOBEE, *Anthologie*, II, VII (*Περὶ τοῦ ἠθικοῦ εἶδους τῆς φιλοσοφίας. I. Ἐκ τῆς Διδύμου ἐπιτομῆς*), 86.9 [= C. WACHSMYTH (éd.), *I. Stobaei, Anthologium Ἐκλογαί, Ἀποφθέγματα, Ὑποθήκαι*] II, Berolini 1958]: « ...τὴν δὲ ὁρμὴν εἶναι φορὰν ψυχῆς ἐπὶ τι κατὰ τὸ γένος...Τὴν δὲ λογικὴν ὁρμὴν δεόντως ἂν τις ἀφορίζοιτο, λέγων εἶναι φορὰν διανοίας ἐπὶ τι τῶν ἐν τῷ πρᾶττειν»; CIC., *Topiques*, 62; *D.2.14.1,3*; *D.7.1.12,4*; *D.41.2.1,3,21*; B. KÜBLER, « Griechische Einflüsse », op.cit. p. 90 et suiv. Sur l'origine classique de *animus donandi, negotia gerendi, novandi*, voir aussi M. KASER, *RPR*, vol. I, op.cit., §58 I.4 et les références bibliographiques sur ce sujet particulier.

<sup>2</sup> ARISTOTE, *Éthique à Nicodème*, 5.14, 1137b; IDEM, *Rhétorique*, 1.13, 1374b; P. KRÜGER (éd.), *Corpus Juris Civilis, II. Codex Iustinianus*, Hildesheim, 1997 (désormais: *C.J.*) 1.14.5. Sur la contribution de la notion philosophique de *ἐπιείκεια* à la formation de l'*aequitas* romaine (*bonum et aequum*) et, à travers elle, à la formation des institutions fondamentales du droit romain (enrichissement sans cause, responsabilité subjective, introduction de la *bonorum possessio*) mais aussi sur le renouvellement de l'approche herméneutique du droit, voir J. HIMMELSCHEIN, « Studien zu der antiken Hermeneutica juris », [Symbolae Friburgenses in honorem O. Lenel ], Leipzig 1935, Lenel, p. 373 et suiv.; J. STROUX, *Summum Jus summa injuria. Ein Kapitel aus der Geschichte der interpretatio juris*, Leipzig-Berlin 1926, p. 9 et suiv.; IDEM, « Griechische Einflüsse auf die Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft gegen Ende der republikanischen Zeit », [ACIR, I], p. 130; S. RICCOBONO, *Corso di diritto romano*, vol. II. Formazione e sviluppo del diritto romano dalle XII Tavole à Giustiniano, 1933-1934, pp. 318-386; F. PRINGSHEIM, « Jus aequum und jus strictum », *SZ RA* 42(1921), p. 643 et suiv. ; IDEM, « Bonum et aequum », *SZ RA* 52(1932), p. 78 et suiv. ; B. KÜBLER, *Griechische Einflüsse*, op.cit., p. 94 et suiv. ; F. SENN, *Influence grecque*, op.cit., p. 105 et suiv.; F. SCHULZ, *HRLS*, op.cit., pp. 74-75; IDEM, *Principles*, op.cit., p. 128 et suiv.; E. C. CLARK, *Practical Jurisprudence: A Comment on Austin*, Cambridge 1883, p. 365 et suiv.; G. PETROPOULOS, *Ἱστορία καὶ Εἰσαγήσεις τοῦ Ρωμαϊκοῦ Δικαίου. Ὡς Εἰσαγωγή εἰς τὸν Ἀστικὸν Κώδικα καὶ εἰς τὸ προϊσχῶσαν αὐτοῦ Ἀστικὸν Δίκαιον* [Histoire et présentation du droit romain. Introduction au Code Civil et au droit civil en vigueur auparavant] (éd. M. TOURTOGLOU), I-II, Athènes 1963, p. 163 et suiv.; B. BIONDO BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, vol. I, Milan 1952, p. 98 et suiv./vol. II, Milan 1952, p. 154 et suiv.; M. KASER, *RPR*, vol. I, op.cit., §46 IV.6/vol. II, §192II.3 n. 36, §197 I. n. 7, 10. Cf. aussi A. SCHILLER, *Roman law. Mechanisms of Development*, La Haye-Paris-New York 1978, p. 551 et suiv., p. 571 et les références bibliographiques détaillées.

<sup>3</sup> Cf. GORGAS, *Oraison funèbre*, 6, 14 [= H. DIELS, *Die Fragmente der Vorsokratiker*, II, 82. Gorgias. B. Fragmente, Zürich 1996]: « οὗτοι γὰρ ἐκέκτηντο ἔνθεον μὲν τὴν ἀρετὴν, ἀνθρώπινον δὲ τὸ θνητόν, πολλὰ μὲν δὴ τὸ πρᾶον ἐπιεικὲς τοῦ αὐθάδους δικαίου προκρίνοντες, πολλὰ δὲ νόμου ἀκριβείας λόγων ὀρθότητα, τοῦτον νομίζοντες θεϊότατον καὶ κοινότατον νόμον, τὸ δέον ἐν τῷ δέοντι καὶ λέγειν καὶ σιγᾶν καὶ ποιεῖν καὶ εἶναι, καὶ δισσὰ ἀσκήσαντες μάλιστα ὧν δεῖ, γνώμην «καὶ ῥώμην», τὴν μὲν βουλευόντες τὴν δ' ἀποτελοῦντες, θεράποντες μὲν τῶν ἀδίκως δυστυχούντων, κολασταὶ δὲ τῶν ἀδίκως εὐτυχούντων...»; CIC., *De natura deorum*, 1.8.18: «.. nec anum fatidicam Stoicorum Proneam, quam Latine licet Providentiam dicere ...» ; *D. 50.17.56*; H. J. SCHELTEMA-N. VAN DER WAL-D.



écrit, sur la diminution du formalisme juridique du *jus civile*, sur l'adoucissement de la sévérité du châtement pénal et sur l'articulation nouvelle de la procédure pénale. De surcroît, ils agissent sur la formation ultérieure et la généralisation de l'application d'autres principes juridiques, tels que le principe de la bonne foi (*bona fides*), la mise en pratique du *bonum et aequum*, la nécessité du contre-don et l'enrichissement injustifié.

b) à la formation de distinctions de détail<sup>1</sup> ou d'institutions juridiques plus particulières, dans le cadre d'une approche désormais didactique du droit. Ainsi, par exemple, l'écart d'opinion entre Péripatéticiens et Stoïciens sur la substance et la composition des choses est illustré par les divergences des juristes proculiens et sabinien<sup>2</sup> concernant la relation de la chose principale et accessoire en cas d'union de choses meubles<sup>3</sup>, ou bien l'espèce de la chose nouvelle dans le cas de réification, à savoir la transformation de la matière première (*speciem facere ex aliena materia*)<sup>4</sup>, ou de la question de l'erreur essentielle sur la matière (*error in substantia*) qui pouvait amener l'annulation d'un *bonae fidei contractus*<sup>5</sup>. Mais la distinction didactique de Gaius entre personne

---

HOLWERDA (éds), *Basilicorum Libri LX, Series A. Textus*, Groningen, 1955-1988, 2.3.56 (désormais: *B*). Cf. P. FREZZA, « Jus gentium », *Revue internationale des droits de l'antiquité* 2 (désormais: *RIDA*) (1949), p. 303 et suiv.; M. POHLENZ, *Stoa*, vol. II, *op.cit.*, p. 236 et suiv.; G. MARIDAKIS, *Ὁ Δημοσθένης θεωρητικός τοῦ δικαίου* [Démosthènes théoricien du droit], *Mélétai/Études*, Athènes, 1979, pp. 114-118, surtout n. 47 ; F. SCHULZ, *Principles*, *op.cit.*, p. 189 n. 5, p. 190 n. 5 ; B. BIONDO BIONDI, *Diritto Romano Cristiano*, vol. I, *op.cit.*, p. 100 et suiv.; E. ALBERTARIO, *Studi di diritto romano*, VI. Saggi critica e studi vari, Milan 1953, p. 163 et suiv.; M. KASER, *RPR*, vol. I, *op.cit.*, § 67 n. 6/vol. II, § 192 n. 36, § 197 I n. 21; IDEM, « Zur Claubwürdigkeit der römischen Rechtsquellen », [La critica del testo. *Atti del II Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto, Venezia 18-22 Settembre 1967*], vol. I, Florence 1971, p. 360.

<sup>1</sup> Cf. la distinction entre choses possédant un corps (matérielles) et n'en possédant pas (immatérielles) [*Gai. (Inst.)* 2.12-14; TH. MOMMSEN, P. KRUEGER (éds), *Corpus Juris Civilis, I. Iustiniani Institutiones*, Hildesheim 2000 (*Inst.(Inst.)* 2.2 ; *D.1.8.1.1*] ou entre un corps composé de choses hétérogènes ayant un lien entre elles (*συννημμένα-inter se cohaerentes*) et les choses composées de plusieurs corps matériellement distincts mais réunis sous un même nom (*ἡνωμένα-quaes ex distantibus constant*) (*D.41.3.30* pr.). Sur l'influence de la philosophie et de la littérature grecques sur la distinction en choses matérielles-immatérielles, voir J. STROUX, *Griechische Einflüsse*, *op.cit.*, p. 122 et suiv.; G. LA PIRA, « La genesi del sistema nella giurisprudenza. Il concetto di scienza e gli strumenti della costruzione scientifica », *BIDR* 44 (1936-1937), p. 147 et suiv.; F. WIEACKER, « Griechische Wurzeln des Institutionensystems », *op.cit.*, p. 111 et suiv.

<sup>2</sup> Cf. H. ROBY, *Introduction to the Study of Justinian's Digest*, *op.cit.*, p. CXXVII-CXLI.

<sup>3</sup> *Inst.(Inst.)* 2.1.33-34; *D.6.1.23,2-3*; *D.41.1.26* pr.; *D.41.1.27,2*; *D.41.1.28*; P. SOKOLOWSKI, *Die Philosophie im Privatrecht. I. Sachbegriff und Körper in der klassischen Jurisprudenz und der modernen Gesetzgebung*, Halle 1902, p. 114 et suiv.

<sup>4</sup> *Gai (Inst.)* 2.79; *Inst.(Inst.)* 2.1.25,34; *D.41.1.7,7* (querelle entre NERVA-PROCLUS (Proculiens) et SABINUS-CASSIUS (Sabinien)); P. SOKOLOWSKI, « Die Lehre von Specification », *SZ RA* 17 (1896), p. 242 et suiv.; IDEM, *Philosophie im Privatrecht*, I, *op.cit.* 69-111; M. KASER, *RPR*, vol. I, *op.cit.*, § 102 III.6, n. 57 et les références bibliographiques détaillées.

<sup>5</sup> Voir la querelle à ce sujet entre MARCELLUS (opinion des péripatéticiens) et ULPEN (opinion des stoïciens) dans *D.18.1.9,2*. Cf. P. SOKOLOWSKI, *Philosophie im Privatrecht*, *op.cit.*, p. 238 ; G. PETROPOULOS, « Histoire et présentation du droit romain », *op.cit.*, pp. 551-552 n. 30 et les références bibliographiques détaillées.

(*persona*) et chose (*res*), en dépit des imperfections doctrinales qu'elle présente, exercera aussi une nette influence sur la classification ultérieure des branches du droit privé<sup>1</sup>.

Pourtant, on considère que l'influence la plus fondamentale de la philosophie grecque sur le droit romain est l'adoption par les juristes romains de la fin de la République (*veteres*)<sup>2</sup> des préceptes issus de la méthode dialectique<sup>3</sup> de Platon et d'Aristote, véhiculés par la rhétorique et les idées que répandent des courants variés de philosophie grecque que distingue leur éclectisme<sup>4</sup> en la matière.

Plus particulièrement, depuis la seconde moitié du II<sup>e</sup> siècle av. J.-C., les distinctions dialectiques de la *διαίρεσις*, division (*divisio, distinctio, differentia*)<sup>5</sup>, et des synthèses (*συνθέσεις*) ou rassemblements (*συναγωγαί*)<sup>6</sup> ainsi que les principes généraux qui en ressortent, déjà appliqués par une foule d'autres « arts » (la grammaire, la rhétorique, les mathématiques)<sup>7</sup>, sont également transposés au domaine du droit<sup>8</sup>. L'étude systématique des *genera* des phénomènes juridiques et de

---

<sup>1</sup> M. KASER, *RPR*, vol. I, *op.cit.*, § 46 V.

<sup>2</sup> Sur l'influence de la dialectique grecque sur la formation de la « maxim-jurisprudence », voir F. PRINSHEIM, « Beryt und Bologna », [*Festschrift für O. Lenel zum fünfzigjährigen Doctorjubiläum am 16. Dezember 1921*], Leipzig 1921, p. 204, 244 et suiv., 251 et suiv.; P. STEIN, *Regulae Juris, op.cit.*, p. 33 et suiv., 95, 105 et suiv.; G. LA PIRA, « La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. L'arte sistematrice », *BIDR* 42 (1934), pp. 336-355; IDEM, « La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. Il metodo », *SDHJ* 1 (1935), pp. 319-348 ; F. SCHULZ, *HRLS, op.cit.*, pp. 62-69. Les vues des auteurs ci-dessus ont été contestées par A. CARCATERRA, *Le definizioni dei giuristi romani. Metodo mezzi e fini*, Napoli 1966, surtout p. 40 et suiv. et R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milan 1966.

<sup>3</sup> ARIST., *Topiques*, I.1/I.12; IDEM, *Analytiques postérieurs*, I.VI/II.XIII, 96b; IDEM, *op.cit.*, I.XVIII, 81b. Voir aussi CIC. (*Brutus*, 41.152) où la dialectique est dite « artem omnium artium maximam ». Selon M. VILLEY (*Recherches, op.cit.*, pp. 25-26, 29-30), cette catégorie particulière de la science romaine du droit qui peut être qualifiée de « ars dicendi » ou « sciendi » en raison de son orientation didactique suivait les principes de la dialectique grecque. Cet avis est partagé par M. KASER qui considère que les deux courants de la science juridique romaine (« ars dicendi » et « ars respondendi ») ont fusionné à la fin de la période classique, ainsi qu'on peut le constater dans les ouvrages d'ULPIEN et de PAUL (M. KASER, *RPR*, vol. I, *op.cit.*, §44 n. 44).

<sup>4</sup> H. COING, *Zum Einfluß der Philosophie des Aristoteles und die Entwicklung des römischen Rechts*, *SZ RA* 69 (1952), p. 24 et suiv. ; M. POHLENZ, *Stoa*, II, p. 194 et suiv., p. 208 et suiv. ; B. SCHMIDLIN, « Horoi, pithana und regulae. Zum Einfluß der Rhetorik und Dialektik auf die juristische Regelbildung », *ANRW, Principat* II.15 (1976), p. 124 et suiv.

<sup>5</sup> PLATON, *Sophiste (De l'Être)*, 253d.

<sup>6</sup> ARIST., *Métaphysique*, VI. III, 1027 b14-16.

<sup>7</sup> ARIST., *Métaphysique*, I.1.6, 10 ; IDEM, *Analytiques postérieurs*, I.X,77a/I.XIV, 79a; CIC., *De oratore*, 1.187 ; H. D. P. LEE, « Geometrical method and Aristotle's account of first principles », *The Classical Quarterly* (désormais: *CQ*) 29 (1935), p. 113 et suiv. ; P. STEIN, *Regulae juris, op.cit.*, p. 31, 41; J. KAIMIO, *The Romans and the Greek Language, op.cit.*, pp. 47-50, 195 surtout n. 6, 8, 196, 200 et les références bibliographiques s'y rapportant.

<sup>8</sup> Cf. CIC., *De oratore*, I.186, 188-190 ; IDEM, *De legibus*, II.47. L'opinion selon laquelle la science juridique romaine était distinguée en canoniste (*Regularjurisprudenz*) et jurisprudentielle (*Cautelarjurisprudenz*) dès l'époque du jurisconsulte romain M. PORCIUS CATON a été soutenue par P. JÖRS sur la foi du passage *D.45.1.4,1 (Römische Rechtswissenschaft Zur Zeit der Republik, 1: Bis auf die Catonen*, 1888, p. 295 et suiv.) ; voir aussi cependant sur ce sujet les vues différentes de P. STEIN (*Regulae juris, op.cit.*, p. 33). Conservant un juste milieu, M. KASER considère que, même si la première apparition des éléments de la *Regularjurisprudenz* doit être indiscutablement située au début de la période républicaine, les modèles grecs de la Table des Douze Lois avaient déjà favorisé la formation des *regulae juris (Zur Methode der römischen Rechtsfidung*, Göttingen 1962, p. 61 n. 57, p. 69 n. 87 ; voir de même M. VILLEY,

leurs types distincts (*species*)<sup>1</sup>, qui constituent le noyau de la méthode dialectique, va progressivement conduire à l'éloignement de la stricte typolâtrie qui caractérisait l'ancien *jus civile* et à la constitution d'un système de droit désormais plus malléable. Dans ce cadre, la jurisprudence des questions légales alors ramenées à des principes généraux (*ratio*)<sup>2</sup> est étudiée de manière critique. Néanmoins, les efforts des jurisconsultes de la période républicaine d'approcher le matériel juridique sous l'aspect du système vont se limiter à la création des déterminations juridiques distinctes (*definitiones*) et des règles de droit (*regulae juris*)<sup>3</sup> telles que *genera tutelarum*, *possessionum*, et par conséquent à une première typologie des *obligationes* et *actiones*<sup>4</sup>.

On repère la première application essentielle de la méthode dialectique dans le traité systématique sur le *jus civile* du *pontifex maximus* Q. Mucius Scaevola, qui fait partie des membres les plus éminents du cercle des stoiciens Scipion Émilien et Panétios<sup>5</sup>. Même si l'on ne repère dans le *Pandecte*<sup>6</sup> justinien que quelques références à cet ouvrage perdu<sup>7</sup>, et qui ont de surcroît un caractère d'hommage, sa valeur diachronique découle de l'influence qu'il exerça sur des ouvrages ultérieurs importants de la littérature juridique (*Libri tres juris civilis* de Masurius Sabinus<sup>8</sup>, *Institutiones* de Gaius<sup>9</sup>), lesquels conservent, abstraction faite de quelques différenciations

---

« Logique d'Aristote et droit romain », *op.cit.*, p. 316. Voir aussi M. LAURIA (*Jus romanorum*, I.1, Naples 1963, pp. 66-70) selon lequel la classification du matériau du premier traitement systématique du *jus civile* de Q. Mucius Scaevola suivit celle de la Table des Douze Lois.

<sup>1</sup> Cf. M. VILLEY, *Recherches*, *op.cit.*, p. 48 et suiv.; M. KASER, *Méthode*, *op.cit.*, p. 60 et suiv.; M. TALAMANCA, « Lo schema *genus-species* », [Colloquio Italo-Franceze la Filosofia greca e il Diritto Romano nelle sistematiche dei giuristi romani (Roma, 14-17 Aprile 1973)], *Accademia Nazionale dei Lincei*, II (1977), pp. 3-290; B. SCHMIDLIN, « Horoi, pithana und regulae », *op.cit.*, p. 106 et suiv.

<sup>2</sup> CIC., *De leg.* 1.5.15. Voir aussi P. BOYANCE, *Études sur l'humanisme cicéronien*, [Collection *Latomus*, 121], Bruxelles 1970.

<sup>3</sup> Selon B. KRÜGER, (*Histoire des sources du droit romain*, (trad. M. BRISAUD), Paris 1894, p. 173 n. 2), et F. SCHULZ (*Principles*, *op.cit.*, p.40 n. 1) *definitio* et *regula* sont des termes synonymes. Cf. l'opinion contraire de D. BEHRENS, « D.50.17.1 », *ZS RA* 75 (1978), p. 356; R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, *op.cit.*, p. 95 et suiv. ainsi que les remarques de P. STEIN (*Regulae juris*, *op.cit.*, p.66 et suiv., 73) et M. KASER (*RPR*, vol. I, *op.cit.*, § 46 n. 20-21) et les références bibliographiques détaillées.

<sup>4</sup> M. KASER, *Méthode*, *op.cit.*, p. 69 et suiv.; IDEM, *RPR*, vol. I, *op.cit.*, § 1 ; F. SCHULZ, *HRLS*, *op.cit.*, pp. 56-58, 69.

<sup>5</sup> B. KÜBLER, s. v. *Mucius*, *RE* 16 (1933), pp. 442-443 ; F. SCHULZ, *HRLS*, *op.cit.*, p. 65 n. 4.

<sup>6</sup> Cf. O. LENEL, *Palingenesia Juris Civilis*, vol. I, Lipsiae 1859, pp. 757-762. Sur la structure reconstituée de cet ouvrage, qui révèle l'application systématique de la méthode dialectique, voir F. SCHULZ, *HRLS*, *op.cit.*, pp. 94-95, références bibliographiques à l'appui (n. 11).

<sup>7</sup> Voir à titre indicatif *D.33.9.3 pr.*; *D.34.2.27*.

<sup>8</sup> Cette identification partielle de la structure de ces deux ouvrages découle de la reconstitution des *Libri tres juris civilis* de MASURIUS SABINUS sur la base des scolies, longuement développées, *ad Sabinum* d'ULPIEN, POMPONIUS et PAUL comprises dans le *Pandecte* (B. KRÜGER, *Histoire des sources*, *op.cit.*, p. 79 n. 2 ; F. SCHULZ, *HRLS*, *op.cit.*, p. 157 n. 9, p. 210 et suiv.; IDEM, *Principles*, *op.cit.*, p. 53 n. 5 et les références bibliographiques détaillées).

<sup>9</sup> M. VILLEY, *Recherches*, *op.cit.*, pp. 48-49, 53 et suiv.; G. LA PIRA, « La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. Il metodo », *op.cit.*, 28-29 ; P. STEIN, *Regulae Juris*, *op.cit.*, p. 31, p. 36 et suiv., p. 94 et suiv.; F. SCHULZ, *HRLS*, *op.cit.*, p. 63, 64, 94, 159; IDEM, *Principles*, *op.cit.*, pp. 53-55, 69; T. HONORE, *Gaius*, Oxford 1962, p. 97, 106 ; A. SCHILLER, *Mechanisms*, *op.cit.*, p. 313, 347.

d'importance mineure, la structure dialectique de cet ouvrage de droit privé, original du point de vue de son traitement scientifique. De plus, des « genres » d'institutions juridiques, clairement constitués à partir d'ouvrages de contenu analogue de stoïciens grecs (Chrysippe, Antipatros), sont repérés dans le *Liber singularis ὄρων* (« ὄρων βιβλίον ἔν ») de Q. Mucius Scaevola<sup>1</sup>, dont des fragments furent insérés dans le *Pandecte* par les compilateurs du code<sup>2</sup>. Cet ouvrage, dont le titre grec trahit, selon certains, un caractère pionnier dans la littérature juridique latine, fut considéré comme le précurseur des *Regulae* composées à une époque ultérieure par d'éminents jurisconsultes de la période classique, membres pour la plupart du *consilium* impérial (Neratius Priscus, Procule, Q. Cervidius Scaevola, Julius Paul, Ulpien et Licinius Rufinus), mais aussi d'autres juristes de renom du milieu du II<sup>e</sup> siècle ap. J.-C. tels que Gaius et Pomponius, ou encore du III<sup>e</sup> siècle ap. J.-C., ainsi que le démontrent les *Libri regularum* de Marcien et Modestin. Par ailleurs, les *genera* et *species* des contrats et d'institutions légales particulièrement intéressants (*tutela*, *possessio*, *furtum*, *contractum*) que l'on repère dans les *Institutiones* de Gaius [*Gai (Inst.)* 3.88-89, *Gai (Inst.)* 1.186-188, *Gai (Inst.)* 4.1] et par suite dans les dispositions du *Pandecte* de Justinien (*D.* 41.2.3., 21-24) renvoient à celui que l'on considère comme le fondateur du droit romain, Q. Mucius Scaevola<sup>3</sup>. En outre, fréquentes sont les références des *Institutiones* de Justinien à des *regulae* mentionnées sous l'expression formulaire « hoc est quod vulgo dicitur »<sup>4</sup>. On considère aussi qu'un rôle déterminant dans l'évolution du droit romain a été joué par l'introduction des premières règles de droit par M. Antistius Labéon suivant l'application des enseignements des analogistes<sup>5</sup>, ainsi que par l'apport à l'interprétation analogique du droit<sup>6</sup> des *regulae* formulées par P. Salvius Julien. Enfin, au cours de la basse époque classique, et surtout dans l'œuvre de Paul, on constate un élargissement de la notion

<sup>1</sup> Cf. B. KÜBLER, *Griechische Einflüsse*, *op.cit.*, pp. 86-87; F. SCHULZ, *Principles*, *op.cit.*, pp. 53-55; IDEM, *HRLS*, *op.cit.*, pp. 94-95; P. STEIN, *Regulae juris*, *op.cit.*, pp. 36-39 n. 1; B. SCHMIDLIN, « Horoi, pithana und regulae », *op.cit.*, pp. 106-107. Sur l'authenticité de cet ouvrage contestée par SANIO, LENEL, KRÜGER, SCHULZ, voir A. SCHILLER, *Mechanisms*, *op.cit.*, p. 314 et les références bibliographiques se rapportant au sujet; voir néanmoins les vues opposées de P. STEIN (*Regulae juris*, *op.cit.*, pp. 36-39) et G. A. DELL'ORO SCHERILLO (« Note critica su opere della giurisprudenza romana », *JURA* 3 (1952), pp. 180-190). Sur le perfectionnement du système scientifique de Q. MUCIUS SCAEVOLA par SERVIUS SULPICIUS RUFUS voir P. STEIN, *Regulae juris*, *op.cit.*, pp. 42-45 ; A. SCHILLER, *Mechanisms*, *op.cit.*, p. 316.

<sup>2</sup> Cf. *D.*41.64; *D.*43.20.8; *D.*50.16.241; *D.*50.17.73; O. LENEL, *Palingenesia Juris civilis*, vol. I, *op.cit.*, pp. 762-763. Une hypothèse voudrait que cet ouvrage dont l'authenticité est douteuse fût un recueil d'extraits puisés dans le *Jus civile* perdu du même auteur (F. SCHULZ, *HRLS*, *op.cit.*, p. 94).

<sup>3</sup> Voir aussi *D.*1.2.2.41; P. STEIN, *Regulae juris*, *op.cit.*, p. 39. Particulièrement, sur l'origine de la division quadripartite des *contracti* de GAIUS [*Gai (Inst.)* 3.89] remontant à Q. MUCIUS SCAEVOLA (cf. *D.*46.3.80, lib. 4 *ad Quint. Muc.*) voir P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, [*Pubblicazioni dell'Istituto di Diritto Romano dei Diritti dell'Oriente Mediterraneo e di Storia del Diritto dell'Università di Roma*, 23], Milan 1946, pp. 79 et suiv.; IDEM, « La dottrina del contratto nei giuristi romani dell'età classica », [*Scritti di Diritto Romani in onore di C. Ferrini*], Milan 1946, pp. 392-393 n. 1; C. A. CANNATA, « La "distinctio" re-verbis-litteris-consensu et les problèmes de la pratique », [*Sein und Werden im Recht. Festgabe für Ul. Von Lübtow zum 70. Geburtstag am 21. August 1970* (trads. W. G. BECKER, CHR. VON CAROLSFELD)], Berlin 1970, p. 439 et suiv.

<sup>4</sup> Sur l'utilisation de cette expression qui témoignerait de la connaissance érudite des *regulae* par les jurisconsultes romains de la période classique, voir P. STEIN, *Regulae juris*, *op.cit.*, p. 107 n. 2 et les exemples s'y rapportant.

<sup>5</sup> P. STEIN, *Regulae juris*, *op.cit.*, p. 63 et suiv.

<sup>6</sup> R. REGGI, « L'interpretazione analogica in Salvio Giuliano », *Studi Parmensi*, vol. II (1952), pp. 103-159/vol. III (1953), pp. 467-502. Voir aussi P. STEIN, « The Relations between Grammar and Law in the Early Principate. The Beginning of Analogy », [*La critica del Testo*, *op.cit.*, vol. II], pp. 757-769.

de *regulae* en même temps que font leur apparition les premiers axiomes juridiques, à savoir des principes évidents au large champ d'application qui entrent dans des domaines variés du droit<sup>1</sup>.

Mais la rhétorique grecque, qu'Aristote dit « rattachée » à la dialectique<sup>2</sup>, outre sa contribution aux fondements puis à la construction de l'art oratoire latin<sup>3</sup>, à l'éducation des *viri publici* de Rome<sup>4</sup> et à l'élaboration de la propagande impériale<sup>5</sup>, a aussi exercé une influence déterminante sur le perfectionnement de l'argumentation judiciaire lors de la représentation des parties en litige par les *oratores, patroni, advocati* et *pragmatikoi*<sup>6</sup>. De plus, la diffusion de l'exercice de la plaidoirie

---

<sup>1</sup> P. STEIN, *Regulae juris, op.cit.*, pp. 107-108.

<sup>2</sup> ARISTOTE, *Rhétorique*, 1.2.1356a, 20-33 ; QUINTILIEN, *Institutions oratoires*, 3.1.12-16.

<sup>3</sup> QUINT., *Inst. Orat.*, 2.4.41: « Nam fictas ad imitationem fori consiliorumque materias apud Graecos dicere circa Demetrium Phalarea institutum fere constat ». Cf. à titre indicatif M. CLARKE, *Rhetoric at Rome. An Historical Survey*, Londres 1953 (réimpr. 1962), p. 10, 130, 141; U. PAOLI, « Droit attique et droit romain dans les rhéteurs latins », *RHD* 31 (1953), pp. 176-177, 182; U. WESEL, *Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen*, [Annales Universitatis Saraviensis, Rechts-und Wirtschaftswissenschaftliche-Abteilung, 29], Cologne-Berlin-Bonn-Münich 1967, pp. 1-30; G. KENNEDY, *The Art of Rhetoric in the Roman World 300 B. C.-A. D. 300*, Princeton, New Jersey 1972, p. 114 et suiv.; CL. MOUSSY, « Signum et les noms latins de la preuve: l'héritage des divers termes grecs », *Ktèma. Civilisations de l'Orient, de la Grèce et de la Rome antiques* 13 (1988), pp. 167-177.

<sup>4</sup> Cf. M. CLARKE, *Rhetoric at Rome, op. cit.*, p. 109, p. 114; IDEM, *Higher Education in the Ancient World*, Londres 1971, p. 28 et suiv.; K. ATKINSON, « The Education of the Lawyer in Ancient Rome », *South African Law Journal* 87 (1970), p. 32 et suiv.; T. HONORE, *Tribonian*, Great Britain 1978, p. 244 ; cf. cependant les remarques de G. DAGRON, « Aux origines de la civilisation byzantine. Langue de culture et langue d'État », *RHD* 24 (1969), p. 40. Particulièrement, en relation avec les raisons qui affermirent la position de la rhétorique grecque dans le système éducatif romain, nonobstant l'opinion extrêmement négative de CATON et MARIUS qui fut d'ailleurs probablement à l'origine de la publication du senatus-consulte de 161 av. J.-C., voir à titre d'exemple H. I. MARROU, *Histoire de l'éducation dans l'antiquité* (trad. anglaise de G. LAMB), Paris 1950 (Londres 1956), p. 288 et suiv.; M. CLARKE, *Rhetoric at Rome, op.cit.*, pp. 10-11, 109, 114, 143 ; J. KAIMIO, *The Romans and the Greek Language, op.cit.*, pp. 30, 201-207 ; P. GARNSEY-R. SALLER, *L'Empire romain. Économie, société, culture [H Ρωμαϊκή Αυτοκρατορία. Οικονομία, Κοινωνία και Πολιτισμός]*, op. cit., p. 251 n.3.

<sup>5</sup> M. CLARKE, *Rhetoric at Rome, op.cit.*, p. 143 ; H. BARDON, « La notion d'intellectuel à Rome », *Studi Classici* 13 (1971), pp. 99-100 ; W. E. VOSS, *Recht und Rhetorik in den Kaisegesetzen der Spätantike*, [Forschungen zur byzantinischen Rechtsgeschichte, 9], Francfort-sur-le-Main 1982, pp. 77-81; S. CORCORAN, *The Empire of the Tetrarchs. Imperial Pronouncements and Government AD 284-324*, Oxford Classical Monographs, Oxford 1996, 2000, pp. 92-94 où se trouve une bibliographie détaillée. Sur la période byzantine voir H. HUNGER, *Prooimion. Elemente der byzantinischen Kaiseridee inden Arengen der Urkunden*, [Wiener Byzantinistische Studien. Österreichische Akademie der Wissenschaften/Institut für Byzantinistik der Universität Wien, 1], Vienne 1964, p. 39 et suiv.

<sup>6</sup> Cf. E. LANFRANCHI, *Il diritto nei retori romani. Contributo alla storia dello sviluppo del diritto romano*, [R. Università di Roma. Pubblicazioni dell'Istituto di dir. rom. dei diritti dell'Oriente Mediterraneo e di storia del diritto, IV], Milan 1938, p. 29 et suiv.; L. WENGER, *Institutes of the Roman Law of civil procedure* (tr. O. H. FISK, intr. P. POUND), New York 1940, p. 9 n. 26, §32; A. STEINWENTER, « Rhetorik und römischer Zivilprozess », *SZ RA* 65 (1947), pp. 69-120; E. PARKS, *The Roman Rhetorical Schools as a preparation for the Courts under the Early Empire*, Baltimore 1945; G. KENNEDY, *The Art of Rhetoric in the Roman World, op.cit., passim*; IDEM, « Rhetoric and Advocacy », *American Journal of Philology* 89 (1968), pp. 426-436; E. BUND, « Zur Argumentation der römischen Juristen », [Studi in onore di E. Volterra, I, Pubblicazioni della facoltà di giurisprudenza dell'Università di Roma], Milan 1971, pp. 571-587 et sur les « vertus » et les « particularités de style » du discours rhétorique judiciaire mais aussi de l'éloquence d'apparat (discours épideictique ou démonstratif), voir C. ATHERTON, « Hand over Fist. The Failure of Stoic Rhetoric », *CQ* 38 (1988), pp. 394-396 où sont présentées les sources et la bibliographie se rattachant au sujet; cf. aussi M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, München, 1971 § 46 n. 5, § 58 I. 3 n. 10 /II, § 192 n. 18 et les références bibliographiques plus détaillées.

(δικανική τέχνη) dans les cercles intellectuels aristocratiques de Rome puis parmi les jurisconsultes romains eut comme conséquence naturelle d'introduire dans le droit des notions ou injonctions d'origine morale et philosophique traditionnellement cultivées par le discours rhétorique, comme la gradation tripartite des fautes (ἀδίκημα, ἀμάρτημα, ἀτύχημα)<sup>1</sup> et le principe de l'*aequitas*<sup>2</sup>.

On considère néanmoins comme importante l'influence de la théorie rhétorique de l'intention sur le progrès de l'herméneutique juridique (*interpretatio legis*) puis sur la révision du mode d'approche herméneutique de certaines catégories d'actes juridiques formels (*testamentum, formulatio*), le résultat étant un polissage du formalisme verbal<sup>3</sup>. Vues sous cet angle, certaines catégories du genre rhétorique judiciaire (γένος νομικόν ou λογικόν, *genus iudiciale*)<sup>4</sup>, qui au départ avaient été forgées par le rhéteur grec Hermagoras de Temnos<sup>5</sup> pour être par la suite remaniées par les orateurs latins (l'auteur anonyme de l'ouvrage *De ratione dicendi ad C. Herennium*, Cicéron, Quintilien), vont être largement utilisés par les jurisconsultes romains, quand la dissimilitude du cas

---

<sup>1</sup> B. KÜBLER, « Degrés de faute dans les systèmes juridiques de l'antiquité », [Introduction à l'étude du droit comparé: Recueil d'études en l'honneur d'Éd. Lambert, I], Paris 1938 (1973), principalement pp. 177-179 ; IDEM, « Der Einfluß der griechischen Philosophie auf die Entwicklung der Lehre von den Verschuldensgraden im römischen Recht », [Rechtsidee und Staatsgedanke: Beiträge zur Rechtsphilosophie und zur politischen Ideengeschichte. Festschrift für Julius Binder], Milan 1930, p. 63 et suiv.

<sup>2</sup> E. LANFRANCHI, *Diritto nei retori romani*, op. cit., p. 95 et suiv.; J. STROUX, *Römische Rechtswissenschaft und Rhetorik*, Potsdam 1949, p. 9 et suiv.; F. PRINGSHEIM, « Jus aequum und jus strictum », *SZ RA* 42 (1921), p. 643 et suiv.; H. COING, « Zur Methodik der republikanischen Jurisprudenz: Zur Entstehung der grammatisch-logischen Auslegung », [Studi in onore di V. Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento, I], Naples 1953, p. 377 et suiv. ; B. KÜBLER, Degrés de faute, op.cit., p. 179 (selon lequel ce principe aristotélicien correspondant à la notion romaine de l'*aequitas* fut introduite par SERVIUS SULPICIUS RUFUS).

<sup>3</sup> J. STROUX, « *Summum ius summa iniuria*. Ein Kapitel aus der Einflüsse auf die Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft gegen Ende der republikanischen Zeit », [Atti del Congresso Internazionale di diritto romano, I], Rome 1933 (Pavie 1934), pp. 33-46 ; H. COING, *Methodik der republikanischen Jurisprudenz*, op. cit., pp. 365-369 ; J. SANTA KRUIZ, « Der Einfluß der rhetorischen Theorie der Status auf die römische Jurisprudenz insbesondere auf die Auslegung der Gesetze und Rechtsgeschäfte », *SZ RA* 75 (1958), pp. 91-115 ; B. VONGLIS, *La lettre et l'esprit de la loi dans la jurisprudence classique et la rhétorique*, [Publications de l'Institut de Droit Romain de l'Université de Paris, 24], Paris 1968, p. 126 ; A. M. HONORE, « Some Constitutions Composed by Justinian », *Journal of Roman Studies* 65 (1975), p. 113 ; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, op. cit., I, §§ 52 n. 22, 58 I.3 n. 10 /II, §201 II et les références bibliographiques plus détaillées.

<sup>4</sup> *Rhet. Ad Herennium*, I. 2. Cf. aussi M. CLARKE, *Rhetoric at Rome*, op. cit., p. 17, 24 n. 3, 31.

<sup>5</sup> AUGUSTIN, *Rhétorique*, 11.143.18 [= D. MATTHES, *Hermagoras Temnitae Testimonia et Fragmenta, Bibliotheca Scriptorum Graecorum et Romanorum Teubneriana*, Lipsiae, 1962: « Sunt item aliae quaestiones quattuor, quas νομικάς, nos legales appellamus. In his [nomima] sunt scriptum et voluntas, quod illi ῥητόν καὶ διάνοιαν appellant, ἀντινομία, quam nos contentionem legum contrariarum vocamus, ambiguitas, quam illi ἀμφιβολίαν, conlectio, quam illi συλλογισμόν »] ; QUINT., *Inst. Orat.*, 3.6.60-61: «... Nos ad Hermagoram. Translationem hic primus omnius tradidit, quanquam semina eius quaedam citra nomen ipsum apud Aristotelen reperiuntur ARIST., *Rhét.*, 1.15.1375b, 8 et suiv.). Legales autem quaestiones has fecit, scripti et voluntatis (quam ipse vocat κατὰ ῥητόν καὶ ὑπεζαίρεσιν, id est dictum et exceptionem, quorum prius ei cum omnibus commune est, exceptionis nomen minus usitatum), ratiocinativum, ambiguitatis, legum contrariarum » ; ISIDORE DE SEVILLE, *Originum II. De Rhetorica et Dialectica*, 2.1 [= W. M. LINDSAY (éd.), *Isidori Hispalensis Episcopi. Etymologiarum sive Originum*, I, Oxonii 1911 (réimpr. 1962)]. Cf. J. SANTA KRUIZ, « Der Einfluß der rhetorischen Theorie der Status », op. cit., pp. 91-96 ; B. VONGLIS, *La lettre et l'esprit*, op.cit., p. 18 n. 3 ; U. WESEL, *Rhetorische Statuslehre*, op. cit., p. 28 et suiv.

examiné par rapport à une règle juridique abstraite<sup>1</sup> permet le recours à la *sententia legis* (interprétation de la loi). Leur valorisation va ainsi rendre possible que l'on s'écarte d'une interprétation purement littérale. D'ailleurs, ainsi qu'il découle d'un développement de la technique herméneutique que l'on voit accompagner une foule de dispositions du *Pandecte* justinien, on observe que la question légale selon sa formulation ou son intention telle qu'établie par Hermagoras<sup>2</sup> (*quaestio legalis* «κατὰ ῥητὸν καὶ ὑπεξαίρεσιν...*dictum et exceptionem*») était largement en usage, de même que le raisonnement hermagorique de la *ratiocinatio*<sup>3</sup>, en tant qu'« outils » d'interprétation qui permettaient suivant le cas d'adopter l'interprétation par extension, restriction ou analogie qu'impose à chaque fois le cadre de la conception du *bonum et aequum*<sup>4</sup>. Dans le champ de l'action judiciaire, on considère d'ailleurs qu'une influence déterminante a été exercée par la méthode rhétorique sur la composition des *formulae* au début du Principat (I<sup>er</sup> siècle apr. J.-C.)<sup>5</sup> de même que sur le développement de l'argumentation judiciaire dans le cadre de la procédure pénale des *quaestiones*<sup>6</sup>. Au seuil de l'époque post-classique du droit romain, l'appréhension circonspecte traditionnelle des juristes face à l'approche rhétorique du droit<sup>7</sup>

---

<sup>1</sup> L'interprétation littérale ne se limitait à la restitution du sens caché de la lettre de la loi, mais elle comprenait aussi ce que l'interprétation contemporaine classe comme *analogie*, dans la mesure où la similarité des circonstances réelles des cas conduit à les rattacher à de précédentes conclusions judiciaires M. KASER, *RPR*, *op.cit.*, vol. I §52 III.2 n. 28 et les références bibliographiques détaillées. Sur l'application de la méthode analogique par S. JULIANUS voir R. REGGI, « L'interpretazione analogica in Salvio Giuliano », *St. Parmensi*, vol. II (1952)/vol. III (1953); E. BUND, « Untersuchungen Zur Methode Julians », [*Forschungen Zum römischen Recht*, 20], Köln–Graz 1965, pp. 101-106.

<sup>2</sup> Cette sentence prend le nom de *dictum et exceptio* chez Quintilien (*Institutio oratoria*, 3.6.61) et de *scriptum et sententia* dans la *Rhet. ad Herennium* 1.11.19. Cf. J. HIMMELSCHEIN, « Studien zu der abtiken Hermeneutica juris », [*Symbolae Friburgenses in honorem O. Lenel*], Leipzig 1935, pp. 398-409; U. WESEL, *Rhetorische Statuslehre*, *op.cit.*, pp. 30-40, surtout n. 45; B. VONGLIS, *La lettre et l'esprit*, *op.cit.*, pp. 149-156.

<sup>3</sup> *Rhet. Ad Herennium*, 1.13.23; QUINT., *Inst. Orat.* 3.6.82. En l'espèce, significative est la méthode herméneutique qui utilise le type syllogistique de la *ratiocinatio a minore ad majus* (B. VONGLIS, *La lettre et l'esprit*, *op.cit.*, p. 135, 159 n. 4, où se trouvent aussi les ordonnances afférentes du *Pandecte* de Justinien). Sur l'application plus large de la *ratiocinatio* (*sylogismus*) par les juristes romains, voir U. WESEL, *Rhetorische Statuslehre*, *op.cit.*, pp. 28-30 ; B. VONGLIS, *La lettre et l'esprit*, *op.cit.*, p. 133 et suiv., notamment pp. 148, 156-163.

<sup>4</sup> B. VONGLIS, *La lettre et l'esprit*, *op.cit.*, p. 165, 196. Sur les états de cause de la défense au tribunal dans l'ouvrage d'HERMOGENE LE RHETEUR *Sur les états de cause*, et leur mise en système ultérieure, voir H. HUNGER, *Βυζαντινή Λογοτεχνία. Η λόγια κοσμική γραμματεία των Βυζαντινών*, [Littérature byzantine. La littérature profane savante des Byzantins], vol. 1, *Φιλοσοφία, Ρητορική, Επιστολογραφία, Γεωγραφία* [Philosophie, Rhétorique, Genre épistolaire, Géographie], (trad. grecque L. BENAKIS, I. ANASTASIOU, G. MAKRIS), Athènes, 1987, p. 140 n. 6. Cf. M. PATILLON, *La théorie du discours chez Hermogène le Rhéteur*, Paris, 1988, p. 51 et suiv.

<sup>5</sup> Cf. G. LA PIRA, « La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. L'arte sistematrice », *Bulletino dell'Istituto di diritto romano «Vittorio Scialoja»*, 42 (1934), pp. 336-355; IDEM, « La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. Il metodo », *Studia et Documenta Historiae et Juris*, 1 (1935), pp. 319-348; L. WENGER, *Institutes*, *op. cit.*, §§ 13 n. 18a, p. 14; E. MEYER, « Die Quaestionen der Rhetorik und die Anfänge juristischer Methodenlehre », *ZS RA*, 68 (1951), pp. 30-73.

<sup>6</sup> *Rhet. Ad Herennium*, 2.2.3 ; SENEQUE LE RHETEUR, *Controverses*, 1.5.9. Cf. TH. MOMMSEN, *Le Droit Pénal Romain* (tr. J. DUQUESNE), [*Manuel des Antiquités Romaines*, 17-18], II, Paris 1907, p. 108; H. COING, « Zum Einfluß der Philosophie des Aristoteles und die Entwicklung des römischen Rechts », *SZ RA*, 69 (1952), p. 31; E. LANFRANCHI, *Diritto nei retori romani*, *op.cit.*, p. 32; F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford 1946, p. 82.

<sup>7</sup> Sur la concurrence latente entre juristes et orateurs au cours de toute la période classique, voir F. SCHULZ, *HRLS*, *op.cit.*, pp. 108-109 ; U. PAOLI, « Droit attique et droit romain dans les rhéteurs latins », *op. cit.*, pp. 194-199.

va perdre sensiblement de sa virulence. En effet, par le biais des textes législatifs impériaux, mais aussi de certains genres de la littérature juridique impériale qui présentent des éléments rhétoriques aisément discernables<sup>1</sup>, ce n'est pas seulement l'interprétation qui va prendre de l'importance, mais c'est aussi le *jus strictum* qui va s'accorder aux injonctions morales d'origine stoïcienne et chrétienne telles que l'*aequitas* et l'*humanitas*<sup>2</sup>. Enfin, on constate aussi un usage développé des procédés rhétoriques lors de la période justinienne et généralement byzantine, tant dans certains textes législatifs impériaux (*Novelles* de Justinien, *Novelles* de Léon VI le Sage)<sup>3</sup> que dans des ouvrages de littérature juridique savante issus des écoles de droit d'Anatolie ou qui constituent une paraphrase-commentaire d'ouvrages juridiques de la période classique<sup>4</sup>.

**II - Époque post-classique-byzantine-médiévale.** Également fermement établies sur les sources sont les assertions qui présentent comme causes principales de la tendance hellénisante ou orientalisante propre à l'œuvre législative de Justinien le champ géographique de son application, l'origine et la position idéologique du contexte présidant à la constitution de la codification, et plus particulièrement le florissement précoce des écoles de droit d'Orient, surtout de l'école de droit de Beyrouth<sup>5</sup>, au cours du IV<sup>e</sup>-V<sup>e</sup> siècle<sup>1</sup> apr. J.-C. En effet, en raison de l'extension prise par

<sup>1</sup> Ces tendances se manifestent également avant le règne de l'Empereur CONSTANTIN LE GRAND. Cf. P. COLLINET, « Un programme d'étude sur l'emploi du cursus rythmique par la chancellerie impériale romaine », *Revue des Études Latines* 1927, *passim* ; E. VERNAY, « Notes sur le changement de style dans les constitutions impériales de Dioclétien à Constantin », [Études d'histoire juridique offertes à P. Girard par ses élèves, II], Paris 1913, p. 263 et suiv. ; E. VOLTERRA, « Quelques remarques sur le style des constitutions de Constantin », [Mélanges H. Lévy-Bruhl. Droits de l'antiquité et sociologie juridique, [Publ. de l'Inst. de Droit romain de l'Université de Paris, 17], Paris 1959, p. 325 et suiv., principalement pp. 325-328 ; IDEM, Il problema del testo delle costituzioni imperiali, [La critica del testo. Atti del II Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto, Venezia, 18-22 Settembre 1967, Florence 1971], pp. 821-1097 ; W. E. VOSS, *Recht und Rhetorik in den Kaisergesetzen der Spätantike*, *op.cit.*, pp. 51-52, 83 et suiv. ; T. HONORE, « The Making of the Theodosian Code », *SZ RA*, 103, 1986, p. 139 et suiv. ; IDEM, *Law in the Crisis of Empire (379-455 A.D.). The Theodosian Dynasty and its Quaestors with a Palingenesia of the Constitutions of the Theodosian Age*, Oxford 1998, pp. 20 et suiv., 190, 127 et suiv. ; P. PIELER, « Littérature juridique » (trad. grecque de E. PAPAGIANNI-SP. TROIANOS), dans H. HUNGER (éd.), *Littérature byzantine*, *op. cit.* vol. 3, *Μαθηματικά και Αστρονομία, Φυσικές Επιστήμες, Ιατρική, Πολεμική Τέχνη, Νομική Φιλολογία, Μουσική* [Mathématiques et astronomie, Sciences naturelles, Médecine, Art de la guerre, Littérature juridique, Musique], Athènes 2000, pp. 199-200.

<sup>2</sup> ARISTOTE, *Éthique à Nicodème*, 5.10 ; IDEM, *Rhét.*, I .13, 1374a. Cf. F. SCHULZ, *HRLS*, *op. cit.*, p. 328 ; IDEM, *Principles of Roman Law* (transl. from a text revised and enlarged by the author by M. WOLFF), Oxford 1936, p. 82 ; B. BIONDO BIONDI, *Il Diritto Romano Cristiano*, II, Milan, 1952, p. 31 et suiv. ; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, *op.cit.*, II, §§ 192 II.b, 197 I n. 8 ; R. M. HONIG, *Humanitas und Rhetorik in spätrömischen Kaisergesetzen. Studien zur Gesinnungsgrundlage des Dominats*, Göttingen, 1960, p. 39 et suiv.

<sup>3</sup> P. PIELER, « Littérature juridique », *op. cit.*, pp. 205-209 où se trouve une bibliographie détaillée. Sur la contribution des Byzantins à la théorie et à la pratique de la rhétorique, voir H. HUNGER, *Littérature byzantine*, vol. 1, *op. cit.*, notamment p. 141 et suiv.

<sup>4</sup> Par exemple, dans les commentaires sur les *Digesta* de STEPHANE, dans les traités du XI<sup>e</sup> siècle *Περὶ ψιλῶν συμφώνων* (*Meditatio de nudis pactis*), *Περὶ πεκουλίων* (*Tractatus de peculiis*), *Περὶ δανείου πλατότερον* (*Tractatus de creditis*) et dans la *Πεῖρα* (*Peira*) d'EUSTATHE ROMAÏOS, recueils d'extraits de décisions judiciaires et d'avis datant du début du XI<sup>e</sup> siècle (1040-1050 ap. J.-C.). Voir D. SIMON, *La recherche du droit à la Cour suprême de Byzance* [Η εύρεση του δικαίου στο ανώτατο βυζαντινό δικαστήριο] (trad. grecque J. KONIDARIS), Athènes, 1983, p. 13 et suiv. ; P. PIELER, « Littérature juridique », *op.cit.*, p. 14.

<sup>5</sup> La célèbre « nourrice des lois » (*τροφός τῶν νόμων*) selon JUSTINIEN. Cf. *Const. Omnem*, 7: « Haec autem tria volumina a nobis composita tradi eis tam in regiis urbibus quam in Berytiensium pulcherrima civitate, quam et legum nutricem bene quis appellet ...».



l'interprétation systématique des ouvrages des juristes romains de l'époque post-classique où s'était cristallisé le droit privé<sup>2</sup> dans le cadre de l'œuvre d'exégèse didactique des écoles de droit de l'Empire romain d'Orient, mais aussi en raison de la faiblesse de l'Occident post-classique à préserver et à traiter le trésor laissé par la science romaine du droit, on a considéré que l'exploit juridique de la codification a été effectué en grande part grâce au « classicisme juridique » des écoles d'Orient<sup>3</sup>.

Plus précisément, on considère que l'éducation juridique classique combinée à l'éducation philosophique, rhétorique et littéraire inculquée par les *magistri* du Droit de l'Orient hellénisé<sup>4</sup>, et surtout l'influence des *héros* de la période précédant celle de Justinien<sup>5</sup> tout comme celle de la

---

<sup>1</sup> LIBANIUS, *Oratio LXII, Πρὸς τοὺς εἰς τὴν παιδείαν αὐτὸν ἀποσκόψαντας*, 21–23 [= R. Foerster (éd.), *Libanii opera. IV. Orationes LI–LXIV*, Hildesheim 1963]; *Const. Δέδωκεν (Tanta)*, 9 et suiv.: «... καὶ ΔΩΡΟΘΕΟΥ τοῦ μεγαλοπρεπεστάτου κραιστωρίου καὶ διδασκάλου ἐν τῇ τῶν νόμων ἀναδεδειγμένου πόλει (φαμὲν δὲ τὴν αἰοιδιμόν τε καὶ περιφανῆ τῶν Βηρυτίων μητρόπολιν)... καὶ ΑΝΑΤΟΛΙΟΥ τε τοῦ μεγαλοπρεπεστάτου μαγίστρου, ὃς δὲ καὶ αὐτὸς παρὰ Βηρυτίους τὰ ἐκ νόμων παιδεύει καλῶς. Ἄνῆρ ἐκ τριγωνίας σεμνῆς τῆς παρὰ Φοῖνιξιν τῶν νόμων διδασκαλίας καταβαίνων (ἀναφέρει γοῦν εἰς Λεόντιόν τε καὶ Εὐδόξιον, ἄνδρας ἐπὶ νόμοις μετὰ Πατρικίον τὸν τῆς ἐκκληοῦς μνήμης...». Voir à titre indicatif E. CUQ, *Manuel des Institutions juridiques*, *op.cit.*, p. 66 n. 8; P. COLLINET, *Études Historiques sur le droit de Justinien, I. Le caractère oriental de l'œuvre législative de Justinien et les destinées des institutions classiques en Occident*, Paris 1912, pp. 13-14, 192-195, 207 et suiv.; IDEM, *La Genèse du Digeste, du Code et des Institutes de Justinien*, [Études historiques sur le droit de Justinien, III], Paris 1952, p. 33; IDEM, « Les preuves directes de l'influence de l'enseignement de Beyrouth sur la codification de Justinien », [Mélanges à la mémoire de P. Huvelin], Paris 1938, pp. 2-10; E. ALBERTARIO, *Introduzione storica allo studio del diritto romano Giustiniano*, Milano 1935, pp. 109-128; M. KASER, *RPR, op.cit.*, vol. II, §§192 principalement n. 26-2, 194 I, 201, 258; R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, vol. I, Paris 1947 (réimpr. 1970), p. 106 n. 5; F. PRINGSHEIM, « Justinian's Prohibition of Commentaries to the Digest », *RIDA* 5 (1950) (= *Mélanges de Visscher, IV*), p. 414 n. 97; T. HONORE, *Gaius, op.cit.*, pp. 85-96 ; IDEM, *Law in the Crisis of Empire, op.cit.*, p. 7; IDEM, *Tribonian*, Great Britain 1978, p. 39, 44, 240, 252; H. J. SCHELTEMA, *L'enseignement de droit des Antécédents*, [Byzantina Neerlandica Ser. B. Studia, fasc. I], Leiden 1970, p. 1; D. SIMON, « Aus dem Codexunterricht des Thalelaios, B. Die Heroen », *SZ RA* 87(1970), p. 315 et suiv.; P. PIELER, « Littérature juridique », *op.cit.*, p. 223 et suiv.

<sup>2</sup> Principalement dans les *Libri ad Sabinum* d'ULPIEN et les *Libri ad edictum* d'ULPIEN et PAUL dans des passages auxquels renvoient des ouvrages d'origine orientale, tels que les *Paragraphai des scolies sinaïtiques (Fragmenta Sinaïtica)*, la *Collectio definitionum* ou les éditions spéciales de commentaires *ad edictum*, tels que les scolies de GAIUS et de PAUL *ad formulam hypothecariam* (P. PIELER, « Littérature juridique », *op.cit.*, pp. 232-233 et la bibliographie s'y rapportant).

<sup>3</sup> E. ALBERTARIO, *Introduzione storica, op.cit.*, p. 109 et suiv.; F. PRINGSHEIM, « Justinian's Prohibition », *op.cit.*, pp. 386-387, 414; E. LEVY, *West Roman Vulgar law, op.cit.*, p. 8; F. SCHULZ, *HRLS, op.cit.*, p. 290. Cf. aussi A. WATSON, « Prolegomena to establishing pre-Justinianic Texts », *TR* 62 (1994), p. 120 et suiv., qui interprète comme indices manifestes du classicisme des compilations justiniennes les insertions soignées d'extraits de divers juristes suivant le système des *catenae*, la conservation de contradictions juridiques et d'avis opposés de la période classique et pré-classique pris dans les textes constituant la source de matériel du *Pandecte*, ou bien encore l'intégration d'expressions qui qualifient d'exagérée ou de dure une réglementation de la loi.

<sup>4</sup> Selon P. COLLINET (« Preuves directes », *op.cit.*, pp. 1-15), il s'agit principalement d'une influence des idées néo-platoniciennes de PLOTIN (204/5-270 ap. J.-C.) qui occupaient une place dominante parmi les courants philosophiques de la basse antiquité (III<sup>e</sup>-VI<sup>e</sup> s. ap. J.-C.). Voir aussi E. ALBERTARIO, *Introduzione storica, op.cit.*, p. 111 n. 94; F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen 1960, p. 166 n. 211 et la bibliographie détaillée; D. SIMON, « Aus dem Codexunterricht des Thalelaios. A. Methode », *SZ RA* 87 (1970), p. 382.

<sup>5</sup> D. SIMON, « Heroen », *op.cit.*, pp. 392-393.

pratique juridique hellénistique<sup>1</sup> ont suscité l'élaboration savante et l'approfondissement du droit romain classique<sup>2</sup>, la généralisation des solutions apportées par les sentences de la jurisprudence mais aussi le remplacement de certaines institutions hors d'usage par de nouvelles qui avaient un champ d'application concret. Parmi les diverses innovations de cette approche désormais toute doctrinale dictée par la méthode d'exégèse didactique « classicisante » de ces écoles, qui, ainsi que leur postérité l'a démontré, influenceront de manière évidente sur l'évolution du droit au cours des temps médiévaux et modernes, on peut citer les suivantes.

1. Au cours de la période post-classique, la doctrine hellénistique de l'intention<sup>3</sup>, d'origine philosophique et rhétorique, étayée par les injonctions morales du christianisme, domine l'enseignement des écoles d'Orient. C'est grâce à elle que va s'achever le passage progressif de l'interprétation objective à l'interprétation subjective des actes juridiques, déjà mis en œuvre (surtout lors du Principat) par la théorie rhétorique de l'interprétation. Parmi les principaux indices de l'ascendant de la doctrine de l'intention sur le droit on peut comprendre : a) l'approfondissement théorique de la notion d'*animus* (*affectus, διάθεσις, ψυχή δεσπόζοντος*) et la généralisation de son

---

<sup>1</sup> L'importance considérable de la contribution des droits grecs des provinces romaines d'Orient à l'évolution des institutions du droit romain est principalement démontrée dans l'ouvrage monumental de L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs: mit Beiträgen Zur Kenntnis des griechischen Rechts und der spät-römischen Rechtsentwicklung*, Hildesheim 1963; voir aussi R. TAUBENSCHLAG, *The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri (332 B.C.-640 A.D.)*, Varsovie 1955, *passim*. La consécration plus large de la forme écrite au cours des temps post-classiques pour les actes de transfert les plus essentiels du point de vue économique, l'acceptation par le droit romain de bon nombre d'institutions touchant au droit familial, commercial ou maritime déjà établies dans la pratique synallagmatique de l'époque antique ou hellénistique (dot, *peculium* accordé par la mère à l'enfant non émancipé, tutelle de la mère sur les enfants et ses petits-enfants, les arrhes (*arra poenitentialis*), adoption des règles grecques concernant le sort de la dot après le décès de l'épouse, prolongement de la durée de la *longi temporis praescriptio* et son exemption de conditions autres que celle de la possession légitime, le dépôt irrégulier (*depositum irregulare*) comme genre de contrat distinct du prêt (*mutuum*) constituent seulement quelques exemples de l'incorporation à la codification justinienne des institutions grecques qui prévalaient déjà dans le droit coutumier des provinces orientales.

<sup>2</sup> D'ailleurs, ainsi que le démontrent les *Παράτιτλα* (*Paratitla* : additions, sous chaque fragment, de références à d'autres textes, et sous chaque titre, de règles analogues tirées d'autres titres ou recueils) des *Scolies Sinaitiques* (*Fragmenta Sinaitica*), l'interprétation systématique des écoles de droit d'Orient n'avait pas pour seul objet les ouvrages des jurisconsultes romains compris dans la *Loi des citations* de THEODOSE II et VALENTINIEN III (*C.Th.* 1.4.3) mais aussi des ouvrages d'autres juristes romains tels que MARCIEN ou FLORENTIN, qui n'étaient pas reconnus selon cette loi comme droit jouissant d'une validité directe (B. KRÜGER, *Histoire des sources*, *op.cit.*, p. 428; I. SONTIS, « Το πρόβλημα της γενέσεως των Ιουστινιάνειων Εισηγήσεων και η Παράφρασις του Θεοφίλου » [Le problème de la naissance des *Institutiones* de Justinien et la *Paraphrasis* de Théophile], *Τόμος Κωνσταντίνου Αρμενοπούλου επί τη βοοσηρίδι της Εξαβιβλίου αυτού (1345-1945)* [Tome sur le six-centième anniversaire de l'Hexabible de Constantin Arménopoulos], Thessalonique 1951, p. 409, 412 n. 37, 421 où il est fait référence aux *Fragmenta Sinaitica ad formulam hypothecariam* de MARCIEN et aux *Institutiones* de FLORENTIN. Le témoignage historique selon lequel dans les bibliothèques de Beyrouth et de Constantinople étaient conservées des copies de textes de juristes romains de la période classique, outre ceux des *juris auctores* de la période romaine post-classique, mais aussi la survivance de nombre d'ouvrages de problématique (résolutions de problèmes) appartenant à la littérature classique dans le programme d'enseignement des écoles d'Orient (P. PIELER, « Littérature juridique », *op.cit.*, p. 223, 236 n. 104) renforce cette position.

<sup>3</sup> P. DE FRANCISCI, *Συνάλλαγμα. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, vol. II, Pavia 1916, p. 498 et suiv.; H. COING, « Einfluß der Philosophie des Aristoteles », *op.cit.*, p. 32, 55; M. KASER, *RPR, op.cit.*, vol. II, § 261 II.1b., surtout notes 28-29.

application à tous les domaines du droit privé<sup>1</sup>, b) la formulation doctrinale de la jurisprudence classique sur la nullité absolue ou relative des actes juridiques fictifs<sup>2</sup>, c) la généralisation de la règle « errantis nulla voluntas est »<sup>3</sup>, d) l'établissement de la coïncidence des intentions des parties contractantes (*συναινέσις*, *conventio*, *consensus*) en élément fondamental de tous les accords obligataires face auquel d'autres conditions de validité, telles que la dation de la chose (*re contrahitur obligatio*) ou la *verborum solemnitas*<sup>4</sup>, sont reléguées au rang de simples formules. De surcroît, une conséquence logique du renforcement de l'élément subjectif de l'obligation est l'individualisation des obligations selon la *causa* de l'engagement obligataire<sup>5</sup> qui détermine la nature du rapport synallagmatique (*natura contractus*) et par extension la nature de l'action judiciaire (*natura actionis*). Et précisément parce que la coïncidence des intentions des obligataires constitue désormais l'élément prévalant du contrat, les obligations qui ne comportent pas cet élément mais proviennent de causes « amenées par des cas de figure divers » (*obligationes ex variis causarum figuris*, D.44.7.1 pr)<sup>6</sup> seront classées dans des catégories systématiquement formées des quasi-contrats (*quasi ex contractu*). Là, elles seront classées comme obligations non sanctionnables par le *jus civile*, comme la gestion d'affaires (*negotiorum gestio*), l'autorité de tutelle (*tutela*), l'indivision (*communio*), le paiement par erreur (*condictio indebiti*), etc.

2. Le droit naturel aristotélicien (*jus naturale*) est ramené à un astreignant système de lois dans lequel la notion de justice (*aequitas*, *justitia*) est redéfinie et s'oppose au *jus civile*<sup>7</sup>. Outre cela, ce rattachement du droit à des modèles éthiques élaborés dans une certaine mesure sur les idéaux stoïciens de justice et d'humanité sera aussi manifeste dans d'autres questions juridiques plus

---

<sup>1</sup> Cf. F. PRINGSHEIM, « Animus donandi », *ZS RA* 42 (1921), p. 273 et suiv.; IDEM, « Animus in Roman Law », *The Law Quarterly Review* CXIII (désormais: *LQR*) (1933), pp. 43-60; IDEM, « Zur Geschichte des animus novandi », [Studi in onore di V. Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento, vol. I], Naples 1953, pp. 509-519; P. COLLINET, *Études Historiques*, op.cit., I, p. 195 et suiv.; P. COLLINET-A. GIFFARD, *Précis de droit romain*, vol. II, Paris 1927, p. 211 ; F. SCHULZ, *Principles*, op.cit., p. 131 n. 1-4 ; R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, vol. II. *Les obligations*, Paris 1954 (r é impr. 1970), p. 205, 209, 285 ; M. KASER, *RPR*, op.cit., vol. II, § 201 IV et les références bibliographiques s'y rapportant. La généralisation de l'interdiction de l'exercice abusif des droits est une manifestation plus particulière de la doctrine de l'*animus* (D.6.1.38 ; D.39.3.1, 12. M. ROTONDI, *L'abuso di diritto. Aemulatio*, Padoue 1979, p. 24 et suiv.; M. KASER, *RPR*, op.cit., vol. II, §198 I).

<sup>2</sup> C.J. 5.16.20; B. 23.1.50. J. PARTSCH, « Die Lehre vom Scheingeschäfte im römischen Rechte », *SZ RA* 42 (1921), p. 227 et suiv.; M. KASER, *RPR*, op.cit., vol. II §201 VI n. 40-41.

<sup>3</sup> D.39.3.19. M. KASER, *RPR*, op.cit., vol. II, §201 III.1 n. 21.

<sup>4</sup> Cf. la classification quadripartite de GAIUS en *obligationes re, verbis, litteris, consensu contractae*: Gai (*Inst.*) 3.89. L'hypothèse de C. A. CANNATA sur l'origine la plus ancienne de la division quadripartite des *contracti* est développée dans son ouvrage « La "distinctio" re-verbis-litteris-consensu et les problèmes de la pratique », op.cit., p. 431-455, surtout p. 437 et suiv. où se trouve la bibliographie se rapportant au sujet.

<sup>5</sup> On considère comme *causa* l'obligation dont se charge le contractant et qui incite la seconde partie à conclure le contrat (V. Arangio-Ruiz, « Istituzioni di diritto romano » 4, Naples 1937, p. 297).

<sup>6</sup> Sur leur origine rhétorique, voir A. STEINWENTER, « Rhetorik und römischer Zivilprozess », *SZ RA* 65 (1947), p. 94 n. 89.

<sup>7</sup> F. PRINGSHEIM, « Jus aequum und jus strictum », op.cit., p. 643 et suiv.; H. COING, « Einfluß der Philosophie des Aristoteles », op.cit., p. 44 et suiv.; F. SCHULZ, *HRLS*, op.cit., p. 74 ; F. WIEACKER, *Textstufen*, op.cit., p. 247 ; G. PETROPOULOS, « Histoire et présentation du droit romain », op.cit., p. 206 n. 16-17 ; M. KASER, *RPR*, op.cit., vol. II, § 197 II.

particulières. Un exemple révélateur en est l'élargissement de la notion classique de *naturalis obligatio*, de sorte que certaines obligations ou devoirs de nature purement morale seront reconnus comme contraintes obligatoires (restitution des choses données, remise de la part légale des héritiers, prestation de services ne faisant pas l'objet de promesse tels que les *operae liberorum*)<sup>1</sup>.

3. L'assujettissement du droit à des modèles moraux se manifeste plus pleinement dans l'effort de l'enseignement des écoles d'Orient d'établir la responsabilité juridique sur le principe de l'imputabilité suivant des critères abstraits dont l'origine puise à la philosophie et à la rhétorique grecque<sup>2</sup>, ensuite progressivement renforcés par l'enseignement chrétien. Plus précisément, les modèles classiques du dol et de la négligence vont subir une transformation fondée sur des critères abstraits dont l'origine suprême se trouve dans la philosophie et la rhétorique grecques puis, renforcés par l'enseignement chrétien, ils vont être développés dans le commentaire des textes romains classiques. L'élément de la réprobation morale de l'auteur d'un acte contraire à la loi prend de l'importance et se trouve désormais au centre de la responsabilité délictuelle et quasi délictuelle<sup>3</sup>. Dans ce cadre, les conditions subjectives issues de la jurisprudence des juristes romains classiques (*dolus-culpa*) reçoivent des limites conceptuelles, sont ramenées à des types déterminés (*culpa in concreto, lata*) et rattachées à des *definitiones* didactiques d'emploi aisé, qui rendent homogènes et accessibles les solutions du droit romain<sup>4</sup>. Par surcroît, on constate une influence supplémentaire de l'éthique sociale grecque (renforcée de modèles sociaux chrétiens) dans la formulation du devoir général de sollicitude du *diligens paterfamilias* (le « bon père de famille »). Ce dernier sera utilisé

---

<sup>1</sup> D.5.3.25, 11; C.J. 3.28.36,2; D.12.6.26,12. Cf. CORNIOLEY, *Naturalis obligatio. Essai sur l'origine et l'évolution de la notion en droit romain*, Genève 1964, p. 256 et suiv., p. 280 et suiv.; M. KASER, *RPR, op.cit.*, vol. II, §255 III n. 26-28.

<sup>2</sup> Cf. ANAXIMENE DE LAMPSAQUE (?), *Rhétorique à Alexandre*, pp. 4, 8-10, ANTIPHON, *Première Tétralogie. Apologie sur un seul et même sujet*; *Quatrième Tétralogie. Apologie d'un meurtre involontaire*, p. 6; ARIST., *Rhét.*, 1.13.1374b; IDEM, *Éthique*, 5.10, 1135β; THEMISTIOS, *Discours politiques, I. Sur la charité ou Constance*, 15c-d (Did. 17) et IDEM, *op.cit.*, 9. *Adresse à Valens*, 124a (Did.148) [= H. SCHENKL, G. DOWNEY, A. F. NORMAN (éds), *Themistii orationes quae supersunt*, I-III, [Bibliotheca Scriptorum Graecorum et Romanorum Teubneriana], Lipsiae, 1965-1974]. Cf. O. LENEL, « Culpa lata und culpa levis », *SZ RA*, 38, 1917, p. 263 et suiv.; MASCHKE, *Die Willenslehre im griechischen Recht*, 1926, p. 71 et suiv., 170; B. KÜBLER, *Einflüsse der griechischen Philosophie, op.cit.*, p. 63 et suiv.; IDEM, « Degrés de faute », *op.cit.*, p. 174 et suiv.; H. COING, *Einfluß der Philosophie des Aristoteles, op. cit.*, p. 51 et suiv.; G. MARIDAKIS, « Démosthènes théoricien du droit », *op. cit. Mélétaï/Études*, Athènes 1979, p. 127; K. TRIANTAPHYLLOPOULOS, « Ἐλληνικαὶ νομικαὶ ἰδέαι ἐν τῷ βυζαντινῷ ποινικῷ δικαίῳ » [Idées juridiques grecques dans le droit pénal byzantin], *Ἀρχεῖον Ἰδιωτικοῦ Δικαίου* [Annuaire de droit privé], 16, 1953 (Tome en l'honneur de F. Pringsheim), notamment p. 159 n. 14, 179 n. 36.

<sup>3</sup> M. KASER, *RPR, op.cit.*, vol. II, § 258 I. Pour cette raison, les délits qui ne comportaient pas l'élément du dol et qui par conséquent n'étaient pas sanctionnables suivant le droit prétorien, sont inclus dans la catégorie distincte des quasi-délits, puisqu'ils peuvent être imputés à la négligence de leur auteur. C'est dans cette catégorie que sont intégrés les actes illégaux relevant du *judex qui litem suam fecit*, des *nautae, caupones, stabularii* concernant des dégâts ou des vols effectués par des employés subalternes qu'ils utilisent à la surveillance des affaires de leurs clients, ou bien les actes *ex neglegentia* des propriétaires d'immeubles provoquant des dommages par le jet de liquides ou d'objets solides (*deiectum vel effusum*) etc. Cf. E. ALBERTARIO, *Studi di diritto romano, III. Obbligazioni*, Milan 1936, p. 131 et suiv.; M. KASER, *RPR, op.cit.*, vol. II, §§ 260 II n. 5-6, 271 II.2 n. 24-29 et la bibliographie détaillée.

<sup>4</sup> M. KASER, *RPR, op.cit.*, vol. II, § 258 IV I.

par l'enseignement des écoles d'Orient à une énonciation pleinement objective de la négligence (*culpa* équivalente de *neglegentia*)<sup>1</sup>.

4. Le classement des accords obligatoires selon la *natura contractus* confère une forme abstraite à l'accord. Ce dernier est désormais construit sur l'intention juridique des contractants et non plus sur le modèle d'engagement des *actiones* de la période classique. Par conséquent, le modèle classique-procédural de l'*actio* s'élargit et la citation en justice est individualisée en fonction de la *natura actionis* et harmonisée aux intentions des contractants, la *natura contractus*<sup>2</sup>. Les interventions sur les institutions des *actiones in factum* prétoriennes de la période classique répondent au même esprit : elles sont transformées en institution autonome intégrée aux *bona fidei iudicia* (élargissement du champ d'application de l'*actio praescriptis verbis*). Mentionnons en outre l'établissement de la théorie des contrats synallagmatiques anonymes qui constituent une nouvelle et vaste catégorie de contrats sanctionnables où domine l'élément de l'échange et de la réciprocité des obligatoires, conformément au schéma *do ut des* (« je te donne afin que tu me donnes ») : actes juridiques issus d'une cause non libérale, actes juridiques de type mixte, etc<sup>3</sup>.

5. Le principe romain de l'enrichissement sans cause (*datio sine causa*) trouve des assises doctrinales et se généralise en tant que manifestation spéciale du principe juridique général *neminem cum alterius detrimento fieri locupletionem*<sup>4</sup>, que les écoles d'Orient puisent aux conceptions

---

<sup>1</sup> J. PARTCH, « Die Lehre vom Scheingeschäfte im römischen Rechte », *op.cit.*, p. 261 et suiv.; W. KUNKEL, « Diligentia », *ZS RA* 45 (1925), p. 344 et suiv.; IDEM, *Römisches Privatrecht<sup>2</sup> (auf Grund des werkes von P. JÖRS in zweiter Auflage neu bearbeitet von Dr. W. Kunkel)*, Berlin 1935, pp. 179-180; F. EBRAND, « Beamtenpflicht und Sorgfaltspflicht im Ausdruck dare operam », *ZS RA* 46 (1926), p. 144; V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto roman: Corso di Pandette svolto nella R. Università di Napoli (1926-27)*, Naples 1927, p. 257 et suiv.; IDEM, « Ancora sulle res cottidianae. Studio di giurisprudenza classica », [*Studi in onore di P. Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, vol. I], Milan 1929, pp. 498-499; E. LEVY, « Westen und osten in der nachklassischen Entwicklung des römischen Rechts », *ZS RA* 49 (1929), p. 256 n. 2; F. WIEACKER, « Haftungsformen des römischen Gesellschaftsrechts », *ZS RA* 54 (1934), p. 35; H. COING, « Einfluß der Philosophie des Aristoteles », *op.cit.*, p. 53 et suiv.; M. KASER, *RPR, op.cit.*, vol. II, § 258 IV. 3a n.30. Voir aussi l'opinion contraire de W. BUCKLAND, « Diligens paterfamilias », [*St. Bonfante, op.cit.*, vol. II], Milan 1930, p. 87 et suiv.; B. KÜBLER, Degrés de faute, *op.cit.*, p. 174; K. VISKY, « La responsabilité dans le droit romain à la fin de la république », [*Mélanges F. de Visscher (=RIDA 2-5)*], Bruxelles 1949-1950, pp. 437-484; G. MARTON, « Un essai de reconstruction du développement du système classique romain de responsabilité civile », [*Studi in memoria di E. Albertario, vol. I*], Milan 1953, p. 190.

<sup>2</sup> C. LONGO, « Il criterio giustiniano della natura actionis », [*Studi Scialoja, vol. I*], pp. 607-641; P. COLLINET, *Études Historiques*, I, *op.cit.*, p. 195, pp. 198-199; IDEM, *La nature des actions, des interdits et des exceptions dans l'oeuvre de Justinien*, Paris 1907, p. 181 et suiv.; M. KASER, *RPR, op.cit.*, vol. II, § 199 I.3, 255 I.3, 261 II.1.b.

<sup>3</sup> D.19.5.5 pr-5. P. DE FRANCISCI, *Συνάλλαγμα. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati.*, vol. I-II, Pavie 1913-1916; P. COLLINET, *Histoire de l'école de Beyrouth*, [*Études historiques sur le droit de Justinien, II*], Paris 1925, p. 284 et suiv.; IDEM, *Rôle de la doctrine et du développement du droit romain privé au Bas-Empire*, Paris 1929, p. 62 et suiv.; IDEM, *Nature des actions, des interdits et des exceptions, op.cit.*, p. 343 et suiv.; IDEM, « Le fr. 5, D.19, 5 », [*Festschrift P. Koschaker zum 60.Geburstag überreicht*, vol. I], Weimar 1939, pp. 70-83; R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, vol. II, *op.cit.*, p. 89, 184 et suiv.; M. KASER, *RPR, op.cit.*, vol. I, § 135 II.1 n. 19/vol. II, §§ 199 I.3 n. 23, 24, 25, 268 n. 24, 269, 270, 273 n. 8-11 et la bibliographie détaillée.

<sup>4</sup> D.12.6.14; D.50.17.206.

éthiques-philosophiques et chrétiennes<sup>1</sup>. La *condictio* unifiée classique, action typique *in personam* du *jus civile* qui avait été incorporée au système judiciaire des *formulae* sera divisée en une foule de *condictiones* correspondant à des *causae* absolues d'enrichissement injustifié (*condictio indebiti, ob turpem ad injustam causam, ob causam datorum, sine causa*). Au cours de la période justinienne, le champ d'application de l'institution s'élargira grâce à l'introduction de nouveaux types (*condictio generalis, ex lege*)<sup>2</sup> ainsi que par l'extension de la *condictio* au domaine des quasi-contrats<sup>3</sup>.

Ainsi, on perçoit que la contribution des *héros* au processus de formation de la structure juridique sur laquelle s'est appuyée la codification justinienne a été essentielle. Selon certaine hypothèse<sup>4</sup>, les *antecessores* ont été en fait les continuateurs de l'œuvre déjà effectuée au cours du V<sup>e</sup> siècle ap. J.-C. par le biais du développement de théories qui constituèrent par la suite les fondements de la science byzantine du droit. Cependant, l'étendue totale de la contribution des écoles de droit d'Orient à l'approfondissement du droit romain classique ne peut être déterminée avec précision car, ainsi qu'on l'a soutenu, le nombre des ouvrages d'enseignement et de commentaire qui nous est parvenu est nettement inférieur au volume total des ouvrages produits à cette période<sup>5</sup>. Par ailleurs, dans le cadre d'une problématique plus large touchant à l'efficacité de la méthode de travail employée à la rédaction du *Pandecte*<sup>6</sup> justinien, on a soutenu que les compilateurs disposaient comme fondement de leur œuvre non pas tant des traités complets des jurisconsultes romains classiques que des ouvrages pré-justiniens, fruits de l'activité académique des écoles, sous la forme d'anthologies ou séries (*catenae*)<sup>7</sup> ou de chrestomathies<sup>8</sup>, qui comportaient

---

<sup>1</sup> H. COING, « Einfluß der Philosophie des Aristoteles », *op.cit.*, p. 39 et suiv.; M. KASER, *RPR, op.cit.*, vol. II, § 270 II.1 n. 4-8.

<sup>2</sup> D.12.1.9 pr.; D.13.2. P. COLLINET, *Études Historiques*, I, *op.cit.* 200-209; IDEM, *Nature des actions, des interdits et des exceptions, op.cit.*, p. 280 et suiv.; M. KASER, *RPR, op.cit.*, vol. II, § 270.

<sup>3</sup> *Inst.(Iust.)* 3.27.6. Voir F. SCHWARZ, *Die Grundlage der condictio*, 1952, p. 304; M. KASER, *RPR, op.cit.*, vol. II, §§ 271 III.2 n. 22.

<sup>4</sup> D. SIMON, « Heroen », *op.cit.*, pp. 392-394.

<sup>5</sup> F. SCHULZ, *HRLS, op.cit.*, p. 326; P. PIELER, « Littérature juridique », *op.cit.*, pp. 251-252 et les références bibliographiques se rapportant (n. 199-202) aux témoignages conservés sur l'œuvre des *magistri* du Droit d'Orient.

<sup>6</sup> Toute la question de la place des extraits interpolés au cours de la codification et par suite de l'ampleur prise par l'ensemble de ce travail semble être directement liée au procédé suivi par les divers groupes appliqués à mener à bien cette œuvre volumineuse. Les vues sur ce sujet de T. HONORE (*Tribonian, op.cit.*, Ch. 5. *Temple of Justice: The Digest*, p. 139 et suiv.), qui mettent en avant la « Massentheorie » de F. BLUHME (« Die Ordnung der Fragmente in den Pandektentitel », *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* 4 (1820), pp. 257-472 (= *LABEO* 6 (1960), pp. 50-96, 235-277, 368-404), connurent la faveur momentanée d'un certain nombre d'éminents chercheurs (STEIN, WATSON, WALDSTEIN, BIRKS, RODGER, KUNKEL, JOLOWICZ-NICOLAS, KRÜGER), pour être plus tard contestées (L. SOLIDORO, « Triboniano e la legislazione Giustiniana », *LABEO* 28 (1982), pp.74-80 ; D. OSLER, « The Compilation of Justinian's Digest », *ZS RA* 115 (1985), p. 129 et suiv. et les références bibliographiques s'y rapportant ; voir aussi J.H.A. LOKIN, « The End of an Epoch. Epilegomena to a Century of interpolation Criticism », [*Collatio Juris Romani. Études dédiées à H. Ankum à l'occasion de son 65<sup>e</sup> anniversaire*, vol.I], Amsterdam 1995, p. 27).

<sup>7</sup> Sur l'origine alexandrine du genre de l'anthologie, voir E. GENZMER, « Die justinianische Kodifikation und die Glössatoren », [*ACIR*, I], p. 350 et suiv.

<sup>8</sup> À savoir recueil d'extraits pris dans divers ouvrages traitant d'une question juridique précise, tels que la *Παραίτησις ἐπιτροπῆς καὶ κουρατωρίας* de Modestin (D.27.1). Cf. F. EBRARD, *Digestenfragmente ad formulam hypothecarium*, 1917, p. 142 et suiv.; F. PRINSGHEIM, « Beryt und Bologna », *op.cit.*, pp.278-279; J. SONTIS, Le

des extraits d'ouvrages de juristes romains fréquemment cités lorsqu'on traitait de tel ou tel sujet<sup>1</sup>. Des arguments semblables ont été utilisés pour expliquer l'achèvement particulièrement rapide de la composition des *Institutiones* de Justinien, mais aussi au sujet de la mise en regard de textes de la *Paraphrasis Institutionum* de Théophile comportant des extraits des *Institutiones* et du *Pandecte*<sup>2</sup>.

---

problème de la naissance des *Institutiones* de Justinien et la *Paraphrasis* de Théophile, *op.cit.*, p. 406 n. 23, 25 et la bibliographie détaillée.

<sup>1</sup> Cette idée fondamentale a été initialement émise par F. HOFMANN (*Die Kompilation der Digesten Justinians*, Vienne 1900), puis par H. PETERS dans le cadre de son hypothèse sur l'existence d'un « pré-pandecte » (*Die oströmischen Digestenkommentare und die Entstehung der Digesten*, 1913) et V. ARANGIO-RUIZ (« Di alcune fonti postclassiche del Digest », [Memoria letta all' Accademia di scienze morali e politiche della Società reale di Napoli], 1931). Ce dernier a également soutenu dans son étude « Precedenti scolastici del Digesto », [Per il XIV centenario della Codificazione Giustinianea, Studi di diritto pubblicati dalla Facoltà di Giurisprudenza della Università di Pavia], Pavia 1934, p. 285 et suiv.) que les *partes* de l'enseignement de Beyrouth mentionnées dans *Const. Omnem* (§1) sont des extraits datant de la période pré-justinienne, et que le matériel traité par deux des quatre groupes de travail mentionnés par F. BLUHME au cours de l'élaboration du *Pandecte* justinien (*pars Sabiniana, Edictalis*) coïncide avec celui des *partes*. Cf. aussi P. COLLINET, *Histoire de l'école de Beyrouth*, *op.cit.*, p. 267 et suiv.; G. PETROPOULOS, « Histoire et présentation du droit romain », *op.cit.*, 238 ; F. PRINSGHEIM, « Beryt und Bologna », *op.cit.*, p. 207 et suiv.; J. SONTIS, « Le problème de la naissance des *Institutiones* de Justinien », *op.cit.*, p. 405 et suiv., surtout n. 21-23, p. 407 et suiv., p. 411 n. 37; H. SCHELTEMA, *Antécédents*, *op.cit.*, p. 8 et les arguments à l'appui des opinions mentionnées plus haut, ainsi que les références bibliographiques. Cette hypothèse est également renforcée par l'interprétation critique des dispositions du *Pandecte* et du *Code* confrontées à certaines scolies des *Basiliques* qui renvoient à des interventions des *magistri* du Droit de l'école de Beyrouth sur les textes légaux romains (cf. surtout la référence à la scolie de THALELEE sur la disposition des *Basiliques* 11.1.67 sur le héros Patricius et sur le *Traité des définitions* (Ἐπόμνημα τῶν δεφινίτων) de CYRILLE qui comprenait une foule d'extraits de la littérature juridique classique, mais aussi les mentions directes aux théories de Patricius qui découlent des scolies des *Basiliques* sur les dispositions C.J.2.3.8 [=B.(sc.) 11.1.69(1), C.J. 2.4.18 [=B.(sc.) 11.2.35 (4,5)], C.J.2.4.40 [=B.(sc.) 11.2.57(4)], C.J.3.29.5 [=B.(sc.) 41.4.5(4)], C.J.4.32.26 pr. [=B.(sc.) 23.3.74(6)]. À leur sujet, voir D. SIMON, « Heroen », *op.cit.*, n. 3, 8, 9, 16, 22 et l'analyse exhaustive des textes, cf. de même B. KRÜGER, *Histoire des sources*, *op.cit.*, pp. 427-428, 483 et suiv.; F. SCHULZ, *HRLS*, *op.cit.*, p. 274 n. 11, p. 326 n. 6. L'importance de ces scolies herméneutiques fut particulièrement perceptible vers la fin du XVI<sup>e</sup> siècle, lorsque d'éminents juristes hellénistes tels que CUJACIUS (dans ses *Libri observationum et emendationum, Notae, Scolies sur le Codex et le Digeste*) et LEUNCLAVIUS dans sa traduction de la *Synopsis Basilicorum* (Μεγάλη Σύνοψις τῶν Βασιλικῶν; voir le texte dans J. & P. ZEPOS, *Synopsis Basilicorum* (ex ed. C. E. ZACHARIAE A. LINGENTHAL), *Jus Graecoromanum*, vol. V, Athènes 1931 (Aalen 1962), pp. 1-559) utilisèrent ces textes en les confrontant aux passages correspondants des *Littera Florentina* et de la *Vulgata* du *Pandecte* en tant qu'« indices » dignes de foi de l'établissement correct des textes justiniens et de leur nouvelle approche critique. Sur cette question, voir les précisions apportées dans H. TROJE, *Graeca leguntur. Die Aneignung des byzantinischen Rechts und die Entstehung eines humanistischen Corpus Juris Civilis in der Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts*, Böhrhau-Verlag, Cologne-Vienne 1971, p. 110 et suiv., 113 où se trouve mentionné le mode de travail suivi par LEUNCLAVIUS dans sa *Synopsis Basilicorum* et lors de la rédaction de son ouvrage *Libri II notatorum* (1593), au cours de laquelle il utilise également des passages attestés des scoliastes byzantins.

<sup>2</sup> Parmi les défenseurs de cette hypothèse se trouve J. SONDIS, lequel s'appuya sur la théorie très discutée de C. FERRINI concernant l'hypothèse d'un traitement pré-justinien des *Institutiones* de GAIUS accompagné de scolies, sur lequel se fonde en partie la *Paraphrasis Institutionum* de THEOPHILE. Selon SONTIS, l'établissement des *Institutiones* n'a pas été effectué sur la base des textes complets des *Institutiones* de GAIUS et d'autres jurisconsultes ou bien les extraits des *Librorum Rerum Cottidianum*, mais sur celle d'un manuscrit pré-justinien, traitement grec du textes des *Institutiones* de GAIUS principalement, mais aussi d'extraits des *Institutiones* d'autres jurisconsultes et des *Libri Rerum Cottidianum* (I. SONTIS, « Ἐπὶ τοῦ rescriptum τῶν αὐτοκρατόρων Σεβήρου καὶ Ἀντωνίνου ἐν D.36,1,30, Inst. 2,17,3 καὶ Θεοφ. Inst. 2,17,3-Συμβολή εἰς τὸ ζήτημα τῆς καταγωγῆς τῆς εἰς τὸν Θεόφιλον ἀποδιδομένης ἐλληνικῆς παραφράσεως τῶν ἰουστινιάνειων Εἰσηγήσεων » (Sur le *rescriptum* des empereurs Sévère et Antonin dans D.36,1,30, Inst. 2,17,3 et de Théophile, Inst. 2,17,3-Contribution à la question de l'origine de la paraphrase grecque des *Institutiones* de Justinien

En outre, le renouvellement de l'intérêt pour la dialectique grecque se manifeste dans la mise en valeur extensive – contrairement à ce qui caractérise la période républicaine et classique – des méthodes dialectiques de la division et de la synthèse<sup>1</sup>. C'est dans ce contexte que vont être élaborées de nouvelles *definitiones* et *regulae*<sup>2</sup> ou bien que vont être déduites des *regulae* retranchées, puis développées, de la partie explicative comprise dans les sentences des jurisconsultes romains classiques<sup>3</sup>. On peut citer les exemples suivants de la pratique bien installée du commentaire extensif des œuvres des jurisconsultes classiques pour des raisons pratiques ou didactiques : a) la *Collectio definitiorum*, recueil de canons pris aux ouvrages juridiques classiques de Papinien, Paul, Ulpian et Modestin, qui fut vraisemblablement utilisée à des fins d'enseignement du droit dans l'Orient romain au cours du v<sup>e</sup> siècle ap. J.-C.<sup>4</sup>, b) les adaptations ou les éditions accompagnées de leurs gloses des ouvrages juridiques classiques incluant des *definitiones* et *regulae*<sup>5</sup>, c) le catalogue en langue grecque *De actionibus* qui comprenait des canons élémentaires traitant des actions et que l'on date des dernières décennies du v<sup>e</sup> siècle ap. J.-C.<sup>6</sup>, enfin d) le *Traité des définitions* du *magister* de l'école de Beyrouth Cyrille l'Ancien<sup>7</sup>. Il est donc possible que ces

---

attribuée à Théophile), *Annuaire de droit privé (Ἀρχαίων Ἰδιωτικὸν Δικαίον)* 6 (1939), p. 91 et suiv. ; IDEM, « Le problème de la naissance des *Institutiones* de Justinien », *op. cit.* p. 416 et suiv.). Cf. de même B. SANTALUCIA, « Contributi allo studio delle parafrasi di Teofilo », *SDHJ* 31 (1965), p. 171 et suiv. et la bibliographie détaillée.

<sup>1</sup> M. KASER, *Méthode*, *op.cit.*, p.72.

<sup>2</sup> E. ALBERTARIO, *Introduzione*, *op.cit.*, p. 120 et suiv.; F. PRINGSHEIM, « Beryt und Bologna », *op.cit.*, p. 220 et suiv.; L. WENGER, *Canon in den römischen Rechtsquellen und in den Papyri: Eine Wortstudie*, [Akademie der Wissenschaften in Wien. Philosophisch-historische Klasse, Sitzungsberichte 220. Band, 2 Abh.], Vienne-Leipzig, 1942, pp. 71-81; F. SCHULZ, *Principles*, *op.cit.*, p. 44 et suiv.; P. STEIN, *Regulae juris*, *op.cit.*, pp. 115-117 et les exemples de renvois des scolies sinaïtiques (*Fragmenta Sinaitica*) aux « règles générales ». Selon F. SCHULZ (*HRLS*, *op.cit.*, p. 174 et suiv. 296), l'usage de l'ouvrage attribué à Q. MUCIUS SCAEVOLA *Des définitions (Περὶ ὄρων)* mais aussi l'authenticité douteuse des *Libri Regularum* ou *Definitionum* d'auteurs classiques (POMPONIIUS, GAIUS, ULPIEN, PAPIINIEN, PAUL) utilisés par les compilateurs de la codification, constituent des indices clairs de l'application certaine de la méthode dialectique au cours de la période post-classique. Voir cependant les réserves émises par P. STEIN, *Regulae juris*, *op.cit.*, pp. 84-85.

<sup>3</sup> Cette constatation est valable pour la majorité des *leges geminatae* (lois géminées), à savoir des textes similaires conservés en deux endroits d'un seul et même recueil justinien, où les *regulae* apparaissent aussi dans le texte prototype introduites par *enim* ou *quia* afin de justifier ce qui précède. Dans ces cas, la suppression de la proposition subordonnée de cause suffit pour que les compilateurs de l'ouvrage justinien haussent le texte original au rang de maxime (P. STEIN, *Regulae juris*, *op.cit.*, pp. 118-119).

<sup>4</sup> F. SCHULZ, *HRLS*, *op.cit.*, p. 308: *éd. princeps* de A. SEGRE, « Tre Papiri giuridici inediti », [Studi in onore di P. Bonfante nel XL anno d'insegnamento, III], Milan 1929-1930, pp. 421-428.

<sup>5</sup> On repère des interventions post-classiques ou des reconstructions des *definitiones* ou *regulae* classiques dans les quelques fragments conservés dans le *Pandecte* des *Regularum libri* de NERATIUS PRISCUS, GAIUS CERVIDIUS SCAEVOLA, PAUL, ULPIEN, MARCIEN, MODESTIN, des *Regularum libri singularis* de POMPONIIUS, GAIUS, PAUL, ULPIEN, des *Definitionum libri II* de PAPIINIEN, des *differentiae* de MODESTIN *et al.* (F. SCHULZ, *HRLS*, *op.cit.*, p. 174 et suiv.; F. PRINGSHEIM, « Beryt und Bologna », *op.cit.*, pp. 254-255 ; F. WIEACKER, *Textstufen*, *op.cit.*, p. 216 et suiv. ).

<sup>6</sup> F. SCHULZ, *HRLS*, *op.cit.*, p. 308 n. 2; F. SITZIA, *De actionibus. Edizione e commento*, [Università di Roma Pubblicazioni dell'Istituto di Diritto Romano Pubblicazioni dell'Istituto di Diritto Romano, 46], Milan 1973, p. 75 et suiv., n. 1 et les références bibliographiques plus anciennes; P. PIELER, « Littérature juridique », *op.cit.* p. 256. D. SIMON a émis des doutes sur l'origine pré-justinienne de l'ouvrage dans *SZ RA* 92 (1975), p. 420 et suiv.

<sup>7</sup> Voir la scolie de THALELEE sur la disposition des *Basiliques* 11.1.67. Néanmoins, ce témoignage est considéré comme indigne de foi par H. SCHELTEMA, *Antécédents*, *op.cit.*, p. 9 n. 35 ; IDEM, « De antiquere jurisprudentiae



travaux préalables de l'époque pré-justinienne aient constitué la charpente sur laquelle s'appuie le recueil des *regulae juris antiqui* dans le dernier titre 50.17 du *Pandecte* de Justinien<sup>1</sup>.

Cependant, la forme de l'enseignement des écoles d'Orient au cours de la période post-classique présente aussi des influences de la dialectique. Les paraphrases libres du texte à commenter dans le cadre desquelles sont développés l'examen préalable et l'établissement des principes (*προθεωρίαι* et *θεματισμοί*), la rédaction de notes explicatives ou doctrinales – « paragraphai » (*παραγραφαί*) souvent accompagnées de « paratitla » (*παράτιτλα*)<sup>2</sup> – mais aussi les monographies spéciales (« mémoires » ou « monobibles »<sup>3</sup>) de l'ère pré-justinienne suggèrent une application de la méthode de commentaire didactique de l'exégèse<sup>4</sup>, qui connaissait un usage particulier en théologie et en philosophie, principalement pour le commentaire des ouvrages d'Aristote<sup>5</sup>. Il est intéressant d'autre part de noter que les catégories ci-dessus d'ouvrages d'exégèse ont constitué le fondement indispensable à la composition des ouvrages juridiques de la période justinienne et post-justinienne qui vont généralement conserver des structures semblables. D'ailleurs, certaines hypothèses assurent que les modifications apportées par Justinien au programme d'enseignement n'étaient pas particulièrement radicales car elles ne touchaient pas à l'essence de l'enseignement, lequel continuait à être fondé sur les méthodes pré-justiniennes de l'examen préalable et de l'établissement des principes, des questions-réponses et des « paragraphai »<sup>6</sup>. Plus particulièrement, tant l'examen préalable que l'établissement des principes<sup>7</sup>

---

reliquiis in libris byzantinis oblectamentum », *TR* 17 (1941), p. 415. Voir de même P. PIELER, « Littérature juridique », *op.cit.*, p. 250.

<sup>1</sup> *Const. Tanta* (*Δέδωκεν*), 8: «... ταῦτα ἅπαντα τὸ τελευταῖον περιέχει βιβλίον, τούτου δὴ τοῦ συστήματος, ὅπερ ἀρχὴ τὰ τῶν ἐπερωτήσεων ἐστίν, ἕκτον μὲν, ὅσον πρὸς τὴν οἰκείαν ἀρχὴν καθεστὸς, πεντηκοστὸν δὲ πρὸς τὴν ὕλην τῆς συντάξεως ἀρμονίαν». Les *regulae* comprises dans le Titre 50.17 constituent, dans leur majorité, des propositions générales, de façon à conférer à ce Titre le caractère d'une récapitulation ou d'un résumé des contenus du *Pandecte* (P. STEIN, *Regulae juris*, *op.cit.*, pp. 114-123, 148). Ce procédé sera davantage utilisé au cours du XVI<sup>e</sup> siècle dans le cadre de l'humanisme juridique, où les *regulae* ont désormais le rang d'axiomes juridiques (P. STEIN, *Regulae juris*, *op.cit.*, p. 165 et suiv.).

<sup>2</sup> Des annotations qui ont été faites, soit en marge des textes examinés (*ρήτᾶ*), soit isolément, et qui comprenaient la contribution doctrinaire de l'auteur à l'enseignement juridique ainsi que des passages afférents à l'extrait étudié ou des additions plus générales se rapportant aux règles qui régissent une question précise et qui se trouvent encore sous d'autres titres ou des *Παράτιτλα* (*Paratitla*). Cf. à titre indicatif P. COLLINET, *Histoire de l'école de Beyrouth*, *op.cit.*, p. 264 et suiv.; P. KRÜGER, *Histoire des sources*, *op.cit.*, p. 481.

<sup>3</sup> Voir la fameuse scolie de THALELEE sur B.11.1.67 au sujet du *Traité des définitions* (*Ἰπόμνημα τῶν δεφινίτων*) du *magister* de l'école de Beyrouth Cyrille l'Ancien (410-420 ap. J.-C.) ou la petite monographie *De actionibus* qui a vraisemblablement une origine pré-justinienne (*supra n.1*). Cf. J. SONDIS, « Le problème de la naissance des *Institutiones* de Justinien », *op. cit.*, p. 410 n. 37 et les références bibliographiques détaillées.

<sup>4</sup> P. COLLINET, *Histoire de l'école de Beyrouth*, *op.cit.*, p. 246, 29 ; F. PRINGSHEIM, « Beryt und Bologna », *op.cit.*, pp. 204-285.

<sup>5</sup> F. PRINGSHEIM, « Beryt und Bologna », *op. cit.*, p. 265 n. 5 ; H. SCHELTEMA, *Antécresseurs*, *op.cit.*, p. 10 n. 37 et les exemples s'y rapportant.

<sup>6</sup> H. SCHELTEMA, *Antécresseurs*, *op.cit.*, p. 9; D. SIMON, « Méthode », *op.cit.*, p. 334 et suiv.

<sup>7</sup> Il s'agit de développements théoriques et d'exemples précis qui visent à une première compréhension du contenu essentiel du texte légal romain par les étudiants hellénophones des écoles de droit.

sont interpolés dans les *indices* de la période justinienne<sup>1</sup>. En outre, les « paragraphai » pré-justiniennes dans lesquelles sont fréquemment introduites des questions-réponses<sup>2</sup> vont constituer des modèles pour les « paragraphai » des antécresseurs<sup>3</sup> et de leurs successeurs, les *advocati* de la période post-justinienne (scoliastrés)<sup>4</sup>.

Mais en Occident aussi on observe des influences des arts libéraux du *trivium* (grammaire, dialectique, rhétorique) dans le long commentaire des sources justiniennes effectué du XI<sup>e</sup> au XIII<sup>e</sup> siècle<sup>5</sup> dans le cadre de la renaissance des études du droit romain. L'initiateur de cette entreprise de faire du *corpus* de Justinien la source primordiale du droit romain et d'établir ses textes est Irnerius (ou Guarnerius, vers 1060-1130), jurisconsulte d'origine italienne ou allemande qui, selon la version

---

<sup>1</sup> Comme, par exemple, dans le fameux *Index* (scolies sur les textes du Pandecte) de STEPHANE ou les scolies sur le *Codex* de THALELEE. À leur sujet, voir plus précisément l'analyse de F. PRINGSHEIM, « Beryt und Bologna », *op.cit.*, p. 266; H. SCHELTEMA, *Antécresseurs*, *op.cit.*, p. 24 et suiv., p. 36 n. 99; D. SIMON, « Méthode », *op.cit.*, p. 338. Sur la notion des *indices*, voir F. PRINGSHEIM, « Justinian's Prohibition », *op.cit.*, pp. 405-406.

<sup>2</sup> On peut citer en exemple les questions-réponses (*ἑρωταποκρίσεις*) intégrées à la *Paraphrasis Institutionum* (*Παράφρασις τῶν Εἰσηγήσεων*) de Théophile (entre 533 et 534), ouvrage qui constitue du point de vue morphologique un alliage d'*index* et de *paragraφή*, ainsi que celles que l'on trouve dans les *Παραγραφαί* de STEPHANE, dont certaines possèdent un nom d'auteur, ou dans les scolies du *Pandecte* attribuées à ISIDORE (H. SCHELTEMA, *Antécresseurs*, *op.cit.*, p. 19, 21, 28 n. 77, 29). Les *quaestiones* ou *disputationes*, ouvrages principalement didactiques de caractère jurisprudentiel ou doctrinaire datant de la fin de la République et du début du Principat (CELSE, AFRICANUS, MARCELLUS, Q. CERVIDIUS SCAEVOLA, PAPINIEN, CALLISTRATE, TERTULLIEN, PAUL) présentent une morphologie similaire : l'auteur reproduit grâce à elles les questions qui lui ont été soumises par les assistants et les réponses qu'il a fournies (B. KRÜGER, *Histoire des sources*, *op.cit.*, pp. 177-178, 484). Selon F. SCHULZ, les prémices de ce genre de littérature juridique qui vise à la résolution de questions juridiques complexes de façon isolée et non systématique (« littérature problématique ») peuvent être recherchées dans les « problèmes » pseudo-aristotéliens (F. SCHULZ, *HRLS*, *op.cit.*, p. 223-242, note DD 342).

<sup>3</sup> Voir les indications s'y rapportant (*Παραγραφαί* de STÉPHANE dans Reinach Inv. 2173 ainsi qu'à une foule de scolies des *Basiliques*, *Παραγραφαί* de THALELEE sur des scolies des *Basiliques*) dans H. SCHELTEMA, *Antécresseurs*, *op.cit.*, p. 27 n. 74-76, pp. 37-38, n. 103-104 ; P. PIELER, « Littérature juridique », *op.cit.*, p. 292 et suiv.

<sup>4</sup> P. PIELER, « Littérature juridique », *op.cit.*, p. 310.

<sup>5</sup> Il s'agit de l'opinion « orthodoxe » introduite par H. KANTOROWICZ (« Über die Entstehung der Diegestenvulgata », Weimar 1910, *SZ RA* 30 (1909), pp. 183-271 et *SZ RA* 31(1910), 14-88; IDEM, « A medieval Grammarian on the Sources of Law », *TR* 15 (1937), p. 37 et suiv.). Cf. cependant les réserves de CH. M. RADDING et A. CIARALLI émises récemment dans leur étude « The Corpus Juris Civilis in the Middle Ages: A Case Study in Historiography and Medieval History », *ZS RA* 117 (2000), pp. 274-310, surtout pp. 294-295, p. 305 et suiv. Ces réserves se fondent particulièrement d'une part sur les indications paléographiques de M. CONRAT (*Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts im frühen Mittelalter*, Leipzig 1891) qui démontrent le rôle important probablement joué par les scoliasstrés lombards médiévaux dans la circulation, préservation et traitement des textes justiniens tout au long du XI<sup>e</sup> siècle et au début du XII<sup>e</sup>, ensuite sur la datation erronée par les paléographes des débuts du XIX<sup>e</sup> siècle des manuscrits cruciaux pour étayer l'hypothèse de l'existence de manuscrits médiévaux comportant des renvois aux textes justiniens (voir les conclusions préliminaires des auteurs dans le Tableau 5 de leur étude). Sur la période précédant le florissement de l'école de Bologne et les sources du droit romain qui étaient en usage dans l'espace européen, principalement à travers des recueils de canons (*Lex romana Canonice Compta*, *Excerpta Bodiensia*, *Collectio Britannica*, *Expositio* sur *Liber Papiensis* etc.), voir B. KRÜGER, *Histoire des sources du droit romain*, *op.cit.*, pp. 506-507, 510; P. VINOGRADOFF (sous la dir. de F. DE ZULUETA, trad. S. RICCOBONO), *Diritto romano nell'Europa medioevale*<sup>2</sup>, Milan 1950, pp. 34-35; P. STEIN, *Regulae juris*, *op.cit.*, p. 124 et suiv.; CH. RADDING-A. CIARALLI, « The Corpus Juris Civilis in the Middle Ages », *op.cit.*, 290 et suiv.

la plus ancienne<sup>1</sup>, avait suivi l'enseignement de la science du Droit à Constantinople et inauguré l'école des glossateurs médiévaux<sup>2</sup>.

Leur méthode d'analyse et de synthèse présupposait l'authenticité et par conséquent l'homogénéité des ouvrages constituant le fonds de l'enseignement. Pour cette raison, Irnerius établit comme objectif premier le comblement des lacunes ou des contradictions observées dans les textes de Justinien. Du début du XII<sup>e</sup> siècle à celui du XIII<sup>e</sup>, des glossateurs tels que Bulgarus (†1166), élève d'Irnerius et continuateur de son œuvre, Placentinus (†1192), Iohannes Bassianus (†1197), un autre de ses élèves, le particulièrement talentueux Azon († vers 1220, vraisemblablement après 1230), et surtout Accurse (†1263), élève renommé d'Azon, vont s'occuper de manière exhaustive du commentaire des *Littera Bononiensis* avec l'intention de comprendre les textes de Justinien, d'en harmoniser les sentences contradictoires et d'en analyser le contenu en établissant des *distinctiones* et en s'aidant des conclusions tirées de l'examen de leur morphologie<sup>3</sup>. La méthodologie suivie par les ouvrages juridiques de l'époque, tels que les *Excerpta legum edita a Bulgarino causidico* (ou *Introductiones Bulgari*, au plus tôt vers 1123/au plus tard vers 1141)<sup>4</sup>, l'*Apparatus* au Titre *De regulis* du Pandecte (avant 1191) de Bulgarus<sup>5</sup>, les scolies complémentaires de Placentinus à l'*Apparatus de regulis* de Bulgarus, la *Summa de regulis juris* de Bassianus<sup>6</sup>, la *Summa de regulis juris*, l'*Apparatus maior de regulis* (un peu avant 1191)<sup>7</sup> et les *Brocarda* d'Azon<sup>8</sup>, mais surtout le célèbre *Glossa ordinaria* (*Magna glossa*) d'Accurse (recension, choix et compilation des gloses précédentes) révèlent la profonde connaissance des scolastes byzantins des enseignements de la philosophie aristotélicienne et de la dialectique<sup>9</sup>, mais aussi la

---

<sup>1</sup> Cf. M. BERRIAT SAINT-PRIX, *Histoire du droit romain suivie de l'histoire de Cujas*, Paris 1821, p. 279 n. 2 ; voir les vues contraires de F. PRINGSHEIM, « Beryt und Bologna », *op.cit.*, p. 285.

<sup>2</sup> Cf. O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte. I. Staatsrecht und Rechtsquellen*, vol. I, Leipzig 1885, pp. 1-24; M. BERRIAT SAINT-PRIX, *Histoire du droit romain*, *op.cit.*, p. 278 et suiv.

<sup>3</sup> O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, *op.cit.*, pp. 1-24 ; F. REGELSBERGER, *Γενικαί Αρχαί τοῦ Δικαίου τῶν Πανδέκτων*<sup>2</sup> [Principes généraux du droit du Pandecte], (trad. grecque et add. G. MARIDAKIS), t. I, Athènes 1935, §7.

<sup>4</sup> Sur l'ouvrage d'exégèse (*apparatus*) de BULGARUS sous le Titre *De regulis juris* du Pandecte (*Bulgari ad Dig. tit. de diversis regulis juris antiqui commentarius*, éd. F.C.G. BECKHAUS, 1856) et sa familiarité particulière avec les termes techniques de la dialectique tels que *propositio*, *assumptio*, *sylogismus*, voir P. STEIN, *Regulae juris*, *op.cit.*, pp. 132-137.

<sup>5</sup> Sur l'œuvre de PLACENTINUS et ses idées divergentes sur la notion de *regulae*, et particulièrement la relation entre règle de droit et exception, voir P. STEIN, *Regulae juris*, *op.cit.*, pp. 137-139.

<sup>6</sup> Voir P. STEIN, *Regulae juris*, *op.cit.*, pp. 140-142.

<sup>7</sup> L'ouvrage d'AZON, *Apparatus maior de regulis* (peu avant 1191) et la section de la *Glossa ordinaria* qui se réfère au Titre 50.17 du Pandecte constituent, dans le cas du premier ouvrage, une synthèse de discussions antérieures des spécialistes du droit civil, et dans le cas du second, des travaux d'exégèse sur les *regulae*, voir P. STEIN, *Regulae juris*, *op.cit.*, p. 142, 146.

<sup>8</sup> Voir H. KANTOROWICZ, « The quaestiones disputatae of the glossators », *TR* 16 (1939), 4 et suiv.; P. STEIN, *Regulae juris*, *op.cit.*, 131, 144-145.

<sup>9</sup> Les glossateurs (surtout AZON, ACCURSE) connaissaient les ouvrages d'ARISTOTE sur la logique, et les utilisaient lors de la rédaction de leurs exégèses des textes légaux romains. Très probablement cependant, ils ignoraient les essais « néo-aristotéliciens » traitant de métaphysique, physique, politique et morale que les juristes eurent à leur disposition surtout à partir du XIII<sup>e</sup> siècle, après qu'ils eurent circulé parmi les cercles théologiques. Quoi qu'il en soit, on considère

façon dont ils transmettaient, tout en les renégociant et en privilégiant certaines, ces idées philosophiques au cours de leur travail de lecture et de commentaire du *Corpus juris civilis*.

L'objectif primordial des glossateurs médiévaux va être la plus complète mise en système des canons juridiques, la promotion des *regulae juris* au rang d'axiomes juridiques, à savoir de propositions évidentes d'elles-mêmes selon les enseignements du raisonnement aristotélicien, et leur incorporation à un *corpus* de droit unifié<sup>1</sup>. Mais les ouvrages utilisés comme exemples ne se limitent pas aux essais rhétoriques ou dialectiques connexes du VI<sup>e</sup> siècle, tels que ceux de Boèce et de Cassiodore<sup>2</sup>. Il est intéressant de noter que la mise en regard des éléments morphologiques variés que comportent les sources juridiques pré-justiniennes, justiniennes et byzantines<sup>3</sup> avec les gloses médiévales révèlent les liens essentiels qui existent entre la méthodologie suivie par la science byzantine du droit dans son traitement des sources justiniennes, et l'œuvre d'exégèse du moyen-âge occidental<sup>4</sup>. Particulièrement, la contradiction des sources (*contrarietas*), l'ambiguïté (*dubietas*, *controversia*, *ambiguitas*) et la résolution des problèmes (*solutio*) qui apparaissent au cours de l'étude des sources justiniennes par les glossateurs ont pour devancières les notions d'*ἐναντιότης*, *ἀπορία*, *ἐπαπόρησις*, *ἀμφιβολία* et *λύσις* des scolastes byzantins. De même, les distinctions,

---

que l'utilisation des doctrines aristotéliciennes par les glossateurs était plutôt confuse, dans la mesure où les principes aristotéliciens étaient attribués, conformément aux simplifications déjà effectuées par BOECE vers 510-522, aux traductions de l'*Organon* aristotélicien (*Catégories-De l'interprétation-Premiers analytiques-Seconds analytiques-Topiques-Réfutation sophistique*), cf. H. KANTOROWICZ, *Glossators*, *op.cit.*, p. 41 n. 20 ; N. KRETZMANN-ANT. KENNY-J. PINBORG-EL. STUMP, *The Cambridge History of Later Medieval Philosophy from the Rediscovery of Aristotle to the Disintegration of Scholasticism 1100-1600*, Cambridge 1982, II. *Aristotle in the Middle Ages*, 2. *Aristoteles Latinus*, p. 48 n. 9, p. 69 et suiv. ; J. GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford 1991, pp. 33-35 et les références bibliographiques détaillées.

<sup>1</sup> On constate le même procédé dans les « κανόνες » des scolies sinaïtiques (*Fragmenta Sinaitica*) mais aussi dans les « ὄροι » des *Basiliques*, qui visent à mettre en relief des règles générales tout en atténuant les contradictions des sources (F. PRINGSHEIM, « Beryt und Bologna », *op.cit.*, p. 244 et suiv. ; P. STEIN, *Regulae juris*, *op.cit.*, p. 131 et suiv. ; H. J. BERMAN, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge 1983, p. 139 et suiv. ; M. BELLOMO, *The Common Legal Past of Europe (1000-1800)* (trad. anglaise L. G. COCHRANE), États-Unis d'Amérique 1995, p. 181 et suiv. où se trouvent les références à l'application étendue des techniques dialectiques de raisonnement et d'argumentation afin d'extraire des axiomes juridiques des textes du *CJC* dans l'œuvre des *magistri* du Droit du XIII<sup>e</sup>-XIV<sup>e</sup> siècle JACQUES DE REVIGNY et PETRUS DE BELLAPERTICA, CYNUS DE PISTOIE (1270-1336) et BARTOLE (1313/14-1357)]. Voir aussi cependant les remarques de D. SIMON (« Méthode », *op.cit.*, p. 368 et suiv.) selon lequel les *κανόνες* qui sont déduits des scolies de THALELEE sur le *Codex* constituent des règles mnémotechniques et non des *regulae* à proprement parler, à savoir qu'elles sont du domaine de la *definitio* (D.50.17.1), dans la mesure où elles visent principalement à la description d'une question juridique pour des raisons principalement didactiques. Il s'agit d'une nouvelle méthode d'envisager les textes juridiques, clairement due à la philosophie hellénistique, et qui vise non seulement à interpréter les passages, mais aussi à en développer le contenu dans une intention didactique (D. SIMON, « Méthode », *op.cit.*, p. 369 n. 120-121 et les références bibliographiques détaillées).

<sup>2</sup> Sur l'influence de la rhétorique sur l'œuvre de CASSIODORE, *Variae*, voir J. O'DONNELL, *Cassiodorus*, University of California Press 1979 (réimpr. 1995), Ch. 3.

<sup>3</sup> Insertion d'extraits pré-justiniens et justiniens, « anciennes » et « nouvelles » scolies des *Basiliques*, mais aussi fragments provenant de monographies de la période post-justinienne, telles que le traité en un seul volume *Περὶ ἐναντιοφανειῶν* (Sur les contradictions apparentes) ou *Περὶ ληγάτου καὶ μόρτις καθ᾽ αὐτὴν δωρεᾶς* (Sur le legs [legatum] et la donation à cause de mort [mortis causa]).

<sup>4</sup> Cf. F. SCHULZ, *HRLS*, *op.cit.*, p. 296 n. 13-14 ; F. PRINGSHEIM, « Beryt und Bologna », *op.cit.*, pp. 220-236 ; H. KANTOROWICZ, *Glossators*, *op.cit.*, p. 214 et suiv.

classifications et oppositions médiévales (*distinctiones, differentiae, varietates, divisiones*) utilisées comme moyens de résoudre des contradictions et des ambiguïtés juridiques ont pris vraisemblablement pour modèles les notions byzantines de *διαστίξεις, διαίρεσεις*<sup>1</sup> et *διαφοραί*<sup>2</sup> qui, suivant le cas, puisent leur origine dans des méthodes de commentaire analogues de la période romaine. Des remarques de même nature peuvent être faites sur la correspondance que présentent les diverses formes de littérature systématique médiévale, telles que la *summa*, la *continuatio titulorum* ou le *tractatus* avec des ouvrages d'exégèse byzantine de caractère introducteur, explicatif ou systématique, tels que l'*index* (voir les *προθεωρία* de Justinien), l'*ἀκολουθία* (suite) et le *λόγος* (traité)<sup>3</sup>.

De surcroît, on peut mentionner l'importance des influences de la philosophie aristotélicienne repérables dans les exégèses des juristes « post-glossateurs » Bartole (Bartolus de Saxoferrato, 1314-1357) et Balde (Baldus de Ubaldis, 1327-1406) qui se réfèrent aux ordonnances justiniennes sur la nature des contrats et la responsabilité consensuelle. Leur œuvre, considérée comme l'avant-garde du travail de synthèse des scolastes des XVI<sup>e</sup>-XVII<sup>e</sup> siècles, porte des traces évidentes des notions aristotéliciennes, même si eux-mêmes affirment que leurs positions doctrinales sont absolument établies sur les textes du droit romain. Plus particulièrement, la distinction des termes du contrat en « κατ'ουσίαν », « φύσει » « συμβεβηκότας » (suivant l'essence, par nature, conformément aux événements), la formation de la notion de dol sur l'essence de la chose, l'établissement de la doctrine de *causa* et principalement de *causa finalis*, devront être considérées comme des produits de l'influence déterminante de la pensée philosophique aristotélicienne sur la nouvelle approche herméneutique des sources juridiques du droit justinien<sup>4</sup>.

Il découle de ce que nous venons d'exposer que, tout aussi bien l'œuvre propre des *juris auctores* romains qui a constitué la matière première de la codification justinienne que les travaux des scolastes pré-justiniens, byzantins et médiévaux qui avaient pour fins ultimes l'évolution et la conservation du droit romain puis du droit justinien, ont fait usage des outils théoriques que mettaient à leur disposition la philosophie et la rhétorique de la Grèce ancienne. Par le biais de ces processus, le flux séculaire des éléments de la pensée grecque contribua à la transformation du droit romain classique qui fut ainsi transmis aux Temps Modernes sous la forme de la compilation codificatrice justinienne. Enfin, derniers indices parmi ceux, déjà variés, qui attestent des influences grecques repérées dans les sources juridiques justiniennes, on peut aussi comprendre les passages en

---

<sup>1</sup> Sur la littérature byzantine concernant les *distinctiones* et qui a constitué une étape ultérieure aux *distinctiones* que l'on rencontre dans des scolies des *Basiliques*, voir F. PRINGSHEIM, « Beryt und Bologna », *op.cit.*, p. 220 et suiv.).

<sup>2</sup> Comme exemple, on peut citer les *divisiones* de la période romaine et les *differentiae* que l'on repère dans les ouvrages de MODESTIN et dans le *Codex Hermogenianus* (295), qui annoncent les *διαφοραί* byzantines (F. PRINGSHEIM, « Beryt und Bologna », *op.cit.*, p. 236, pp. 241-242

<sup>3</sup> F. PRINGSHEIM, « Beryt und Bologna », *op.cit.*, p. 261 et suiv.

<sup>4</sup> Cf. en détail J. GORDLEY (*Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, *op.cit.*, pp. 39-68), qui arrive à la conclusion que la doctrine romaine des contrats n'a pas subi l'influence de la pensée aristotélicienne, car son utilisation par BARTOLE et BALDE était circonspecte et conservatrice. Voir l'opinion opposée de H. J. BERMAN, *Law and Revolution*, *op.cit.*, pp. 151-164.

langue grecque et les termes grecs que l'on rencontre de manière éparsée dans les textes latins de cette codification<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> On les trouvera développés dans notre ouvrage *Στοιχεία ελληνικών επιδράσεων στα λατινικά κείμενα του Corpus Juris Civilis. Αποσπάσματα από την αρχαιοελληνική γραμματεία* [Éléments des influences grecques sur les textes latins du *Corpus Juris Civilis*. Fragments pris à la littérature grecque ancienne], *Έπετηρίς τοῦ Κέντρου Έρεῦνης της Ιστορίας τοῦ Ἑλληνικοῦ Δικαίου* [*Annuaire de l'Institut d'Histoire du Droit Grec (=EHHD)*], 39, *Supplément 7*, Académie d'Athènes, Athènes 2006, pp. 55-142.

## **Il Codice nella tradizione del ius commune europeo: quali avvertenze di prospettiva?**

Mario Ascheri<sup>1</sup>

### **I - Un'impresa sempre di grande rilievo storico**

E' un vero onore partecipare a un'impresa scientifica internazionale in occasione della codificazione in Marocco, un evento giuridico, ma anche politico-culturale di prima grandezza, sempre 'storico', di estrema rilevanza ieri e oggi, e in qualunque Paese. E lo è anche perché permette di far circolare meglio di quanto non sia successo il nome e l'opera di David Santillana (1855-1931), un giurista italiano di famiglia ebraica sefardita, collaboratore di codici in Tunisia e in Eritrea, professore a Il Cairo prima che alla Sapienza di Roma, tral'altro anche divenuto autore, con grande intuizione e sensibilità, di un Sommario (1919) e poi delle Istituzioni di diritto musulmano malichita (1926-38).

Il problema del Diritto e del suo migliore assetto, che è poi quello della Giustizia, è un problema globale, da sempre assillo dei politici e dei filosofi, prim'ancora che dei giuristi, ma anche dei ministri di ogni religione e dei fedeli per il rapporto sempre delicato, fluttuante e storicamente determinato, tra comando religioso e comando giuridico. E nelle nostre culture, ebraica, cristiana e islamica, quelle del 'Libro' per definizione, il problema del 'codice', come punto di riferimento (pur variamente) obbligato della vita individuale ed associata, è per molti versi naturalmente centrale.

Non è certo la sede per ricordare che il 'codice' attraversa la cultura di origine romanistica e poi cristiana nella sostanza se non sempre nel nome. Dal Codex Justinianus al Liber Extra di papa Gregorio IX fino al prototipo ritenuto dalla coscienza giuridica europea fonte di quelli moderni, cioè il Code Napoléon, il libro di diritto per antonomasia è un 'codice', e i rivoluzionari francesi e Napoleone lo assunsero perciò come una bandiera della loro battaglia: che voleva essere di civiltà, di certezza del diritto (con cui l'imperatore novello aiutava ad allineare se stesso alla grande tradizione romana...), prima che di invasioni militari e di dittature ancorché presentate come 'liberatorie'.

Tale è stato il 'codice' fino alla svolta rappresentata dall'esplosione vera e propria delle varie branche del diritto pubblico nel corso del secolo XIX, cioè dal sempre più pervasivo diritto amministrativo per il nuovo gigantismo degli apparati pubblici fino al sempre più complesso diritto tributario che di quel gigantismo è una proiezione sempre più evidente e preoccupante, e ai recenti processi di 'decodificazione' di cui tanto si è parlato in Italia nel secondo Dopoguerra in una con la crescente incertezza del diritto e della crisi dell'amministrazione della giustizia divenuti connotati della crisi più complessiva che il Paese sta attraversando. Eppure il codice non ha perduto la sua funzione simbolica, e perciò se ne è scritto tanto anche in sede storiografica, e se parla tanto ancora anche all'estero, come ora per le circostanze che hanno dato vita a questa colletanea.

---

<sup>1</sup> Senior Professor, Università Roma Tre, Roma

Per quanto radicato possa nascere in una tradizione giuridica locale antica, per quanto possa voler essere espressione della saggia volontà di consolidare delle regole razionalizzandole, più che di recepire e affermare novità eclatanti, il nuovo codice nasce sempre da un forte atto di volontà politica e da un poderoso sforzo culturale. Potranno essere più o meno profondi e fortunati quell'atto e quello sforzo, ma non c'è dubbio che per stare all'altezza delle tradizioni giuridiche che il 'codice' evoca, esprimono un momento impegnativo di una Nazione. Non a caso dall'Ottocento in poi fare un codice ha anche voluto dire far confrontare la più avvertita scienza giuridica locale 1) con la propria storia e con le tradizioni giuridiche e 2) con i modelli esistenti all'estero e in qualche modo offerti in modo comparativo e competitivo.

Fare un codice responsabilmente vuol dire confrontarsi con il proprio passato, ma anche con le possibilità esistenti sul 'mercato' delle realtà codicistiche in vigore e delle idee circolanti. Per impegnare un Paese, perché vuol dire proiettarlo verso il futuro.

Il codice, ben più che una costituzione, sempre molto impregnata del contingente politico anche al di là delle migliori intenzioni e dei suoi effetti, finisce per sintetizzare stimoli culturali locali e stranieri, alla cui luce armonizzare le richieste ereditate dalle tradizioni locali, i bisogni di un presente sociale in rapida evoluzione, le speranze e le ipotesi di un futuro solo molto parzialmente configurabile.

Se guardiamo ai tre grandi codici europei espressi dall'Ottocento, dal codice Napoléon a quello austriaco, al BGB, essi non a caso divennero e sono famosi per la loro qualità, ma anche per la grande longevità. Il diritto di famiglia soprattutto ha dovuto essere investito da modifiche nell'ultimo mezzo secolo per esigenze di uguaglianza (variamente intesa e applicata) ormai ritenute insopprimibili. Ma gran parte dell'impianto tradizionale è rimasto immutato formalmente. Molte norme sono state vissute e rivissute dalla giurisprudenza dei tribunali grazie anche alla dottrina della scienza giuridica delle università e alla elaborazione casistica imposta dalla riflessione interna alla professione legale, ma la normativa originaria è rimasta in gran parte scolpita come nel marmo, come fosse uscita ieri dalla penna ad inchiostro (non dal computer!) dei suoi redattori.

Ma chiediamoci di questa complessiva stabilità, emblematica per noi italiani, che ancora ci ritroviamo nel codice civile (ancora vigente in gran parte) dovuto alla direzione di un giurista eminente come Filippo Vassalli e infine promulgato nel 1942, cioè nel pieno dispiegarsi di una guerra mondiale terribile e sotto un regime politico ventennale che è stato rovesciato poco dopo per dare l'avvio a una sistemazione politica (nelle speranze) completamente nuova.

Per rispondere alla domanda non c'è solo da considerare che la struttura economico-sociale o l'orizzonte culturale complessivo dei Paesi richiamati sono rimasti nelle loro caratteristiche di base fondamentalmente stabili - pur con le più o meno lunghe parentesi politiche molto problematiche, soprattutto per la Germania e l'Austria. C'è soprattutto la loro eminente, sostanziale, trama scientifica che è poi anche il dato che, immagino, accosta e collega come un filo invisibile gli autori e i propositi in questo stesso libro felicemente ideato. C'è che quei codici sono anche un 'prodotto' scientifico-culturale, prima ancora che espressione di un atto di volontà politica sovrana, prima che un atto di legislazione.



Sono codici frutto di un lavoro attento di una scienza giuridica che è stata consapevole della grande sfida che aveva dinanzi. Quella di rispondere con una normativa scritta ex novo a bisogni antichi e moderni della società di cui erano espressione, guardando anche al futuro in modo equilibrato. La misura dell'equilibrio ritrovato, la profondità dell'impegno scientifico impiegato, la lungimiranza del potere politico che sanziona il testo infine varato dai 'tecnici', la relativa prevedibilità e sostenibilità dello sviluppo successivo, sono tutti elementi che influiscono in ogni caso in modo diversamente combinato sulla durata del testo. Che nei casi indicati è stata comunque notevole, per motivi volta a volta diversi ma come permeati dal collante scientifico dottrinale.

Durata lunga quindi, epperò non del tutto prevedibile certamente al momento della loro nascita.

I regimi politici del tempo della loro emanazione sono tutti cambiati profondamente: Habent sua fata libelli, si dice! Comunque sia, poste queste premesse è più facile addentrarci nel trapasso difficilmente interpretabile dal ius commune al diritto codificato moderno. Il problema è più storiografico oggi che non storico, perché i dati e i fatti di quel trapasso sono ormai noti per certe tematiche o per certi territori – ancora recentemente grazie ad esempio al lavoro di Antonio Grilli, presente in questa miscellanea – mentre le culture codicistiche consolidatesi nel corso dell'Ottocento in Italia sono state chiarite molto grazie al lavoro di Massimo Nardoza, anch'egli non a caso presente in questo libro.

Ma bisogna comunque ogni tanto chiarirsi le idee tra di noi, tra giuristi-storici, se si vuole evitare che si diffondano dei miti senza fondamento. E anche per favorire la discussione dei giuristi positivi e quindi il nostro stesso futuro come operatori ed utenti del diritto. Quelli che ci leggono ne saranno confortati a riconoscere la loro responsabilità 'storica'.

Il nostro futuro non può più essere solo europeo, ma soltanto 'globale', ed è nonostante tutte le apparenze in contrario anche nelle loro mani – com'è stato sottolineato recentemente al Max-Planck-Institut storico-giuridico di Francoforte. Le 'forme' che i giuristi escogitano nella riflessione dottrinale e nella prassi forense, insomma le suggestioni che danno a giudici e legislatori, possono influire sulle grandi sistemazioni giuridiche del futuro e quindi sugli sviluppi della convivenza globale tutta. C'è un dato che deve incoraggiare al lavoro in questa prospettiva. Non tutto è decodificato, non tutto è incertezza, non tutto è rimesso a più o meno oscure potenze internazionali.

C'è un patrimonio di sapienza giuridica enorme, nelle norme dei codici e 'dietro' le stesse, causa e prodotto di quelle norme. Esso può ancora dire qualcosa all'umanità pensante, che lavora per la Giustizia, contro ogni arbitrio e fanatismo. Il nostro lavoro possa arrecare ad esso un contributo, per infinitesimo che possa essere.

## **II - Le contrapposizioni più comuni**

Per affermare meglio, sul piano storico, quel nesso scienza giuridica-codici moderni non possiamo limitarci a richiamare i lavori delle commissioni codificatorie da quella del Portalis al Windscheid, a quelle italiane successive che hanno predisposto un codice così 'resistente' ecc. Non c'è solo questione di lavori preparatori per sapere di quel che è successo, perché si sono consolidate alcune credenze sul piano della communis opinio sfortunatamente corroborate talora dalle pagine

degli storici. Esse, decontestualizzate o semplificate nella loro trasmissione, hanno finito per creare un senso comune non sempre all'altezza della complessità dei problemi coinvolti da eventi di così grande portata.

Insomma, si è spesso finito per rimanere entro le dichiarazioni del tempo, loro prigionieri, oppure si sono mitizzate e amplificate le novità del secolo XIX, anziché prenderne le distanze e guardarle 'a freddo' come deve fare ogni storico, mettendole sul tavolino dell'analista disinteressato, distaccato per quel tanto che è possibile esserlo in eventi che ci toccano così da vicino. La 'fonte' tuttavia va sempre esaminata con prudenza, perché può nascondere dei propositi non evidenti a prima lettura, oppure può indurre a fraintendimenti: perché comunque essa esprime la sensibilità del suo tempo, che per vari motivi può essere recepita in modo acritico, o interpretata per raggiungere fini esterni. Nel nostro caso fini ultronei rispetto al codice stesso.

Se guardiamo infatti al nostro problema, molte pagine storiche hanno finito per contrapporre nettamente il periodo pre-codice, del *ius commune*, a quello post-codice, a partire da quello più caratterizzante, il Napoléon, in modo quasi meccanico. Esse hanno riflesso gli entusiasmi che accompagnarono l'apparizione del codice, quegli entusiasmi larghi (per la verità) e quindi molto facilmente influenti sulla ricostruzione storiografica, e la stessa nuova ideologia costituzionale entro cui il codice si inserì.

Ma vediamo schematicamente la sostanza di molte pagine che hanno formato una specie di *communis opinio* storiografica.

La contrapposizione più generale è stata derivata dal cambiamento di strutture politico-sociali. Di qui si sottolinea come il sistema di *ius commune* fosse tipico della società d'Ancien régime, caratterizzata dalla confusione di pubblico e privato tipica del mondo feudale e nobiliare; di contro ad essa il codice espresse la separazione delle due sfere, la fine del mondo feudale, il trionfo dei privati nel mondo capitalistico che andava affermandosi, della borghesia imprenditrice. Nei dettagli si argomenta infatti come segue.

2.1 Il diritto comune era tipico della società di ceti, con normative differenziate in base al ceto di appartenenza, dai nobili ai borghesi, ai contadini, mentre il codice afferma di contro il soggetto di diritto unico, il cittadino, e quindi l'uguaglianza degli operatori in campo giuridico, sottoponendo tutti alla stessa disciplina, dal ricco al povero, dall'abitante della città al contadino.

2.2 Il diritto comune bloccava la negoziazione con le sue varie discipline concorrenti (dottrinali, giurisprudenziali, legislative e consuetudinarie), mentre la codificazione con la sua disciplina unica basata sull'autonomia privata, concetto inesistente prima dell'elaborazione cui la codificazione fu sottoposta dalla dottrina, facilita la negoziazione, dà una spinta prima impossibile anche per motivi giuridici allo sviluppo della società, e quindi alla sua ricchezza.

2.3 L'unificazione delle fonti giuridiche realizzata con il codice consente quella unicità di disciplina del privato prima bloccata dalla Chiesa e dal suo diritto; ora anche il matrimonio è possibile per diritto civile, persino con la possibilità di divorzio, e quindi in termini evidentemente diversi da quelli imposti tradizionalmente dal diritto canonico.

2.4 L'unificazione per consentire tutto questo deve presupporre il contenimento rigoroso della consuetudine, che nel sistema di diritto comune invece aveva largo spazio: ora è il diritto scritto e promulgato ufficialmente che comanda la vita giuridica del Paese.

2.5 Di qui l'altra opposizione tra il mondo della confusione (diritto comune), delle opinioni di dottori e dei tribunali, e il mondo attuale codificato, della chiarezza, della certezza del diritto, che vuol dire in particolare anche certezza della proprietà intesa ora come diritto pieno romanamente inteso, espressione e garanzia della personalità individuale e della sua libertà personale ed economica.

2.6 Perciò anche il sistema tradizionale era al servizio dell'arbitrio giudiziario, espressione della interpretatio che era necessaria per armonizzare le fonti giuridiche concorrenti; il diritto codificato vuole invece un giudice bouche de la loi, alla Montesquieu, perché deve semplicemente esprimere la volontà della legge nel caso giudiziario, e non, invece, puntare ad armonizzare più o meno abilmente gli spunti ritrovati nelle varie fonti normative, giurisprudenziali o dottrinali.

2.7 Il sistema tradizionale era amministrato dai 'dottori', giuristi o giudici, che si legittimavano reciprocamente nei vari Paesi, per cui il diritto comune era trans-nazionale, potendo un'opinione essere accolta ed applicata al di fuori dell'ordinamento entro la quale veniva espressa; ora il vincolo del codice significa esclusione del ricorso alla opinione, di dottori o di giudici e in particolare forestieri, perché il diritto è tipicamente 'nazionale' dato che il codice è emblema della Nazione.

2.8 Il codice è coerente perciò con le costituzioni, che mettono per scritto diritti e doveri pubblici del cittadino, naturalmente assenti nel sistema di diritto comune, dove esistevano se mai dei 'privilegi' di ceto e di città, non dei 'diritti' nei confronti dello Stato come ora, nell'Ottocento, vuole la borghesia trionfante, egemone nella società di cui pretende di fare gli interessi generali in luogo della decaduta nobiltà.

### III - Una correzione delle usuali contrapposizioni

In tutto questo non ci sono errori enormi, beninteso. C'è un problema di prospettiva e di equilibrio tra gli elementi dichiarati che costringono a uscire dal sogno. Tutto vi è troppo bello per essere vero, per dirlo in modo sintetico: come in una bella favola. C'è in quella lettura una larghissima fiducia nell'atto innovativo, tanto larga da tradire un fondo ideologico. Ma ne riparleremo.

Ora diciamo che nell'ottica sopra indicata il 'prima' e il 'dopo' del codice comporterebbe una frattura profonda generale, uno di quei 'salti' già poco plausibili nel processo storico ma meno che mai possibili visto l'esito della Rivoluzione quanto al Code Napoléon, e tanto più se si guarda il contesto codicistico nella situazione austriaca, tedesca o italiana richiamata. Tanto è vero che le contrapposizioni di cui si è parlato sopra vanno o nuancées o addirittura corrette.

3.1 Vero che il mondo nobiliare venne meno, ma solo nei propositi iniziali in Francia, ove esso fu parzialmente ricreato dallo stesso Napoleone, per essere poi reintrodotta corporalmente

dalla Restaurazione. Quanto al (vicino nel tempo) codice austriaco e al (più lontano) codice tedesco non è neppure questione da porsi, perché i sistemi sociali corrispondenti non furono per niente investiti dalla codificazione.

3.2 Il mondo dei ‘cittadini’ e dell’uguaglianza giuridica di fronte alla legge fu novità grande del linguaggio politico e pubblico del tempo, e fu anche novità letteraria. Ma il soggetto unico di diritto non eliminò i ceti dal punto di vista sostanziale; anzi, quando si parla di trionfo della borghesia si è anche più espliciti e si arriva addirittura (esagerando anche) a indicare la società dell’Ottocento come monoclasse per meglio esprimere l’egemonia politico-sociale della borghesia. Ma come dimenticare che fu proprio allora che esplose la questione operaia e con ciò si impose addirittura la coscienza della lotta di classe? Il soggetto unico era affermato ai fini della normativa codicistica, ai fini dell’area delle questioni private da essa investita, ma non certo nel mondo politico o delle condizioni materiali di esistenza sottostanti al rapporto contrattuale di lavoro meramente privatistico.

3.3 La contrattazione d’antico regime era sì condizionata dalle corporazioni, per le aree negoziali che ne erano coperte beninteso (cioè non tutte), ma per il resto anche in assenza di teorizzazione dell’autonomia privata il diritto comune consentiva i giochi negoziali più arditi, come si bene.

Con il fedecommesso o i censi non si esprimevano delle volontà private che intendevano esplicitamente proiettarsi nel tempo? Piuttosto è vero che la laicizzazione del diritto, con la fine del primato del diritto canonico in certe aree (tipicamente nel diritto di famiglia), apriva spazi di libertà e di discussione normativa prima inesistenti. Da questo punto di vista difficile negare che sia ardita la contrapposizione tra un presunto pluralismo antico e un monismo moderno delle fonti, da taluni predicato: ma per una area ben circoscritta dell’operare negoziale.

3.4 La fine della consuetudine realizzata con il codice fu predicata più che realizzata. C’è altissimo l’ossequio alla legge nel regime codicistico, formalmente; ci fu l’unificazione tra coutumes tradizionali e le normative di origine romanistica che pose fine alla tradizionale disunione giuridica del Paese in Francia, ma la consuetudine interpretativa, avallata dalla lettura giurisprudenziale, si affermò ben presto per dare contenuti concreti alle norme troppo generali del codice – tipicamente, ad esempio, in tema di responsabilità aquiliana, o di diritti reali, o di completezza della normativa. Avevano un bel dire i professori poi detti della ‘scuola dell’esegesi’ che essi insegnavano solo il Code e non il diritto civile! Essi venivano condotti a leggerlo ancora con l’ausilio dell’antica normativa romanistica (spesso richiamata in molte pubblicazioni per chiarire il codice stesso!) e presto con quello di una giurisprudenza molto autorevole. Del resto, quando nel 1804 si approvò il codice mettendo assieme 38 leggi approvate in tempi diversi entro l’anno prima, non si parlò affatto di cancellazione totale del diritto previgente. Erano estinte le regole di diritto romano, gli statuti, le ordinanze e regolamenti nelle materie regolate dal codice, e non tutto il diritto privato; tanto è vero che non si fece neppure cenno del *droit intermédiaire*, coesistito fino al 1804 con le 38 leggi alle origini del Code.

3.5 Perciò anche la contrapposizione rigida tra mondo delle opinioni e mondo delle norme non può reggere. I codici alimentarono ovunque scuole dottrinali autorevoli che ne costruirono presto il ‘sistema’ di cui andava parlando la dottrina tedesca. Con ciò si andò ben al di là

della singola norma, e si costruì il sistema enucleando i concetti generali che servivano di collegamento e spiegazione delle discipline di dettaglio. La certezza del diritto fu assicurata più dalle Corti di cassazione che non dalle norme codicistiche in se stesse. Il forte sviluppo industriale dell'Ottocento mostrò ben presto l'insostenibilità della carente disciplina dei rapporti di lavoro e aprì il fianco a orientamenti giurisprudenziali diversificati oltreché a una critica del diritto positivo assolutamente motivata. Ci pensò poi la sociologia giuridica, la teoria del 'diritto libero' e la dissacrante filosofia del diritto realistica anglo-americana e scandinava a mostrare i lati deboli dell'ottimismo codicistico quanto al problema della certezza del diritto. Tra Otto e Novecento le certezze di un secolo prima erano culturalmente distrutte.

3.6 Perciò anche il ruolo burocratico che si sarebbe volto assegnare al giudice entrò gradualmente in crisi. Vero che non si era più in epoca di interpretatio creativa, ma il giudice si dovette dimostrare tutt'altro che un puro esegeta del testo codicistico, anche grazie alle proposte che riceveva dalla dottrina universitaria che rileggeva il codice alla luce del 'sistema'. La laboriosissima elaborazione del BGB mostrò chiaramente la difficoltà di trasporre in norme chiare e scarne una tradizione dottrinale divenuta finissima e molto stratificata. Il giudice veniva chiamato a una lettura molto dotta delle norme codicistiche, tutto al contrario di quanto il mito del Code 'Bibbia del cittadino' aveva cercato di consolidare nel corso del secolo XIX. Ora il codice era aperto solo a una lettura dotta, sofisticata, iniziatica.

3.7 Il 'sistema' giuridico dei privati, si può ben dire, guardando all'esperienza codificatoria che si dipana tra il Code napoleonico e quello italiano del 1942, continuò ad essere amministrato pur sempre dai giuristi, professori o giudici che fossero. Ciò avvenne in modi diversi dal tempo dell'antico regime, è vero, ma non meno intensamente. Si generalizzò la motivazione delle sentenze, pur nelle loro forme molto differenziate da Paese a Paese, e si poté meglio ricostruire e discutere le rationes decidendi rispetto al tempo dell'antico regime. Tuttavia, la complessità e la tecnicità dell'argomentazione legale non venne meno. La semplice lettura del codice non bastava a conoscere in modo preciso i contenuti dei diritti e doveri dei cittadini in campo privatistico. E' ben vero, questo sì, che l'orizzonte normativo divenne fortemente 'nazionale', ma non tanto per motivazioni interne al sistema, quanto per la ristrutturazione geo-politica successiva alla Rivoluzione e alla Restaurazione (con le rivalità coloniali sempre più evidenti) e alle profonde differenze nello sviluppo economico-sociale che andarono ampliandosi nel corso dell'Ottocento. Il common law anglo-americano andò anche teorizzandosi come sistema alternativo a quello di civil law e, in concorso con gli altri fattori, esso contribuì alla chiusura nazionale e parziale incomunicabilità dei singoli sistemi giuridici europei.

3.8 Il parallelismo codici-costituzioni è naturalmente valido, ma anche qui c'è da relativizzare. Non è un caso che di costituzioni la Francia ne abbia prodotto a getto continuo e che la costituzione sia divenuta un'aspirazione dei movimenti politici liberali del secolo XIX, ma anche che la Gran Bretagna ne sia rimasta esente. Se il codice aveva assicurato la libertà giuridica nel diritto privato, perché non doveva esserci anche quella politica, di diritto pubblico? E qui ci introduciamo alla grande discontinuità, ma essa merita un discorso a sé, da riprendere dopo una riflessione generale che possiamo ora fare.

IV - Il razionalismo giusnaturalistico sottostante all'ideologia codificatoria tendeva all'astrazione dalle condizioni di fatto. Il Code valeva per il nobile come per il clochard. Senonché la costituzione non dava strumenti astratti di negoziazione giuridica, ma imponeva assetti di potere concreti quanto meno tra gli organi costituzionali. Il potere di governo era non più limitato da privilegi di città e di ceti sociali ma da norme precise per quanto potessero essere a volte generiche e quindi suscettibili di applicazioni riduttive. La rappresentanza parlamentare non era più per ceti e di incidenza diversa sulla latitudine del potere di governo in base al tipo di legge elettorale, ma il fondamentale contrattualismo tipico già delle istituzioni parlamentari di Antico regime continuava in forme nuove.

La legislazione appariva espressione della Nazione, per quanto limitato fosse il suffragio, e quindi destinata a tutti i cittadini indistintamente. Il cittadino astratto portava perciò a postulare uguali diritti anche politici, prima solo per gli uomini e poi, con ritardi più o meno accentuati, anche per le donne. La società politica tendeva ad ampliarsi alla comunità sociale tutta postulando cambiamenti negli equilibri politici prima impensabili.

La fine dei ceti era avvenuta formalmente, ma apriva problemi inediti molto complessi con lo sviluppo industriale del secolo XIX. Di qui una crescente presenza del potere pubblico nella società, che si traduceva in una intensificazione della produzione legislativa con un ritmo accelerato, impensabile ancora una volta. La legislazione speciale sulle attività pubbliche dalle tradizionali competenze militari e fiscali debordava come mai prima in campo economico e sociale, dalla istruzione alla sanità. Così, si ampliava e comprimeva il sistema giuridico, prima caratterizzato dalla sua semplicità codicistica e dalla scarsa presenza dello Stato nella società reso possibile dalla presenza diretta ed indiretta della Chiesa.

Costituzione e codici divennero emblemi dello Stato di diritto, che alimentava però anche una produzione legislativa abnorme sempre meno inquadrabile nelle categorie tradizionali. Non è che non ci fosse un diritto amministrativo in passato, quanto che non aveva le dimensioni ora via via sempre più preponderanti, come confermò poi la Grande Guerra. Quell'enorme patrimonio normativo aveva dei principi direttivi, spesso enucleati empiricamente dalla legislazione di dettaglio e poi imposti allo stesso legislatore dalla giurisprudenza speciale (Consiglio di Stato). Ma l'entità e la variabilità delle attività pubbliche non consentiva la codificazione di questa nuova e sempre più esorbitante branca del diritto.

Il cittadino ne risultò sempre più, com'è oggi evidente, un cittadino dimezzato, nel senso che a un mondo tendenzialmente egualitario, quello dei codici e della costituzione, attivato con i contratti tradizionali o per i diritti ormai tradizionali come il voto, si è sempre più contrapposto il mondo della disparità imposto dal predominio del potere pubblico, dell'interesse pubblico, della discrezionalità politica... della insindacabilità.

Passando dal diritto comune a codici e costituzioni, il nostro mondo ha creato nuove categorie, oltretutto nuove realtà sociali, beninteso. Si è affermata una tendenza all'egualitarismo, una maggiore facilità di movimento sociale (ma nel clero che salti si potevano fare in passato!), un nuovo lessico politico e in parte giuridico (nel diritto pubblico). Tutto nuovo, tutto vero. E tuttavia è anche vero che altri aspetti del mondo d'Antico regime, e quindi del diritto comune, sono tutt'altro che dissolti. La tendenza a creare gerarchie sociali, anche se ora di fatto più che giuridiche, a tutelare i 'corpi'

più che i singoli, a concentrare le ricchezze e a renderle poco trasparenti, a garantire gruppi chiusi e quindi le oligarchie anche politiche... tutte tendenze in atto che attestano situazioni di crisi non solo politico-economica quanto, e forse in primo luogo, culturale.

Non è questa la sede per fare un esame sia pure riassuntivo della situazione italiana e meno che mai di quella europea, per la quale ci sarebbe anche una mia radicale incompetenza. Quello cui conduce il discorso che andiamo sviluppando è piuttosto il problema del rapporto tra categorie storiografiche e categorie giuridiche.

Queste si sono fortemente rinnovate nel mondo giuridico con i codici e con le costituzioni e il rinnovamento delle categorie ha innestato anche positivi sviluppi nel divenire storico. Le parole d'ordine di codici e costituzioni sono divenute anche manifesti politici, culturali, che hanno animato movimenti di larga risonanza ed efficacia storica. In Italia il passaggio dal tormentato Statuto albertino della monarchia sabauda del 1848 alla Costituzione della Repubblica del 1948, radicalmente diversa per impianto e propositi, è stato favorito da una cultura giuridica avvertita, profondamente radicata e in larga misura sempre più pronta a favorire i nuovi sviluppi costituzionali. Sono passaggi largamente studiati e con punti fermi anche pienamente condivisi.

Quello che piuttosto potrebbe insegnare la nostra vicenda, dal diritto comune al diritto codificato, è che la complessità dei mutamenti nel mondo del diritto non sempre viene colto con la prudenza e autonomia necessaria in sede storiografica. Lo storico non deve essere subalterno rispetto dai processi di cui intende occuparsi e, invece, quell'epocale svolta dal Sette all'Ottocento, la rottura anche culturale che ebbe luogo in quel tempo, quanto al piano giuridico talora viene letta in modo epidermico, troppo condizionato dai propositi e dalle volontà del passato, più che dai processi concreti che l'accompagnarono.

In questo modo si accentuano le dicotomie che pure si produssero e non si facilita la stessa lettura del presente che è poi quella in cui si incrociano non solo i giuristi e gli storici, ma quel che più conta la cittadinanza tutta. Per essere più espliciti, una lettura più cauta, più 'indipendente' di quella svolta aiuterebbe a non rimanere succubi delle letture contemporanee ai fatti e a meglio apprezzare gli elementi di continuità che – fatte salve le importanti discontinuità – pure hanno accompagnato quei processi .

Il distacco qui auspicato dall'ideologia, e conseguentemente dalla storiografia che ne dipende, è a nostro avviso condizione indispensabile non solo per una corretta lettura di quel passato. Il 'distacco', il freddo disincanto, è anche condizione essenziale per poter leggere il presente. L'intrico dei problemi attuali – dai quali, sia detto tra parentesi, il nostro Paese ha difficoltà serie ad uscire – non può sciogliersi in modo seriamente riformatore senza una coscienza più profonda della storicità delle categorie storiografiche e della loro facile subalternità, come nel caso da noi qui esaminato. Quella lettura 'ingenua' del passato non consente un approccio maturo alle riforme oggi necessarie, un approccio storicamente consapevole, e quindi veramente all'altezza del compito.

Sono preoccupazioni queste che vive uno storico italiano del diritto, che molti potranno perciò sentire o ritenere inesistenti altrove o giudicare fuori posto in questa sede.

Da parte mia, però, ho ritenuto che fosse il caso di farne parola proprio in una sede internazionale come questa, e sono ben lieto di poterlo fare. Il fatto è che c'è una circolazione larga oggi, grazie alla facilità e rapidità delle comunicazioni, degli studi, un incontro di specializzazioni sempre più ampio e ramificato nei Paesi anche tradizionalmente più lontani, ma questo non vuol dire anche che sia divenuto più facile mettere a fuoco le priorità. Il problema delle categorie fondamentali, e quindi dei grandi quadri culturali entro i quali inserire una strategia di ricerca, è sempre aperto a mio avviso. E, anzi, la sempre crescente specializzazione nei vari ambiti di ricerca comporta anche una polverizzazione sempre più accentuata della ricerca, che non favorisce per niente il confronto sulla gerarchia delle priorità.

A volte il mondo universitario, per le proprie esigenze interne di sviluppo e riproduzione, tende anzi a favorire una comunicazione che paradossalmente potremmo dire 'isolante': perché circolante senza incrociarsi. Perciò è importante cogliere ogni occasione, al limite anche underground, per richiamare all'urgenza di certe consapevolezze.

Quale può essere più opportuna di quella offerta da un volume come questo, nato per rispondere a una priorità consolidata?



## Apprendre par Code ?

### L'étude des codifications nationales en Italie du XX<sup>e</sup> au XXI<sup>e</sup> siècle à travers les manuels d'histoire du droit

Ugo Bruschi<sup>1</sup>

#### I - Dès le début de l'enseignement de l'histoire du droit en Italie à la seconde guerre mondiale

Dans cet essai je me donne comme but de brosser un tableau de comment on a étudié, dans les manuels d'histoire du droit utilisés en Italie depuis l'institution de cet enseignement au XIX<sup>e</sup> siècle, les origines et le développement des codes et des codifications. Mon intérêt va donc se concentrer sur les ouvrages qui ont été conçus avec une destination exclusive, ou au moins prioritaire, à un emploi didactique, sans porter mon attention, en règle générale, sur les monographies, dont le but est différent, bien si elles aient été quelquefois conseillées aux étudiants/es. Quant à l'objet « codification », je vais faire référence, d'après la distinction établie par Pino Caroni, et à l'histoire de la codification, et à l'histoire des codes : c'est-à-dire, d'un côté, l'histoire du processus qui mena, dans chaque nation, à la conception et rédaction des codes, et, de l'autre, l'histoire de ces derniers et de leur impact sur la société et sur la culture juridique<sup>2</sup>. Une autre distinction qui est ici nécessaire sur le plan descriptif, qu'on l'accepte ou pas, est la distinction – traditionnelle pour l'historiographie italienne depuis l'ouvrage de Mario Viora, mais aujourd'hui attaquée – entre consolidation (bref, un recueil de lois qui existaient auparavant, et qui donc ne va pas créer un nouveau système) et « code moderne », qui fait table rase des normes précédentes, et dont le premier exemple est d'habitude considéré le Code Napoléon, même si certains historiens valorisent, à cette fin, les codes de procédure du dernier quart du XVIII<sup>e</sup> siècle.

En 1857 le gouvernement autrichien institua les deux premières cathèdres d'histoire du droit italien : quatorze ans après Antonio Pertile, auquel fut affidé la cathèdre de Padoue (l'autre était à Pavie) publia le premier tome de celui qu'on peut considérer le premier manuel d'histoire du droit paru en Italie, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*<sup>3</sup>. Dans

---

<sup>1</sup> Lecturer in Medieval and Modern Legal History

<sup>2</sup> PIO CARONI, *La storia della codificazione e quella del codice*, in « Index. Quaderni camerti di studi romanistici. International Survey of Roman Law », 29, 2001, pp. 55-81, surtout pp. 67-69.

<sup>3</sup> La première éd. fut publiée entre 1871 et 1887 ; la deuxième, terminée, après la mort de Pertile († 1895), grâce à la collaboration de Pasquale Del Giudice pour les volumes II et VI, parut entre 1892 et 1903 : ANTONIO PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*. Seconda edizione riveduta e migliorata, I-VI, Torino, 1892-1903 (c'est l'éd. que j'ai utilisée). Cf. MARIA GIGLIOLA DI RENZO VILLATA, *Per una storia del diritto (italiano). Antonio Pertile e la prima cattedra della materia*, in « Quaderni per la storia dell'università di Padova », 45, 2012, pp. 63-103, p. 85, note 45.

Avant Pertile, l'œuvre de Federico Sclopis (*Storia della legislazione italiana*, 1<sup>ère</sup> édition 1840-57, 2<sup>ème</sup> édition 1863-64) avait déjà constitué, au moment où l'Italie cherchait parvenir à son unification nationale, une vision de l'histoire du droit qui choisissait la dimension nationale, en refusant et l'idée d'une histoire du droit universelle, qui avait marqué les échecs de ses prédécesseurs, et une histoire du droit trop locale, liée aux petites patries d'avant le Risorgimento (Bruno Paradisi, *Gli studi di storia del diritto italiano dal 1896 al 1946*, en « Studi Senesi », LX, 1946-47, maintenant en Id., *Apologia della storia giuridica*, Bologna, 1973, pp. 108-109.) Certes, ce choix avait un prix, c'est à

les dernières décades du siècle, l'histoire juridique en Italie était en train d'acquiescer sa spécificité (grâce aussi à l'institution, en 1888, de la cathèdre d'histoire du droit romain) et cela se passait dans la perspective de Pertile, c'est-à-dire une histoire qui concentrât son regard sur le droit italien, en oubliant les tentatives d'une histoire universelle du droit<sup>1</sup> : l'ouvrage grandiose de Pertile constitua un instrument imposant et même si les huit tomes en six volumes dont elle se compose peuvent susciter des perplexités autour de son appartenance aux manuels, car son ampleur et profondeur sembleraient surclasser le caractère de ce genre<sup>2</sup>, on ne peut pas nier que ce véritable traité a été amplement utilisé à ce but, et également son auteur en décela une fonction « aussi » didactique<sup>3</sup>. Au cœur de ce chef-d'œuvre il y a un exceptionnel recours aux sources, qu'elles soient les lois, les documents privés, les travaux des juristes du passé, tandis que le recours à l'historiographie juridique est beaucoup plus limité. On a toujours remarqué que l'étude de l'histoire du droit en Italie a été longtemps dédiée surtout à la période médiévale, et cela, comme on verra, peut être vérifié aussi dans les manuels. Ce n'est pas donc une surprise que, jusqu'aux années 70, ceux-ci n'eussent pas donné une large place à la codification, ou aux codes. Je n'arrive pas à dire que l'œuvre de Pertile soit une véritable exception, mais en certaines parties son intérêt pour la période moderne est plus fort que celui de plusieurs autres manuels écrits jusqu'à la moitié du XX<sup>e</sup> siècle. Il est vrai, en ce qui concerne le droit public et les sources, il dédie presque la totalité des deux tomes au Moyen Age, comme c'est démontré aussi par la division chronologique qu'il choisit, et c'est seulement avec le §84 du deuxième tome, vers la fin du volume, qu'il commence à parler des sources du droit au XVI<sup>e</sup> siècle, qui sont suivies par l'âge de la codification. Il faut remarquer que Pertile ne distingue pas entre codification et consolidation : ça va de soit en ce qui concerne le mot utilisé, car cette distinction était encore à venir dans l'historiographie juridique, mais aussi du point de vue des contenus du concept « code ». D'après son manuel, en effet, la codification connaît deux périodes, sans qu'il y ait une rupture : dans la première période, on cherche à simplifier les sources du droit, sans oublier le passé ni abolir les sources précédentes comme le droit commun ou

---

dire de limiter l'objet de son œuvre à une histoire de la législation ; il est néanmoins remarquable que tandis que la première édition s'arrêtait au 1789, la deuxième arrivât jusqu'au 1847, et donc comprît aussi l'époque des codes modernes. L'ouvrage de Sclopis remporta un succès international : cf. GIAN SAVINO PENE VIDARI, v. *Sclopis di Saleramo, Federigo*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII – XX secolo)* a cura di ENNIO CORTESE, ITALO BIROCCHI, ANTONELLO MATTONE, MARCO MILETTI, I-II, Bologna, 2013 (dorénavant DBGI), II, pp. 1839-1842, pp. 1840-1841.

<sup>1</sup> ITALO BIROCCHI, *I manuali di insegnamento della storia del diritto nel XIX secolo in Italia*, in *Dalla pecia all'e-book. Libri per l'Università: stampa, editoria, circolazione e lettura*. Atti del Convegno internazionale di studi, Bologna, 21-25 ottobre 2008, a cura di GIAN PAOLO BRIZZI e MARIA GIOIA TAVONI, Bologna, 2009, pp. 377-391, pp. 386-390. Cf. aussi PAOLO ALVAZZI DEL FRATE, *L'historiographie juridique en Italie*, in « *Clio @ Thémis* », 1, 2009, p. 2 : « Le but de cet enseignement dans les Facultés de droit était clairement la recherche de racines historiques du droit de l'Etat unifié susceptible de légitimer et fortifier les nouvelles institutions tout en œuvrant à la création d'une culture juridique nationale ».

<sup>2</sup> « Pertile diede subito a se stesso un compito tanto ampio da apparir quasi chimerico » : ENNIO CORTESE, v. *Pertile, Antonio*, in DBGI, II, p. 1550-1552, à p. 1550). C'est probablement car il ne considérait pas l'ouvrage de Pertile un manuel, mais plutôt un traité, que Salvioli quand en 1890 il publia la pr. éd. de son manuel (cf. *infra*) déclara que c'était le premier manuel d'histoire du droit à paraître en Italie.

<sup>3</sup> PERTILE, *Storia del diritto italiano*, vol. I / 1, p. 3. Cf. le jugement de Cortese, *Pertile*, p. 1550: « Sebbene il carattere monumentale dell'opera accrediti il giudizio che essa fosse concepita per la scienza piuttosto che per la scuola [...], è presumibile che i due aspetti fossero savignyanamente intrecciati negli intenti di Pertile ».

les statuts, et il appelle « code » aussi bien les consolidations du Royaume de Sardaigne (1723) et le *Codex Maximilianeus* de Bavière (1756) que les codes échoués de Pompeo Neri en Toscane et du royaume de Naples<sup>1</sup>. Le passage à un autre niveau de codification, et donc à la deuxième période, se situe au moment où on ne cherche plus seulement une simplification des sources du droit, mais aussi leur uniformité, et ce résultat est remporté avec l'abolition des sources précédentes : la sensibilité qui mène à ce nouveau niveau est créée, d'après Pertile, par les philosophes, qui, dans le but d'effacer certaines institutions qu'ils refusaient, attaquèrent tout le système juridique. Toutefois, l'idée de l'uniformité normative est vue par Pertile en continuité avec des tentatives précédentes (Cosme I<sup>er</sup> en matière pénale en 1542, les *Ordonnances* ou le *Code Henry III*), au point de considérer des véritables précédents la *Constitutio Criminalis Theresiana* (« o codice criminale ») ou, dans la procédure judiciaire, les ouvrages des ducs de Savoie (Emmanuel-Philibert en 1577, Charles-Emmanuel I<sup>er</sup> en 1582) et de pape Paul V en 1612<sup>2</sup>. De toute façon, le moment de passage entre les deux périodes de la codification est situé avec l'ALR en Prusse (1794) et le *Codice di Leggi e Costituzioni per gli Stati di S.A.S.* (ou *Codice Estense*) du Duché de Modène (1771), car ces codes devinrent un nouveau droit commun, dans lequel seulement les normes du passé qui n'étaient pas contraires à la raison et aussi à la condition du pays étaient sauvées, tandis que les droits locaux ne furent pas abrogés. Codes de transition, donc, alors que le véritable nouveau modèle de code est individué dans le Code Napoléon ou l'ABGB autrichien, qui exigeaient un empire exclusif<sup>3</sup> : Pertile cite aussi le texte de la loi 30 ventôse an XII qui avait écrasé le système du droit d'ancien régime<sup>4</sup>. Lorsqu'il est arrivé à expliquer la *ratio* des nouveaux codes, Pertile semble avoir perdu son intérêt à ce sujet, et il ne dédie que huit lignes à la description des codes français et autrichien. Pour les autres codes du XIX<sup>e</sup> siècle la plus brève note suffit : il fait une place plus large à la « polémique sur la codification » entre Thibaut et Savigny.

Peut-on donc dire que Pertile n'est pas intéressé aux contenus des codes, mais seulement au développement de l'*idée* de codification ? En effet, si l'on parcourt les volumes suivants de son chef-d'œuvre, on s'aperçoit que la place donnée à la réglementation des codes est très limitée, tandis que celle médiévale (et la pratique médiévale, aussi) prédominent. L'intensité de ce phénomène est pourtant variable selon la matière : pour le droit privé c'est indubitablement au plus fort, et même dans les sujets où l'on attendrait une attention aux réformes du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>5</sup>, les mentions en sont très rares, et d'habitude confinées aux notes. Ce sont le Moyen Age (surtout le Haut) et le début de l'Age Moderne en tant qu'époque, et les statuts, en tant que sources normatives, à absorber presque toute l'attention de l'auteur. Les exceptions sont fortement limitées : quelques pages sur les fidéicommissaires ou l'exhérédation (ici il y a une véritable comparaison entre les traditions suivies par le Code Napoléon, l'ABGB, le Code de Carlo Alberto et le Code Civil italien de 1865<sup>6</sup>)

<sup>1</sup> PERTILE, *Storia del diritto italiano*, vol. I / 2, p. 478.

<sup>2</sup> Ibid., pp. 482-484.

<sup>3</sup> Ibid., p. 486.

<sup>4</sup> Ibid., pp. 486-487, note 36.

<sup>5</sup> P. ex. : droit de la famille, testaments, propriété, expropriation forcée, *status personarum*. Même le §105, *Dei registri dello stato civile* (PERTILE, *Storia del diritto italiano*, vol. III, pp. 261-267) ne dédie que ses dernières lignes au transfert de ces registres de l'autorité ecclésiastique à la civile.

<sup>6</sup> PERTILE, *Storia del diritto italiano*, vol. IV, pp. 116-117.

et peu d'autre ; on n'est pas surpris que en matière matrimoniale Liutprand soit beaucoup plus cité que Napoléon. C'est dans la partie dédiée au droit des obligations que les codes ne sont pas oubliés, et la tractation semble parfois presque uchronique : ce sont les notes qui expliquent que quelques références sont à un code ou à l'autre, soit pour confirmer l'évolution d'une certaine réglementation, soit pour remarquer que le choix fait par les codes a décidé une question qui précédemment avait beaucoup troublé la doctrine<sup>1</sup>. Quelquefois la tractation est expressément vouée à la réglementation des codes, comme à propos des systèmes d'inscription des hypothèques<sup>2</sup>; d'autre part, il est frappant qu'on utilise seulement des sources médiévales pour l'histoire du contrat de vente, sans dire mot à propos des différences entre le Code Napoléon et l'ABGB. Aussi la partie dédiée aux contrats de commerces<sup>3</sup> – bien qu'elle soit riche en références aux sources des XV<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles et qu'elle n'oublie pas l'Ordonnance du Commerce et l'Ordonnance de la Marine de Louis XIV, comme les décrets de Charles-Emmanuel III (auquel on attribue aussi un projet de Code de Commerce pour le Consulat de Nice<sup>4</sup>) – ignore les Codes de Commerce du XIX<sup>e</sup> siècle.

Le volume V de l'ouvrage de Pertile, dédié au droit criminel, choisit par contre un plus grand équilibre entre la période médiévale et celle moderne, voire contemporaine<sup>5</sup> : les citations des consolidations et codes pénales pour illustrer l'évolution de la loi sont plus fréquentes, et surtout elles font partie du texte et ne sont pas reléguées aux notes, comme l'on a vu pour la partie dédiée au droit civile. Cela est vrai surtout pour la « partie générale » du droit criminel, où se succèdent les références à la *Leopoldina* (1786), au *Josephinisches Strafgesetz* de Joseph II, aux codes autrichiens et italiens avant l'unification nationale, tandis que la citation des codes pénales français est très rare<sup>6</sup>. Pour certains sujets, comme la prescription et la confiscation, il y a un véritable panorama sur les dispositions des codes<sup>7</sup>, tandis que la question autour de la peine de mort est examinée aussi bien du point de vue des supplices d'ancien régime que de sa présence ou absence dans les consolidations du XVIII<sup>e</sup> et les codes du XIX<sup>e</sup> siècle, y compris celui de Saint-Marin<sup>8</sup>. Ce qui plus compte, c'est que l'auteur voit dans la naissance de la codification la fin de l'*arbitrium iudicis* en matière criminelle<sup>9</sup> : on ne peut donc pas se surprendre si même l'importance donnée aux codes dans la tractation de la procédure pénale (les volumes sur les procédures sont pourtant une des parties du manuel achevées par Del Giudice) est plus grande, une fois comparée aux droit civil, particulièrement pour l'appellation et les autres recours contre une décision de justice<sup>10</sup>. Au contraire, en ce qui concerne la procédure civile, la citation des codes est généralement un simple

---

<sup>1</sup> P. ex. *ibid.*, p. 577, note 18.

<sup>2</sup> *Ibid.*, pp. 523-525.

<sup>3</sup> *Ibid.*, pp. 681-703.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 683.

<sup>5</sup> P. ex. en ce qui concerne la vengeance privée, où l'on cite aussi la réglementation en vigueur de la Turquie et du Monténégro (PERTILE, *Storia del diritto italiano*, vol. V, pp. 18-19, note 36a et 37).

<sup>6</sup> Mais on s'interroge à propos de l'institution de la réhabilitation (*ibid.*, pp. 363-364).

<sup>7</sup> *Ibid.*, pp. 173-175 et 244-245.

<sup>8</sup> *Ibid.*, pp. 261-262 et 273-277.

<sup>9</sup> *Ibid.*, pp. 398-399.

<sup>10</sup> PERTILE, *Storia del diritto italiano*, vol. VI / 2, p. 265 et s.

complètement du discours de l'auteur et quelque fois un approfondissement confié à une note : les codes les plus cités sont sans aucun doute les autrichiens et c'est peut-être ce penchant pour les territoires autrichiens qui explique l'attention remarquable portée sur le petit chef-d'œuvre de la Principauté de Trente, le *Codice giudiziario nelle cause civili pel principato di Trento* (1788), et sur son auteur, Barbacovi.

L'approche de Pertile fut gardé par les auteurs des autres manuels d'histoire du droit jusqu'à la moitié du XX<sup>e</sup> siècle, surtout en ce qui concerne le choix de privilégier l'étude du droit médiévale par rapport au droit moderne. Certains manuels s'arrêtèrent au Moyen Age ou, au plus tard, au 1789, soit pour un choix des auteurs, soit pour leur décès avant de publier les derniers volumes de leur œuvre<sup>1</sup>. On peut dire que tandis que Pertile avait cherché à ne pas oublier tout à fait le rôle joué par les codes, et grâce à l'utilisation massive de sources et de notes il leur avait donné au moins une place en tant que comparaison avec la réglementation au Moyen Age, ses successeurs justifiaient le jugement d'Adriano Cavanna, qui en 1981 remarqua comme il était étonnant que les grandes tractations des historiens du droit italiens de la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle se limitassent à cantonner en une sorte de petit appendice l'évolution moderne de toutes les institutions juridiques qu'ils couvrent<sup>2</sup>. On peut le remarquer dans le manuel de Ciccaglione<sup>3</sup>, dont la destination essentiellement didactique est confirmée par le fait de ne pas utiliser des notes : en deux volumes, l'histoire du droit est partagée en trois périodes, dont l'âge de la codification est la troisième, mais la disproportion de la place dédiée à chacune est impressionnante<sup>4</sup>. En ce qui concerne l'évolution des institutions, l'attention de l'auteur est captée par la période médiévale et moderne, surtout pour le droit privé, tandis que les codes sont presque oubliés et, sauf erreur, jamais aucun n'est cité expressément (c'est-à-dire, avec indication de l'article ou citation du texte de la loi) : même si de

---

<sup>1</sup> Parmi les auteurs dont les ouvrages ne s'occupent pas de l'époque de la codification on peut mentionner Leicht, Schupfer, et Genuardi. Patetta avait partagé l'histoire du droit italien en cinq époques, dont la dernière (1792-1870), dite « du Risorgimento italien », aurait compris l'époque de la codification : cf. FEDERICO PATETTA, *Storia del diritto italiano. Introduzione*. Edizione postuma ampliata a cura di LUIGI BULFERETTI, Torino, 1947 (prem. éd. 1914), pp. 23-36. Ses *Lezioni di storia del diritto italiano. Storia delle fonti* publiées a cura di A. ALBERTI, Torino, 1932, néanmoins, s'arrêtent à l'époque des glossateurs.

<sup>2</sup> « Colpiscono oggi, in questa gloriosa, poderosa ed erudita Patristica della letteratura storico-giuridica, le brevi 'appendici' modernistiche collocate in fine volume o in fondo al capitolo dedicato a ciascun istituto: estremità molto spesso posticce ed accessorie, prolungamenti inequivocabilmente secondari innestati sul monolito medievistico e registrati frettolosamente dallo storico »: ADRIANO CAVANNA, *La storia del diritto moderno (secoli XVI-XVIII), nella più recente storiografia italiana*, Milano, 1983 (*Università degli Studi di Milano. Facoltà di Giurisprudenza. Pubblicazioni dell'Istituto di Storia del Diritto Italiano*, 9), p. 2. Le jugement de ENNIO CORTESE, *Esperienza scientifica. Storia del diritto italiano*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*. Messina – Taormina 3-8 novembre 1981 sous l'Alto Patronato del Presidente della Repubblica, Milano, 1982 (*Pubblicazioni dell'Istituto di scienze giuridiche, economiche, politiche e sociali della Università di Messina*, 129), pp. 785-858 [maintenant en *Scritti*, I, pp. 619-858], pp. 792-795 est plus favorable.

<sup>3</sup> FEDERICO CICCAGLIONE, *Manuale di storia del diritto italiano*, I-II, Milano, s.d. (mais 1903-1904).

<sup>4</sup> Seulement les pp. 463-512 du II volume sont dédiées à cette époque, tandis que 410 avaient été dédiées à l'époque « du droit vulgaire » et 462 à l'époque du « droit scientifique » (une partie préliminaire en comptait 61). En 1884, Ciccaglione avait publié le premier volume d'une *Storia del diritto italiano* qui s'arrêtait à l'époque des Communes.

temps en temps des évolutions très récentes de la réglementation sont mentionnées<sup>1</sup>, l'intérêt de l'auteur s'arrête d'habitude au plus tard au XVII<sup>e</sup> siècle. La préjudiciel contre les codes est peut-être liée à celle – très forte en Ciccaglione mais aussi dans plusieurs historiens du droit italiens de cette période (d'une certaine façon, Pertile inclus) – contre les dominations étrangères de l'Italie, et aussi leur culture juridique. Au moment où il était difficile d'argumenter en faveur d'un rôle moteur de l'Italie dans l'histoire de la codification, certains auteurs préférèrent presque oublier cette période dans leur travaux, ou chercher des improbables ou faibles racines de ce phénomène en Italie. Par exemple Ciccaglione considérait les réformes du XVIII<sup>e</sup> siècles la condition nécessaire pour l'idée de codification et il identifiait une première étape, où les souverains avaient joué le rôle moteur, et une deuxième, inspirée par l'œuvre des philosophes : il y trouva une contribution italienne irremplaçable. D'un côté, les juristes italiens, très adroits à unir théorie et pratique, auraient inspiré les réformes dans les états italiens d'ancien régime (mais aussi par les Autrichiens dans l'Etat de Milan, comme il est forcé à admettre, malgré son aversion pour le « *sgoverno nel più largo significato della parola* »<sup>2</sup> des dominations étrangères) ; de l'autre, ces réformes seraient en continuité avec l'histoire italienne des siècles qui avaient précédé la rupture provoquée par les invasions étrangères. Ce patrimoine culturel aurait créé les conditions pour la codification du droit civil et commercial, tandis que celle de la procédure n'avait qu'à se libérer de toutes les superstructures introduites, encore une fois, par les dominations étrangères, et celle pénale dépendait de la réflexion italienne<sup>3</sup>. Après avoir porté une attention pas superficielle sur les tentatives italiennes du XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>4</sup> (tandis qu'il ignorait ceux autrichiens ou allemands), Ciccaglione, qui identifie la charnière entre ce qui est un code et ce qui ne l'est pas dans la nature systématique de l'œuvre, et non dans la nouveauté des normes qu'il contient<sup>5</sup>, arrête son regard sur les raisons de la codification italienne<sup>6</sup>. Elles sont identifiées aussi bien dans la nécessité de simplifier et d'unifier les sources normatives, que dans l'élan et de la tradition du droit romain et de celle des lumières, respectivement pour le code civil et le code pénal. Les raisons de la codification en Italie, et sa dimension nationale<sup>7</sup>, intéressent l'auteur beaucoup plus des codes en eux-mêmes, y compris ceux rédigés en Italie, auxquels il dédie peu plus qu'une énumération. Avec cohérence, Ciccaglione soutient que l'âge de la codification n'était pas encore terminé : il ne se contente pas

---

<sup>1</sup> A propos de l'arrestation pour dettes on arrive jusqu'à la loi qui l'abolit en 1877, et à propos de mariage et divorce à la loi 20 juillet 1884 qui le réintroduit dans l'ordre juridique italien : CICCAGLIONE, *Manuale*, vol. II, pp. 373, 409 et 413.

<sup>2</sup> Ibid., p. 23.

<sup>3</sup> Ibid., p. 25.

<sup>4</sup> Outre les « classiques », il porte son attention sur le royaume de Naples et, avec une profondeur majeur de la plus part des manuels, sur la république de Venise.

<sup>5</sup> Et donc il considère les *Leggi e costituzioni di Sua Maestà* et le *Codice per la veneta marina mercantile* comme un code (et aussi la « *Leopoldina* »).

<sup>6</sup> Ibid., pp. 463-464.

<sup>7</sup> Je ne donne que deux exemples : l'attaque à l'école de l'exégèse, dont la culture juridique italienne a été libérée par la renaissance de l'idée nationale, et l'affirmation de la supériorité du Code Civil Pisanelli de 1865 par rapport au Code Napoléon (ibid., pp. 486-487 et 500-501).

d'introduire le concept de constitution comme codification<sup>1</sup>, mais il arrive aussi à identifier les premiers pas d'une codification du droit internationale, par initiative des juristes italiens<sup>2</sup>.

Si, d'une certaine façon, Ciccaglione porta son attention sur l'idée de codification, l'observation de Cavanna à propos de la hâte dans l'analyse de la réglementation de chaque institution après la fin de l'ancien régime, est d'autant plus appropriée pour des autres manuels, comme les ouvrages de Salvioli, Calisse ou Solmi. Salvioli<sup>3</sup> se limite à des tout rapides appendices sur la normative moderne à la fin de la tractation de chaque institution, conduite presque exclusivement sur l'époque médiévale: et si quelquefois il cite des articles des Codes (le nombre, jamais le texte), c'est presque toujours le Code Civil italien de 1865. Cela est vrai aussi bien pour le droit civil que pour les procédures; en ce qui concerne le droit criminel, la réforme provoquée par les lumières est un peu plus mise en relief, mais la place donnée aux codes est toujours minimale<sup>4</sup>. Il faut cependant reconnaître que dans les éditions successives l'attention aux codes est un peu augmentée: ainsi, dans la huitième<sup>5</sup>, il y a une majeure comparaison entre les codes<sup>6</sup> et surtout on dédie un peu de place à l'histoire plus récente des procédures<sup>7</sup>. Mais on ne peut pas dire que l'attitude de l'auteur soit transformée: la longue exploration sur la succession légitime et testamentaire<sup>8</sup> s'arrête au seuil des codes, qui sont peu considérés. Le rôle marginal joué par le droit moderne peut être remarqué aussi dans le volume sur le droit civil de l'ouvrage de Calisse<sup>9</sup>: on ne veut pas donner le sens du développement qui s'est passé de la fin du Moyen Age à la contemporanéité, et souvent la tractation se termine en disant, à peu près, « cette norme passa dans les codes » ou « cette réglementation fut abrogée par tel code », et souvent, après une vaste

---

<sup>1</sup> « Organizzati gli stati con le nuove forme poste innanzi dai filosofi, i cardini delle nuove costituzioni politiche furono sanciti in precetti, più o meno concisi, e racchiusi in veri codici, che potremmo dire costituzionali » (ibid., p. 463).

<sup>2</sup> Ibid., p. 464.

<sup>3</sup> GIUSEPPE SALVIOLI, *Manuale di storia del diritto italiano dalle invasioni germaniche ai nostri giorni*. Terza edizione interamente rifatta ed ampliata, Torino, 1899 (dans sa *Préface* l'auteur affirme d'avoir, en cette édition, élargi la partie dédiée au droit moderne)

<sup>4</sup> Je ne donne qu'un exemple: « In Lombardia Giuseppe II nel 1787 mitigò le pene, ma non ebbe il coraggio di finirla risolutamente cogli errori del passato » (SALVIOLI, *Manuale*, p. 55) et c'est tout ce qu'il dit à ce propos !

<sup>5</sup> GIUSEPPE SALVIOLI, *Storia del diritto italiano*. Ottava edizione interamente rifatta ed ampliata sulla Sesta, Torino, 1921. Il faut remarquer le changement de titre: ce n'était pas la première fois que Salvioli changeait le titre de son travail, en 1906 la 6<sup>e</sup> éd. s'était intitulée *Trattato di storia del diritto italiano* (cf. NATALE VESCIO, v. *Salvioli, Giuseppe*, en *DBGI*, II, pp. 1777-1780, p. 1779).

<sup>6</sup> P. ex. à propos des degrés de parenté on cite les articles 96 et 1072 du code de l'Etat de l'Eglise (SALVIOLI, *Storia del diritto italiano*, p. 403, note 3)

<sup>7</sup> En ce qui concerne la procédure civile, le nouveau §802bis (ibid., pp. 782-784) est dédié au Code de Procédure français et à son introduction et influence en Italie, jusqu'à après l'Unification, tandis que pour la procédure pénale la tractation comprend toutes les étapes depuis le code français de 1808 au nouveau code de 1913 (ibid., p. 812-814).

<sup>8</sup> Ibid., p. 561-575.

<sup>9</sup> CARLO CALISSE, *Storia del diritto italiano*. vol. III. *Diritto privato*, Firenze, 1891 (*Manuali Barbera di scienze giuridiche sociali e politiche*, XIX). Le manuel de Calisse eut plusieurs éditions, en trois ou quatre volumes, jusqu'aux années 30, et en 1928 une traduction fut publiée en Amérique (cf. PAOLO ALVAZZI DEL FRATE, v. *Calisse, Carlo*, en *DBGI*, I, pp. 389-391, p. 390).

discussion du droit médiéval, une dizaine de lignes suffit pour aboutir au droit contemporain. En ces cas, la citation des codes est rapide, presque toujours générique et limité au Code Napoléon et à celui de 1865<sup>1</sup>. Les exceptions sont très limitées, et d'habitude réservées aux sujets à la dimension plus socio-politique, comme le mariage<sup>2</sup> ou l'abolition des fidéicommiss. Au contraire, en ce qui concerne les obligations et même la propriété (et ça, c'est étonnant), on oublie tout à fait le Code Napoléon, et quelquefois on peut passer de l'époque romaine au Code Civil de 1865, sans nommer les réformes vitales introduites par le code français<sup>3</sup>. En revanche, on doit souligner que le volume à propos de l'histoire du droit criminel<sup>4</sup> expose un panorama plus complet, qui ne se limite pas à citer les réformes du XVIII<sup>e</sup> siècle et les philosophes qui les avaient inspirées, mais en suit les étapes : la *Leopoldina* mais aussi ses modifications successives (souvent oubliées dans les manuels), les codes autrichiens de Joseph II et François I et leur destin en Italie, le droit pénal en Italie pendant l'époque de Napoléon et la Restauration (sans oublier le contexte politique), les codes de l'Etat de l'Eglise et du Royaume de Sardaigne ; l'évolution du Code Pénal en Toscane mérite un approfondissement, qui en suit tous les passages, jusqu'à celui de 1859-60, avec l'abolition de la peine de mort.

Quant à l'histoire de la codification, la préjudiciel nationale est bien présente : chez Salvioli – où ce thème est traité très synthétiquement (et d'autant plus pour les consolidations) – même le Code Napoléon est vu par rapport à son adoption en Italie, alors qu'un plus grand intérêt est porté aux codes italiens du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>5</sup>. Calisse fait preuve d'une majeure sensibilité pour le problème de la codification, et dans le passé, et dans le présent. Il s'étend le plus sur l'ancien régime, sans oublier les recueils normatifs rédigés par des juristes : le passage aux codes est caractérisé d'abord par la nouveauté du contenu, mais ceux-ci marquent aussi un nouveau système juridique du droit et sont caractérisés par leur systématisme<sup>6</sup>. L'idée nationale domine sa tractation de la codification et donc le Code Napoléon est surtout jugé par ses reflets sur l'Italie<sup>7</sup> : une contrainte, mais bénéfique, car le code aida la naissance d'une conscience politique nationale et unifia, du point de vue juridique, la plupart du territoire italien. Même la discussion à propos de la polémique sur la

---

<sup>1</sup> La situation est un peu différente dans les notes, bien qu'elles soient dominées par le Moyen Age (surtout Haut) : il y a beaucoup des renvois précis à des articles du Code de 1865, et quelque fois au Code Napoléon, voire au règlement de Grégoire XVI (Calisse, *Storia*, vol. III, p. 102).

<sup>2</sup> A ce propos, il y a une comparaison sur la place de la femme dans le Code Napoléon, l'ABGB et ceux des Royaume de Sardaigne et des Deux Siciles (1819), et la réglementation de l'Etat de l'Eglise (ibid., pp. 40-41).

<sup>3</sup> Ibid. pp. 251-252. Aussi en MELCHIORRE ROBERTI, *Svolgimento storico del diritto privato in Italia*, Milano, 1928 (*Pubblicazioni della Università Cattolica del Sacro Cuore. Serie seconda: scienze giuridiche*, XVII) la transition du droit médiévale au droit du XX<sup>e</sup> siècle est presque brutale, mais une des exceptions plus importantes est la réglementation de la propriété, ou l'on réfute aussi les théories de Marx (pp. 247-253). Cet ouvrage de Roberti est considéré comme un véritable manuel par STEFANO SOLIMANO, v. *Roberti, Melchiorre*, en DBGI, II, pp. 1699-1700.

<sup>4</sup> CARLO CALISSE, *Storia del diritto penale italiano dal secolo VI al XIX*, Firenze, 1895.

<sup>5</sup> Aussi à ceux de Saint-Marin (SALVIOLI, *Manuale*, p. 142). C'est vrai qu'il y a un approfondissement du contenu du Code Civil de 1804, mais il est significatif qu'il soit imprimé en corps mineur (encore en SALVIOLI, *Storia del diritto italiano*, p. 184).

<sup>6</sup> CARLO CALISSE, *Storia del diritto italiano*. Nuova edizione interamente rifatta, vol. I, *Le fonti*, Firenze, 1930 (*Manuali Barbera di scienze giuridiche sociali e politiche*, XVII), pp. 431-432.

<sup>7</sup> Ibid., pp. 442-445.



codification aboutit à une approbation du choix différent fait en Italie par rapport à l'Allemagne. Les codes pré-unitaires sont examinés de façon exhaustive : d'habitude on renonce à faire une simple liste, et on n'oublie pas le parcours complexe qui mena à l'unification législative, après qu'on avait achevé celle politique<sup>1</sup>. En ce qui concerne l'idée de codification, si non les codes concrets, Calisse ne s'arrête pas au 1865 : au contraire, il s'interroge sur le futur des codes<sup>2</sup> et s'ils sont en mesure de donner une réponse efficace à une société en transformation. La préjudicial nationale est probablement au plus forte dans l'ouvrage de Solmi, et elle est même accrue de la première (1908) à la troisième édition (1930) où, dès la *Préface*, on chante le péan du Fascisme, qui aurait repris la tradition romaine et par conséquent l'esprit nationale qui avait été, auparavant, courbé et affaibli par les influences étrangères – en clôture du livre, l'auteur loue les nouveaux codes pénal et civil en cours de préparation ou publication<sup>3</sup>. On ne peut pas donc se surprendre si les consolidations et codifications étrangères sont virtuellement absentes : à vrai dire, l'idée même de codification semble jouer un rôle marginal dans l'organisation du manuel, et on pourrait aussi discerner des oscillations du concept de « code » qui affleure dans ses pages. Il est cependant remarquable que ce soit Solmi à introduire une observation destinée à gagner d'importance : il souligne, en effet, la majeure facilité de donner vie à un code pour les « parties spéciales » de l'ordre juridique (droit pénal, droit commercial, procédures), mais aussi la nature inachevée de ces codes<sup>4</sup>. Le côté patriotique est important aussi pour le dernier manuel à paraître avant la fin du Royaume d'Italie, celui de Roberti (il fut toutefois publié presque inaltéré dans les trente ans suivants<sup>5</sup>) : un texte qui ruisselait encore de rhétorique contre l'Étranger, et qui privilégiait sans aucun doute le droit public et les constitutions sur la codification, mais qui cependant en aborde les étapes avec soin, bien que synthétiquement. Cela est vrai surtout pour les tentatives italiennes, à partir de celles avortées à Naples et en Toscane (alors qu'on ne dise presque rien des *Leggi e Costituzioni* du Royaume de Sardaigne) : échec que l'on explique avec l'inadéquation du pouvoir souverain, car un code doit exprimer l'inspiration d'une nation et postule une société qui ne soit plus stratifiée en classes sociales<sup>6</sup>. Le parcours qui mène au Code Napoléon est suivi en se souvenant aussi de l'engagement en faveur des codes contenu dans la constitution de 1791, du droit intermédiaire, du Code pénal de 1791 et des projets Cambacérès. Le Code est analysé<sup>7</sup> en faisant aussi des renvois précis à ses articles, même si on a souvent l'impression que Roberti cherche surtout à démontrer que ce code s'intègre avec harmonie dans la tradition juridique italienne : de toute façon, si les autres codes voulus par Napoléon sont cités, et les « leggi organiche », c'est-à-

---

<sup>1</sup> Ibid., pp. 450-465 et 466-469. L'ABGB, malgré son origine étrangère, élicite un jugement positif, alors que le Code Pénal de 1803 est méprisé comme instrument de répression des sentiments patriotiques.

<sup>2</sup> « Il codice invecchia » (ibid., p. 450).

<sup>3</sup> ARRIGO SOLMI, *Storia del diritto italiano*. Terza edizione riveduta ed ampliata, Milano, 1930, pp. V-VI et p. 898. A cette époque ROBERTI, *Svolgimento storico*, p. 11 parle du droit italien comme « diritto tipico di stirpe », qui ne copie pas les droits étrangers mais, bien au contraire, est imité par eux.

<sup>4</sup> Solmi, *Storia*, pp. 871-873.

<sup>5</sup> MELCHIORRE ROBERTI, *Storia del diritto italiano*, Milano, 1942 (*Manuali CETIM*) et l'édition que je vais citer, *Storia del diritto italiano ad uso dei candidati ai concorsi pubblici (carriera direttiva) e degli studenti universitari*, Milano, 1971 (*Sintesi CETIM*).

<sup>6</sup> Ibid., pp. 360-363.

<sup>7</sup> Ibid., pp. 421-425.

dire les autres lois françaises, et leur application en Italie, obtiennent un relief exceptionnel<sup>1</sup>, aussi les tentatives autonomes pour une codification italienne sont bien illustrées<sup>2</sup>. L'analyse des codes pre-unitaires, partagée dans les états du territoire italien, est rapide, mais pas hâtive, et ne se limite pas aux codes civils, alors que la codification unitaire de 1865 est appréciée pour l'attention aux exigences économiques et sociales, mais sans s'attarder sur les contenus. Le Code Civil de 1942 n'est pas oublié<sup>3</sup>.

## II - De la fondation de la République jusqu'à la fin du XX<sup>e</sup> siècle

Le grand tournant dans la conception des manuels d'histoire du droit peut être individué en 1954, quand fut publié le chef-d'œuvre de Francesco Calasso, *Medioevo del diritto*<sup>4</sup>. Avec son manuel la préjudiciel nationale est abandonnée, alors que l'attention se concentre exclusivement sur le Moyen Age<sup>5</sup>. Il est même possible qu'un choix soit conséquence de l'autre : au moment où l'on veut étudier l'histoire de droit commun comme « fait spirituel » on ne peut pas se limiter à une perspective italienne, mais, d'autre part, il est presque force de se concentrer sur une période plus circonscrite : le travail de Calasso s'arrête au début du XVI<sup>e</sup> siècle. La prédominance de ce livre dans les manuels d'histoire du droit fut longtemps presque absolue, mais si cet ouvrage, très loué, fut souvent choisi dans les cours universitaires jusqu'à la fin du siècle, il fut toutefois attaqué pour avoir détaché les étudiants de l'étude du droit moderne<sup>6</sup>. C'est peut-être pour cela, si l'âge des codifications – qu'on pouvait bien considérer comme un nouveau moment d'unité juridique européenne et qui donc pouvait devenir un but naturel pour une historiographie qui avait oublié la fixation des années précédentes avec la dimension nationale du droit<sup>7</sup> – dut attendre plus de vingt ans avant de jouer un rôle significatif dans les manuels. Ce parcours ne fut pas rapide et fut lié à l'évolution des intérêts des historiens du droit, qui progressivement limitèrent leurs études médiévistes pour se passionner d'autant plus à l'époque moderne, voire contemporaine. Cette évolution a eu lieu dans les dernières trente années environ : si en 1983 Adriano Cavanna jugeait que les études d'histoire de droit à l'époque moderne étaient encore en nombre limité<sup>8</sup>, aujourd'hui personne ne pourrait répéter un jugement pareil ; au contraire, on dirait que ce sont les études

---

<sup>1</sup> Ibid., pp. 425-431.

<sup>2</sup> Ibid., pp. 431-434.

<sup>3</sup> Mais la présentation de ses nouveautés, qui était parue en l'éd. de 1942 (p. 468), disparut en 1971 (p. 471).

<sup>4</sup> FRANCESCO CALASSO, *Medio Evo del diritto. I. Le fonti*, Milano, 1954.

<sup>5</sup> BIROCCHI, *I manuali*, pp. 390-391.

<sup>6</sup> C'était l'avis de LUIGI BERLINGUER, *Considerazioni su storiografia e diritto*, en *Studi storici*, 1, 1974, p. 10: « il diffondersi del manuale del Calasso nelle Università ha definitivamente precluso ad intere generazioni un minimo di informazione sulle manifestazioni giuridiche dell'età moderna ».

<sup>7</sup> BRUNO PARADISI, *I nuovi orizzonti della storia giuridica*, en «Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche», VI, 1952-53, maintenant en ID., *APOLOGIA*, CIT., PP. 15-104, pp. 97-98. Pour la négation que le triomphe de l'idée de codification doit marquer la fin d'une civilisation commune européenne du droit, cf. ANTONIO PADOA SCHIOPPA, *Verso una storia del diritto europeo*, en *Studi di storia del diritto*, III, Milano, 2001 (*Università degli Studi di Milano. Facoltà di Giurisprudenza. Pubblicazioni dell'Istituto di Storia del Diritto Italiano*, 27), pp. 1-26, pp. 13-15.

<sup>8</sup> ADRIANO CAVANNA, *La storia del diritto moderno (secoli XVI-XVIII), nella più recente storiografia italiana*, Milano, 1983 (*Università degli Studi di Milano. Facoltà di Giurisprudenza. Pubblicazioni dell'Istituto di Storia del Diritto Italiano*, 9).

d'histoire médiévale qui sont actuellement, du point de vue numérique, en position minoritaire<sup>1</sup>. Comme remarqua Bernardo Sordi en 2012, pour le quarantième anniversaire des *Quaderni Fiorentini*, la frontière de l'âge moderne, presque interdite au début des années 70, est maintenant bien fréquentée et cela se reflète aussi dans les manuels<sup>2</sup>. On a même remarqué, dans les travaux les plus récents des historiens italiens du droit, une attention qui est portée plutôt sur l'histoire contemporaine, et non moderne<sup>3</sup>.

A la fin des années 70 la publication de livres, destinés à être utilisés comme manuels (auprès d'autres qui peuvent aussi avoir cette fonction<sup>4</sup>), expressément dédiés à l'époque moderne, et destinés à un succès qui n'est pas encore terminé, marque un détour : ce sont les ouvrages de Tarello, Cavanna et aussi Cannata<sup>5</sup> (il est significatif que seulement Cavanna fuisse professeur d'histoire du droit ; Cannata enseignait droit comparé et Tarello était un philosophe du droit). L'ouvrage de Tarello, qui n'a pas une vocation exclusivement didactique, prit le taureau par les cornes : les études juridiques (la critique n'est pas limitée à l'enseignement de l'histoire du droit) sont inadéquates et doivent être révisées de façon de faire jouer un rôle moteur à une réflexion de longue haleine à propos des idées juridiques<sup>6</sup>. En ce qui concerne en particulier l'histoire du droit, l'auteur lit l'idée d'égalité comme le facteur discriminant de l'époque moderne: droit moderne signifie droit égal, et donc franchissement des différenciations entre sujets de droit qui avaient caractérisé l'ancien régime. L'idée de code naquit donc dans le but de simplifier le système

---

<sup>1</sup> Cf. ALVAZZI DEL FRATE, *L'istoriografia giuridica*, p. 4. L'alerte à propos du risque de bouleverser la situation, et de condamner maintenant à l'oubli le droit médiéval fut donnée au bon moment par Cavanna (*La storia del diritto moderno*, pp. 20-21) et Cortese (*Esperienza giuridica*, p. 816). Elle fut répétée aussi à Florence, en 1991, par Cavanna, Cortese et Padoa Schioppa dans la table ronde *Quale «manuale» per quale storia del diritto : L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno. Strumenti, destinatari, prospettive*. Atti dell'incontro di studio, Firenze, 6-7 novembre 1991, a cura di PAOLO GROSSI, Milano, 1993 (*Per la storia del pensiero giuridico moderno*, 42), pp. 15-56. Sans succès ? On le dirait, en jugeant par ex. par les mots récentes de CORTESE, v. *Pertile*, pp. 550-552 et de LUCA LOSCHIAVO, *Insedimenti barbarici e modelli di coesistenza nell'Italia altomedievale. Il regno degli ostrogoti*, in *Immigrazione e integrazione. Dalla prospettiva globale alle realtà locali*, a cura di FRANCESCO RIMOLI, Napoli, 2014, vol. I, pp. 317-348, pp. 317-318.

<sup>2</sup> BERNARDO SORDI, *Parole introduttive*, in *Storia e diritto. Esperienze a confronto*. Atti dell'incontro internazionale di studi in occasione dei 40 anni dei Quaderni fiorentini, Firenze, 18-19 ottobre 2012, a cura di BERNARDO SORDI, Milano, 2013 (*Per la storia del pensiero giuridico moderno*, 104), pp. 1-6, à p. 2.

<sup>3</sup> CLAUDIA STORTI, *La storiografia giuridica italiana dal 1972 a oggi: stato dell'arte e prospettive*, in *Storia e diritto*, cit., pp. 9-31, à p. 27 (elle remarque, néanmoins: «Eppure le fonti di età medievale molto avrebbero ancora da svelare [...] e meriterebbero il difficilissimo [...] ulteriore impegno al recupero filologico e critico»).

<sup>4</sup> A ce propos CAVANNA, *La storia del diritto moderno*, p. 17, nota 17 cite le travail de CARLO GHISALBERTI, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia. La codificazione del diritto nel Risorgimento*, Roma-Bari, 1979 (*Biblioteca di cultura moderna*, 827), qui, bien qu'il soit une monographie, brosse en effet un panorama très exhaustif pas seulement des précédents italiens, mais aussi des codes étrangers (à propos du Code Napoléon, il faut du moins citer le chap. VI, *ibid.*, pp. 147-188, dédié à *La società del Codice Civile*).

<sup>5</sup> GIOVANNI TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, il Mulino, 1976 (*Le vie della civiltà*); ADRIANO CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Parte I*, Milano, 1979; CARLO AUGUSTO CANNATA – ANTONIO GAMBARO, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*. IV éd., I-II, vol. II, *Dal medioevo all'età contemporanea*, Torino, 1989, mais la première éd. (seulement par Cannata) parut en 1976.

<sup>6</sup> TARELLO, *Storia della cultura giuridica*, pp. 6-8.

juridique, mais elle eut aussi dès son début une valeur politique<sup>1</sup>. Tarello parle aussi de « codification constitutionnelle » : les similitudes entre code et constitution sont individuées dans les idéologies qui les inspirèrent, mais d'avantage dans le rôle auquel tous les deux cantonnent le juriste, faisant de lui un technicien du droit et enlevant toute dimension politique à son travail<sup>2</sup>. Dans l'étude des codes et consolidations (mot que l'auteur utilise, mais sans y attacher beaucoup d'importance) du XVIII<sup>e</sup> siècle, les expériences italiennes sont étudiées, certes, et aussi avec des idées originelles<sup>3</sup>, mais c'est surtout par son regard aux sources étrangères que Tarello se distingue. Certes, le regard qu'il jète en Suède (*Sveriges Rikes Lag*, 1736), en Russie (le bluff des réformes de la Grande Catherine) et en Pologne (avec le projet de Code Pénal de 1788-1792 et la constitution de 1791) est bref, et parfois très sévère<sup>4</sup>, mais c'est néanmoins un intérêt tout à fait exceptionnel en 1976 et qui par la suite sera partagé par peu d'historiens. Mais ce qui est étonnant, c'est l'analyse magistrale de l'histoire de la codification en Autriche et en Prusse : Tarello en étudie en détail les préliminaires, c'est-à-dire les réformes qui transformèrent le système de pouvoir de ces deux pays, même si sans en changer de façon radicale les sociétés ; les tentatives avortées des projets de Coccejus en Prusse et du Code Civil de Marie Thérèse en Autriche sont jugées dans les raisons de leur échec, mais on présente aussi les aspects qui en firent une étape importante (surtout pour le code autrichien, qui introduisit une délimitation du droit privé accueillie par les codes du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>5</sup>). L'idée que la codification soit liée à l'unification du sujet de droit est aussi analysée par rapport à chaque codification, que ce soit l'échec des premiers projets prussiens<sup>6</sup> ou le projet Martini et son « idéologie implicite »<sup>7</sup>. L'analyse de l'ALR est aussi très détaillée et orientée à dévoiler les pièges où beaucoup d'historiens sont tombés, surtout en ce qui concerne une lecture libérale de l'*Einleitung* : cependant il accepte, même si avec réserve, l'idée que le premier livre de l'ALR constituasse le premier exemple d'un code civil « bourgeois »<sup>8</sup>. L'examen de l'auteur ne se limite pas, cependant, aux codes civils : tous les édits de Joseph II y sont décrits, l'évolution du

---

<sup>1</sup> Ibid., p. 35 et s., 192.

<sup>2</sup> Ibid., pp. 22-28. La locution « codification constitutionnelle » est utilisée plusieurs fois dans le chap. X, dédié à la constitution américaine.

<sup>3</sup> Il étudie en profondeur surtout la *Leopoldina* (ibid., pp. 542-552), en remarquant la modernité de ses contenus, autant que les éléments plus liés au passé, et il arrive à une conclusion presque paradoxale : « la riforma leopoldina si iscrive piuttosto nella vicenda dei movimenti di opinione (l'illuminismo penale al potere) che nell'evoluzione delle istituzioni penalistiche europee (le strutture basilari della repressione penale a diritto codificato) » (ibid., pp. 551-552).

<sup>4</sup> Ibid., pp. 554-557.

<sup>5</sup> Le droit de famille y est compris, tandis que le droit féodal en est expulsé (ibid., pp. 253-255).

<sup>6</sup> « L'unificazione del soggetto di diritto propria dell'indirizzo giusnaturalistico pufendorffiano, che era destinata a costituire la fortuna di quell'indirizzo agli occhi dei teorici francesi del tardo Settecento ispirati all'esigenza borghese di unificare i caratteri della soggettività giuridica, costituì uno dei bersagli dei fautori del diritto nazionale germanico » (ibid., p. 244).

<sup>7</sup> A ce projet, Tarello consacre une place sans comparaison dans les manuels italiens : pp. 525-536.

<sup>8</sup> Ibid., pp. 494-503.

droit pénal n'est pas oubliée et, notamment, les codes de procédure civile, en Prusse autant qu'en Autriche, trouvent une mise en valeur inédite<sup>1</sup>.

Le travail de Tarello s'arrêta à la veille de l'approbation des grands codes du XIX<sup>e</sup> siècle à cause de la mort de l'auteur : il leur aurait consacré le second tome de son ouvrage. Ce destin fut partagé par Adriano Cavanna, l'auteur, en 1979, du premier volume, très innovateur, d'une histoire du droit moderne<sup>2</sup>. Il partit, bien sûr, du droit médiéval, mais il y dédia une partie minoritaire (même si pas de tout hâtive) de son manuel, alors que ce fut l'histoire du droit à l'époque de l'Absolutisme, qui se tailla la part du lion. En effet, comme Cavanna écrira plus tard, le véritable problème des états absolus, du point de vue juridique, est qu'ils manquent d'un système de droit qui soit cohérent avec leur système politique, et c'est la chasse à une solution à cette question qui caractérisa au moins le XVII<sup>e</sup> et le XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>3</sup>. Cette quête ne peut se dire terminée qu'avec la codification de l'époque de Napoléon, mais le premier tome du volume de Cavanna s'arrête avant la Grande Révolution de 1789, et le compte rendu de l'état du droit en plusieurs territoires européens (France, Allemagne, péninsule ibérique, Pays-Bas, pays de l'Est) est, avec exceptions limitées<sup>4</sup>, fixé à une époque appelée par l'auteur « l'aube de la codification ». Vu l'arc chronologique choisi, ce manuel ne peut aborder que des consolidations, et c'est ce qu'il fait en profondeur dans un chapitre *ad hoc*<sup>5</sup>, où on ne se limite pas à une liste, quoique très exhaustive et avec un examen parfois minutieux des certaines œuvres, mais où on va aussi tracer, avec une clarté exemplaire, une frontière entre les différents types de compilations normatives : collections, consolidations et codes modernes<sup>6</sup>. Cette distinction n'est pas seulement présentée dans l'abstrait, mais elle est aussi étudiée quand le manuel couvre les recueils les plus importants, comme les Ordonnances de Louis XIV<sup>7</sup> ou le « Codice Estense » de 1771<sup>8</sup> ; le manuel aborde aussi une consolidation presque toujours ignorée, les codes bavarois de la moitié du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>9</sup>.

En ce qui concerne le manuel de Cannata, ce que l'on peut souligner – et cela va peut-être étonner quelqu'un – c'est que l'attention de l'auteur est portée, même s'il s'occupe de droit comparé, sur l'évolution des *idées* qui se cachent derrière chaque codification<sup>10</sup>, tandis que les *contenus* des codes particuliers jouent un rôle marginal. Dans sa critique des expériences de

---

<sup>1</sup> Il faut souligner que, pour l'AGO, Tarello mit aussi en relief l'évolution de l'interprétation de certaines normes dans la praxis du XIX<sup>e</sup> siècle (par ex. p. 514, note 46).

<sup>2</sup> Aussi pour l'attention donnée au système de Common Law.

<sup>3</sup> ADRIANO CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*. 2, Milano, 2005, p. 30.

<sup>4</sup> Par ex. pour l'Espagne, mais probablement la discussion autour du *Código Civil* de 1889 est inspirée par la fonction de nouveau droit commun que Cavanna lui reconnaît (CAVANNA, *Storia del diritto moderno*, I, pp. 424-426).

<sup>5</sup> *Ibid.*, pp. 292-295.

<sup>6</sup> *Ibid.*, pp. 254-258.

<sup>7</sup> *Ibid.*, pp. 269-276

<sup>8</sup> *Ibid.*, pp. 287-293.

<sup>9</sup> Cf. aussi CANNATA – GAMBARO, *Lineamenti*, p. 235, où cette consolidation est ramenée aux derniers développements de l'*Usus Modernus Pandectarum*.

<sup>10</sup> Et donc on n'oublie pas la question des codes aux Etats-Unis (*ibid.*, pp. 145-148).

consolidation en Europe<sup>1</sup>, il souligne aussi la nécessité de franchir la perspective traditionnelle concentrée surtout sur le point de vue du législateur, qui mena à négliger le contexte et aussi à trop exagérer la rupture entre ancien régime et époque de la codification. La sélection des cas qu'il étudie en profondeur est assez personnelle. L'intérêt pour les consolidations du XVIII<sup>e</sup> siècle, surtout en Italie, est sans aucun doute limité et même en ce qui concerne la France on est frappé par l'étude soignée de la « codification des coutumes » au XV<sup>e</sup> et XVI<sup>e</sup> siècle<sup>2</sup>, par rapport à l'oubli presque total dans lequel tombent les ordonnances de Louis XIV et de D'Aguesseau. Le premier rôle est indubitablement joué par le Code Napoléon, mais si ce choix n'est pas étonnant, la façon dans laquelle ce code est traité n'est jamais banale<sup>3</sup> : le manuel accueille une vision de ce code comme instrument d'innovation à tous les niveaux (et on souligne sa cohérence avec la réforme dans l'administration de la justice) et présente l'accélération qu'il donna à la société, le rapport entre sa forme nouvelle et le monde des juristes, le rôle joué par la jurisprudence dans son évolution. En ce qui concerne les autres codes, les « classiques du genre » (ABGB, BGB, ALR), surtout de droit civil, sont traités, mais beaucoup plus vite<sup>4</sup> ; la codification italienne ne semble par ailleurs éveiller trop l'intérêt de l'auteur<sup>5</sup>. On peut remarquer, par contre, qu'il se souvient du Code Civil suisse de Eugen Huber (ZGB), qu'il juge un chef-d'œuvre<sup>6</sup>, et même des codifications de pays toujours ignorés, comme Serbie, Roumanie, Bulgarie, Amérique Latine, et aussi du problème des sources de droit par rapport à la décolonisation, autour duquel il cite plusieurs exemples (Madagascar, Sénégal, Ethiopie, Egypte, Somalie).

Est-ce qu'on peut donc situer au début des années 80 un changement des intérêts, et peut-être aussi de la méthode chez les historiens du droit ? Probablement pas encore, mais une transformation est en train de se dérouler. Cela peut bien expliquer qu'un texte tout à fait dédié à la période médiévale, *L'Europa del diritto comune*, par Manlio Bellomo<sup>7</sup>, fait un choix qui au premier moment pourrait surprendre, mais qui en effet a des raisons très fortes. Si la matière de ce livre très apprécié aussi aujourd'hui est principalement le développement du droit dans le Moyen Age, à partir de le « âge sans juristes » – comme l'auteur l'appelle – après l'effondrement de l'Empire romain d'Occident, le premier chapitre est dédié au triomphe et à la crise des codifications nationales. Ces pages partent de la distinction entre *code* et *consolidation*, s'attardent sur les consolidations italiennes et européennes du XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>8</sup> et sur les racines de l'idée de codification, pour aboutir, après un panorama des codes du XIX<sup>e</sup> siècle qui n'oublie pas les codes différents du Code Civil, au problème de l'interprétation des codes et aussi de leur crise actuelle. Le

---

<sup>1</sup> Ibid., pp. 301-325.

<sup>2</sup> Ibid., pp. 213-219.

<sup>3</sup> Ibid., pp. 239-255.

<sup>4</sup> Néanmoins la codification allemande est approfondie et aussi ses antécédents directs (la loi cambiaire de 1848 et le Code Générale de Commerce de 1861) sont cités.

<sup>5</sup> Son jugement des codes de procédure et de droit civile de 1940-42 est dur : « il metodo sistematico si fossilizzò in un dogmatismo privo di respiro » (ibid., p. 243).

<sup>6</sup> « Nei limiti in cui un codice può mai essere un capolavoro » (ibid., p. 301).

<sup>7</sup> MANLIO BELLOMO, *L'Europa del diritto comune*. VI éd., Roma, 1993 (la pr. éd. parut en 1988).

<sup>8</sup> Mais aussi les codes pénal et de procédure de Joseph II sont considérés dans le paragraphe dédié aux consolidations.

but de ces premières pages du manuel – qu'on ne peut certainement pas considérer un *excursus*, mais plutôt un *introitus* – est dévoilé par le titre du dernier paragraphe : l'idée que le droit soit à lire à travers les codes et seulement eux est aujourd'hui un débris<sup>1</sup>. Au moment où le juriste est conscient qu'on ne peut plus espérer que tout le droit puisse passer à travers le code, l'étude du *ius commune* va regagner le camp<sup>2</sup>.

L'apparition de cours universitaires dédiés exprès aux codifications stimula, entre les années 80 et 90, la publication de manuels destinés à ces cours. En 1987 parut la première édition d'un manuel destiné expressément à l'histoire des codes et de la codification, celui de Bonini<sup>3</sup> : à vrai dire, c'est plutôt un recueil d'essais déjà publiés ailleurs, dont le but n'est pas de lire le « phénomène codification » dans ses origines et son développement, mais d'en étudier des côtés spécifiques. La seule partie qui approche du style d'un manuel est celle à propos de l'unification du droit privé en Italie ; l'intérêt de l'auteur pour celle qu'il appelle « constitutionnalisation des codes » en Italie mais aussi en France – c'est-à-dire la mention de la nécessité d'une codification dans les constitutions françaises et italiennes de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle – est aussi remarquable. Les manuels d'Ettore Dezza expriment une approche différente : l'auteur choisit d'aborder en profondeur les deux codes les plus influents, le Code Napoléon et l'ABGB, et de faire d'eux un modèle d'étude. C'est le cas de ses *Materiali*, sortis en 1992, où le titre dévoile la volonté d'offrir aux étudiants surtout un contact avec la réalité des sources : voilà donc la citation massive des articles des deux codes, même si dans la traduction italienne<sup>4</sup>. Certes, leur interprétation ne manque pas et quand l'auteur publie un deuxième manuel, au titre plus traditionnel<sup>5</sup>, les sources sont entourées d'une analyse détaillée. En ce qui concerne le Code Napoléon, l'auteur ne se limite pas à sa genèse plus directe, mais il porte son attention sur les exigences qui l'ont provoquée, sur le chemin complexe du « droit intermédiaire » – considéré comme un « laboratoire de législation » dont le Code Napoléon n'a pas été le seul à bénéficier<sup>6</sup> – sur les projets Cambacérès et Jacqueminot, sur la phase finale de la codification ; aussi les profils biographiques des plus importants juristes ne sont pas négligés. Structure et contenus du Code sont considérés avec soin : la comparaison entre le titre préliminaire du Code et le livre préliminaire qui fut envisagé, mais par la suite coupé, est aussi remarquable. D'après l'auteur, c'est pour cela que l'on peut dire que le Code Napoléon, bien qu'il soit le point d'arrivée du jusnaturalisme, marque aussi un tournant vers le juspositivisme<sup>7</sup>. Le succès du Code Napoléon est aussi recherché en profondeur : en ce qui concerne l'Italie, certes, aussi discutant la

---

<sup>1</sup> « Un rudere dell'età moderna: la visione codicistica del diritto » (ibid., p. 42).

<sup>2</sup> « Perché nelle inquietudini, incertezze, violenze, ansie di giustizia che furono del medioevo l'uomo di oggi riconosce largamente se stesso e i suoi problemi » (ibid., p. 43).

<sup>3</sup> J'ai utilisé une édition postérieure : ROBERTO BONINI, *Appunti di storia delle codificazioni moderne e contemporanee*. Terza edizione con una appendice, Bologna, 1993.

<sup>4</sup> ETTORE DEZZA, *Materiali per il corso di Storia delle Codificazioni Moderne. I. Il Codice Napoleone e il Codice Civile Generale austriaco*, Milano, 1992 : la citation du Code Napoléon (pp. 64-181) est plus étendue de celle de l'ABGB (pp. 217-248).

<sup>5</sup> ID., *Lezioni di storia della codificazione civile. Il Code Civil (1804) e l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)*, Torino, 1998 (en 1996 il avait publié un livre de « Notes » sur l'histoire de la codification).

<sup>6</sup> Ibid., p. 31.

<sup>7</sup> Ibid., p. 50.

question de sa traduction officielle, mais aussi en Europe, Afrique, Amérique et même à propos de ces modifications en France, jusqu'aux années 70<sup>1</sup>. La place donnée au code autrichien est plus limitée ; néanmoins on s'interroge sur ses antécédents, ses sources, et les protagonistes de cette codification. Structure et contenus sont aussi étudiés, avec un approfondissement à propos des normes qui sauvegardent les minorités religieuses, surtout en ce qui concerne le mariage<sup>2</sup>. Dezza souligne aussi la portée idéologique de l'adjectif « général » attribué à ce code : l'ABGB devait être un facteur d'uniformité et d'homogénéité pour l'Empire, aussi d'un point de vue politique – à tout le moins, l'ABGB réussit à le faire en ce qui concerne la culture juridique<sup>3</sup>. Inédite, et on dirait presque sans épigones, est l'intérêt de l'auteur pour le destin de ce code, après sa promulgation, au-delà de l'Italie<sup>4</sup> : on rappelle donc sa survivance en Tchécoslovaquie et en certaines parties de la Roumanie et de la Yougoslavie après 1918, ses modifications au XX<sup>e</sup> siècle et le rôle joué comme modèle pour des projets de code en Bavière, Serbie et Saxe.

Le parcours suivi par Ugo Petronio, dans son estimé livre à propos de la lutte pour la codification<sup>5</sup> est presque unique, car l'auteur choisit de ne pas écrire l'histoire du droit jusqu'à la codification, ou l'histoire de la codification et des codes, mais de travailler autour de l'idée – ou encore du problème – de code. Pour aboutir à ce résultat, l'auteur donne d'abord les coordonnées de cette question, du point de vue historique et juridique, avec un panorama aussi bien de l'histoire de l'Europe moderne que des écoles juridiques du XVII<sup>e</sup> au XIX<sup>e</sup> siècle. C'est toutefois au chap. IV, *Dalle codificazioni ai codici, dai codici ai concetti di codice*, qu'on peut trouver le cœur de ce livre qui va certainement déparier les idées reçues des étudiants : le choix du pluriel (*des pluriels* : codifications, codes, concepts de code) est déjà significatif. Petronio veut remettre en discussion l'idée qu'il y ait un monolithe, *le Code* : au contraire, il va expliquer comme ce concept a été lit de façon tout à fait différente dans l'histoire, et il va donc offrir une anthologie de définitions, à partir de celles contemporaines ; dans ce parcours il dédie une place sans précédent à la discussion de ce qu'il définit un « mythe », la différence entre *consolidation* et *code*<sup>6</sup>, une idée reçue qu'il contextualise avec décision. On va à rebours, mais on arrive au Code Napoléon et en ce moment l'auteur nie un autre mythe, celui que le Code Civil soit « complet », et c'est là où le travail sur les sources se fait serré<sup>7</sup>, aussi bien autour de la genèse de l'art. 7 du Code, que de son interprétation au cours du XIX<sup>e</sup> siècle. C'est seulement en ce moment, quand s'est terminé le parcours qui a porté au texte du Code Napoléon comment on l'a vénéré, qu'on peut se dédier au long récit – historique plutôt que théorique, mais sans oublier la discussion dans l'historiographie contemporaine à propos de certains phénomènes – de l'évolution de l'ancien régime et de la réflexion culturelle sur le droit et, finalement, à celle qui est appelée « la saison des cent fleurs », qui va aboutir à la codification en

---

<sup>1</sup> Le chap. IV est dédié à *La lunga vita del Code Civil* (ibid., pp. 61-67).

<sup>2</sup> Ibid., pp. 117-119.

<sup>3</sup> Ibid., pp. 106-107.

<sup>4</sup> En ce qui concerne l'Italie, on ne se limite pas aux pays où l'ABGB fut en vigueur, mais on se souvient aussi de ceux qui en furent influencés.

<sup>5</sup> UGO PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, Torino, 1992 (*Il diritto nella storia*, 10).

<sup>6</sup> Ibid., pp. 92-102.

<sup>7</sup> Ibid., pp. 107-135.



France et aussi en Autriche. Dans ce parcours l'attention est portée plus souvent sur les projets du Code Napoléon, mais on n'oublie pas l'importance du CGO autrichien, dont Petronio remarque et le dépassement de l'*arbitrium judicis*, et l'idée d'uniformité qui inspire Joseph II : deux fondements de l'idée de codification<sup>1</sup>.

### III - Un regard vers le présent

Malgré ces manuels voués explicitement aux codifications nationales, la vision du développement de l'histoire du droit de l'époque médiévale au XIX<sup>e</sup> siècle eut peine à aménager une place. Le travail de Maria Rosa Di Simone dédié aux institutions et systèmes normatifs italiens du XVIII<sup>e</sup> e XIX<sup>e</sup> siècle fut en effet publié en 1999 avec l'intention de remplir un vide dans les manuels adressés aux étudiants<sup>2</sup> : la structure de ce livre présente, dans les états italiens d'ancien régime, les institutions traditionnelles, les reformes achevées ou bien tentées pendant le XVIII<sup>e</sup> siècle et ensuite les sources de la loi. On peut là aborder aussi des consolidations ou bien des codes, souvent en profondeur (par exemple c'est le cas du Code de procédure de Barbacovi pour la principauté de Trente, qui est reconnu comme un véritable code moderne<sup>3</sup>), mais ce n'est pas le but de cet ouvrage très détaillé d'aborder exprès le problème de la codification, surtout car son *focus* est sur la situation italienne. Néanmoins, quand on doit expliquer l'adoption en Italie des codes français l'auteur ne se contente pas d'un simple renvoi, mais elle étudie les projets du Code Napoléon, sa structure, ses contents, les problèmes qu'il posa pour son introduction en Italie, et aussi, avec le même soin, les autres codes<sup>4</sup>. La structure « institutions – reformes – sources normatives » est gardée aussi pour l'Italie après la Restauration, mais (et c'était presque inévitable) la place qu'on va donner à tous les codes (et aussi aux tentatives de codification) est beaucoup élargie : entre autre, on peut remarquer la place donnée à la codification dans la République de Saint-Marin<sup>5</sup> (presque toujours oubliée dans les manuels) et – dans la partie dédiée aux codes autrichiens – le fait qu'on n'oublie pas la procédure civile, jusqu'au nouveau code de 1895. En ce qui concerne l'Italie, l'auteur s'arrête au seuil de l'unification nationale : ce ne fut que dans la nouvelle version parue en 2007 qu'elle affronta l'histoire des institutions et du droit en Italie jusqu'au fascisme<sup>6</sup>. La structure de l'édition précédente est gardée : la codification après l'Unité est étudiée en profondeur, et tous les codes reçoivent attention, même ceux dont presque aucun manuel ne se souvient, comme le Code Pénal Militaire ou la codification dans la colonie d'Erythrée<sup>7</sup>. Bien sûr, la codification dans l'époque fasciste n'est pas oubliée : au contraire, Di Simone ne se limite pas aux codes les plus « classiques », à partir du Code Pénal Rocco de 1930 et du Code Civil de 1942, elle ne néglige pas

---

<sup>1</sup> Ibid., p. 325.

<sup>2</sup> *Istituzioni e fonti normative in Italia dall'antico regime all'Unità*, Torino, 1999, pp. XI-XII.

<sup>3</sup> Ibid., pp. 35-37.

<sup>4</sup> Ibid., pp. 124-137.

<sup>5</sup> Ibid., pp. 245-246.

<sup>6</sup> MARIA ROSA DI SIMONE, *Istituzioni e fonti normative in Italia dall'antico regime al fascismo*, Torino, 2007.

<sup>7</sup> Ibid., pp. 303-305. A ce propos, même s'il s'agit d'un ouvrage monographique, et donc sans destination didactique, on ne peut pas négliger le volume de Luciano Martone, *Diritto d'Oltremare. Legge e Ordine per le Colonie del Regno d'Italia*, Milano, 2008 (*Per la storia del pensiero giuridico moderno*, 78), où la question du rapport entre droit national et son application aux colonies est étudié, pour le cas italien, en profondeur.

les autres codes, comme celui de la Navigation et aussi – pour une courte mention – les codes pénaux militaires (de guerre et de paix) de 1941.

Entre-temps, le changement de dénomination de notre discipline, de *Histoire du droit italien* (« Storia del Diritto Italiano ») à *Histoire de droit médiévale et moderne* (« Storia del diritto Medioevale e Moderno ») eut lieu en 2000, et fut suivi aussi par la naissance des cours d'*Histoire de droit moderne et contemporain*, le milieu le plus naturel pour l'étude de l'histoire des codifications<sup>1</sup>. Si on a remarqué dans la production des manuels d'histoire du droit des années 90 une différenciation très forte en ce qui concerne la structure des textes, les thèmes choisis, même l'attention donnée aux différents aspects de la vie juridique (procès, praxis, doctrine, production normative)<sup>2</sup>, on ne peut pas nier que beaucoup de textes de plus grand succès publiés jusqu'avant le bouleversement de 2000 s'occupassent exclusivement de Moyen Age<sup>3</sup>, bien que le manuel de Cavanna de 1979 garda son succès et vit aussi sortir en 2005 un deuxième tome, malheureusement posthume, et qui s'arrête à l'époque des codifications napoléoniennes qu'il étudie profondément<sup>4</sup>. De cet ouvrage on ne peut pas taire le grand soin dont l'auteur fait preuve quand il aborde l'histoire de la codification en Prusse et en Autriche, qui occupe une partie de ce travail presque sans comparaison dans les manuels italiens. Cette étude s'arrête aussi bien sur les réformes qui ont rendu ce parcours possible, que sur les contenus et l'idéologie des codes, achevés et échoués. L'évaluation de l'auteur n'hésite pas, surtout à propos de l'évolution du droit pénal, à se résoudre en des jugements, quelquefois, vibrants d'indignation<sup>5</sup>. De toute façon, c'est surtout la valorisation des codes de procédure prussien et autrichien de 1781, AGO et CGO, à frapper : tandis que la plupart des auteurs ne leur dédient qu'un survol, Cavanna souligne que c'est avec ces codes qu'une nouvelle époque s'est ouverte pour la culture et l'ordre juridique<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> La nouvelle appellation avait été suggérée depuis longtemps: par exemple par G. P. BOGNETTI, *L'opera storico-giuridica di Arrigo Solmi*, in «Rivista di storia del diritto italiano», XVII-XX, 1947, p. 98 et Paradisi, *Gli studi*, p. 105. Paradisi retourna en passant sur cette idée en 1963, dans son intervention au colloque de la Société des Historiens Italiens à Pérouse (*Indirizzi e problemi della più recente storiografia giuridica italiana*, en *La storiografia italiana negli ultimi venti anni*, Milano, 1971, maintenant in ID., *Apologia*, cit., pp. 173-258, p. 173) et *ex professo* et avec une forte intention programmatique dans son intervention au premier colloque de la Société Italienne d'Histoire du Droit, à Rome (*Sulla proposta di bipartizione dell'attuale insegnamento della storia del diritto italiano*, in «Annali di storia del diritto », X-XI, 1966-67, maintenant in PARADISI, *Apologia*, cit., pp. 285-305) : en effet Paradisi proposa la différenciation dans un cours d'histoire de droit médiévale et un cours d'histoire de droit moderne, et jugea ce dernier indispensable aussi en raison de l'élargissement, dans les années précédentes, de l'arc chronologique indagué par les historiens italiens.

<sup>2</sup> STORTI, *La storiografia giuridica*, p. 19.

<sup>3</sup> ENNIO CORTESE, *Il Rinascimento giuridico medievale*, Roma, 1992, ANTONIO PADOA SCHIOPPA, *Il diritto nella storia d'Europa. Il Medioevo. Parte Prima*, Padova, 1994, PAOLO GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma, 1995, ENNIO CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, I-II, Roma, 1995, MARIO ASCHERI, *I diritti del Medioevo italiano. Secoli XI-XV*, Roma, 2000.

<sup>4</sup> Certain parties sont toutefois achevées par des autres historiens du droit, ou tirées d'autres essais de Cavanna, publiés ailleurs.

<sup>5</sup> Par ex. à propos du Code Pénal autrichien de 1787, dont il écrit : « è un freddo illuminismo di testa quello di Giuseppe II, terrorista giuridico che si crede un filantropo » (CAVANNA, *Storia del diritto moderno*, II, p. 307).

<sup>6</sup> « Le patenti di promulgazione emanate da entrambi i sovrani riformatori sono i due colpi di cannone che solennizzano un punto di non ritorno nella storia del diritto » (ibid., p. 233).

Le chemin suivi par Italo Birocchi est différent : son ouvrage – dont l’auteur affirme une destination didactique<sup>1</sup>, mais dont on ne peut pas nier, à côté de la nature de manuel, celle de véritable traité – constitue une réflexion, fondée sur des nouvelles bases, sur le parcours qui mène de la Renaissance, avec la fin des certitudes partagées par les hommes du Moyen Age, jusqu’à la fin de l’ancien régime. C’est un arc chronologique peut-être inhabituel, mais qui permet à l’auteur de concentrer sa tractation profonde et détaillée sur un problème, celui de la « quête de l’ordre », par un système juridique à la recherche de fondations nouvelles : son ouvrage s’arrête juste à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle car à ce moment, avec l’introduction des codes et des constitutions, une « césure dans l’histoire du droit » a eu lieu et est avertie même au-delà des pays qui ont adopté ces outils juridiques. Si l’attention de l’auteur est portée principalement sur l’histoire de la pensée juridique, l’histoire de la codification n’est pas négligée. Je me limite à citer la question des rapports entre « code » et « consolidation », où Birocchi souligne les risques de renverser les rapports entre cause et effets : celle de consolidation est quelquefois devenue une « catégorie ontologique », tirée une fois configurée l’idée de Code<sup>2</sup>. L’analyse du Code Napoléon est l’Epilogue de cet ouvrage : on ne se limite pas à traiter en profondeur ses origines et ses contenus<sup>3</sup>, mais on souligne la valeur constitutionnelle du Code Civil et sa transformation en modèle, sans oublier d’expliquer par quelles raisons le Code Pénal de 1791 ne put pas exercer cette fonction<sup>4</sup>.

En 2007 fut publié le manuel de Padoa Schioppa, ouvrage de 800 pages environ, en corps mineur, qui aborde l’histoire du droit de l’époque de l’empereur Constantin jusqu’à la globalisation<sup>5</sup> : un livre à large diffusion dans les universités italiennes et remarquable pour sa volonté de lire l’évolution du droit dans un espace de temps si long, tandis que, de plus en plus, les manuels préfèrent porter leur attention seulement sur une partie de cette histoire. En ce qui concerne la codification, elle est introduite au sein de l’époque des réformes<sup>6</sup>, surtout en Prusse et en Autriche, même si les consolidations italiennes ne sont pas ignorées. Les codes de procédure civile sont cités (AGO, CGO et aussi le code de la principauté de Trent), mais l’auteur n’y tient pas à les considérer comme les premiers « codes modernes », car son attention absolue est concentrée sur le Code Napoléon, qui est étiqueté comme « un momento essenziale di cesura nella storia del diritto continentale » et « radicale mutamento nel sistema delle fonti, prima ancora che nei contenuti normativi »<sup>7</sup>. Les autres codes français ne sont pas omis, bien sûr, à partir de l’évolution de la procédure criminelle pendant la période révolutionnaire (et par le Code Pénal de 1791) ; la même attitude peut être remarquée pour les codes autrichiens, y compris le Code Pénal de 1803, souvent

---

<sup>1</sup> ITALO BIROCCHI, *Alla ricerca dell’ordine. Fonti e cultura giuridica nell’età moderna*, Torino, 2002 (*Il diritto nella storia*. Collana diretta da UMBERTO SANTARELLI, 9), pp. XI-XII; cela explique aussi la sélection « talvolta selvaggia » des sujets qu’il aborde (ibid., p. XIII).

<sup>2</sup> Ibid., pp. 540-543.

<sup>3</sup> Ibid., p. 549 et s.

<sup>4</sup> Ibid., p. 572 et s.

<sup>5</sup> ANTONIO PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all’età contemporanea*, Bologna, 2007 (*Collezione di testi e di studi. Diritto*).

<sup>6</sup> Ibid., p. 410 et s.

<sup>7</sup> Ibid., p. 465.

négligé<sup>1</sup>. En ce qui concerne le plein XIX<sup>e</sup> siècle l'intérêt de l'auteur pour une histoire du droit européen est évident : certes, les codes pré unitaires italiens ne sont pas oubliés, mais c'est plutôt la dimension européenne de la codification à provoquer le souci de Padoa Schioppa, qui s'occupe des codes des Pays-Bas, de l'Espagne, de l'Allemagne, de la Suisse et des mutations des codes en Autriche (il cite aussi le nouveau Code de Procédure Civile de 1895). Il faut encore souligner la vision de l'unification législative par rapport à l'unification politique, étudiée par rapport au cas italien et allemand. Grâce à une perspective qui ne s'arrête pas à la seconde guerre mondiale, enfin, l'auteur peut aborder aussi ceux qu'il appelle « les nouveaux codes »<sup>2</sup>, c'est-à-dire le Code de Droit Canonique de 1983, le Code de Procédure Pénale italien de 1988, et le Code Civil hollandais de 1992, aussi en réfléchissant sur les difficultés que le modèle « Code » connaît désormais.

Au contraire, le problème des codes et de l'idée de la codification ne joue pas un rôle central dans le manuel d'histoire du droit moderne de Mario Ascheri<sup>3</sup>, où c'est plutôt le problème de la constitution à occuper le devant de la scène : comme preuve de ça, on peut remarquer que la grande majorité des sources qui enrichissent le manuel concernent le droit public. La place dédiée à la codification est bien circonscrite. Néanmoins, les étapes vers la codification pendant l'ancien régime (Piémont, ALR, Bavière, *Codex Theresianus*, édits et Code Pénal de Joseph II) sont encadrées grâce à des éclairages rapides, qui néanmoins en révèlent le sens. En ce qui concerne la codification du XIX<sup>e</sup> siècle Ascheri décrit des parcours parallèles entre loi et doctrine, et son intérêt autour des codes qu'il étudie d'avantage, et qu'il appelle des chefs-d'œuvre<sup>4</sup> (le Code Civil et l'ABGB) est éveillé par leur conception et leur modèle, et non particulièrement par les contenus (qui ne sont pas oubliés, certes). Son regard s'arrête, et pourtant, sur la codification du droit de commerce<sup>5</sup>. En conséquence, on ne peut pas s'étonner si les codes en l'Italie de la Restauration et même après l'unification nationale sont traités très vite<sup>6</sup> : ce sont des autres problèmes qui vont fasciner l'auteur en ce qui concerne la codification, comme le problème du mythe du code et son rapport avec l'école de l'exégèse, l'idée de son exhaustivité et aussi les conséquences de la crise des codes dans la société contemporaine.

A vrai dire, une évaluation des parcours suivis par les manuels d'histoire du droit pendant les dernières années serait très difficile et certainement prématuré. La diffusion des cours d'histoire des codifications, et aussi d'histoire des codifications et des constitutions, s'élargit, surtout pour les cours universitaires qui permettent obtenir un diplôme au bout des trois ans<sup>7</sup>, et cela a aussi créé la nécessité de nouveaux manuels destinés exprès à ces derniers. S'il est trop tôt pour juger, on peut néanmoins remarquer que ces livres choisissent des chemins différents. Des auteurs préfèrent un ton

---

<sup>1</sup> Ibid., pp. 469-470.

<sup>2</sup> Ibid., pp. 630-632.

<sup>3</sup> MARIO ASCHERI, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*. Seconda edizione riveduta, Torino, 2008.

<sup>4</sup> Ibid., p. 280.

<sup>5</sup> Ibid., pp. 279-280.

<sup>6</sup> Ibid., pp. 295-296 (mais ce sont en effet deux demi-pages).

<sup>7</sup> La « laurea magistrale », par contre, prévoit un cours qui dure cinq ans : quand on l'a terminé, on est docteur en droit.

plus monographique, que ce soit autour d'une idée (et c'est le cas du livre de Cazzetta, à propos du Code Civil italien et sa relation avec l'identité nationale<sup>1</sup>) ou bien d'un secteur du droit : le cas de Da Passano est très remarquable, car l'auteur prématurément disparu choisit l'histoire du droit pénal, d'habitude plus négligée, et accompagna sa tractation avec un appareil de sources importantes et point banales, auquel il ajouta une chronologie des événements qui se furent passés en Italie et en France de 1789 à 1815 qui, malgré ce que l'auteur écrit, n'est pas exactement concis<sup>2</sup>. Riccardo Ferrante s'interroge plutôt sur le rapport entre codification et culture juridique, surtout en France avant et après le Code Napoléon, et aussi en Italie au cours du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>3</sup> : c'est un livre riche en concepts, et ça ne surprend pas, car l'origine des parties qui le composent est souvent une publication autonome comme essai. L'attention est aussi portée sur le présent, et l'évaluation des dernières expériences italiennes dans le domaine de la codification mène l'auteur à constater le retour de la consolidation, au début du XXI<sup>e</sup> siècle<sup>4</sup>. Un autre choix pour la création d'un manuel dédié à l'histoire des codifications est celle de publier un recueil d'essais de plusieurs auteurs, de façon à donner aux étudiants, plutôt qu'un récit cohérent, mais parfois téléologique, une collection de points de vue particuliers autour de plusieurs aspects de l'histoire de la codification. C'est le cas de deux livres publiées par les soins de Mario Ascheri, et consacrés aussi bien aux codifications qu'à l'histoire des constitutions<sup>5</sup> : il faut souligner qu'une organisation pareille n'oblige pas à se souvenir de tous les « classiques du genre » et, par contre, permet de traiter aussi des sujets très rares<sup>6</sup>. Un choix pas trop loin est celui du manuel de Enrico Genta e Gian Savino Pene Vidari,

---

<sup>1</sup> GIOVANNI CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Torino, 2011.

<sup>2</sup> MARIO DA PASSANO, *Emendare o intimidire? La codificazione del diritto penale in Francia e in Italia durante la rivoluzione e l'impero*, Torino, 2000 (*Il diritto nella storia*. Collana diretta da UMBERTO SANTARELLI, 7), pp. 315-366.

<sup>3</sup> RICCARDO FERRANTE, *Codificazione e cultura giuridica*. Seconda edizione, Torino, 2011 (*Il diritto nella storia*. Collana diretta da UMBERTO SANTARELLI, 14), pr. éd. 2006.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 320.

<sup>5</sup> *Costituzioni e codici moderni. Saggi e lezioni* di P. ALVAZZI DEL FRATE, M. ASCHERI, A. GRILLI, S. NOTARI, S. ROSSI. Raccolti da MARIO ASCHERI, Torino, 2007 et *Lezioni di storia delle codificazioni e delle costituzioni* a cura di MARIO ASCHERI, Torino, 2008 : pendant que dans le premier travail des chapitres gardaient les notes, tandis que les autres en manquaient (ce qui était indicateur de l'origine différente), dans le seconde toutes les notes ont été coupées.

<sup>6</sup> Par ex. le Code Napoléon en Rhénanie (ANTONIO GRILLI, *Un caso di 'trapianto': il Code Napoléon in Renania (1798-1814)*, in *Costituzioni e codici moderni*, pp. 83-134), les panoramas de Martino Semeraro et de Ferdinando Treggiari sur l'histoire de la codification du droit de commerce et du droit pénal (*Lezioni di storia delle codificazioni e delle costituzioni*, pp. 175-212), le chapitre à propos de l'évolution de la procédure civile en Italie (NICOLA PICARDI, *Il diritto processuale civile in Italia nell'età dei codici*, *ibid.*, pp. 213-237) qui ne s'arrête pas aux Colonnes d'Hercule du Code de 1940, mais arrive jusqu'au XXI<sup>e</sup> siècle, et l'histoire de la codification aux Etats-Unis, au XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècle (LORENA MARCIANO – GIORGIA PECCHI, *La codificazione negli Stati Uniti d'America*, *ibid.*, pp. 237-258). Aussi l'histoire des oppositions aux codifications – une partie de l'histoire de la codification, comme souligna PIO CARONI, *Il codice rinviato. Resistenze europee all'elaborazione e alla diffusione del modello codicistico*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio*. Atti dell'incontro di studio, Firenze, 26-28 ottobre 2000, a cura di PAOLO CAPPELLINI e BERNARDO SORDI, Milano, 2002 (*Per la storia del pensiero giuridico moderno*, 61), pp. 264-307 – peut y trouver place.

Etudes de différents auteurs, monographiques mais à destination didactique, sont recueillies dans les deux volumes publiées par les soins de Filippo Liotta, *Studi di storia del diritto medioevale e moderno*, I-II, Bologna, 1999-2007.

consacré – est cela est déjà significatif – à l’histoire du droit *contemporain*<sup>1</sup> : on brosse un cadre du développement du droit à partir du XVIII<sup>e</sup> siècle, et l’on fait suivre par des approfondissements de certaines questions. C’est le cas, par exemple, des dispositions préliminaires des codes civils, dont l’analyse n’est pas limitée aux codes du XIX<sup>e</sup> siècle et au Code Civil italien de 1942, car ceux-ci sont comparés avec les solutions proposées par les sources d’ancien régime<sup>2</sup>, ou du problème de la peine de mort dans le codes italiens<sup>3</sup>. Sources normatives liées aux chapitres « monographiques » se trouvent en Appendice<sup>4</sup>.

Faire des hypothèses sur le futur, dans le XXI<sup>e</sup> siècle, du genre « manuel », pour l’histoire du droit et en particulier en ce qui concerne l’histoire des codifications nationales, serait, pour ma part, risqué. Peut-être va-t-on choisir des chemins différents de ceux de la tradition, comme dans le cas de l’ouvrage de Paolo Grossi, *L’Europa del diritto*, où la réflexion à propos des codes est partie d’un discours plus articulé, autour de la création d’un nouvel ordre juridique et de l’affirmation du juspositivisme<sup>5</sup> ? Mais le manuel le plus récent, celui de Pene Vidari, adopte une approche classique, qui n’est pas seulement remarquable pour avoir concentré, en un volume de moins de 400 pages, l’histoire du droit de l’époque de Caracalla à l’après-guerre, mais aussi, en ce qui nous concerne, pour ses réflexions à propos des rôles différents joués par les codes à l’époque de Napoléon par rapport au plein XIX<sup>e</sup> siècle<sup>6</sup>. D’après Stolleis l’intérêt pour l’histoire des codifications va peut-être tôt disparaître<sup>7</sup> : si cela est vrai, l’impact sur les manuels va être sans aucun doute considérable. D’autre part, on ne peut pas écarter la possibilité que l’attention des manuels soit moins portée sur les « classiques », soit pour s’attarder sur des codifications européennes qui ont attiré l’œil des historiens aussi dans les manuels les plus récents (par ex. le Code de Droit Canonique ou le Code Suisse), soit pour choisir, par rapport à la codification, une perspective plus globalisée. En effet, l’attention aux codes extra-européens est aujourd’hui plus remarquable par rapport au passé<sup>8</sup>. Cela pourrait – on l’espère – combler une lacune qui dans l’occasion du présent volume semble davantage à regretter : sauf erreur, aucun des manuels que j’ai analysés ne cite le DAHIR.

---

<sup>1</sup> ENRICO GENTA - GIAN SAVINO PENE VIDARI, *Storia del diritto contemporaneo. Lezioni a cura di CLAUDIA DE BENEDETTI*, Torino, 2005.

<sup>2</sup> Ibid., p. 35 et s.

<sup>3</sup> Ibid., p. 187 et s.

<sup>4</sup> Les sources utilisées dans le manuel de GIAN SAVINO PENE VIDARI, *Lezioni e documenti su costituzioni e codici a cura di CLAUDIA DE BENEDETTI*, Torino, 2007 sont seulement relatives aux constitutions ou aux droits civils et politiques ; néanmoins, le texte n’hésite pas à partir du Moyen Age (et l’analyse n’est pas de tout hâtive) et est partagé en deux parties, dont l’une dédiée aux constitutions et l’autre aux codes.

<sup>5</sup> PAOLO GROSSI, *L’Europa del diritto*, Roma–Bari, 2007.

<sup>6</sup> GIAN SAVINO PENE VIDARI, *Lineamenti di storia giuridica a cura di VALERIO GIGLIOTTI*, Torino, 2013, p. 287.

<sup>7</sup> STOLLEIS, *Il quadro europeo*, en *Storia e diritto. Esperienze a confronto*, cit., p. 38.

<sup>8</sup> Cf. aussi *Codici. Una riflessione di fine millennio*, cit., *passim*.

## Codice civile e scienza giuridica in Italia nel secondo dopoguerra (1948-1970): alcune prospettive

Massimo Nardozza<sup>1</sup>

INDICE-SOMMARIO: 1. Introduzione: alcuni problemi del dibattito culturale. 2. Il ruolo del giurista «scienziato sociale» tra 'interpretazione' e 'progettualità' della dinamica giuridica. 3. Progressiva divergenza nella manualistica di diritto privato tra la genesi e l'applicazione delle costruzioni teoriche. 4. Recupero della storicità dei problemi giuridici. 5. Diversificazione e complessità dei temi cui rivolgere l'indagine giuridica: l'esempio del negozio giuridico e dell'integrazione contrattuale. 6. Il rinnovamento metodologico della dottrina e della giurisprudenza nell'interpretazione del codice civile.

Diritto e scienza giuridica in Italia nel secondo dopoguerra (1948-1970):  
alcuni problemi del dibattito culturale.

Il secondo dopoguerra è un periodo che potrebbe essere visto come ancora troppo vicino per raccogliere la riflessione storiografica sviluppatasi attorno ai giuristi e alle prassi applicative del codice civile, ma è a partire da questo periodo che il dibattito ha conosciuto uno straordinario approfondimento di temi e questioni sul ruolo della giurisprudenza nella società civile<sup>2</sup>. Riservandomi di fare in seguito una serie di osservazioni specifiche, una spia significativa delle

---

<sup>1</sup> Professore di Storia del Diritto Medievale e Moderno nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

<sup>2</sup> Per un quadro riassuntivo delle vicende che hanno caratterizzato le prassi applicative del codice civile italiano del 1942, v. G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2009; imprescindibili gli studi sulla fase precedente alla codificazione del '42: R. BONINI, *Il diritto privato dal nuovo secolo alla prima guerra mondiale. Linee di storia giuridica italiana ed europea*, Bologna, 1996; ID., *Premessa storica*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, 1. *Premesse e disposizioni preliminari*, Torino, 1999<sup>2</sup>, pp. 201 ss.; in particolare, ivi, pp. 237 ss.; ID., *Problemi di storia delle codificazioni e della politica legislativa*, I, Bologna 1974, II, 1975. Sulla complessa trama della cultura del periodo indicato, v. P. GROSSI, *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, Milano, 2002; nonché A. BELFIORE, *Interpretazione e dommatica nella teoria dei diritti reali*, Milano, 1979; D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato. Dal codice napoleonico al codice civile italiano del 1942*, Milano, 1970.

Una documentazione essenziale delle riflessioni retrospettive sul pensiero giuridico dei cultori del diritto privato richiede una paziente ricognizione dei numerosi frammenti dedicati a interi movimenti, ovvero a singoli studiosi (v. per esempio, G.B. FERRI, *Filippo Vassalli o il diritto civile come opera d'arte*, Padova, 2002; ID., *Emilio Betti e la teoria generale del negozio giuridico*, in «Rass. dir. civ.», 1992, pp. 715 ss.; ID., *Il negozio giuridico e le idee di Luigi Cariota Ferrara*, in «Riv. dir. comm.», 1996, I, pp. 694 ss.; ID., *Libertà e autorità nel diritto civile e le idee di Francesco Santoro-Passarelli*, ivi, 1997, I, pp. 341 ss.; P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998; N. IRTI, *Scuole e figure del diritto civile*, Milano, 2002<sup>2</sup>; ID., *La cultura del diritto civile*, Torino, 1990; ID., *Una generazione di giuristi*, nel volume collettaneo *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative. Congresso dei civilisti italiani, Venezia, 23-26 giugno 1989*, Padova, 1990; ID., *Lecture bettiane del negozio giuridico*, Milano, 1991; C. SALVI, *La giusprivatistica fra codice e scienza*, nel volume collettaneo *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. SCHIAVONE, Roma-Bari, 1991, pp. 232 ss.; P. PERLINGIERI, *La ricerca civilistica tra critica ed autocritica*, in «Rass. dir. civ.», 1983, pp. 625 ss.; ID., *Prassi, principio di legalità e scuole civilistiche*, ivi, 1984, pp. 956 ss.; P. RESCIGNO, *La dottrina italiana di diritto privato*, in *Studi A. Arena*, IV, Padova, 1981, pp. 2141 ss. [ma si tratta soltanto di alcuni esempi: altri saranno richiamati nel prosieguo].

difficoltà a tenere insieme i due piani (quello della riflessione scientifica e quello dell'assetto normativo) mi sembra sia individuabile nella centralità che, nella maggior parte dei contributi sul tema, tende ad assumere il periodo 1948-1970, sia che si tratti di ricostruzioni settoriali o complessive, ovvero di ricerche realizzate con forme d'approccio differenziate (sociologiche, politologiche, di approfondimento storiografico, *etc.*)<sup>1</sup>. È certo fuori discussione l'importanza di questo periodo per la comprensione degli equilibri politici e istituzionali che nel suo corso si definiscono e per l'incidenza che essi segnano sulle vicende successive<sup>2</sup>. In quegli anni, infatti, la società civile interveniva direttamente nel dibattito sulle istituzioni attraverso forme organizzative proprie, anche apertamente contrapposte al sistema dei partiti<sup>3</sup>.

Ritengo preliminarmente opportuno, quindi, avvertire che il discorso che intendo fare tenderà solo a dipingere un quadro storiografico schematico, attraverso il quale descrivere alcuni elementi di contraddizione che hanno tenuto in tensione i giuristi italiani nel periodo repubblicano, fino alla fine degli anni '70. Si vorrebbe così solo delineare un percorso, una traccia che si ricolleggi alla critica dell'oggetto che i giuristi hanno proposto e praticato<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. G. COTTURRI, *Diritto eguale e società di classi. Per una critica dei manuali istituzionali*, Bari, 1972; P. BARCELLONA, *I soggetti e le norme*, Milano, 1984.

<sup>2</sup> Una verifica della rilevanza storiografica del tema proviene dagli atti del convegno su *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Atti dell'incontro di studio, Firenze, 26-28 ottobre 2000, a cura di P. CAPPELLINI e B. SORDI, Milano, 2002.

<sup>3</sup> Il movimento di protesta della magistratura associata costituiva, per esempio, una struttura del genere. Cfr. S. SENESE, *La magistratura nella crisi degli anni settanta*, nel volume collettaneo a cura di G. DE ROSA e G. MONINA, *Sistema politico e istituzioni, L'Italia repubblicana nella crisi degli anni settanta*, Soveria Mannelli, 2003, pp. 403 ss.; G. PALOMBARINI, *Giudici a sinistra (i 36 anni della storia di Magistratura Democratica: una proposta per una nuova politica per la giustizia)*, Napoli, 2000; G. ZAGREBELSKY, *La magistratura ordinaria dalla Costituzione ad oggi*, in *Storia d'Italia, Annali*, XIV, Torino, 1998; E. BRUTI LIBERATI, *La magistratura dall'attuazione della Costituzione agli anni novanta*, in *Storia dell'Italia repubblicana*, Torino, 1996, pp. 141 ss.; ID., *Governo dei giudici (la magistratura tra diritto e politica)*, Milano, 1996; S. PAPPALARDO, *Gli iconoclasti. Magistratura Democratica nel quadro dell'Associazione Nazionale Magistrati*, Milano, 1987; R. CANOSA e G. FEDERICO, *La magistratura in Italia dal 1945 ad oggi*, Bologna, 1974; G. MARANINI, *Storia del potere in Italia*, Firenze, 1967.

<sup>4</sup> Nei limiti temporali sopra specificati, intendo soffermarmi soltanto su alcune determinate questioni per tentare di coglierne i risvolti emblematici rispetto alla tematica dell'interpretazione del codice civile. Resterà sottinteso che il legame tra diritto privato e storia giuridica è innanzitutto un problema interno alla storia. Da questo punto di vista si dovrebbe porre il problema di qual è il significato *storico* di una dottrina nell'insieme di un'epoca e con quali criteri comprenderla, nonché come spiegarla in funzione dei termini posti dal periodo studiato. Questioni queste particolarmente difficili e dibattute, se non ci si accontenta di una semplice analisi *letteraria* dei contenuti o della loro organizzazione e se, d'altra parte, si rifiuta la facilità di considerare l'ideologia unicamente come un epifenomeno sociale, cancellando la specificità dell'affermazione dottrinale. Il tema è ampiamente trattato in M. NARDOZZA, *Codificazione civile e cultura giuridica in Italia. Linee di una storia della storiografia*, Padova, 2013. Per alcuni spunti, v. ID., *Continuità o discontinuità dei valori e delle ideologie della codificazione? Note sul dibattito storico giuridico in Italia*, nel volume *Lezioni di storia delle codificazioni e delle costituzioni*, a cura di M. ASCHERI, Torino, 2008, pp. 295 ss.



Subito dopo la fine della seconda guerra mondiale si sviluppa in Italia una discussione tra le diverse posizioni filosofico-giuridiche che tenevano il campo. Giusnaturalisti, spiritualisti cattolici e marxisti entrano in polemica con la teoria generale del diritto, ad essa addebitando impotenza e incapacità a far fronte a quanto era avvenuto durante la guerra. Il distacco delle dottrine giuridiche dalla vita politica si era risolto spesso nell'accettazione passiva del fascismo<sup>1</sup>. Nonostante gli esempi di impegno e di indipendenza di alcuni giuristi, la cultura accademica (questa era l'accusa) aveva mantenuto un profondo distacco dai problemi giuridici della vita delle classi lavoratrici. La separatezza della cultura giuridica rispetto alla vita concreta veniva interpretata come una forma di sostegno al dominio della borghesia, che era invece ritenuta responsabile della catastrofe della guerra.

La discussione filosofico-giuridica era in questa situazione il contrappunto culturale di altri dibattiti e lotte per la costruzione di una società diversa da quella che aveva mostrato il suo volto inumano nella immane distruzione della guerra.

Nelle discussioni tra i giuristi entra in crisi l'indirizzo dominante, incline a vedere la legge come l'unica parte essenziale e creatrice di tutto il diritto, in ragione di una pretesa gerarchia formale o presupposizione logica. Il diritto pertanto viene ad essere inteso nella sua natura più propria eminentemente problematica. In questo senso, in talune speculazioni sarà dato riscontrare un ritorno all'impostazione teorica ottocentesca, secondo la quale il significato conoscitivo della scienza giuridica in generale andava determinato con il prendere le mosse dal diritto privato, presupposto come principio e ragione anche per gli altri rami dell'ordinamento; questa impostazione implicherà, in prosieguo di

---

<sup>1</sup> L'esperienza giuridica italiana osservata dagli inizi del Novecento fino alla caduta del fascismo e agli sviluppi conseguenti l'avvento del regime repubblicano, induce a riscontrare linee di tendenza attraversate da tensioni, discontinuità, fratture. Il legame con il nostro presente è lentamente divenuto più libero da ideologismi (cfr. i contributi raccolti nel volume 28 (1999) dei «Quaderni fiorentini» dedicati al tema *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*). Che il fascismo debba essere studiato come specifica alternativa al previgente sistema era opinione di P. UNGARI, *Ideologie giuridiche e strategie istituzionali del fascismo*, nel volume collettaneo *Il problema storico del fascismo*, Firenze, 1970, pp. 63 ss., poi anche in *Il regime fascista*, a cura di A. AQUARONE e M. VERNASSA, Bologna, 1974, pp. 45 ss. Nell'introduzione di tale volume si affermava l'esigenza di superare lo schematico storiografico continuità/rottura, ma gli autori sembravano identificare «continuità» con «immobilismo». In quegli anni A. CARACCILO (*Dalle interpretazioni del fascismo all'analisi del sistema mondiale dopo gli anni trenta*, in «Quaderni storici», 10(1975), pp. 227 ss.) osservava che solo tramite un'ottica storiografica di «continuità» si riescono a cogliere sia gli elementi di «stabilità», sia quelli di «rottura» del sistema. Sulla continuità/rottura tra istituzioni del pensiero liberale ed istituzioni del periodo fascista si vedano le considerazioni di G. TARELLO, *L'opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello Stato liberale*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 3 (1973), pp. 681 ss. e in ID., *Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, Bologna, 1989, pp. 109 ss. Su alcuni elementi di continuità tra apparati, norme, prassi di governo del regime fascista e del successivo regime repubblicano, si veda C. PAVONE, *La continuità dello Stato. Istituzioni e uomini in Italia 1945-'48. Le origini della Repubblica*, Torino, 1974, pp. 144 ss.; R. ROMANELLI, *Apparati statali, ceti burocratici e modo di governo*, nel volume collettaneo *L'Italia contemporanea 1945-1975*, Torino, 1976, pp. 145 ss.

tempo, una irriducibile contrapposizione alla teoria pura di Kelsen, fondata su presupposti unicamente pubblicistici<sup>1</sup>.

A parte la sommarietà di un quadro del tipo rapidamente richiamato e la proiezione storiografica di un rapporto etico con i processi istituzionali, una prima difficoltà di approccio al nostro tema mi sembra consista nel fatto che è difficile comprendere, nelle valutazioni connesse al secondo dopoguerra, un elemento che pure è essenziale: cioè come è stato possibile per i giuristi gestire un processo di trasformazione profonda del paese. Una seconda difficoltà mi sembra essere rappresentata dalla capacità di riuscire a tenere dentro lo scontro sociale e politico di quel trentennio, e anche all'interno degli esiti conseguiti, la chiave per la comprensione degli anni successivi.

Quanto si è detto valga a spiegare quelle che potrebbero apparire delle incongruità in una struttura ben equilibrata del discorso, le quali saranno dovute a un sovrapporsi di prospettive diverse.

## **II - Il ruolo del giurista «scienziato sociale» tra 'interpretazione' e 'progettualità' della dinamica giuridica.**

Escluso un contributo di ricerca, il quale non potrebbe che essere limitato a un aspetto specifico rispetto all'orizzonte complessivo di questo discorso, ho pensato a quale potesse essere la chiave di lettura per inquadrare storiograficamente questo problematico rapporto tra *giuristi e Codice civile nel secondo dopoguerra*: mi sembra appropriato il tema dell'interpretazione e unirei a tale tema quello della progettualità. La *interpretazione* è categoria più agevole da intendersi<sup>2</sup>, quella della *progettualità* dovrà essere necessariamente oggetto di una spiegazione più approfondita<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. G. CAPOGRASSI, *Impressioni su Kelsen tradotto*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 4 (1952), pp. 767 ss., ora in ID., *Opere*, vol. V, Milano, 1959, pp. 311 ss.; un accenno alla concezione tradizionale del primato del diritto privato sul diritto pubblico, si può scorgere in G. CAPOGRASSI, *L'ambiguità del diritto contemporaneo* (1953), in *Opere*, V, cit., p. 392; su questi aspetti, nel complesso, rinvio alle considerazioni di S. COTTA, *Filosofia del diritto*, nel volume collettaneo *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia* (Messina-Taormina, 3-8 novembre 1981), Milano, 1982, pp. 650 ss.

<sup>2</sup> Per una ricostruzione approfondita della cultura civilistica italiana sull'interpretazione, v. P. COSTA, *L'interpretazione della legge: François Geny e la cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, in «Quaderni fiorentini», 20 (1991), pp. 367 ss. (il quaderno è dedicato al tema: *François Geny e la cultura giuridica del Novecento*, Milano, 1991); da ultimo, sull'interpretazione e sul sistema di produzione del diritto, si veda V. MARCENO, *La neutralizzazione del potere giudiziario. Regole sulla interpretazione e sulla produzione del diritto nella cultura giuridica italiana tra Ottocento e Novecento*, Torino, 2009. Per una disamina attenta agli aspetti filosofico-giuridici, oltre a G. FASSO, *Storia della filosofia del diritto*, III. *Ottocento e Novecento*, edizione aggiornata a cura di C. FARALLI, Roma-Bari, 2001, v. F. CASA, *Sulla giurisprudenza come scienza – I: Un dibattito attraverso l'esperienza giuridica italiana nella prima metà del ventesimo secolo*, Padova, 2005, nonché L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica dell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, 1999.

<sup>3</sup> La progettualità attiene all'invocazione di un rafforzamento del legame del diritto con la società e con la politica, conseguendone una mutazione del ruolo del giurista che da tecnico diventa uno scienziato sociale, aperto

La seconda metà del Novecento rappresenta un periodo di trasformazione radicale del diritto privato. Una trasformazione che coinvolge il ruolo del giudice in quanto interprete, perché nel dopoguerra assistiamo a una rilettura del Codice Civile orientata secondo i valori dell'eguaglianza sostanziale e della promozione sociale. Al di là di una vocazione 'extrastatuale' del diritto privato cara a personalità insigne come Filippo Vassalli<sup>1</sup>, il quale nel 1950 salutava il Codice Civile come uno strumento prezioso che si sottraeva all'invadenza del diritto pubblico e della statualità – riecheggiando naturalmente la matrice romanistica che avvolgeva ancora quella concettualità e quel modo di interpretare il diritto privato<sup>2</sup> –, non c'è dubbio che il Codice Civile del '42 è lo strumento preordinato alla pubblicizzazione degli assetti normativi privati. Lo notiamo subito da due norme, quella contenuta nelle pre-leggi (art. 1) e quella contenuta nel capitolo dedicato all'interpretazione del contratto (art. 1362). Nelle pre-leggi, come è ben noto, è stabilita una gerarchia delle fonti legali di produzione del diritto, all'interno della quale il giudice è un mero applicatore. Si parla di norme sulla applicazione della legge in generale e sembrerebbe quasi che il giudice, all'interno di una concezione fortemente positivista, debba ricondurre un fatto a una norma, come se si trattasse di una operazione di tipo meccanico che non lascia spazio a considerazioni personali, politiche o ideologiche del giurista al momento di applicare la legge.

Allo stesso modo il Codice Civile del '42 prevede che le parti abbiano l'autonomia di autodeterminarsi, ma debbano perseguire interessi meritevoli di tutela (art. 1322). Pertanto, la volontà che le parti private esprimono per regolamentare i propri interessi o rientra in uno schema tipico previsto dal legislatore, all'interno della nomenclatura dei contratti tipici singolarmente disciplinati nel codice, oppure deve uniformarsi secondo un parametro di merito della tutela che l'ordinamento controlla attraverso l'intervento del magistrato. E il magistrato non è libero perché deve applicare i canoni sull'interpretazione del

---

all'interdisciplinarietà (cfr. sul punto, F. VIOLA, *Nuovi percorsi dell'identità del giurista*, nel volume collettaneo a cura di B. MONTANARI, *Filosofia del diritto: identità scientifica e didattica, oggi*, Milano, 1994, pp. 119 ss.). L'attenzione alla politica del diritto, al di là di scelte di campo estreme (uso alternativo del diritto), coinvolge tutti gli operatori giuridici (S. RODOTA, *Del ceto dei giuristi e di alcune sue politiche del diritto*, in *Politica del diritto*, 17 (1986), pp. 3 ss.). Si giunge al riconoscimento del carattere creativo delle attività interpretative ed applicative del diritto, con la consapevolezza delle valenze politiche delle attività professionali prima percepite come tecniche e neutre (G. TARELLO, *Politiche del diritto e atteggiamenti dei giuristi. In margine alle considerazioni di Rodotà*, in *Politica del diritto*, 17 (1986), pp. 249 ss.).

<sup>1</sup> F. VASSALLI, *Extrastatualità del diritto civile* (1951), in *Studi giuridici*, III t. II, Milano, 1960, pp. 756 s. Sul messaggio di Vassalli, artefice della codificazione civile italiana, cfr. P. GROSSI, *Il disagio di un 'legislatore' (Filippo Vassalli e le aporie dell'assolutismo giuridico)*, in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., pp. 293 ss. Sulla forza del suo magistero cfr. G.B. FERRI, *Filippo Vassalli o il diritto civile come opera d'arte*, cit.

<sup>2</sup> Sulla visione di Vassalli del diritto civile come sviluppo 'progressivo' del diritto romano, v. M. NARDOZZA, *Tradizione romanistica e 'dommatica' moderna. Percorsi della romano-civilistica italiana del primo Novecento*, Torino, 2007, p. 97; I. STOLZI, *La romanità fra storia e paradigma: Filippo Vassalli e la privatezza novecentesca*, in *'Iuris quidditas'*. Liber amicorum per Bernardo Santalucia, Napoli, 2010, pp. 373 ss.

contratto e questi canoni sono predeterminati nelle norme del codice, dall'art. 1362 e seguenti, attraverso dei criteri<sup>1</sup>, schiacciati sul modello d'interpretazione della legge, che ripropongono quella gerarchia rigida: "comune volontà delle parti che si interpreta attraverso le clausole le una con le altre" e attraverso poi tutta una serie di regole che il Codice Civile si incarica di stabilire.

Nel secondo dopoguerra, quindi, il Codice Civile rappresenta lo strumento per riproporre sostanzialmente il monismo della produzione legislativa, perché ripete una gerarchia delle fonti di produzione del diritto dove non c'è spazio per la dottrina e per la giurisprudenza. Siamo ancora all'interno di una visuale strettamente positivista.

Tuttavia, l'immediata defasticizzazione del Codice Civile e poi la cornice costituzionale lentamente tolgono al Codice Civile lo spazio sulla scena delle fonti di produzione. La Costituzione, in questa prospettiva, appare come un fattore di equilibrio tendente a garantire una determinata struttura della società civile, con il compito di risolvere al proprio interno le istanze sociali spinte da valori e da esigenze particolari<sup>2</sup>. Queste energie particolari, che pretendono un loro riconoscimento giuridico, trovano la loro espressione nel gioco dei partiti politici dei quali occorrerebbe mettere in luce un duplice aspetto: per un verso, il loro bagaglio ideologico, ciò che essi di sé medesimi definiscono dal punto di vista dell'ideologia e dei valori generali; per altro verso, ciò che realmente

---

<sup>1</sup> Sul tema, tra i molti contributi, v. G. MESSINA, *L'interpretazione dei contratti*, Macerata, 1906, ora in *Scritti giuridici*, 1948, V; F. CARNELUTTI, *L'interpretazione dei contratti e il ricorso in cassazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, I, pp. 151 ss.; C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1938; C. TEDESCHI, *Accordo privato e interpretazione contrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1946, pp. 171 ss.; G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943, ora in *Scritti giuridici*, III, *Obbligazioni e negozio giuridico*, Padova, 1992; E. BETTI, *Categorie civilistiche dell'interpretazione*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1948, pp. 34 ss.; ID., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica* (1949), Milano, 1971<sup>2</sup>; L. MOSCO, *Principi sulla interpretazione dei negozi giuridici*, Napoli, 1952; F. CARRESI, *L'interpretazione del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, pp. 565 ss.; ID., *Interpretazione correttiva del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, II, pp. 325 ss.; ID., *Dell'interpretazione del contratto*, in *Comm. cod. civ.*, A. SCIALOJA e G. BRANCA (a cura di), Bologna/Roma, 1992; ID., *Interpretazione del contratto e principio di conservazione*, in *Il contratto – Silloge in onore di Oppo*, I, Padova, 1992, pp. 351 ss.; ID., *Accertamento e interpretazione nel contratto*, in *Contr. impresa*, 1989, pp. 920 ss.; ID., *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO e continuato da L. MENGONI, XXI, 2, Milano, 1987, pp. 499 ss.; C. CASELLA, *Premesse critiche a uno studio sulla interpretazione dei contratti*, in *Jus*, 1957, pp. 65 ss.; ID., *Il contratto e l'interpretazione*, Milano, 1961; ID., «Negozio giuridico (interpretazione)», in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978; G. SCALFI, *La qualificazione dei contratti nell'interpretazione*, Milano, 1962; P. SCHLESINGER, *Interpretazione del contratto e principio dispositivo*, in *Temi*, 1963, pp. 1135 ss.; G. CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969; G. TARELLO, *Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, I, pp. 12 ss.; G. ZICCARDI, *Le norme interpretative speciali*, Milano, 1972; G. ALPA, *Unità del negozio e principi di ermeneutica contrattuale*, in *Giur. it.*, 1973, I, pp. 1510 ss.; L. MENGONI, *Interpretazione del negozio e teoria del linguaggio (note sull'art. 625 c.c.)*, in *Il contratto-Silloge in onore di G. Oppo*, I, Padova, 1992, pp. 318 ss.

<sup>2</sup> Sulla graduale penetrazione dei valori costituzionali nella cultura giuridica italiana, cfr. R. NICOLO, *Diritto civile*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, 1964, pp. 904 ss.; S. RODOTA, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in «*Rivista di diritto commerciale*», 1967, I, pp. 83 ss.; G. TARELLO, *Atteggiamenti dottrinali e mutamenti strutturali dell'organizzazione giuridica* (1981), in ID., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988, pp. 349 ss.; C. SALVI, *La giusprivatistica tra codice e scienza*, cit.; L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, cit., pp. 49 ss.; P. BARILE, *Lo sviluppo dei diritti fondamentali nell'ordinamento repubblicano*, in *Storia d'Italia, Annali*, XIV, *Legge Diritto Giustizia*, a cura di L. VIOLANTE, Torino, 1998, pp. 7 ss.

sono, cioè quali forze sociali, quali interessi obbiettivi interpretano nella dialettica che essi esercitano sul piano legislativo<sup>1</sup>.

Intanto, la rivalutazione del diritto privato attraverso l'adeguamento costituzionale comportò naturalmente un'educazione diversa del giurista. Certo, questo mutamento non fu immediato: Jemolo dovette lamentare "la fatale distinzione"<sup>2</sup> tra 'norme precettive' e 'norme programmatiche' della Costituzione che la Corte di Cassazione, ancora legata a una visuale tecnocratica e politicamente conservatrice del ruolo del magistrato, affermerà in una famosa sentenza che negò la immediata applicabilità del secondo comma dell'articolo 3 della Costituzione. In quegli anni, infatti, la magistratura si era dichiarata disposta a bilanciare la conquistata indipendenza ponendosi il limite invalicabile dell'apoliticità. I vertici della Cassazione rimarcavano il richiamo allo svolgimento delle funzioni giudiziarie senza ingerenze del potere politico, ma con la conseguente opportunità di un esercizio apolitico, quale scelta deontologica di fondo, per la quale l'apoliticità non voleva dire soltanto estraneità rispetto alla politica, ma anche superiorità rispetto alle parti e agli stessi partiti<sup>3</sup>.

Perché il mutamento non è stato immediato? È sufficiente guardare agli strumenti di formazione del giurista. Prendiamo in mano i manuali istituzionali<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> In ordine alle vicende storiche concernenti la "politicizzazione" e "tecnicizzazione" dei giuristi, v. S. RODOTA, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, cit.; G.B. FERRI, *Antiformalismo, democrazia, codice civile*, in «Riv. dir. comm.», 1968, I, pp. 347 ss.; N. LIPARI, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica (Riflessioni sul metodo)*, in *Studi in onore di F. Santoro-Passarelli*, Napoli, 1969, pp. 27 ss.; P. PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, in «Riv. dir. comm.», 1969, I, pp. 455 ss., spec. pp. 462 ss.; G. TARELLO, *Le ideologie della codificazione del secolo XVIII*, Genova, 1971, pp. 3 ss.; ID., *Storia della cultura giuridica moderna – Assolutismo e codificazione*, Bologna, 1976; A. MAZZACANE, *Teoria della scienza giuridica e potere politico nelle sistematiche tedesche del secolo XVI*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, I, Firenze, 1977, pp. 289 ss.; ID., *Scienza, logica e ideologia nella giurisprudenza tedesca del sec. XVI*, Milano, 1971; G. NEPPI MODONA, *Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del codice penale*, in «Democr. e dir.», 17 (1977), pp. 666 ss.; P. BECCHI, *Ideologie della codificazione in Germania – Dalla recezione del codice napoleonico alla polemica sulla codificazione*, Genova, 1999; U. BRECCIA, *Continuità e discontinuità negli studi di diritto privato – Testimonianze e divagazioni sugli anni anteriori e successivi al secondo conflitto mondiale*, in «Quaderni fiorentini», 28 (1999), pp. 293 ss.; S. PATTI, *Arte e tecnica della legislazione civile (nel pensiero di Stefano Rodotà e Justus Wilhelm Hedemann)*, in ID., *Diritto privato e codificazioni europee*, Milano, 2007<sup>2</sup>, pp. 37 ss.

<sup>2</sup> A.C. JEMOLO, *La Costituzione. Difetti, modifiche, integrazioni* (testo della relazione tenuta all'Accademia dei Lincei nella seduta ordinaria dell'11 dicembre 1965), in A.C. JEMOLO, *Che cos'è la Costituzione*, Roma, 2008, p. 62.

<sup>3</sup> La letteratura pubblicistica dell'epoca tendeva a distinguere l'ideologia politico-sociale dalla ideologia professionale della magistratura. Da una parte si individuava la «ideologia delle decisioni» che rispecchia le varie tendenze seguite dai magistrati nell'applicazione del diritto, e dall'altra «l'ideologia della magistratura», l'idea cioè che la magistratura si è fatta del proprio ruolo e della propria funzione nella società (cfr. la *Premessa* di D. GRECO a *Valori socio-culturali della giurisprudenza*, Bari, 1970, pp. 39 ss.). Gli scritti di quegli anni sul tema tendevano a privilegiare o l'ideologia professionale dei giudici (come, ad es., lo studio del G. MORIONDO, *L'ideologia della magistratura italiana*, Bari, 1967) o l'ideologia politico-sociale della giurisprudenza (come, ad es., lo studio del F. GOVERNATORI, *Stato e cittadino in tribunale. Valutazioni politiche delle sentenze*, Bari, 1970).

<sup>4</sup> Sulle caratteristiche della manualistica di diritto privato di quegli anni v. G. COTTURRI, *Diritto eguale e società di classi*, cit.; R. SACCO, *Il manuale per le matricole (dal De Ruggiero al nostro tempo)*, in «Riv. dir. civ.», 1975, II, pp.

che circolavano, nell'immediato dopoguerra, fra i banchi delle università: ad esempio, le 'Dottrine generali' di Santoro-Passarelli<sup>1</sup>, le 'Istituzioni di diritto civile' di Alberto Trabucchi<sup>2</sup>, il manuale di 'Istituzioni di diritto privato' scritto da un magistrato di altissimo prestigio come Andrea Torrente<sup>3</sup>; sono tutte sintesi manualistiche dove la norma della Costituzione è timidamente ricordata.

In più, la scansione dei percorsi del diritto privato è tutta ricondotta ad una lettura "concettuale", una lettura tecnica nella quale è esaltato il ruolo del giurista in quanto professionista neutrale che si adatta a un sistema. Anche nelle sintesi più spinte verso un purismo concettuale (come proprio nelle 'Dottrine generali' di Santoro-Passarelli) non vi è attenzione per la dimensione costituzionale né per tutti quei profili politici di disuguaglianza che andavano rimossi; penso al regime del diritto familiare, alla condizione della donna, al regime della proprietà che richiedevano un mutamento di disciplina, perché vi erano esigenze che premevano nel senso di un cambiamento significativo; si aggiunga il problema della materia del diritto del lavoro, dove le istanze sociali erano volte a concepire un nuovo sistema di produzione del diritto che non si affidasse più ai meccanismi tradizionali.

### **III - Progressiva divergenza nella manualistica di diritto privato tra la genesi e l'applicazione delle costruzioni teoriche.**

Una vistosa conseguenza è il progressivo prosciugamento dell'importante bacino della comparazione storica, da cui la scienza giuridica aveva attinto in

---

322 ss.; A. FALZEA, *Le «Istituzioni» del diritto privato verso l'età contemporanea*, in «Riv. dir. civ.», 1998, I, p. 7, secondo il quale il «livello dei concetti, civilistici di derivazione teorico-generale conferisce loro un ambito di applicazione che si estende a tutto il diritto positivo e li rende compatibili con le particolarità delle singole materie. In questo senso il diritto civile costituisce, oggi come ieri, il sistema normativo comune per tutti i settori e per tutti gli istituti del diritto positivo ed il loro centro di unificazione, garantendo quella unità dell'ordinamento giuridico che rappresenta un valore primario della giuridicità»; il tema è affrontato anche in N. IRTI, *Il problema delle Istituzioni di diritto privato. Notazioni introduttive ad un convegno di studi (12-13 novembre 1983)*, in «Giust. civ.», 1983, II, pp. 315 ss.; P. PERLINGIERI, *«Istituzioni di diritto privato» e «diritto civile»: un problema didattico* (1984), in ID., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, pp. 211 ss.; D. MESSINETTI, *La manualistica e le nozioni fondamentali del diritto*, in «Riv. dir. civ.», 2002, I, pp. 649 ss.; V. RIZZO, *Alcune considerazioni in materia di cultura giuridica, produzione scientifica e insegnamento del diritto civile nell'Italia del '900*, in *Studi in onore di Ugo Majello*, II, a cura di M. COMPORI e S. MONTICELLI, Napoli, 2005, pp. 571 ss.

<sup>1</sup> F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1944. L'opera era originariamente apparsa nel 1944, come parte integrante di un volume di *Istituzioni di diritto civile*. Quelle pagine sono state ricordate nell'occasione de *I quarant'anni delle «Dottrine generali» di Francesco Santoro Passarelli*, in «Rivista di diritto civile», 1986, II, pp. 611 ss. Sulla figura di Santoro-Passarelli v. P. RESCIGNO, *L'opera di Francesco Santoro-Passarelli*, in *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, I, Napoli, 1972, pp. xi ss.; G.B. FERRI, *Libertà e autorità nel diritto civile e le idee di Francesco Santoro-Passarelli*, cit., pp. 341 ss.; P. SCHLESINGER, *Ricordo di Francesco Santoro-Passarelli*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1998, pp. 1291 ss.; F. TREGGIARI, *Questione di stato. Codice civile e discriminazione razziale in una pagina di Francesco Santoro-Passarelli*, in *Per saturam. Studi per Severino Caprioli*, a cura di G. DIURNI, P. MARI e F. TREGGIARI, Spoleto, 2008, pp. 821 ss.

<sup>2</sup> A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1943.

<sup>3</sup> A. TORRENTE, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1945.

passato prospettive critiche rispetto alla mera descrizione degli assetti normativi positivi. Ciò spingerà i giuristi a una sempre più stretta connessione con la realtà politica esistente e con il diritto vigente che tenderà quindi ad essere assolutizzato, assurgendo, sia pure inavvertitamente, a unico quadro normativo possibile. Si spiega così la continua tendenza verso la «attualizzazione», nella scelta dei temi, della ricerca giuridica. Essa viene progressivamente condizionata dal tentativo, non tanto di «superare» quanto, visibilmente, di «raggiungere» la immediatezza della prassi, disposta come è a pagare con una sicura perdita in termini di spessore storico un solo auspicato guadagno in termini di risonanza pratica<sup>1</sup>.

Una ulteriore conseguenza è la sempre più urgente necessità di ricercare modi alternativi di svolgere la duplice funzione che il sapere storico, ormai quasi estromesso dal processo di formazione della teoria, non può più soddisfare, vale a dire la funzione di assicurare al discorso teorico della interpretazione del diritto un sufficiente grado di astrazione e quindi un distacco da quei problemi quotidiani ai quali esso tende invece ad aderire.

Anche la tendenza, appena rilevata, ad allentare gradualmente il contatto con la storia, è riscontrabile dall'esame dei manuali istituzionali di quegli anni. Procedendo in questo campo – estremamente complesso per l'intreccio di scuole, indirizzi, mode correnti<sup>2</sup> – a una schematizzazione orientativa, si possono ricondurre, con qualche inevitabile forzatura, ai maggiori nuclei teorici accennati in precedenza, alcuni contributi i quali cercano di elaborare concezioni del diritto eterogenee, rispettivamente basate su fattispecie, su norme e su valori, ma tendenti comunque, per queste diverse vie, a neutralizzare la storia giuridica.

---

<sup>1</sup> Appare significativo ricordare, sul punto, una nota presa di posizione da parte di Rosario Nicolò: "... buona parte dei cultori degli studi civilistici non si è resa conto che da tempo avrebbe dovuto considerarsi definitivamente chiusa quella che si potrebbe chiamare la fase romanistica del diritto civile, che ha reso sì grandi servizi al progresso degli studi, ma che, maturata in contemplazione di un mondo profondamente diverso da quello nel quale viviamo, non è più adeguata alla realtà e comincia a mostrare da ogni parte le sue insufficienze e i suoi anacronismi" (R. NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, «Rivista di diritto commerciale», 54 (1956), I, pp. 577 ss.); per un'analoga presa di posizione si vedano le considerazioni di W. BIGIAVI, *Diritto romano e legislatore italiano*, «Rivista di diritto civile», 13 (1967), I, pp. 14 ss. ed in particolare p. 23 ove l'autore afferma: "Che l'esperienza storica sia utilissima, anzi indispensabile allo studioso del diritto vigente è affermazione della quale nessuno, e tanto meno io, oserà contestare l'esattezza. Ma ciò premesso e ripetuto, va detto nel modo più chiaro che la indiscriminata utilizzazione presenta anche indubbi pericoli, che si rivelano chiarissimi quando si vogliono riprodurre le soluzioni del passato in un ambiente del tutto diverso"; le critiche del Bigiavi erano direttamente indirizzate alle considerazioni allora espresse da A. GUARINO, *Il metodo della giurisprudenza*, «Diritto e giurisprudenza. Rassegna di dottrina e di giurisprudenza civile» (1963), pp. 257 ss.; una posizione affine a quest'ultima era pure stata espressa da B. BIONDI, *Funzione della giurisprudenza romana nella scienza giuridica e nella vita moderna*, «Rivista di diritto civile», 10 (1964), I, pp. 1 ss.

<sup>2</sup> Cfr. P. BARCELLONA, *I Soggetti e le norme*, Milano, 1984, *passim*; G. BENEDETTI, *Appunti storiografici sul metodo dei privatisti e figure di giuristi*, in *Prelazione e retratto*, a cura di G. BENEDETTI e L.V. MOSCARINI, Milano, 1988, pp. 3 ss.; N. IRTI, *La cultura del diritto civile*, cit.; ID., *Scuole e figure del diritto civile*, cit.; G.B. FERRI, *Metodi e cultura nella formazione del civilista*, in «Quaderni fiorentini», 1997, pp. 571 ss.; P. GROSSI, *La cultura del civilista italiano*, cit.

Nelle *Dottrine generali del diritto civile* Francesco Santoro-Passarelli cerca di sviluppare e affinare la teoria generale del diritto elaborata dalla civilistica e di articolarne meglio le strutture costanti. Scopo dichiarato di queste dottrine generali è di giungere alla formulazione di proposizioni universali che si adattino, in prospettiva chiaramente metastorica, alla struttura delle norme, alle regole di validità degli atti giuridici, a tutti i meccanismi regolativi e di controllo dell'attività dei privati.

Le 'Dottrine generali' avevano inteso isolare, in modo scientifico, gli elementi concettuali "puri" in cui si risolve la descrizione non solo di un materiale normativo vigente, bensì di qualsiasi materiale giuridico. La teoria generale guadagnava terreno e investiva i termini della ricerca, evidenziando la preferenza per un'analisi 'strutturale', idonea a comprendere il nesso dei vari principi per connetterli in una trama unitaria e organica, ove qualunque ipotesi, sebbene non prevista nel codice, potesse essere risolta con l'impiego delle tecniche ermeneutiche consuete. Santoro ha avuto l'indubbio merito di farsi sostenitore di una visione teorico-generale del diritto privato concepita come strumento per aumentare la consapevolezza dei giuristi intorno ai limiti apposti dall'ordinamento e dai codici ai loro interventi interpretativi; essa è quindi presentata come utile integrazione dei corsi di preparazione dei futuri giuristi. Ma l'esperienza giurisprudenziale, nelle sue varie articolazioni, vive il processo di trasformazione delle categorie e dei valori, in quanto sempre mutevole determinazione dei loro rapporti. Le elaborazioni giurisprudenziali e i contrasti e gli equilibri che ne segnano le vicende, non rappresentano il frutto di un gioco delle reazioni umane che si svolge in un'atmosfera di astratta teoreticità. I principi e i valori che ispirano e orientano l'esperienza trovano la loro rilevanza all'interno del nesso teoreticità-praticità. L'interpretazione, che pure è componente costitutiva dell'esperienza giuridica, deriva da questa, realizzandosi secondo modalità relativamente autonome e in tale esperienza torna a convergere, secondo la funzione di orientamento che quella assolve nei confronti di questa.

Emblematica, da questo punto di vista, la riflessione di Salvatore Pugliatti<sup>1</sup> in ordine al ruolo del giurista nella dimensione politica e scientifica, allorché attende a rappresentare le modifiche del sistema civilistico italiano post-fascista, nonostante sembri mantenere i medesimi precetti corporativi e anche quando, per

---

<sup>1</sup> S. PUGLIATTI, *Gli istituti di diritto civile*, I, *Introduzione allo studio del diritto*, Milano, 1943. Come ha visto Paolo Grossi «il testo didattico del 1943, proprio nelle sue ambiguità di derivazione culturale, è speculare a un giurista che è appena uscito dal bagno salutare ma provocante della disputa sui concetti giuridici. In quel dialogo fitto Pugliatti, confrontandosi soprattutto con i personaggi dalla forte dimensione speculativa, aveva potuto rimuginare i più fondanti problemi metodologici, si era potuto liberamente interrogare sulla identità culturale del giurista e aveva potuto – in modo particolare – porre in discussione quella che era da sempre la spina nel suo fianco, e cioè la legittimazione di una scienza particolare a pretendersi scienza» (P. GROSSI, *Salvatore Pugliatti. Giurista inquieto*, in *Nobiltà del diritto – Profili di giuristi*, Milano, 2008, p. 541). Sull'importanza delle riflessioni effettuate da Pugliatti, si possono ricordare oltre alla rilettura totale di assetto fatta nelle *Istituzioni di diritto civile*, i temi dell'autoresponsabilità, del rapporto giuridico unisoggettivo, della pubblicità, dei trasferimenti coattivi.



avventura, li conservi nel linguaggio originario con cui furono concepiti<sup>1</sup>. Quello scritto su *La giurisprudenza come scienza pratica*, che appare nel 1950 sulla ‘Rivista italiana per le scienze giuridiche’<sup>2</sup>, e che contiene la famosa teoria del giurista che si nasconde alle ‘verifiche’ fasciste dietro un geometrico sistema di concetti, non è solo uno schema di riferimento; è il tentativo, da parte di Pugliatti, di rivalutare la società italiana e il codice civile del suo tempo, l’Italia che voltava le spalle al fascismo e che si andava ricostruendo con una nuova classe dirigente moderna, aperta, razionale. Lo schema di Pugliatti, da riflessione sul codice civile e sforzo di chiarificazione concettuale, rispetto a precisi problemi particolari, viene acquisito mediante un processo di astrazione e di formalizzazione, che ha scisso il legame diretto con le concrete, specifiche ricerche sul campo. Ciò, naturalmente, non è avvenuto in maniera estemporanea. In Italia la neutralità del giurista, così come si è potuta ritenere che fosse teorizzata da Pugliatti, costituisce il presupposto e insieme la giustificazione della neutralità che consente al civilista, come tecnico del diritto, di condurre una sua strategia “delle mani nette” e di non prendere posizione sulle questioni politicamente scottanti. Ma, così, si riduce l’analisi giuridica a una tecnica puramente strumentale, che non ha in sé le ragioni della propria autonomia sia teorico-concettuale che operativa. Il grado di maturità di una disciplina dipende, non solo e non tanto dalla sistematicità, quanto dall’autonomia operativa e strumentale dei suoi propositi di ricerca.

Alla dottrina di Pugliatti si deve tuttavia riconoscere l’impegno a non adoperare la terminologia e il concetto di “scienza pratica” in modo generico, facendone un semplice criterio formale di interpretazione<sup>3</sup>. Si veda ad esempio il lavoro su *La proprietà nel nuovo diritto*<sup>4</sup>: ebbene, era proprio e prima di tutto l’esame del diverso valore e dei diversi significati e della diversa collocazione che in un quadro generale dello sviluppo dell’ordinamento aveva assunto la “relativizzazione” dell’istituto proprietario (con tutte le implicazioni e i giudizi di valore più o meno consapevoli presenti nello stesso termine “proprietà”), era l’osservazione dei modi diversi con cui erano state configurate le relazioni tra

---

<sup>1</sup> Sull’opera di Pugliatti cfr. E. PARESCHE, *Il metodo e la teoria: Salvatore Pugliatti tra la logica giuridica e lo storicismo*, in «Rivista di diritto civile», I, 1978, pp. 541 ss.; V. SCALISI, *Teoria e metodo in Salvatore Pugliatti – Attualità di un insegnamento* (2003), in ID., *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, pp. 5 ss.; P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano, 2000; ID., *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, Milano, 2002; ID., *Salvatore Pugliatti giurista inquieto*, in «Rivista di diritto civile», I, 2003, ora in ID., *Nobiltà del diritto*, cit., pp. 531 ss.; P. PERLINGIERI, *Salvatore Pugliatti ed il «principio della massima attuazione della Costituzione»*, in «Rassegna di diritto civile», 1996, pp. 807 ss.

<sup>2</sup> Cfr. S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», ser. III, 4 (1950), pp. 50 ss., poi in ID., *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, pp. 103 ss., secondo il quale le “astratte geometrie di forme concettuali” si mostrano in grado di accogliere, sebbene in apparenza, ogni contenuto.

<sup>3</sup> Cfr. S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, cit., in ID., *Grammatica e diritto*, cit., pp. 108, 11 nt. 23, 113 s.

<sup>4</sup> S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto. Saggi*, Milano, 1954.

proprietà e obbligazione, e dei diversi punti di vista, delle diverse premesse da cui quelle configurazioni erano partite, a far insorgere in Pugliatti l'esigenza di una lettura diversa, che fosse conoscenza critica reale di dati accertati, e non enunciazione più o meno mascherata di concezioni generali. Una lettura, per così dire, che assumesse piena coscienza dei suoi limiti e della sua funzione di maturazione critica, soggettivamente, e di conoscenza e conservazione e recupero, oggettivamente, dei dati e dell'esperienza delle diverse situazioni giuridiche. Il problema di conoscere e studiare criticamente quelle situazioni giuridiche proprietarie lo portava a risalire alle rappresentazioni che via via di esse erano state date, per rendere conto del significato e dei limiti e delle ragioni profonde di quelle rappresentazioni, per poter riprendere – perché criticamente consapevole di tutti i condizionamenti che attraverso le rappresentazioni del passato premevano anche sulla sua rappresentazione – lo studio di quello stesso istituto.

Una concezione della teoria del diritto che rifiuta di limitarsi a un lavoro teorico neutrale non rinunciando a prese di posizione esplicitamente valutative è reperibile presso almeno due autori, Francesco Messineo e Mario Allara. Entrambi derivano una concezione del 'giuridico' che considera la codificazione civile come uno strumento in grado di svolgere la funzione di ridurre la complessità dell'ordinamento. Mentre però Pugliatti, muovendo da analoghi presupposti, si propone di costruire un «sistema»<sup>1</sup>, Messineo e Allara si rifanno in definitiva, sia pure in misura diversa, anche all'aspetto idealistico che la concezione formalistica, nonostante varie oscillazioni, conserva nel corso del suo sviluppo.

Francesco Messineo, preoccupandosi soprattutto di mitigare l'eccessiva astrattezza raggiunta dalla teoria sistematica dei pandettisti, sottolinea l'opportunità teorica di riportare l'interesse della teoria generale del diritto sulle istituzioni, più facilmente suscettibili di analisi empirica, e sulla trascurata connessione tra diritto civile comune e diritto commerciale, e quindi non nasconde la propria convinzione che sia lo Stato di diritto a garantire il bilanciamento ottimale fra mantenimento della istituzione e libertà individuale. Allara, dal canto suo, rivendica la legittimità di una teoresi del diritto che non rinuncia alla ricerca di opportuni criteri di sintesi, senza i quali l'efficacia delle decisioni prodotte dal sistema giuridico sarebbe inesplicabile.

Gli studi di Messineo si concentrano prevalentemente sul diritto civile e commerciale e appaiono condotti sulla base del metodo logico-formale. Da ciò, coerentemente con la metodologia adottata, deriva il disinteresse per il diritto romano e per la storia giuridica. La sua attenzione per la realtà economica lo induce ad approfondire in particolare temi di diritto commerciale. Nel 1939

---

<sup>1</sup>S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, cit., p. 139; sull'esegesi come passo iniziale verso la costruzione del sistema v. ID., *La logica e i concetti giuridici* (1941), in *Diritto civile - Teoria - Metodo*, cit., pp. 669 ss.

appare la prima edizione del suo manuale, le *Istituzioni di diritto privato*<sup>1</sup>. Il manuale si accresce nelle edizioni successive, assumendo come intitolazione quella di *Manuale di diritto civile e commerciale*, apparendo in tre volumi nel 1946. Si trattava di un'opera monumentale, una delle più ampie ricostruzioni dell'intero diritto privato italiano<sup>2</sup>.

Mario Allara con la monografia dedicata alla prestazione in luogo dell'adempimento<sup>3</sup>, fornì per primo – su un tema che era stato allora trascurato dalla dottrina civilistica – una completa ricostruzione della fattispecie attraverso la precisazione dei suoi principali elementi e l'individuazione di una vasta casistica. *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, apparse a Torino nel 1945<sup>4</sup>, si aprivano con una parte dedicata alla teoria generale della norma giuridica e proseguivano con la trattazione del contenuto del rapporto giuridico, in cui gli istituti erano presentati in una sintetica costruzione logico-dogmatica. In seguito pubblicò vari corsi di lezione dedicati a specifici argomenti. In questi corsi, piuttosto che procedere all'analisi dogmatica dell'istituto considerato, Allara privilegiava l'esame della dottrina e della giurisprudenza, attraverso la ricostruzione di un'abbondante casistica che riproduceva l'intrinseca problematicità della fattispecie astratta<sup>5</sup>.

#### **IV - Recupero della storicità dei problemi giuridici.**

La riflessione sul positivismo giuridico come insieme di valori e inclinazioni filosofico-giuridiche di fondo, comporrà in seguito, a partire dagli anni '60 del Novecento, una revisione critica importante sia del metodo, sia dell'approccio teorico all'interpretazione del diritto. È dato osservare come il discorso giuridico

---

<sup>1</sup> F. MESSINEO, *Istituzioni di diritto privato*, Padova, 1939. Il testo ebbe un grande successo e fu ripubblicato accresciuto in nove edizioni. Nella VII edizione, in tre volumi, il titolo mutò in *Manuale di diritto civile e commerciale* (Milano 1946-47); nell'VIII i volumi diventarono sei, più uno di indici (Milano 1950-55). Nel 1957 fu pubblicata la IX edizione. Il *Manuale di diritto civile e commerciale* deve essere ricordato unitamente a F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1944, che ebbe tre edizioni (II, 1946; III, 1948), testo a lungo considerato principale riferimento per lo studio del contratto.

<sup>2</sup> Notizie biografiche sull'A. e cenni anche ad alcune vicende accademiche in P. ALVAZZI DEL FRATE, *Messineo Francesco*, in «Dizionario Biografico degli Italiani», 74 (2010), *ad vocem*; G. ALPA, *Messineo Francesco*, in «Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)», diretto da I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M. NICOLA MILETTI, II, Bologna, 2013, c. 1337 s.

<sup>3</sup> M. ALLARA, *La figura della prestazione in luogo di adempimento (datio in solutum)*, in «Annali del seminario giuridico della Regia Università di Palermo», 13 (1929), pp. 29 ss.

<sup>4</sup> L'opera ebbe tre successive edizioni nel 1949, nel 1953 e nel 1958.

<sup>5</sup> M. ALLARA, *Delle obbligazioni*, Torino, 1939; ID., *Le vicende del rapporto giuridico e le loro cause*, Torino, 1939 (poi rielaborato nel volume ID., *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, Torino, 1942); ID., *Il primo libro del nuovo codice civile con particolare riguardo al matrimonio*, Torino, 1940; ID., *La teoria generale del contratto*, Torino, 1943 (2<sup>a</sup> ediz., 1945); ID., *La successione testamentaria*, Torino, 1944. Nello stesso periodo Allara – che aveva tenuto anche l'insegnamento di diritto privato comparato – pubblica il *Corso di diritto privato comparato*, Torino, 1942.

sia suffragato da ricerche finalizzate a indagare l'effettivo modo di argomentare e di interpretare dei giuristi; a fronte del rifiuto delle rigidità dello scientismo e del positivismo (in special modo con riferimento all'assunzione di criteri precostituiti e rigidi di razionalità) si pone l'apertura alla storia.

Dietro alle grandi continuità del pensiero giuridico, dietro alle robuste e omogenee manifestazioni di uno spirito o di una mentalità, dietro alla persistenza di un indirizzo, di una forma, ora si cerca di mettere in rilievo l'incidenza delle crisi e dei momenti di svolta. Crisi e momenti di svolta che hanno natura molto diversa. Trasferimenti e slittamenti dei concetti: già le analisi del romanista Riccardo Orestano<sup>1</sup> possono servire da modelli; dimostrano come la storia di un concetto giuridico non sia solo quella del suo progressivo affinarsi, della sua continuamente crescente razionalità, ma quella dei suoi diversi campi di costituzione e di validità, quella delle sue successive regole d'uso, dei molteplici ambienti teorici in cui si è condotta e conclusa la sua elaborazione: cosicché l'approntamento di un metodo, l'opera di un giurista, i suoi stessi tentativi di elaborazione teorica, non hanno la stessa incidenza, e non possono essere descritti allo stesso modo all'uno e all'altro livello; è una storia diversa quella che si troverà raccontata nell'uno o nell'altro<sup>2</sup>.

Il codice e lo Stato moderno appaiono come grandi immagini alla base di costruzioni giuridiche dogmatiche che non si risolvono in un mero fatto tecnico e che, per la loro forza espressiva, caratterizzano un'intera epoca, specie se quest'ultima (il Novecento) appare attraversata da tensioni, anche violente, che non consentono la delineazione di uno sviluppo della scienza ordinato, meramente tecnico<sup>3</sup>. È in questo complessivo impianto che trova definita articolazione la

---

<sup>1</sup> Sull'opera di Orestano, v. M. NARDOZZA, *Tradizione romanistica e 'dommatica' moderna*, cit., pp. 12 ss. e pp. 111 ss. e ivi bibliografia; F. RICCOBONO, *I concetti e la storia. Brevi note sul pensiero di Riccardo Orestano*, in *Fides humanitas ius. Studi in onore di L. Labruna*, Napoli, 2007, VII, pp. 4763 ss.; P. GROSSI, *Testimonianza per un maestro: Riccardo Orestano*, in "Quaderni fiorentini", 39 (2010), pp. 919 ss.

<sup>2</sup> I metodi della storiografia giuridica allargano il loro campo di applicazione e lo estendono al di là dell'ambito proprio della storia del diritto. A tale ultimo riguardo è ben nota l'esitazione di Riccardo Orestano a riconoscere la storicità della scienza giuridica anche in questo senso "esterno", che comprende solo la validità del dato esteriore come assoluto, costringendo il giurista a un estenuante e continuo accertamento di questo dato. Proprio nella scia di Orestano, e anzi facendo leva sul fatto che da questo stesso autore erano state individuate le appropriazioni, le reinterpretazioni continue, i "trasferimenti", gli "slittamenti" da una teoria ad un'altra – come ad es. per il problema del diritto soggettivo o dell'azione o delle persone giuridiche (cfr. R. ORESTANO, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Bologna 1978) – in una vicenda dell'oggetto giuridico non più a-temporale, Giovanni Tarello ribadiva che la scienza giuridica non è un aggregato di teorie "chiuse", ma un corpo articolato di teorie "aperte", l'una in comunicazione con l'altra, così che esso è caratterizzato da una sua storicità interna (poco importa poi se, facendo una questione puramente nominalistica, si pretenda di chiamare "scienza giuridica" soltanto gli esiti di volta in volta considerati al di fuori di questa vicenda storica e "pensiero giuridico" l'evoluzione delle varie teorie): cfr. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit. Per le implicazioni di quanto argomentato nel testo v. M. NARDOZZA, *Tradizione romanistica e 'dommatica' moderna*, cit.

<sup>3</sup> M. FIORAVANTI, *Lo 'Stato moderno' nella dottrina della Costituzione della prima metà del Novecento (1900-1940)*, in *Ordo Juris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, 2003, p. 183; ID., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, due tomi, Milano, 2001.

proposta di una forma di indagine storico-concettuale, pensata come approfondimento delle dinamiche intellettuali e materiali del mutamento storico-giuridico. L'indagine storica non può rinunciare a tematizzare le affermazioni e le auto-interpretazioni di una determinata cultura come occasione per la manifestazione e la produzione dell'esperienza giuridica in atto.

È in questo senso che verranno recuperati autori come Tullio Ascarelli che in numerosi lavori aveva tentato di rivedere categorie evolutive tradizionali adeguandole soprattutto a quei settori degli ordinamenti giuridici contemporanei, come il diritto commerciale e il diritto del lavoro, che mostravano, sotto le crescenti sollecitazioni, evidenti segni di dinamica interna. In contributi significativi Ascarelli aveva in particolare delineato, in contrapposizione alla distinzione tra visuale giuridica formale e sostanziale, una visuale diversa, di tipo «comparativo» che teneva conto dell'apparato concettuale della teoria generale dei diversi sistemi di *civil law* e *common law* e che veniva proposta come quella probabilmente dominante nel diritto contemporaneo.

Anche Emilio Betti, autore al quale si deve, tra l'altro, un'ampia analisi del tema della «ermeneutica giuridica» e una teoria generale dell'interpretazione della legge e degli atti giuridici, aveva condotto ampie ricerche storico-comparative sui processi di formazione che sostengono in varie aree l'evoluzione delle strutture normative, rinnovando sensibilmente l'approccio ai temi della teoria generale del negozio giuridico e del diritto delle obbligazioni.

Gli approcci teorici menzionati, al di là dei diversi atteggiamenti nei confronti della storia del diritto, sono tutti legati da una atmosfera culturale che li vede impegnati in un tentativo di rinnovamento teorico il cui minimo comune denominatore è ravvisabile nella adesione a coordinate culturali più nettamente orientate a un modello di dogmatica giuridica che ormai non può più essere appiattito sul modello pandettistico, a un modello di cultura giuridica che confida ottimisticamente nel superamento della sua crisi grazie all'apporto delle scienze sociali, a un modello di Stato concepito come principale regolatore della società e monopolizzatore del potere di creazione del diritto.

Quanto alla prospettiva storica, poi, essa, per quegli autori che ancora si sforzano di ricondurla all'interno della prospettiva teorico-giuridica, costituisce non solo una estensione dell'orizzonte di ricerca volta ad aumentare i dati disponibili, ma una fonte da cui ricavare criteri di razionalità interni all'ordinamento (Betti) o un quadro comparativo per studiare le influenze esterne cui l'ordinamento è sottoposto (Ascarelli); né mancano d'altro canto, sullo sfondo, rinnovati tentativi di applicare alla storia dei concetti giuridici – e per questa via anche alla storia degli istituti – gli strumenti della teoria generale (ad es. Pugliatti).

Così, alcuni dogmi – in materia di persone e di diritti – sono ridiscussi e si intuiscono domande insolite nella difficile zona che divide quel che è incluso da

quel che è escluso dal diritto<sup>1</sup>. Si riaccende con toni inconsueti la ricerca sui problemi nevralgici del codice civile (proprietà, impresa, contratto, responsabilità civile). Il discorso del civilista – si pensi, oltre a Pietro Rescigno, a Stefano Rodotà<sup>2</sup>, Pietro Perlingieri<sup>3</sup> e Natalino Irti<sup>4</sup> – quello sulla rappresentanza, sulla crisi delle istituzioni e sulla partecipazione, sul rapporto tra società civile e società politica – diventa ‘storico’.

#### **V - Diversificazione e complessità dei temi cui rivolgere l'indagine giuridica: l'esempio del negozio giuridico e dell'integrazione contrattuale.**

L'autonomia dei privati costituirà il banco di prova per rivitalizzare la categoria ‘fondante’ del negozio giuridico<sup>5</sup>, depurandola dai retaggi della tradizione, nel tentativo di superare lo schema formale del fatto giuridico, al quale storicamente si ascriveva il fenomeno. L'assunto della dichiarazione di volontà, al quale i giuristi ricorrevano per la descrizione essenziale del comportamento dei soggetti, generava un formalismo cui non rispondevano più, nella realtà, i singoli fenomeni comportamentali. Il fatto stesso che la giurisprudenza si slegasse dal dogmatismo positivista per la riconosciuta insufficienza e rigidità delle sue categorie teoretiche di fronte alla ricchezza e varietà dell'esperienza, e soprattutto di fronte ai problemi sempre più vivi e più radicali insorgenti dalla crisi dell'impianto della concezione liberale del contratto, le vietava di affermarsi in sistemi chiusi, determinati, le ispirava, con un prudente atteggiamento critico nella definizione dei problemi e dei concetti, una tendenza a valutare e comprendere le diverse soluzioni dei problemi della vita sociale, che, quanto più profondamente posti, tanto meno parevano ammettere una risposta semplice ed univoca.

La generalità degli intendimenti accennati in tema di ‘autonomia privata’ richiederebbe concreti riferimenti ed applicazioni, e ai fini del nostro discorso può valere il riferimento al tema dell'integrazione contrattuale in materia di contratti *standard* e di massa. Qui la giurisprudenza assumeva che la posizione e la funzione degli utenti dei contratti di massa non poteva essere più valutata in

---

<sup>1</sup> P. RESCIGNO, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Padova, 1966. Cfr. U. BRECCIA, *Continuità e discontinuità negli studi di diritto privato – Testimonianze e divagazioni sugli anni anteriori e successivi al secondo conflitto mondiale*, cit., pp. 293 ss.

<sup>2</sup> S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”, 1960, pp. 1252 ss., ora in ID., *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna 1990<sup>2</sup>; ID., *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, cit.; ID., *Il problema della responsabilità civile*, Milano 1964; ID., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano 1969.

<sup>3</sup> P. PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, cit.

<sup>4</sup> N. Irti, *Introduzione allo studio del diritto privato*, cit.; ID., *Scuole e figure del diritto civile*, Milano, 1982 (ampliata, Milano, 2002<sup>2</sup>).

<sup>5</sup> Cfr. il volume collettaneo curato da C. SALVI, *Categorie giuridiche e rapporti sociali – Il problema del negozio giuridico*, Milano, 1978, che offre un quadro ricostruttivo attualizzante; diversamente orientato, invece, il lavoro di N. IRTI, *Il negozio giuridico come categoria storiografica*, in «Quaderni fiorentini», 19 (1990), pp. 557 ss., poi in ID., *Lecture bettiane sul negozio giuridico*, cit., pp. 43 ss.

astratto, poiché il rapporto, che essi instaurano, in quanto parti contrattuali 'deboli' (consumatori), con le categorie dominanti si configurava come un rapporto definito e irreformabile di sovraordinazione o di subordinazione, il quale comportava un rigido dualismo nell'ambito della generale struttura della società civile, solo eventualmente temperato dal riconoscimento di fenomeni di trasformazione e di circolazione. Per superare un tale limite la giurisprudenza ampliava la nozione di parte contrattuale 'forte', così da ricomprendere anche coloro che in uno specifico settore di attività o in una particolare forma associativa assumevano una posizione di qualche preminenza ed assolvevano ad una funzione, in qualche misura, direttiva.

Ciò rendeva maggiormente diversificati e complessi i temi cui rivolgere l'indagine giuridica, in quanto essa non solo imponeva di cogliere e di chiarire i modi con cui le varie categorie contraenti entravano tra di loro in rapporto, incontrandosi, avversandosi, influenzandosi, ma proponeva altresì il problema dei legami che uniscono la sfera delle «élites borghesi» (proprietarie o imprenditoriali) alla generale e totale struttura della società, e alle vicende cui essa è sottoposta, richiedendo che si esaminasse in che modo e per quali ragioni esse emergevano da una tale struttura e vi assumevano particolari configurazioni e caratteri.

Senza entrare nel vivo della questione dell'integrazione contrattuale – la quale indefettibilmente si lega al problema generale dei limiti dell'autonomia negoziale e della legittimità di estensione dell'ambito dei consueti canoni interpretativi della volontà negoziale (art. 1362 ss. c.c.) – appare opportuno richiamare il fatto che tale tematica coinvolgeva la concezione della funzione del diritto privato e dei legami – da intendersi in maniera più o meno intensa – con la potestà di intervento giudiziale. È evidente, infatti, che tale tematica si distaccava sensibilmente dalla iniziale soluzione legislativa prevista dal codice civile del 1942, laddove il legislatore dell'epoca – nell'ambito di una concezione come già abbiamo detto schiettamente statutale del diritto privato – aveva, nell'impiego della previsione di clausole generali (quali quella di buona fede e giusta causa), limitato fortemente la facoltà da parte del giudice di fare ricorso ad interventi equitativi, da ritenersi possibili nei soli casi strettamente previsti dalla legge.

## **VI - Il rinnovamento metodologico della dottrina e della giurisprudenza nell'interpretazione del codice civile.**

Molti giuristi cercavano ausilio nelle astratte generalizzazioni dei logici puri e dei filosofi, pur riconoscendo la distanza che intercorre tra concreto lavoro giuridico, anche metodologico, e riflessione filosofica o teorica pura. Si trattava di prendere una posizione tra vari indirizzi e al contempo di cercare un ausilio logico, vale a dire una posizione metodologica che potesse garantire e giustificare il proprio lavoro di giuristi. Occorreva innanzitutto stabilire sul piano metodologico quale fosse la funzione e la struttura logica dei concetti giuridici e

quale potesse essere il significato dell'elaborazione teorica per la qualificazione giuridica della realtà. Era necessario cioè indagare criticamente i limiti e la portata della dogmatica giuridica astratta quale strumento della scienza giuridica. Ma il pericolo della teoria astratta formale consisteva nel suo talvolta confondere lo strumento concettuale per lo scopo della conoscenza stessa, ossia stava nell'inserire nella scienza giuridica una nozione di legge e di diritto di tipo puramente naturalistico con l'inevitabile conseguenza dell'assolutizzazione di forme e di categorizzazioni generalizzanti esclusive, le quali, anziché portare a quello che è il loro unico scopo nel terreno della scienza giuridica, e cioè recare ordine nella realtà complessa e disordinata, avrebbero finito con il serrare a priori la stessa scienza giuridica di fronte alla comprensione e al contatto della realtà concreta.

La critica si concentrerà sul fraintendimento di fondo di una deducibilità della realtà da 'schemi' e 'dogmi', che portavano necessariamente alla costruzione di moduli interpretativi del fatto giuridico di tipo monistico, essenzialmente impermeabili rispetto alle esigenze del lavoro del giurista e dei suoi strumenti di verifica.

La stessa cultura processuale risente dei mutamenti intervenuti nella cultura giuridica, in senso antisistemico e antiformalistico: basti pensare al superamento della concezione meramente logicistica dell'attività del giudice, tipica del positivismo giuridico, e al diffondersi delle dottrine variamente definibili come antilogicistiche (dalla giurisprudenza sociologica nord-americana alla nuova retorica perelmaniana)<sup>1</sup>.

Nella seconda metà del Novecento, attraverso anche un ricambio generazionale di accesso alla magistratura e alla avvocatura che sempre meno si ripeteva secondo un modo corporativo di trasmettere le professioni e si arricchiva, pertanto, di nuove leve, noi notiamo che sostanzialmente il giurista approdava ad una diversa dimensione: si svincolava dalla neutralità, si riappropriava di un ruolo che era quello di mediatore tra gli interessi sociali e ciò che era contenuto nella norma. La legge 25 luglio 1966, n. 570, meglio nota come legge "Breganze" (dal nome del proponente), aveva abrogato il sistema dei concorsi interni di progressione di carriera dei giudici, basato sull'esame dei titoli (sentenze afferenti a determinati periodi scelti dall'apposita commissione) e per esame, che in precedenza avevano dato luogo ad inconvenienti di vario genere: era invalsa la prassi, infatti, quasi generalizzata, della precostituzione dei titoli mediante l'ampia motivazione di alcune sentenze, per ogni trimestre, in modo accademico e la redazione della maggior parte delle altre in modo sommario, con comprensibile pregiudizio dei malcapitati destinatari, poiché la sentenza-titolo non rispondeva

---

<sup>1</sup> Su questi aspetti, cfr. V. DENTI, *Sistemica e post-sistemica nella evoluzione delle dottrine del processo*, «Rivista critica del diritto privato», 3 (1986), pp. 481 ss.; nonché E. FAZZALARI, *La dottrina processualistica italiana: dall'"azione" al "processo" (1864-1994)*, «Rivista di diritto processuale», 4 (1994), pp. 911 ss.



alla esigenza di render giustizia alle parti, bensì a fini carrieristici, con inutili appesantimenti di erudizione nella motivazione, del tutto avulsi dal fatto e dalla valutazione della fattispecie controversa<sup>1</sup>.

Nei dibattiti associativi della magistratura di quegli anni, si insistette molto sul genere di interventi relativi alle strutture; si manifesta un atteggiamento scettico sulla volontà di adottare misure legislative, traendo da ciò la conseguenza che si dovesse puntare su rimedi "autogestiti". La complessità del rapporto tra "fatto" e "diritto", la rivalutazione del giudizio di merito, la rivendicazione di un pluralismo incompatibile con una concezione verticistica dell'ordinamento giudiziario sollecitavano come possibile e necessaria la ricerca di una lettura nuova dell'art. 65 della legge sull'ordinamento giudiziario, aderente al diverso sistema costituzionale e al differente modo di intendere la certezza del diritto. Se quest'ultima formula era apparsa, allora, come svilita, non era in ragione del fatto che essa avesse perso significato, bensì in quanto nell'esperienza giuridica di quegli anni la certezza si poneva come un valore problematico e relativo, non come un risultato statico e immediato. La funzione di nomofilachia, dunque, non poteva più concepirsi secondo il tradizionale significato, perché in un sistema sociale caratterizzato dal pluralismo e dal cambiamento, il bene superiore della giustizia non poteva raggiungersi attraverso una giurisprudenza statica, ma, al contrario, per mezzo di una disponibilità ad intendere il nuovo e ad interpretare il pluralismo, e quindi tramite un confronto continuo di posizioni. La nomofilachia non era più esercizio dall'alto verso il basso, ma doveva essere funzione volta a recepire il pluralismo sociale esprimendosi nella elaborazione giurisprudenziale dei giudici di merito sempre più varia e feconda, che la giurisprudenza della Suprema Corte doveva esser in grado di razionalizzare.

Il rinnovato clima culturale è caratterizzato dalla nascita di nuove riviste giuridiche: "Democrazia e diritto", agli inizi degli anni '60, "Politica del diritto" all'inizio degli anni '70, ma soprattutto dalla riscoperta di un discorso propriamente storico, che nel riformulare gli ideali di formazione giuridica prendeva consapevolezza della propria storia. Dottrina e giurisprudenza venivano investite dalle novità di metodo e, al contempo, dalla necessità di una riconsiderazione del problema del metodo, oltre che dall'esigenza di ripensare modi ed esiti della ricognizione di significato e di valore delle regole giuridiche. Ad entrambe, in passato relegate in un ruolo servente rispetto alla legislazione, si riferiva ora la rivendicazione di un compito che esaltava l'autonomia dell'interprete, non più con il ritorno alle formule del diritto libero e dell'attività creativa *tout court*, ma con riguardo alla *determinazione di senso* delle formule di legislazione, compiuta dall'interprete in relazione ad una pluralità di possibili significati e alle aspettative dell'ambiente in cui opera. In tale contesto culturale

---

<sup>1</sup> Sullo stile delle sentenze adottate dai giudici italiani, v. J.H. MERRYMAN, *Lo stile italiano: la dottrina*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1966, pp. 1185 ss.; ID., *Lo stile italiano: l'interpretazione*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1968, 2, p. 378.

si auspicava il richiamo ad un metodo di ricerca che si sforzasse di mettere in luce, dell'interprete (ed in primo luogo del giudice), l'attitudine a tener presente l'orizzonte di attesa delle sue scelte e il fondamento delle scelte nei valori che l'interprete riceve dall'ambiente che aspetta la sua decisione.

All'inizio degli anni '70 si affacciarono sulla scena i "Materiali per una storia della cultura giuridica" di Giovanni Tarello, dove con numeri monografici si affrontarono il tema dell'interpretazione e il ruolo della magistratura (il primo numero fu dedicato a Montesquieu) ed i "Quaderni fiorentini" di Paolo Grossi che, anche questi, concepiti monograficamente, aggredivano la visuale monistica di produzione del diritto sotto l'aspetto di una produzione esclusivamente di appannaggio legalistico. Di qui il rilancio di stagioni culturali che erano state troppo presto dimenticate, come "il socialismo giuridico"<sup>1</sup>, nelle quali si era identificato questo nuovo ruolo del giurista molto attento alle istanze sociali e che "si sporca le mani" con quello che avviene nella società, cercando anche di recuperare gli interessi delle classi meno abbienti che erano bisognose di tutela.

Ora la magistratura scopre il proprio attivismo giudiziario; è un attivismo che è dovuto al fatto che la centralità del Codice Civile con la rivalutazione costituzionale ha perso ancora più terreno perché c'è una proliferazione di leggi speciali che rompono l'unità del Codice (Irti arriverà a parlare di età della decodificazione<sup>2</sup>). Le leggi speciali, con il loro lessico torturato, richiama un attivismo da parte del magistrato, una supplenza giudiziaria.

In questa prospettiva, nella quale la produzione legislativa si pone come sviluppo necessitato delle norme costituzionali, l'osservanza di queste, oltre che delimitare la sfera di operatività autonoma del legislatore, esplica pure un'attività particolare di dispiegamento delle norme della Costituzione stessa sull'interpretazione del Codice Civile. La Costituzione rappresenta allora, non solo un punto di partenza, bensì un punto di ritorno dell'operazione interpretativa. La "crisi" del codice, o meglio di alcune parti di esso, per quanto concerne il regime dei diritti della persona e della famiglia, della proprietà, del lavoro e dell'impresa, da vari settori in quegli anni reclamata e sostenuta, per lo più viene

---

<sup>1</sup> Sul socialismo giuridico cfr. P. UNGARI, *In memoria del socialismo giuridico*, I. *Le "scuole del diritto privato sociale"*, in «Politica del diritto» (1970), pp. 241 ss., II. *Crisi e tramonto del movimento*, ivi, pp. 387 ss.; G. NEPPI MODONA, *Una scuola dimenticata: il socialismo giuridico nel diritto penale*, in «Giustizia e costituzione», 1971; nonché i volumi sul tema "Il socialismo giuridico". *Ipotesi e letture*, in «Quaderni fiorentini», 3-4 (1974-75), Milano, 1975; M. ORLANDO, *Francesco Cosentini. Un contributo alla storia del «socialismo giuridico»*, in «Mat. st. cult. giur.», 7 (1977); C. CARINI, *Cultura e politica del socialismo giuridico (1890-1910)*, in «Annali della Facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Perugia», 1981-82, pp. 53 ss.; M. CIASCAVILLA, *Il socialismo giuridico italiano. Sui fondamenti del riformismo sociale*, Urbino, 1987; U. PAGALLO, *La cattedra socialista. Diritto ed economia alle origini dello Stato sociale in Italia*, Napoli, 1989.

<sup>2</sup> N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999<sup>4</sup>, *passim*, pp. 21 ss. e pp. 33 ss. e K. SCHMIDT, *Die Zukunft der Kodifikationsidee. Rechtssprechung, Wissenschaft und Gesetzgebung vor den Gesetzeswerken des geltenden Rechts*, Heidelberg, 1985, pp. 47 ss.; sul dibattito v. anche P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, cit., pp. 91 ss.

individuata in un indefettibile bisogno di ammodernamento di taluni istituti. In questo processo di attuazione e di adeguamento dei valori, la giurisprudenza riveste un ruolo non secondario, soprattutto in riferimento al riconoscimento di mezzi di tutela in sintonia con i nuovi valori e le nuove esigenze, che dal versante soggettivistico patrimoniale si orientano maggiormente verso quello della persona. I giuristi si concentrano sul problema del valore formale e sostanziale della Costituzione, così pure sul rapporto tra il testo scritto e l'operazione attuativa o interpretativa dello stesso. E la risultante è quella della necessità di tutelare il valore fondante della "legalità" – sia formale che sostanziale – elaborando una categoria di limiti all'attività di interpretazione e individuando il quadro operativo da riservare alla politica.

Il problema dell'unità delle fonti di produzione del diritto si apre in termini nuovi. Un'analisi di questo tipo non poteva essere "neutra" (si pensi al dibattito sull'uso alternativo del diritto<sup>1</sup>). Essa risultava condizionata dall'approccio dell'interprete, che poteva limitarsi ad ammettere (o progettare) eventuali novità sulla base di bisogni pratici puntuali, oppure poteva radicalmente orientarsi verso una innovazione "sistematica". In un ambito a Costituzione rigida sembrava naturale considerare la relazione fra la norma fondamentale e la normativa ordinaria nei termini di un rapporto gerarchico. Ciò però poneva ugualmente dei problemi. Tarello metterà in evidenza come il criterio gerarchico – anche quando fosse applicato al rapporto *Costituzione/normativa ordinaria* – è nient'altro che una formula vaga, poco vincolante, unicamente definibile in base al significato che l'interprete voglia riferire alla Costituzione; in effetti, la gerarchia potrebbe assumere, in ordine al rapporto di cui si discute, contenuti diversi: in un caso, imponendo la Costituzione come fondamento del sistema normativo; in un altro, configurando le norme della Costituzione quali meri limiti all'espansione dell'attività legislativa; in un altro ancora, ritenendo la Costituzione come tavola di principi che fondano l'interpretazione del diritto.

Il «senso» del 'giuridico' si poneva allora quale problema cruciale, non più per ipotizzarne il fine, ma per consentirci di conoscerlo nella sua storia. In questo stesso contesto problematico sono da inserirsi puntualmente i dibattiti suscitati dalle ricerche storiografiche sul diritto giurisprudenziale (Lombardi-Vallauri e Gorla<sup>2</sup>): le prospettive d'ordine, che solo consentono di costruire un sapere giuridico, si manifestano dipendenti non già da ciò che «permane» ma dal «corso» di ciò che è perturbato e che evolve; di qui la lettura del «giuridico» secondo spiegazioni di «necessità» che si rintracciano solo attraverso parziali,

---

<sup>1</sup> Si vedano i volumi collettanei *L'uso alternativo*, I, *Scienza giuridica e analisi marxista*; II, *Ortodossia giuridica e analisi marxista*, a cura di P. BARCELLONA, Bari, 1973. Sul rapporto scienza giuridica e marxismo mi limito a segnalare M. BARCELLONA, *Critica del nichilismo giuridico*, Torino, 2006, *passim*, spec. pp. 71 ss.

<sup>2</sup> L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1975<sup>2</sup>; G. GORLA, *Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti: le raccolte e le tecniche per l'interpretazione delle sentenze*, in *Foro it.*, 1964, V, c. 80.

probabilistiche ricostruzioni della «storia» che è in gioco, con strumenti di analisi adeguati a comprendere finanche le «crisi» del processo culturale nelle sue diramazioni molteplici. Così, dunque, nel rapporto giurista-codice si rilevano le «tracce» della sua propria «storia»: ma tali tracce non si possono rispecchiare in un quadro «statico» (da lungo tempo si parlava e si faceva l'analisi di fattori «dinamici» con un linguaggio «statico»); si avvertiva l'esigenza, invece, a tale scopo di mettere progressivamente a punto strumenti di una «operatività» specifica dei processi evolutivi, la quale non intervenisse riduttivamente su di essi per comporli in un ordine extra-evolutivo, ma si servisse delle tracce, degli indizi, dei segnali della storia degli assetti dell'ordine giudiziario per costruire ipotesi esplorative e ricostruttive del problema in esame. Bastavano questi tratti per imprimere una insopprimibile impronta «storiografica» al metodo e agli ideali regolativi della giurisprudenza.

## Les défis d'une codification au XXI<sup>ème</sup> siècle, l'exemple français

Rémy Cabrillac<sup>1</sup>

Tout code ne peut échapper à l'emprise du temps qui passe. Le Code civil français par exemple a commencé à vieillir dès la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle. En effet, durant cette période, les tribunaux s'arrogent un pouvoir créateur laissé en quelque sorte à l'abandon par un Code vieillissant. Ainsi, de 1880 à 1945, une série de grandes décisions de la Cour de cassation a marqué profondément le droit civil français : découverte du principe général de responsabilité du fait des choses, consécration de la théorie de l'enrichissement sans cause ou de l'abus de droit. Parallèlement, des lois spéciales se sont développées en dehors de la structure même du code, réglementation des assurances, du bail, des associations, de la copropriété immobilière... Comme on a pu justement l'écrire, le Code civil est devenu « une espèce de droit commun à vocation résiduelle »<sup>2</sup>.

Ce phénomène de décodification, selon le mot de la doctrine, a frappé davantage encore d'autres codes napoléoniens. Ainsi, à partir de la seconde moitié du XX<sup>ème</sup> siècle, une recodification pénale est apparue nécessaire face à la multiplication des législations pénales non codifiées : avant l'adoption du nouveau Code pénal de 1994 un grand nombre d'infractions étaient définies en dehors du code pénal, par d'autres codes ou par des législations particulières, source d'incontestables désordres. L'exemple du Code de commerce français de 1807 paraît encore plus éloquent : des 648 articles qui le composaient à l'origine, moins de 150 étaient encore en vigueur au moment de son abrogation, bien peu ayant conservé leur rédaction originale, alors que des pans entiers, les sociétés commerciales ou la faillite, lui avaient échappé, de nombreuses réglementations spéciales ayant prospéré en dehors de sa structure<sup>3</sup>.

L'ombre des codes napoléoniens hante toujours le monde juridique du XXI<sup>ème</sup> siècle, et leur vieillissement comme leur rénovation font encore partie des défis auxquels est confrontée la codification en France en ce début de XXI<sup>ème</sup> siècle.

Mais la structure du droit a profondément évolué au cours du XX<sup>ème</sup> siècle. L'intervention croissante de l'Etat dans le domaine économique et social a bouleversé la paisible théorie des sources du droit, la plongeant dans une crise majeure, à tel point qu'un éminent auteur a pu la présenter comme « un paysage bouleversé où les règles de droit semblent surgir de partout, à tous moments et en tous sens »<sup>4</sup>.

Cette crise des sources du droit se caractérise par une inflation législative galopante. Plus de 1200 lois sont votées chaque année, sans compter la prolifération des textes réglementaires. Un

---

<sup>1</sup> Agrégé des facultés de droit (1991), professeur à la Faculté de droit et de science politique de Montpellier

<sup>2</sup>P. REMY, « La recodification civile », *Droits*, 1997, n° 26, p. 10.

<sup>3</sup>B. OPPETIT, « La décodification du droit commercial français », *Mélanges Rodière*, Dalloz, 1982, p. 197 et s.

<sup>4</sup>M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, p. 52.

rapport récent évalue le stock de textes en vigueur au nombre impressionnant de 400.000<sup>1</sup>. Le rythme législatif s'accélère, en particulier dans certaines branches comme le droit du travail ou le droit commercial. Par exemple, la première loi sur la faillite en France datait de 1867. Elle n'a été réformée que cent ans plus tard, en 1967, réforme qui a à son tour été profondément modifiée en 1985, puis en 1994, en 2005, en 2008, pour ne s'en tenir qu'aux changements essentiels.

Cette multiplication des règles a débouché sur une grande insécurité juridique, périodiquement dénoncée par les autorités politiques<sup>2</sup> ou judiciaires<sup>3</sup>, mais également par le grand public : un pamphlétaire a récemment publié un ouvrage au titre pour le moins évocateur : « Il y a trop de lois idiotes dans ce pays. Arrêtez d'emmerder les français »<sup>4</sup>, alors qu'un autre parle de normes qui nous tyrannisent<sup>5</sup>... A la manière de l'inflation monétaire, l'inflation des lois entraîne leur dévalorisation: « trop de lois tuent les lois »<sup>6</sup>. L'effectivité de la loi exige sa connaissance et l'inflation législative transforme en pure fiction le principe selon lequel « Nul n'est censé ignorer la loi ». Cette multiplication des textes entraîne également une baisse de leur qualité formelle. En proliférant, les lois s'entrecroisent ou se télescopent conduisant à un inextricable maquis législatif dans lequel les praticiens, avocats ou magistrats ne se retrouvent plus.

Face à cette crise des sources du droit génératrice d'insécurité juridique, les défis qui se posent aujourd'hui à la codification en France sont d'abord techniques (I).

Mais l'histoire des codes depuis plus de quatre millénaires montre que la codification constitue incontestablement un acte de pouvoir, qu'un code ne peut naître et prospérer que grâce à un pouvoir politique déterminé : les défis de la codification aujourd'hui en France sont également politiques (II).

## I - LES DEFIS TECHNIQUES

La codification a dû s'adapter à la nécessité de recodifier des matières anciennes vieilles, en décalage par rapport aux évolutions économiques et sociales du monde environnant, en prolongeant le modèle traditionnel de la codification-modification (A). Mais elle a également dû envisager la codification de matières nouvelles et fluctuantes, choisissant alors le modèle d'une codification-compilation(B).

---

<sup>1</sup>Rapport Lambert-Boulard, Mission de lutte contre l'inflation normative, 26 mars 2013 (La doc. fr., 2013)..

<sup>2</sup>E. BALLADUR, *Caractère de la France*, Plon, 1997, p. 193 : « Prolifération des textes sans cesse plus complexes, dans des matières toujours plus nombreuses, instabilité des règles qu'on veut adapter à toutes les situations, à tous les changements, dégradations de la pureté, de la qualité de la législation, obscurité et parfois contradiction entre les buts poursuivis : tel est aujourd'hui le propre du droit français, pourtant, plus d'un siècle, modèle de stabilité, de simplicité et de force ».

<sup>3</sup>Cf. les termes volontairement provocateurs du Rapport annuel du Conseil d'Etat de 1991 (*De la sécurité juridique*, La doc. française, 1992, p. 15 à 66) : « Logorrhée législative et réglementaire...qui dit inflation dit dévaluation...quand le droit bavarde, le citoyen ne lui prête plus qu'une oreille distraite... ». Ad., dans le même esprit, le rapport de 2006 (Sécurité juridique et complexité du droit).

<sup>4</sup>T. DESJARDINS, Plon, 2000.

<sup>5</sup>P. ELIAKIN, *Enquête sur ces normes qui nous tyrannisent*, Robert Laffont, 2013.

<sup>6</sup>*Le Monde*, 9 janv. 2014.

## A - Une codification-modification:

La codification-modification est celle qui opère une modification de fond du droit codifié, à l'exemple du Code civil de 1804, qui a profondément modifié le droit français de l'époque.

Notre droit a essentiellement connu trois codifications-modification qui ont marqué ses dernières décennies. Les deux premières ont opéré une recodification d'ensemble d'une matière dont la réglementation était devenue vieillissante, inadaptée à la société contemporaine. Un nouveau Code de procédure civile a remplacé l'ancien en 1975, un nouveau Code pénal, adopté en 1992 et entré en vigueur en 1994, s'est substitué au Code de 1810. Plusieurs tentatives de recodification d'ensemble du Code civil ont échoué, en 1904 ou en 1945 en particulier. Le renouveau de notre code civil est venu de réformes du droit des personnes et de la famille entreprises à partir de 1960 sous la direction du doyen Carbonnier. La portée de ces réformes dépasse leur simple domaine. Elles ont assuré une « révolution tranquille »<sup>1</sup> du droit civil français.

Ces réformes ont initié un nouveau style de législation, dominé par plusieurs traits caractéristiques : désengagement du droit au profit d'autres règles d'organisation sociale, volonté de proposer plusieurs modèles législatifs, attribution d'un pouvoir modérateur au juge par le biais de notions-cadre. Ces idées ont inspirées les réformes du droit civil entreprises par la suite, comme l'ordonnance du 23 mars 2006 rénovant le droit des sûretés. Elles habitent également les différents projets de réformes du droit des obligations ou du droit des biens proposés par la doctrine<sup>2</sup>.

Procédure civile, droit pénal, droit civil: ces différentes codifications-modification ont été entreprises dans des matières classiques, régies jusque là par des codes napoléoniens, dont elles se sont efforcées de respecter l'esprit et la lettre. Cette fidélité a permis d'éviter dans ces matières les défauts législatifs contemporains, d'enrayer le désordre normatif. En effet, ces codifications-modification ont tenté de respecter le même souci d'élégance de forme et de cohérence de fond qui caractérisait les anciens codes.

L'élégance se traduit d'abord par la recherche d'un style législatif qui rappelle celui des codes du XIX<sup>ème</sup> siècle et contraste singulièrement avec les formules maladroitement embrouillées du législateur contemporain. Pour se limiter au seul exemple du Code civil, la recodification entreprise a voulu tremper sa plume dans l'encre de Portalis, prolonger ce style merveilleux, à l'équilibre parfait entre langage technique et langage courant, entre langage abstrait et langage concret, qui a largement contribué au succès et à la pérennité du Code civil. Par exemple, dans le prolongement d'articles célèbres du Code de 1804, les codificateurs contemporains ont ciselé des formules ramassées et expressives tout aussi esthétiques, comme l'article 310 du Code civil qui énonce: « Tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leur rapports avec leur père et mère ».

L'élégance se traduit également par le respect d'une structure harmonieuse, à la manière d'un jardin à la française qui symbolise si bien le classicisme de l'esprit français dans le domaine

---

<sup>1</sup>G. CORNU, *Introduction, les personnes, les biens*, Montchrestien, 11<sup>ème</sup> éd., 2003, n° 301.

<sup>2</sup>R. CABRILLAC, *Introduction générale au droit*, 10<sup>ème</sup> éd., 2013, n° 59.

artistique. Le plan général, les articulations secondaires, la numérotation continue, la place fondamentale reconnue à la subdivision de base que constitue l'article : tout dans ces recodifications-modification indique le souci d'un beau droit, bien ordonné. Ainsi, tout en apportant d'importantes modifications au plan du Code de procédure civile de 1806, son successeur retient néanmoins une présentation rationnelle illustrant le déroulement du procès civil, caractérisée par une continuité logique allant du général au particulier. On peut observer dans le même esprit que la recodification civile s'inscrit scrupuleusement dans la structure générale du Code de 1804, s'efforçant de la ménager le plus possible, parfois au prix d'audacieuses acrobaties<sup>1</sup>.

Ces codifications-modification respectent également la cohérence de fond de la matière codifiée, qui constitue l'essence de toute codification. Par exemple, le Code de procédure civile de 1975 a été salué par la doctrine comme par les praticiens parce qu'il conserve aux règles de la procédure civile une certaine unité d'inspiration. De même, la recodification civile intervenue matière par matière depuis 1960, a suscité d'inévitables risques de décalage entre des textes aux millésimes différents, mais l'unité qui fédère aujourd'hui le Code civil ne saurait être sérieusement mise en doute. Le Code civil est habité d'un même souffle, d'une même âme transcendant la diversité des textes qui le composent<sup>2</sup>.

La cohérence de ces recodifications résulte sans doute en grande partie de l'unité d'inspiration qui a habité chacune d'elles. Par fidélité aux modèles classiques de codes, ces recodifications-modification contemporaines ont en effet été la plupart du temps confiées à un seul homme, une seule « plume légiférante »<sup>3</sup>. Ainsi, le Code de procédure civile a été essentiellement conçu par le doyen Cornu, et les « principes directeurs du procès » qui constituent ses 24 premiers articles, le frontispice qui symbolise sa conception du procès, portent sa marque, à tel point que le Garde des sceaux de l'époque, Jean Foyer, constatait : « on pourrait l'appeler, en toute justice, le Code Cornu »<sup>4</sup>. Le Code pénal concrétise l'idéologie des droits de l'homme, qui imprègne sa structure même comme bon nombre de ses dispositions, à l'instigation de Monsieur Robert Badinter qui a largement contribué aux compromis politiques indispensables à son adoption<sup>5</sup>. Quant aux réformes du Code civil français, il est superfétatoire de rappeler qu'elles ont essentiellement été rédigées ou au moins inspirées par le doyen Carbonnier, qui a ainsi initié un style législatif original, ouverture incontestable vers un modèle nouveau de codification.

Ces codifications, si elles ont enrayé la crise des sources du droit dans les matières concernées, n'étaient pas adaptées à des matières nouvelles, essentiellement issues d'une réglementation technique et mouvante, comme par exemple le droit du travail ou le droit de la

---

<sup>1</sup>G. CORNU, « La lettre du code à l'épreuve du temps », *Mélanges R. Savatier*, Dalloz, 1964, p. 157 et s.

<sup>2</sup>R. CABRILLAC, « Le Code civil à la fin du XXème siècle », *Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 73 et surtout J. CARBONNIER, « Le Code civil », in *Les lieux de mémoire*, sous la dir. de P. NORA, II, la Nation, Gallimard, 1986, p. 308 et s.

<sup>3</sup>Expression de M. Jacques COMAILLE in *L'esprit sociologique des lois*, PUF, 1994, p. 138, à propos du doyen CARBONNIER.

<sup>4</sup>J. FOYER, « Le Nouveau Code de procédure civile », in *Le nouveau code de procédure civile vingt ans après*, op. cit., p. 323.

<sup>5</sup>R. BADINTER, *Présentation du projet de Code pénal*, Dalloz, 1988.



consommation. Un autre type de codification allait alors être favorisé par les pouvoirs publics, une codification-compilation.

## **B - Une codification-compilation**

La codification-compilation constitue le rassemblement de textes épars en un seul *corpus*, sans que le fond du droit ainsi rassemblé ne soit modifié.

Pour remédier à la prolifération anarchique liée à la crise de la loi, le gouvernement avait décidé de créer dès le lendemain de la Seconde Guerre mondiale, par un décret du 10 mai 1948, une Commission chargée d'étudier la codification et la simplification des textes législatifs et réglementaires. L'objectif des pouvoirs publics était de mettre de l'ordre dans ce maquis législatif le plus rapidement possible, décidant ainsi de procéder à la codification des textes existants par décret, sans modification autre que de pure forme et sans intervention du Parlement, d'où le nom de codification administrative parfois donné à ce type de codification. Cette Commission a accompli un travail considérable jusqu'en 1988, élaborant de nombreux codes dans de domaines variés.

Le gouvernement a entendu relancer la codification par un décret du 12 septembre 1989 instituant une Commission supérieure de codification qui, selon le texte même, « prend la suite de la précédente », « chargée d'œuvrer à la simplification et à la clarification du droit ». Cette Commission s'est ainsi attachée à un ambitieux programme de compilation des règles régissant de nombreuses matières récemment apparues dans notre ordonnancement juridique.

La Commission supérieure de codification a adopté de nombreux codes depuis son entrée en fonction, dont on peut citer les exemples les plus emblématiques : Code de la propriété intellectuelle (1992), Code de la consommation (1993), Code monétaire et financier (2000), Code du patrimoine (2004), Code des transports (2010). Le seul code napoléoniens à avoir fait l'objet d'une recodification-compilation est le Code de commerce en 2000.

On compte désormais plus de 70 codes et les statistiques montrent qu'environ la moitié du droit français est aujourd'hui codifié<sup>1</sup>. Les pouvoirs publics entendent maintenir cet effort d'adoption de nouveaux codes et de suivi des codes existants, comme en témoigne une circulaire du 27 mai 2013<sup>2</sup>.

Cette codification-compilation repose sur un principe fondamental, symboliquement rappelé par une loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration<sup>3</sup>, celui du droit constant : les textes sont codifiés sans modification autre que de pure forme. Ce principe du droit constant est essentiellement justifié par les contraintes de temps : seule une codification à droit constant « permet d'élaborer des codes sans les ralentir ou les perdre

---

<sup>1</sup>Rapport de la Commission supérieure de codification, 2012, p. 9 (disponible sur [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr))

<sup>2</sup>Ibid., annexe 2.

<sup>3</sup>Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, art. 3 al. 2: « Cette codification se fait à droit constant sous réserve des modifications nécessaires pour améliorer la cohérence rédactionnelle des textes rassemblés, assurer le respect de la hiérarchie des normes et harmoniser l'état du droit ».

dans l'examen et les débats de toute réforme de fond »<sup>1</sup>. En effet, du fait du principe même de droit constant, la codification intervient sans qu'il soit nécessaire que l'adoption d'un code s'enlise dans le long et complexe processus législatif. Beaucoup de codes ont vu leur partie législative adoptée par voie d'ordonnance (art. 38 de la Constitution), mesure qui peut être prise par le Gouvernement sur habilitation du Parlement.

Ce principe de codification à droit constant a subi plusieurs types de critiques.

On lui a d'abord reproché de constituer une trahison historique du concept même de code. Une frange importante de la doctrine civiliste, marqué par l'ombre des codifications napoléoniennes, considère que compiler n'est pas codifier. L'argument paraît sans doute excessif. Le concept de code a pris des formes variées à travers l'Histoire. Les codifications romaines et la plupart des codifications jusqu'au XVII<sup>e</sup> siècle n'étaient plus ou moins que des compilations et l'avènement du concept de code-modification, qui a connu son paroxysme avec les codes napoléoniens, ne date que du XVII<sup>e</sup> siècle<sup>2</sup>.

On a ensuite reproché à la codification à droit constant de permettre des modifications de fond derrière les simples modifications de forme annoncées. Entre autre exemple, l'inclusion d'un texte dans un plan inévitablement nouveau peut à travers l'interprétation fondée sur la place de ce texte, emporter des conséquences non négligeables sur le fond du droit. Pour répondre à cet argument, on peut observer que, depuis Justinien, l'Histoire montre qu'une compilation entraîne inévitablement des modifications du droit sans que cela altère la qualité du code-compilation ainsi adopté<sup>3</sup>. Mais il faut tout de même admettre qu'opérer des modifications sans consultation préalable de la communauté scientifique ou plus encore du Parlement n'est guère satisfaisant dans une société démocratique.

Un autre argument avancé a fait valoir que codifier sans modifier le droit est dépourvu d'intérêt puisque cela ne permet pas d'adapter le droit aux évolutions de la société. Les défenseurs de la codification à droit constant ont répondu qu'un code-compilation pourrait fournir un indispensable point de départ pour une modification ultérieure de la matière, permettant en quelque sorte d'établir un check-up de l'état du droit pour en soigner par la suite les faiblesses<sup>4</sup>.

Dès lors, le bilan de ces codifications-compilations nous semble globalement positif, d'autant plus qu'elles s'appuient sur un outil très performant, le site Legifrance. Sur ce site les textes des différents codes, quotidiennement mis à jour, peuvent être consultés, dans leur version actuelle et le plus souvent même dans les versions antérieures ou à venir. Quels que soient les défauts ou les

---

<sup>1</sup>Circulaire du 30 mai 1996, précitée, art. 2.1.1.

<sup>2</sup> R. CABRILLAC, *Les codifications*, PUF, 2002, p. 37.

<sup>3</sup> J. GAUDEMET, « La codification et l'évolution du droit », in *Sociologie historique du droit*, PUF, 2000, p. 249.

<sup>4</sup> Circulaire du 30 mai 1996, cit., art. 2.1.1 : « En fournissant aux auteurs des projets de réforme une base de textes clairs, ordonnés et en vigueur, la codification prépare la réforme et la simplification ultérieure des textes ».

faiblesses de la codification à droit constant, on ne peut que constater qu'elle permet une grande accessibilité de la règle de droit, impératif auquel le Conseil constitutionnel est très attaché<sup>1</sup>.

La principale limite de la codification-compilation réside dans son incapacité à rassembler les normes juridiques autres que législatives ou réglementaires qui prolifèrent aujourd'hui: normes internationales ou européennes, décisions des juridictions internes, de la Cour de Justice de l'Union Européenne ou de la Cour européenne des droits de l'homme, règles non étatiques ou droits spontanés.

Cette limitation est d'autant plus fâcheuse qu'elle contraste avec l'ambition de complétude du codificateur contemporain qui souhaite codifier l'ensemble du droit existant.

Techniques, les défis de la codification en France en ce début de XXI ème siècle sont également politiques.

## **II - LES DEFIS POLITIQUES**

L'Histoire démontre l'importance du pouvoir politique dans l'adoption d'un code : pas de code sans une volonté politique forte, fermement déterminée à l'imposer<sup>2</sup>. Au delà, un code apparaît souvent plus grand que la somme des articles qui le composent : le contenant transcende le contenu, la codification est chargée d'une fonction politique dont l'enjeu est fondamental. Dans la société française d'aujourd'hui, la codification est porteuse de l'idée de cohésion (A) ou de celle de résistance (B).

### **A - Une codification-cohésion :**

La codification unit géographiquement et ethniquement la société dans laquelle elle s'inscrit. Une fois encore les exemples abondent dans l'Histoire, mais celui du Code civil français demeure sans doute le plus pertinent.

En 1804, le Code civil parachève le processus d'homogénéisation de la société française entamé depuis la Renaissance, scelle la paix sociale après plusieurs années de profonds bouleversements. Depuis, cette cohésion sociale a toujours constitué un enjeu de la codification civile.

Par exemple, en 1904, le Code civil est brandi comme un drapeau face à l'ennemi prussien et au nouveau Code qu'il vient d'adopter, le BGB, drapeau derrière lequel se rangent les français, célébrant le centenaire avec un unanimisme inconnu jusque là.

Aujourd'hui, la société française semble menacée par la montée des communautarismes et la célébration du bicentenaire a été l'occasion pour les pouvoirs publics de rappeler que le Code civil, dont les dispositions s'appliquent uniformément à tous, constitue un remarquable facteur de cohésion sociale. Ainsi une exposition a été organisée cette année à l'Assemblée nationale sous un

---

<sup>1</sup> Cf. F. TERRE, op. cit., n° 457 et les décisions citées. Ad.: A. ZADRANY, *Codification et Etat de droit*, thèse, Paris II, 2011.

<sup>2</sup> Cf. R. CABRILLAC, *Les codifications*, op. cit., p. 79 et s.

titre particulièrement évocateur : « 200 ans de Code civil, Des lois qui nous rassemblent »<sup>1</sup>, alors que le Président de la République, Monsieur Jacques Chirac, observait à l'occasion d'un colloque sur le bicentenaire, que « le Code civil, ce sont surtout des valeurs : les valeurs autour desquelles s'est construite la société française et dans laquelle elle continue à trouver son équilibre et son homogénéité »<sup>2</sup>.

En assurant ainsi la cohésion de la société qui l'adopte, la codification est aussi porteuse d'une certaine forme de nationalisme, qui la conduit à résister aux périls venus de l'étranger.

### **B - Une codification-résistance :**

L'enjeu d'une codification est alors de défendre une tradition juridique et culturelle menacée.

L'exemple du Québec est à ce titre éloquent : le Code civil du Bas-Canada de 1866 marque la ferme volonté des québécois de s'opposer à l'application du droit anglais, en vigueur dans le reste du Canada, dans l'ancienne Belle-Province, ce qu'avait tenté d'initier Georges II à la suite de la cession du Québec à l'Angleterre par le Traité de Paris de 1763. Même si le risque de disparition de l'entité québécoise s'est largement estompé aujourd'hui, le Nouveau code civil du Québec de 1994 reste le porte-drapeau de la culture francophone et les souverainistes comme les Anglo-Québécois le perçoivent d'ailleurs bien comme tel.

Aujourd'hui, existe en France un débat sur l'éventuelle adoption d'un Code civil européen. L'instauration d'un Code civil européen pourrait paraître a priori une perspective séduisante. La construction européenne a constitué un facteur de paix et de prospérité sur le Vieux continent depuis une soixantaine d'années et un Code civil européen symboliserait, mieux encore qu'une bannière étoilée, une monnaie unique ou une constitution, la marche vers un Etat fédéral, vers une Nation européenne transcendant ses composantes.

Mais l'adoption d'un Code civil européen entraînerait inéluctablement la disparition des codes nationaux. La construction d'une Nation européenne n'en est qu'à ses balbutiements et les populations des différents Etats ne sont sans doute pas prêtes à perdre aujourd'hui leurs spécificités juridiques nationales au profit d'un code européen imposé et non librement voulu.

On ne peut donc que se réjouir que la perspective d'un Code civil européen, imposé par les institutions européennes, s'estompe au profit d'un vecteur plus *light* d'harmonisation que serait un instrument optionnel. Ainsi par exemple, la Commission européenne a publié le 11 octobre 2011 une proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente, qui pourrait être librement choisi par les parties au contrat<sup>3</sup>, leur laissant la possibilité de préférer le droit d'un des Etats membres de l'Union européenne.

---

<sup>1</sup> Exposition du 12 mars au 15 mai 2004, catalogue publié par Dalloz, 2004.

<sup>2</sup> Les Annonces de la Seine, n° 17, 11 mars 2004, p. 11.

<sup>3</sup> R. CABRILLAC, *Droit européen comparé des contrats*, Lextenso, 2012.

L'avenir de la codification en France dépend ainsi de son aptitude à relever les défis techniques et politiques qui se posent à elle. Ainsi pourra perdurer cette « façon si sublime de cultiver la législation », selon le mot du doyen Cornu, que serait la codification <sup>1</sup>...

---

<sup>1</sup> G. CORNU, « Codification contemporaine : valeurs et langage », in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1996, p. 337.



## Le droit comparé – d’une approche européenne à une approche globale<sup>1</sup>.

Ditlev Tamm<sup>2</sup>

L’histoire du droit et le droit comparé sont deux disciplines qui s’inspirent l’un de l’autre. L’histoire du droit traditionnellement orienté vers le droit et l’histoire nationales s’est ouvert vers le monde extérieur. Aussi le droit comparé est une matière en mouvance perpétuelle. Une nouvelle tendance importante dans la recherche est celle de droit comparé historique. Le droit comparé peut beaucoup gagné par la rencontre avec l’histoire du droit. Au même temps l’historien du droit moderne se familiarise avec et utilise les concepts créés dans le cadre du droit comparé. L’historien du droit en général dispose de vastes connaissances comparatistes. SA position vers la comparaison peut être critique mais aussi positive en tant qu’il reconnais qu’il y a de profit à gagner pour son discipline qu’and il ou elle se laisse inspirer par la comparaison moderne.

La majorité des concepts sur lesquels repose la discipline du droit comparé sont ainsi souvent remaniés, comme par exemple celui des « familles juridiques » (grâce auxquelles on regroupe des systèmes juridiques similaires) ou encore du « fonctionnalisme ». Les spécialistes de droit comparé travaillent également à l’apparition de nouveaux concepts qu’ils créent eux-mêmes ou empruntent à d’autres matières. On peut donc considérer cette branche du droit comme étant non seulement actuelle mais aussi bénéfique, cette discipline permettant d’apporter un regard neuf aux juristes. Cette mouvance peut néanmoins s’avérer périlleuse car elle pourrait aboutir à un abandon prématuré d’anciennes notions qui ont été, et sont toujours, des outils nécessaires aux comparatistes afin de comprendre ce qui se passe en matière de droit comparé à l’heure actuelle. Depuis l’an 2000, le droit comparé connaît un nouvel essor, en se caractérisant désormais par une méthodologie et des théories renforcées. La matière née et développée au cours du XX<sup>e</sup> siècle se modifie progressivement et tend à devenir une nouvelle discipline où la culture juridique et des concepts de plus en plus précis jouent un rôle primordial. On pourrait finalement parler d’une « renaissance » du droit comparé. Nous tenterons par les modestes réflexions développées à travers cet article de mettre en lumière les nouvelles tendances qui bouleversent la matière, notamment d’une approche globale et culturelle du droit comparé.

Revenons donc sur le terme de « famille juridique ». Si ce concept a largement été utilisé pendant des décennies afin de classer les différents systèmes juridiques sur la base de critères intelligibles, il n’en demeure pas moins figé. On pourrait alors se demander dans un premier temps si certains *membres* d’une famille déterminée ne devraient pas en rejoindre une autre ou en reconstituer une nouvelle. Tel est par exemple le cas de la Chine et de la Russie sur lesquels nous reviendrons plus tard. Le système juridique danois est par ailleurs souvent associé à ceux des autres pays nordiques en matière de droit comparé. Tous sont réunis au sein d’une seule famille juridique aujourd’hui appelée « le droit nordique »<sup>3</sup>. L’existence de cette famille se justifie-t-elle réellement ?

---

<sup>1</sup> Je remercie Clotilde Fontaine, doctorante en histoire du droit à l’université Lille 2, pour son aide précieuse dans la traduction de cet article.

<sup>2</sup> Professeur à l’Université de Copenhague, Faculté de droit

<sup>3</sup> Voir à ce propos (avec plusieurs éditions en français et en anglais) : K. ZWIGERT, H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Tübingen, 1969, 2 vol. Voir aussi : P. ARMINJON, B.E. NOLDE, M. WOLFF, *Traité de droit comparé*, Paris, 1950; R. DAVID; *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, 1992;

Doit-elle être maintenue ? Les juristes nordiques différencient en effet leur système juridique à la fois de la pratique romano-germanique mais encore de celle étudiée par les spécialistes de *common law*. Nous ne souhaitons pas ici redéfinir la notion de « famille juridique ». L'objectif de cet article serait plutôt d'analyser l'impulsion que pourrait donner une approche globale au droit comparé, en abandonnant ainsi le raisonnement traditionnel comparatiste basé sur les systèmes de droit romano-germanique et de *common law*.

## **I - Les fondements de l'apparition d'une approche globale**

Il est vrai que le sous-titre de notre article, « d'une approche européenne à une approche globale », peut paraître assez abstrait. Nous allons d'abord nous en expliquer. Il n'est pas question de promouvoir ici le développement d'une nouvelle culture juridique mondiale à l'image du *jus gentium* : les différences entre les systèmes et leurs bénéfices ne doivent surtout pas être négligés. Il faut d'ailleurs demeurer vigilant lorsque des règles de droit semblent similaires car il existe toujours des spécificités propres à chaque culture, singularités dont nous devons nous imprégner afin de faciliter la compréhension de notre propre système. L'approche comparatiste globale doit être entendue comme s'exportant au-delà des frontières européennes, et donc moins restreinte que la méthode actuelle.

Le droit et les études juridiques ont d'abord été appréhendés d'un point de vue purement national. Si l'histoire du droit permet de mettre en exergue cette théorie, la discipline légitime également cette approche exclusivement nationale de la loi. Nourrie des idées de Montesquieu au XVIII<sup>e</sup> siècle à propos d'un esprit national des lois et de la pensée de l'école d'histoire allemande au siècle suivant, cette approche démontre la relation nécessaire existant entre les habitants d'un pays et sa loi. S'il semblait impossible pour Montesquieu de faire appliquer la loi d'un Etat dans un autre pays, avancer cette position reviendrait néanmoins à sous-estimer la capacité du droit de rayonner au-delà des frontières, affirmation que nous tenterons de prouver à travers cette publication.

En étudiant la loi d'un point de vue plus globalisé, on s'aperçoit que les systèmes de droit romano-germanique ou de *common law* se sont importés – de façon inégale, tout autour du globe. Contrairement à ce que pensait Montesquieu, le droit a donc réussi à s'exporter. Il faut néanmoins nuancer notre propos car si plusieurs systèmes juridiques peuvent présenter des similitudes, ils ne seront pourtant jamais réellement identiques. Et ce sont ces divergences que l'on analysera en droit comparé. L'objectif majeur de cette discipline est finalement d'analyser l'application de lois *a priori* similaires et semblant provenir des mêmes racines, à savoir les systèmes de droit romano-germanique ou de *common law*.

L'intitulé de cet article tend à démontrer qu'un intérêt croissant est porté à la compréhension de droits étrangers. Si de grands penseurs comme le juriste allemand Rudolph von Jhering considéraient déjà au XIX<sup>e</sup> siècle que cette approche d'un droit prisonnier des frontières géographiques (et donc cloisonné dans une approche nationale), était dégradante pour la matière (lui

---

qui considèrent le droit des pays nordiques comme appartenant à la famille de droit romano-germanique. Voir aussi sur le droit comparé moderne les articles dans M. ADAMS et D. HEIRBAUT (eds.): *The Method and Culture of Comparative Law. Essays in Honour of Mark van Hoecke*, Oxford et al. 2014.



refusant d'ailleurs le statut de science)<sup>1</sup>, ce n'est qu'après la Seconde Guerre Mondiale que le concept de l'Europe a réellement été introduit en histoire du droit. Le juriste allemand Paul Koschaker publie en 1947 « Europa und das römische Recht »<sup>2</sup> faisant ainsi éclater un changement de paradigme, renforcé par le projet politique de l'époque d'établir une collaboration européenne dans le domaine de la défense et plus tard d'un marché commun.

On peut en déduire qu'après avoir appréhendé la loi d'un point de vue purement national pendant presque deux cents ans, et l'avoir ensuite envisagé sous l'angle européen pendant une cinquantaine d'années, nous serions peut-être actuellement, à l'aube du nouveau millénaire, en train de nous tourner vers une approche plus globale. Notre vision de l'Europe englobait traditionnellement l'Europe latine et au moins l'Angleterre, si tant est que le droit anglais ait été conçu ou puisse se calquer sur le modèle de droit romain<sup>3</sup>. Mais l'Europe inclut également les pays nordiques - certes en marge de l'Europe mais avec une histoire du droit marquée par l'influence du droit canonique à l'époque médiévale et plus tard du droit romain, leur permettant ainsi de rapprocher leur culture juridique du *jus commune*. Les historiens du droit nordiques ont beaucoup œuvré pendant les dernières années afin de bouleverser cette représentation curieuse d'une culture juridique nordique en marge de l'Europe. Ils se sont ainsi battus pour que d'un point de vue académique, la périphérie soit reconnue non plus comme étant étrangère à l'Europe mais comme des pays initiés<sup>4</sup>. Ce débat a vu le jour lorsqu'on a cherché à définir l'histoire du droit, dont l'appellation n'est pas uniforme : « Legal history », « Rechtsgeschichte », « Storia del diritto ». Les historiens du droit réussissent malgré tout à se réunir entre eux afin de débattre de questions scientifiques. Le temple de la sagesse en la matière est et restera le *Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte* à Francfort. L'histoire du droit en Europe se comprend toujours grâce aux deux mots clés « European » et « legal history ». L'approche géographique que les historiens du droit font de cette matière est donc toujours plus ou moins centrée sur l'Europe.

Lorsqu'on parle d'une « approche globale » la situation est différente. En envisageant une perspective plus globale, il semble évident que la connaissance du droit et de l'histoire du droit en Europe n'est plus suffisante pour nous aider à définir ce vaste domaine qu'est le droit comparé. On pourrait employer la notion de « droit mondial »<sup>5</sup>. On trouve à ce titre sur internet un guide de droit

---

<sup>1</sup> R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Unveränderten Neudruck der 5 Auflage, Leipzig, 1906, vol. 1.

<sup>2</sup> P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, Munich-Berlin, 1947; dont la publication sera notamment suivie de : F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, S.L., 1952 (Edition anglaise, traduite par T. WEIR : *A History of Private Law in Europe*, 1995). Voir aussi : H. COING, *Europäisches Privatrecht*, S.L., 1985-1989, 2 vol.; R. ZIMMERMANN, « Roman Law and the Harmonization of Private Law in Europe », dans A. HARTKAMP, *Towards a European Civil Code*, S.L., 2004, pp. 27-53; R. ZIMMERMANN, *The German Civil Code and the Development of Private Law in Germany*, Oxford University Comparative Law Forum 1, 2006.

<sup>3</sup> Voir à ce sujet : D. J. OSLER, « The Fantasy Men », dans *Rechtsgeschichte 10*, Allemagne, 2007, pp. 169-192 sur l'impossibilité de considérer le droit anglais comme part du droit européen.

<sup>4</sup> Voir entre autres : REUNA, *Legal history on the edge of Europe : Nordic law in the European legal community, 1000-2000* : un groupe de travail composé d'historiens du droit qui cherchent à élever l'histoire du droit nordique dans les débats scientifiques internationaux.

<sup>5</sup> Voir à ce propos : J. H. WIGMORE, *A Panorama of the World's Legal Systems*, St. Paul, 1928, 3 vol.

mondial expliquant la législation de presque cent-quatre-vingt pays sur les deux-cent-cinquante-sept que constituent la planète. Le but de cette approche globale n'est pourtant pas d'éclaircir les connaissances juridiques de l'ensemble de ces pays – comme nous le soulignerons plus tard, bien qu'il faille considérer l'Etat-nation comme un noyau dur dans la compréhension de la loi. L'approche globale préconiserait avant tout de poser des questions importantes telles que nous en connaissons en droit comparé, notamment quant à l'objectif de la matière.

Le droit comparé est devenu une discipline juridique à partir de 1900, date à laquelle s'est tenue la première conférence internationale de droit comparé à Paris. C'est depuis cet événement que les spécialistes de droit comparé ont souhaité faire entrer la matière dans le cursus universitaire, tout en se demandant si le droit comparé était une méthode ou une réelle discipline. Dans les pays nordiques le succès de la matière était mitigé dans les deux domaines, en particulier au Danemark. Le pays reste ainsi en retrait quant à l'étude du droit comparé, malgré le succès du professeur danois Ole Lando qui tend à devenir le maître penseur d'une harmonisation de la loi en Europe.

## II - Des différentes approches du droit comparé

La problématique soulevée par les historiens du droit est de trouver la frontière entre l'histoire du droit et le droit comparé en tant que matière autonome.

On pourrait envisager une approche davantage didactique en insistant sur la forme de la matière plutôt que sur son fond. Il est en effet important de comprendre les concepts de cette discipline tel que celui de « famille juridique ». Si l'on doit être capable d'expliquer l'utilité d'un tel outil, reconnaissons qu'il peut aussi sembler ambigu. Le comparatiste use de mots de vocabulaire et d'expressions assez variés afin de qualifier les notions de base de sa matière. Il utilise ainsi avec aisance des mots comme *la greffe*, *la transmigration*, *la fécondation croisée* et autres concepts biologiques assez atypiques. Il faut néanmoins garder un regard critique sur ces expressions novatrices qui demeurent assez floues et ne pas oublier qu'il s'agit d'emprunts faits par le comparatiste pour qualifier une institution ou notion de droit.

On peut évoquer également un autre concept essentiel de la matière, c'est-à-dire « le fonctionnalisme », notion selon laquelle les juristes de droit comparé doivent appréhender les lois des différents pays afin de trouver des solutions à des problèmes sociaux similaires. Il faut dans ce cas connaître d'une part l'importance de cette idée dans le système de pensée développé par Zweigert et Kötz<sup>1</sup> mais aussi être capable d'avoir un regard critique sur l'idéologie cachée derrière ce concept. Il faut en effet se familiariser aussi avec la position contraire, surtout développée par le comparatiste canadien Pierre Legrand, selon laquelle le fonctionnalisme est une illusion. On ne peut en effet réellement trouver des situations similaires dans les différents systèmes juridiques. Toute convergence est impossible, même si l'on tente de le masquer par le fonctionnalisme.

On peut alors considérer le droit comparé comme un bouquet composé de mots précieux, dont chacun pourrait orner n'importe quel discours juridique. Il serait utile aux étudiants en droit de se

---

<sup>1</sup> K. ZWIEGERT, H. KÖTZ, *Introduction to comparative law*, Oxford, 1998. Voir aussi : J. HUSA, « Farewell to functionalism or methodological tolerance ? », dans E. RABEL, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Berlin, vol. 67, n°3, pp. 419-447.

familiariser avec ce genre d'expressions afin de pouvoir discuter de leur pertinence. Le droit comparé se base en même temps sur une dichotomie. Les notions fondamentales font presque toujours l'objet de discussion. L'ensemble de ces débats pourront également nous révéler, voire nous permettre, d'élaborer l'histoire d'une discipline sans réels fondements. Le droit comparé est davantage basé sur l'emploi des mots et des notions, dont les étudiants en droit doivent être conscients afin de comprendre qu'il n'est pas aisé de trouver des modes de comparaison. Il est important de rappeler ici qu'il n'existe pas de méthode en droit comparé. La terminologie juridique de cette matière propose des outils linguistiques à la fois très utiles pour comprendre des points de vue divergents mais également apprécier le fait que le droit est parfois plus concerné par les mots que par des réalités.

Il existe diverses approches en droit comparé, que nous allons analyser à présent. La première revient à ceux qui ont entrepris une analyse critique des concepts traditionnels - tels que « les familles juridiques », « le fonctionnalisme », « l'harmonisation », « l'unification », avec l'objectif de problématiser le projet sous-jacent d'une harmonisation de la loi. On peut parler ici d'une approche analytique ou critique du droit comparé. Une autre approche plus traditionnelle est largement reconnue dans l'ouvrage de Zweigert et Kötz intitulé « Introduction to comparative law ». S'il s'agit actuellement du manuel de référence pour tous les spécialistes de droit comparé, c'est aussi l'ouvrage qui a donné naissance à l'étude menée sur les « familles juridiques » (le droit civil divisé entre les branches françaises et allemandes, le *common law*, la famille juridique nordique, les systèmes religieux islamistes et hindouistes, et l'Asie de l'Est), étude rapidement orientée et donc limitée à une micro-comparaison du droit privé aux seuls systèmes de droit romano-germanique et de *common law*, oubliant ainsi le but originel. Le fonctionnalisme est ici le mot clé et l'idée majeure serait d'harmoniser les droits romano-germaniques et de *common law*, considérés comme les systèmes juridiques de référence dans le monde. Enfin la troisième approche serait davantage culturelle ou traditionnelle – voire même historique. Elle est illustrée par Patrick Glenn dans son livre « Legal Traditions of the World »<sup>1</sup>. Ce que l'on retient surtout ici c'est que l'auteur, après avoir introduit le concept quelque peu maladroit de « chthonic law »<sup>2</sup> afin de remplacer celui obsolète de droit primitif, consacre quasiment le même nombre de pages aux différentes traditions (et non aux systèmes ou aux familles juridiques). Dans les différents chapitres, il aborde dans un ordre chronologique le droit juif, le droit romano-germanique, le droit islamique, le common law, le droit hindou et en dernière position le droit de l'Asie de l'Est, à savoir la Chine.

On peut distinguer les deux premières de la troisième approche au sens où l'approche traditionnelle accorde une importance particulière aux cultures juridiques existantes en dehors de l'Europe afin de mieux comprendre la loi. On peut espérer que c'est ce à quoi les historiens du droit tendront bientôt. Cette approche d'une culture juridique globale trouve son point de départ non pas dans le « droit dur » mais le « droit mou », c'est-à-dire l'étude de la pensée juridique et des idées originelles permettant de comprendre l'administration du droit en fonction de sa localisation.

Quelques idées de base sont fondamentales dans cette approche personnelle et différent d'ailleurs de l'approche traditionnelle de Patrick Glenn. En effet, s'il semble intéressant de

---

<sup>1</sup> P. GLENN, *Legal Traditions of the World*, Oxford, 2000.

<sup>2</sup> Il nous semblait difficile ici de traduire littéralement cette expression.

classifier les différentes pensées juridiques comme des cultures ou des traditions, le concept d'Etat-nation et l'histoire de chaque pays demeurent des instruments utiles à la compréhension de la loi. On peut évoquer ici le droit romano-germanique qui a essentiellement hérité du droit romain, même si l'on peut facilement différencier le droit français du droit allemand. Autre exemple avec la Russie et son « Grazdanskij Codeks » que l'on pourrait tenter de placer dans la famille juridique romano-germanique : on ne peut saisir correctement les différences majeures que présente la pensée juridique russe sans se souvenir de l'histoire de la Russie. En effet les invasions mongoles, le gouvernement autocratique, le communisme et encore d'autres particularités historiques ont formé une Russie avec une histoire différente, histoire a permis à ce pays de faire à la fois partie intégrante de l'Europe et de se distinguer des autres Etats de l'Europe de l'Ouest. On ne peut pas comprendre le fonctionnement de ce pays sans tenir compte de son histoire, notamment lorsqu'on tente de la faire entrer dans la famille juridique romano-germanique. Il faudrait donc inclure dans la culture juridique globale un chapitre spécifique sur la Russie.

Par ailleurs, on peut considérer que les règles juridiques, lorsqu'elles sont étudiées à un certain niveau, peuvent sembler similaires d'un point de vue global. Le *common law* et le droit romano-germanique ont en effet plus ou moins conquis le monde pour la plupart des questions juridiques traditionnelles, et pour le reste, ce sont les règles de droit international qui sont utilisées. La différence majeure qui existe tient au point de vue des hommes sur le droit et la société. Même si l'Inde a par exemple adopté le système de *common law* ou que la Chine se situe au centre d'un carrefour<sup>1</sup> influencé par les droits européen, russe ou américain, ces pays présentent malgré tout des différences. Si la loi semble similaire, les personnes pensent différemment. Derrière cette unité apparente se cachent des différences de culture qui doivent être reconnues.

On peut enfin penser qu'il faut être conscient de ce qu'il se passe en dehors de l'Europe pour comprendre la loi. C'est particulièrement vrai s'agissant d'une institution bien connue comme la constitution américaine et de la pensée constitutionnelle basée sur cette dernière mais aussi par rapport au rôle des juges et du pouvoir judiciaire dans le monde moderne. La Cour Suprême des Etats-Unis s'est particulièrement démarquée lorsqu'elle a pointé du doigt le rôle des juges mais d'autres cours comme la Cour constitutionnelle de l'Allemagne, le *Bundesverfassungsgericht*, ou la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud disposent également d'une certaine notoriété et ont ainsi leur place dans le processus de juridicisation de la vie sociale.

### **III - Droit comparé et approche globale : vers une culture juridique globale ?**

On en vient finalement à se demander quel serait l'apport de cette culture juridique globale. Quels bénéfices un juriste ou un étudiant en droit pourrait-il tirer d'une telle approche ? La réponse traditionnelle donnée lorsqu'on s'interroge sur l'utilité du droit comparé est de dire que l'étude de systèmes juridiques étrangers nous permet de mieux comprendre le notre. Lorsqu'on étudie le droit comparé, il faut absolument tenir compte des conseils donnés par Max Rheinstein<sup>2</sup> afin de réussir à envisager différemment notre propre loi. Mais l'importance d'une culture globale peut aussi

---

<sup>1</sup> H. PICQUET, *La Chine au carrefour des traditions juridiques*, Bruxelles, 2005.

<sup>2</sup> « Essayer d'oublier que vous avez déjà étudié le droit... », M. RHEINSTEIN, « Comparative Law : its Functions, Methods and Usages », dans *Arkansas Law Review*, S.L., 1968, vol. 22, n°3, p. 421.

s'entendre différemment. Dans un monde globalisé, la découverte de différentes pensées juridiques peut être utile à l'appréhension des spécificités de nos propres règles de droit. Mais cette connaissance des diverses traditions juridiques peut également nous permettre de comprendre ce qu'il se passe autour du monde, figurant ainsi comme un outil de communication entre des personnes de culture différente.

Notre approche du contenu didactique de ce que serait un droit global ou en d'autres termes, la question de savoir ce qu'il faudrait enseigner, diffère de ce que Patrick Glenn propose dans son ouvrage. L'auteur aborde d'abord les sources légales, les institutions fondamentales et leurs changements. Il faudrait également y ajouter ce qu'on appellerait « le droit en action », c'est-à-dire la matière telle qu'elle est utilisée dans les cours et son application effective en société. Il semblerait en effet inutile de réaliser des micro-comparaisons dans le cadre d'une culture juridique globale entre le droit de la famille, le droit des biens ou encore le droit des obligations. Il est avant tout essentiel de connaître non seulement les constitutions, les juridictions et les jurisprudences célèbres de chaque système mais également le développement historique de chaque culture juridique. Notre approche serait davantage celle d'un historien du droit pour qui l'importance de certains éléments pris individuellement permet la compréhension d'un tout.

Nous donnerons pour finir quelques exemples de faits traditionnels qui peuvent sembler déterminants dans la compréhension des cultures ou traditions juridiques<sup>1</sup>, sans perdre de vue le noyau dur de notre pensée, c'est-à-dire l'Etat-nation.

Lorsqu'on aborde d'abord le droit romano-germanique, la plupart des auteurs soulignent l'importance du droit romain, du *jus commune* et du droit naturel comme mouvements décisifs dans sa création. Il faut néanmoins distinguer les développements suivis en France et en Europe du Sud de ceux adoptés par l'Allemagne ou l'Amérique latine, ce qui permet d'ailleurs de mettre en exergue les différentes branches du droit romano-germanique. La Russie, comme nous l'avons déjà mentionné, est un sujet important qu'il faudrait développer dans un chapitre particulier.

Le *common law* est ensuite différent en Angleterre et aux Etats-Unis. On peut citer à ce titre la célèbre affaire *Donoghue v. Stevenson* (« The snail in the ginger beer » : *l'escargot dans la bouteille de soda*) comme exemple caractéristique du raisonnement juridique anglais, ou encore l'importance de certaines personnalités et de leur style comme Lord Denning, ancien président de la Cour d'appel anglaise, célèbre pour ses prises de position audacieuses. Il faudrait également inclure l'exemple de la constitution américaine et son application particulière à travers quelques cas jurisprudentiels. Les notions clés pour comprendre la pensée constitutionnelle moderne devront être abordées comme l'origine de la révision judiciaire, l'affaire célèbre de *Marbury v. Madison* ou encore les débats américains actuels sur l'évolution de la pensée constitutionnelle avec les théories de l'originalisme<sup>2</sup>, du dynamisme ou de l'instrumentalisme.

---

<sup>1</sup> Voir à ce propos : D. TAMM, *Global retskultur – en indføring i komparativ ret på historisk grundlagt*, Danemark, 2009.

<sup>2</sup> A. SCALIA, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton, 1997.

Les étudiants doivent à présent être conscients du mélange existant entre des systèmes juridiques et comprendre ainsi comment le droit romano-germanique et le *common law* peuvent tous deux faire partie d'un même système, comme c'est le cas en Afrique du Sud. Dans le monde actuel, les étudiants en droit doivent saisir les bases du droit islamiste qu'on peut logiquement considérer comme un système juridique sans ancrage dans un Etat particulier avec des sources propres. Concernant l'Afrique, il faudrait d'ailleurs introduire la dichotomie entre le *common law* ou le droit romano-germanique et le droit coutumier : la période coloniale apparaîtrait alors comme cruciale pour comprendre le fonctionnement de ces droits en dehors de l'Europe.

Le continent indien doit en outre être considéré comme un système juridique à part entière où l'on se doit de maîtriser le Veda, le Dharmashastra et les lois de Manu, les droits islamique et hindou. Il nous faut encore connaître l'histoire de l'Inde moderne, le Raj britannique, celui de Nehru et Gandhi, la constitution indienne et le principe de sécularité afin de mieux appréhender la loi respectée par plusieurs milliards de personnes. Il ne faut pas non plus sous-estimer le rôle de certains fonctionnaires britanniques comme Thomas Macauley dans la confection d'un droit colonial spécifique à l'Inde. La connaissance de certaines affaires célèbres comme celle du cas de *Shah Bano*<sup>1</sup> illustre également parfaitement les tensions sous-jacentes dans la société indienne entre les droits indien et musulman.

Si l'on étudie la Chine et le Japon, il faut enfin souligner l'influence qu'on pu avoir les pays de l'Ouest au cours du XIX<sup>e</sup> siècle mais aussi saisir la distinction entre le « li » et le « fa » ou encore comprendre la réticence traditionnelle du confucianisme à accepter un droit officiel. La pensée traditionnelle chinoise tient aussi une place importante dans la compréhension de ce droit.

Le juriste du XXI<sup>e</sup> siècle ne peut finalement pas limiter ses connaissances à son seul droit national, aux seuls droits romano-germaniques ou du *common law*. Les exemples que nous avons cités devraient ainsi être impérativement connus des étudiants en droit. L'ensemble pourrait constituer ce qu'on appellerait un canon de culture juridique globale ou en allemand une formation générale juridique (« Globalrechtliche Allgemeinbildung ») à l'image du carnet de voyage d'un pays mentionnant les lieux à ne pas manquer. Appréhender la loi d'un point de vue global ressemblerait à un voyage autour du monde. Vous serez alors considéré comme un étranger si n'êtes pas ressortissant ou si vous n'êtes plus venu depuis très longtemps. Mieux vaut pourtant être considéré comme un étranger averti plutôt que comme un ignorant.

La culture juridique globale ne serait pas un outil parachevant une certaine unité ou harmonisation de la loi. Ce serait davantage un instrument facilitant l'appréhension de certaines règles juridiques ou normes a priori similaires derrière lesquelles se cachent des différences de système d'éducation ou de valeurs. Il ne faut définitivement pas penser que la connaissance d'une culture juridique globale pourrait nous aider à franchir le fossé existant entre les différentes cultures juridiques. Elle nous aiderait davantage à comprendre pourquoi des personnes vivent différemment de nous, ce qui constitue déjà un premier pas vers une certaine prise de conscience.

---

<sup>1</sup> Mohd. Ahmed Khan v. Shah Bano Begum, 1985 : sur le divorce d'une femme musulmane.

L'historien du droit dispose de l'information du droit venant de près-ce-que tout le monde et de tous les temps. Il faut éléger son « champs » et ses instruments. Parmi eux ceux du comparatiste peuvent se montrer très utile pour l'historien au même temps que le comparatiste pu profiter par la perspective de l'historien du droit.





# L'enseignement de l'histoire du droit privé français à travers quelques manuels (XIX<sup>e</sup>-XXI<sup>e</sup> siècle)

Didier Veillon<sup>1</sup>

« Il y a toujours eu des juristes pour cultiver le passé du droit », observent les professeurs Jacques Krynen et Bernard d'Alteroche dans un récent ouvrage paru sous leur direction<sup>2</sup>. Et de noter que Pomponius consacrait déjà au II<sup>e</sup> siècle de notre ère des commentaires sur les origines de la législation à Rome. Nos deux collègues n'en constatent pas moins qu'il faut attendre le XVI<sup>e</sup> siècle pour voir l'histoire du droit se constituer « en tant qu'objet scientifique »<sup>3</sup>. De fait, c'est bien à cette époque que cette discipline est apparue « dans le milieu des humanistes français de l'École de Bourges »<sup>4</sup>. Pour autant, l'étude des liens particulièrement étroits unissant l'histoire et le droit se développera essentiellement au XIX<sup>e</sup> siècle sous l'égide de l'École historique allemande. Ce sont en effet des universitaires d'outre-Rhin qui, les premiers, engageront une profonde et intense réflexion sur l'évolution de la science juridique dans le temps. En ce domaine s'illustreront notamment Gustav Hugo (1764-1844) et à sa suite Karl Friederich Eichhorn (1781-1854) puis Georg Friedrich Puchta (1798-1846). Quoi qu'il en soit, le plus célèbre représentant de ce courant de pensée demeure à n'en pas douter Friederich Carl von Savigny (1779-1861) dont l'influence fut prégnante au sein d'un cercle de juristes français, certes relativement restreint – du moins pendant la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle – mais de tout premier ordre : y figurent entre autres Jourdan (1791-1826), Lermnier (1803-1857), Troplong (1795-1869), Klimrath (1807-1837) ou encore Laferrière (1798-1861). Ces hommes peinent cependant à convaincre nombre de leurs collègues et plus encore les autorités de l'intérêt que représente l'essor des études historiques du droit français.

Créées par une loi du 22 ventôse an XII (13 mars 1804), précisée par un décret du quatrième jour complémentaire de la même année (21 septembre 1804), les écoles de droit, qui prendront le titre de facultés en 1808, ont alors pour vocation première sinon exclusive de former des praticiens en leur enseignant d'abord et avant tout le droit civil français, seule matière dispensée tout au long des trois années de scolarité nécessaires en vue d'obtenir la licence<sup>5</sup>. Quant à l'histoire du droit proprement dite, elle est réduite à une espèce de succédané sous la forme d'un cours de « droit romain dans ses rapports avec le droit français », dispensé en première année. La promulgation du Code civil ayant fait table rase des sources de l'ancien droit, l'histoire semble à tout le moins inutile, voire peut-être suspecte d'entretenir une forme de nostalgie à l'égard d'une société à jamais révolue. Pour autant, la Restauration n'est pas beaucoup plus encline que le régime précédent à faire place à quelque enseignement historique dans les facultés de droit, même si une ordonnance royale du 26 mars 1829 y introduit une histoire du droit civil français en doctorat. C'est alors surtout en dehors de l'université que l'École historique allemande exerce une réelle fascination chez certains

---

<sup>1</sup> Professeur à l'Université de Poitiers. Institut d'Histoire du Droit (IHD – EA 3320)

<sup>2</sup> *L'Histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, Paris, Classiques Garnier, 2014, p. 13.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> F. AUDREN, J.-L. HALPERIN, « La science juridique entre politique et sciences humaines (XIX<sup>ème</sup>-XX<sup>ème</sup> siècles) », *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, 2001, p. 3.

<sup>5</sup> J. GATTI-MONTAIN, *Le système d'enseignement du droit en France*, Lyon, Presses Universitaires de Lyon, 1987.

juristes novateurs, notamment parmi les collaborateurs de la *Thémis*, revue fondée en 1819 par le jeune Athanase Jourdan, mais qui ne survivra pas à la disparition de son créateur décédé prématurément en 1826 à l'âge de 35 ans<sup>1</sup>. Au début de la monarchie de Juillet, l'histoire du droit n'en suscite pas moins un réel regain d'intérêt comme en témoigne les travaux d'Henri Klimrath. Le titre de sa thèse de doctorat, soutenue à Strasbourg en 1833, dénote l'ambition de l'auteur : *Essai sur l'étude historique du droit et son utilité pour l'interprétation du Code civil*<sup>2</sup>. Après avoir constaté que le droit était trop souvent perçu comme « une étude aride, peu intéressante »<sup>3</sup>, Klimrath estime que ce reproche est par trop fondé dans la mesure où « par une méthode déplorable », on le réduit « à n'être plus qu'une pure affaire de mémoire, afin de retenir les dispositions de la loi, et une interprétation grammaticale et logique, afin d'argumenter subtilement des cas prévus aux cas pour lesquels il manque une solution légale »<sup>4</sup>. Et de renchérir : « N'oublions pas quels devoirs sont imposés à l'enseignement public. Il ne s'agit pas seulement de former des juges, des avocats, des notaires ; mais avant tout des hommes et des citoyens »<sup>5</sup>. Aussi convient-il de recourir à l'enseignement de la philosophie et de l'histoire. Si Klimrath laisse à d'autres le soin de montrer les bienfaits de la première discipline, il insiste en revanche sur les avantages de la seconde. À l'instar de ce que Guizot ou Augustin Thierry ont réalisé en faveur de « l'histoire générale », les jurisconsultes français doivent donner à l'histoire du droit ses lettres de noblesse en s'inspirant du modèle allemand. Et de rendre un vibrant hommage à Hugo, Savigny, Eichhorn ou encore Mittermaier. Dès lors, l'approche historique est-elle indispensable pour combler les lacunes du Code. Selon Klimrath, « Portalis qu'un heureux pressentiment rattachait à tant d'égards des principes de l'école historique »<sup>6</sup> en avait d'ailleurs pleinement conscience quand il déclarait que les codes des peuples se font avec le temps, mais qu'à proprement parler on ne les fait pas<sup>7</sup>.

De son côté, Troplong publie dans le premier numéro de la *Revue de législation et de jurisprudence* un article au titre évocateur : « De la nécessité de réformer les études historiques applicables au droit français »<sup>8</sup>. Et de constater : « Depuis quelques temps les tribunaux retentissent de hautes questions de jurisprudence, et le droit semble avoir renoué son antique alliance avec l'histoire »<sup>9</sup>. Un tel état de choses n'est pas pour déplaire à l'auteur qui souligne à l'envi combien il est parfois nécessaire à des magistrats de recourir « à nos vieilles annales » pour trancher des litiges en certaines matières comme celle des droits d'usage des communes. Pour autant, Troplong n'en tient pas moins un discours nuancé sur l'intérêt de telles démarches. En sa qualité de magistrat, il

---

<sup>1</sup> Sur l'influence de l'École historique allemande, voir J.-L. HALPERIN, « L'histoire du droit constituée en discipline : consécration ou repli identitaire ? », *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, 2001, p. 9-32.

<sup>2</sup> Imprimerie de F. G. Levrault, Strasbourg, 1833.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 1.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> *Ibid.* p. 2-3.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 14.

<sup>7</sup> Ajoutons qu'on doit à Klimrath une « carte de la France coutumière », publiée en annexe d'une *Études sur les coutumes* (1837) ; elle est toujours utilisée aujourd'hui.

<sup>8</sup> *Revue de législation et de jurisprudence*, t. I<sup>er</sup>, octobre 1834-mars 1835, p. 1-14.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 1.

confesse avoir pris part à des débats judiciaires l'ayant amené à consulter « quelques un de nos feudistes et publicistes les plus renommés, par exemple Dumoulin, Loyseau, Lebret, d'Aguesseau, Henrion de Pansey ». Toutefois, ajoute-t-il aussitôt : « je n'ai rien trouvé dans ces écrivains qui puisse satisfaire les esprits nourris des saines doctrines mises en honneur par l'école historique du dix-neuvième siècle »<sup>1</sup>.

L'influence de ce courant d'idées n'en produit pas moins des effets dans l'enseignement de l'histoire du droit en France. Du moins est-ce l'opinion développée par un jeune docteur de l'université de Toulouse : Ginoulhiac (1818-1895). Dans une contribution publiée en 1845 dans la *Revue de législation et de jurisprudence*<sup>2</sup>, celui-ci constate que l'étude du droit romain a considérablement évolué depuis son introduction quarante ans plus tôt dans les écoles de droit. Alors, il n'était pas demandé d'enseigner « le pur droit romain » mais celui dispensé dans l'Université de l'Ancien Régime à travers les institutes de Serres ou de Boutaric et présentant surtout quelque utilité pour comprendre le Code civil. Or, sous l'influence des romanistes allemands de l'École historique, leurs homologues français se sont progressivement écartés des injonctions du législateur de 1804 pour ne s'occuper que de droit romain classique. Dès lors, affirme Ginoulhiac, « on a donc supprimé de fait une chaire d'histoire du droit français dans les Facultés, car le droit romain, enseigné comme l'entendait la loi de l'an XII, *dans ses rapports avec le droit français*, n'était pas autre chose »<sup>3</sup>. Loin de blâmer une telle évolution dans la mesure où elle participe aux progrès de la science, Ginoulhiac considère toutefois qu'il convient plus que jamais de promouvoir également un véritable enseignement historique de notre droit national. Au mieux, assure-t-il, une telle matière fait l'objet de cours supplémentaires confiés à des professeurs suppléants qui la négligent trop souvent car elle ne leur apparaît guère utile dans la préparation d'un concours en vue d'obtenir une chaire. Aussi Ginoulhiac propose-t-il de créer dans toutes les facultés une chaire spécifique d'histoire du droit qui serait, selon ses dires, « une annexe »<sup>4</sup> de celles de droit civil.

De telles innovations seront finalement consacrées durant les deux dernières décennies du XIX<sup>e</sup> siècle. C'est en effet sous la Troisième République, devenue réellement républicaine, que le rôle de l'histoire du droit sera reconsidéré dans l'enseignement supérieur<sup>5</sup>. En effet, un décret du 28 décembre 1880 met en place un cours annuel et un examen d'histoire générale du droit français en première année. Par ailleurs, une agrégation d'histoire du droit est instituée en 1896.

Parce que depuis près de deux siècles, il participe, à des degrés divers selon les époques et les lieux, à la formation de tous les étudiants en droit de notre pays, parce que depuis plus d'un siècle, il est doté d'un corps d'universitaires qui lui est propre, l'enseignement de l'histoire du droit français doit retenir l'attention. Dans le cadre de cette modeste contribution, traiter un tel sujet dans son ensemble serait évidemment une gageure. Aussi envisagerons-nous seulement l'histoire de

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>2</sup> « De l'étude et de l'enseignement de l'histoire du droit en France », *Revue de législation et de jurisprudence*, mai-août 1845, p. 155-197.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 182. Les mots écrits en italique l'ont été par l'auteur.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 196.

<sup>5</sup> J.-L. HALPÉRIN, *art. cit.*, p. 22 et suiv.

l'enseignement du droit privé. Nous le ferons en compulsant les avant-propos, introductions et préfaces de manuels publiés depuis le XIX<sup>e</sup> jusqu'à nos jours. Outre qu'une telle démarche permet de cerner au plus près la pensée des auteurs, elle offre également à notre sens un éclairage sur l'évolution de l'histoire du droit privé dans nos facultés. Or en ce domaine, la réforme de la licence en droit du 27 mars 1954 nous semble constituer une étape fondamentale dans la mesure où elle accentue considérablement l'importance de cette matière au sein de l'Université. Précédemment, l'étude didactique de l'histoire du droit privé n'en avait pas moins déjà connu une profonde mutation : intégrée au XIX<sup>e</sup> siècle dans des ouvrages généraux sur l'histoire du droit français, elle fera au tournant du siècle suivant l'objet de livres spécifiques (I). Cette tendance se confirmera avec la réforme de 1954 (II).

### **I – Vers une lente autonomie de l'histoire du droit privé (XIX<sup>e</sup>- première moitié du XX<sup>e</sup> siècle)**

« Nous avons sur l'histoire du droit français un petit abrégé français par Fleuri, un petit épitome latin par Silberrad et un volume par Bernardi. Notre richesse se borne à cela », écrit Klimrath en 1835 dans la *Revue de législation et de jurisprudence*<sup>1</sup>. Selon lui, ces trois ouvrages sont en outre très insuffisants dans la mesure où ils « n'embrassent que l'histoire externe du droit », définie comme étant « l'histoire des sources du droit et des faits politiques ou sociaux nécessaires à leur explication », par opposition à « l'histoire interne », celle « du fond du droit, de ses dispositions de ses principes »<sup>2</sup>. Pertinent à bien des égards, le jugement porté sur les ouvrages cités n'en est pas moins sévère. Ainsi l'*Histoire du droit français* de l'abbé Claude Fleury (1640-1723), parue pour la première fois en 1674 – alors de manière anonyme – traduit une « pensée juridique... originale à plus d'un titre »<sup>3</sup>. Ce livre est non seulement le premier dont le titre fait expressément référence à l'histoire du droit français mais également à traiter véritablement d'un tel sujet. Son auteur, comme dans toute son œuvre, y témoigne « le souci de remonter en toute chose aux fondements, tant logiques qu'historiques »<sup>4</sup>. Cette rigueur scientifique apportée à l'étude de la genèse du droit français, dans l'analyse des relations entre le droit romain et les coutumes, donne à penser, avec nos collègues Fabrice Hoarau et Xavier Godin, que nous sommes en présence d'une œuvre tout à la fois pionnière et résolument moderne<sup>5</sup>. Quant à l'*Historiae juris Gallicani* de Jean-Martin Silberrad (1707-1760), publiée en 1751 et rééditée en 1765, elle est écrite par « un des plus brillants juristes

---

<sup>1</sup> H. KLIMRATH, « Programme d'une histoire du droit français », *Revue de législation et de jurisprudence*, avril-septembre 1835, p. 87. – Sur Henri Klimrath : F. AUDREN, « Écrire l'histoire du droit français : science du politique, histoire et géographie chez Henri Klimrath (1807-1837) », *Histoire de l'histoire du droit*, Actes des Journées internationales de la Société d'Histoire du Droit, Toulouse, 1-4 juin 2005, Textes réunis par J. POUMAREDE, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2006, p. 113-143 ; du même auteur, on peut également lire la contribution publiée dans le *Dictionnaire historique des juristes français XII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, s. dir. P. ARABEYRE, J.-L. HALPERIN et J. KRYNEN, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2007, v<sup>o</sup> Klimrath Henri, p. 439-440.

<sup>2</sup> « Programme... », art. cit., p. 88.

<sup>3</sup> X. GODIN, « L'*Histoire du droit français* de l'abbé Claude Fleury 1674 », *Histoire de l'histoire du droit*, op. cit., 2006, p. 63.

<sup>4</sup> N. HEEP, *Dictionnaire du Grand Siècle*, s. dir. F. BLUCHE, Paris, Fayard, 1990, v<sup>o</sup> Fleury (L'abbé Claude), p. 600.

<sup>5</sup> F. HOARAU, *Dictionnaire historique des juristes français...*, v<sup>o</sup> Fleury Claude, p. 333-335 ; X. GODIN, art. cit.

strasbourgeois de son temps »<sup>1</sup>. Joseph-Dominique-Elzéard de Bernardi (1751-1824) présente également un réel intérêt. Certes son ouvrage *De l'origine et des progrès de la législation française ou Histoire du droit public et privé de la France*, paru en 1816, peut prêter le flanc à la critique ne serait-ce que parce que son auteur, fervent légitimiste, se complait à fustiger l'œuvre juridique révolutionnaire et napoléonienne. Pour autant, Klimrath lui reproche surtout de se montrer par trop superficiel. Et d'affirmer : « Nous ne craignons pas de le dire : qui cherche la connaissance de l'histoire du droit français dans l'ouvrage de Bernardi (et c'est le plus étendu des trois), ne ressemble pas mal à celui qui penserait trouver la connaissance de l'antiquité dans les *Beautés* de l'histoire grecque ou romaine »<sup>2</sup>. Or, l'étude, en dépit de ses défauts, atteste d'une incontestable démarche historique.

Plus injustes encore apparaissent les propos de Klimrath quand celui-ci refuse de citer d'autres livres en dehors des trois auxquels il fait expressément référence, « tant ils sont au dessous de toute critique »<sup>3</sup>. Ainsi ne mentionne-t-il pas certains opuscules destinés aux étudiants comme le *Précis historique de législation française* d'Alexandre Cérésa-Bonvillaret (1811) ni l'*Introduction à l'histoire du droit français et à l'étude du droit naturel* de Thomas Pascal Boulage (1821). Mais il ne fait pas non plus la moindre allusion à l'*Introduction générale à l'histoire du droit* d'Eugène Lerminier (1829). Certes cet ouvrage, qui valut à son auteur une grande réputation tant en France qu'à l'étranger, ne concerne pas exclusivement l'histoire du droit français : il contient entre autres des développements sur Grotius, Pufendorf, Leibnitz, Thomasiaus, Wolf, Heineccius, Vico, mais également sur l'école historique allemande dont Lerminier fut l'un des premiers diffuseurs en notre pays. Quoiqu'il en soit, son *Introduction générale* n'en présente pas moins aussi des observations sur les travaux de juristes français (Cujas, Doneau, Dumoulin, Bodin, Pothier, Montesquieu...), sur les projets de code civil préparés sous l'égide de Cambacérès pendant la Révolution et sur la codification napoléonienne. Autant de sujets qui auraient sans doute pu mériter quelque intérêt de la part de Klimrath. Mais il n'en est rien et ce n'est pas davantage le cas en 1836 quand, toujours dans la *Revue de législation et de jurisprudence*, celui-ci fait un compte rendu de l'*Histoire du droit français* écrite par Firmin Laferrière<sup>4</sup>. À titre liminaire, Klimrath adresse ses remerciements à l'auteur « pour nous avoir délivrés des tristes lieux communs que nous étions condamnés à répéter sans cesse sur le manque absolu d'un livre passable sur l'histoire du droit en France »<sup>5</sup>. Pourtant, celui de Laferrière « laisse beaucoup à désirer »<sup>6</sup>. Or, parmi les griefs formulés à son encontre, il en est un qui doit retenir ici plus particulièrement notre attention. Klimrath, après avoir évoqué une nouvelle fois Fleury, Silberrad et Bernardi, note en effet que l'auteur a pris le contrepied de ses devanciers : « il s'est retranché dans la spécialité du droit privé, pour n'en sortir que par accident »<sup>7</sup>. Une telle attitude pourrait-il est vrai aisément se justifier dans la mesure où

---

<sup>1</sup> L. PFISTER, *Dictionnaire historique des juristes français...*, v° Silberrad Jean-Martin, p. 714-715.

<sup>2</sup> « Programme... », *art. cit.*, p. 89.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 87.

<sup>4</sup> *Revue de législation et de jurisprudence*, avril-septembre 1836, p. 48-62.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 48.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> *Ibid.* p. 49.

« l'histoire du droit civil est une spécialité assez vaste pour qu'il soit permis de s'y restreindre ». Encore faudrait-il, selon Klimrath, « posséder une histoire du droit public de la France, une histoire complète et scientifique de la constitution comme de l'administration de l'état et de ses diverses parties ». Et de constater : « Cette histoire, chacun le sait, n'existe point, et à son défaut, c'est pour l'historien du droit une obligation rigoureuse de la faire, de la comprendre dans son plan, sous peine d'égarer ses lecteurs et de s'égarer lui-même »<sup>1</sup>. De fait, Laferrière limite son étude aux institutions civiles dont il explore les quatre sources principales : le droit romain, le droit coutumier, le droit canonique et enfin celui des ordonnances royales. Dans la même veine, deux ans plus tard, en 1838, il publie un second tome de son *Histoire du droit français* consacré à la législation civile sous la Révolution et le Consulat. En 1839, il fait également paraître un *Cours de droit public et administratif* qui reproduit son enseignement. Cette volonté d'embrasser l'évolution du droit dans son ensemble est toutefois surtout présente dans son *Histoire du droit civil de Rome et du droit français*. Parue de 1846 à 1858 en six volumes, elle envisage le droit privé et le droit public mais avec une nette prédominance pour le premier ; tendance qui eût été sans doute en partie corrigée si Laferrière n'avait pas été surpris par la mort alors qu'il rédigeait un septième volume sur l'esprit des institutions publiques de l'époque franque à la fin de l'Ancien Régime<sup>2</sup>.

Quoi qu'il en soit, au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, l'enseignement de l'histoire du droit privé n'est guère distingué de celui de l'histoire du droit public et se trouve de surcroît souvent réduit à la portion congrue. En témoigne le *Précis historique du droit français. Introduction à l'étude du droit*, de Jules Minier (1821-1859)<sup>3</sup>. Dans la préface de son ouvrage publié en 1854, ce jeune professeur suppléant provisoire à la Faculté de droit de Poitiers rappelle tout d'abord qu'il fut chargé en 1849 d'un cours d'introduction à l'étude du droit faisant une large place à l'histoire. « Les études – explique-t-il – auxquelles, je m'étais livré en commençant par Klimrath, me donnèrent l'idée d'initier les élèves à la connaissance de nos antiquités juridiques, et de leur donner des notions que, peu d'années avant, j'avais été si désireux d'acquérir »<sup>4</sup>. Se référant au rapport fait à Louis-Philippe dans les années 1830 par Victor Cousin sur les chaires d'encyclopédie de droit, il confie avoir divisé son enseignement en deux parties : une première portant sur les définitions indispensables, suivies de quelques détails sur l'organisation judiciaire et de l'étude du titre préliminaire du Code Napoléon ; une seconde consacrée à « un résumé de l'histoire du droit français » fondé sur « les riches matériaux fournis par les jurisconsultes et publicistes modernes » permettant de « faire une analyse complète des sources du droit depuis l'invasion de la Gaule par les Francs jusqu'à la codification »<sup>5</sup>. Et d'ajouter : « Mon livre est plutôt une table raisonnée des matières qu'un exposé scientifique de l'ancienne législation »<sup>6</sup>. Mais il traite essentiellement du droit public et pour chaque période « seulement quelques brèves sections sont consacrées à des questions relevant du droit

---

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> Sur Laferrière, voir : Y.-A. DURELLE-MARC, « La *Revue bretonne de droit et de jurisprudence* de F. Laferrière et l'École historique française du droit », *Histoire de l'histoire du droit*, op. cit., p. 373-387 ; J.-J. CLERE, *Dictionnaire historique des juristes français...*, v<sup>o</sup> Laferrière Louis-Firmin-Julien, p. 451-453.

<sup>3</sup> Paris, A. Marescq et E. Dujardin, Libraires éditeurs, 1854.

<sup>4</sup> *Ibid.*, préface, p. I.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. II et III.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. III.

civil »<sup>1</sup>. Il n'en constitue pas moins un remarquable ouvrage de vulgarisation à l'adresse d'étudiants néophytes<sup>2</sup>.

La même démarche didactique anime d'autres auteurs à la suite du décret du 28 décembre 1880 instaurant dans toutes les facultés de droit un enseignement d'histoire du droit général français en première année. Édouard Guétat se félicite d'une telle évolution. Dans son *Histoire élémentaire du droit français depuis ses origines gauloises jusqu'à la rédaction de nos codes*<sup>3</sup>, ce professeur à la Faculté de droit de Grenoble note avec une évidente satisfaction : « Jusqu'en 1881, les étudiants, initiés tout d'abord aux secrets de la législation romaine, étaient appelés, sans autre transition, à l'étude du droit moderne. On leur montrait ainsi la source et l'embouchure du grand courant qui a formé la législation contemporaine ; et on leur en cachait le cours... Et cependant que de considérations conviaient les esprits à consacrer leurs loisirs à l'histoire du droit public et privé de la France, depuis ses origines jusqu'à l'ère nouvelle ! »<sup>4</sup>. Quoi qu'il en soit, dans un bref avertissement préalable, Guétat confiait « ne pas produire une œuvre originale, mais vulgariser des notions utiles »<sup>5</sup>. Alfred Gautier, professeur à Aix-en-Provence, est animé par le même état d'esprit dans son *Précis de l'Histoire du droit français*<sup>6</sup>. Quant à Ginoulhiac, son *Cours élémentaire d'histoire générale du droit public et privé depuis les premiers temps jusqu'à la publication du Code civil*<sup>7</sup> est présenté comme la reproduction de celui qu'il a professé dès 1854 aux étudiants de première année de la Faculté de droit de Toulouse. Du reste, il reconnaît sans détour que « les divisions en sont simples et sans prétentions scientifiques »<sup>8</sup>. De fait, à l'instar de Minier mais également de Guétat ou de Gautier, Ginoulhiac adopte un plan chronologique divisé en périodes, sept pour sa part : gauloise, gallo-romaine, germanique, féodale, coutumière, monarchique, intermédiaire. « Quant au fond, écrit-il, ayant toujours cherché sans parti pris, avec un esprit libre de toute préoccupation systématique, j'ai cru devoir maintenir, malgré les temps écoulés et les circonstances, ce qui m'avait paru être vrai, tant que l'erreur ne m'en était pas démontrée, et j'ai tâché de l'exposer clairement et simplement »<sup>9</sup>. Se déclarant « fidèle aux doctrines de l'école historique », il considère que pour bien comprendre les institutions juridiques, il faut « remonter à leur origine, dans le milieu où elles sont nées et se sont développées progressivement ». Comme son titre l'indique, l'ouvrage de Ginoulhiac traite aussi bien du droit public que privé et s'efforce, comme au demeurant ceux de Guétat et de Gautier, de maintenir peu ou prou un relatif équilibre

---

<sup>1</sup> J. HILAIRE, « Les orientations de l'historiographie de droit privé entre 1850 et 1950 », *Histoire de l'histoire du droit*, op. cit., p. 242.

<sup>2</sup> A. SLIMANI, *Dictionnaire historique des juristes français...*, v° Minier Pierre-Jules, p. 566.

<sup>3</sup> Paris, L. Larose et Forcel, 1884.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. III.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. I.

<sup>6</sup> Paris, L. Larose et Forcel, 1887.

<sup>7</sup> Paris, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, Arthur Rousseau, 1884. – P. NELIDOFF, *Dictionnaire historique des juristes français*, v° Ginoulhiac Jacques-Charles-Marie, p. 369-370.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. VI.

<sup>9</sup> *Ibid.*

entre les deux matières. Mais en réalité, le droit public prédomine nettement dans ces différents manuels.

Un tel état de choses prévaut également dans le *Cours élémentaire d'histoire du droit français* d'Adhémar Esmein (1848-1913) paru en 1892<sup>1</sup>. Mais l'auteur revendique pleinement un tel choix : « Ce cours, écrit-il, ne comprend pas l'histoire de toutes les branches du droit. De parti pris, j'ai laissé de côté l'histoire interne du droit privé, ou plutôt je n'en ai retenu que deux chapitres, qui jusqu'à la Révolution appartiennent autant au droit public qu'au droit privé : l'état des personnes et la propriété foncière ». Et de poursuivre : « La raison est que le cours d'histoire du droit, auquel correspond ce livre, est placé en première année dans les Facultés de droit : il s'adresse à des élèves qui suivraient difficilement, dans les détails techniques et nécessaires, l'histoire de la famille, des contrats et des successions en droit français ; ils peuvent, au contraire, parfaitement saisir dans les grands lignes l'histoire du droit public et l'histoire des sources, et c'est à cet objet que le cours a été limité. Le but principal de cet enseignement me paraît être de dégager, par la méthode historique, la notion d'État et ses attributs essentiels »<sup>2</sup>. Autre particularité de l'ouvrage, son *terminus ad quem* est fixé en 1788. Esmein a conscience que de prime abord un tel choix peut surprendre. Mais il s'en justifie en considérant que le droit de la Révolution est trop important pour pouvoir être traité de manière succincte. Aussi publie-t-il en 1908 un *Précis élémentaire d'histoire du droit français de 1789 à 1814*<sup>3</sup>, lequel une fois encore est très largement dominé par le droit public : sur les 338 pages de texte, moins d'une vingtaine sont en effet consacrées à l'abolition du régime féodal, un peu plus d'une quarantaine aux lois civiles et pénales de la Révolution et une dizaine aux codes napoléoniens.

Quoi qu'il en soit, en ces premières années du XX<sup>e</sup> siècle, il existe dorénavant deux véritables manuels dédiés exclusivement à l'histoire du droit privé : ceux de Viollet et de Brissaud. Le premier fait en effet paraître en 1886 une première synthèse en la matière sous le titre de *Précis de l'histoire du droit français*<sup>4</sup>. Son auteur est à la fois archiviste paléographe et juriste. Ancien élève de l'École des chartes dont il est sorti major en 1862, Paul Viollet est par ailleurs licencié de la Faculté de droit de Paris. Ce double cursus lui vaudra de faire carrière au sein des deux établissements où il avait été naguère étudiant. Ainsi se voit-il confier en 1876 « la tâche de

---

<sup>1</sup> Paris, Librairie du Recueil général des lois et des arrêts et du Journal du Palais, L. Larose et Forcel, 1892. – J.-L. HALPERIN, « Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit », *Revue historique du droit français et étranger*, 1997, p. 415-433 ; du même auteur, *Dictionnaire historique des juristes français...*, v<sup>o</sup> Esmein, p. 311-312.

<sup>2</sup> *Ibid.*, préface, p. III et IV. – L'idée selon laquelle l'histoire du droit privé serait trop difficile pour des étudiants de première année ne fit cependant pas l'objet d'un consensus général dans la communauté universitaire. Ainsi Émile CHENON dans son *Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815*, publiée en 1926, n'est-il pas de cet avis. Certes, l'auteur reconnaît volontiers que l'étude du droit privé est « par certains côtés plus difficile que celle du droit public parce qu'elle nécessite des connaissances techniques assez étendues ». Aussi convient-il selon lui de laisser de côté « les questions trop spéciales » pour s'en tenir aux « questions plus générales ». Et de citer à cet égard la condition des personnes dans la société, dans la famille, celle des terres et les modes de transmission de la propriété et du patrimoine.

<sup>3</sup> Paris, Librairie du Recueil Jean-Baptiste Sirey et du Journal du Palais, 1908.

<sup>4</sup> *Précis de l'histoire du droit français accompagné de notions de droit canonique et d'indications bibliographiques. Sources – Droit privé*, Paris, Larose et Forcel, 1886.



réorganiser et de moderniser la bibliothèque de la faculté de droit de Paris »<sup>1</sup> ; fonction qu'il continue à assumer quand il devient cinq ans plus tard le suppléant d'Adolphe Tardif, titulaire de la chaire de droit civil et canonique de l'École des chartes, auquel il succédera en 1890. Cette promotion lui apportera naturellement un surcroît de considération auprès des professeurs de la Faculté de droit de Paris qui l'appréciaient déjà unanimement comme bibliothécaire mais aussi pour la qualité de ses travaux scientifiques. Son édition critique du célèbre coutumier *Les Établissements de saint Louis*, publiée pour la Société de l'Histoire de France en quatre volumes de 1881 à 1886, sera au demeurant honorée deux fois du grand prix Gobert de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres.

Son *Précis de l'histoire du droit français* se veut tout d'abord didactique ; « le public visé est celui de l'École des chartes, et le manuel se distingue de ceux des historiens des facultés de droit par ses renvois systématiques à toutes les sources qui fondent les analyses, ainsi que par son attention scrupuleuse à la présentation des sources de l'histoire du droit »<sup>2</sup>. Pour autant, Viollet n'entend pas faire montre d'une érudition qui serait ici déplacée : « j'ai éliminé, autant que possible, les hypothèses, les conjectures, les investigations compliquées et n'ai pas cessé un moment de parler aux commençants ». Et de poursuivre : « J'ai voulu tracer les lignes générales, conduire le lecteur par des chemins larges et faciles. Je me suis gardé toutefois d'élever à droite et à gauche de ces grandes voies de hauts murs de clôture qui ferment l'horizon : j'aime les routes ouvertes »<sup>3</sup>. Viollet déclare ensuite vouloir traiter en premier lieu des sources, « sans la connaissance desquelles l'histoire du droit est impossible », puis l'histoire du droit privé proprement dite comprenant l'état des personnes, la famille, les biens et les obligations. De par un tel programme, l'auteur confie qu'il sera amené à « traiter quelques sujets qu'on a coutume de réserver au droit canonique, le mariage, par exemple »<sup>4</sup>. Faut-il y voir enfin une forme de timidité à s'affranchir totalement de l'étude de l'histoire du droit public ? Toujours est-il que Viollet annonce qu'il envisagera aussi cette matière. Et d'expliquer : « La connaissance du droit privé jette de vives lumières sur quelques parties de l'histoire du droit public »<sup>5</sup>. Même s'il confie donner à celle-ci « la dernière place », cette préoccupation explique sans doute pourquoi le titre de son précis fait référence au droit français et non au seul droit civil. Un tel scrupule disparaît en revanche dans la seconde édition parue en 1893 sous le nom d'*Histoire du droit civil français*. En effet, Viollet dispense à l'École des chartes non seulement le cours d'histoire de droit civil et de droit canon en troisième année mais également celui d'histoire des institutions en deuxième année. Dans cette optique, il publie en 1890 le premier tome – deux autres suivront – d'une *Histoire des institutions politiques et administratives de la France*. Pour l'en distinguer très nettement, Viollet est donc conduit à modifier l'appellation de son

---

<sup>1</sup> F. AUDREN, *Dictionnaire historique des juristes français...*, v° Viollet Paul-Marie, p. 774.

<sup>2</sup> A.-S. CHAMBOST, « Un lieu de conservation, de diffusion et d'élaboration des manuels. La bibliothèque de la Faculté de droit de Paris à l'époque de Paul Viollet (1876-1914), *Histoire des manuels de droit. Une histoire de la littérature juridique comme forme du discours universitaire*, s. dir. A.-S. CHAMBOST, Paris, LGDJ lextenso éditions, 2014, p. 45.

<sup>3</sup> *Précis élémentaire...*, avant-propos, p. v-vi.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. vi.

<sup>5</sup> *Ibid.*

précis<sup>1</sup>. Aussi déclare-t-il dans l'avant-propos de la seconde édition : « Les titres des ouvrages que je consacre l'un au droit privé, l'autre au droit public, se doivent correspondre exactement, ces deux ouvrages étant conçus dans le même esprit et rédigés d'après la même méthode »<sup>2</sup>. Comme il l'avait fait sept ans plus tôt et en usant très exactement des mêmes termes, Viollet annonce qu'il traitera successivement des sources, de l'histoire du droit privé et enfin de l'histoire du droit public. Toutefois, la référence à cette dernière discipline disparaît dans la troisième et ultime édition de *l'Histoire du droit civil français* en 1905.

L'année précédente, était publié le second volume, consacré exclusivement au droit privé, du *Manuel d'histoire du droit français* de Jean-Baptiste Brissaud (1854-1904), professeur à la Faculté de droit de Toulouse<sup>3</sup> ; le premier volume paru en 1898 portait sur les sources et le droit public. L'ensemble représente une œuvre de près de 1800 pages dont la moitié intéresse plus précisément notre sujet. Ce second volume sera d'ailleurs réédité, indépendamment du premier, en 1908, sous le titre *Manuel d'histoire du droit privé* et une dernière fois en 1935 par les soins de Jacques Brissaud, fils de l'auteur, qui y ajoutera quelques indications bibliographiques<sup>4</sup>. Dans la préface, ce dernier nous apprend au demeurant que son père désirait faire à l'origine « un simple livre élémentaire » mais s'était écarté peu à peu de son plan primitif pour élaborer en définitive « un Traité beaucoup plus important, instrument de travail, reconnu par les commentateurs, comme étant de premier ordre ». Et d'ajouter : « Le *Manuel d'Histoire du Droit Privé* intéresse non seulement les érudits mais encore toutes les intelligences soucieuses de connaître l'évolution historique de nos lois »<sup>5</sup>. De fait, l'ouvrage est extrêmement complet à tel point qu'il convient toujours de s'y reporter « parce qu'il traite la totalité de la matière »<sup>6</sup>. Il constitue sans conteste une véritable mine tant il contient de renseignements et de références. Mais, à notre sens, il possède également en quelque sorte les défauts de ses (grandes) qualités car il est si foisonnant que sa lecture n'en est pas toujours aisée.

Quoi qu'il en soit, l'opinion de Pierre-Paul Viard nous semble bien sévère quand il écrit au début des années trente à propos du manuel de Brissaud qu'il « rend service mais demeure touffu et vieilli ». Ces propos peu amènes sont certes formulés à l'encontre du *Manuel de l'histoire du droit français* et non sur celui ayant trait à l'histoire du droit privé proprement dit. Mais le second représentant – nous l'avons vu – une part essentielle du premier, ils le visent également et ce d'autant plus que leur auteur, professeur d'histoire du droit à l'université de Montpellier, formule cette appréciation dans son *Histoire générale du droit privé français (1789-1830)* publiée en 1931<sup>7</sup>. Du reste, Viard trempe volontiers sa plume dans le vitriol. Ainsi qualifie-t-il le *Précis élémentaire*

---

<sup>1</sup> Le titre complet est dorénavant : *Histoire du droit civil français accompagnée de notions de droit canonique et d'indications bibliographiques. Seconde édition du Précis de l'Histoire du Droit français corrigée et augmentée.*

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. vi.

<sup>3</sup> H. LE ROY, « Jean-Baptiste Brissaud, un juriste positiviste entre sociologie et anthropologie », *Histoire de l'histoire du droit*, op. cit., p. 265-280 ; du même auteur, *Dictionnaire historique des juristes français...*, v° Brissaud Jean-Baptiste, p. 136-137.

<sup>4</sup> *Manuel d'histoire du droit privé à l'usage des étudiants en licence et en doctorat*, Paris, E. De Boccard, 1935.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. vi.

<sup>6</sup> J.-Ph. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, 2002, p. 9.

<sup>7</sup> Paris, PUF, 1931.

de l'histoire du droit français consacré par Esmein à la Révolution et la période napoléonienne de « trop juridique et de parti-pris », lui reprochant de négliger « les lois caractéristiques de cette époque comme les influences des faits politiques et économiques »<sup>1</sup>. Quant à l'*Histoire du droit civil français* de Paul Viollet où figurent pourtant des développements non seulement sur la législation intermédiaire et le Code civil mais aussi sur leur devenir au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, Viard n'en dit mot ! Assumant pleinement « la brièveté de la bibliographie » dans les premières lignes de son introduction, l'auteur confie avoir voulu réaliser « un Manuel à l'usage des personnes qu'intéresse l'histoire des institutions juridiques d'une époque où l'histoire politique et économique dirige et pénètre l'évolution du droit privé, surtout pendant la Révolution »<sup>2</sup>. Confessant s'inspirer en ce domaine du travail de Sagnac, il déclare avoir « compris dans le droit privé des matières si importantes et si caractéristiques... que sont les biens nationaux et l'abolition des droits féodaux »<sup>3</sup>. Quant à son choix d'achever son étude avec les Trois Glorieuses, il le justifie considérant qu'« en 1830 seulement se stabilisent, dans la mesure des contingences historiques, les modifications déterminées par la Révolution après avoir subi les deux réactions napoléonienne et royale »<sup>4</sup>. Son opuscule de 144 pages, divisé en quatre chapitres portant respectivement sur les personnes, les biens, les obligations et le droit commercial, et enfin les successions souhaite « rendre service à plusieurs groupes de lecteurs espérés ». Il l'eût sans doute fait davantage encore si l'auteur avait cru bon d'y ajouter une table des matières et un index en vue d'en faciliter la consultation.

## II – Une affirmation de l'histoire du droit privé (après la réforme de 1954)

Au sortir de la Seconde Guerre mondiale, l'enseignement du droit apparaît inadapté aux besoins d'une société en pleine mutation. Conscients d'une telle situation, les pouvoirs publics entament au début des années 1950 un vaste mouvement de réflexion auquel ils associent étroitement les facultés de droit. Consultées par le ministre de l'Éducation Nationale, la quasi-totalité d'entre elles apportent leur soutien au projet de réforme qui se concrétisera par le décret du 27 mars 1954 portant la durée de la licence de trois à quatre ans<sup>5</sup>. Plus précisément, les études y sont dorénavant organisées en deux cycles de deux années chacun : le premier étant « une sorte de tronc commun permettant d'acquérir les connaissances juridiques de base »<sup>6</sup> ; le second offrant quant à lui trois spécialisations : droit privé, droit public, économie politique. Cette refonte de la

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, bibliographie, p. I et II.

<sup>2</sup> *Ibid.*, introduction, p. 1.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 1 et 2.

<sup>4</sup> *Ibid.* p. 2.

<sup>5</sup> Sur la réforme opérée par le décret du 27 mars 1954, il convient de se référer aux travaux de Mme Jacqueline GATTI-MONTAIN : son article « Tradition et modernité dans l'enseignement du droit : la réforme de la licence en droit du 27 mars 1954 », *Annales d'histoire des facultés de droit*, 1986, n° 3, p. 117-135 et son ouvrage *Le système d'enseignement du droit en France*, *op. cit.*, p. 156 et suiv. – Seules trois facultés de droit se sont opposées à la réforme : Alger, Lyon et Poitiers ; voir à ce sujet : É. GOJOSO, « La Faculté de droit de Poitiers et la préparation de la réforme de la licence en droit en 1954 : décryptage d'un refus », *Cahiers poitevins d'histoire du droit, Premier Cahier*, Université de Poitiers, Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales, LGDJ, 2007, p. 193-226.

<sup>6</sup> J. GATTI-MONTAIN, *art. cit.*, p. 123.

licence se traduit notamment par de profonds bouleversements dans la nature des enseignements historiques. Si « la suppression du droit romain au profit de l'histoire des institutions et des faits sociaux constitue l'innovation la plus importante »<sup>1</sup>, la réforme joue également un rôle majeur dans la promotion de l'histoire du droit privé.

En témoigne la publication en 1957 de l'ouvrage de Paul Ourliac et Jean de Malafosse sur les obligations en droit romain et dans l'ancien droit<sup>2</sup>. Dans leur avant-propos, les auteurs, déclarent à titre liminaire s'être efforcés de « rester fidèles à l'esprit de la nouvelle licence en droit »<sup>3</sup>. Puis, ils en rappellent l'idée générale en citant l'exposé des motifs du décret du 27 mars 1954 : « Les Facultés de droit doivent donner à leurs étudiants d'une part une culture générale, de caractère social, appuyée sur l'enseignement du droit et de l'économie politique, d'autre part, une formation mieux orientée vers leur profession future ». Et les deux professeurs toulousains d'affirmer : « Dans cette optique, une place de choix devait revenir aux enseignements historiques »<sup>4</sup>. Selon eux, la réforme des études juridiques prend au demeurant en considération l'influence croissante de l'histoire, laquelle « pénètre des domaines nouveaux, l'économie, les sociétés, les civilisations, les idées ; elle ne veut être ni un catalogue, ni un plaidoyer ou un réquisitoire ; elle est avant tout "explication" et "exploration" »<sup>5</sup>. Selon Ourliac et Malafosse une telle conception s'applique non seulement à l'histoire des institutions mais plus encore à l'histoire du droit privé qui est « au premier chef une histoire sociale ». Car, ajoutent-ils aussitôt, « c'est par l'étude du droit qui la régit que l'on pénètre le mieux et le plus profondément l'essence d'une société ». Pour autant, « le droit est aussi une technique ». Du reste, l'ouvrage s'adresse à des étudiants de licence de droit privé, parvenus en troisième année, et partant devant acquérir une formation en vue de leur future intégration dans le monde du travail. « Nous avons été souvent conduits à faire une large part à la technique », écrivent les auteurs. Et de renchérir : « Nous ne nous en excusons pas, parce que nous croyons que technique et culture sont inséparables et également nécessaires à l'"humanisme juridique". La technique implique une rigueur d'esprit, un sens de la règle qui sont aussi nécessaires au juriste, qu'indispensables à la vie et à la sauvegarde du droit ; mais c'est vivifier cette technique et en montrer la valeur profonde que de la faire passer sous la toise de l'histoire »<sup>6</sup>. À les en croire, les facultés de droit doivent d'ailleurs « beaucoup de leur originalité et de leur mérite à la place qu'y a tenue l'histoire ». Et de constater « Saleilles, le doyen Hauriou, Adh. Esmein, Ed. Lambert étaient, par formation, des historiens »<sup>7</sup>.

À l'égal de ces éminents jurisconsultes, Ourliac et Malafosse entendent manifestement montrer combien histoire et droit positif sont intrinsèquement liés. Dans cette optique, l'historien du droit se doit toujours de garder à l'esprit qu'il travaille en étroite relation avec le temps présent dont

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 124.

<sup>2</sup> *Histoire du droit privé*, t. Ier : *Les obligations*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 1957.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. III.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. III et IV.

<sup>7</sup> *Ibid.* p. IV.

il assure la mise en perspective à l'aune du passé : « Nous avons écrit ce manuel pour des étudiants formés au droit civil moderne, en nous référant sans cesse à celui-ci. Nous avons aussi suivi, en gros, le plan d'un cours de droit civil, même quand ce plan n'était guère justifié par l'histoire »<sup>1</sup>.

Dans le second tome consacré aux biens qui paraît en 1961, nos deux auteurs ont toujours à cœur de mettre en avant l'utilité de leur discipline dans la formation juridique. « Nous ne concevons aucune séparation "déchirante" entre l'histoire et le droit »<sup>2</sup>. Seule en effet une démarche scientifique associant étroitement passé et présent est à même d'inculquer aux étudiants une véritable compréhension des matières qu'ils apprennent sur les bancs de la faculté et qu'ils auront ensuite à appliquer dans leur vie professionnelle. Et d'avertir : « l'empirisme ne suffit pas au juriste et l'histoire demeure pour lui cette nécessaire pluie d'expériences dont il a besoin pour nourrir sa recherche ».

Complétée en 1968 d'un troisième et dernier volet sur le droit familial, l'*Histoire du droit privé* de Paul Ourliac et de Jean de Malafosse, rééditée à plusieurs reprises, sera longtemps l'unique manuel écrit sur le sujet depuis la Seconde Guerre mondiale et le seul, à ce jour, à l'avoir envisagé sous la forme de plusieurs tomes.

En 1985, Paul Ourliac, associé cette fois à Jean-Louis Gazzaniga, publiera une *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil* constituant une nouvelle approche de la matière. Paru dans la collection « L'évolution de l'humanité » chez Albin Michel, éditeur qui n'est pas spécialisé dans le droit, le livre n'apparaît pas de prime abord dédié aux seuls étudiants mais son approche didactique et sa très solide bibliographie en font également pour eux un ouvrage de référence. Il présente aussi la particularité – logique au regard de la période chronologique envisagée – de s'intéresser tout particulièrement aux coutumes même si le droit romain et la législation royale ne sont cependant pas ignorés. Quoi qu'il en soit, c'est bien la première de ces sources de droit citées qui est mise en avant par les auteurs comme le révèle la phrase initiale de leur avant-propos : « L'histoire du droit coutumier pendant huit siècles, le sujet paraît immense et presque sans frontière »<sup>3</sup>. Mais c'est précisément cette longue durée et cette formidable diversité de la matière qui font l'intérêt de cette étude, ainsi que le démontrent de manière magistrale leurs réalisateurs. « Ce qui caractérise le droit ancien, notent-ils, c'est que rien n'y est factice ou abstrait ; on peut presque toujours dire que le fait prime le droit, tout au moins, le droit est toujours élaboré à partir d'une situation de fait »<sup>4</sup>. Situation d'autant plus évidente dans l'ancienne France où la monarchie ne s'aventure guère à statuer en droit privé car « le roi n'a pas à intervenir dans un domaine toujours régi par les coutumes »<sup>5</sup>. Paul Ourliac et Jean-Louis Gazzaniga s'emploient par ailleurs à justifier les limites chronologiques de leur analyse en commençant par le *terminus ad quem* : le Code civil, dont ils observent qu'il reprendra souvent l'ancien droit, lequel fut précédemment encore largement

---

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> *Histoire du droit privé*, t. II : *Les biens*, Paris, PUF, coll. « Thémis », avant-propos.

<sup>3</sup> *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil*, Paris, Albin Michel, coll. « L'évolution de l'humanité », p. 9.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 10.

appliqué pendant la Révolution. Quant au *terminus a quo*, l'an mil, « c'est l'époque où, avec la féodalité et l'avènement des Capétiens, apparaissent les divers éléments qui formeront le droit français »<sup>1</sup>.

Les auteurs rappellent par ailleurs que « le droit est avant tout, suivant la définition des jurisconsultes romains, l'*ars boni et aequi*, la mise en œuvre de la raison et de la justice ; il tend à exprimer un idéal : c'est l'appel toujours fait à l'équité et au droit naturel »<sup>2</sup>. Et de préciser : « La raison et la justice sont choses variables, et chaque époque les a comprises à sa manière ; les faits juridiques, même pour les tenants de l'école positiviste, sont ordonnés par un "système d'idées" »<sup>3</sup>.

Paul Ourliac et Jean-Louis Gazzaniga constatent par ailleurs que « les premières études de droit privé furent l'œuvre de praticiens, juges royaux, avocats et professeurs de droit français qui, s'ils exposaient avec bonheur et intelligence – tels Guy Coquille († 1605), Loisel († 1617) ou Pothier († 1772) – le droit coutumier, ne se souciaient guère de son histoire ». À l'inverse, « Cujas († 1605) excelle dans la critique historique mais l'applique au droit romain ». Quant à Du Moulin († 1566), il « annote les coutumes mais demeure dans la tradition bartholiste »<sup>4</sup>. Finalement, Domat († 1696) est « le premier à présenter une vue idéale du droit » dans *Les lois civiles dans leur ordre naturel*. Quoiqu'il en soit, c'est bien au XIX<sup>e</sup> siècle que l'histoire de droit privé français prend véritablement son essor sous l'influence de l'école historique allemande dont Laferrière, Klimrath et Giraud seraient moins les disciples que les épigones, leurs livres ne contenant « guère d'idées nouvelles »<sup>5</sup>. En revanche, les manuels de Paul Viollet et de Brissaud présentent l'avantage de donner « une vue d'ensemble de la matière ». De même un vibrant hommage est-il rendu à Édmond Maynial et Pierre Petot qui ont successivement occupé la seule chaire d'histoire du droit privé existant au sein de la Faculté de droit de Paris « jusqu'à la réforme de 1954 » et en cela ont puissamment contribué au renouveau de la discipline. Paul Ourliac et Jean-Louis Gazzaniga considèrent quant à eux que leur ouvrage « n'a d'autre ambition que de donner une vue générale d'une matière dont la complexité est souvent déconcertante »<sup>6</sup>. N'est-ce pas là précisément l'objet d'un excellent manuel ?

À cette veine appartient sans conteste l'ouvrage de Jean-Louis Halpérin *Histoire du droit privé français depuis 1804*, édité pour la première fois en 1996<sup>7</sup>. « Par tradition, le domaine d'étude et de recherche des historiens du droit français trouvait son terme chronologique dans le Code civil considéré comme l'aboutissement d'une longue œuvre de maturation et d'unification des règles de droit privé », écrit l'auteur dans les premières lignes de son avant-propos<sup>8</sup>. « Ce choix scientifique,

---

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 1996 ; paru également une première fois en 2001 dans la collection « Quadriges », l'ouvrage y fut réédité en 2012.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 9.

poursuit-il, s'explique par les conditions dans lesquelles est née, en France, l'histoire du droit privé ». Et de préciser : « Au XIX<sup>e</sup> siècle, quand l'histoire du droit est devenue une discipline à part entière, la proximité de l'époque napoléonienne empêchait de faire du Code civil un sujet d'investigations historiques ». Aussi l'évolution du droit privé depuis 1804 était-elle traitée par les civilistes dans l'introduction à leur enseignement, les historiens du droit se cantonnant pour leur part à l'étude de l'ancien droit. Mais un tel état de choses n'a plus cours dans la mesure où « le Code Napoléon est devenu objet d'histoire » et ce d'autant plus que les bouleversements du XX<sup>e</sup> siècle ont considérablement accéléré les mutations de la société française, en particulier depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale. Par ailleurs, Jean-Louis Halpérin souligne les approches différentes du civiliste et de l'historien vis-à-vis de l'histoire du droit privé aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles. « Le premier, œuvrant à l'intérieur de la science juridique, s'intéresse au contenu technique des institutions et sélectionne dans le passé, avec une vision chronologique inévitablement ramassée, les éléments de nature à expliquer le droit aujourd'hui. L'historien du droit, comme le sociologue, a un point de vue extérieur sur les phénomènes juridiques : il observe leur développement en les reliant aux faits politiques, économiques et sociaux de la même époque en veillant à utiliser la chronologie la plus fine possible »<sup>1</sup>.

Dans cette optique, il conviendrait de réaliser une histoire externe en examinant les sources du droit privé depuis 1804, à savoir tout d'abord la principale d'entre elles depuis la Révolution : la législation civile, mais également la jurisprudence, la doctrine et la pratique. Puis, il faudrait envisager une histoire interne de la discipline, laquelle serait conçue non pas tant à travers le prisme « d'institutions spécifiques (comme le mariage ou la vente) ou de pans entiers du droit (la famille, les biens ou les obligations, mais comme un essai d'histoire globale du système juridique issu de la codification napoléonienne »<sup>2</sup>. Le présent ouvrage n'a d'autre ambition que de servir de « préliminaire » à une telle démarche scientifique, assure son auteur faisant montre ici, selon nous, de cette humilité qui est la caractéristique des grands maîtres. Car ce livre est bien plus qu'un simple manuel tant il ouvre des perspectives et des horizons au lecteur. Ainsi Jean-Louis Halpérin se livre-t-il à une très intéressante distinction entre droit civil et droit privé justifiant de la sorte son choix de faire une histoire du second et non du premier. En effet, en 1804, le Code civil était le « code par excellence » et partant avait vocation « à régler la quasi-totalité des rapports entre individus qui constituent la matière du droit privé »<sup>3</sup>. Au demeurant, observe Jean-Louis Halpérin, « les civilistes de la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle... utilisaient rarement l'expression *droit privé* ». Mais au tournant des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles, le droit privé entama un vaste processus de diversification (qui se poursuit encore) se traduisant par « le développement de disciplines au particularisme croissant : le droit commercial ou des affaires, le droit du travail, le droit rural, le droit immobilier, le droit de la consommation... ». Dès lors, même si le droit civil reste « le droit privé commun », il ne saurait plus se confondre avec lui. Pour autant, c'est bien le Code civil qui sert tout à la fois de « point de mire » et de fil conducteur à cette étude, son évolution en justifiant le plan chronologique. En effet, après un chapitre préliminaire sur le Consulat et l'Empire, une première partie est consacrée à la période allant de 1814 aux années 1880 où le Code civil, s'il ne subit

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 11.

aucune modification importante, n'en est pas moins interprété au regard des idées libérales alors en cours dans une France encore très rurale et restant dominée par les notables. Une deuxième partie nous conduit de la Troisième République devenue républicaine (années 1880) jusqu'à la fin de la Seconde Guerre mondiale ; période correspondant à l'adaptation du Code civil dans un pays de plus en plus urbanisé ayant construit « un régime démocratique fondé sur le suffrage universel », et ce malgré la réaction représentée par le gouvernement de Vichy dont l'œuvre en droit privé doit être analysée « dans le prolongement des débats d'avant-guerre »<sup>1</sup>. Enfin une troisième et dernière partie débutant en 1945 intitulée « la survie du Code civil » car celui-ci se rénove à l'image du droit privé en général dans une société se modernisant rapidement sous l'égide d'un État providence.

En 1998, soit deux ans après la parution du manuel de Jean-Louis Halpérin, Jean Bart publiait de son côté un ouvrage qui en constituait le pendant au regard de la période envisagée comme le révèle du reste son titre : *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX<sup>e</sup> siècle*<sup>2</sup>. D'emblée, l'auteur souligne combien cette matière a été renouvelée depuis une cinquantaine d'années par « les analyses locales de la pratique notariale et, mais dans une moindre mesure, judiciaire dont les conclusions conduisent à nuancer, voire à infirmer nombre d'idées reçues »<sup>3</sup>. Dès lors se produit une « déconstruction des schémas traditionnels » renvoyant « une image kaléidoscopique de la réalité sociale » et partant du droit. Ainsi peut-on « mesurer la distance – l'abîme parfois – qui sépare les normes législatives et même coutumières des comportements individuels et familiaux ». Jean Bart n'en rend pas moins un vibrant hommage aux « pionniers » de la discipline et tout particulièrement à Viollet, Brissaud et Chénon pour avoir « montré la voie à l'historiographie juridique contemporaine »<sup>4</sup>. À leur instar, il juge indispensable de placer son étude dans le temps long en l'occurrence « un demi millénaire et demi..., depuis le moment où s'est produite la rencontre de deux civilisations parvenues à des degrés de développement différents et l'inévitable acculturation qui s'ensuivit, jusqu'à la rupture profonde due à l'évènement révolutionnaire comme à la volonté de *régénérer* l'homme et la société »<sup>5</sup>. Dans cette perspective, l'auteur conçoit le plan de son livre sous la forme de ce qu'il appelle fort joliment « un triptyque » dont le premier volet correspond aux cinq premiers siècles qui suivent la chute de l'empire romain d'occident, le panneau central à la période allant de l'an mil à la fin de l'ancien Régime et le dernier volet à la décennie révolutionnaire.

L'approche chronologique, par essence toujours présente dans ce type d'ouvrage, n'en constitue pas nécessairement la *summa divisio*. En témoigne l'*Histoire du droit civil* de Jean-Philippe Lévy et André Castaldo publiée en 2002 et choisissant de privilégier « la synthèse diachronique », pour user des termes du premier des deux auteurs cités. Et celui-ci de préciser avoir tenté « d'exposer le droit privé moins par période qu'institution par institution, en rapprochant les matières moins sur le plan horizontal que dans le sens vertical, en les prenant d'un bout à l'autre de l'histoire, remontant aussi haut qu'elle et allant jusqu'au dernier grand changement, fût-il très

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>2</sup> Paris, Montchrestien, 1998 ; 2<sup>e</sup> édition, 2009.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 1.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 2.



récent »<sup>1</sup>. D'où « un *plan logique* », ajoute Jean-Philippe Lévy expliquant : « chaque fois que nous rencontrons une question ou une institution durable, nous efforcerons de les traiter en entier, à travers les âges »<sup>2</sup>. Aussi envisage-t-il « d'une seule traite les modes de formation du mariage, le consentement familial, le divorce, le concubinage, la légitimation, l'adoption, le prêt à intérêt, la résolution de la vente faute de paiement du prix, les formes du testament », pour ne citer que ces exemples. Car cette somme de près de 2000 pages embrasse non seulement l'intégralité de l'histoire du droit privé français de ses origines à nos jours mais également les institutions romaines antérieures dont il est souvent issu ou s'est au contraire démarqué ; le tout étant analysé en cinq parties : les personnes, les biens, les obligations, les successions et donations et enfin les rapports patrimoniaux entre époux. L'ensemble est précédé d'un bref chapitre préliminaire consacré aux traits essentiels de la procédure civile romaine. Du reste, dans son avant-propos, Jean-Philippe Lévy ne manque pas de souligner l'apport du droit romain à la culture juridique européenne dont il fut « la raison écrite » et longtemps « la base essentielle des études de droit »<sup>3</sup>. Et de noter que « jusqu'au milieu du XX<sup>e</sup> siècle, tous les étudiants en droit ont dû l'apprendre ». Or, la réforme instaurée à la suite du décret du 27 mars 1954 a mis un terme à cette obligation. Elle a par ailleurs provoqué « l'amalgame du droit romain avec l'histoire du droit privé français, jusque-là réservé aux cours préparatoires au doctorat »<sup>4</sup>.

Face à ce bouleversement, les enseignants ont alors réagi de manière diverse que Jean-Philippe Lévy résume à trois attitudes. Les romanistes se seraient souvent contentés d'adjoindre pour chaque institution « un bref appendice » sur son évolution après Justinien ; de leur côté, « les historiens du droit privé français ont généralement relégué droit romain et droit franc dans un chapitre introductif sur les origines » ; enfin, d'autres, les plus fidèles à l'esprit de la réforme, ont enseigné à la fois le droit romain et l'ancien droit français, « à égalité, mais *séparément* ». Dans ces conditions, « la synthèse n'a pas été réalisée ou, plutôt, elle a été réalisée par période de temps », observe Jean-Philippe Lévy selon qui « une autre conception était possible... une synthèse de nature *diachronique*, à travers le temps »<sup>5</sup>.

Elaborée selon un modèle similaire mais sur une période plus réduite, l'*Histoire du droit privé (XVI<sup>e</sup>-XXI<sup>e</sup> siècle)* de David Deroussin publiée en 2010<sup>6</sup> se distingue par ailleurs de l'ensemble des autres manuels cités précédemment. Elle le fait tout d'abord au regard de son *terminus a quo*, à telle enseigne que son auteur débute son introduction par cette question : « Pourquoi faire débiter une histoire du droit privé français au XVI<sup>e</sup> siècle ? »<sup>7</sup>. Il y répond, selon nous, de manière fort convaincante. Ainsi observe-t-il que « sur le plan de l'organisation familiale, c'est le moment où se fixe le schéma classique, sous l'impulsion de la législation séculière et plus seulement

---

<sup>1</sup> *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, 2002, avant-propos, p. XII ; une deuxième édition de cet ouvrage a été publiée en 2010.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> *Ibid.* p. XI.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> Paris, Ellipses, coll « Universités Droit », 2010.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 5.

ecclésiastique, qui perdurera encore après la promulgation du Code civil ». Et d'ajouter : « Quant aux autres branches du droit privé (les biens, les obligations), c'est aussi à ce moment crucial qu'elles prennent leur visage moderne, sous l'effet essentiellement de la romanisation des concepts et des techniques favorisée par l'enseignement des droits savants ». Enfin, le XVI<sup>e</sup> siècle est également celui de la rédaction officielle des coutumes, elles-mêmes commentées par d'éminents juristes à l'instar de Dumoulin ou Loysel.

David Deroussin note également que la Révolution affecte profondément et durablement le droit des biens en raison de la suppression du régime féodal. En revanche, le droit de la famille et des successions connaît davantage de vicissitudes en fonction de la conjoncture politique comme en témoigne l'évolution de la législation en matière de filiation. Le droit privé français n'en subit pas moins une régénération se traduisant entre autres par une sécularisation accrue de la société (état civil, mariage, divorce) accompagnée par le souhait « que toute sa place soit donnée à la liberté (volonté) individuelle dans les institutions juridiques »<sup>1</sup>. L'auteur souligne aussi « l'enjeu politique » qui préside à l'élaboration du Code civil de 1804 dont les rédacteurs désirent « réordonner la société française » en la fondant sur la propriété et les rapports familiaux « qu'il s'agit de réorganiser sur une base nettement hiérarchique et autoritaire »<sup>2</sup>.

Cet ordre napoléonien sera ensuite consolidé au XIX<sup>e</sup> siècle par la jurisprudence et la doctrine classiques privilégiant de manière quasi exclusive un esprit individualiste, du moins jusqu'à la Troisième République, laquelle entend y adjoindre un esprit social de temps à autre. Mais, « il s'agit au fond de deux formes de l'individualisme, le premier mettant l'accent sur la primauté de l'individu face au groupe et le second cherchant plutôt à socialiser les processus d'individualisation », écrit David Deroussin<sup>3</sup>. Celui-ci n'en observe pas moins que dès les années 1880 s'amorce un vaste mouvement de socialisation du droit et de judiciarisation des relations sociales car « rien ou presque n'échappe désormais au regard du juge »<sup>4</sup>; tendance qui se confirmera au demeurant sous le régime de Vichy dont notre collègue montre par ailleurs que le droit privé ne disparaît pas totalement à la Libération. Depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, en dépit « d'un rendez-vous manqué... avec la révision du Code de 1804 »<sup>5</sup>, cette matière subira cependant de grandes mutations, en particulier concernant le droit des personnes et de la famille.

Une fois rappelée cette évolution du droit privé français sur le dernier demi-millénaire, que nous avons brossée à très grands traits, David Deroussin, « après un chapitre préliminaire consacré à définir les notions de personnes et de personnalité »<sup>6</sup>, choisit d'étudier d'une part la famille et d'autre part l'individu et ses biens. Et de justifier l'articulation de ce plan en constatant que les concepts envisagés n'évoluent pas au même rythme. Le lecteur suit volontiers un tel cheminement.

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 14.

\*\*\*

« La tradition de l'enseignement supérieur a longtemps induit une sorte de *déni pédagogique*, avec un cours magistral destiné à une élite, qui serait elle-même appelée à perpétuer l'institution. Mais depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, avec l'entrée à l'université d'un public nouveau et nombreux, on est passé d'une université aux effectifs contrôlés, dont la population était homogène socialement et scolairement, à une université de masse, dont le public était nettement hétérogène... ce qui devait contraindre les enseignants à repenser la didactique des savoirs universitaires. Les professeurs de droit se sont donc davantage souciés de la réception de leur enseignement, et les manuels sont justement apparus comme une des méthodes pédagogiques que les maîtres avaient à leur disposition. De *producteurs de savoir*, les professeurs de droit sont donc progressivement devenus des *diffuseurs de savoir*... »<sup>1</sup>.

De fait, c'est bien au tournant des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles que les premiers manuels d'histoire du droit privé sont apparus en tant que tels, se dégageant et se distinguant tout à la fois d'ouvrages plus généraux consacrés à l'histoire du droit français. Cette tendance s'accroîtra encore davantage après 1954 où cette discipline prendra une place croissante parmi les enseignements universitaires, même si ce fut sans doute malheureusement au détriment du droit romain. Dans le même temps, les manuels d'histoire du droit privé ne cesseront de repousser plus avant les limites chronologiques embrassant – pour certains d'entre eux – une période de plus en plus contemporaine appréhendée auparavant par les seuls civilistes. Ce faisant, l'histoire du droit privé n'a jamais été aussi diffusée dans nos facultés où, outre les cours dont elle fait l'objet, les juristes de demain ont à leur disposition des ouvrages portant sur cette matière générique ou sur l'une de ses branches (biens, obligations, famille, droit commercial, droit du travail, etc.)<sup>2</sup>. Tant par leur caractère didactique que par leur dimension scientifique, ces manuels ne sont pas seulement un heureux compromis entre les simples mémentos et les volumineux traités, ils sont également et surtout un élément essentiel structurant la pensée des étudiants.

---

<sup>1</sup> A.-S. CHAMBOST, *Histoire des manuels de droit*, op. cit., avant-propos, p. 27-28. – De son côté, Jean-Louis Halpérin écrit : « À partir de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, l'ouverture des universités à un public plus large et l'essor de la spécialisation ont fait le succès des traités élémentaires, des introductions et des manuels. En France, le *Traité élémentaire de droit civil* de Planiol (3 vol., 1899-1901), le *Cours élémentaire de droit civil* de Colin et Capitant (3 vol., 1914), le *Manuel de droit commercial* de Lyon-Caen et Renault, les *Éléments de droit constitutionnel* (1896) ou le *Cours élémentaire d'histoire du droit français* (1892) d'Esmein témoignent de cette évolution des formes... », *Dictionnaire de la culture juridique*, s. dir. D. ALLAND et S. RIALS, Paris, Lamy, PUF, 2003, v<sup>o</sup> Manuels, traités et autres livres (période contemporaine), p. 991.

<sup>2</sup> Nous ne pouvons dans le cadre limité de cet article envisager les manuels relatifs à une branche spécifique du droit privé. S'étant multipliés depuis une trentaine d'années, ces ouvrages mériteraient en effet à eux seuls une étude spécifique.



# **Translation du droit: Réflexions sur la méthode de recherche en histoire du droit dans une perspective européenne\***

Thomas Duve<sup>1</sup>

L'attention croissante portée à l'histoire du droit dans de nombreuses régions dotées d'une longue et grande tradition juridique – comme le Maroc – offre une grande chance à l'histoire du droit, mais aussi à l'ensemble de la science juridique. Car avec la transnationalisation actuelle du droit et les multiples processus d'imbrication des ordres normatifs nationaux, la discussion commune sur notre compréhension du droit est de plus en plus importante<sup>1</sup>. Mieux connaître nos propres histoires devient une condition préalable essentielle à ce dialogue. Alors seulement pourrions-nous vraiment comprendre les concepts de base avec lesquels nous travaillons aujourd'hui, ainsi qu'appréhender la singularité de nos systèmes juridiques respectifs.

La représentation que nous nous faisons de notre propre présent dépend par conséquent de la vision que nous avons de notre histoire, laquelle procède à son tour de la manière dont nous écrivons notre histoire du droit. Il s'agit d'une question importante, qu'il est bien sûr ici impossible traiter de manière exhaustive. Dans le présent article, je souhaite toutefois donner un aperçu sur la manière dont l'écriture de notre histoire du droit « européen » s'est modifiée dans les dernières décennies, avant de préciser où je vois aujourd'hui d'importantes bases méthodologiques pour une recherche en histoire du droit, consacrée aux processus d'interpénétration entre différentes régions et traditions.

Pour ce faire, je procéderai en quatre étapes: Dans un premier temps, je vais brièvement examiner la référence à l'Antiquité, si essentielle aux Européens et à leur représentation de l'histoire, et la manière dont nous comprenons aujourd'hui cette référence à l'Antiquité. Dans un deuxième temps, je montrerai comment nous avons écrit l'histoire du droit européen après la seconde guerre mondiale. Dans un troisième temps, je développerai quelques réflexions critiques sur cette tradition. Dans un quatrième temps enfin, je vais examiner l'idée selon laquelle nous pouvons appréhender l'histoire du droit comme une histoire de la translation culturelle.

## **I - L'Antiquité comme référence de l'histoire du droit européen**

A la question du fondement de notre histoire « européenne », l'on est diligemment renvoyé à l'Antiquité. Certes savons-nous qu'il n'est en réalité pas opportun de parler d'« Europe » déjà pour l'Antiquité : Le champ de force de la culture, devenue plus tard «européenne », se situait dans le bassin méditerranéen, c'est-à-dire au sud du continent, dans ce qu'on appelle le Proche Orient et dans l'Afrique du nord. L'Allemagne d'aujourd'hui<sup>2</sup> en était au mieux une périphérie et la Turquie

---

<sup>1</sup> Professor , Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt/Main

<sup>2</sup> \* Traduction Zülâl Muslu

actuelle siégeait en son cœur. Le droit romain, auquel nous accordons un rôle si important dans l'histoire de l'Europe, a été recueilli et sculpté sous la forme dont nous disposons aujourd'hui dans l'actuelle Istanbul, autrefois Byzance puis Constantinople.

Cependant, l'Antiquité est devenue constitutive de l'identité de l'entité culturelle que nous appelons aujourd'hui « Europe » - dont les contours glisseront avec les Carolingiens, aussi jusqu'au nord des Alpes. Des siècles durant, nous nous sommes vus dans une tradition dont l'origine est assise dans l'Antiquité. Une Antiquité, qui, tout autant que nous croyions la connaître, nous demeure bien étrangère. Mais elle était l'étrangère, « dont on se rappelle toujours comme sienne propre », écrit l'historien de l'Antiquité Hartmut Leppin. En allemand « rappeler », « *Er-innern* » (préfixe d'implication « er » et « en son sein »), signifie faire véritablement sien. L'Antiquité se caractérisait, poursuit Leppin, par « ses potentiels qui ont été actualisés de différentes manières par les générations suivantes »<sup>1</sup> – potentiels, qui font partie des éléments constitutifs essentiels de notre actuelle « identité européenne ».

En d'autres termes, les textes de l'Antiquité nous offrent l'accès à une multitude de possibilités, de conceptions du monde, à une richesse d'imaginables, de souhaits, auxquels on n'a eu de cesse de recourir au cours des siècles en Europe. Si les sciences humaines – comme elles sont parfois appelées de nos jours – sont destinées à la production d'un « sens du possible » (*Möglichkeitssinn*), alors l'Antiquité constitue sans nul doute une carrière de recherche particulièrement riche.

Cependant, si nous voyons l'Antiquité comme « potentiel », que nous avons utilisé des siècles durant et avec l'aide duquel nous avons constitué notre identité *via* une constante actualisation, cette appréhension porte également une autre sens. Elle signifie que nous avons une image de l'Antiquité, qui intègre certaines parties de l'histoire et en exclue d'autres, avec laquelle nous avons créé une culture européenne. Ainsi mettons-nous en évidence quelques points du passé avant de les relier à une ligne, à l'extrémité de laquelle nous nous voyons. Autrement dit, nous construisons rétrospectivement une tradition et en faisons une partie essentielle de notre identité.

Bien entendu, nous ne procédons pas à cette démarche de manière pleinement libre. Nous opérons suivant ce qui est souvent appelé les « dépendances au sentier » (*path-dependencies*). Si bien que nous ne pourrions pas simplement du jour au lendemain nous attribuer une nouvelle histoire et avec elle, une nouvelle tradition. Bien entendu, des événements ont eu lieu, que nous en ayons aujourd'hui encore connaissance ou non. Nous vivons dans des formations culturelles qui sont contingentes certes, mais pas le produit du hasard. Avec ce que nous restituons du passé comme tradition, nous en disons peut-être au moins autant sur ce que et comment nous voulons être – tout comme sur comment était le passé en tant que tel. Cette perspective constructiviste modérée de l'histoire devrait aujourd'hui recueillir un large consensus au sein des spécialistes en sciences

---

Nomos, Baden-Baden; Duve, Thomas (2014), German Legal History: National Traditions and Transnational Perspectives, in: Rechtsgeschichte - Legal History Rg 22 (2014) 16-48, online: [http://rg.rg.mpg.de/article\\_id/927](http://rg.rg.mpg.de/article_id/927).

<sup>1</sup> Leppin, Hartmut (2010), *Das Erbe der Antike*, München, 14.

culturelles et des historiens occidentaux<sup>3</sup>. Mais ses implications sont parfois encore inaccoutumées, aussi parce que l'une de nos traditions consiste justement en ce que nous appréhendons les traditions – et à travers elles nos identités – comme fixes, statiques, *in fine* essentialistes<sup>1</sup>.

Pourtant elles sont, le pensons-nous du moins aujourd'hui, flexibles, multiples, fragmentées<sup>2</sup>.

## II - Le droit comme élément unificateur dans l'histoire européenne

Le droit est un élément constitutif de l'identité central de notre récit historique en tant qu'Européen. Le droit est même placé au cœur de ce qui nous distingue comme continent. En outre, compte tenu de la crise de l'Europe, il a continuellement été souligné au cours des mois précédents que l'un des acquis culturels de l'Europe est son droit et que l'Europe – ou encore l'Occident – se définit notamment par sa culture juridique, à travers la compréhension fondamentale de la séparation des pouvoirs, de l'agencement particulier entre le droit et la religion, des droits de l'homme et de l'Etat de droit. Cette vision de la tradition juridique occidentale est communément connue, *via* par exemple, l'ouvrage d'Harold Berman<sup>3</sup>. De nouvelles illustrations brossent également ce portrait, comme par exemple la représentation de l'histoire européenne, que l'on décèle dans l'ouvrage intitulé *Das Recht in der europäischen Geschichte* (Le droit dans l'histoire européenne) de l'historien du droit italien Paolo Grossi, dont le titre original *L'Europa del diritto*<sup>4</sup> (L'Europe du droit) ne doit rien au hasard.

Pourquoi ? Cela peut être décrypté dans la magistrale densité de la littérature offerte par exemple par Paolo Grossi et d'autres. Je ne peux ici qu'esquisser une suggestion<sup>5</sup>: Une nouvelle forme de débat rationnel à l'appui de textes a émergé sur les ruines de l'Empire romain, sur lequel on recommença à travailler intensément, après la chute de l'Empire romain d'Occident, à la fin du 11<sup>ème</sup> siècle notamment en Italie du Nord. Initialement à des fins rhétoriques, puis juridiques, les

---

<sup>1</sup> Voir Stolleis, Michael (2008), *Rechtsgeschichte schreiben. Rekonstruktion Erzählung, Fiktion?*, Basel; Veyne, Paul (1971), *Comment on écrit l'histoire*, Par Ed. du Seuil

<sup>2</sup> Sen, Amartya (2007), *Die Identitätsfalle: Warum es keinen Krieg der Kulturen gibt*, München.

<sup>3</sup> Berman, Harold (1983), *Law and revolution. The formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge. Voir au sujet de son oeuvre: Forum in *Rechtsgeschichte – Legal History* 21 (2013), Introduction de Duve, Thomas (2013), *Law and Revolution – revisited*, in: *Rechtsgeschichte - Legal History Rg* 21 (2013) 156-159, online: [http://rg.rg.mpg.de/article\\_id/891](http://rg.rg.mpg.de/article_id/891) .

<sup>4</sup> Grossi Paolo (2010), *Das Recht in der europäischen Geschichte*, München.

<sup>5</sup> Pour plus de détails sur l'histoire de l'histoire du droit européen: Duve, Thomas (2012), *Von der europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive*, *Rechtsgeschichte - Legal History* 20, 18 – 71 online: [http://rg.rg.mpg.de/article\\_id/800](http://rg.rg.mpg.de/article_id/800) ; Duve,

Thomas (2013), *European Legal History - Global Perspectives. Working Paper for the Colloquium, European Normativity - Global Historical Perspectives'* (Max-Planck-Institute for European Legal History, September, 2nd-4th, 2013), Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series 2013-06 (2013), X - XXXV, <http://ssrn.com/abstract=2292666>

glossateurs se sont concentrés sur les règles et les formes de pensée partiellement transmises du droit romain notamment, qui a été codifié au 6<sup>ème</sup> siècle sous le règne de l'empereur Justinien avant d'être conservé dans différents manuscrits. Avec l'institution progressive des écoles de droit et des premières universités, on discerné le droit romain aussi bientôt à l'aune du droit canonique, le droit de l'Eglise. Même cette dernière ne pouvait être envisagée sans le droit romain: *ecclesia vivit lege romana*. De nombreux historiens et juristes situent précisément dans cette période, qui court de la fin du 11<sup>ème</sup> siècle au début du 13<sup>ème</sup> siècle, les fondements de notre culture juridique occidentale

– la réflexion rationnelle, la scientification, la professionnalisation, la différenciation fonctionnelle. Du 12<sup>ème</sup> jusqu'au 18<sup>ème</sup> siècle, l'enseignement du droit est prodigué en latin dans des lieux toujours plus nombreux d'Europe. Puis à partir du 19<sup>ème</sup> siècle, voire du début du 20<sup>ème</sup> siècle, si l'instruction se fait désormais dans les langues nationales respectives, la référence au droit romain quant à elle, demeure. Des étudiants venus de nombreuses villes d'Europe se rendirent en Italie du Nord. Ils en remportèrent les *Codices*, i.e. les manuscrits, chez eux et définirent leur droit national selon la méthode, les concepts et les techniques qu'ils avaient appris. Fut alors entreprise une refonte du droit traditionnel, qui sera souvent appelée « la réception du droit romain ». A partir du 15<sup>ème</sup> siècle, avec l'établissement d'universités dans tout l'empire, on assista à un renforcement de la loi comme source du droit. On observa alors un processus de juridicisation, renforcée par une centralisation de la justice avec la Réformation, ainsi que l'émergence de l'Etat pré-moderne, qui forgea ses formes modernes d'action sur le terrain.

Ainsi se forma une sorte de grammaire et de vocabulaire communs de l'ordre juridique européen, c'est-à-dire les notions fondamentales et les visions communes du droit, qui étaient aussi à la base des langues et ordres juridiques nationaux. La philosophie du droit, les Lumières ou ce que l'on appelle les écoles historiques du droit pensaient tous dans ces termes – malgré les modifications qu'ils y apportèrent. Même les codifications, qui constituent pourtant les monuments juridiques du 19<sup>ème</sup> siècle, ère du nationalisme – où la singularité et l'autonomie du droit national sont accentuées–, rédigés dans la langue nationale et façonnés par les juristes de tradition nationale, ont également utilisé le jargon juridique de la loi dite savante, du droit commun, du *ius commune*. Dans ce dernier, on réfléchissait sur les droits fondamentaux et les droits de l'homme, sur la séparation de l'Eglise et de la religion, sur tous les facteurs qui sont aujourd'hui considérés comme composants de l'identité « européenne » – une identité, qui au 19<sup>ème</sup> siècle a principalement été déterminée sous des auspices nationales.

Dans l'Italie fasciste, à l'époque nazie, mais surtout après, on a à nouveau eu recours à des espaces étendus de manière plus appuyée encore, mettant la tradition désignée comme « européenne » de plus en plus souvent en valeur. Il s'agissait des décennies de la rechristianisation et du dit « mouvement occidentaliste » (*Abendlandbewegung*). Après la seconde guerre mondiale, commença l'époque du mouvement politique européen différent, qui, comme nous le savons aujourd'hui, avait des motivations très différentes de celles de l'entre-deux-guerres. L'« Europe » offrait précisément à l'Allemagne une chance particulière, notamment parce qu'elle lui apportait un encrage à l'Ouest, une croissance économique, ainsi qu'une reconnaissance politique. Le récit européen peut également être rattaché à une tradition positive – une tradition européenne, dans laquelle l'Allemagne a joué un rôle important, que l'on ne doit toutefois pas nommer « allemand ». Ainsi, nous, Allemands, nous sommes- nous attribué une identité européenne, dans laquelle nous



considérations concrétisée notre vision du monde. Aujourd'hui nous savons que d'autres pays aussi ont échafaudé leur Europe à partir de leurs propres expériences et espérances. C'est pourquoi il est souvent question de « processus de construction identitaire fragmentés ».

Le fait que l'Europe serait une entité unique et que son droit revêtirait une importance particulière pour cette entité, dans le passé aussi bien que dans le futur, fait partie intégrante des discours politiques mais aussi académiques d'après-guerre. « Pendant plus d'un millénaire, l'idée d'unité du continent ne s'est chez nous jamais vraiment éteinte »<sup>1</sup>, ainsi Walter Hallstein, l'un des premiers architectes de l'intégration européenne et premier président de la Commission de la CEE en 1969, différenciait-il l'Europe. L'intégration européenne serait, selon lui, « un processus organique, qui traduit à long terme une entité structurelle déjà existante sous une forme politique définitive en une culture, une économie

et une conscience politique »<sup>2</sup>. La vision de l'histoire ici exprimée est assez claire : dans l'histoire, certaines valeurs supérieures se manifestent. « L'Europe trouve son identité en elle-même », « l'esprit européen » – de nombreuses formules encore aujourd'hui utilisées font appel aux images allusives, selon lesquelles ce que nous souhaitons serait *in fine* l'expression d'une volonté supérieure ou celle d'une forme quelconque d'une qualité particulière.

Dans ce processus d'unification européenne, le droit devrait alors avoir une fonction fondamentale. Hallstein, à qui l'on doit la formule encore aujourd'hui utilisée d'« Europe comme communauté de droit », disait : « La communauté est une création du droit. C'est la nouveauté décisive qui la distingue des tentatives précédentes d'unifier l'Europe. Ni la violence, ni la soumission n'est utilisée comme moyen, mais une force spirituelle et culturelle, le droit. La majesté du droit doit réussir, ce dont le sang et le fer n'ont pas été capables pendant des siècles »<sup>3</sup>.

La « création », le « sang », le « fer », la « majesté du droit » : Nul n'a besoin d'être historien pour voir combien l'histoire allemande se manifeste à travers ces mots. La vision de Walter Hallstein, à l'instar de nombreux autres plus tardifs, est très lourde de présupposés. Il « y a » l'Europe comme formation culturelle d'une stabilité historique. Cette formation culturelle est largement coextensive à l'espace, que nous désignons aujourd'hui comme étant l'Europe et que nous voulons intégrer comme espace politique. En droit, un certain noyau dur est exprimé : le droit était et est un élément essentiel de cette unité – dans le passé et l'avenir. En bref, nous identifions encore aujourd'hui un espace géographique avec des valeurs particulières, transposées dans une culture juridique, qui s'est historiquement formée et qui doit de ce fait avoir une haute légitimité.

### **III - Remarques critiques sur notre manière d'écrire notre histoire**

Encore aujourd'hui, nous considérons une grande partie de ce récit de l'histoire comme exact. Nous avons développé en Europe une tradition remarquable du débat rationnel avec une forme

---

<sup>1</sup> Hallstein, Walter (1979), Die Europäische Gemeinschaft, Düsseldorf u.a., 13.

<sup>2</sup> Hallstein, Walter (1969), Der unvollendete Bundesstaat. Europäische Erfahrungen und Erkenntnisse, Düsseldorf u.a., 14.

<sup>3</sup> Hallstein, Walter (1969), Der unvollendete Bundesstaat. Europäische Erfahrungen und Erkenntnisse, Düsseldorf u.a., 33.

spécifique de la pensée normative, que nous appelons le droit. Ce dialogue intensif, conduit depuis des siècles entre les élites de très divers lieux d'Europe, a aussi mené à une grande convergence des ordres juridiques en Europe – une convergence, qui s'est renforcée avec l'eupéanisation de l'Europe ainsi que l'approfondissement de l'intégration européenne. Bien sur le droit romain – et avec lui, le trop souvent négligé droit canonique, i.e. le droit de l'Eglise catholique – était un objet central de l'enseignement et un facteur important dans l'apprentissage des idées normatives. Nous avons appris à penser et à parler juridique dans cette langue. Il existe donc des facteurs, qui mènent à une convergence et à une certaine uniformisation des droits en Europe.

Et pourtant notre perception est aujourd'hui assez différente de cette narration classique<sup>1</sup>. Rappelant ce j'ai initialement écrit sur les conditions historiques de notre représentation du monde puis sur l'Antiquité comme potentiel, que chaque génération réacquiert et interprète à nouveau, je me limiterai ici à quelques points :

□ Bien entendu ce n'est pas le „droit romain“, qui ici continuait en quelque sorte à vivre à travers les siècles. Il s'agissait bien plus de ce qui était perçu dans ce droit romain dans les circonstances propres au 12<sup>ème</sup>, 14<sup>ème</sup>, 17<sup>ème</sup>, ou 20<sup>ème</sup> siècle – ou quel que fut l'époque à laquelle on a pris le droit romain en main. Car le droit du 12<sup>ème</sup> siècle est précisément celui du 12<sup>ème</sup> siècle, quand bien même on dit encore souvent qu'il est « romain ». Cela a de nombreuses raisons, aussi banales que complexes, relevant de la théorie juridique. Depuis des siècles, nous nous appuyons sur des sources incertaines et ne distinguons que quelques îlots dans des océans d'ignorance. Ce que nous pouvons effectivement observer est une chaîne de tentatives toujours nouvelles, se superposant souvent les unes aux autres, pour formuler de nouvelles règles juridiques, formées autour du droit romain si sophistiqué – et d'autres droits savants. A la manière dont nous avons caractérisé l'Antiquité comme potentiel sans cesse actualisé, les juristes d'Europe ont débattu à travers les siècles sur le droit, faisant référence au droit romain et à ses divers marches de formation, adjonction, transformation, dans un grand processus culturel appelé la « réception ». C'est cette référence commune qui a conduit à de si grandes similitudes dans notre ordre juridique, à savoir les formations culturelles constituées à travers la réflexion approfondie autour de cette référence, qui se sont ensuite reproduites dans un processus de communication intense entre les élites professionnelles, les hautes sphères du pouvoir, mais aussi les voyageurs - savants commerçants et missionnaires. Mais bien sûr il ne s'agit pas là du droit de l'Antiquité, de la même manière qu'il ne s'agit pas de quelconques forces supérieures qui auraient agi et « concrétisé » en Europe, et seulement là, un ordre juridique de la Chrétienté par exemple.

□ Par conséquent, il n'existe pas non plus un « esprit européen », qui serait stable et qui s'exprimerait dans la réalité de manière différente au fil du temps. C'est ce qui était encore admis dans les années 60 et 70 comme base des représentations moins réflexives que métaphysiques du monde et de son histoire – rappelons simplement ici la citation de Hallstein. Certes l'« identité européenne » si encensée existe, mais seulement en ce que nous avons pris la décision, en tant que

---

<sup>1</sup> Pour une approche critique, voir Duve, Thomas (2012), Von der europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive, *Rechtsgeschichte - Legal History* 20, 18 - 71. Online: [http://rg.rg.mpg.de/article\\_id/800](http://rg.rg.mpg.de/article_id/800) . Voir à ce sujet aussi *Rechtsgeschichte – Legal*

collectif (comme entité plus ou moins autonome plutôt que comme part d'une cohérence collective construite), d'accepter l'offre d'identification liée à l' «Europe».

Qu'est-ce que cela signifie concrètement ? Il s'agit de relater dûment notre histoire, mais en réalité aussi d'aligner nos actes sur ce récit. Ainsi ce que nous appelons « valeurs européennes » est en bonne partie l'expression de ce que nous nous attribuons depuis des décennies comme part d'un passé reconstruit par nous-mêmes et de ce que nous voulons voir réaliser dans l'avenir. C'est pourquoi nous devrions également prendre au sérieux l'effet contraignant de l'identification avec des valeurs déterminées. Non pas parce que nous serions alors soumis à des puissances supérieures, mais il est question d'agir comme mués par une sorte d'engagement collectif, et pas autrement. Il me semble que nous ne procédons de la sorte que trop sporadiquement<sup>1</sup>.

□ C'est avant tout le passé – et ce n'est pas négligeable ! – qui, même de façon fragmentaire, est décrit par cet acte d'auto-inscription dans une tradition. Il ne se définit pas par notre répertorisation en tant qu'«Européens » du seul bon, ce que nous faisons souvent. Avec son immense patrimoine culturel, notre continent, ce continent dont nous disons qu'il a exporté dans le monde les droits de l'Homme, la liberté, l'égalité, la fraternité – tout ce que nous considérons comme caractéristiques de notre modèle de société –, fait bien sûr partie de notre passé. Cependant, il s'agit du même continent qui porte la responsabilité de génocide, massacre de masse, guerres mondiales du 20<sup>ème</sup> siècle. C'est le même continent, qui depuis le 16<sup>ème</sup> siècle, a placé la quasi-totalité de la Terre sous son contrôle et a instauré les structures de pouvoir coloniales, dans lesquels le postulat de liberté et d'égalité ne s'applique précisément pas à tous, mais aux hommes blancs exclusivement. L'Europe ne serait pas ce qu'elle est sans ce passé colonial et impérial – ni ses Etats-nations ni l'Europe en tant qu'ensemble, qui s'est édifié en tant que catégorie culturelle notamment par ses démarcations, constituées par les « autres ».

Mais devons-nous également inclure les *darker sides of European history* comme partie de notre identité ? C'est un sujet sur lequel on aime à polémiquer. Il me paraît pour le moins certain, que nous ne devons justement pas montrer d'images simplement unilatérales dans la communication avec d'autres régions du monde, qui connaissent notre rôle dans le monde du fait de leur propre expérience.

□ Enfin, si notre identité européenne est un acte d'attribution, alors elle n'est pas liée à l'espace européen. En réalité, chacun peut utiliser ce potentiel d'identification – et nous trouvons évident que l'histoire européenne a engendré, avec son droit, un grand patrimoine culturel, qui se souhaite séduisant aux yeux des autres régions du monde. La culture juridique européenne, doit et peut ainsi, chez nous comme ailleurs, toujours être perpétuée et cultivée dans la mémoire et la pratique quotidienne. Elle est « performative », elle se concrétise dans la négociation, quand bien même il s'agit d'« actes de parole ». Ainsi dans différents endroits du monde, l'option culturelle « Europe » a aussi été adoptée de manière spécifique à chacun : En Amérique latine ou partiellement en Asie, dans de nombreux endroits, notre droit et notre modèle de société ont été examinés et

---

<sup>1</sup> - *History 22 (2014), Focus: European Normativity – Global Historical Perspectives, online:*  
[http://rg.rg.mpg.de/article\\_id/928](http://rg.rg.mpg.de/article_id/928).

appropriés dans une forme propre – si bien que comme sur le continent européen, il n'est pas d'homogénéité.

#### IV - L'histoire du droit comme histoire de la translation

Ce faisant, j'en viens à mon dernier point : l'histoire du droit comme histoire de la translation. Pendant longtemps, nous avons dépeint le processus de formation d'une « histoire du droit européen » comme celui de la « réception ». Plus récemment, il est plus souvent question de « legal transplants » ou de « transferts ». Ces termes trouvent leurs origines dans des contextes historiques spécifiques et sont respectivement investis d'une précompréhension propre. Ainsi la « réception » est comprise comme un processus historico-culturel, qui est notamment diffusé par le droit savant, la méthode juridique et une scientification, et ce terme est encore souvent accompagné des hypothèses essentialistes esquissées ci-dessus. L'expression « legal transplant » est issue de la pensée résultant de la théorie de la modernisation, qui comporte de nombreux prérequis qui ne sont aujourd'hui peut-être plus d'actualité<sup>1</sup>.

Il n'est ici évidemment pas question d'une nouvelle terminologie. Cependant, il me semble que ce que j'ai jusqu'ici exposé – à savoir que le droit est un processus continu d'appropriation des traditions – est particulièrement bien exprimé dans ce qui est ces dernières années désigné, notamment par Peter Burke, de « cultural translation ». Peter Burke voit en elle la clef de voûte d'une histoire culturelle moderne. Il a recours à l'usage de la « Translation » adopté initialement par la recherche anthropologique, puis par d'autres disciplines, et il se concentre sur la traduction culturelle et linguistique occasionnée dans le contact interculturel ; Une traduction, qui n'est précisément pas attachée à l'unique aspect linguistique.

Au cours des dernières années, de diverses études historiques concernant ce concept de la translation ou témoignant du moins un intérêt marqué pour le processus de translation, sont parues. Elles détaillent le processus d'appropriation dans le domaine normatif, qu'elles analysent en portant une attention particulière aux différents phénomènes de translation<sup>2</sup>.

Je vois un grand potentiel dans cette méthode. L'approche des processus de translation, qui sont très majoritairement demeurés liés à la linguistique dans le domaine juridique, nous incite à porter le regard au-delà du seul processus de traduction; ce qui déjà est en soi primordial. Cette démarche nous contraint à une sensibilité particulière pour les questions de sémantique historique, qui est fondamentale pour l'histoire du droit. Elle présente notamment l'avantage d'exhorter à ce que la reconstruction ait impérativement lieu dans le contexte des pratiques sociales. Ainsi la

---

<sup>1</sup> Pour plus de précisions au sujet de la *cultural translation*, voir Duve, Thomas (2013): European Legal History - Global Perspectives. Working Paper for the Colloquium, European Normativity - Global Historical Perspectives' (Max-Planck-Institute for European Legal History, September, 2nd-4th, 2013), Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series 2013-06 (2013), URL: <http://ssrn.com/abstract=2292666>. Au sujet de la recherche sur la *cultural translation* à l'Institut Max-Planck, voir Duve, Thomas (2013), L'Institut Max-Planck d'histoire européenne du droit, *Revue de l'IFHA* [Online], 5 | 2013, URL : <http://ifha.revues.org/7392>.

<sup>2</sup> Voir à ce sujet les contributions dans la brochure *Rechtsgeschichte – Legal History* 22 (2014).

situation locale de chaque acte d'application du droit est-elle mise en exergue, tandis que les aspects translinguistiques et les problématiques praxéologiques deviennent un lieu. Parallèlement au savoir implicite, on peut également exploiter les contextes institutionnels et les garanties symbolico-rituelles de maintien en vigueur, c'est-à-dire les conditionnalités et formes médianes dans lesquelles le système sémantique « droit » se matérialise. Par conséquent, les connexions culturelles, dont l'importance est soulignée par les méthodes historiques générales, les sciences du langage, mais aussi par les analyses du processus de production juridique des sciences sociales et de la théorie du droit, pourraient être appréhendées de manière peut-être particulièrement fructueuse en matière de méthode de *cultural translation*. Celle-ci serait une heuristique qui pourrait indiquer une voie empirique afin de reconstruire le droit, aussi historique, comme une partie de la culture. Savoir d'où que vient le texte qui est reproduit est de ce fait d'importance secondaire.

Cela signifie également que si nous voulons mieux comprendre les processus de constantes appropriation et transformation (c'est-à-dire la translation) de la normativité – que ce soit au sein de l'Europe ou encore entre différents lieux à travers le monde – alors devons-nous combiner les nombreuses études, écrites avec perspective locale, les unes avec les autres.

Cela n'est possible que si nous coopérons étroitement dans la recherche et nous dotons de nombreux chercheurs et chercheuses, qui se sentent chez soi dans de nombreuses cultures juridiques. L'essor de l'histoire du droit est un défi d'autant plus important pour des pays dotés d'une longue tradition juridique comme le Maroc.



# **Bibliothek und Skriptorium in Konstantinopel**

Viola Heutger <sup>1</sup>

## **I - Ein Rekonstruktionsversuch**

Im Jahr 330 wurde Konstantinopel zur Hauptstadt erhoben, ab 395 war sie das Zentrum des oströmischen Reichs und unter Kaiser Theodosius II wurden deutliche Rahmenbedingungen für eine juristische Ausbildung im Jahr 425 festgelegt.<sup>2</sup> Es wurde verfügt, dass die Hochschule mit 31 Lehrstühlen bestückt werden solle. Zwei dieser 31 Professoren sollten das Recht lehren.<sup>3</sup> Die Rechtsschule war eingebettet in eine höhere Lehranstalt, die bereits längere Zeit bestand. Dieser Rechtsschule von Konstantinopel stand bereits eine Infrastruktur zur Verfügung, die zu einer Metropole passte. Es gab nicht nur eine Vielzahl an Lehrstühlen an der vielseitig ausgerichteten Hochschule, sondern auch eine Bibliothek<sup>4</sup> und daran angeschlossen ein Skriptorium, wo Manuskripte vervielfältigt werden konnten. Über das Skriptorium sprechen die Quellen bereits zur Zeit der Regierung des Kaisers Constantius, einem Sohn von Kaiser Konstantin, dem Gründer der Hauptstadt.<sup>5</sup>

In diesem Beitrag möchte ich einen Rekonstruktionsversuch der damaligen Studienmöglichkeiten vornehmen. Es soll der Frage nachgegangen werden, in welchem Umfeld die Jurastudenten studierten und welche Quellen ihnen zur Verfügung standen. Über den Rechtsunterricht liest man immer wieder, dass an Hand von Texten in den verschiedenen Studienjahren, unter Kaiser Justinian waren es dann fünf Jahre, die klassische Rechtsliteratur unterrichtet wurde. Woher diese Texte kamen und wo sie aufbewahrt wurde, dass ist bisher nicht abschließend geklärt.

## **II - Die Bibliothek**

In Berichten zur Topographie der Stadt Konstantinopel kommt neben vielen Gebäuden auch immer wieder eine Bibliothek vor. Die Schriftsteller Zosimus und Cedrenus berichten uns davon und weisen auch den Platz an den zentralsten Orten der Hauptstadt an.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup>

<sup>2</sup> Siehe dazu T. Giaro, Rechtsschulen, Der neue Pauly, Band 10, 2001, 818-819. Sowie D. Liebs, Juristenausbildung in der Spätantike in Ch. Baldus et al.(Hrsg.): Juristenausbildung in Europa zwischen Tradition und Reform, 2008, 31-45.

<sup>3</sup> C.Th. 14.9.3.1.

<sup>4</sup> C. Wendel, Die erste kaiserliche Bibliothek in Konstantinopel, Zentralblatt für Bibliothekswesen 5 (1942), 193-209.

<sup>5</sup> Themistius, Orat. IV, 59b-61d. Siehe auch H. Schlange-Schöningen, Kaisertum und Bildungswesen im spätantiken Konstantinopel, Historia Einzelschriften, 94, Stuttgart, 1995, 150.

<sup>6</sup> Zosimus, Historia nova, lib.III, Ludovicus Mendelssohn (Hg.), Leipzig, 1887 sowie Geschichte des Zosimus. Erster Band und zweiter Band. Aus dem Griechischen zum Erstenmale übersetzt und mit Anmerkungen begleitet von Seybold und Heyler. (Sammlung der neuesten Übersetzungen der Griechischen prosaischen Schriftsteller 10), Frankfurt am Main 1802, Bericht zur Bibliothek sind im dritten Buch im elfte Kapitel zu finden und bei Georgius Cedrenus,

Was man unter einer Bibliothek versteht, hat Festus im 2. Jahrhundert in seinem Wörterbuch „De verborum significatu“ wunderbar definiert: „Bibliothecae et apud Graecos et apud nos tam librorum magnus per se numerus, quam locus ipse, in quo libri collocati sunt, appellatur.“<sup>1</sup> Nach der Übersetzung von Blanck: “Bei den Griechen wie bei uns nennt man Bibliotheken sowohl eine große Anzahl von Büchern als auch den Ort, an dem diese Bücher untergebracht sind.“<sup>2</sup>

In den Quellen bei Zosimus wird von einer öffentlichen kaiserlichen Bibliothek in Konstantinopel berichtet. Es wird also eine Stiftung des Kaisers gewesen sein, die öffentlich zugänglich war. Die Quellen sprechen allerdings immer nur von einer einzigen Bibliothek. In Rom dagegen gab es mit Sicherheit mehrere Bibliotheken. Da wissen wir aus konstantinischer Zeit, dass es damals schon um die 28 Bibliotheken in der Stadt gab.<sup>3</sup> Mitgezählt wurden auch die Bibliotheken, die in den Thermen anwesend waren. Über die eine Bibliothek in Konstantinopel wissen wir im Gegensatz zur römischen Lage recht wenig.

### III - Das Bibliotheksgebäude

Wie das Gebäude der Bibliothek in Konstantinopel aussah, dass wissen wir ungefähr. Die Quellen, die über die Bibliothek von Konstantinopel berichten, sprechen von einer Stoa, also Hallen.<sup>4</sup> Als Anhaltspunkt zur Bauweise dieser Hallen können vergleichbare Gebäude in der Region herangezogen werden. So war die Celsusbibliothek in Ephesos bereits mehrstöckig.<sup>5</sup> Der uns überlieferte Buchbestand, der zu Ende des vierten Jahrhunderts über 100.000 Schriften betragen haben soll, legt die Vermutung nahe, dass es sich entweder, um ein sehr großes und langes Gebäude oder ein mehrstöckiges Gebäude gehandelt haben muss. Ausgrabungsfunde und Stadtbeschreibungen berichten von keinem sehr langen Gebäude<sup>6</sup>, dessen Nutzung unbekannt ist, oder wo eventuell eine Bibliothek gestanden haben soll. Das spräche für die Annahme, dass es sich um ein mehrstöckiges Gebäude gehandelt haben muss. Rekonstruktionsversuche der Stadt gehen von den verschiedensten mehrstöckigen Gebäuden in Konstantinopel aus. Es war also nichts

---

Compendium der Geschichten von der Schöpfung bis 1057, in F. W. Unger, Quellen der byzantinischen Kunstgeschichte, 1. Band, I.-III. Buch, Wien, 1878, 80.

<sup>1</sup> Sextus Pompeius Festus, **De verborum significatu quae supersunt com Pauli epitome**, 34-36.

<sup>2</sup> H. Blanck, Das Buch in der Antike, München, 1992, 133.

<sup>3</sup> H. Blanck, Das Buch in der Antike, München, 1992, 165.

<sup>4</sup> Zosimus, *Historia nova*, lib.III, Ludovicus Mendelssohn (Hg.), Leipzig, 1887 sowie Geschichte des Zosimus. Erster Band und zweiter Band. Aus dem Griechischen zum Erstenmale übersetzt und mit Anmerkungen begleitet von Seybold und Heyler. (Sammlung der neuesten Übersetzungen der Griechischen prosaischen Schriftsteller 10), Frankfurt am Main 1802, drittes Buch, elftes Kapitel.

<sup>5</sup> V. M. Strocka, Römische Bibliotheken, Mit Tafeln XIII – XXIV, in *Gymnasium : Zeitschrift für Kultur der Antike und humanistische Bildung* 88 (1981), 324.

<sup>6</sup> Unter anderem wurde das Buch von Wolfgang Müller-Wiener, *Bildlexikon zur Topographie Istanbuls : Byzantion - Konstantinopolis - Istanbul bis zum Beginn des 17. Jahrhunderts*, Wolfgang Müller-Wiener unter Mitarbeit von Renate und Wolf Schiele; mit einem Beitr. von Nezih Firatli, Tübingen, Wasmuth, 1977 durchgesehen.



Besonderes, um in die Höhe zu bauen.<sup>1</sup> Die Stoa, in der die Bibliothek untergebracht gewesen ist, wird wohl auch ein doppelstöckiges, wenn nicht sogar mehrstöckiges Gebäude, gewesen sein.

#### IV - Der Buchbestand

Die Infrastruktur für eine höhere Bildungsanstalt wurde in der rasant wachsenden Metropole schnell strukturierter. Man kann davon ausgehen, dass Bibliothek und Schreibstube im vierten Jahrhundert schnell grösser wurden. Zosimus berichtet, dass Julian alle seine Bücher der Bibliothek in Konstantinopel übergab und für diese eine neue Halle in der Gestalt eines Zirkels errichten ließ.<sup>2</sup> Diese Schenkung fand im Jahr 356 statt.<sup>3</sup> Zosimus spricht von einer zum Hafen führenden Halle. Cedrenus wiederum spezifiziert diese Aussage und nennt die Basilika als Ort von zwei Hallen. Auf Grund seines Berichts über den großen Brand, der von der Basilika ausgehend, bis hin in Richtung des Forums des Konstantins vernichtend zu Werke ging, können wir erahnen, wie groß diese Bibliothek in Bezug auf die Größe des Gebäudes und den Bestand gewesen sein muss. Cedrenus überliefert uns die Zahl von 120.000 Büchern.<sup>4</sup> Es ist zu erwarten, dass diese Bestandsgröße durch die reichen Schenkungen des Kaisers Julian bereits im Jahr 363, dem Todesjahr von Kaiser Julian, bestand.

Es müssen aber keineswegs 120.000 verschiedene Werke gewesen sein. Häufig bestand ein Werk aus verschiedenen Büchern und war auf mehrere Schriftrollen oder Kodizes verteilt. Die Anzahl der Bücher eines Werkes war allerdings nicht unbedingt identisch mit der Anzahl der benötigten Schriftrollen. Auch ist es denkbar, dass es mehrbändige Bücher gab. Es ist ebenso denkbar, dass Duplikate mitgezählt wurden.<sup>5</sup> Die Menge, der vorhandenen Schriftstücke lässt nicht notwendig auf die Variation des Inhaltes der Kollektion schließen. Für ihre Zeit war die Bibliothek von Konstantinopel eine gewaltige Bibliothek. Natürlich strebte sie nach dem großen Vorbild der Antike, der Bibliothek von Alexandria. Den Umfang der Bibliothek von Alexandria erreichte die Bibliothek von Konstantinopel jedoch niemals.<sup>6</sup> Auch zu den Blütezeiten betrug der Bestand wohl nur ein Drittel der Masse von Alexandria. Die Bibliothek von Alexandria ging allerdings bereits

---

<sup>1</sup> Einen Eindruck vermittelt an Hand von Computersimulationen das Buch von Robert Ousterhout, *Walking thru Byzantium, Great Palace Region, Istanbul*, 2008.

<sup>2</sup> Zosimus, *Historia nova*, lib.III, Ludovicus Mendelssohn (Hg.), Leipzig, 1887 sowie *Geschichte des Zosimus*. Erster Band und zweiter Band. Aus dem Griechischen zum Erstenmale übersetzt und mit Anmerkungen begleitet von Seybold und Heyler. (Sammlung der neuesten Übersetzungen der Griechischen prosaischen Schriftsteller 10), Frankfurt am Main 1802, drittes Buch, elftes Kapitel.

<sup>3</sup> A. Demandt, *Die Spätantike*, Handbuch der Altertumswissenschaften, Dritte Abteilung, sechster Teil, München, 1989, 355.

<sup>4</sup> Georgius Cedrenus, in F. W. Unger, *Quellen der byzantinischen Kunstgeschichte*, 1. Band, I.-III. Buch, Wien, 1878, 80.

<sup>5</sup> Ziehe zur Zählung der antiken Bestände, L. Casson, *Bibliotheken in der Antike*, Düsseldorf und Zürich, 2002, 56.

<sup>6</sup> Man schätzt, dass in Alexandria beinahe eine halbe Million Bücher anwesend waren. L. Casson, *Bibliotheken in der Antike*, Düsseldorf und Zürich, 2002, 56. In Pergamon waren 200.000 Bücher in der Bibliothek anwesend. L. Casson, *Bibliotheken in der Antike*, Düsseldorf und Zürich, 2002, 135. Allerdings ging diese Bibliothek spätestens im Jahr 31 v. Chr. unter. L. Casson, *Bibliotheken in der Antike*, Düsseldorf und Zürich, 2002, 152.

während eines Aufstandes um das Jahr 270 zugrunde.<sup>1</sup> Konstantinopel war gut 150 Jahre später dann die einzige Bibliothek im römischen Reich, die nach Vollständigkeit strebte. Es ist gut möglich, dass durch die neue Art des Kopierens in Kodexform die Bibliothek in Konstantinopel einen beinahe kompletten Bestand der Literatur ihrer Zeit besaß.

## V - Die Standorte der Bibliothek

Zur Zeit Kaiser Julians war die Bibliothek in der Stoa Basileos untergebracht. Das Gebäude diente auch als Gericht und dort wurden ebenso die Studierenden von Rechtslehrern unterrichtet. Neben der Bibliothek gab es auch ein Skriptorium, um Abschriften der Bestände herstellen zu können. Die Stoa Basileos war mitten im Zentrum der Stadt, neben dem Milion, der die Entfernungen zu anderen wichtigen Orten des Reiches angab. Die Bücherschenkung des Kaisers Julian wird zu einem Ausbau der bestehenden Bibliothek geführt haben und wohl nicht zu einer weiteren. Dass es sich um den Bau einer rein kaiserlichen Bibliothek in direkter Nähe zum Palast, sozusagen als Anbau, handelt, ist wohl ausgeschlossen, da von einer Schenkung die Rede ist und nicht von der Neuerrichtung einer weiteren Bibliothek. Es daher zu vermuten, dass die bestehende Anlage ausgebaut wurde. Einen zentralen Platz inmitten der Stadt nahm die Bibliothek immer ein. Wir wissen, dass sie allerdings nicht immer beim Milion stand. Im Rahmen der Stadterweiterung bekam die Bibliothek einen neuen Platz. Zu Beginn des 5. Jahrhunderts zog die Bibliothek um zum Kapitol.<sup>2</sup> Aus dem Zentrum der konstantinischen Stadt zog die Bibliothek um an eine Stelle, die wiederum sehr zentral an einer Kreuzung lag und auch an diesem neuen Ort lag die Bibliothek wieder mittendrin, in der nun erweiterten Stadt befand. An dieser Stelle entstand unter Kaiser Theodosius II eine höhere Lehranstalt. Der bis dahin unregelmäßige Rechtsunterricht durch Privatgelehrte sollte nun von staatlich ernannten Professoren geschehen. Wie wohl auch zuvor befanden höhere Lehranstalt und Bibliothek sich in nächster Nähe zueinander. Der neue Ort war immerhin fast zwei Kilometer vom ursprünglichen Gebäude beim Milion entfernt. Die Stadt hatte sich in dieser Zeit architektonisch und demographisch weiterentwickelt. Die Bevölkerung wuchs schnell. Im vierten Jahrhundert auf etwa 350.000 und um das Jahr 500 auf etwa eine halbe Million Einwohner.<sup>3</sup> Die Ausdehnung der Stadt entspricht dem Bevölkerungswachstum. Es kam zu Umsiedlungen und Neubauten. Die Bibliothek war nur einige Jahrzehnte an ihrem neuen Ort. Leider verbrannten Teile der Bibliothek bei einem großen Brand im Jahr 475.<sup>4</sup> Ein Wiederaufbau folgte, allerdings erreichte der Bestand nie mehr die vorherige Größe.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> L. Casson, Bibliotheken in der Antike, Düsseldorf und Zürich, 2002, 71.

<sup>2</sup> Die Quellen sprechen von einer Universität am Kapitol. C.Th. 14.9.3.1.

<sup>3</sup> Im Jahr 361 geht man von einer Bevölkerung von etwa 300.000 bis 350.000 Einwohnern aus. Tertius Chandler, Four Thousand Years of Urban Growth: An Historical Census, Lewiston, NY: The Edwin Mellen Press, 1987 und Tertius Chandler and Gerald Fox, 3000 Years of Urban Growth, New York, NY: Academic Press, 1974.

<sup>4</sup> H. Schlange-Schöningen, Kaisertum und Bildungswesen im spätantiken Konstantinopel, Historia Einzelschriften, 94, Stuttgart, 1995, 106. Auch wird das Jahr 476 bei M. Lechner, Erziehung und Bildung in der griechisch-römischen Antike, München, 1933, 114 genannt. Für diese Annahme spricht der Hinweis von Georgius Cedrenus, der den Brand historisch in das Jahr der Ausrufung des Kaisers Basilikus setzt. Georgius Cedrenus, Compendium der Geschichten von der Schöpfung bis 1057, in F. W. Unger, Quellen der byzantinischen Kunstgeschichte, 1. Band, I.-III. Buch, Wien, 1878, 79-80. Ohne weitere Spezifizierung des Jahres nennt Blanck für den Brand das Jahr 473. H. Blanck, Das Buch in

## VI - Das verwendete Material des Lesestoffs

Was genau in dieser Bibliothek stand, das wissen wir nicht. Es sind uns keine Inventarlisten überliefert worden. Allerdings können wir rekonstruieren, wie das Material der Bestände ausgesehen haben. Der aus Ägypten stammende Papyrus wird in der Bibliothek von Konstantinopel nicht sehr häufig anzutreffen gewesen sein. Papyrus wurde ab dem 4. Jahrhundert vor allem noch für Urkunden und Briefe verwendet, folglich mehr für den privaten Bedarf, in einer Bibliothek nahm man lieber Schriftstücke aus Pergament auf.<sup>2</sup> Das Pergament leitet seinen Namen wohl von der Ortsbezeichnung Pergamon ab, also Papier aus Pergamon, und ist dort am Hofe der Attaliden bereits im zweiten vorchristlichen Jahrhundert aufgekommen.<sup>3</sup> Erfunden wurde das Pergament dort allerdings nicht, denn schon früher schrieb man im Vorderen Orient auf Tierhaut.<sup>4</sup> Die Tierhaut wurde in eine Kalklösung gelegt. Dann abgeschabt, gespannt, später mit Bimsstein geglättet und mit Kreide geweißt. Es gab große Qualitätsunterschiede. Kalbspergament war besser als jenes älterer Tiere und das feinste Pergament stammte von der Haut noch ungeborener Tiere.<sup>5</sup> Diese ganz feinen Pergamente wird man auch nicht in der Bibliothek gefunden haben, da sie eher für liturgische Bücher in Kirchen und Klöstern eingesetzt wurden. Die Bestände in der Bibliothek werden überwiegend aus Tierhaut bestanden haben.

## VII - Rolle oder Codex

Die Bibliothek in Konstantinopel hatte eine Vielzahl von Schriftstücken. Seit dem vierten Jahrhundert wird der Bestand bereits überwiegend aus Büchern bestanden haben. Nur ältere, bewahrt gebliebene, Schriften werden noch in Rollenform in der Bibliothek zu finden gewesen sein. Rollen bestanden in der Regel aus aneinandergesetzten Papyrusstengelstreifen. Lange Zeit war dies der vorherrschende Schriftträger.

Unter einem Codex verstand man eine Mehrzahl von Blättern beliebigen Materials, die geheftet waren und in der Regel mit einem Einband versehen waren. Vor allem unter Christen und in den ärmeren Bevölkerungsschichten wurde dieser Schriftträger häufig eingesetzt. Die meisten Bibelhandschriften des 2. und 3. Jahrhunderts sind in Buchform.<sup>6</sup> Einen ersten Hinweis auf diese spätere Tradition finden wir in der Bibel. So steht dort eine Paulusstelle mit der folgenden Anordnung: „Den Mantel, den ich zu Troas ließ bei Karpus, bringe mit, wenn du kommst, und die Bücher, sonderlich die Pergamente“.<sup>7</sup> Diese Stelle bieten einen möglichen Hinweis auf die Verwendung von Büchern bereits zur Zeit des Apostels Paulus, also im ersten Jahrhundert.

---

der Antike, München, 1992, 177. Das Archäologische Museum in Istanbul legt den Brand auf für das Jahr 475 auf einer Schautafel zum Universitätswesen in Konstantinopel fest.

<sup>1</sup> H. Blanck, Das Buch in der Antike, München, 1992, 177.

<sup>2</sup> H. Hunger, Schreiben und Lesen in Byzanz, Die byzantinisch Buchkultur, C.H. Beck, München, 1989, 17.

<sup>3</sup> H. Hunger, Schreiben und Lesen in Byzanz, Die byzantinisch Buchkultur, C.H. Beck, München, 1989, 18.

<sup>4</sup> L. Casson, Bibliotheken in der Antike, Düsseldorf und Zürich, 2002, 76.

<sup>5</sup> H. Hunger, Schreiben und Lesen in Byzanz, Die byzantinisch Buchkultur, C.H. Beck, München, 1989, 18.

<sup>6</sup> H. Hunger, Schreiben und Lesen in Byzanz, Die byzantinisch Buchkultur, C.H. Beck, München, 1989, 25.

<sup>7</sup> 2. Timotheus 4.13

In Bezug auf die Stabilität ist ein Pergamentcodex einem Papyruscodex überlegen. Pergament bietet auch mehr Möglichkeit zur Buchmalerei<sup>1</sup> und Ausstattung. Unter Kaiser Konstantin war der Pergamentcodex bereits gebräuchlich. Eusebios berichtet uns von der Anfertigung von 50 Pergamentkodizes für den liturgischen Gebrauch.<sup>2</sup> Durch den Einband hat ein Kodex einen Vorteil gegenüber der recht ungeschützten Rolle. Man geht davon aus, dass in den Schreibstuben von Konstantinopel auch Klassikertexte von Papyrusrollen auf Pergamentkodizes umgeschrieben wurden.<sup>3</sup> Auch kann ein Kodex mehr Text fassen, da hier im Gegensatz zur Rolle beide Seiten beschrieben wurden. Daher passt mehr Text in einen Kodex als auf eine Rolle. Das Studium wird durch die Kodexform ebenfalls erleichtert, da sich eine Textstelle in einem Kodex leichter wieder auffinden lässt. Um das Jahr 300 lag der Anteil des Kodex gegenüber der Schriftrolle um die 50%. Um 400 bereits um die 80%.<sup>4</sup> Im Jahr 372 erfolgte der Erlass, der die Anstellung von sieben antiquarii feststellte. Dies geschah zu einer Zeit, in der der Kodex die Buchrolle massiv verdrängte und zunehmend Buchrollen auf Kodizes übertragen wurden. Es ist daher denkbar, dass diese Neueinstellungen auch die Leitung darüber hatten, die Bestände in Konstantinopel auf Kodexformat umzustellen. Fünfzig Jahre später, zur Zeit von Kaiser Theodosius II wird der Großteil der Bücher bereits in Kodexform vorgelegen haben. Zur Zeit Kaiser Justinians werden nur noch einige antike Schriftrollen in der Bibliothek gestanden haben und alle weiteren Bestände werden in Kodexform in der Bibliothek vorhanden gewesen sein.

### **VIII - Die Aufbewahrung**

Wir kennen keine Einzelheiten zur Einrichtung der Bibliothek in Konstantinopel. Aus anderen Quellen ist bekannt, dass es offene Regale zur Aufbewahrung der Bücher und Rollen gab. Auch verschließbare Bücherschränke, wie noch heute in italienischen Universitätsbibliotheken üblich, gab es damals schon.<sup>5</sup> Die Quellen sprechen nur von einer Halle und nie von irgendeiner Dekoration oder weiterer Ausstattung. Es könnte sich also um einen schmucklosen Raum oder mehrere Räume gehandelt haben.<sup>6</sup> Es wird sich um eine Präsenzbibliothek gehandelt haben. Um den Bestand zu sichern, wird eine Ausleihe nicht möglich gewesen sein. Sollte jemand Bücher für den privaten Nutzen haben wollen, so wird er einen Kopisten ans Werk gesetzt haben.

### **IX - Die Kopisten**

Wo es Bibliotheken gab, dort fand man auch Schreibstuben, die sogenannten Skriptorien. Kopisten werden als Kalligraphen oder Skriptoren bereits im Höchstpreisedikt von Diokletian

---

<sup>1</sup> Weiterführende Ausführungen zur Buchmalerei in der Spätantike bei Otto Mazal, Justinian I. und seine Zeit, Wien, 2001, 596-635.

<sup>2</sup> Eusebios, Vita Constantini IV, 36. Diese sollten allerdings im Skriptorium von Caesarea hergestellt werden.

<sup>3</sup> H. Blanck, Das Buch in der Antike, München, 1992, 95.

<sup>4</sup> Diese Schätzungen stammen von L. Casson, Bibliotheken in der Antike, Düsseldorf und Zürich, 2002, 169.

<sup>5</sup> Weitere Nachweise bei H. Blanck, Das Buch in der Antike, München, 1992, 183-185.

<sup>6</sup> Etwas ähnliches ist uns aus Pergamon bekannt. H. Blanck, Das Buch in der Antike, München, 1992, 186.

(7,39-40) erwähnt<sup>1</sup> und waren auch in Konstantinopel anwesend. Dort werden Sie uns im Jahr 372 als antiquarii überliefert.<sup>2</sup> Diese wurden allerdings nicht per abgeschriebener Zeile bezahlt, sondern waren angestellt. Ihre Kollegen dagegen, die sicher auch in Konstantinopel zugegen waren, wurden wie Handwerker für Ihre Arbeit bezahlt und zwar nach abgeschriebenen Zeilen. Aus dem Höchstpreisedikt wissen wir, dass die Skriptoren für jeweils hundert Zeilen schönster Schrift mit 25 Denaren und mit 20 Denaren für normale Schrift bezahlt wurden.<sup>3</sup> Die Gebrauchsschrift unterschied sich von der Kanzleischrift. Seit dem vierten Jahrhundert war die Gebrauchsschrift eine Minuskelskursive, die flott geschrieben werden konnte und ohne Worttrennung aufgezeichnet wurde.<sup>4</sup>

Die Einrichtung des Skriptoriums ist auf den Sohn von Kaiser Konstantin, auf Constantius zurückzuführen. Der Rhetor Themestios überliefert, dass Constantius ein Skriptorium mit Kalligraphen mit Staatsmitteln ausgestattet hat.<sup>5</sup> Die Aufgabe der Schreiber sollte es sein, die in vielen Privatbibliotheken verstreuten Werke der griechischen Literatur von Dichtern, Philosophen und Grammatikern abzuschreiben. Man strebte nach einer kompletten Sammlung der antiken Schriften in der Hauptstadt. Diese griechischen und auch lateinischen Schriften mussten natürlich anschließend aufbewahrt und zugänglich gemacht werden. Daher geht man davon aus, dass diese kaiserliche Anordnung auch als Gründung einer umfassenden Bibliothek angesehen werden kann. Diese Sammlung war wichtig für das Hochschulwesen des neuen Roms und der kulturpolitischen Bedeutung der Stadt. Konstantinopel sollte nicht nur ein politisches Zentrum sein, sondern auch ein kulturelles.

Angesichts des überlieferten Umfangs der Sammlung ist zu vermuten, dass die angestellten 7 antiquarii ausschließlich für die Bibliothek selber gearbeitet haben und daneben noch Skriptoren arbeiteten, die Privatabschriften erstellten. Eine der Aufgaben beider Gruppen war sicher die Übertragung von Texten von alten Papyrusrollen auf neue Pergamentkodizes.

## **X - Die Stenographen**

In Konstantinopel werden auch Stenographen gearbeitet haben. Kaiserreden wurden zum Teil mitstenographiert.<sup>6</sup> Die meisten Kirchenväter diktierten ihre Reden auch einem Stenographen sowie auch die Literaten. Kurzschrift war in der Spätantike weit verbreitet. Die Stenographen waren

---

<sup>1</sup> Zur Vergütung der verschiedenen Dienstleistungen siehe M.J. Groen-Vallinga und L.E. Tacoma, *The value of labour: Diocletian's Prices Edict*, in C. Laes and K. Verboven (eds), *Work, labor and professions in the Roman World*, Oxford: Oxford University Press (forthcoming 2015).

<sup>2</sup> Cod. Theod. 14.9.2.

<sup>3</sup> *Der Maximaltarif des Diocletian*, herausgegeben von H. Blümner, Theodor Mommsen, Berlin 1958, 112. Hier wird der Nachdruck auf die Abrechnung nach jeweils 100 Zeilen gelegt. Siehe auch H. Blanck, *Das Buch in der Antike*, München, 1992, 124.

<sup>4</sup> A. Demandt, *Die Spätantike*, Handbuch der Altertumswissenschaften, Dritte Abteilung, sechster Teil, München, 1989, 355.

<sup>5</sup> Themistius, *Orat. IV*, 59b-61d. Siehe auch H. Schlange-Schöningen, *Kaisertum und Bildungswesen im spätantiken Konstantinopel*, *Historia Einzelschriften*, 94, Stuttgart, 1995, 150.

<sup>6</sup> H. Hunger, *Schreiben und Lesen in Byzanz*, *Die byzantinisch Buchkultur*, C.H. Beck, München, 1989, 90.

entweder sogenannte exceptores oder die ihnen übergeordnete Gruppe von Protokollanten, die sogenannten notarii.<sup>1</sup>

## **XI - Eine zweisprachige Bibliothek**

Aus den Quellen wissen wir für das Jahr 372 von 7 antiquarii, vier des Griechischen mächtig, und drei des Lateinischen, die auch Bücher reparierten.<sup>2</sup> Die Bibliothek in Konstantinopel bestand also auch einer bibliotheca latina und einer bibliotheca graeca. Aufgrund der Zweisprachigkeit der Stadt und der späteren Umstellung auf Griechisch als Amtssprache erscheint das selbstverständlich. So ist es auch zu erklären, dass mehr Mitarbeiter für das Griechische notwendig waren. Als Konzept kennen wir die Aufteilung in lateinische und griechische Schriften bereits aus Rom.<sup>3</sup> Nicht bekannt ist allerdings, ob die griechischen und lateinischen Schriften in Konstantinopel miteinander oder getrennt verwahrt wurden. Da ganz bewusst griechische und lateinische antiquarii angestellt wurde, ist davon auszugehen, dass die jeweils immer nur in einer Sprache arbeiteten.

## **XII - Das Lesen**

Es ist gut möglich, dass an die Bibliothek mit Lesesaal und Skriptorium eine Wandelhalle angeschlossen war. Es war durchaus üblich Text laut zu lesen und dafür wäre eine Wandelhalle der gegebene Ort.<sup>4</sup>

Aus Bildmaterial geht hervor, dass meistens im Sitzen gelesen wurde. Dies ist sicher der Fall beim Lesen einer Buchrolle gewesen.<sup>5</sup> Das spräche dann wieder für einen Lesesaal. Bei einem antiken Gebäude, wie einer Stoa sind Wandeln und Sitzen gut zu kombinieren. Die antike Bauweise spricht für einen Säulengang und daran liegend verschiedene Räume.

## **XIII - Die Bibliotheksbesucher**

Bedenkt man, dass es in der Mitte des fünften Jahrhunderts 31 Professoren gab, 7 Bibliotheksmitarbeiter, die sogenannten antiquarii, und pro Professor nur ein gutes Dutzend Studenten, so kommt man auf eine relativ kleine Gruppe von Menschen, die höher ausgebildet war. Daneben wird es noch einige Bibliophile gegeben haben. Aus Rom wissen wir, dass ein Großteil der Bevölkerung lesen und schreiben konnte. Zahlreiche Graffiti erinnern an diese Fähigkeit, auch wurde Elementarunterricht überliefert.<sup>6</sup> Da Konstantinopel das neue Rom werden sollte, wird der Bildungsstand in Konstantinopel ähnlich hoch gewesen sein. Wir wissen, dass von Senatsmitglieder

---

<sup>1</sup> A. Demandt, Die Spätantike, Handbuch der Altertumswissenschaften, Dritte Abteilung, sechster Teil, München, 1989, 355.

<sup>2</sup> Cod. Theod. 14.9.2, Valentinian, Valens und Gratian vom 8. Mai 372.

<sup>3</sup> H. Blanck, Das Buch in der Antike, München, 1992, 160.

<sup>4</sup> H. Hunger, Schreiben und Lesen in Byzanz, Die byzantinisch Buchkultur, München, 1989, 72. L. Casson, Bibliotheken in der Antike, Düsseldorf und Zürich, 2002, 43.

<sup>5</sup> Dazu sind uns antike Bildnisse bekannt. Siehe H. Blanck, Das Buch in der Antike, München, 1992, Photo auf dem Titel. Dort ist das Relief eines Verstorbenen zu sehen, der in einer Buchrolle liest. Siehe auch mit demselben Bildmaterial, Lionel Casson, Bibliotheken in der Antike, Düsseldorf und Zürich, 2002, 37.

<sup>6</sup> H. Blanck, Das Buch in der Antike, München, 1992, 30-33.

auch eine gewisse Bildung erwartet wurde. Die Laufbahn eines Senators begann häufig im Notariat, das war eine Stellung als Schreiber. Es wurde erwartet, dass dieser auch die Kurzschrift beherrscht. Geschätzt waren literarische Bildung sowie rhetorische Fähigkeiten.<sup>1</sup> Im Jahr 385 waren es 2000 Senatoren in Konstantinopel.<sup>2</sup> Dazu werden wir noch Mitarbeiter der kaiserlichen Kanzleien rechnen dürfen, sowie Kopisten des Skriptoriums. Insgesamt wird es aber dennoch eine deutliche Minderheit der Bevölkerung gewesen sein, die überhaupt die Bibliothek hat nutzen können. Ein prominenter Leser von Büchern in Konstantinopel war Kaiser Julian. In einem Brief äußert er: "Seit meiner frühen Jugend bin ich ein Büchernarr gewesen".<sup>3</sup> Sein Bestand bildete dann auch einen Großteil der Sammlung in Konstantinopel. Auch von anderen Kaisern wissen wir, dass sie belesen waren. Theodosius der Grosse wird bekannt gewesen sein mit den Werken der Kirchenväter, der Kirchengeschichte und weiterer Glaubensliteratur.<sup>4</sup> Bezüglich dieser Literatur lässt sich allerdings vermuten, dass der Kaiser Abschriften im Palast hatte und weitere Schriften dieser Art in einer kirchlichen Bibliothek verwahrt wurden. Aber auch Theodosius II, seine Frau Athenais sowie seine Schwester Pulcheria lasen sowohl griechische wie lateinische Bücher. Auf Grund des Lebensstils dieser Mitglieder der kaiserlichen Familie ist auch hier zu vermuten, dass sie Abschriften im Palast selber lasen und nicht die öffentliche Bibliothek nutzten. Möglich ist es allerdings, dass die Abschriften für die kaiserliche Familie im Skriptorium von Konstantinopel erstellt wurden.

#### **XIV - Die anwesenden Schriften**

Aus den Berichten über das Leben von Kaiser Julian können wir Rückschlüsse darauf ziehen, was er gelesen hat. Da er einen Großteil seiner Bibliothek an die Bibliothek in Konstantinopel schenkte, ist zu vermuten, dass diese Werke dann auch dort anwesend waren. So las er in seiner Jugend Homer und Hesiod. Später auch Chryssippos, Zenon und Kleanthes.<sup>5</sup> In seinen eigenen Schriften berichtet Julian von einer Schenkung der Kaiserin Eusebia an ihn. Er erhielt beträchtliche Mengen an Werken großer Philosophen, Historiker, Redner und Dichter.<sup>6</sup> Den gallischen Krieg von Caesar las er sowie Plutarchs Lebensbeschreibungen großer Männer.<sup>7</sup> Gerne las er auch in den Selbstbetrachtungen des Marc Aurel.<sup>8</sup> Gelesen hatte er auch die Schriften von Diogenes, Sokrates, Aristoteles und Plato.<sup>9</sup> Julian schrieb auch selber viel. Es ist zu vermuten, dass diese Schriften sich auch in Abschriften in der Bibliothek befanden. In der Bibliothek werden wir Schriften zur Poesie,

---

<sup>1</sup> Weiter Nachweise bei A. Demandt, *Die Spätantike, Handbuch der Altertumswissenschaften, Dritte Abteilung, sechster Teil*, München, 1989, 396.

<sup>2</sup> A. Demandt, *Die Spätantike, Handbuch der Altertumswissenschaften, Dritte Abteilung, sechster Teil*, München, 1989, 396, unter Verweis auf eine Lobrede des Themistios, or. 34,13.

<sup>3</sup> Weitere Nachweise bei A.J. Festugière, *Julian in Macellum*, in R. Klein (Hg.), *Julian Apostata*, Darmstadt, 1978, 245.

<sup>4</sup> H. Leppin, *Theodosius der Grosse*, Darmstadt, 2003, 230.

<sup>5</sup> Mit weiteren Nachweisen, J. Bidez, *Julian der Abtrünnige*, München, 1940, 25. Verweise auf die Werke von Chryssippos, Zenon und Kleanthes, 58.

<sup>6</sup> J. Bidez, *Julian der Abtrünnige*, München, 1940, 142.

<sup>7</sup> J. Bidez, *Julian der Abtrünnige*, München, 1940, 142.

<sup>8</sup> J. Bidez, *Julian der Abtrünnige*, München, 1940, 223.

<sup>9</sup> J. Bidez, *Julian der Abtrünnige*, München, 1940, 272.

Lyrik, Philosophie und den Kirchenvätern erwarten dürfen. Angesichts der vielen Konzilien, die in und um Konstantinopel abgehalten wurden, werden kirchliche Schriften in hohem Masse anwesend gewesen sein. Allerdings ist es auch gut möglich, dass diese in einer eigenen Sammlung verwahrt wurden. Sicher wird es Abschriften des Homer, Vergil, Komödien, Texte von Cicero sowie Livius, Plinius, Sueton, Catull, Horatius und Ovidius und vieles mehr in der Bibliothek von Konstantinopel gegeben haben.<sup>1</sup> Eventuell werden auch Bücher durch Plünderungen nach erfolgreichen Feldzügen mitgebracht worden sein.<sup>2</sup>

## **XV - Die Rechtsliteratur**

Nirgends können wir lesen, dass die Bibliothek in Konstantinopel beitrug zur Entstehung der Gesetzeswerke von Theodosius II und Justinian. Ebenso wenig vermelden die Quellen übrige Rechtsliteratur. Zur Erstellung des Codex unter Kaiser Theodosius waren Rechtsquellen nötig. Im Codex sind auch Gesetze aufgenommen, die nicht in Konstantinopel erlassen wurden.<sup>3</sup> Es ist nicht abschließend erklärt, wo diese Texte aufbewahrt wurden. Es ist nicht zu vermuten, dass die Bibliothek in Konstantinopel eine Rolle bei der Aufbewahrung von Gesetzesmaterial spielte. Auch sagen die Quellen nichts über möglich anwesende spezifische Rechtsliteratur in der Bibliothek von Konstantinopel. Die Studenten werden wohl bei den Vorlesungen mitgeschrieben haben und die wohlhabenderen werden eventuell einen Kopisten ans Werk gesetzt haben, um von einer Kopie des Rechtslehrers die Rechtsquelle abzuschreiben. Da die Universität und auch die Rechtslehrer staatlich gestützt waren, vom Kaiser eingesetzt und vom Senat mit auserwählt, ist es auch denkbar, dass es eine offizielle Sammelstelle der Rechtsliteratur gab, zu der die Professoren und die Studenten Zugang hatten. Für so eine Sammlung von Rechtstexte direkt in den Rechtsschulen spräche die Mitarbeit von Juraprofessoren an den Kompilationsarbeiten unter Justinian. Nur mit einem reichen vorhandenen Fundus konnte so ein großes Werk in einer so kurzen Zeit zusammengestellt werden. Ein kleineres Problem, wird die Zweisprachigkeit der juristischen Texte gewesen sein. Da es in der Stadt kompetente Kopisten sowohl für die lateinische wie auch die griechische Sprache gab. Ab dem Jahr 535, also beinahe sofort nach dem Beenden der Arbeiten am Corpus Iuris, wird die Amtssprache auf das Griechische umgestellt. Eine neue Herausforderung für die Lehre. Man arbeitete vor allem mit lateinischen Gesetzestexten. Wenn jedoch griechischsprachige Studenten an den Vorlesungen teilnahmen, deren Lateinkenntnisse begrenzt waren, so wurden die Vorlesungen auch auf Griechisch gegeben.<sup>4</sup> So bekam der Student Einsicht in den lateinischen Text, auch wenn er auf Griechisch besprochen wurde. Es wurden aber auch griechische Übersetzungen und Zusammenfassungen erstellt.<sup>5</sup> Als Unterrichtssprache war das Griechische nichts Neues an der Universität von Konstantinopel. Bereits im Jahr 425 hatte Theodosius einen Großteil der Lehrstühle für Rhetorik und Grammatik mit griechischen

---

<sup>1</sup> H. Blanck, Das Buch in der Antike, München, 1992, 125.

<sup>2</sup> So geschah es in zumindest in Rom. L. Casson, Bibliotheken in der Antike, Düsseldorf und Zürich, 2002, 97.

<sup>3</sup> T. Honore, Law in the Crisis of the Empire, Oxford, 1998, 136, 139.

<sup>4</sup> Mit vielen weiteren Beispielen H. de Jong, Stephanus en zijn Digestenonderwijs, 2008.

<sup>5</sup> Zu den griechischen Kursen, siehe: H.J. Scheltema, L'enseignement de droit des antécédents, E.J. Brill, Leiden, 1970, 18-42.



Professoren besetzen lassen.<sup>1</sup> Daraus lässt sich schließen, dass Rechtsliteratur sowohl im lateinischen Original als auch in griechischen Zusammenfassungen in Konstantinopel vorhanden gewesen sein muss.

## **XVI - Abschließende Würdigung**

Die Studierenden der Rechtsschule befanden sich in einem elitären Umfeld von nur wenigen in der Bevölkerung, die die Bibliothek benutzt haben werden. Ihnen war ein Zugang zur Bildung gegeben und sie fanden in Konstantinopel die denkbar besten Umstände für ein breites Studium vor. Die Bibliothek war erstaunlich groß und die dort vorhandenen Bestände wurden bestmöglich versorgt. Auch wissen wir sicher, dass dort sowohl griechische wie auch lateinisch Handschriften anwesend waren. Die Blütezeit der Bibliothek wird zwischen dem Jahr 356 und dem Jahr 475 gelegen haben, also nach der reichen Bücherschenkung des Kaisers Julian und vor dem großen Brand.

Da Konstantinopel auch Konzilsstadt war und einige Kaiser strenge Christen waren, liegt die Vermutung nahe, dass es auch eine Bibliothek nur mit kirchlicher Literatur gab. Dies wird eine Sammlung theologischer Schriften in der Residenz des Patriarchen gewesen sein. Außerdem ist davon auszugehen, dass es eine eigene Bibliothek im Palast gab.<sup>2</sup>

Die Erstellung der Rechtstexte unter Theodosius und Justinian wird eher in einer kaiserlichen Kanzlei oder einer Art Archiv stattgefunden haben<sup>3</sup> und nicht in der öffentlichen Bibliothek und dem daran verbundenen Skriptorium. Aus den überlieferten Quellen lässt sich vermuten, dass in der Bibliothek der Schwerpunkt mehr auf der Literatur gelegen haben wird.

In Konstantinopel dürfen wir erwarten, dass es folglich neben der Bibliothek auch noch ein Archiv für die Dokumente des Staates und der Verwaltung gegeben haben wird. Leider berichten die Quellen nicht darüber.

Die juristischen Quellen, die von den Studenten studiert wurden, waren zweisprachig. Latein blieb die Hauptsprache des Römischen Rechts, daneben wurden auch griechische Texte studiert. Dies waren in nur geringem Ausmaß juristische Texte, die direkt in der griechischen Sprache abgefasst waren und zum weit größeren Teil griechische Übersetzungen und Zusammenfassungen lateinischer Rechtstexte. Griechisch und Latein waren die beiden Sprachen der Stadt Konstantinopel in der Zeit von Konstantin bis Justinian. Das die Amtssprache im sechsten Jahrhundert Griechisch wurde, ließ sich schon erahnen, da bereits im Jahr 372 mehr Bedarf an griechischen als an lateinischen Antiquarii war und in der Mitte des fünften Jahrhundert zahlreiche Lehrstühle mit

---

<sup>1</sup> C. Th. 14.9.3 vom 27. Februar 425.

<sup>2</sup> L. Casson, Bibliotheken in der Antike, Düsseldorf und Zürich, 2002, 182 sowie 183 zur Bibliothek des Patriarchen.

<sup>3</sup> H. Blanck, Das Buch in der Antike, München, 1992, 133.

Griechen besetzt waren, wohl 15 der 31 genannten Lehrstühle.<sup>1</sup> Die Bibliothek war also schon zu früher Zeit ein erstes Indiz für diesen Trend in Richtung griechischer Sprache.

In der Topographie der Stadt nimmt die Bibliothek immer einen zentralen Platz ein. Zunächst ganz in der Nähe von Milion und Palast und ab dem fünften Jahrhundert in der erweiterten Stadt direkt am Kapitol und somit wieder in zentralster Lage. Die nach Vollständigkeit strebende Bibliothek war für Konstantinopel von hoher kulturpolitischer Bedeutung. Forschung und Lehre fanden schon damals in räumlicher Nähe zu einander statt. Bibliothek, Skriptorium und Lehranstalt lagen beieinander und waren immer an zentralen Stellen in der wachsenden Stadt zu finden.

---

<sup>1</sup> C. Th. 14.9.3 vom 27. Februar 425. Einen Überblick über die verwendeten Sprachen gibt F. Fuchs, Die höheren Schulen von Konstantinopel im Mittelalter, Berlin, 1926, 1-7.

## Une institution à la lumière de l'histoire du droit :

### Pirates & Corsaires du XVI<sup>e</sup> au XXI<sup>e</sup> siècle.

Alain Berbouche<sup>1</sup>

Les historiens entre eux savent parfaitement de quoi ils parlent quand ils traitent d'institutions [...] Une institution, c'est d'abord une idée directrice, l'idée d'une fin déterminée du bien public à atteindre, par des procédures prévues et imposées, selon un comportement obligatoire. Cette idée a été acceptée par un groupe d'hommes qui se sont chargés de mettre en œuvre ces procédures et d'atteindre cette fin. C'est l'idée directrice et les procédures qui font de ce groupe d'hommes une institution<sup>2</sup>.

L'*ars piratica*, l'action du *peiratês* : « celui qui recherche la fortune sur mer », est une institution qui se perd dans la nuit des temps. Tradition de pillage aussi ancienne que la navigation, motivée par l'appât du gain à laquelle des navigateurs cédaient par la nécessité ou facilité, abusive voire criminelle en temps de paix cette voie de fait instituée survécut à toutes les répressions ; et elle se confondit longtemps avec l'action du corsaire. Or, si l'on n'ignore plus que le corsaire n'était pas un pirate, on sait moins que le substantif « corsaire » provient de l'italien *corsaro*, issu du latin *cursus* qui signifiait « pirate » (*Grand Larousse encyclopédique*). Et, alors que le corsaire finira par acquérir un statut légal de combattant régulier jusqu'à l'abolition de l'institution, le pirate demeurera un bandit des mers réprimé par toutes les législations pénales internationales.

#### I - La confusion initiale entre pirates et corsaires

Corsaire, Forban, Pirate, écumeur de mer, tous noms synonymes [...] sont traités comme des voleurs publics ; & lorsqu'on les prend, on peut les pendre sans autre forme de procès [...] Il ne faut pas confondre le Corsaire avec l'Armateur, ce dernier ne fait la course que sur les Ennemis de l'État, avec commission particulière de son Prince<sup>3</sup>.

#### A - De la voie de fait du pirate à la qualification juridique du corsaire

Au cœur de ce problème de droit maritime il y avait la *Course* maritime : un acte d'hostilité pratiqué « en courant les mers ». Une entreprise spéculative commerciale par nature et guerrière par nécessité, activée à chaque conflit impliquant des opérations navales ; omniprésente dans l'Histoire depuis l'aube des temps historiques par les thalassocraties méditerranéennes. Activité ambivalente située au confluent des activités civiles et militaires. État de fait incontrôlé puis institution juridique reposant sur une concession temporaire d'exercice de la puissance publique de combattre sur la mer

---

<sup>1</sup> Docteur d'État en histoire du droit. Chevalier de l'Ordre national des Palmes académiques  
Maître de conférences Hors-Classe Honoraire des Facultés de droit et de science politique

<sup>2</sup> Professeur Roland MOUSNIER, *Les Institutions de la France sous la Monarchie absolue 1598-1789*, Presses Universitaires de France, collection « Dito », 1974, t. I, p. 5.

<sup>3</sup> Denis DIDEROT et Jean LE ROND d'ALEMBERT, *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des Sciences, des Arts & des Métiers* (1754).

au nom d'un l'État souverain, la course licite resta porteuse de son ambiguïté originelle. Comme la piraterie corrigée, sinon des méthodes employées car ce ne fut pas toujours le cas, au moins d'une finalité marquée par l'intérêt supérieur qui l'autorisait, la course licite fut à l'origine mise en œuvre par des *forbans* apatrides « sans foi ni loi », qui acquirent à l'usage l'honorabilité d'une piraterie limitée en guerre : une stratégie sélective dirigée contre les seuls ennemis du prince qu'ils servaient. Puis la course fut pratiquée essentiellement par d'honorables gens de mer ayant besoin de gagner leur vie pendant les conflits qui les privaient de leurs activités maritimes habituelles, la pêche et le négoce, devenues trop risquées ; ou par divers aventuriers qui souhaitaient légitimement s'enrichir en prenant des risques au service d'un pays.

La course cessa ainsi d'être une piraterie mais elle resta soumise aux aléas de la raison d'État quand elle n'était encore souvent que le seul fait du prince conférant à ses corsaires le droit de servir ses intérêts. Lesquels étaient « d'ordre public »...

Alors que l'insécurité sévissait sur les mers comme à terre, les armateurs marchands prirent l'habitude d'armer leurs navires pour résister aux nombreux agresseurs possibles ; voire pour se dédommager en tentant de s'emparer d'une valeur de biens comparable à celle dont ils avaient été dépossédés. Munis de

*Lettres de représailles* délivrées par leur seigneur pour éviter d'être traités en forbans par ses gens d'armes. En temps de guerre nécessité faisant loi, leur vendetta se trouvant ainsi légalisée, les maîtres des navires furent autorisés puis incités à dépasser dans leur riposte le montant des dommages subis en causant le plus de préjudices possibles à l'ennemi : faisant ainsi coïncider leurs représailles privées avec l'intérêt général légal de leur prince ; jusqu'à obtenir l'autorisation de le représenter en belligérance hors de toutes représailles avec, par conséquent, la perspective d'un butin illimité. Mais, faute d'accord de réciprocité entre les États, cette licitation corsaire n'était opposable qu'aux autorités qui l'avaient délivrée ; pour ses victimes, le plus souvent étrangères au délit initial générateur de la riposte, leur porteur restait un pirate. Condition substantielle distinguant le corsaire du pirate, la première autorisation légale connue d'armer un navire privé en guerre, ancêtre des commissions dites plus tard *Lettres de marque*, daterait du 25 mai 1206 ; rédigée en faveur d'Eustache Le Moine, elle faisait de cet « archipirate » (*sic*) le premier corsaire occidental : anglais avant qu'il ne change de maître et en paie le prix fort de sa vie. Mais cette permission écrite, seule preuve matérielle distinguant formellement le corsaire du pirate, complétée de la nécessité de pourvoir le bâtiment « allant en course » d'un armement suffisant à sa sauvegarde et de l'exigence pour son équipage de se comporter avec honnêteté, ne sera imposée en terme d'obligation dans la législation maritime française que 167 ans plus tard ; alors que la course française se sera pratiquement affranchie du poids d'infamie de la piraterie, légitimée dans l'action bien avant d'être reconnue dans les textes royaux. Il restait à distinguer le bon grain de l'ivraie. Le droit allait s'y efforcer.

Comme d'autres souverains exposés aux mêmes difficultés avec leurs corsaires, le roi de France Charles V jugea bon de réglementer la Course devenue une institution avec sa majuscule, placée sous l'autorité royale pour réprimer les débordements de « pirates » sévissant sur la mer et le littoral, pillant et rançonnant ses sujets autant que ses ennemis, de la guerre à la paix. La qualification juridique de « piraterie » désigna désormais l'action criminelle de celui « qui court les

mers pour se livrer au brigandage [...] *Pirate* ou *Forban*, c'est-à-dire voleur public sur la mer [qui] attaque, prend quand il peut, & pille toutes les nations [...] traité en Justice comme un scélérat & un assassin, parce qu'il ne peut guère prendre sans meurtre, pour peu qu'on se défende<sup>1</sup> ». L'incrimination de piraterie caractérisait ainsi une voie de fait illégitime en morale chrétienne condamnable en droit positif car s'inscrivant hors des lois de la guerre des nations civilisées. Elle releva en France de l'Amiral conformément à l'*Ordonnance Sur l'Admirauté, la Piraterie et les Prises maritimes de Paris du [mercredi] 7 Décembre 1373*<sup>2</sup> ; dont l'article 3 posa le fondement de la distinction juridique du corsaire par rapport au pirate :

Se aucun, de quelque estat qu'il soit, mestoit suz aucune nef à ses propres despenz por porter guerre à nos ennemys, Ce sera par le congié et consentement de nostre dict Admiral ou de son Lieutenant. Lequel a ou aura, au droict de sondict office, la cognoissance, jurisdiction, correction de toz les faicts de la dicte mer et de ses dépendances, criminellement et civilement, et regardera que ce soit navire suffisant et propre, et qu'il soit convenablement pourveu de gens de guerre, harnois et artillerie, et tout ce qui est nécessaire pour ladite guerre [...]

Le droit balbutiant de la Course fut inopérant lors de la guerre de Cent Ans où seuls les nobles rançonnables sauvaient leurs vies quand ils étaient pris en mer comme à terre. Face à ces pirates, à défaut d'être capable de les réduire par la force, le pouvoir activa ses juristes. La charte constitutive de l'Amirauté de France fut confirmée au siècle suivant par l'*Ordonnance Sur la Jurisdiction de l'Amirauté faite à Tours le [lundi] 2 Octobre 1480*. Mais l'Amiral de France, même prédominant car représentant le pouvoir royal suzerain, n'était alors qu'un des quatre amiraux du royaume féodal ; avec les amiraux de Bretagne, de Guyenne, et de Provence dit aussi *ès Mer du Levant*.

Au début du XVI<sup>e</sup> siècle, l'*Edict Portant règlement Sur la Course maritime et la Jurisdiction de l'Admiral de Juillet 1517* s'efforça d'« ordonner » la guerre de course nationale. Sans succès car la législation corsaire fut ensuite réaffirmée et précisée par une succession de dispositions : l'*Edict Sur l'Admirauté et les Prises maritimes de Février 1543*, suivi des *Ordonnances royaux sur le fait de l'Admirauté, Juisdiction d'icelle, et tout ce qui en dépend. Publiées le 10<sup>e</sup> jour de mars, 1543*, l'*Ordonnance du Roi Sur le fait de la Marine et Admirauté, publiée en la Cour de Parlement de Rouen le 20<sup>e</sup> jour de Juillet 1557*, et surtout l'*Edict Contenant des dispositions sur la Jurisdiction, les Droits et Privilèges de l'Admiral, la Jurisdiction de l'Admirauté et des Tables de Marbre, les Prises, les*

*Droits des Armateurs, la Police des Gens de mer, les Obligations des Navires marchans, la Construction des Navires et la Pesche maritime de Mars 1584*. Le rappel des obligations des corsaires à intervalle aussi régulier dans l'inflation textuelle de la législation maritime française du XVI<sup>e</sup> siècle : environ 350 textes dont un tiers consacré à l'Amirauté, en nombre croissant inversement à celui des budgets attribués à la Marine militaire, laisse mal augurer de leur respect par les intéressés ; voire de la diligence à les faire respecter par les autorités chargées de les mettre en œuvre et d'en contrôler l'exécution. Il faut dire que l'époque des guerres de religions se prêtait

---

<sup>1</sup> *Encyclopédie Méthodique Marine* de 1786, au mot *Pirate*.

<sup>2</sup> Ou 1400 car une incertitude pèse sur l'année de publication de ce texte fondateur.

mal au respect du droit...

Par commodité, en mer la pendaison avait remplacé le supplice de la roue prévu initialement pour punir de manière exemplaire les « bandits », les « Forbans qui pillent même les navires de leur nation tandis que les Pirates s'en abstiennent ordinairement ». Les uns et les autres « gibiers de potence » (*sic*), étant « pendus au grand mât [à sa grand'vergue] sans autre forme de procès » : formule lapidaire décrivant la pratique judiciaire expéditive et spectaculaire restée théoriquement en usage sur les bâtiments militaires occidentaux en campagne jusqu'au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>1</sup>. Mais il y avait loin du droit théorique élaboré dans le confort des bureaux à son effectivité pratique sur les mers.

## **B - La persistance de la confusion en dépit du droit**

Faute d'une armée navale nationale suffisante, lors des conflits maritimes du XV<sup>e</sup> au XVI<sup>e</sup> siècles les corsaires français avaient combattu les Anglais, les Espagnols, les Portugais et les « Turcs » ; et même d'autres Français.

Ce fut d'abord la grande époque maritime de la Normandie : seul espace côtier avec la Picardie relevant de l'autorité réelle de l'Amiral de France. À l'apogée de Dieppe, le vicomte Jehan Ango, *Capitaine de la Ville et du Château de Dieppe* en 1534, s'enrichit en armant des navires corsaires pour « courir sus» aux bâtiments marchands espagnols ou portugais rentrant des riches colonies d'Amérique ; et en organisant des expéditions de découvertes transocéaniques. Un beau manoir de style Renaissance rappelle l'éphémère splendeur du «Médicis normand » à Varengeville-sur-Mer. Mais les lettres de « commissions en Guerre et Représailles » qu'il reçut du roi François I<sup>er</sup> le 27 juillet 1530 n'empêchaient pas ses équipages d'être exécutés comme pirates échappant aux lois de la guerre s'ils tombaient aux mains des Espagnols ou des Portugais soucieux de défendre la sécurité de leur trafic maritime. Entraînant une escalade d'agression / répression que le droit restait incapable d'empêcher, malgré des tentatives d'arbitrage, faute de moyens militaires pour l'imposer.

Puis, par son rattachement au royaume en 1532, le duché de Bretagne devint la première province maritime de France ; et la confusion pirates-corsaires y demeura vive. Comme au siècle précédent, lorsque le léonard Jean de Coatanlem s'autoproclamait « Roi et Gouverneur de la mer » (*sic*) et pillait sans distinction tous les bâtiments rencontrés, saccageait Bristol en pleine paix et rentrait à Morlaix chargé d'un butin que le duc François II le contraignait à restituer au roi d'Angleterre contre un dédommagement de 1 200 pièces d'or en décembre 1486. Au début de l'année 1542, Jean-François de La Roque seigneur de Roberval,

*Écuyer d'Écurie et Porte-enseigne* de François I<sup>er</sup> nommé *Lieutenant Général Pour le Roy* d'une expédition *en Canada* avec le Malouin Jacques Cartier, s'attarda sur la côte nord de la Bretagne pour y piller de quoi rembourser les créanciers de son expédition ; en toute impunité. De 1551 à 1556, le sieur de Coetlestremeur illustra de ses méfaits la geste pirate du *Pays Pagan* : basé à l'Aber-Wrac'h, opérant en Manche ou en Atlantique et même à terre, sans considération de paix ou

---

<sup>1</sup> Pierre-Marie-Joseph de BONNEFOUX et François-Edmond PARIS, *Dictionnaire de la Marine à voile*, Paris, Éditions de la Fontaine au Roi, 1994 (Réimpression de l'édition de 1856).

de guerre, d'ami ou d'ennemi, vendant le produit de ses rapines à des marchands receleurs ; jusqu'à extermination de sa bande par les troupes royales en décembre 1556.

Également impunie par ses tribunaux nationaux, voire encouragée au plus haut niveau de l'État, il existait aussi en Grande-Bretagne une course-piraterie traditionnelle qui s'exerça essentiellement au détriment des Espagnols dans l'espace atlantique jusqu'à la fin du XVI<sup>e</sup> siècle ; puis ensuite surtout à l'encontre des Français : les seuls vrais rivaux maritimes du Royaume-Uni à l'époque moderne jusqu'à l'aube du XX<sup>e</sup> siècle. Le plus célèbre pirate d'État occidental du temps, parmi d'autres corsaires anglais moins durablement renommés, tel son oncle et compagnon d'armes John Hawkins, navigateur esclavagiste qui sera également anobli pour service naval rendu à la couronne britannique, fut Francis Drake. Cet outlaw qui reste l'un des plus grands marins britanniques fut fait chevalier par Elizabeth I<sup>ère</sup> le 4 avril 1581 : pour avoir pillé, en temps de paix, la riche colonie espagnole de Valparaiso en l'actuel Chili, et s'être emparé du galion *Cacafuego* chargé de l'or du Pérou ; au cours de la première expédition anglaise autour du monde, de 1577 à 1580, financée en partie par la reine d'Angleterre. Après avoir pris Saint-Domingue au mois de septembre 1585 et mis à sac Vigo en octobre, puis s'être attaqué à Carthagène l'année suivante, durant l'été 1588 c'est en tant que *Vice-amiral de la Marine de Sa Gracieuse Majesté* que sir Drake combattit glorieusement l'Invincible Armada envoyée par le roi catholique

Philippe II d'Espagne contre l'Angleterre protestante. Oublieuse que les Espagnols étaient aussi venus punir la Grande-Bretagne des exploits pirates de Drake et de ses semblables, l'Angleterre lui fut reconnaissante d'avoir réussi à empêcher une invasion : sa hantise depuis le débarquement de Guillaume le Conquérant qui, en 1066, avait livré le royaume saxon britannique aux Normands français. À la veille de chaque conflit, au mépris des lois de la guerre, la Grande-Bretagne, s'estimant en état de légitime défense, instaura même l'usage d'une voie de fait consistant à prendre un avantage jugé indispensable pour son salut en s'emparant d'un maximum de forces navales de son futur ennemi. Dont la riposte différée ne lui rendrait ni les pertes subies ni l'initiative perdue, souvent déterminantes pour la suite de la guerre. Comportement qui est à l'origine de la mauvaise réputation de la « perfide Albion ». Par exemple, avant le déclenchement de la guerre de Sept Ans : à Terre-Neuve, le 8 juin 1755 l'escadre du vice-amiral britannique Edward Boscawen, chargée d'empêcher l'arrivée de troupes françaises au Canada, s'empara des vaisseaux l'*Alcide* de 64 canons et le *Lys* armé en flûte, isolés dans la brume à l'écart du convoi du chef d'escadre comte Emmanuel-Auguste de Cahideuc Dubois de La Motte, sur le motif fallacieux qu'ils avaient refusé de saluer le pavillon britannique. Cet acte caractérisé de piraterie d'État fut suivi de la destruction de l'*Espérance* que Dubois de La Motte avait laissé en réparation, puis du « coup de filet » opéré jusqu'au mois de novembre sur la flotte terre-neuvienne française, qui permit à la *Royal Navy* de s'emparer de 300 navires ; privant les escadres de Louis XV de 7 500 officiers, marins, et soldats de métier que l'Angleterre savait irremplaçables dans le conflit qui coûtera à la France ces « arpents de neige » dont parlera trop légèrement Voltaire... La saisie des bâtiments nationaux dans les ports anglais et la destruction de la flotte française dans la rade de Mers el-Kébir, en baie d'Oran, par l'opération *Catapult* du 3 au 6 juillet 1940, procédèrent de cet état d'esprit. Au prix de la vie de 1 297 marins français sacrifiés au froid réalisme britannique par l'impéritie du haut commandement

français<sup>1</sup>.

Au début du siècle suivant, rien ne changea. Le 9 août 1627, le Dieppois Abraham Duquesne père, *Capitaine des Vaisseaux du Roy* accompagné dans sa croisière corsaire par son fils qui deviendra l'un des meilleurs officiers généraux de la Marine de Louis XIV, s'empara du *Berger* : un navire hollandais allié de la France ; et, malgré les protestations de son commandant blessé au cours de l'engagement, il ne craignit pas de faire confirmer à son profit cette prise illicite, le 11 septembre suivant, au moyen d'un brevet délivré par le cardinal de Richelieu : juge souverain des prises corsaires au sein du Conseil de Marine, en affirmant effrontément que le *Berger* était anglais donc ennemi ! Piraterie volontaire ou méprise grave niée envers et contre tout, cette voie de fait fut ensuite validée judiciairement : en premier ressort, le 1<sup>er</sup> décembre 1627, par la Table de Marbre : haute juridiction maritime devant laquelle les armateurs du *Berger* avait assigné Duquesne. Jugement confirmé en second et dernier ressort par un arrêt rendu sur leur appel interjeté auprès du parlement de Rouen l'année suivante. Les juges de la cour souveraine de Normandie ayant apparemment considéré que la France avait alors plus besoin des services des Duquesne que d'équité envers des étrangers.

Pourtant L'Édit de Saint-Germain-en-Laye d'Octobre 1626 investissant le cardinal de Richelieu *Grand-Maître, Chef & Surintendant de la Navigation & du Commerce de France* avait notamment attribué au principal ministre de Louis XIII compétence « pour nettoyer [les] mers de pirates & Corsaires ». Le 27 octobre 1649, les *Nobles Bourgeois de l'Assemblée de la Ville de Saint-Malo* délibérèrent contre « plusieurs frégattes et Navires ostandois et autres Corsaires et pirates particulièrement au Capt de Fréelle<sup>2</sup> ». Et le 19 novembre suivant, les membres de la même communauté de ville établirent un tarif sur les marchandises entrant à Saint-Malo pour subvenir à la subsistance de deux frégates armées contre « lesditz Pirates et Corsaires<sup>3</sup> ». L'encadrement juridique de la Course fut ensuite complété par la *Déclaration du Roi Portant Règlement Sur le Faict de la Navigation, Armement des vaisseaux, & des Prises qui se font en mer du Premier Février 1650*. Et, datée du 2 mars 1652, une *Ordonnance de Louis XIV contre les Corsaires*<sup>4</sup> porta encore défense « très expressément à toutes personnes de quelque qualité & condition qu'elles soient, étrangères ou autres, d'armer aucun vaisseau, généralement, quelconque, dans la ville & port de Saint-Malo, sans un exprès congé & soumission de Sa Majesté ». Donc de se livrer à la piraterie ! Enfin, à l'apogée du règne de Louis XIV, au temps venu de la monarchie administrative absolue, l'*Ordonnance de la Marine d'Aoust 1681, Livre Troisième. Des Contrats Maritimes, Titre IX. Des Prises, et Titre X. Des Lettres de Marques ou de Représailles* fondant le statut de la Course moderne, distingua définitivement le pirate du corsaire en encadrant l'activité licite du second. Dans les prétoires sinon dans les esprits car, en 1684, trois ans après la publication de la grande

---

<sup>1</sup> Voir Hervé COUTEAU-BÉGARIE et Claude HUAN, *Mers El-Kébir (1940) La rupture franco-britannique*, Paris, Éditions Économica, collection « Campagnes & Stratégies », 1994.

<sup>2</sup> Archives Municipales de Saint-Malo (AMSM) EE 4 153.

<sup>3</sup> AMSM EE 4 154.

<sup>4</sup> AMSM EE 4 159.



ordonnance de Colbert, le *Dictionnaire universel* d'Antoine Furetière constatait que rien n'était réglé dans la réalité en qualifiant encore le *Corsaire* [de] Pirate, Écumeur de mer, celui qui court les mers avec un vaisseau armé sans aucune commission pour voler les Marchands. Quand on peut attraper un *Corsaire*, il est pendu sans rémission. Tous les vaisseaux *Corsaires* sont de bonne prise [...] Corsaire, se dit aussi figurément de ceux qui vendent trop cher leurs marchandises, qui exigent de plus grands droits qu'il ne leur est deu, qui rançonnent ceux qui sont obligez de passer par leurs mains [alors que] *Capre*, en terme de marine, est le nom qu'on donne aux Armateurs & aux vaisseaux armez en guerre qui vont en course.

Entretenant la confusion, le mot « Capre » désignant alors le corsaire légal des Flandres provenait du néerlandais *kaaper* signifiant aussi « pirate » ! Le corsaire, homme ou navire, n'était donc *stricto sensu* qu'un pirate. En 1693, le *Dictionnaire françois* de Pierre Richelet confondait pareillement, en l'illustrant du cas des

« Corsaires barbaresques », le « *Corsaire* : « Pirate, Écumeur de mer. Barberousse était un fameux Corsaire. Célérat. Méchant. Endurci-toi le cœur, sois Arabe, Corsaire » (*sic*), avec le *Pirate* : « Corsaire. Voleur de mer. Celui qui fait des courses sur la mer pour prendre, voler & emporter tout ce qu'on peut prendre. » En les distinguant de l'*Armateur* ou *Capre* : « Celui qui par la permission de quelque République, ou de quelque Souverain, arme un ou plusieurs Vaisseaux pour aller en course. » En 1694, le *Dictionnaire de l'Académie françoise* donnait la même définition que les ouvrages précédents.

Si au XVII<sup>e</sup> siècle l'assimilation lexicale entre les pirates et les corsaires était totale, au siècle suivant elle ne faisait pas plus de doute. Même pour les esprits les plus avertis du droit de la mer. C'est ainsi qu'en 1740 le *Dictionnaire de Droit & de Pratique* de Claude-Joseph de Ferrière, comme tous les autres traités juridiques contemporains, déclarait : « Les *Pirates* sont des Corsaires, écumeurs de mer, qui font des courses sur la mer, sans aveu, ni autorité de Prince, ou du Souverain, dont le crime est puni de mort, quand on les peut prendre. » Il disait un droit reflétant ce que pensaient les plus hautes autorités morales et savantes du temps. C'est ainsi qu'en 1741 le pape Benoît XIV excommuniait *omnes piratas, cursarios, ac latrunculos maritimos dicurrentes Mare Nostrum* : « tous pirates, corsair es et brigands maritimes courant en Méditerranée ». Alors qu'en Angleterre

l'« armateur » muni d'une *marque*, commission en Course qui sera bientôt appelée « Lettre de marque » en France, se disait avec raison *privateer* et que le *corsair* restait un pirate dans l'*Encyclopædia Britannica* de 1768, dans le royaume des lys ce n'est qu'en 1783 que l'*Encyclopédie méthodique Marine* définit enfin la notion moderne de « *Corsaire* ou *Armateur* » : « un vaisseau armé en guerre par un particulier, avec une commission de l'Amiral, pour courre [sic] sur les ennemis de l'État; il les combat & s'en empare quand il peut ; les fait prisonnier de guerre ; vend leur vaisseau pris & cargaisons à son profit : le tiers net des prises appartient à l'équipage, qui sert toujours à la part & ne doit pas recevoir d'avance [sur parts de prises] ; les deux autres tiers restent à l'armement [Mais il ajoutait] Corsaire se prend dans une autre acception, suivant laquelle il signifie Forban, Pirate ! » Les auteurs de cet ouvrage scientifique faisant autorité au Siècle des Lumières, souvent membres de la prestigieuse Académie de Marine, pas plus que les juristes contemporains ne sont suspects d'approximation : ils posaient le problème terminologique

responsable de l'ambiguïté du sens des mots sinon des concepts juridiques sous-tendus. Source d'une incertitude qui dure toujours.

Les « ennemis, Ostandoys, Biscains, et Pirates<sup>1</sup> » dénoncés par les Malouins en 1649 n'étaient-ils pas des « Capres » ? Des « Armateurs » faisant la Course au service de l'Espagne en guerre contre la France ; donc pas des pirates mais des corsaires au sens moderne. On n'en sait rien si ce n'est que la confusion dans l'opprobre des pirates et des corsaires subsistera. Certes en ce qui concerne les *Flibustiers* des Caraïbes : pirates apatrides ou corsaires nationaux français et anglais au gré des circonstances politiques les opposant et souvent unis contre l'Espagne. Mais aussi en Europe.

## II - La course barbaresque

Sévissant en Méditerranée où la Course d'États et la piraterie cosmopolite se mêlaient d'une manière inextricable depuis l'Antiquité, les *Barbaresques* étaient des pirates pour la Chrétienté et des corsaires pour l'Islam. Le pirate n'est-t-il pas toujours l'autre !

### A - Corsaires ou pirates ?

Les corsaires barbaresques, combattants du *Dar al-Islam*, *Barbares* pour la Chrétienté reprenant à son compte la terminologie d'exclusion de l'Antiquité gréco-latine, n'étaient pas tous « Berbères » ou « Turcs ». Il y avait parmi eux beaucoup de « Morisques » d'Espagne et de « Levantins » du bassin méditerranéen. Tous n'étaient pas non plus Musulmans d'origine : tels les membres de la fameuse famille Barberousse dont les quatre frères, nés sur l'île de Mytilène, l'antique Lesbos, après s'être emparés d'Alger au détriment des Espagnols en 1514, l'avoir perdue et reprise en 1525, y fondèrent un État-corsaire florissant de plus de 100 000 citoyens et 30 000 captifs à la fin du XVII<sup>e</sup> siècle.

Croyants mahométans ou chrétiens renégats convertis à l'Islam, les corsaires barbaresques justifiaient leurs rapines en se réclamant d'un « djihad » réduit à sa dimension dogmatique contre la Chrétienté « infidèle » : polythéisme adorant une sainte Trinité et l'incarnation divine de Jésus-Christ qui n'est qu'un prophète parmi d'autres dans la religion musulmane. Engagés contre la Chrétienté dans une lutte plus économique que spirituelle après les grands affrontements de conquêtes des siècles précédents. Intégrés dans la course ottomane qui leur permettait, entre deux raids, de se réfugier à l'abri des fortifications des régences turques d'Alger, Tunis, Tripoli ou Salé. Ces *raïs*, « capitaines corsaires », pratiquaient une *razzia* sur des embarcations légères chargées de combattants : *brigantins*, *felouques* et *chébecs* rapides sous leurs voiles latines, opérant essentiellement en meutes insaisissables capables de se faufiler à la rame entre les îles. Terrorisant les habitants du littoral et les voyageurs occidentaux de la Méditerranée ; qui risquaient de se faire tuer, voler ou rançonner ; voire capturés et vendus comme des marchandises sur un marché ; puis de se retrouver réduits en esclavage parmi le million de captifs chrétiens détenus dans une *pachalik* d'Afrique du Nord du XVI<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle. Entre 1613 et 1621, descendus sur le littoral français comme des *Vikings* modernes, des corsaires algérois téméraires y avaient enlevé 936 navires ;

---

<sup>1</sup> AMSM EE 4.

jusqu'à l'entrée même du port de Marseille. En 1622, ils avaient même investi Porquerolles et s'étaient emparés de toute la population dont le gouverneur et sa famille. En 1626, 8 000 matelots français étaient ainsi retenus sous les chaînes à Tunis. Esclaves domestiques plus ou moins bien traités par leurs maîtres et jouissant d'une relative liberté ; ou détenus sous les fers, astreints aux travaux publics les plus durs : galériens ou bagnards « roumis » aussi mal traités en Barbarie que les « Turcs » l'étaient en pays chrétiens. Survivant dans l'attente d'un hypothétique rachat familial par l'intermédiaire des congrégations charitables spécialisées dans le secours aux captifs : en particulier les Lazaristes et les membres de l'Œuvre des Esclaves du père Vincent Depaul : *Monsieur Vincent*, le futur *Aumônier des Galères de France* et Saint Vincent de Paul ; ou par l'entremise de l'Ordre de Malte. Miguel de Cervantès Saavedra, futur auteur de la geste picaresque à succès de *l'Ingenioso Hidalgo don Quixote de la Mancha* publiée au mois de janvier 1605 à Madrid, alors simple soldat invalide ayant perdu l'usage de la main gauche à la suite d'un coup d'arquebuse reçu à la bataille de Lépante, le 7 octobre 1571, fut ainsi capturé avec son frère Rodrigo par la flottille « turque » du capitaine albanais Arnault Mami sur la galère *El Sol* à bord de laquelle ils avaient embarqué à Naples le 20 septembre 1575 pour rentrer chez eux. Et retenus esclaves en Alger jusqu'à leurs rachats en 1577 et 1580 par l'intermédiaire des Trinitaires. Rentré en Espagne au mois d'octobre 1580, Cervantès évoquera cette période de sa vie dans quatre œuvres romancées : *La Vie à Alger*, *La Grande Sultane*, *Les Bagnes d'Alger* et *Le Captif*. Monsieur Vincent, lui aussi, aurait été pris en 1605 par les Barbaresques ; et il relatera en détail les circonstances de sa capture puis de sa détention à Tunis, au service d'un médecin alchimiste humaniste ; puis d'un colon agriculteur : ancien moine d'Annecy apostasié musulman coulant des jours heureux entre ses trois femmes, qu'il aurait convaincu de se repentir et de l'accompagner à Rome en 1607. Mais la véracité de la captivité édifiante de la figure chrétienne la plus marquante du XVII<sup>e</sup> siècle est aujourd'hui remise en question... Il est certain en revanche que les Européennes tombées aux mains des Barbaresques, environ 10 % des personnes capturées, quand elles étaient jeunes et jolies avaient une grande valeur marchande sur les marchés aux esclaves du Levant à cause de la rareté de leur teint clair. Comme les Circassiennes ou les Géorgiennes du Caucase. Vendues par des *guellab*, négociants spécialisés, elles devenaient des esclaves à vocation sexuelle recluses dans le *harem* de leurs acquéreurs : *odalisques* ou concubines et, pour quelques privilégiées, épouses légitimes. Ces femmes avaient peu de perspectives de libération, surtout si elles avaient eu des enfants de leur maître, propriétaire légal du « produit de leur ventre »<sup>1</sup> ; alors que leurs familles n'avaient pas toujours les moyens ou l'envie de racheter ces stigmatisées immariables par préjugé chrétien. Tel aurait été le sort devenu légendaire d'Aimée-Rose Dubuc de La Rivery : créole d'origine normande qui serait tombée aux mains de corsaires algérois à l'âge de 12 ans, au sortir du couvent de La Visitation à Nantes où elle avait été envoyée pour parfaire son éducation. Prise aux Baléares en juillet 1788 sur l'*Aliaga*, le navire espagnol qui avait recueilli les passagers de la *Belle Mouette*, le bâtiment nantais naufragé qu'elle avait emprunté pour rejoindre ses parents en Martinique, cette jeune captive aurait été offerte en cadeau par le bey d'*El Djezair* au sultan turc. Enfermée dans le sérail du palais de Topkapi à Constantinople, *Nakshidil*, « la belle des belles », serait devenue *kadine* : l'une des épouses d'Abdulhamit I<sup>er</sup> ; puis, ayant refusé la liberté qu'il lui proposait, la favorite de Sélim III. Enfin sultane *validé*, mère, de Mahmoud II *Le Réformateur* : né d'une épouse morte alors qu'il n'avait que 4 ans ; surnommé le *Gavur Sultan*, « sultan infidèle », peut-être Chrétien comme celle

---

<sup>1</sup> Malek CHÉBEL, « La vérité sur l'esclavage en Islam », *Le Nouvel Observateur*, 13-19 septembre 2007, p. 39.

qui l'éleva et qui repose dans l'imposant mausolée de Fatih, au cœur historique d'Istanbul<sup>1</sup>.

En Occident, les corsaires barbaresques étaient naturellement assimilés à des pirates car, outre leur religion censée justifier leurs agressions, ils n'étaient en réalité soucieux que de leurs intérêts matériels ; même s'ils étaient théoriquement soumis à l'autorité relative d'un *bey*, pacha local. Par conséquent, en application de la politique de la canonnière qui prévalait en l'espèce, les bases fortifiées des régences corsaires du Maghreb subissaient ponctuellement le feu des escadres occidentales s'efforçant d'éradiquer la menace barbaresque à sa racine ; lesquelles, leur poudre et projectiles épuisés, s'en retournaient ensuite et les corsaires ressortaient. Jusqu'à la prochaine offensive... En 1815, point d'orgue d'un affrontement entamé dès l'indépendance des États-Unis, les canons d'une escadre américaine arrachèrent un traité de paix à la régence d'Alger. Et, en 1816, une force navale anglo-hollandaise opérant au nom des États occidentaux las de se faire rançonner, y délivra 1 200 captifs à l'issue d'un bombardement qui fit un millier de victimes algéroises. Marquant le début de la fin de l'État-corsaire d'Alger.

En 1830, le roi Charles X décida de s'emparer d'Alger. Officiellement pour venger l'affront du soufflet d'un éventail de plumes donné le 30 avril 1827 par Hussein Pacha, le coléreux dey d'Alger, à Pierre Duval, l'arrogant consul de France qui refusait d'évoquer la dette de blé contractée en 1796 par le Directoire à l'égard de la Régence : emprunt remboursé par la France à ses intermédiaires mais qui avait été saisi par leurs créanciers et donc jamais honoré auprès des prêteurs algérois. En réalité pour renflouer son pouvoir à court de ressources financières et de crédit politique. Engageant un budget de 25 millions de francs, une armée de 37 617 hommes et 4 546 chevaux ou mulets, dotée d'une artillerie de campagne de 120 pièces et d'un important matériel de siège, débarquera de 649 bâtiments, dont 7 à vapeur, sur la péninsule de Sidi Ferruch à l'ouest d'Alger, le 14 juin 1830 ; commandée par le général comte Louis de Bourmont, royaliste rallié à Napoléon qu'il avait abandonné trois jours avant Waterloo, futur maréchal de France. Privée de sa flotte de guerre détruite dans l'armée navale turque par les forces anglo-françaises à Navarin le 20 octobre 1827 : la dernière grande bataille de la marine à voiles, la ville d'Alger capitula le lundi 5 juillet. Mais la prise d'Alger n'apportera aucun crédit politique au régime à bout de souffle de Charles X qui s'effondrera lors des Trois Glorieuses, journées révolutionnaires des 27, 28 et 29 juillet 1830, au profit de la Monarchie constitutionnelle de Louis-Philippe I<sup>er</sup> d'Orléans. Et peu d'argent à la France : le trésor algérois pillé par les conquérants, produit des rapines des corsaires mais aussi fruit du travail des habitants, sera partagé entre les autorités militaires et civiles françaises ; mais, des 500 millions de francs, soit 4 milliards d'euros, montant estimé des richesses saisies dans les palais, les boutiques et les maisons de la *Casbah*, la ville haute d'Alger, seuls 43 millions entreront dans les caisses de l'État<sup>2</sup>. La conquête, organisée par le maréchal Thomas-Robert Bugeaud marquis de La Piconnière et duc d'Isly, aura du mal à s'imposer dans ce pays difficile d'accès. La résistance émaillée de trêves d'Abd el Kader : l'émir oranais qui avait unifié les tribus arabo-berbères en leur inculquant un sentiment national ne s'achèvera que le 23 décembre 1847 ; par sa reddition à un polytechnicien saint-simonien capable de comprendre son combat

---

<sup>1</sup> Sur la vie romanesque d'Aimée du Buc de La Rivery, voir Barbara CHASE-RIBOUD, *La Grande Sultane*, Paris, Éditions Albin Michel, 1987. L'auteure cite ses sources p. 355-356.

<sup>2</sup> Voir Pierre PÉANT, *Main basse sur Alger. Enquête sur un pillage, juillet 1830*, s. 1., Éditions Plon, 2002.

humaniste: le général Christophe Louis Léon Juchault de Lamoricière. Le savant syncrétiste fondateur de l'Algérie moderne deviendra un ami de la France impériale<sup>1</sup> ; alors que la Grande Kabylie résistera longtemps à la « pacification » (*sic*).

Un siècle plus tard, pour avoir trop bafoué la dignité des « Indigènes » en violant leurs droits élémentaires, la colonisation de l'Algérie débouchera sur une guerre d'indépendance tragique dont les conséquences restent douloureuses<sup>2</sup>...

## **B - La nouvelle piraterie des mers du sud**

Au temps venu de la victoire définitive du droit international reposant sur la force des armes, sans laquelle le droit maritime n'est qu'une vue de l'esprit, c'en était fini de la piraterie en Europe. Comme de son émule légale : la Course privée qui, critiquée comme entraînant plus de désagréments économiques en représailles de l'ennemi que de résultats militaires contre lui et tombée en désuétude au XIX<sup>e</sup> siècle, avait été abolie par la *Déclaration de Paris* du 16 avril suivant le traité du 30 mars 1856 mettant fin à la guerre de Crimée. Disposition ratifiée par la France, le Royaume-Uni, l'Autriche, la Prusse, la Turquie et la Sardaigne, décidant :

1° La course est et demeure abolie ;

2° le pavillon neutre couvre la marchandise ennemie, exceptée la contrebande de guerre ;

3° la marchandise neutre, exceptée la contrebande de guerre, n'est pas saisissable, même sous pavillon ennemi ;

4° les blocus ne sont obligatoires qu'autant qu'ils sont effectifs.

Mais ces dernières années on a assisté à une recrudescence spectaculaire de la piraterie : cette criminalité que l'on croyait éradiquée depuis qu'elle ne se perpétuait qu'à l'état résiduel d'un terrorisme idéologique isolé ; plus aérien que naval. Cette arme maritime politico-économique du faible au fort, du pauvre contre le riche, retrouve une actualité déstabilisante qui interpelle le monde capitaliste.

En application de l'article 101 de la *Convention des Nations unies sur le droit de la mer* signée le 10 décembre 1982 à Montego Bay, la qualification juridique de la « piraterie » renouant avec les dispositions universelles antérieures implique :

□ Sur le drame algérien, voir Benjamin STORA et Mohammed HARBI (Sous la direction de), *La guerre d'Algérie, 1954-1962. La fin de l'amnésie*, Paris, Éditions Robert Laffont, 2004.

a) Tout acte illicite de violence ou de détention ou toute déprédation commis par l'équipage

---

<sup>1</sup> Voir *Abd el Kader et l'Algérie au XIX<sup>e</sup> siècle dans les collections du musée Condé à Chantilly*, Paris,

<sup>2</sup> Somogy Éditions d'Art, 2003, 128 p. ill. in-4°. Bel ouvrage publié à l'occasion de l'exposition tenue du février au 21 avril 2003 au musée Condé, dans le cadre de *Djazair* : « Une année de l'Algérie en France ».

ou des passagers d'un navire ou d'un aéronef privé, agissant à des fins privées, et dirigé :

12 contre un autre navire ou aéronef, ou contre des personnes ou des biens à leur bord, en haute mer ;

13 contre un navire ou aéronef, des personnes ou des biens, dans un lieu ne relevant de la justice d'aucun État.

b) Tout acte de participation volontaire à l'utilisation d'un navire ou d'un aéronef lorsque son auteur a connaissance de faits dont il découle que ce navire ou aéronef est un navire ou aéronef pirate.

c) Tout acte ayant pour but d'inciter à commettre les actes définis aux lettres a) ou b), ou commis dans l'intention de les faciliter.

La piraterie contemporaine sévit désormais à l'échelle planétaire mais, depuis une dizaine d'années, son épicentre se développe dans une région qui est à la fois l'une des plus stratégiques et des plus dangereuses du globe ; à partir des 3 700 kilomètres de la façade maritime de la Somalie : pays chaotique où la piraterie fut toujours une activité banale<sup>1</sup>, livré à l'anarchie clanique des seigneurs de la guerre islamistes depuis 1991 ; s'étendant sur une zone d'un million de kilomètres carrés au sud de la mer Rouge, en mer d'Oman et dans le golfe d'Aden. Partie du monde des plus pauvres traversée par l'une des routes maritimes les plus riches fréquentées par les navires marchands qui n'ont pas le choix, les pêcheurs astreints à une rentabilité commerciale exacerbée, et des plaisanciers irresponsables ; où transitent annuellement 12 % du commerce maritime : 8 milliards de tonnes convoyés par 1,2 millions de marins sur 16 000 cargos ; dont un tiers du pétrole brut mondial, substance vitale des pays industrialisés pour laquelle ils sont prêts à faire la guerre.

En 2007, le Bureau maritime international a recensé 15 actes de piraterie commis contre des navires essentiellement occidentaux et 30 tentatives avortées dans le golfe d'Aden. En 2008 il a constaté une explosion des statistiques : avec 293 attaques ayant débouché sur 49 arraisonnements suivies de détournements ; entraînant la mort de 11 membres d'équipages et la prise en otages de 889 personnes. La zone la plus affectée restant le golfe d'Aden avec 111 attaques, suivi des côtes du Nigeria avec 40. Et l'on estime le « chiffre d'affaire » des rançons perçues en 2008 par ces nouveaux « pirates des mers du Sud » à 35 millions de dollars payés par les compagnies d'assurances des prises pour les libérer : de quoi susciter bien des vocations chez les pêcheurs indigènes privés de ressources halieutiques par la pêche industrielle et la pollution des pays développés, sinistrés par le tsunami de 2004, qui n'ont, en revanche, aucun mal à se procurer des fusils d'assaut *kalachnikov* rustiques et des lance-roquettes artisanaux sur l'abondant marché local des armes de guerre ; ni, apparemment, à équiper leurs barques de moteurs puissants et de jerricans d'essence pour aller à la chasse aux trésors. Une dizaine d'hommes armés pouvant s'emparer sans difficulté d'un cargo désarmé s'ils réussissent à s'en approcher suffisamment pour l'arraisonner et monter à son bord ; à plus forte raison d'un yacht. De quoi justifier la mise en place d'une force navale internationale composée d'avisos et de frégates pour protéger le trafic en dehors des eaux

---

<sup>1</sup> Voir les aventures d'Henri de Monfreid (1879-1974) en mer Rouge et à la corne de l'Afrique...

territoriales ressortissant à l'autorité théorique des pays riverains.

En application de la *Convention des Nations unies sur le droit de la mer* de

1982, les auteurs d'un acte de « piraterie » perpétré en haute mer relèvent d'un droit universel permettant à tout État de les saisir pour les déférer devant sa justice, à la condition de leur assurer un procès équitable ; faculté étendue à tout particulier autorisé par un pays habilité à le faire pour son compte. Les États-Unis, comme leur non-ratification de la Déclaration de Paris de 1856 les y autorise, ont ainsi pu renouer avec la Course privée : l'article premier, section VIII de leur Constitution autorisant toujours le Congrès à octroyer des lettres de marque à des particuliers ; disposition historique d'ailleurs facilitée par le *September-11 Marque and Reprisal Act of 2001* qui permet depuis au Département d'État de délivrer des licences corsaires sans l'aval du Congrès. Et le 2 juin 2008, le Conseil de sécurité des Nations unies, à l'initiative conjointe des États-Unis et de la France, a adopté la résolution 1816 autorisant, pour une durée de six mois renouvelable, les pays coopérant avec le Gouvernement Provisoire Somalien à poursuivre les chefs de guerre pirates jusque dans leurs repaires<sup>1</sup>. Dûment autorisée pour les traquer, la firme américaine *Pistris Incorporated*, première entreprise privée mondiale de sécurité maritime, a armé dès 2007 un navire de guerre de 65 mètres de long, disposant d'un groupe d'intervention de 50 marins-commandos d'élite, équipé d'un armement sophistiqué, d'un hélicoptère de combat et d'embarcations ultrarapides, relié aux moyens modernes de communication de l'*US Navy*. Il devait être suivi de deux autres unités encore plus performantes ; comparables au puissant « navire antipirates » de 90 mètres que la DCNS a présenté à Lorient. Intégrées dans le dispositif militaire international mis en place par les grandes puissances : des États-Unis à la Russie en passant par le Japon et la Chine ; et les États membres de l'Union européenne engagés dans l'Opération *Atalanta* depuis le mois de décembre 2008 : l'Allemagne, l'Espagne, la Finlande, la France, la Grande-Bretagne, la Grèce, les Pays-Bas, le Portugal, la Suède plus, hors Union, la Norvège ; dont le commandement unifié et tournant est basé à Northwood, dans la banlieue de Londres : siège de l'état-major interarmes britannique et des forces navales de l'Otan. Lequel déploie des moyens navals et aéronavals le long des côtes somaliennes et dans le golf d'Aden pour escorter les navires de commerce, en particulier ceux du Programme alimentaire mondiale, et dissuader les pirates.

Mais, face à cette armada d'une vingtaine de navires de guerre modernes, les nouveaux bandits des mers ont élargi leur terrain de chasse jusqu'aux îles Seychelles ; à l'aide de « bateaux-mères » porteurs de canots pneumatiques semi rigides à moteurs surpuissants. À la fin de l'année 2009, résultat de 163 attaques et de la capture de 46 bâtiments, 280 marins et 11 prises allant du modeste bateau de pêche au gros porte-conteneurs étaient retenus en otages en Somalie. En 2010, pour 174 attaques, 1 200 otages et 47 bâtiments enlevés étaient recensés. Au mois de décembre de cette année sombre, 638 otages et 28 navires restaient encore aux mains de leurs ravisseurs ; et huit hommes d'équipages avaient perdu la vie. En mai 2011 étaient détenus 550 otages et 25 des 176 navires attaqués. Et le 2 juillet 2012, 213 otages et 7 des 32 navires attaqués. En 2013, selon le

---

<sup>1</sup> Jean-Paul PANCRACIO, « Le retour de la guerre de course », *Bulletin d'Études de la Marine* n° 43, décembre 2008, p. 71-77.

Bureau maritime international, la piraterie a régressé de 48 % par rapport à 2012 en Afrique de l'Est à cause de la montée en puissance du dispositif maritime renforcé par la Russie et la Chine, et du reflux des milices islamiques somaliennes vers le Nord sous la pression des troupes de l'Union africaine ; mais le phénomène pirate a pris de l'ampleur avec un surcroît de brutalité à l'Ouest, dans le golfe de Guinée. Aujourd'hui, les thoniers français embarquent des fusiliers-marins commandos armés pour se défendre ; et les retraités de ce corps d'élite se reconvertissent dans le privé où leur savoir-faire se monnaie à prix d'or ; par exemple au sein de la société G4S dont la filiale *International Security Service* basée à Djibouti propose ses services d'*escorting* armé sur les bâtiments des compagnies maritimes étrangères. Pratique en voie d'être acceptée par la France pour ses ressortissants.

Un navire de guerre américain patrouillant au large de la Somalie en septembre 2009 était le destroyer *USS Bainbridge* : du nom de William Bainbridge, un commodore de la Marine des États-Unis qui combattit les corsaires barbaresques au début du XIX<sup>e</sup> siècle. Et l'on sait que les pirates somaliens ont des coopératives qui fédèrent leurs coûts d'armement et redistribuent leurs profits ; lesquels sont réinvestis sur place. Comme autrefois chez les naufrageurs du Léon et les corsaires algérois... L'Histoire, qui était pour Thucydide « un éternel recommencement », se répète. Et, à défaut d'assumer leur devoir de mémoire, « ceux qui ne peuvent se rappeler le passé sont condamnés à le répéter » (George Santayana, *The Life of Reason*, 1905).

Alain BERBOUCHE<sup>1</sup>

## BIBLIOGRAPHIE

BERBOUCHE (Alain),

- *L'Histoire de la Royale. La Marine française et la politique au Siècle des Lumières (1715-1789)*, Saint-Malo, Pascal Galodé Éditeurs, 2012.

- *L'Histoire de la Royale. Du Moyen Âge au règne de Louis XIV*, Saint-Malo, Pascal Galodé Éditeurs, 2011.

- *Pirates, Flibustiers & Corsaires de Duguay-Trouin à Surcouf. Le droit et les réalités de la guerre de Course*, Saint-Malo, Pascal Galodé Éditeurs 2010, « Club Histoire » du Grand Livre du Mois » 2012.

---

<sup>1</sup> Docteur d'État en histoire du droit. Maître de conférences (HC) à l'Université Rennes 1.



- *Marine et Justice. La Justice criminelle de la Marine française sous l'Ancien Régime*,  
Rennes, Presses Universitaires de Rennes, collection « Histoire », 2010.



**Deuxième acte:**

**Le D.O.C: une histoire sans histoires**



## Le contrat entre volonté et intérêt économique

Sanae Rifai<sup>1</sup>

Au même titre que la morale, l'équité, et la justice, l'efficacité économique constitue un élément propre à emporter la conviction du législateur au stade de l'élaboration de la règle de droit, et à déterminer celle du juge dans les décisions qu'il rend. Ainsi, l'efficacité économique intervient dans le discours juridique comme un argument, parmi d'autres, visant à expliquer, à justifier, à convaincre de la pertinence de la solution retenue.

Or, entre la résistance de certains principes fondamentaux du droit et l'évolution d'autres fondés sur le pragmatisme des affaires, les concepts de *sujet de droit* et d'*agent économique* ne peuvent être équivalents. Deux notions difficiles à concilier s'affronteraient : celle du calcul économique et celle de la règle juridique.

Si pour le juriste la définition du contrat se base sur la volonté, comme élément essentiel constitutif de l'accord, pour l'économiste, la fonction de celui-ci consiste à permettre la réalisation d'échange mutuellement avantageux, passant alors de l'accord de volonté au conflit d'intérêt.

La question ici est de savoir comment mesurer l'efficacité avec laquelle le droit combine ses instruments pour atteindre ses finalités socio-économiques ?

C'est à cette problématique que cet article tente d'apporter quelques réponses, et ce à travers l'analyse d'abord de l'efficacité économique avancée comme fondement d'une règle de droit (I), et l'examen ensuite, des limites à l'intervention de l'efficacité économique en droit (II).

### I - L'impulsion des considérations économiques dans l'environnement juridique

Autrement dit, les instruments juridiques que le droit met au service de l'économie afin de réaliser une double finalité à la fois juridique et utilitaire. Les juristes préfèrent le concept « efficacité économique du droit » dans un souci de relier entre le droit et l'économie. C'est à travers la règle juridique (1), et le contrat (2), que des considérations d'ordre économiques interviennent dans la sphère juridique.

#### A - La règle juridique : Outil au service de l'objectif économique

Le tissage de liens étroits entre le droit et l'économie est une question d'autant plus cruciale que se développent des formes nouvelles de régulation de la vie économique et qu'apparaissent des considérations économiques au cœur même de la régulation juridique.

Ériger l'efficacité économique en règle, ce n'est pas simplement, l'élever en objectif vers lequel le droit devrait tendre. C'est, à proprement parler, la faire pénétrer au cœur du système juridique et lui reconnaître une véritable valeur normative. Cela consiste à intégrer formellement dans l'énoncé d'une règle de droit afin d'en faire l'un de ses éléments. Tel est le cas notamment dans

---

<sup>1</sup> Professeure habilitée à diriger des recherches à l'USMBA  
Membre du (CDOC) . FES - Maroc.

les disciplines qui reposent, par nature même, sur une approche économique, comme le droit de la concurrence<sup>1</sup>.

Tenant l'exemple de l'article 98 du Traité instituant la Communauté Européenne qui énonce que les États membres « *agissent dans le respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre, favorisant une allocation efficace des ressources* ». Dans un autre exemple, la Cour de cassation française admet que la réorganisation d'une entreprise peut constituer un motif économique de licenciement lorsqu'elle est effectuée pour sauvegarder sa compétitivité.

En droit marocain aussi, l'efficacité économique constitue l'un des principaux objectifs du législateur en matière de concurrence, de la sorte, l'ancienne loi 06-99<sup>2</sup> sur la liberté des prix et de la concurrence<sup>3</sup> stipule dans son préambule « La présente loi a pour objet de définir les dispositions régissant la liberté des prix et d'organiser la libre concurrence. Elle définit les règles de protection de la concurrence afin de stimuler l'efficacité économique et d'améliorer le bien-être des consommateurs...etc.». En outre, il est même cité expressément que les auteurs peuvent justifier leur comportements anticoncurrentiels lorsqu'ils ont pour effet la contribution au progrès économique...etc.

C'est de cette manière, que le droit se converti en un outil au service des objectifs économiques. Le mot « économie » dans ce contexte doit être précisé, il désigne en effet, une dimension substantielle de la réalité juridique : on parlera alors de la dimension économique de droit de la concurrence, et le qualificatif « économique » est souvent pris au sens large, renvoyant à des considérations d'efficacité et de progrès<sup>4</sup>.

Ce rapport entre l'économique et le juridique, se développe de plus en matière contractuelle, et fait de celle-ci une source juridique mobilisée par les économistes pour la réalisation de leurs objectifs.

## **B - Le contrat : Support de comportement économique**

D'une autre manière plus indirecte, l'efficacité économique peut pénétrer dans la sphère juridique aussi à travers le mécanisme contractuel toutes les fois qu'elle est intégrée en tant qu'un

---

<sup>1</sup> C, PERES, S. BOLLE, M. LAITHIER, L'efficacité économique en droit, éd Economica 2010, rapport introductif, p13.

<sup>2</sup> Loi actuellement abrogée par la loi 104-12, promulguée par le Dahir n° 1-14-116 du 2 Ramadan 1435 (30 juin 2014), B.O N° 6280 du (7 août 2014).

<sup>3</sup> Promulguée par le Dahir n° 1.00.225 du 2 Rabi I 1421 (5 Juin 2000) BO n° 4810 du 3 Rabi II (6 Juillet 2000) p 645.

<sup>4</sup> T, KIRAT et L, VIDAL, Le droit et l'économie : études critiques des relations entre les deux disciplines et ébauches de perspectives renouvelées, Anal de l'institut André TUNC, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, 2005, p 1.

[http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/03/82/40/PDF/Annales\\_Tunc\\_Droit\\_et\\_eco\\_TK\\_et\\_LV\\_3\\_Octobre\\_Version\\_fin.pdf](http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/03/82/40/PDF/Annales_Tunc_Droit_et_eco_TK_et_LV_3_Octobre_Version_fin.pdf)

objectif du contrat fixant les performances économiques que l'une ou l'autre des parties doit atteindre sous la menace de diverses sanctions<sup>1</sup>.

Il s'agit de conceptualiser en économie comment les agents se saisissent des règles de droit pour en faire le support de leur comportements. La seule existence d'une obligation de faire ou de ne pas faire ne saurait entraîner son application immédiate par l'agent<sup>2</sup>.

Le contrat, acte de prévision, est censé assurer aux parties une certaine maîtrise de l'avenir. Il s'agit de conceptualiser en économie comment les agents se saisissent des règles de droit pour en faire le support de leur comportements. La seule existence d'une obligation de faire ou de ne pas faire ne saurait entraîner son application immédiate par l'agent.

Cet atout est cependant soumis à une double condition tenant à l'effectivité et au respect des stipulations contractuelles. Sous cet angle, le contrat requiert une nouvelle conception économique selon laquelle il le contrat doit poursuivre un but utilitariste, qui consiste à promouvoir l'allocation la plus efficace possible des ressources. Les règles conventionnelles doivent être conçues et orientées en fonctions des résultats économiques attendues.

Si pour le juriste la définition du contrat se base sur la volonté, comme élément essentiel constitutif de l'accord, pour l'économiste, la fonction de celui-ci consiste à permettre la réalisation d'échange mutuellement avantageux, passant alors de l'accord de volonté au conflit d'intérêt.

Cette prise en compte des considérations économiques a contribué même à une reconfiguration du concept juridique du contrat et l'extension de son domaine vers une nouvelle conception économique. Selon les termes de PH, JESTAZ : « le contrat est un mot qui se porte bien !<sup>3</sup> ». La notion de contractualisation à laquelle on peut relier la notion d'échange désigne un contrat conquérant caractérisé par une grande vitalité.

Cette vitalité s'explique notamment par le contexte de la circulation des marchandises et des services, et par l'accroissement de leur vitesse, techniques et périmètre d'extension, d'ailleurs, le bénéfice ne se réalise que par le canal du contrat de vente de courtage ou de prestation de service etc. c'est ainsi que les enjeux juridiques et économiques se rejoignent<sup>4</sup>.

En raison de son caractère malléable, le contrat révèle une grande capacité à organiser toute forme de vie sociale. La dynamique économique qui a étendu le champ contractuel à des « préoccupations » qui en étaient exclues, a fait que le contrat se transforme d'un outil de droit à un

---

<sup>1</sup>C, PERES, Op.cit.

<sup>2</sup> B, DEFFAINS, Analyse économique du droit : principes, méthodes, résultats, éd de boeck, 2009, p 14.

<sup>3</sup> Autour du droit civil, Écrits dispersés, idées convergentes, Paris, éd Dalloz, 2005, p 394.

<sup>4</sup> L, RAVILLON, Les techniques contractuelles, IN Droit et marchandisation, Actes de colloque organisé par le (Credimi), le 18 et 19 Mai, Dijon, 2010, Volume 33, éd Litec, p 172.

outil de commerce qui peut même impulser des champs et encadrer des rapports qui n'entrent pas dans le domaine du « licite » notamment la marchandisation<sup>1</sup>.

Cela peut démontrer comment - pour des objectifs qui peuvent relever de l'utilité ou le profit - le contrat se voit assigner une fonction qui dépasse de loin sa traditionnelle fonction d'organisation et de moralisation des échanges. C'est ainsi que le droit apparaît d'abord comme un objet d'échange économique dès lors qu'il est subordonné, par le jeu de la volonté des opérateurs, à une condition d'efficacité économique, il est ensuite, un vecteur d'échange à laquelle il fournit ses concepts et techniques.

Néanmoins, nombreux sont ceux qui considèrent que le mariage entre instruments juridiques et objectifs économiques ne peut être sans limites devant la résistance du droit et sa « fidélité » à ses principes.

## **II - L'intervention limitée des intérêts économiques dans la sphère juridique**

Si pour les adeptes de la méthode de l'analyse économique du droit, le contrat est un instrument absolument adaptatif aux mutations économiques, pour une grande catégorie de civilistes, l'intervention de l'efficacité économique pour dénaturiser le rapport contractuel est loin d'être acceptable. Non seulement à cause de la résistance du contrat (1), mais surtout à cause de l'inaptitude du droit à la réception de l'environnement économique (2)

### **A - Une résistance au comportement abusif**

L'équilibre contractuel et l'autonomie de la volonté sont des fondements standards de tout rapport contractuel. Deux exemples sont à présenter à cet égard :

- La lésion, considérée comme un vice de la convention, qui reflète précisément la problématique de l'équivalence des prestations<sup>2</sup> et traduit la place de la morale dans l'engagement contractuelle.

- L'obligation précontractuelle d'information s'inscrit dans le devoir de négociier de bonne foi et impose au non de l'exigence de loyauté au contractant qui détient une information déterminante du consentement du cocontractant de la lui communiquer. Alors que le raisonnement économique demeure réticent pour admettre cette transparence totale, car il n'est pas économiquement efficace d'obliger un cocontractant qui détient une information sur la valeur du bien de la transmettre gratuitement à son cocontractant concurrent.

Si Il est apparent que dans la logique économique la règle juridique doit poursuivre un but utilitariste, qui consiste à promouvoir l'exploitation la plus efficace possible des ressources par les

---

<sup>1</sup> On entend par marchandisation le processus consistant à rendre marchande une relation qui ne l'était pas auparavant.

<sup>2</sup> O, DESCAMPS, Brefs repères historiques sur la prise en compte de l'économie par le droit, IN L'efficacité économique en droit, S. BOLLE, M. LAITHIER, C. PERES, éd Economica 2010, p 33.



différents acteurs du marché au-delà du la simple répression<sup>1</sup>, et de ce fait considère le contrat comme un instrument qui ne vaut qu'à travers l'intérêt qu'il réalise, du point de vue du droit des contrats animé par les principes de l'équilibre des prestations et de l'autonomie de la volonté, la recherche du profit n'est pas une raison valable pour la violation unilatérale du contrat du seul fait que cette violation est prétendue économiquement efficace et peut être source de profit pour l'une des parties<sup>2</sup>.

Fidèle alors à ses principes, le droit des contrats arrive parfaitement à concilier les considérations économiques et les outils juridiques pour atteindre ses objectifs en résistant à tout déséquilibre abusif au non de l'efficacité économique.

Néanmoins, un autre point de vue explique les limites à l'intervention économique en droit par d'autres considérations liées plutôt à la « défaillance » des mécanismes juridiques face aux mutations économiques.

### **B - Une réception défaillante**

Selon cette position, le droit n'est pas encore apte pour appréhender les exigences économiques, cette carence se concrétise à la fois au niveau conceptuel et judiciaire.

D'abord, au niveau conceptuel : certains auteurs considèrent que le droit ne fait que reprendre largement les trois catégories économiques : biens publics qui font l'objet d'un droit public, biens privé du droit privé et les biens communs des droit coutumiers ou contractuels et le contrat n'est que l'expression d'un marchandage sous le contrôle de la règle juridique<sup>3</sup>. Même au niveau de la terminologie le terme « marchandise » utilisé dans le langage économique est équivalent au terme « bien » ou « chose » en matière juridique ce qui explique que le droit refus de quelque sorte l'appropriation de notions qui ne relève pas de son champ juridique.

En suite, au niveau judiciaire : Certes, le droit reste le premier régulateur des rapports sociaux, que ce soit par création ou interprétation, le juge s'efforce d'adapter le droit à la mobilité de sont environnement socio- économique, tout en assurant la permanence des valeurs protectrices. Une fonction juridictionnelle efficace implique donc d'incorporer et d'accompagner les mutations économiques tout en stabilisant le cadre dans lequel elles produisent leurs effets.

Pour comprendre le litige, pour décider exactement, pour ne pas rendre des sentences en rupture ou en décalage avec la réalité, le juge ne peut en effet ignorer les données acquises de

---

<sup>1</sup> A, PERROT, Les critères d'appréciation de l'efficacité économique de la règle de droit, IN L'efficacité économique en droit, S. BOLLE, M. LAITHIER, C. PERES, éd Economica 2010, p 42.

<sup>2</sup> D, MAZEAUD, Le droit des obligations et l'efficacité économique, IN L'efficacité économique en droit, S. BOLLE, M. LAITHIER, C. PERES, éd Economica 2010, p 82.

<sup>3</sup> Ph, HUGON, Marchandise, marchandisation et économie, IN Droit et marchandisation, Actes de colloque organisé par le (Credimi), le 18 et 19 Mai, Dijon, 2010, Volume 33, éd Litec, p 72.

l'économie. De ce fait il a besoin des compétences, de l'expérience des lumières d'un expert, « un homme de l'art »<sup>1</sup>.

Or, lorsqu'il est question de la réception de l'analyse économique par le juge du droit de la concurrence, l'obstacle auquel on songe immédiatement est celui de la connaissance. Le juge n'est pas ou peu formé à l'économie. De ce fait il éprouvait quelque difficulté à en saisir, en raison d'un manque de familiarité. A priori les obstacles à la réception du raisonnement économique par le juge peuvent être liées au juge lui-même compte tenu de ses devoirs généraux de loyauté d'une part et à la finalité du raisonnement économique d'autre part<sup>2</sup>.

Le devoir de loyauté est d'abord un impératif moral devenu un devoir contractuel. Introduit ensuite en droit des affaires, il se réfère non seulement à la morale et à la justice mais surtout à l'utilité, qui est un concept annexée par la pensée économique. Entre le devoir justice et l'exigence de l'utilité on s'interroge alors à propos de la nature du fondement sur lequel le juge doit se baser pour vérifier la régularité d'un comportement économique déloyale ?

En ce qui concerne le second obstacle, c'est en effet la question de la prise en compte des finalités économique. Le raisonnement économique est souvent lié à un objectif d'efficience, une finalité future et incertaine. Or, le juge n'a ni l'aptitude ni la permission de former un jugement sur des finalités d'ordre économique au regard des textes juridiques ; le droit de la concurrence en est l'exemple le plus pertinent à présenter à cet égard, le législateur en détermine les finalités économiques, le juge pour pouvoir juger doit comprendre d'abord les enjeux du litige concurrentiel, et mesurer l'impact des solutions au regard des finalité juridiques, ainsi « L'efficience économique » notion vague et visée par le droit de la concurrence n'est surement pas le seul objectif du droit de la concurrence, il revient donc au juge de tenir compte des autres finalités économiques, ce qui pose le juge devant un vrai défi d'ouverture et d'adaptation pour pouvoir concilier technicité économique et normativité juridique.

---

<sup>1</sup> G, CANIVET, Le juge entre progrès scientifique et mondialisation, RTD Civ, Janvier/mars 2005, p 35.

<sup>2</sup> A, L, SIBONY, Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence, éd L.G.D.J, 2008, p 44.

## **-BIBLIOGRAPHIE-**

\*A, L, SIBONY, Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence, éd L.G.D.J, 2008.

\*A, PERROT, Les critères d'appréciation de l'efficacité économique de la règle de droit, IN L'efficacité économique en droit, S. BOLLE, M. LAITHIER, C. PERES, éd Economica 2010.

\*B, DEFFAINS, Analyse économique du droit : principes, méthodes, résultats, éd de boeck, 2009.

\*C, PERES, S. BOLLE, M. LAITHIER, L'efficacité économique en droit, éd Economica 2010, rapport introductif.

\*D, MAZEAUD, Le droit des obligations et l'efficacité économique, IN L'efficacité économique en droit, S. BOLLE, M. LAITHIER, C. PERES, éd Economica 2010.

\*G, CANIVET, Le juge entre progrès scientifique et mondialisation, RTD Civ, Janvier/mars 2005.

\*L, RAVILLON, Les techniques contractuelles, IN Droit et marchandisation, Actes de colloque organisé par le (Credimi), le 18 et 19 Mai, Dijon, 2010, Volume 33, éd Litec.

\*O, DESCAMPS, Brefs repères historiques sur la prise en compte de l'économie par le droit, IN L'efficacité économique en droit, S. BOLLE, M. LAITHIER, C. PERES, éd Economica 2010.

\*Ph, HUGON, Marchandise, marchandisation et économie, IN Droit et marchandisation, Actes de colloque organisé par le (Credimi), le 18 et 19 Mai, Dijon, 2010, Volume 33, éd Litec.

\*PH, JESTAZ, Autour du droit civil, Écrits dispersés, idées convergentes, Paris, éd Dalloz, 2005.

\*T, KIRAT et L, VIDAL, Le droit et l'économie : études critiques des relations entre les deux disciplines et ébauches de perspectives renouvelées, Anal de l'institut André TUNC, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, 2005. [http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/03/82/40/PDF/Annales\\_Tunc\\_Droit\\_et\\_eco\\_TK\\_et\\_LV\\_3\\_Octobre\\_Version\\_fin.pdf](http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/03/82/40/PDF/Annales_Tunc_Droit_et_eco_TK_et_LV_3_Octobre_Version_fin.pdf)



# **El Dahir de obligaciones y contratos de la zona de protectorado español en marruecos**

Antonio M. Carrasco González<sup>1</sup>

## **I - Origen de la legislación hispano-jalifiana.**

El Convenio Hispano-Francés de 1912 fue norma constitucional del Protectorado, la que legitimaba la acción española en Marruecos pero necesitaba una estructura jurídica que regulara las relaciones que iban a tener lugar en la zona tras la intervención hispano francesa. La situación de protectorado se caracterizaba por un ordenamiento jurídico singular en el que se basaba la especialidad política. La legislación colonial, y la de los protectorados hay que incluirla en esta categoría, era siempre legislación especial. El protectorado internacional era una figura nueva para el derecho español. Los protectorados coloniales o pseudoprotectorados surgidos de la Conferencia de Berlín, y que España aplicó en Guinea y Sahara Occidental, eran solo maneras de eludir las obligaciones de ocupación efectiva y permanente para establecer colonias. Pero el auténtico protectorado internacional significaba actuar sobre un país soberano que no perdía su soberanía. Un clásico en la materia, Despagnet<sup>2</sup>, hablaba de soberanía dividida, pero la soberanía que se divide deja de tener el carácter absoluto que exige este concepto. Por eso es más propio hablar de soberanía compartida o intervenida por la autoridad impuesta por el Estado protector.

En las colonias sólo había un ordenamiento jurídico que era el impuesto por el Estado colonizador. En todo caso se discutía si era parte del ordenamiento nacional o no. Sin embargo, en un protectorado coexisten materialmente el ordenamiento del Estado protegido y el del Estado protector dado para la nueva situación. Para evitar contradicciones, los Estados protectores preparaban unas leyes que obligaban a promulgar al soberano protegido y salvar formalmente la unidad de ordenamiento en el país. En realidad eran ordenamientos paralelos con destinatarios diferentes. El derecho público era único pero el privado fue diferente para los protegidos, los protectores y los extranjeros ni protectores ni protegidos. En el caso de Marruecos hay que añadir normas de derecho internacional, como los reglamentos contenidos en el acta final de la Conferencia de Algeciras y los tratados de 1912, las normas del llamado derecho intercolonial para regular relaciones entre las dos zonas y ciertas normas internas españolas vigentes en Marruecos.

## **A - Legislar para colonizar.**

Por tanto, españoles y franceses, una vez constituido el Protectorado, tenían una importantísima labor de total urgencia: legislar. Se puede decir que es anterior a cualquier otra, salvo la militar. Pero aún así, mucho más importante que la militar para no confundir la presencia en el país con una ocupación o conquista propia de otros tiempos y otros escenarios. Bien se guardaron los protectores de llamar a sus campañas acciones de pacificación. Colonizar es la unión de emigración y legislación. Y, una vez previsto el sistema jurídico-social del territorio, se necesitaba un sistema de tribunales nuevos para aplicar la legislación impuesta.

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho

<sup>2</sup> DESPAGNET, Frantz: *Essai sur les Protectorats*. Paris 1896.

Franceses y españoles siguieron el mismo método porque así se estipuló en los Tratados originarios del Protectorado en Marruecos. Crearon comisiones de reforma de los tribunales que se encargaron de adaptar el ordenamiento nacional a las peculiaridades marroquíes, seleccionaron las materias sobre las que había que legislar y lo hicieron —a falta de cámaras legislativas en las zonas— mediante dahires. Se producía así una situación nueva: el ordenamiento del Protectorado tenía carácter singular porque eran leyes aprobadas sólo por el sultán. No pasaron por Las Cortes españolas ni siquiera para ser convalidadas como reglamento, sustrayéndose al control parlamentario, porque no eran ni leyes ni decretos españoles. Eran leyes marroquíes aprobadas por el soberano de Marruecos que tenía la función legislativa, aunque elaboradas por las autoridades protectoras.

El concepto de organización judicial se quedaba estrecho porque iba mucho más allá, se quería introducir derecho sustantivo en muchas materias. No se trata de un ordenamiento completo, pero sí lo suficientemente amplio como para que Joël Monéger hable de recepción<sup>1</sup>, por ser *general, permanente, y multiforme*. Aunque la permanencia del derecho español terminó poco después de la independencia, en el caso francés si se puede defender hoy esta tesis. O quizás, en el caso español y siguiendo al mismo autor, hubo recepción pero no se consumó la asimilación.

El Convenio hispano-francés de 27 de noviembre de 1912 establecía en su artículo 24 que ambas naciones se reservaban la facultad de proceder, en sus respectivas zonas, al establecimiento de organizaciones judiciales inspiradas en sus legislaciones propias. El texto del artículo es conscientemente ambiguo. Efectivamente se trataba de crear nuevos tribunales para someter a ellos a los nacionales franceses y españoles respectivamente, a los que había que sumar —mientras existieran— los protegidos de ambos Estados. Pero a nadie se le escapa que esos tribunales nuevos no iban a aplicar a sus sometidos el derecho malikí ni el derecho consuetudinario marroquí, anteriores al Protectorado. Lo que encierra la declaración contenida en el artículo 24 es una autorización para cambiar la ley sustantiva para que en Marruecos estuvieran vigentes las principales leyes francesas y españolas debidamente adaptadas. Y, como consecuencia, era necesario modificar también la ley procesal para aplicarla en caso de conflicto. Se trataba, en definitiva, de unificar en cada zona el derecho aplicable a los residentes europeos. Porque, como señalaba la comisión española en su informe final de 1914, si en la zona española sólo hubiera españoles se podía aplicar sin más el derecho español<sup>2</sup>.

### **B - Un derecho para extranjeros.**

Otra singularidad de este ordenamiento es que se trataba de un derecho para extranjeros. Pero los países protectores tenían un objetivo más amplio consecuencia de su mentalidad colonial, pretendían que los derechos que ellos iban a aplicar acabaran siendo también el de los ciudadanos marroquíes. Por eso se hizo una selección cuidadosa de las materias sobre las que legislar. Necesariamente había que excluir las que se regían por la ley nacional del individuo en las que la

---

<sup>1</sup> MONÉGER, Joël: Biographie du code des obligations et contrats. De la reception à l'assimilation d'un code étranger dans l'ordre juridique marocain. *Revue Marocaine de droit et d'économie du développement*, número 7. 1984, pp. 15-65.

<sup>2</sup> Informe de 26 de mayo de 1914 dirigido al Ministro de Estado. Archivo General de la Administración de Alcalá de Henares (AGA), caja 81/9598.

condición religiosa de los sujetos marcaba grandes diferencias: Familia, sucesiones y propiedad. Las relaciones entre sujetos de distinta nacionalidad no se regía por el derecho colonial sino por el internacional privado y por el dahir sobre la condición civil de españoles y extranjeros de 1 de junio de 1914. Dahir similar al francés y que contrapone –exceso del legislador colonial- españoles a extranjeros cuando los españoles eran verdaderos extranjeros en Marruecos. Podría entonces pensarse porqué no se hizo un solo dahir para ambas zonas. Los franceses y los españoles tenían unas normas muy similares, el Código Civil español era tributario del de Napoleón, no fue un texto demasiado impregnado de derecho germánico. Las instituciones eran esencialmente romanas con pequeñas diferencias. Sin embargo, había un interés político en diferenciar una y otra zona y la mejor manera era establecer distintas instituciones y legislaciones. De esta intención deriva el artículo 24 del tratado de 1912 ya citado.

En este aspecto Francia tenía una ventaja sobre España ya tenía antecedentes en el Magreb. España había colonizado América en el Antiguo Régimen y había perdido sus colonias antes de la gran revolución codificadora. En África poseía una colonia, Guinea, regida por una legislación especial, y los territorios saharianos que eran poco más que una inmensa base militar. No tenía tradición en legislar para países musulmanes. Francia conocía bien las instituciones argelinas y, sobre todo, podía basar su reforma en el Código de Obligaciones publicado para Túnez en 1906 que funcionaba con gran éxito entre los franceses y que había sido admitido como correcto por los doctores musulmanes extendiéndose su aplicación a la población local. Era una norma basada en los principios del Código napoleónico pero que admitió doctrinas de derecho islámico. La comisión encargada de redactarlo tuvo entre sus miembros a un destacado jurista italiano experto en derecho musulmán como era David Santillana. Esto provocó una originalidad que no tenían los códigos europeos, consistente en reunir y conjugar fuentes distintas para un mismo supuesto, haciendo que su origen fuera plural o diverso<sup>1</sup> y sin que por ello perdiera coherencia interna. Túnez había sido el primer país islámico en tener normas codificadas, antes y después de los franceses. Tenía una cierta tradición en la modernización del derecho como lo entendían los europeos. Y la aprobación de los ulemas sirvió para que fuera aceptado por toda la población sin reproches especiales. Aunque tampoco hay que desdeñar la influencia del derecho romano en la doctrina de los primeros juristas musulmanes<sup>2</sup>.

Hubo, ante todo, voluntad de que así fuera. Por lo tanto, el precedente bien podía servir en Marruecos. Los europeos trataban de hacer buenos negocios y necesitaban modernizar ciertas instituciones, no querían socavar los principios islámicos como ya señaló Monéger<sup>3</sup>. Pero en Marruecos ni españoles ni franceses integraron juristas musulmanes en sus comisiones redactoras

---

<sup>1</sup> CHAFFERDINE, Mohamed Kamel: Esquisse sur la méthode normative retenue dans l'élaboration du Code tunisien des obligations et des contrats. *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 48, n° 2, abril-juin 1992, p. 428.

<sup>2</sup> LAPARDELLE, A. de y otros: *Codes et Lois en vigueur dans le Protectorat Français du Maroc*. Tome I. Paris 1914, p. XLV del Préface. En la misma obra se menciona la influencia del Digesto en las primeras resoluciones de los cadíes ya que las poblaciones del Asia menor, por ejemplo, estaban muy romanizadas al llegar los árabes como explicaba S. Berge –uno de los redactores del Code tunecino- en la página 94

<sup>3</sup> MONÉGER, Jöel: *Ob. Cit.*, p. 28.

de los nuevos códigos<sup>1</sup>. No obstante, algunas publicaciones francesas añadieron al texto legal una importante bibliografía jurídica musulmana y las concordancias de los artículos con las obras de los juristas musulmanes<sup>2</sup>, cosa que se echa de manos en las obras española.

### **C - El dahir como instrumento colonial.**

Sobre la forma elegida decía Rodríguez Aguilera que *el derecho hispanojalifiano no tiene otra fuente legal que el dahir*. La forma de dahir también fue la elegida por Francia. Como curiosidad, hay que señalar que uno de los miembros de la comisión española, Juan Potous que era diplomático acreditado en Tánger, no estuvo de acuerdo porque entendía que el dahir era un decreto imperial y hubiera preferido que se legislara mediante firmán o, como en el caso tunecino, denominándolo simplemente decreto<sup>3</sup>. Tal vez Potous sólo quisiera hacer una demostración de conocimiento de derecho marroquí o cobrarse una relevancia personal frente a los otros miembros. Su criterio no fue seguido. La dificultad era legislar mediante esta forma con elaboración hispana y promulgación marroquí estribaba en que no ha de resultar extraño a litigantes de diversa condición, en los casos en que sean parte en el proceso musulmanes, españoles y extranjeros<sup>4</sup>. El poder legislativo correspondía al sultán –al jalifa en la Zona española- pero con muchas limitaciones. El sultán (jalifa) estaba limitado por los acuerdos internacionales que reconocía los privilegios capitulares de los protegidos y, sobre todo, por los derechos reconocidos a Francia y España en el Tratado de 1912, es decir que la iniciativa y la sanción y promulgación de las disposiciones locales correspondía a los países protectores y la ejecución, además, sólo podía hacerse conjuntamente entre Marruecos y España<sup>5</sup>. La función legislativa del jalifa quedaba reducida a algo simbólico en lo fundamental por mucho que los españoles trataran de respetar la tradición jurídica marroquí en la medida de lo posible.

### **II - La Comisión para la reforma de los tribunales.**

Ambos países siguieron un procedimiento similar, crear una comisión de reforma de los tribunales para codificar la ley europea que regiría en Marruecos. La española quedó constituida el 12 de noviembre de 1913 y la componían a partes iguales funcionarios del Ministerio de Guerra y del de Gracia y Justicia<sup>6</sup>. En concreto eran: Pablo Martínez de Prado<sup>7</sup> -que fue elegido presidente-,

---

<sup>1</sup> Pasado el tiempo se pusieron de manifiesto algunas carencias de formación en los jueces y funcionarios españoles en Marruecos en materia de derecho islámico. Para poder interpretar y aplicar bien el derecho se creó la figura del asesor jurídico musulmán para los juzgados y tribunales españoles que intervenían de manera consultiva. Su estatuto se reguló mediante el Dahir de 19 de diciembre de 1931.

<sup>2</sup> LAPARDELLE, A. de y otros: *Ob. Cit.*

<sup>3</sup> Acta de la Junta de Organización Judicial de la Zona Española en Marruecos de 18 de noviembre de 1913. AGA 81/10630.

<sup>4</sup> RODRÍGUEZ AGUILERA, Cesáreo: *Manual de Derecho de Marruecos*. Barcelona 1952, página 127.

<sup>5</sup> LÓPEZ OLIVÁN, J.: *Legislación vigente en la Zona de Protectorado Español en Marruecos*. Madrid 1931. Tomo II, p. 21.

<sup>6</sup> Archivo General de la Administración de Alcalá de Henares (AGA) 81/09598.

<sup>7</sup> Era ministro del Tribunal de Cuentas. Había sido fiscal del mismo órgano y director general de los Registros y del Notariado.



Edelmiro Trillo Señorans<sup>1</sup>, Luis Alcaraz y Rodríguez (marqués de Cerverales)<sup>2</sup>, Francisco de Asís Serrat Bonastre<sup>3</sup>, Adolfo Vallespinosa Vior<sup>4</sup> y Juan Potous Martínez<sup>5</sup>. La comisión trabajó en ponencias<sup>6</sup> se enfrentó a las dificultades propias de una labor que comprendía mucho trabajo con pocos medios. Como resumen se puede decir que fue una tarea de adaptación de los códigos españoles con muy pocas matizaciones.

El 27 de marzo de 1914 un artículo sin firma publicado en *El Eco de Tetuán*, les reprochaba lentitud y falta de transparencia (y sólo llevaban cuatro meses) y que, a diferencia de la comisión francesa, los españoles estaban atados a criterios políticos en la elaboración legislativa. Lo cierto era que los criterios eran los lógicos derivados de la necesidad de cumplir con lo convenido internacionalmente y con la sujeción al derecho español. Los franceses quizás no tuvieran esas instrucciones tan precisas pero, como hemos visto, se guiaban por el precedente tunecino. El citado diario fue obligado a rectificar por la Alta Comisaría de España en Tetuán<sup>7</sup>.

Pero, a pesar de las críticas, no se les puede achacar excesivo retraso. Los trabajos acabaron y se vieron culminados con la firma del jalifa el 1 de junio de 1914 del dahir orgánico de los tribunales españoles. Decretado por el alto comisario fue promulgado el 10 de ese mismo mes y publicado en el *Boletín Oficial de la Zona de influencia española en Marruecos* el mismo día. No se publicó en el Boletín Oficial del Estado. El espíritu que animó a los comisionados se refleja en estas palabras: *Tiene España un interés, que constituye un deber sagrado, en mantener con escrupulosa vigilancia la pureza del concepto de Protectorado en todos sus órdenes, pero más que ninguno en lo relativo a la administración de justicia.* Pretendían cumplir con la intención de crear

---

<sup>1</sup> Magistrado de la Audiencia de Madrid.

<sup>2</sup> Jefe de sección de Ministerio de Gracia y Justicia.

<sup>3</sup> Diplomático. Antes de integrar la comisión era jefe de negociado de Marruecos en el Ministerio de Estado. Al dejar la comisión fue jefe de la Legación española en Tánger desde 1915 hasta 1919.

<sup>4</sup> Era un auditor del Ejército. Llegó a ser ministro en la Dictadura de Primo de Rivera. Nombrado por Real orden de 22 de diciembre de 1913, se incorporó a la comisión en enero de 1914.

<sup>5</sup> Diplomático. En esa fecha era cónsul de España en Tánger.

<sup>6</sup> Las ponencias la formaban dos miembros cada una. La primera estudió los temas civiles (obligaciones y contratos, condición de españoles y extranjeros y registro de inmuebles); la segunda se encargó de organización judicial, leyes de procedimiento, código penal, beneficio de pobreza y aranceles; y la tercera se centró en el código de comercio. Actas de la Comisión de reforma de los tribunales, sesión de 18 de noviembre de 1913. AGA 81/10630.

<sup>7</sup> En realidad, el diario hispano marroquí se había limitado a reproducir un artículo publicado originalmente en la revista *España en África* que era el órgano de propaganda de los Centros Comerciales Hispano-Marroquíes que estaban especialmente interesados en que se regulara el comercio en la zona. Esta revista defendía los intereses del lobby africanista español y propugnaba, entre otras cosas, un rápido cambio normativo que favoreciera el comercio español. En el nº 2 (15 de agosto de 1913), un conocido africanista del momento, Manuel Conrotte, clamaba por una nueva legislación quejándose: *Ya el tráfico de Larache suscita cuestiones jurídicas que no hay quien defina; la de si rige en la ciudad la ley española sobre accidentes de trabajo es una de ellas; las de ocupación y transmisión de la propiedad inmueble son otras, difíciles de resolver por las reglas del buen sentido o de los principios cardinales del derecho europeo; no es admisible mayor espera, y en el ejemplo de Francia ha de inspirarse nuestra conducta.* Y en el nº 13 (1 de marzo de 1914), alguien que formaba C. (tal vez el propio Conrotte), volvía pedir celeridad para configurar los nuevos tribunales en la zona española o instaurar un notariado europeo.

un ordenamiento general que se integrara con el ya existente en el país, completo en la medida de lo posible y aplicable a toda la población.

### **A - El ordenamiento jurídico hispano-jalifiano.**

A este dahir primero, le acompañaban otros –todos ellos entrarían en vigor el 15 de julio– sobre las siguientes materias:

- Demarcación de juzgados de paz.
- Gratificaciones del personal de los Tribunales.
- Establecimiento del tipo legal (No podía sobrepasar el 12% y quedaba fijado en el 6% si no se establecía otro en los contratos)
- Regulando el ejercicio del Notariado (atribuido provisionalmente a los cónsules).
- Establecimiento de la hora legal del meridiano de Greenwich.
- Estableciendo la fórmula legal de juramento.

Junto a éstos, se publicó el dahir de 1 de junio de 1914 de *Implantación de las disposiciones vigentes ante los tribunales españoles*. Contenía el grueso de la labor de la comisión, es decir el núcleo del ordenamiento jurídico hispano jalifiano. Este dahir, de importancia capital en la organización española de Marruecos, promulgaba los siguientes textos legales:

- 1er. Código Penal.
- 2e. Código de Comercio.
- 3e. Código de Obligaciones y Contratos.
- 4e. Código de procedimiento criminal.
- 5e. Código de procedimiento civil.
- 6e. Régimen de la condición civil de los extranjeros.
- 7e. Régimen de los adjuntos para los Juzgados de Paz.
- 8e. Registro de inmuebles rústicos y urbanos.
- 9e. Aranceles judiciales.

Dificultades en la práctica impidieron que los nuevos tribunales funcionaran hasta el 1 de septiembre de 1914. Pero de esta manera quedaba instaurada la trama legal para la actuación de Estado español en Marruecos con respecto a los ciudadanos que residieran en la zona.

### **B - Las dificultades específicas de legislación de la zona española.**

La comisión española se encontraba, además de las dificultades lógicas de hacer una codificación en sólo unos meses, con tres problemas añadidos en cuya resolución vemos la intención:

#### **1. La jurisdicción consular.**

Cuando empezaron a trabajar los comisionados todavía estaba vigente el espinoso asunto de las jurisdicciones consulares competentes cuando se trataba de protegidos de cada país según el viejo sistema de capitulaciones que tuvieron tanto éxito en el Marruecos del siglo XIX y principios

del XX. Era una reminiscencia del sistema medieval de personalidad de las leyes y una práctica habitual en el imperio otomano. Pero la ley no la determinaba la nación del individuo sino que también podía aplicársele una ley extranjera en su propio país por concesión del aquél admitida por el soberano. Consistía en que los tratados internacionales reconocía a ciertos países occidentales el privilegio de que sus ciudadanos se rigieran en Marruecos por su ley nacional, incluso cuando contrataban con marroquíes y, consecuentemente, estaban sujetos a sus tribunales nacionales que en Marruecos eran los consulares. El sistema, que en principio fue un mecanismo favorecedor del comercio internacional porque garantizaba derechos básicos de los cristianos como la inviolabilidad del domicilio, la libertad religiosa o la de comercio que la legislación marroquí no les reconocía. Con el tiempo se convirtió en un instrumento de los europeos para mermar la soberanía marroquí ya que, con el tiempo, pasaron a depender de las leyes de estos países y de los tribunales consulares súbditos marroquíes privilegiados a los que se denominó “protegidos” que, además, estaban exentos de la mayor parte de los impuestos. Fue también un sistema que acabó generando abusos sobre los protegidos con la amenaza de retirarles el privilegio. Se reconoció de manera definitiva en la Conferencia de Madrid de 1880, en una etapa de decadencia marroquí. El derecho de protección, según Castro-Rial, era el vínculo que unía a una persona musulmana con un Estado extranjero y le hace gozar de ciertos derechos y ventajas de los nacionales de ese Estado, sin hacerle súbdito suyo<sup>1</sup>. Este privilegio, como señala el juez Mora Regil<sup>2</sup>, se pactaba por tiempo indefinido y era eficaz y obligatorio hasta su revocación mediante el recíproco consentimiento de las dos partes. Si uno de los dos Estados no renunciaba, no se podía denunciar el convenio unilateralmente. A principios del siglo XX, cuando el derecho internacional estaba bien definido y los conceptos de soberanía y nacionalidad no era los mismos que cien años atrás, la jurisdicción consular era un impedimento al deseo de unificar el derecho y la jurisdicción en Marruecos. La reforma de los tribunales implicaba necesariamente la eliminación de los consulares y el sistema de protegidos porque eso implicaba el reconocimiento de la vigencia de los derechos nacionales de cada país en territorio marroquí. Españoles y franceses, que tanto se aprovecharon del régimen capitular, ahora eran los interesados en desmontarlo. Había que unificar el derecho.

La renuncia de los países con jurisdicción consular en Marruecos a este privilegio era un requisito para que el Protectorado funcionara como un todo sometido a un ordenamiento. El convenio hispano-francés de 27 de noviembre de 1912 preveía la revisión del régimen de protegidos sometidos a los tribunales consulares para su extinción definitiva. Se entendía que aplicando un nuevo derecho de raíz europea por tribunales europeos no tenían sentido las tachas puestas a la autoridad judicial marroquí. Una vez finalizada la I Guerra Mundial, que hacía reacias a las potencias extranjeras a esta renuncia, se consiguieron firmar los tratados por los que desaparecía el privilegio, sometiéndose los nacionales de cada país a las reglas de derecho marroquí y del internacional privado. Sólo Estados Unidos conservó esta situación hasta la independencia de Marruecos en 1956. La jurisdicción consular, a la que aspiraban a someterse los principales comerciantes y notables del país, había producido el efecto de que las normas civiles y mercantiles europeas –que tenían un tronco común– ya habían penetrado en Marruecos. No obstante, los

---

<sup>1</sup> CASTRO-RIAL CANOSA, Juan M.: Las capitulaciones marroquíes. *Cuadernos de Estudios Africanos* nº 3, Madrid 1948, p. 27.

<sup>2</sup> MORA REGIL, Eugenio: *El régimen de capitulaciones en Marruecos*. Ceuta 1940, p. 7.

antiguos protegidos no pasaron a depender de los tribunales marroquíes, como sería lógico al tratarse de súbditos marroquíes, sino que quedaron sujetos a la legislación del Protectorado y a sus tribunales. Y también cualquier otro súbdito extranjero en Marruecos. Así lo recogió el dahir orgánico y la Real Orden de 27 de febrero de 1915 estableció que los tribunales consulares de los países que renunciaron al privilegio sólo debían seguir con los procedimientos iniciados antes del 1 de septiembre de 1914.

## **2. Las relaciones entre Protectorados.**

La existencia de un Protectorado alteraba las reglas del derecho internacional privado por la aparición de normas de conflictos y puntos de conexión diferentes a los diseñados para estados plenamente soberanos. Mayor complejidad presentaba la materia penal en lo relativo a investigación detención, doble competencia o ejecución de sentencias. Para solventar estas cuestiones se firmó el Acuerdo de 29 de diciembre de 1916. Las relaciones de derecho privado se contemplaban en los respectivos dahires de procedimiento y apenas matizaban las reglas de derecho internacional privado salvo para trasponer a las Zonas lo que debían entenderse como Estados, modificando así las normas de este tipo contenidas en los códigos civiles. Cosa que los franceses ya venían haciendo en los tribunales consulares de Oriente<sup>1</sup>.

## **3. La situación de guerra.**

En la zona española se añadía otra contrariedad derivada de la competencia de la jurisdicción militar. Tradicionalmente, como señala Carmen Losa<sup>2</sup>, las plazas de Ceuta y Melilla estaban sometidas a la autoridad judicial militar en todo lo civil y criminal. Se amparaba en una Real Orden de 1857. Cuando comenzó la ocupación del territorio marroquí, los Comandantes militares siguieron manteniendo esta jurisdicción

El Ejército español mantenía operaciones de pacificación centradas, en esos años, fundamentalmente en los alrededores de Tetuán y en las proximidades del río Kert. La ocupación de Larache y Alcazarquivir era muy reciente y en todo ese espacio había una fuerte rebeldía encabezada por El Raisuni. Las operaciones de policía del Ejército español habían comenzado en 1909, al amparo del Acta de Algeciras, y trataban de garantizar la seguridad en los territorios para su explotación económica. Tras la instauración del Protectorado, las operaciones eran de verdadera ocupación y, en todo caso, era de aplicación lo que el Tratado Franco-Marroquí de 30 de marzo de 1912 decía expresamente en su artículo 2º<sup>3</sup> en el que el sultán admitía de antemano todas las operaciones militares, ya que en la Zona española los españoles tenían las mismas competencias que Francia en el Protectorado.

---

<sup>1</sup> LAPARDELLE, A. de y otros: *Ob. Cit.* Tome I. Paris 1914, p.270.

<sup>2</sup> LOSA CONTRERAS, Carmen: El diseño de la Administración de Justicia en el Protectorado Español en Marruecos (1912-1956), en ALVARADO PLANAS, Javier y DOMÍNGUEZ NAFRÍA, Juan Carlos: *La Administración del Protectorado Español en Marruecos*. Madrid 2014, página 297.

<sup>3</sup> *S.M. el Sultán admite desde ahora que el gobierno francés proceda, previa advertencia al Majzén, a las ocupaciones militares en el territorio marroquí que juzgue necesarias para el mantenimiento del orden y de la seguridad en las transacciones mercantiles, y que asimismo ejerza toda acción de policía sobre el territorio y aguas marroquíes.*

El Ejército español sostenía algunas disputas con los tribunales civiles por entender que algunos delitos (hurtos o asesinatos en instalaciones militares) eran de competencia militar por la situación especial que se vivía. Los mandos militares no parecían estar dispuestos a ceder, de entrada, frente a la nueva organización de los tribunales y reivindicaban su competencia como si estuvieran en España. Los tribunales hispano-marroquíes interpretaron la nueva legislación, en concreto el dahir del Código de Procedimiento Criminal, entendiendo que eran sólo cuestiones de competencia y se elevaron al Tribunal Supremo de Madrid. Pero la legislación marroquí no preveía esta actuación y el Supremo elevó consulta al Gobierno que contestó mediante Real Orden del Ministerio de Gracia y Justicia de 16 de abril de 1915.

El tema era de mayor importancia que la que a primera vista resalta. No es sólo de competencia entre tribunales militares y civiles por delitos comunes cometidos por o sobre militares en campaña que debían substanciar según las normas procesales internas. Sino que era un problema de soberanías, exclusivo de esa situación jurídica excepcional que era el protectorado. Una diferencia más con la simple colonia. La comisión se dio cuenta de la trascendencia del asunto y así lo hizo ver en un informe fechado en diciembre de ese año<sup>1</sup>. Constituía, como señalaban los redactores, *una delicadísima cuestión de origen político no ya interior sino internacional*. El Ejército español actuaba en Marruecos pero no tenía atribuciones jurisdiccionales en ese territorio por no ser de soberanía española. La Audiencia y los juzgados tetuanés actuaban en función de la soberanía marroquí, delegada por el sultán en el jalifa, para los delitos cometidos en territorio marroquí. Por tanto, no se trataba de un simple conflicto de competencias sino de una extralimitación territorial del Ejército español que no podía juzgar delitos comunes en territorio marroquí. El derecho de jurisdicción deriva del de soberanía y en este punto la comisión se decantó a favor de la competencia de los tribunales jalifianos, que eran llamados españoles porque fueron creados en virtud de la asistencia prestada por España en virtud de los artículos 1 y 24 del convenio de 1912.

#### **4. Naturaleza jurídica del nuevo ordenamiento.**

En primer lugar, hay que recordar que la residencia de españoles y franceses en Marruecos no podía suponer un menoscabo de su estatuto personal con respecto a los residentes en las metrópolis. Este régimen hizo necesario que se publicara un dahir sobre la condición civil de los extranjeros, de la misma fecha que los otros. Señalaba que los españoles gozaban en la zona de todos los derechos civiles que las leyes les reconocen en España y la ley nacional de españoles y extranjeros regiría el estado civil, la condición y capacidad legal y los derechos y deberes de familia (artículos 1º y 2º). Exactamente igual que los franceses en su Zona<sup>2</sup>.

El nuevo ordenamiento, muy completo, constituía una legislación especial porque –según la definición de Santi Romano<sup>3</sup>– estaba compuesto por una serie de disposiciones particulares que se distinguen de las disposiciones que forman el derecho común. En ningún caso era derecho

---

<sup>1</sup> Informe dirigido al Ministro de Estado de 6 de diciembre de 1915, AGA 81/9601.

<sup>2</sup> *Le français jouissent, dans le Protectorat français du maroc, de tous les droits privés qui leur sont, en France, reconnus par la loi française*. Artículo 1º

<sup>3</sup> ROMANO, Santi: *Corso de Diritto Coloniale*. Roma 1918, página 22.

excepcional porque no se trataba de un ordenamiento anómalo. Pero era el menos especial de las legislaciones coloniales porque las normas que se introducían en Marruecos eran prácticamente iguales a las existentes en España y se aplicaban de la misma manera. La especialidad consistía en el ámbito geográfico de aplicación y en los sujetos no españoles a los que concernía.

Como ya dijimos se trataba, en definitiva, de promulgar un ordenamiento para extranjeros y algunos nacionales. Pero no para todos los extranjeros, sino para los que los nuevos dahires consideraban justiciables conforme a ese ordenamiento. Se promulgó un derecho para de tres clases de sujetos: una, españoles y franceses como nacionales de las potencia protectoras; dos, los nacionales que tuvieron el privilegio de jurisdicción consular y renunciaron a ella; y tres, el resto de los extranjeros. El artículo 1º del Dahir<sup>1</sup> sobre Organización judicial de la Zona de Protectorado español en Marruecos señalaba que los nuevos tribunales eran competentes para conocer de todas las cuestiones *sobre materia civil, mercantil y penal en que sean parte españoles y súbditos y protegidos de España en la Zona*. Y el 5º completaba la regla indicando que las normas obligarían además *a los naturales, súbditos o protegidos de otras naciones cuyos gobiernos hayan renunciado al privilegio de jurisdicción y, desde luego, a todos los naturales y súbditos de países extranjeros que no gocen en Marruecos del citado privilegio*. De manera similar está redactado el artículo 2 del *Dahir relatif a l'organisation judiciaire du Protectorat Français du Maroc* y el artículo 3º del *Décret du Président de la République Française sur l'organisation judiciaire du Protectorat Français du Maroc* de 7 de septiembre de 1913 en el que preveía la sustitución de los tribunales consulares por los franceses..

¿Cómo se conjuga esto con la idea de extender un derecho nuevo para hacerlo general? Los “protectores” pensaban que su derecho se acabaría imponiendo sobre el local. Primero, quitaban del ámbito de la ley marroquí toda la contratación y actuación extranjera. Segundo, también la de aquellos marroquíes cuyas relaciones jurídicas eran con extranjeros. Tercero, y más importante, pensaban que el derecho nuevo era más moderno que el marroquí, se adaptaba mejor a las necesidades del tráfico civil y mercantil, era menos cruel en el ámbito penal y recogía novedades desconocidas en el país y, por tanto, poco a poco, los marroquíes iban a asumir el nuevo ordenamiento como propio. Aquí sí que estamos ante una auténtica recepción. Y, con el poder de facto, las autoridades protectoras procurarían extender este nuevo derecho mediante actuaciones gubernativas y legislativas que, siempre en nombre del sultán o de su delegado el jalifa, abocaran a la aplicación del derecho impuesto.

No fue una recepción del derecho europeo sin más sino una elaboración original de un cuerpo legislativo. Podrían haberse aplicado el derecho internacional privado, pero quedarían fuera muchos negocios jurídicos que necesariamente se someterían al derecho marroquí. Y esto es lo que hace que sea derecho colonial con sus características propias de legislación dada para territorios dominados.

### **III - El Código de obligaciones y contratos de la zona española.**

---

<sup>1</sup> Este dahir, como todos los que dieron inicialmente lugar al nuevo ordenamiento, es de 1 de junio de 1914. La legislación consultada aparece en MORA REGIL, Eugenio y RODRÍGUEZ AGUILERA, Cesáreo: *Leyes de Marruecos*. Madrid 1947.

De 1 de junio de 1914 es el dahir que aprueba la norma básica del derecho civil del Protectorado, el Código de Obligaciones y Contratos. Tiene cuatro libros: I. De las obligaciones y los contratos en general; II. De los diferentes contratos especiales; III. Obligaciones que se contraen sin contrato; y IV De la concurrencia y prelación de créditos. El dahir del Protectorado francés es considerablemente más extenso que el correspondiente a la Zona española. Son 1250 artículos en el francés por 835 en el español. El español tiene cuatro libros. El francés sólo dos: I. se refiere a las obligaciones en general; y II a los contratos y cuasi contratos. La Exposición de motivos reconoce que, siguiendo el modelo francés, este dahir es toda la ley civil común que se lleva al Marruecos español. El resto del Código Civil fue excluido porque la materia de familia, sucesiones y propiedad quedaban regulados por la ley personal del individuo. Fue redactado con premura y su discusión apenas planteó polémica en la comisión de reforma de los tribunales<sup>1</sup>.

Como es sabido, el Código Civil español tiene un libro más que el francés porque además del dedicado a la propiedad y los distintos modos de adquirir la propiedad se le añade un cuarto libro sobre obligaciones y contratos. Como señalaba la doctrina clásica, ello era debido al deseo de que el tercer libro no fuera tan extenso y también al concepto mismo de contrato en derecho español que no son *modos* de adquirir la propiedad sino simplemente *títulos*. En esto se aparta del derecho civil francés y produce una crítica favorable de Monéger: *El orden de las materias nos parece más lógico y armonioso. Hay títulos diferentes para los contratos y las obligaciones. Hay un tercer título para las obligaciones sin contrato. El dahir se basa en el Código Civil español pero añade algunas novedades no incluidas en éste*<sup>2</sup>. No obstante los elogios, el Dahir no mejoró el Código español de manera transcendente. Como señala Alvarado, no puede compararse a las mejoras introducidas en la legislación penal marroquí que la hicieron técnicamente superior al Código Penal español<sup>3</sup>.

### **A - Semejanzas y diferencias con el Código Civil español.**

El Dahir de Obligaciones y Contratos copió literalmente muchos de los artículos del código hispano aunque modificó la estructura que, a juicio de Manuel de la Plaza<sup>4</sup>, es mejor que la del Libro IV del Código Civil español. Castán<sup>5</sup> no tuvo reparos en escribir: *El contenido de este Código está calcado en el del Código civil patrio, del que copia literalmente la mayoría de los artículos.* Aunque reconoce que corregía deficiencias observadas en el español y que los redactores conocían como la obligación de mantener las ofertas de contrato, muchas de las relativas al arrendamiento de fincas, las obligaciones nacidas de culpa o negligencia y casi toda la regulación del contrato de prestación de servicios. Incluyó algunas novedades procedentes del derecho alemán y suizo, tal como una regulación más completa del cuasi contrato de promesa pública de recompensa (el código

---

<sup>1</sup> Se vio en las sesiones de 21, 23, 28, 30 de enero y 5 de febrero de 1914. AGA 81/10630.

<sup>2</sup> MONÉGER, Jöel: Ob. Cit., p. 33

<sup>3</sup> ALVARADO PLANAS, Javier: La legislación del Protectorado Español en Marruecos, en ALVARADO PLANAS, Javier y DOMÍNGUEZ NAFRÍA, Juan Carlos: *La Administración del Protectorado Español en Marruecos*. Madrid 2014, página 307.

<sup>4</sup> DE LA PLAZA, Manuel: *Derecho de Marruecos*. Madrid 1941, p 26.

<sup>5</sup> CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español foral y de la Zona del Protectorado de España en Marruecos*. Madrid 1922, página 24.

español no recogía la obligación de abonarla al que cumpliera aún sin conocer la promesa ni la posibilidad de retirarla).

El primero que se dio cuenta de la importancia de la nueva legislación trasladada a Marruecos fue Galo Ponte Escartín. Este jurista de Zaragoza era en 1915 magistrado de la recién creada Audiencia de Tetuán. Llegaría a ser ministro de Gracia y Justicia en la Dictadura de Primo de Rivera y a él se debe principalmente el apéndice de derecho foral aragonés del Código Civil español. Tras la publicación del Dahir de Obligaciones y Contratos de la zona española hizo un extenso análisis en dos artículos en la *Revista de Derecho Privado* que luego tomarían forma de libro<sup>1</sup>. Había formado parte de la Comisión de reforma de los tribunales en la última etapa de elaboración de los proyectos de daires y, por esto, tenía un conocimiento directo de lo que se trató en ella. Pone el acento en varias diferencias entre el Dahir y el Código español, pero muy pocas son substanciales. Algunas ya están mencionadas en la exposición de motivos.

El dahir recoge en su artículo 7º la misma definición de obligación que el Código Civil español en su artículo 1088<sup>2</sup>. Pero el texto español se olvidó de las obligaciones nacidas de los cuasi-contratos, defecto fundamental ya reseñado por la doctrina, y el Dahir para la zona española lo corrige mencionándolo como fuente de obligaciones y regulándolo extensamente en el Capítulo I del Libro III. Otra corrección que hace el Dahir al Código español es mencionar la prescripción como causa de extinción de las obligaciones, acierto que se completa con un cambio de estructura situando la materia de extinción de las obligaciones después de la relativa a su prueba<sup>3</sup>. También se incluyeron algunas cuestiones que el Código Civil español no recogía por haber sido legislado con posterioridad, como los preceptos de la Ley de 23 de julio de 1908 sobre la usura, la conocida por el nombre de su promotor Azcárate.

Regula con cuidado instituciones que estaban descuidadas en el Código español y que fueron objeto de una larga elaboración jurisprudencial como la *mora accipendi* recogida en el artículo 25<sup>4</sup>.

Otras modificaciones son menos substanciales y responden más bien a las circunstancias del lugar de aplicación. La comisión entendió que la diligencia especialmente cuidadosa que el Código Civil llama de un *buen padre de familia* (artículo 1094) debería denominarse en el Dahir *diligencia propia de un celoso administrador* (artículos 8 y otros)<sup>5</sup>. Se suprimieron menciones que hace el Código a legislación que no estaba vigente en Marruecos, como la Ley Hipotecaria del

---

<sup>1</sup> PONTE ESCARTÍN, Galo: *El derecho privado y el régimen minero en la zona del Protectorado de España en Marruecos*. Reus. Madrid 1915.

<sup>2</sup> Dice así: *Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa*. El artículo 1º del dahir francés las definía así: *Les obligations dérivent des conventions et autres déclarations de volonté, des quasi-contrats, des délits et des quasi-délits*. Más preciso el francés, mejor redacción la española.

<sup>3</sup> DE LA PLAZA, Manuel: *Ob. cit.*, p 31.

<sup>4</sup> DE LA PLAZA, Manuel: *Ob. Cit.*, p 28.

<sup>5</sup> Este cambio fue propuesto por Vallespinosa, y aprobado por la Comisión, en la sesión de 21 de enero de 1904. Las actas no mencionan la causa. Quizás porque la mención al buen padre de familia fuere demasiado castiza, muy tradicional española. AGA 81/10630.



artículo 1124 que no aparece en el 24 del Dahir<sup>1</sup>, o la mención a la Ley de Procedimiento Civil del artículo 1243 y otros del Código que se cambia por Dahir de Procedimiento Civil en los artículos 114, 120, 146 y 150 del Dahir. Igualmente, por el ámbito de vigencia, se sustituía España por Zona de influencia española en Marruecos en el artículo 136 del dahir sobre el pago en metálico en moneda de curso legal.

Con respecto a los contratos tampoco hay grandes novedades. No se incluyeron figuras típicamente españolas de limitaciones de la propiedad como los censos, hipotecas y anticresis, ya que la propiedad en Marruecos quedaban sujetos a la legislación especial inmobiliaria<sup>2</sup>. Sin embargo, se añadió la cuasi sociedad que en España se regula como comunidad de bienes. Ponte Escartín menciona muchas pequeñas diferencias, pero la doctrina no encontró más de tres o cuatro desconocidas en el derecho español de la época como la compraventa con cláusula de opción, que no es el contrato de opción español, y con la promesa pública de recompensa. Además de reconocer reglas del derecho islámico como las relativas a las cosas que podían ser objeto de la compraventa (artículo 289)<sup>3</sup> y la compraventa selem por la que una de las partes le da a la otra una cantidad de dinero para que en un plazo convenido se le entregue una cantidad determinada de mercancías y que Rodríguez Aguilera<sup>4</sup> calificaba de figura especial intermedia entre el préstamo y la compraventa, la ilicitud de ciertas sociedades (artículo 377) o la nulidad de los préstamos con interés entre musulmanes (artículo 425). El arrendamiento exigía que fuera por escrito cuando durara más de un año o excediera de 1.000 pesetas. También regula con mejor técnica los contratos de prestación de servicio, obras y transportes. El contrato de préstamo se reguló con mayor amplitud que en el Código Civil ya que los artículos 425 al 438 no tienen correspondencia con la ley española. No sólo por incluir preceptos sobre la usura que en España se contenían en la Ley Azcárate de 1908 ya mencionada, sino por acomodarse a las prescripciones islámicas.

El contrato de prenda tuvo una importante modificación por Dahir de 23 de diciembre de 1943 para incluir la prenda sin desplazamiento, añadiéndose los artículos 572 bis al 582 bis.

Alguna especificidad islámica la vemos en el contrato de sociedad: *Entre musulmanes no es lícita la aportación de pensiones alimenticias* (artículo 694) o modalidades de aparcería típicamente malikíes y desconocidas en España como la muzara'a, la mugarasa y la musaqa (artículo 705), cuya regulación remitía a la costumbre del lugar. También de regulación consuetudinaria eran las asociaciones agrícolas o ganaderas.

Otras diferencias las vemos en lo referente al juego y la apuesta. En Marruecos estaban permitidos juegos y apuestas que en España estaban prohibidos y esto impuso una distinta redacción del artículo 761 del Dahir con respecto al 1799 del Código.

---

<sup>1</sup> Esto fue propuesto por Potous en la sesión de 21 de enero de 1914. AGA 81/10630

<sup>2</sup> PONTE ESCARTÍN, Galo: *Ob. Cit.*, p. 48.

<sup>3</sup> *Será nula la compraventa hecha por musulmanes de los objetos declarados impuros por su ley religiosa, y de todos aquellos cuya enajenación no se halle por ésta permitida.*

<sup>4</sup> RODRÍGUEZ AGUILERA, Cesáreo: *Ob. Cit.*, página 167.

Como hemos dicho, el dahir era un derecho para extranjeros pero que pretendía ser asimilado con el tiempo por la población local. Por eso hay especial cuidado en algunos contratos aleatorios a los que el derecho musulmán era refractario porque podrían encubrir usura. No los excluye, están en el Título XII del Libro II, aunque la regulación es distinta y se elimina el contrato de renta vitalicia.

El Dahir de Obligaciones y Contratos de la Zona Jalifiana fue un texto equiparable al Código Civil español y estaba en la línea del derecho privado europeo. Acogió las novedades que esa época se había producido respecto a la ley española y sirvió perfectamente para el tráfico civil en la Zona Norte del Protectorado y para que los jueces españoles tuvieran derecho sustantivo aplicable. Intentó incorporar también algunas instituciones musulmanas y lo hizo seguramente copiando los textos franceses puesto que en España no había especialistas en Derecho islámico y, si las había, no participaron en los trabajos de la comisión que elaboró el Dahir. En ésta sólo los diplomáticos Serrat Bonastre y Potous habían vivido en Marruecos y, posiblemente, fueron los encargados del estudio de la materia. Desapareció su vigencia cuando Marruecos recuperó la soberanía plena y consideró la vigencia sólo de las leyes francesas. No había muchas diferencias. Ahora forma parte de la historia del Derecho.

## Les vestiges du droit romain dans le Code des obligations et des contrats du Maroc : l'exemple du commodat (articles 830-855).

Philippe Cocatre-Zilgien<sup>1</sup>

Les pages qui suivent n'ont qu'une ambition modeste : on se propose seulement d'y mettre en rapport certains articles du *Code des obligations et des contrats*<sup>2</sup> du Maroc avec les sources romaines dont ils semblent être provenus. Pour les raisons que nous allons indiquer dans un instant, le contrat qui va nous servir d'exemple est le prêt à usage, ou commodat.

Quand Monsieur Fouzi Rherrousse nous eut aimablement proposé de contribuer au livre du centenaire du *dahir* du 9 ramadan 1331 de l'hégire<sup>3</sup> qui a imposé ce code au Maroc, notre première réaction fut de refuser parce que nous ne connaissions pas le droit marocain. Après avoir lu le code, cependant, nous avons cru pouvoir au moins faire une chose pour répondre favorablement à cette invitation : rassembler sous les articles du D.O.C. qui régissent une matière particulière les passages des compilations justiniennes qui leur correspondent expressément. Nous avons pensé qu'il serait plus facile de mesurer l'apport du droit romain au droit marocain à partir d'une institution spécifique.

Nous savons gré à nos collègues du Centre de droit des obligations et des contrats (C.D.O.C.) de la Faculté des sciences juridiques, économiques et sociales de Fès de l'honneur qu'ils nous ont fait, de nous associer avec tant de confiance à leur commémoration. Nous craignons cependant de décevoir leurs attentes car l'exercice que nous proposons ici sera nécessairement incomplet.

Nous savons trop peu de choses du droit musulman et nous avons été incapables de retrouver derrière les articles du code marocain, notamment dans ses dispositions qui n'ont pas leurs pareilles en droit romain, les règles du droit musulman qui ont pu les inspirer. On sait que le code marocain de 1913 est tributaire du code des obligations tunisien de 1906 et que celui-ci avait été élaboré par une commission de codification dont la cheville ouvrière fut David Santillana (1855-1931). Cet homme aux multiples facettes<sup>4</sup>, dans son œuvre de codification, s'appliqua à puiser aussi aux sources du droit musulman : en tout cas, pour chacun des articles de l'avant-projet du code

---

<sup>1</sup> Professeur en Histoire du droit, Université Panthéon-Assas

<sup>2</sup> L'usage s'étant apparemment établi de désigner cette loi par les initiales « D.O.C. », nous nous y conformerons désormais.

<sup>3</sup> 12 août 1913 de l'ère commune.

<sup>4</sup> David Santillana, né à Tunis en 1855, mort à Rome en 1931, fut avocat, juriste, historien et professeur de droit musulman. Sa collaboration aux travaux de la commission qui élaborait le Code des obligations et des contrats de la Tunisie placée sous le protectorat français ne fut qu'une des étapes d'une carrière aussi variée qu'internationale. Sans cesser d'exercer la profession d'avocat (y compris en Grande-Bretagne), il enseigna le droit musulman à l'université du Caire, puis à celle de Rome (à partir de 1913). Malgré le rôle important qu'il joua, David Santillana reste mal connu. Il serait bon qu'une biographie savante, qui fit une large place à l'étude de ses œuvres, vît bientôt le jour. Les archives qui le concernent, de même que celles qui se rapportent aux commissions dont il fit partie, mériteraient d'être exploitées. Un projet de cette nature pourrait associer historiens et juristes de Tunisie, du Maroc, d'Italie et de France, voire d'ailleurs encore.

tunisien dont il fut le rapporteur<sup>1</sup>, il renvoya non seulement aux règles romaines et aux articles des codes européens qui leur correspondaient, mais encore à leurs sources en droit musulman. La consultation de l'avant-projet du code tunisien reste donc indispensable pour qui s'interroge sur les origines du D.O.C. Malheureusement, comme nous n'avons aucune familiarité avec le droit musulman, nous n'avons pas pu profiter de ces précieuses références, ni juger de leur pertinence (en plus, la langue arabe nous est inconnue) et notre étude s'en ressentira. Des savants mieux armés que nous sauront établir la filiation entre droit musulman et droit marocain dans le domaine que nous avons choisi d'explorer.

Si nous avons recherché les sources romaines du contrat de commodat, nous ne nous sommes pas aventuré dans les gloses, commentaires, traités et autres ouvrages des juristes médiévaux et modernes ; or, il n'est pas exclu que David Santillana en ait consulté certains. Nos connaissances, cependant, se bornent au droit romain de l'Antiquité et il eût été téméraire de notre part de faire une telle excursion dans le domaine du *ius commune* et dans celui de la science juridique de l'Europe classique. Cette étude, en plus, eût considérablement allongé notre propos. Là encore, d'autres historiens sauront mieux que nous suivre ces pistes.

L'histoire du protectorat français au Maroc ne nous est guère plus familière et nous avons encore moins de lumières sur la pratique des cours et des tribunaux du Maroc avant et après l'indépendance. Tant de lacunes et d'insuffisance nous ont contraints d'enfermer dans des bornes étroites la timide comparaison que nous voudrions néanmoins tenter, du régime romain et du régime marocain du prêt à usage.

Nous nous contenterons donc, sous chaque article du D.O.C. que nous allons citer, de renvoyer aux fragments et paragraphes des compilations justiniennes avec lesquels on peut le mettre en rapport. Mais nous ne renverrons qu'aux seuls passages du droit romain qui concernent spécialement le prêt à usage dans le Digeste, le Code et les Institutes de Justinien. Ce n'est qu'exceptionnellement que nous signalerons qu'une disposition du D.O.C. provient certes d'une règle romaine, mais d'une règle énoncée dans d'autres endroits des compilations que ceux qui traitent expressément du commodat<sup>2</sup>. En restreignant ainsi notre champ d'investigation, non seulement nous nous conformerons au dessein des compilateurs de Justinien, qui ont voulu que chaque titre du Digeste ou du Code fût le siège exclusif d'une matière du droit, mais encore, nous éviterons un autre écueil de la romanistique : traiter de façon trop abstraite et trop générale un droit romain qui a toujours été très pratiquement concret.

Vingt-six articles (830-855) régissent le prêt à usage dans D.O.C. : ils se trouvent dans le

---

<sup>1</sup> *Travaux de la Commission de codification des lois tunisiennes instituée par M. René Millet, résident général de la République Française en Tunisie*, Fascicule I, *Code civil et commercial tunisien, Avant-Projet discuté et adopté au rapport de M. D[avid] Santillana, membre de la commission*, Tunis, Imprimerie générale, J. Picard et C<sup>ie</sup>, rue Al-Djazira, 1899, 859 p. Les articles 830 à 855 du D.O.C. concernant le prêt à usage correspondent aux articles 1193 à 1220 de l'avant-projet (p. 434-441). Quand nous ferons référence ci-dessous à cet ouvrage, nous l'appellerons seulement « l'avant-projet. »

<sup>2</sup> David Santillana ne se prive d'ailleurs pas, dans l'avant-projet de code tunisien, de renvoyer à d'autres endroits des compilations justiniennes qu'au siège de la matière. Certaines de ces références, pour être traditionnelles chez les romanistes, ne sont pas toujours utiles.

deuxième livre du code, « Des différents contrats déterminés et des quasi-contrats qui s’y rattachent », au titre 5, « Du prêt », où ils forment tout le chapitre 1<sup>er</sup>, « Du prêt à usage ou commodat. » Le régime de ce contrat est donc beaucoup plus longuement réglementé dans le code marocain que dans d’autres codes et c’est cette particularité qui nous a poussé à choisir le prêt à usage comme exemple. Le commodat est régi par dix-huit articles seulement du Code civil de l’an XII de la République française : l’article 1874, puis les articles 1875 à 1891. Les codes à peu près contemporains du D.O.C. sont encore plus brefs : le *Bürgerliches Gesetzbuch (B.G.B.)* de l’empire allemand, promulgué en 1896 de l’ère commune<sup>1</sup>, consacre neuf paragraphes à notre contrat (§§ 598-606) et le Code suisse des obligations (C.S.O.) de 1911, sept articles (art. 305-311). Parmi les codes plus récents, le Code civil du Québec de 1991 traite du prêt à usage en douze articles (art. 2312-2313 et 2317-2326) et le nouveau *Burgerlijk Wetboek* des Pays-Bas, de 1992, en treize (art. 1777-1790).

En droit romain, l’action du commodat remontait probablement au II<sup>e</sup> siècle avant l’ère commune<sup>2</sup>. Lorsque, vers 130 de l’ère commune, l’édit du préteur<sup>3</sup> fut rédigé par le juriste Julien<sup>4</sup>, de par l’autorité de l’empereur Hadrien, l’action du commodat fut insérée dans la deuxième partie de l’édit<sup>5</sup>, au titre 17, § 98. La rubrique du titre était *De rebus creditis*, « Des choses dont on a fait crédit », expression qu’il faut prendre au sens de « confier quelque chose à quelqu’un » ou « faire confiance à quelqu’un à propos de quelque chose » : les justiciables romains trouvaient énumérées dans ce titre les actions relatives au prêt de consommation (*mutuum*), à l’obligation de donner quelque chose en un lieu déterminé (*de eo quod certo loco dari oportet*), au constitut (*pecunia constituta*), au prêt à usage (*commodatum*), au gage (*pignus*) et à la compensation.

L’édit du préteur a été expliqué et commenté par les Prudents pendant plusieurs siècles. Dans les sources justiniennes, le plus ancien juriste cité qui ait écrit sur le commodat est Quintus Mucius Scaevola, au début du I<sup>er</sup> siècle avant l’ère commune. Les plus récents écrivirent sous la dynastie des Sévères (193-235 de l’ère commune), notamment Ulpien et Paul : on pourra constater ci-dessous que les compilateurs de l’empereur Justinien ont, à propos du commodat, abondamment

---

<sup>1</sup> Sauf mention contraire, toutes les années indiquées ci-dessous seront comptées « avant l’ère commune » ou « de l’ère commune. »

<sup>2</sup> Kaser (Max), *Das Römische Privatrecht*, München, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1971<sup>2</sup>, I. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, p. 533.

<sup>3</sup> Entre la fin du III<sup>e</sup> siècle ou le début du II<sup>e</sup> siècle avant l’ère commune, et jusqu’au III<sup>e</sup> siècle de l’ère commune, les préteurs du peuple romain chargés de la juridiction (le préteur urbain et le préteur pérégrin) firent placarder, lors de leur entrée en fonction, un édit portant la liste des actions en justice et des autres remèdes juridictionnels qu’ils avaient l’intention d’accorder aux justiciables pendant l’année impartie à leur magistrature. Les justiciables pouvaient consulter ces édits pour savoir quelle voie de droit ils devaient suivre pour résoudre un litige auquel ils étaient parties. Les préteurs élus pour une année, en général, reprenaient les édits placardés par leurs prédécesseurs, en y insérant au besoin des actions nouvelles : ainsi l’édit tendit-il à se perpétuer.

<sup>4</sup> On trouvera en appendice un index des noms des juristes et des empereurs cités dans cette étude.

<sup>5</sup> Lorsque Julien rédigea une version définitive de l’édit, il conserva sans doute le plan que ce document avait antérieurement. L’édit désormais figé a été reconstitué par Otto Lenel (1849-1935) : *Das Edictum perpetuum*, 3<sup>e</sup> édition, Leipzig, Tauschnitz, 1927, réimpression, Aalen, Scientia, 1956. La première édition de l’ouvrage (1883) a été traduite en français : Lenel (Otto), *Essai de reconstitution de l’Édit perpétuel*, traduction française de Frédéric Peltier, Paris, Larose, tome I (1901) et tome II (1903).

puisé dans le livre 28 du commentaire d'Ulpien *Sur l'édit* et dans le livre 29 de celui de Paul.

Le commodat est traité dans chacun des ouvrages auxquels l'empereur Justinien a attaché son nom : un titre lui est consacré dans le Digeste, un titre dans le Code justinien et un paragraphe, enfin, dans les Institutes de Justinien.

## **Plan.**

**Section I.** Nous commencerons par donner le texte des articles 830 à 855 du D.O.C., en indiquant sous chacun d'eux les passages des compilations justiniennes où on peut trouver leur origine. Nous nous contenterons d'y ajouter, si besoin est, un léger commentaire.

**Section II.** Pour permettre au lecteur de se reporter facilement aux textes romains, nous avons choisi de donner en plus le texte intégral des sources justiniennes concernant le prêt à usage :

1°) au Digeste, livre 16, les vingt-trois fragments que renferme le titre 3 [*De l'action*] du commodat ou de l'action contraire ;

2°) au Code, livre 4, les quatre constitutions rangées sous le titre 23 *Du commodat* ;

3°) dans les Institutes, au livre 3, titre 14, le paragraphe 2.

Pour toutes les sources justiniennes, nous donnerons d'abord une traduction nouvelle en français (A), que nous ferons suivre par l'original latin (B).

## **Section III.** Appendices :

1°) index des noms des empereurs et des juristes cités ;

2°) liste des ouvrages et articles utilisés.

**Section I.** Code des obligations et des contrats, Livre 2 *Des différents contrats déterminés et des quasi-contrats qui s'y rattachent*, Titre 5 *Du prêt*, Chapitre 1<sup>er</sup> *Du prêt à usage, ou commodat* (articles 830-855)<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> N'ayant pas pu consulter une édition officielle actuellement à jour, nous avons établi le texte 1°) à partir des *Codes et lois en vigueur dans le protectorat français du Maroc*, tome I, Organisation judiciaire ... Imprimé par ordre du Gouvernement, Paris, Imprimerie nationale, 1914 (sur la page de grand titre) / 1915 (sur la première de couverture), Annexe VII, *Dahir formant Code des obligations et des contrats*, p. 289-693 : cette édition a été préparée par S. Berge, magistrat, qui, après avoir fait partie de la commission de codification des lois tunisiennes aux côtés de D. Santillana, fit aussi partie de celle qui fut chargée d'adapter le code tunisien au Maroc ; à l'instar de l'avant-projet tunisien, cette édition comporte aussi les références au droit musulman intéressant ses articles ; 2°) à partir du *Code Marocain des Obligations et des Contrats* publié par Pierre Vuillet, éditions A. Moynier, Imprimerie rapide, Casablanca, septembre 1934 : cette édition indique, sous chaque article du D.O.C., les articles correspondants des codes civils français, italien, espagnol et allemand. Comme ces deux éditions étaient anciennes, nous les avons collationnées avec quelques versions actuelles du code, accessibles en ligne et apparemment dignes de confiance, mais non pas revêtues du sceau de l'autorité publique. Nous prions le lecteur de bien vouloir excuser les erreurs que nous aurions pu faire en établissant le texte.

Dans les notes en bas des pages, on a écrit en caractères **gras** le numéro des fragments ou des paragraphes des compilations justiniennes qui sont à l'origine des articles du D.O.C. : tout ce qui est ainsi signalé pourra être lu dans la section II.

**Article 830<sup>1</sup>.** Le prêt à usage, ou commodat, est un contrat par lequel l'une des parties remet une chose à l'autre partie pour s'en servir pendant un temps, ou pour un usage déterminé, à charge par l'emprunteur de restituer la chose même. Dans le commodat, le prêteur conserve la propriété et la possession juridique des choses prêtées ; l'emprunteur n'en a que l'usage.

*Le prêt à usage, ou commodat.* Étrange rédaction : le même contrat est désigné par deux noms, comme si le législateur n'avait pas voulu trancher. On doit cependant souligner que cette imprécision du vocabulaire remonte au droit romain : elle apparaît au Digeste dès le premier fragment du titre sur le commodat, un fragment dû à Ulpien<sup>2</sup>. L'édit du préteur semble n'avoir utilisé que le verbe « commodere », alors que les juristes qui l'interprétèrent recoururent aussi à la notion d' « usage. »

L'édit du préteur était d'une brièveté déconcertante au sujet du commodat : *Quod quis commodasse dicetur, de eo iudicium dabo*<sup>3</sup>, « Lorsqu'on alléguera que quelqu'un a commodé, pour cela, je donnerai une action. » Le verbe *commodare* avait plusieurs sens en-dehors de la langue du droit : formé de *cum*, « avec », et de *modus*, « mesure », voire « modération », il signifiait d'abord « disposer de façon ordonnée » ou « commodément » ; au sens figuré il prit le sens de « mettre à la disposition de », « procurer un avantage », « se montrer bienveillant » ou « accommodant. » Mais dans l'édit du préteur, il était évidemment employé en un sens technique plus étroit : c'était le mot qui avait été choisi pour qualifier l'opération par laquelle une personne mettait par bienfaisance une chose à la disposition d'une autre, à charge pour celle-ci de la restituer.

Tel qu'on le lit dans l'édit, ce verbe semble ne pas pouvoir avoir d'autre sujet que le prêteur et il est difficilement applicable au cas de l'emprunteur : celui qui « commode » est, à première vue, le *tradens* et non pas l'*accipiens*. Il y a quelque raison de penser que le magistrat qui, pour la première fois, inséra dans son édit une clause sanctionnant ce rapport juridique n'avait voulu donner une action qu'au seul prêteur, quand celui-ci aurait à se plaindre d'un emprunteur indélicat. Nous verrons cependant ci-dessous, sous l'article 852, que la jurisprudence postérieure fit une autre lecture de cet article de l'édit, et admit que l'emprunteur aussi pouvait avoir, en certains cas, une action contre le prêteur. Cette action nouvelle fut certes appelée l'action « contraire » (*contrarium iudicium*) du commodat, pour la distinguer de l'action du prêteur, mais il n'empêche que le verbe devint ambigu : il put, selon les contextes, signifier tantôt « prêter », tantôt « emprunter. » C'est pour ne pas trahir le verbe latin que nous nous sommes senti autorisé à traduire *commodare* par le néologisme français « commodere » (et dans la traduction des textes du droit romain que nous donnons ci-dessous, section II, ce parti sera systématique).

Le magistrat promettait d'accorder cette action en cas de litige né d'un commodat, mais ne

---

<sup>1</sup> Art. 1193 de l'avant-projet.

<sup>2</sup> Sur l'édit, livre 28 (= Dig. 13, 6, 1).

<sup>3</sup> L'édit est cité mot pour mot par Ulpien : même fragment, *principium* (= Dig. 13, 6, 1, **pr.**).

définissait en rien ce qu'était un commodat. L'édit du préteur relevait de ce domaine du droit qu'on appelle aujourd'hui « droit institutionnel » : il se contentait d'énumérer les remèdes juridictionnels sur lesquels pouvaient compter les justiciables, sans décrire ni expliquer les rapports juridiques, les situations et les opérations qui se profilaient derrière chaque action ; c'était aux juristes qu'incombait ce rôle-là.

On ne sait rien des raisons qui ont poussé le préteur à accorder la protection du droit au commodat. Rien ne permet de dire quels furent les besoins auxquels la nouvelle voie de droit voulut remédier. On ignore si le préteur fut plutôt sensible à des considérations de morale ou d'équité ou bien s'il se détermina par des arguments d'ordre économique.

Ce que nous pouvons remarquer ici, c'est que l'action du commodat ne découlait d'aucune loi : elle avait été créée de toute pièce par le préteur, grâce à la *iurisdictio* qu'il exerçait en tant que magistrat du peuple romain. L'action en justice qui sanctionnait ce contrat avait d'abord été une action que les Romains appelaient *in factum*, « action qui soulève, à titre principal, une question de fait<sup>1</sup> », puis avait été transformée en action *in ius* « action qui soulève, à titre principal, une question de droit civil. » Les actions *in factum* étaient des actions en justice que le préteur pouvait accorder à un demandeur lorsque celui-ci alléguait un intérêt qui méritait d'être protégé par le droit, même si aucune action de droit civil (une action *in ius*) n'était encore énoncée dans l'édit du préteur. Dans ce cas-là, le préteur pouvait quand même décider d'accorder un remède juridictionnel d'un type nouveau, mais, ne pouvant pas le rattacher à une règle du droit civil, il le créait de toute pièce en vertu de sa *iurisdictio*. Ainsi naquit l'action du commodat : cependant, à un moment qu'il est impossible de déterminer exactement, mais qui se situe probablement au début de l'empire<sup>2</sup>, et pour des raisons qui nous échappent, elle fut ensuite présentée comme une action de droit civil<sup>3</sup>. Mais ces minuties de la procédure romaine importent peu pour notre propos.

L'édit était le vecteur impératif de la volonté du magistrat : il était, pour reprendre une expression de Portalis, un « pur acte de puissance » et il est difficile de soutenir que le droit prétorien a été le produit de quelque volonté populaire que ce fût, expresse ou implicite. Certes, le préteur était quotidiennement au contact des justiciables et connaissait sans doute leurs attentes, mais le droit prétorien n'émana pas de la « base » : il fut plutôt imposé par le « haut. » Le droit prétorien découlait ainsi de la *potestas* des magistrats, voire de la « politique jurisprudentielle » qu'ils choisirent de mener. Il y a ici de quoi démentir les juristes ou les interprètes et historiens du droit qui voudraient que le droit provînt de la population elle-même et qui se méfient des systèmes de droit où les règles juridiques sont imposées aux populations à la suite d'un processus volontariste, rationnel et autoritaire.

Un autre élément essentiel du droit prétorien, d'ailleurs, est contraire à cette interprétation

---

<sup>1</sup> Nous traduisons ainsi l'expression « action *in factum* » à la suite des travaux de notre collègue M. Nicolas Cornu-Thénard, *La Notion de fait dans la jurisprudence classique, étude sur les principes de la distinction entre fait et droit*, thèse pour le doctorat en droit, Université Panthéon-Assas (Paris-II), 2011.

<sup>2</sup> Kaser (Max), *Das Römische Privatrecht*, I, *op. cit.*, p. 534, II.

<sup>3</sup> On trouvera la formule de l'action *in factum* dans : Mantovani (Dario), *Le Formule del processo privato romano*, Padova, Cedam, 1999<sup>2</sup>, n° 63, p. 66 ; et la formule de l'action *in ius* *ibid.*, n° 29, p. 52.



qu'on pourrait appeler « traditionaliste » du droit : lorsque le préteur a accordé des actions nouvelles, définissant par ricochet de nouveaux droits que les individus pouvaient alléguer en justice, il ne les a pas réservées aux seuls citoyens romains. Au contraire, les actions prétoriennes étaient en général ouvertes à tous les justiciables soumis à l'empire du peuple romain, citoyens comme non-citoyens. Cette branche du droit romain fut indifférente aux diverses traditions juridiques qui avaient cours dans le vaste domaine de la république et ne tint compte ni de l'appartenance ethnique, ni de la langue, ni de la confession des justiciables. Elle fut avant tout soucieuse d'organiser l'accès des justiciables au droit.

Cet aspect du droit prétorien lui donne un côté « universel » et permet de comprendre pourquoi le droit romain a laissé des empreintes profondes dans de si nombreux pays. Le D.O.C. en est un bon exemple : il a été imposé au Maroc par une puissance étrangère soucieuse d'encadrer juridiquement l'exploitation du pays et, en fin de compte, de venir au secours de la cupidité des entreprises commerciales, industrielles, financières ou agricoles qui s'installèrent dans le pays à la suite des armées françaises ; et si ce code a survécu à la fin du protectorat, c'est sans doute parce qu'il contenait des règles qui n'avaient rien de spécifiquement français : créées par des Romains indifférents aux spécificités des peuples de leur empire, ces règles peuvent être adoptées par tous. Le régime du commodat est de nos jours à peu près le même au Maroc et au Québec, au Brésil et au Sri Lanka, en Allemagne, en Afrique du sud et en maints autres lieux touchés par le droit romain. Rien n'est moins vrai en ce vaste ressort que les mots célèbres de Portalis<sup>1</sup>, aussi sonores soient-ils : « Les lois ... doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites. » Après avoir cité l'édit, Ulpien nous apprend aussitôt<sup>2</sup> qu'à la fin de la république et au début de l'empire, certains juristes ne se contentaient pas d'utiliser le seul mot de « commodat » pour désigner le contrat : ils employaient aussi « donner pour utiliser » (*utendum dare*), expression où on reconnaît l'origine de notre « prêter à usage. » L'incertitude du vocabulaire d'aujourd'hui procède de cette divergence entre le mot de l'édit et ceux de la jurisprudence. La phrase d'Ulpien est malheureusement peu précise : il mentionne celui *qui edictum concipit*, ce qui peut se comprendre aussi bien comme « celui qui a conçu l'édit » que comme « celui qui a rédigé l'édit » ; et on ne peut savoir s'il fait référence au premier préteur qui, sous la république, avait inséré dans son édit l'action du commodat ou s'il cite sans le nommer le juriste Julien, celui qui, vers 130 de l'ère commune, a composé une version définitive de l'édit. Malgré cette incertitude, cependant, il y a de bonnes raisons de penser que le verbe « commodat » a été élevé au rang de terme technique du droit romain dès l'époque républicaine : si ce n'avait pas été le cas, les juristes d'avant l'époque d'Hadrien n'eussent pas employé aussi constamment le terme.

Ulpien ne peut s'empêcher de rappeler les juristes qui, de la fin de la république au principat de Trajan (98-117 de l'ère commune), avaient ainsi employé un vocabulaire quelque peu fluctuant. Pacuvius avait distingué « commodat » et « donner pour utiliser », mais Ulpien ne révèle pas le critère de distinction que ce juriste avait utilisé pour justifier sa distinction. Le propre fils de Pacuvius, resté dans l'histoire sous le nom de Labéon, avait affiné l'analyse paternelle en faisant de « donner pour utiliser » le genre, « commodat » n'en étant qu'une espèce : selon lui, l'expression

---

<sup>1</sup> Portalis (Jean, Étienne, Marie), *Discours préliminaire du premier projet de Code civil* (24 thermidor an VIII / 12 août 1800), 20<sup>e</sup> alinéa.

<sup>2</sup> *Sur l'édit*, livre 28 (= Dig. 13, 6, 1, 1).

« donner pour utiliser » s'appliquait à toutes les choses, tandis que « commodat » ne pouvait être proprement employé qu'à propos de choses mobilières (on trouvera sous l'article 832 ci-dessous plus de détails sur la question du prêt à usage des immeubles). Ces nuances terminologiques semblent cependant avoir été dépassées à la fin du premier et au début du deuxième siècle de l'ère commune : et Cassius, sous le principat de Claude (41-54 de l'ère commune) ou sous celui de Néron (54-68), et Vivien, sous celui de Trajan admirent que des choses immobilières pussent être l'objet d'un prêt à usage. Il n'empêche que, même si elles ont été finalement surmontées, les hésitations des juristes anciens ont laissé des traces dans le Digeste : et cela a suffi pour les perpétuer jusque dans quelques codes modernes.

Au XX<sup>e</sup> siècle de l'ère commune, la plupart des codes ayant une version officielle en français ont abandonné l'appellation de « commodat », pour ne retenir que celle de « prêt à usage. » On pourrait dire qu'ils se sont finalement rangés à l'opinion de Labéon. Le Code suisse des obligations et le Code civil du Québec, par exemple, ont procédé à cette modernisation. Le D.O.C., en revanche, est resté fidèle aux usages séculaires : le chapitre qui groupe les articles 830-855 est encore appelé « Du prêt à usage, ou commodat » et le mot « commodat » figure aux articles 830, 831 et 848 ; quant au vieux terme de « commodataire », il se lit encore à l'article 847.

Le Code civil français a encore donné deux noms au même contrat. Cependant, le terme de « commodat » ne subsiste plus que dans l'intitulé du chapitre, « Du prêt à usage ou commodat », car la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de l'ère commune l'a fait disparaître des articles 1874, 1875 et 1879. Et le code français n'avait jamais, même avant 2009, employé les mots « commodataire » ou « commodant. »

Le législateur, d'ailleurs, aurait pu suivre le chemin inverse et supprimer l'appellation de « prêt à usage » pour ne retenir que celle de « commodat. » Ce choix eût eu l'avantage de mettre fin à l'ambiguïté du terme « prêt » dans le français juridique, où on emploie le même mot pour qualifier aussi bien le « prêt de consommation » que le « prêt à usage », ce qui peut être source de confusion<sup>1</sup>. Il est vrai que ce choix eût sans doute été mal compris du public, qui ignore en général ce qu'est un commodat ; mais d'autres termes importants du droit ont des sens différents selon qu'ils sont employés par les juristes ou par les profanes : des mots aussi courants que « délit » ou que « stipuler » ont de même, dans la langue du droit, un sens technique que le grand public ignore.

Le domaine du prêt à usage n'est d'ailleurs pas le seul endroit où on peut constater l'impuissance des modernes à dépasser les incertitudes romaines : souvent, quand les juristes romains ont hésité sur les termes et les mots qualifiant les institutions juridiques, les auteurs médiévaux et modernes, autant que les législateurs, n'ont pas voulu, ou n'ont pas su affiner la terminologie juridique. Les catégories juridiques laissées floues par les Romains le sont encore aujourd'hui<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Le droit allemand, qui a un terme technique spécifique pour désigner chacune de ces figures du droit, échappe à cette ambiguïté : *die Leihe* est le commodat, tandis que *das Darlehen* est le prêt de consommation.

<sup>2</sup> Le cas, très débattu de nos jours, de l'« enrichissement injustifié » en est un bon exemple : le Digeste contient maints paragraphes où des actions étaient accordées pour faire rendre gorge à une partie considérée comme s'étant injustement enrichie au détriment d'une autre, mais ces paragraphes sont éparpillés entre plusieurs titres. Le Digeste, en

**Restituer la chose même.** Ceci est une différence essentielle entre le prêt à usage et le prêt de consommation : après qu'il a consommé l'argent ou les denrées reçus en *mutuum*, l'emprunteur est tenu d'en rendre l'équivalent ; le commodataire, lui, est tenu de restituer la chose même qu'il a reçue, et non pas seulement sa valeur. Ulpien exprime la règle<sup>1</sup>, sans doute déjà ancienne de son temps.

Il évoque aussi un cas limite : celui de sacs de pièces d'or qu'une personne emprunte pour les faire figurer dans une cérémonie (une *pompa*), ou pour en faire un article de réclame (*ostentatio*) pour son établissement. Il s'agit de sacs d'argent contenant des espèces, mais qui étaient cousus et scellés et qui, du coup cessaient d'être perçus comme des espèces consommables, mais devenaient en quelque sorte des objets identifiables. De tels sacs pouvaient être utilisés pour manifester la richesse de l'organisateur d'une fête ou d'une cérémonie, ou la solvabilité d'un négociant ou d'un banquier.

Les compilateurs de Justinien ont même prolongé le paragraphe d'Ulpien par un bref fragment de Gaius<sup>2</sup> où ce juriste-là traite du cas où un débiteur emprunte de tels sacs pour les utiliser lors d'un paiement fictif. Il s'agissait de paiements pour la forme, en des occasions où le créancier, pour des raisons de toute sorte, consentait à éteindre formellement la dette du débiteur. La limite entre ce prêt de sacs d'argent et un simple prêt d'argent était encore plus floue que dans le cas précédent.

L'obligation de restituer la chose même est finalement énoncée aux Institutes de Justinien<sup>3</sup>.

**La propriété et la possession juridique des choses prêtées.** Pomponius<sup>4</sup> et Ulpien<sup>5</sup> expriment tous deux cette règle fondamentale. C'est une autre différence essentielle entre le commodat et le prêt de consommation. L'argent et les autres choses fongibles qui font l'objet d'un prêt de consommation deviennent la propriété de l'emprunteur : le prêteur en perd et la propriété et la possession, pour n'obtenir qu'une créance contre l'emprunteur.

**Article 831<sup>6</sup>.** Pour donner une chose à commodat, il faut avoir la capacité d'en disposer à titre gratuit.

**Les tuteurs, curateurs et administrateurs de la chose d'autrui ne peuvent prêter à usage les choses qu'ils sont chargés d'administrer.**

---

tout cas, ni l'édit du prêteur avant lui, n'ont jamais comporté un titre *ad hoc* qui eût pu être le siège de la matière. Privés de ce socle, les juristes médiévaux et modernes n'ont pas pu construire une théorie de l'enrichissement injustifié qui fût aussi généralement acceptée que d'autres institutions d'origine romaine.

<sup>1</sup> Ulpien, *Sur l'édit*, livre 28 (= Dig. 13, 6, 3, 6).

<sup>2</sup> *Des obligations qui se contractent par des paroles*, livre 1<sup>er</sup> (= Dig. 13, 6, 4).

<sup>3</sup> Institutes de Justinien 3, 14, 2 (2<sup>e</sup> phrase).

<sup>4</sup> *Sur Sabinus*, livre 5 (= Dig. 13, 6, 8).

<sup>5</sup> *Sur l'édit*, livre 2 (= Dig. 13, 6, 9).

<sup>6</sup> Art. 1194 de l'avant-projet.

**La capacité d'en disposer à titre gratuit.** Le Digeste ne contient pas de règle sur la nécessaire capacité des commodants. En revanche, il traite du cas de l'impubère sous tutelle qui eût emprunté quelque chose : Ulpien<sup>1</sup> écrit qu'un impubère ne pouvait pas être poursuivi par l'action du commodat et les termes qu'il emploie laissent à penser qu'il s'agit d'un impubère qui eût reçu quelque chose en commodat sans l'autorisation de son tuteur. Il écrit aussi que la règle était si stricte que, même si, devenu pubère et désormais capable de gérer ses affaires, il commettait un dol ou une faute à l'encontre du commodant, ce pupille était en principe exempt de toute responsabilité. En d'autres termes, la jeune personne qui eût irrégulièrement emprunté une chose pour l'utiliser était libre de la détruire ou de la perdre, même volontairement, sans que le prêteur pût en être indemnisé.

Sévérité excessive sans doute : Ulpien rappelle presque immédiatement que le droit impérial avait atténué cette rigueur<sup>2</sup> : un rescrit d'Antonin le Pieux (138-161 de l'ère commune) avait décidé que, si un pupille avait été enrichi (*locupletior factus est*) par ce commodat irrégulier, le commodant pourrait néanmoins agir contre lui. À cette époque-là, les empereurs étaient en train de prendre le relais des préteurs dans leur fonction créatrice de droit : les princes, en admettant de nouvelles voies de recours, faisaient désormais ce que les préteurs avaient fait pendant plusieurs siècles, mais qu'ils ne faisaient plus depuis la rédaction définitive de l'édit.

Le rescrit impérial avait cependant assorti la mise en œuvre de ce recours nouveau d'une condition de forme et d'une condition de fond. Le rescrit avait prévu que le commodant ne pourrait agir par l'action « directe » du commodat et qu'il devrait recourir à ce que les Romains appelaient l'action « utile » du commodat. Une action « utile » (mot qu'on pourrait traduire aussi par « adaptée ») était une action qui dérivait des actions énumérées dans l'édit du préteur, et qui pouvait être accordée par le magistrat à un demandeur dans les cas où toutes les conditions n'étaient pas réunies, qui eussent normalement permis d'accorder au demandeur l'action « directe » de l'édit. L'action utile était donc une action utilisée en-dehors du champ d'application normal de l'action directe dont elle était le reflet. Autrement dit, le rescrit impérial avait accordé un remède juridictionnel exceptionnel aux commodants qui eussent prêté quelque chose à des jeunes gens sous tutelle, alors que, si on s'en tenait au droit prétorien épaulé par la doctrine juridique, tout recours eût dû leur être dénié.

L'action ainsi autorisée par le prince, en plus, n'avait cours que si une condition de fond était remplie : l'emprunteur qui, au moment du commodat, avait été incapable d'emprunter ne pouvait être poursuivi que s'il avait été *enrichi* dans l'opération. Si le mineur perdait la chose empruntée, mais sans en avoir tiré aucun enrichissement, il ne devait rien au prêteur.

On est ici en présence d'un cas où le droit romain prenait en compte l'enrichissement « injustifié » ou « inéquitable », mais sans utiliser ces mots. Le droit romain était avant tout une *ars*, une technique, et ne se souciait guère de justifications doctrinales : le rescrit d'Antonin le Pieux a certes accordé un remède juridictionnel dans un cas limite, celui de l'enrichissement de l'emprunteur en principe incapable d'emprunter, mais n'a donné aucune raison justifiant qu'on

---

<sup>1</sup> *Sur l'édit*, livre 28 (= Dig. 13, 6, 1, 2).

<sup>2</sup> *Ibidem* (= Dig. 13, 6, 3, *pr.*).

l'accordât.

Le passage d'Ulpien a été entrelardé par un bref fragment de Paul<sup>1</sup> où ce juriste a traité le cas du commodat consenti à un fou : il rappelle que le fou commodataire ne peut être poursuivi par le commodant mais que celui-ci peut actionner le fou au moyen de l'action « pour exhiber » (*ad exhibendum*). Cette action n'était pas une action personnelle sanctionnant un contrat : elle avait pour but de forcer quelqu'un à exhiber, au sens de « produire par-devant le tribunal du magistrat », une chose dont le demandeur alléguait qu'elle était injustement possédée par le défendeur. Une fois produite devant le magistrat, le demandeur pouvait la revendiquer au moyen d'une action réelle, indépendante des relations contractuelles irrégulières qui avaient pu exister entre le prétendu commodant et le prétendu commodataire. Paul n'indique pas qui a inventé ce moyen détourné de venir au secours du commodant qui eût eu la légèreté de commodat quelque chose à un fou, ou de commodat quelque chose à une personne dont il ignorait qu'elle fût folle : il ne semble pas qu'il en fût lui-même l'auteur ; il ne l'attribue pas non plus à une constitution impériale ; il faut donc croire qu'il ne fait que citer une règle établie depuis longtemps par la doctrine dominante des juristes antérieurs à son temps.

**Article 832<sup>2</sup>.** Le prêt à usage peut avoir pour objet des choses mobilières ou immobilières.

*Des choses mobilières ou immobilières.* Nous retrouvons sous cet article la question que nous sommes contenté d'évoquer sous l'article 830 ci-dessus, des choses qui peuvent être l'objet d'un prêt à usage.

Le D.O.C. prend le soin de préciser que le commodat peut porter aussi bien sur des meubles que sur des immeubles. Cette précision ne se trouve ni dans le Code civil français, dont l'article 1878 dispose que « Tout ce qui est dans le commerce, et qui ne se consomme pas par l'usage, peut être l'objet de cette convention » ; ni dans le *B.G.B.*, dont le § 598 mentionne seulement « une chose » (*eine Sache*) ; ni dans l'article 305 du C.S.O., qui parle de « l'usage d'une chose » ; ni dans l'article 2213 du Code civil du Québec, où le prêteur « remet un bien » (*hands over property*) à l'emprunteur ; ni dans l'article 1777 du Code civil néerlandais, qui s'en tient aussi à « une chose » (*eene zaak*).

L'article 832 du D.O.C. est l'écho étonnamment tardif des divergences qui ont opposé plusieurs jurisconsultes romains les uns aux autres à la fin de la république et au début de l'empire. Il est possible de reconstituer leurs hésitations grâce au paragraphe d'Ulpien auquel nous nous sommes déjà référé<sup>3</sup> ci-dessus. On y voit entre les lignes que la jurisprudence romaine est passée par sept étapes avant que d'aboutir à une règle définitive : 1°) L'action du commodat a été créée sous la république par un prêteur dont le nom ne nous est pas parvenu pour sanctionner des contrats portant sur des choses mobilières, telles que des esclaves, des animaux, des véhicules ou autres outils et ustensiles ; 2°) À la fin de la république, des justiciables ont probablement sollicité d'un magistrat la délivrance de l'action du commodat pour poursuivre en justice des cocontractants

---

<sup>1</sup> *Sur l'édit*, livre 29 (= Dig. 13, 6, 2),

<sup>2</sup> Art. 1195 de l'avant-projet.

<sup>3</sup> *Sur l'édit*, livre 28 (= Dig. 13, 6, 1, 1).

auxquels ils avaient gratuitement laissé l'usage d'un immeuble, lorsque ceux-ci ne le rendait pas, ou le rendaient détérioré ; 3°) Il semble qu'un prêteur ait acquiescé à leur requête et permis de la mettre en œuvre dans le cas du prêt d'un immeuble à usage ; le champ d'application de l'action du commodat en fut considérablement étendu : désormais les prêteurs n'étaient plus dépourvus de remède juridictionnel quand ils avaient à se plaindre de ceux qui leur avaient emprunté une chose immobilière ; 4°) Cette nouveauté, apparemment, a soulevé l'opposition d'un certain nombre de juristes rigoristes, dont Pacuvius, qui ont refusé de parler de « commodat » là où il y avait dation d'un immeuble pour l' « utiliser » (*utendum dare*) ; 5°) Labéon fils, sous Auguste, a tenté de bâtir une sorte de théorie nouvelle de l'institution : il a dit que « donner pour utiliser » était la catégorie générale, englobant le prêt des choses mobilières et le prêt des choses immobilières, tandis que « commodat » ne désignait que le prêt de choses mobilières ; 6°) Mais déjà sous les successeurs d'Auguste, Cassius a accepté l'idée qu'une chose attachée au sol pût être « commodée » à proprement parler ; 7°) À la fin du I<sup>er</sup> siècle de l'ère commune et au début du second, sous les premiers Antonins, la doctrine extensive a définitivement triomphé. Nous en avons deux indices. Ulpien, d'abord, dans le paragraphe qui nous intéresse ici, rappelle que le juriste Vivien, qui était adulte sous l'empereur Trajan (98-117 de l'ère commune), avait été d'avis qu'une *habitatio*, ce qui signifie un appartement dans une maison, pouvait être objet d'un commodat. Ceci, ensuite, est corroboré par le témoignage d'un poète contemporain de Vivien : au vers 40 de sa septième satire, Juvénal met en scène un poète qui cherche une salle de déclamation pour y réciter ses poèmes ; et un prétendu protecteur se contente de lui « commodat » une « maison malpropre » (*maculosas commodat aedes*). Il est vrai que ce vers n'est pas un texte juridique, mais il semble néanmoins attester que, pour les lecteurs et auditeurs de Juvénal, le verbe « commodat » pouvait s'employer pour qualifier le prêt à usage d'un édifice.

Il est donc certain que cette question a alimenté un long débat parmi les juristes romains. Nous connaissons ces différences parce qu'Ulpien nous les a rappelées. En plus, il saute aux yeux que tous les exemples de commodat donnés par les juristes romains dans le titre *ad hoc* du Digeste, comme on pourra le constater ci-dessous, concernent avant tout le prêt à usage de choses *mobilières*. Il n'empêche que le droit romain, cristallisé par Justinien, avait finalement admis que le commodat pût porter indifféremment sur des meubles et sur des immeubles. Il est donc étonnant de constater que les controverses du premier siècle de l'ère commune ont encore fait sentir leurs effets sur l'article 832 du D.O.C. Ceux qui ont conçu le code marocain ont été ici plus influencés par les sources romaines que les auteurs d'autres codes modernes. Nous regrettons de n'avoir pas pu rechercher comment cette influence a pu s'exercer si tardivement : il eût fallu connaître non seulement les textes utilisés par les rédacteurs du D.O.C. mais encore leurs méthodes de travail, ce qui n'est pas notre cas. À d'autres le soin de cette investigation.

**Article 833<sup>1</sup>.** Le prêt à usage est parfait par le consentement des parties et par la tradition de la chose à l'emprunteur.

**Par le consentement des parties.** Les sources justiniennes expressément consacrées au commodat ne comportent aucune disposition relative au nécessaire consentement des parties. C'est en d'autres passages du Digeste qu'il faut rechercher cet article. Tout le monde sait que les contrats

---

<sup>1</sup> Art. 1197 de l'avant-projet.

exclusivement consensuels étaient rares à Rome (les exemples les plus connus sont la vente, le louage, le mandat et la société) et que, souvent, les obligations naissaient à la suite de l'accomplissement d'une formalité (comme dans la stipulation) ou de la remise d'une chose (comme dans les prêts, le dépôt et le gage). Mais sous les premiers Antonins, semble-t-il, le juriste Pédus a fait du consentement le préalable essentiel à la validité de toutes les conventions, même de celles qui étaient parfaites par l'observation d'une forme ou par la remise d'une chose. Ceci est très connu et nous nous contenterons de rappeler l'opinion de Pédus, citée par Ulpien<sup>1</sup>, parce que l'article 833 du D.O.C. en est tributaire : « Pédus dit élégamment qu'il n'y a aucun contrat, aucune obligation qui ne soit pas précédée d'une convention, qu'elle soit parfaite par la remise d'une chose (*re*) ou par le prononcé de certaines paroles (*verbis*) : car même la stipulation, qui est parfaite par le prononcé de certaines paroles, est nulle si elle n'a pas de consentement (*consensus*)<sup>2</sup>. »

**Par la tradition de la chose à l'emprunteur.** Les Institutes<sup>3</sup> de Justinien expriment la règle en se plaçant du côté de l'emprunteur : elles affirment qu'il est obligé *re*, ce qui peut se traduire par « réellement » ou « par remise de chose<sup>4</sup>. » Autre manière de dire que le consentement des parties ne suffit pas pour créer son obligation. Car le consentement est certes nécessaire, mais il n'est pas suffisant : il ne produit aucun effet s'il n'est accompagné de la tradition de la chose prêtée.

**Article 834<sup>5</sup>.** Cependant, la promesse de prêt faite pour une cause connue du promettant constitue une obligation qui peut se résoudre en dommages-intérêts, en cas d'inexécution de la part du prêteur, si ce dernier ne prouve qu'un besoin imprévu l'a empêché d'exécuter son obligation, ou que les conditions financières de l'emprunteur ont notablement empiré depuis que l'engagement a été pris.

Cet article n'a pas d'équivalent dans les dispositions des compilations justiniennes qui régissent spécialement le commodat. Le commodat étant un contrat de bienfaisance, les obligations du prêteur étaient allégées au possible ; et comme ce contrat, en plus, n'était considéré comme conclu qu'après remise de la chose à l'emprunteur, il n'était pas possible de permettre à celui qui avait sollicité un prêt à usage de poursuivre en justice celui qui, finalement, n'eût pas réellement donné suite au prêt qu'il avait d'abord consenti.

Le gage était un autre des contrats réels du droit romain. L'action du gage était voisine de celle du commodat dans l'édit du prêteur et cette proximité se retrouva dans le Digeste parce que les compilateurs de Justinien rangèrent les fragments régissant le gage dans le titre qui suit immédiatement celui du prêt à usage (livre 13, titre 7 *De l'action du gage ou de l'action contraire*).

---

<sup>1</sup> *Sur l'édit*, livre 4 (= Dig. 2, 14, 1, 3).

<sup>2</sup> [...] *elegantè dic[it] Peditus nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat : nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.*

<sup>3</sup> Institutes de Justinien, 3, 14, 2 (première phrase).

<sup>4</sup> Gaius, *Livres d'or*, livre 2 (= Dig. 44, 7, 1, 3) exprime aussi clairement la règle : *Is quoque, cui rem aliquam commodamus, re nobis obligatur, sed is de ea ipsa re quam acceperit restituenda tenetur*, « Celui-là aussi, auquel nous prêtons quelque chose est obligé envers nous réellement, mais il est tenu de restituer la chose même qu'il a reçue. »

<sup>5</sup> Art. 1198 de l'avant-projet.

Cependant, le gage n'était pas un engagement aussi strictement réel que le commodat. Ulpien a écrit<sup>1</sup> que « le gage ne se conclut pas par la tradition seule, mais plutôt par simple convention, même si on n'a pas procédé à la tradition. » En vertu de cela, le créancier gagiste qui n'eût pas reçu la chose qui devait servir de gage, ou qui en eût reçu une de moindre valeur, pouvait actionner le débiteur qui tardait à remettre le gage convenu. Il faut en conclure que l'obligation du débiteur gagiste naissait avant la remise de la chose, alors qu'un prêteur à commodat n'était aucunement obligé avant cette remise. La sévérité de la règle s'explique parce que le gage n'était pas un contrat de bienfaisance et que la partie qui s'apprêtait à recevoir le gage était déjà le créancier du *tradens*. La règle n'est donc pas transposable au régime du commodat.

L'article 834 du D.O.C. procède ou bien d'un précepte du droit musulman ou bien de l'interprétation extensive que les docteurs du *ius commune*, voire les auteurs de l'école moderne du droit naturel ont donnée du droit romain.

### **Article 835<sup>2</sup>. Le prêt à usage est essentiellement gratuit.**

La règle se trouve deux fois dans les compilations justiniennes consacrées au commodat. Ulpien l'exprime de façon implicite<sup>3</sup>. Il se réfère à un *casus* de Labéon : une personne a remis une chose à une autre, pour que celle-ci puisse la donner en gage à son créancier. Cette remise a eu lieu gratuitement. L'opération ressemble donc à un service d'ami, qui veut aider quelqu'un en qui il a confiance à obtenir un crédit en fournissant un gage. Ensuite, celui qui a reçu la chose pour la donner en gage ne la dégage pas et, du coup, ne peut la rendre à celui qui la lui a remise. La question qui a été posée aux juristes a été de savoir si celui qui avait donné la chose en premier avait contre l'*accipiens* l'action du commodat. Et Ulpien de rapporter que Labéon, deux siècles avant lui, avait émis l'opinion qui était devenue la règle de droit applicable : dans une telle situation, le premier *tradens* était admis à demander la délivrance de cette action pour poursuivre l'*accipiens* qui ne restituait pas la chose, parce qu'elle se trouvait toujours entre les mains du créancier gagiste<sup>4</sup>.

Ulpien approuve l'opinion de Labéon, tout en rappelant que la règle posée ne s'appliquerait plus si un paiement était intervenu : si jamais, en effet, l'*accipiens* avait rémunéré le service rendu par le propriétaire de la chose destinée à être donnée en gage, alors, l'action de commodat serait mise hors-jeu.

Ulpien indique cependant deux autres voies de recours possibles. Le propriétaire pouvait

---

<sup>1</sup> *Sur Sabinus*, livre 40 (= Dig. 13, 7, 1, *pr.*) : *Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est.*

<sup>2</sup> Art. 1199 de l'avant-projet.

<sup>3</sup> *Sur l'édit*, livre 28 (= Dig. 13, 6, 5, 12).

<sup>4</sup> La solution donnée par Labéon pose d'ailleurs un problème de qualification : dans le *casus* qu'il décrit, il ne semble pas que celui qui avait d'abord remis la chose et celui qui l'avait reçue pour la donner en gage eussent expressément qualifié de « prêt à usage » leur contrat, ni même pensé qu'ils concluaient un prêt de cette sorte. C'est par la suite, alors qu'un litige s'était élevé entre eux, que Labéon, en autorisant le premier *tradens* à actionner l'*accipiens* par l'action du commodat, qualifia rétrospectivement et implicitement de « commodat » ce rapport juridique.



d'abord agir par une action *in factum*, cette audacieuse voie de recours que nous avons déjà rencontrée ci-dessus. La deuxième voie de recours indiquée par Ulpien pour agir contre l'*accipiens* était l'action du louage. Le prêteur, en effet, s'il avait accepté une rémunération pour mettre sa chose à la disposition de son cocontractant, se retrouvait dans la situation d'un bailleur qui eût donné sa chose en location à un preneur, pour que celui-ci pût à son tour la donner en gage à un tiers, son créancier.

Ulpien nous apprend dans un autre paragraphe de son commentaire sur l'édit, mais inséré en un autre titre du Digeste<sup>1</sup>, que la règle de gratuité était si rigoureuse qu'elle s'appliquait même lorsqu'il n'y avait eu aucun paiement d'argent : « Si, alors que j'avais un bœuf, et mon voisin un, il a été convenu entre nous que, chacun pour dix jours, moi à lui et lui à moi, nous prêterions le bœuf pour qu'il travaille, et que le bœuf ait péri chez l'un de nous, l'action du commodat ne s'appliquera pas parce que le commodat n'a pas été gratuit ; mais il faudra agir par une action avec mentions suscrites<sup>2</sup>. »

La gratuité du commodat est finalement posée en termes exprès dans les Institutes<sup>3</sup> de Justinien.

**Article 836<sup>4</sup>.** L'emprunteur est tenu de veiller avec diligence à la conservation de la chose prêtée.

**Il ne peut en confier la garde à une autre personne à moins de nécessité urgente ; il répond, en cas de contravention, du cas fortuit et de la force majeure.**

*Veiller avec diligence à la conservation de la chose.* Le mot « diligence » est entré dans le vocabulaire juridique il y a vingt-et-un siècles environ et, à la différence de « commodat », il n'en est pas encore sorti. On retrouve dans *diligentia* la particule *dis*, qui indique une séparation, et le verbe *lego*, « recueillir » ; le mot est apparenté à *dilectus*, qui exprime le fait de « mettre à part », de faire un « choix<sup>5</sup> », et qui peut vouloir dire aussi l'« affection » ou l'« amour » : traiter quelque chose avec diligence consiste à lui réserver un sort particulier, l'entourer d'un soin jaloux, la traiter « avec amour », comme on dit.

Le D.O.C. est étonnamment bref sur la diligence, alors que les sources justiniennes relatives au commodat la mentionnent quatre fois : mais, si le mot comme la notion viennent de la jurisprudence romaine, les compilations révèlent aussi que les Prudents n'en ont pas élaboré une définition claire.

---

<sup>1</sup> *Sur l'édit*, livre 28 (= Dig. 19, 5, 17, 3) : Si, cum unum bovem haberem et vicinus unum, placuerit inter nos, ut per denos dies ego ei et ille mihi bovem commodaremus, ut opus faceret, et apud alterum bos periit, commodati non competit actio, quia non fuit gratuitum commodatum, verum praescriptis verbis agendum est.

<sup>2</sup> Nom donné dans le Digeste de Justinien à plusieurs actions sanctionnant des contrats non nommés dans l'édit du prêteur, tel qu'il avait été figé par Julien, sous le principat d'Hadrien.

<sup>3</sup> Institutes de Justinien, **3, 14, 2** (dernière phrase).

<sup>4</sup> Art. 1200 de l'avant-projet.

<sup>5</sup> Comme étaient *choisis* les citoyens que le consul enrôlait dans ses légions : *dilectus* était sous la république le terme technique pour désigner la levée des soldats.

On sait en plus que les textes classiques que les compilateurs de Justinien ont sauvegardés ont été parfois modifiés pour les synchroniser avec la société de l'Antiquité tardive ; cependant, malgré les éventuelles interpolations qu'on leur a fait subir pour les actualiser, il demeure possible de reconstituer, au moins partiellement, l'évolution séculaire de la notion de diligence dans le droit romain.

C'est un des plus célèbres juristes de la république, Quintus Mucius Scaevola, qui semble avoir acclimaté la notion dans la jurisprudence ancienne, au début du I<sup>er</sup> siècle avant l'ère commune. Du moins peut-on le déduire d'un passage d'Ulpien qui résume l'apport de cet ancien jurisconsulte sur la question<sup>1</sup> : Scaevola avait été d'avis que le commodataire devait répondre<sup>2</sup> et de la « garde » de la chose et de la « diligence » (*et custodiam praestandam et diligentiam*). On constate que les deux mots sont traités comme deux chefs de responsabilité séparés, mais qu'aucune définition n'en est donnée.

Le terme *custodia*, dont l'étymologie en latin est obscure, a disparu du vocabulaire juridique français : on lui a en général substitué le mot « garde », d'origine germanique : l'article 1880 du Code civil français, par exemple, prescrit à l'emprunteur de veiller « à la garde et à la conservation » de la chose prêtée ; mais dans l'article 836 du D.O.C., il semble que le législateur ait volontairement préféré « conservation » à « garde. »

Il n'en va pas de même pour « diligence. » On sait par ailleurs que Scaevola a recouru à la notion de diligence en une autre occurrence : dans un *casus* célèbre, où il s'agissait d'un esclave tué par la branche qu'un élagueur perché dans un arbre avait lancée au sol sans regarder si personne ne passait sous l'arbre, Scaevola, cité par Paul<sup>3</sup>, écrivit des mots qui sonnent encore de nos jours d'un son familier : « C'est une faute, quand quelque chose a pu être prévu par un [homme] diligent, que de ne pas l'avoir prévu, ou d'avoir seulement prévenu alors que le danger ne pouvait plus être évité. » Et dans la pensée du juriste, la faute ainsi commise fondait son obligation de réparer.

Certes, la règle posée par Scaevola ne concerne pas directement le commodat, puisqu'elle a été énoncée à propos de la réparation du « dommage infligé injustement » à autrui (*damnum iniuria datum*). Autrement dit, elle a été élaborée dans le domaine de la responsabilité délictuelle, et non pas dans celui de la contractuelle. Il n'empêche que ce n'est sans doute pas un hasard si le même juriste, dont l'autorité a été aussi grande pendant sa vie que son influence a été longue par la suite, a sciemment utilisé le même terme tous azimuts ; on pourrait presque penser que Scaevola s'est fait le prophète (ou l'apôtre) de la notion de diligence dans le droit. Il n'est donc pas interdit de consulter la définition qu'il donne de la diligence en matière de délit pour l'exporter en matière de contrats.

Car Scaevola, dans ce *casus*, nous enseigne deux choses fondamentales : d'abord que

---

<sup>1</sup> *Sur l'édit*, livre 28 (= Dig. 13, 6, 5, 3).

<sup>2</sup> Nous traduisons par « répondre de » le verbe *praestare*, qui ne s'est malheureusement pas perpétué en tant que tel dans le vocabulaire juridique francophone (alors que l'allemand a le très commode verbe *leisten*). Mais *praestare* peut aussi se traduire par « fournir la prestation », « fournir », « mettre à disposition », voire « appliquer. » En pratique, cela revient au même : le débiteur de ce *praestare*, s'il n'exécute pas sa *prestation*, doit *répondre* de son inexécution.

<sup>3</sup> Paul, *Sur Sabinus*, livre 10 (= Dig. 9, 2, 31, *pr.*) : [...] *culpam autem esse, quod cum a diligente providendi poterit, non esset provisum, aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit [...]*.

l' « homme diligent » est celui qui sait prévoir les conséquences de ses actes (et, dans ce contexte, c'est le mot « prudence » qui correspond au verbe « prévoir ») ; ensuite, que c'est une faute (*culpa*<sup>1</sup>) que de ne pas se conformer à cette espèce de modèle de comportement idéal qu'a inventé Scaevola. « Diligence » et « faute » sont entrés ensemble dans la réflexion juridique et les deux termes sont restés liés jusqu'à aujourd'hui : on aura l'occasion de le relever bientôt.

Gaius écrivit deux siècles et demi après Scaevola, mais il en est encore tributaire : au neuvième livre de son commentaire *Sur l'édit provincial*<sup>2</sup>, il impose à l'emprunteur une diligence aggravée : le commodataire doit traiter les choses qu'il a empruntées avec la même diligence que celle que tout « père de famille très diligent » applique à ses propres choses (*in rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet*). Le modèle de comportement de référence n'est plus n'importe quel homme : il est le chef de famille particulièrement attentionné à sa maison ; un homme censé inspirer la plus grande confiance. La formule est certes frappante, mais elle n'est pas non plus une définition de la diligence. Quant à la notion de *custodia*, Gaius, ici, l'ignore.

Ulpien, une génération au moins après Gaius, a combiné les deux notions de « garde » et de « diligence » que Scaevola avait encore traitées séparément<sup>3</sup> : il a affirmé que le commodataire devait même répondre d'une « garde diligente » de la chose prêtée (*custodiam etiam diligentem debet praestare*).

Les Institutes<sup>4</sup>, enfin, ont recours à un autre adjectif encore pour qualifier la diligence due par le commodataire : l'emprunteur est « contraint<sup>5</sup> » de fournir une « exacte » diligence dans la garde de la chose (*exactam diligentiam custodiendae rei praestare*), le critère de cette « exactitude » étant révélé juste après : « Il ne suffit pas qu'il y applique la même diligence qu'il a l'habitude d'appliquer à ses propres choses, du moins quand un autre eût pu garder cette chose avec plus de diligence. » La diligence exacte consiste donc à prendre autant de soin de la chose prêtée que la personne qui pût le faire au mieux. Nouvelle référence à un modèle idéal de comportement social.

Tous les qualificatifs par lesquels les Prudents ont étoffé le devoir fondamental de diligence sont difficiles à interpréter. Dès la renaissance du droit romain, au XII<sup>e</sup> siècle, les juristes ont essayé de clarifier ce qu'était une diligence « exacte », ou ce qu'il fallait entendre par un père de famille « très diligent » : les flots d'encre qu'on a fait couler pour expliquer ces qualificatifs ont noyé la question plutôt qu'ils ne l'ont éclaircie. Le D.O.C. marocain a eu le mérite de s'affranchir de ces subtilités : on pourrait dire que l'article 836 est revenu à la pure doctrine Scaevola, émise quelque deux mille ans auparavant.

---

<sup>1</sup> En latin, l'étymologie de ce mot si important reste mystérieuse.

<sup>2</sup> Dig. 13, 6, 18, *pr.* On appelait *édit provincial* l'édit que les pro-magistrats envoyés pour gouverner les provinces de la république composaient pour renseigner les justiciables de leur province sur les actions qu'ils se proposaient, lorsqu'ils exerceraient la *iurisdictio*, d'accorder aux demandeurs.

<sup>3</sup> *Sur l'édit*, livre 28 (= Dig. 13, 6, 5, 5).

<sup>4</sup> Institutes de Justinien, 3, 14, 2 (quatrième phrase).

<sup>5</sup> Le texte latin dit *iubetur*, ce qui pourrait se traduire par « reçoit l'ordre. »

*Il répond, en cas de contravention, du cas fortuit et de la force majeure.* On retrouvera la question du cas fortuit et de la force majeure ci-dessous, sous l'article 850.

**Article 837<sup>1</sup>.** L'emprunteur ne peut se servir de la chose prêtée que de la manière et dans la mesure déterminées par le contrat ou par l'usage, d'après sa nature.

Deux passages d'Ulpien se trouvent à l'origine de cet article. Le premier est au livre 28 de son commentaire sur l'édit de préteur et fournit la matière de deux paragraphes dans la Digeste<sup>2</sup>. Ulpien y énumère un certain nombre d'exemples pour illustrer en quoi consiste l'usage abusif de la chose prêtée. Il s'agit de chevaux et d'esclaves commodés. Le § 7 contient une indication chronologique importante : on y voit que le juriste Aufidius Namusa, au I<sup>er</sup> siècle avant notre ère, avait émis l'opinion que si un esclave couvreur avait été commodé et qu'il fût tombé de l'échafaudage sur lequel le commodataire l'avait envoyé travailler, le commodant ne pouvait pas prétendre à une indemnité. Mais on comprend aussi que l'opinion de Namusa, trop sévère envers le prêteur, avait été par la suite modérée : Ulpien, plus de deux siècles plus tard, a précisé que le commodant devait être débouté seulement s'il avait su que son esclave serait envoyé sur l'échafaudage, et accepté cette éventualité. La règle de cet article est aussi exprimée, en termes synthétiques, au livre 29 de son commentaire sur Sabinus<sup>3</sup>.

**Article 838<sup>4</sup>.** L'emprunteur peut se servir de la chose lui-même, la prêter ou en céder gratuitement l'usage à un autre, à moins que le prêt n'ait été fait en considération de sa personne, ou pour un usage spécialement déterminé.

On ne trouve pas dans les compilations justiniennes spécialement consacrées au commodat de dispositions permettant expressément à l'emprunteur de céder gratuitement l'usage de la chose à un tiers. Cet article est d'ailleurs étonnamment favorable à l'emprunteur : si on le prend au pied de la lettre, il permet à l'emprunteur, sauf exceptions, de prêter la chose à un tiers, même sans l'accord du prêteur originel. Peut-être s'agit-il d'une règle de droit musulman.

Cela dit, le droit romain n'interdit pas expressément à l'emprunteur de le faire. En d'autres termes, les juristes romains n'ont pas élaboré une règle expresse et générale pour cette question. Et leur silence trouve encore un écho, si on peut dire, de nos jours : car les codes contemporains varient beaucoup sur ce point. Si le D.O.C. autorise absolument le commodataire de permettre à un tiers d'utiliser la chose, d'autres codes le lui interdisent, ou limitent sa faculté de le faire : le § 603 du *B.G.B.* (deuxième phrase) lui interdit de le faire sans la permission du commodant<sup>5</sup>, l'article 306 (2) du C.S.O. le lui interdit absolument<sup>6</sup>, tandis que l'article 218 du Code civil du Québec pose une

---

<sup>1</sup> Art. 1201 de l'avant-projet.

<sup>2</sup> Dig. 13, 6, 5, 7-8.

<sup>3</sup> Dig. 13, 6, 10, *pr.*

<sup>4</sup> Art. 1202 de l'avant-projet.

<sup>5</sup> « Er [= Der Entleiher] ist ohne die Erlaubnis des Verleihers nicht berechtigt, den Gebrauch der Sache einem Dritten zu überlassen » (Il [= l'emprunteur] n'a pas le droit, sans la permission du prêteur, de céder l'usage de la chose à un tiers).

<sup>6</sup> « Il n'a pas le droit d'autoriser un tiers à se servir de la chose. »

règle comparable à l'allemande<sup>1</sup>.

**Article 839<sup>2</sup>.** L'emprunteur ne peut ni louer, ni donner en gage la chose prêtée, ni en disposer sans la permission du prêteur.

**Louer la chose prêtée sans la permission du prêteur.** Pomponius<sup>3</sup> traite du louage de la chose commodée par le commodataire, mais il le fait à l'occasion d'un *casus* très particulier. Il met en scène un professionnel, sans doute un dresseur de chevaux ou un négociant en chevaux, auquel on a gratuitement remis des chevaux pour qu'il puisse les essayer, de façon, probablement, à donner un avis d'expert sur les aptitudes ou la valeur des animaux. Et, pendant que cet expert détenait les animaux, il les a donnés en location, empochant le loyer. D'après le contexte, il est clair que celui qui avait remis les chevaux à l'homme de l'art n'avait pas consenti à cette location. Pomponius analyse implicitement le rapport entre les deux cocontractants comme un contrat de commodat et pose la règle que, dans ce cas, l'homme de l'art doit remettre au commodant le loyer perçu.

**Donner en gage la chose prêtée sans la permission du prêteur.** La question du commodat d'une chose destinée à servir de gage au créancier du commodataire, on l'a vu, a été traitée par Ulpien<sup>4</sup>. Ulpien n'a certes pas écrit que le commodant devait expressément consentir à ce que sa chose soit donnée en gage au créancier du commodataire : cependant, il résulte assez clairement du *casus* que le commodant avait approuvé l'usage que l'emprunteur entendait faire de la chose.

Le D.O.C. a le mérite d'énoncer explicitement la règle qui découle implicitement de la jurisprudence romaine. Il est possible que cette précision provienne du droit musulman : du moins l'avant-projet de code tunisien, en face de son article 1203, devenu l'article 839 du D.O.C., renvoie-t-il à plusieurs autorités du droit musulman.

**Article 840<sup>5</sup>.** L'emprunteur doit restituer, à l'expiration du temps convenu, identiquement la chose même qu'il a reçue, avec toutes ses accessions et accroissements depuis le prêt ; il ne peut être contraint à la restituer avant le temps convenu.

**À l'expiration du temps convenu.** Ulpien<sup>6</sup> a été d'avis que le juge devait tenir compte du moment convenu par les parties pour la restitution de la chose. Cette précision a quelque chose d'étrange : elle implique que le juge pouvait éventuellement s'affranchir du respect de la convention. La précision a sans doute été rendue nécessaire parce que le contrat de commodat étant une création prétorienne, il avait d'abord été nécessaire de rappeler aux juges que le rapport juridique qui liait commodant et commodataire avait autant de valeur contraignante qu'un contrat sanctionné par le droit civil. Mais ceci n'est que conjecture.

---

<sup>1</sup> « [...] il ne peut, non plus, permettre qu'un tiers l'utilise, à moins que le prêteur ne l'autorise » / « nor may he allow a third person to use it without the authorization of the lender. »

<sup>2</sup> Art. 1203 de l'avant-projet.

<sup>3</sup> *Sur Sabinus*, livre 11 (= Dig. 13, 6, 13, 1).

<sup>4</sup> *Sur l'édit*, livre 28 (= 13, 6, 5, 12).

<sup>5</sup> Art. 1204 de l'avant-projet.

<sup>6</sup> *Sur l'édit*, livre 28 (= Dig. 13, 6, 5, *pr.*).

***Doit restituer identiquement la chose même qu'il a reçue.*** Règle déjà évoquée sous l'article 830.

***Avec toutes ses accessions et accroissements depuis le prêt.*** Cette règle provient du droit romain, mais on ne la trouve pas au titre du commodat. Elle est exprimée en deux autres endroits du Digeste, les *casus* types étant le croît des animaux prêtés en commodat<sup>1</sup>, ou les fruits de la chose commodatée<sup>2</sup> : ni les uns ni les autres n'ont été, à proprement parler, prêtés au commodataire ; il n'empêche que celui-ci est tenu de les restituer avec la chose principale.

***Ne peut être contraint à restituer la chose avant le temps convenu.*** Paul<sup>3</sup>, en termes modérés, insiste sur le respect de son obligation par le prêteur. Même s'il ne retire aucun avantage de l'opération, puisque le commodat est essentiellement utile à l'emprunteur, le prêteur est tenu de respecter le contrat passé avec l'emprunteur. Le fait qu'il procure un bienfait en accordant gratuitement une chose en commodat ne l'autorise pas à mépriser les intérêts de l'emprunteur.

Les Prudents, en protégeant ainsi les droits de l'emprunteur, ne disent cependant pas sur quel fondement, ni pour quelle raison ils posent cette règle : pas un mot sur l'équité, ni sur le droit naturel ni sur quelque autre argument. Le droit romain organise minutieusement l'accès au prétoire, ouvre des voies de recours, permet aux justiciables de se faire entendre, mais ne s'embarrasse guère de justifications théoriques.

**Article 841<sup>4</sup>.** Si le prêt a été fait sans détermination d'époque, l'emprunteur ne doit restituer la chose qu'après s'en être servi suivant la destination convenue ou suivant l'usage.

**Lorsque le prêt a été fait sans détermination de but, le prêteur peut réclamer la restitution de la chose à tout moment, s'il n'y a usage contraire.**

***Après s'en être servi suivant la destination convenue ou suivant l'usage.*** Paul<sup>5</sup> donne le *casus* suivant : un commodant, le sachant, a prêté à quelqu'un des tablettes (*tabulae*) afin que ce commodataire les utilise pour y faire inscrire par un tiers une reconnaissance de dette en sa faveur. Il s'agissait de tablettes de cire en deux volets que l'on pouvait sceller ensemble, et sur lesquelles il était d'usage de coucher par écrit certains actes de la pratique du droit et des affaires.

Si le propriétaire des tablettes les reprenait au commodataire avant que la dette inscrite sur elles n'eût été payée à celui-ci, le commodataire perdait tout moyen de prouver l'existence de sa créance et cela pouvait aboutir à la perte de la créance. Et Paul de poser la règle que, dans ce cas, le commodataire avait une action en indemnité contre le propriétaire qui avait intempestivement repris les tablettes : nous avons déjà dit que cette action était appelée l'action « contraire » du commodat. La jurisprudence, tout en reconnaissant que, dans un prêt à usage, le commodant rendait

---

<sup>1</sup> Ulpien, *Sur Sabinus*, livre 29 (= Dig. 47, 2, 14, 15).

<sup>2</sup> Paul, *Sur Plautius*, livre 6 (= Dig. 22, 1, 38, 10).

<sup>3</sup> *Sur l'édit*, livre 29 (= Dig. 16, 3, 17, 3, deuxième phrase).

<sup>4</sup> Art. 1205 de l'avant-projet.

<sup>5</sup> *Sur l'édit*, livre 29 (= Dig. 13, 6, 17, 3, cinquième phrase).

un service gratuit au commodataire, a aussi conclu que le commodant ne devait pas se comporter de manière à léser le commodataire. Nous retrouverons cette question, dans une perspective légèrement différente, sous l'article 852 ci-dessous.

**Article 842<sup>1</sup>.** Néanmoins, le prêteur peut obliger l'emprunteur à restituer la chose, même avant le temps ou l'usage convenu :

**1° S'il a lui-même un besoin imprévu et urgent de la chose ;**

**2° Si l'emprunteur en abuse, ou s'en sert pour un usage différent de celui prévu par le contrat ;**

**3° S'il néglige de donner à la chose les soins qu'elle exige.**

On ne trouve pas dans les sources justiniennes relatives au commodat une règle permettant explicitement à l'emprunteur de reprendre sa chose avant terme, quand certaines conditions sont réunies.

Le droit musulman est peut-être à l'origine de cette disposition. Il peut cependant s'agir aussi d'une règle tirée par les juristes médiévaux et modernes d'une constitution de l'empereur Antonin (dit Caracalla) du 6 janvier 214 de l'ère commune<sup>2</sup> concernant non pas le prêt à usage, mais le contrat de louage de chose : par cette constitution, l'empereur a décidé qu'on ne pouvait pas expulser un locataire de l'appartement loué s'il payait le loyer, sauf dans trois cas : si le propriétaire avait besoin pour lui du logement, s'il avait l'intention de faire des travaux dans la maison, ou si le locataire se comportait mal dans la chose louée (*male in re locata versatus es[t]*). Les romanistes modernes, en effet, ne se sont pas privés de pratiquer ce genre d'extrapolations, pourtant téméraires.

**Article 843<sup>3</sup>.** Lorsque l'emprunteur a cédé l'usage de la chose ou en a autrement disposé en faveur d'une autre personne, le prêteur a une action directe contre ce dernier dans le même cas où il l'aurait contre l'emprunteur.

***Le prêteur a une action directe contre ce dernier.*** Le D.O.C. pose ici en termes généraux une règle qui remonte à une opinion de Labéon, rapportée par Ulpien<sup>4</sup>. Il s'agit encore du *casus* de la chose commodée pour servir de gage à une dette que l'emprunteur va contracter envers un tiers, l'incident étant que ce tiers gagiste ne rend pas le gage.

Labéon a organisé le recours du prêteur originel. Il écrit que, si le commodataire n'a rien à se reprocher (cela signifie qu'il a payé la dette pour laquelle la chose commodée servait de gage), mais que le créancier gagiste ne rend pas la chose, le commodant peut actionner le commodataire par

---

<sup>1</sup> Art. 1206 de l'avant-projet.

<sup>2</sup> Code justinien, **4, 65, 3**.

<sup>3</sup> Art. 1207 de l'avant-projet.

<sup>4</sup> *Sur l'édit*, livre 28 (= Dig. 13, 6, 5, 12, deuxième phrase).

l'action du commodat ; mais, dans ce cas, le but de l'action en justice sera limité : elle visera à contraindre le commodataire à céder au commodant l'action en restitution du gage qu'il a contre le tiers gagiste indélicat. Muni de cette action, le commodant pourra agir directement contre le créancier qui retient le gage injustement.

Le droit romain procède par la voie d'une cession d'action, tandis que le D.O.C. prononce d'emblée l'attribution au prêteur de l'action que l'emprunteur a contre le tiers, au sujet de la chose empruntée. Labéon s'était placé au niveau du litige entre deux, voire trois intérêts particuliers qu'il s'agissait de départager, alors que le D.O.C. parle la langue du législateur, impersonnelle et générale. Mais les législateurs modernes n'eussent pas pu parler avec tant de clarté si les juristes romains n'avaient pas, à partir du concret, élaboré les règles qui sont encore le matériau du droit d'aujourd'hui.

**Article 844<sup>1</sup>.** L'emprunteur doit restituer la chose dans le lieu où elle lui a été remise, sauf clause contraire.

Ulpien<sup>2</sup> a été d'avis que le juge devait tenir compte du lieu convenu par les parties pour la restitution de la chose. Voir sous l'article 840 ci-dessus : « à l'expiration du temps convenu ».

**Article 845<sup>3</sup>.** Les frais de réception et de restitution du prêt sont à la charge de l'emprunteur. Sont également à sa charge :

**1° Les frais d'entretien ordinaires ;**

**2° Ceux nécessaires pour l'usage de la chose.**

*Les frais d'entretien ordinaires ; les frais nécessaires pour l'usage de la chose.* Gaius<sup>4</sup> a distingué deux types d'impenses auxquelles pouvait donner lieu la chose commodée. Il a posé la règle à propos d'esclaves commodés : étaient à la charge de l'emprunteur les dépenses modiques, notamment les dépenses de nourriture qu'il devait faire pour pouvoir utiliser l'esclave emprunté. Ici, chose rare chez les juristes romains, Gaius donne à sa décision une justification théorique : il la fonde sur la *naturalis ratio*. On comprend cependant pourquoi les Prudents étaient avares de telles justifications : cette « raison naturelle » est loin d'être une notion claire, et on peut se demander pourquoi il est plus « naturel » que ce soit l'emprunteur qui paie la nourriture de l'esclave emprunté plutôt que le propriétaire.

Quant aux dépenses plus importantes, elles sont à la charge du propriétaire qui a prêté : mais ce cas-là est réglé par l'article suivant du D.O.C.

**Article 846<sup>5</sup>.** Cependant, l'emprunteur a le droit de répéter les dépenses urgentes et

---

<sup>1</sup> Art. 1208 de l'avant-projet.

<sup>2</sup> *Sur l'édit*, livre 28 (= Dig. 13, 6, 5, *pr.*).

<sup>3</sup> Art. 1209 de l'avant-projet.

<sup>4</sup> *Sur l'édit provincial*, livre 2 (= Dig. 13, 6, 18, 2).

<sup>5</sup> Art. 1210 de l'avant-projet.



extraordinaires qu'il a dû faire pour la chose avant d'avoir pu en donner avis au prêteur. Il a, de ce chef, un droit de rétention sur la chose prêtée. Cependant, lorsqu'il est en demeure de restituer la chose, il ne peut répéter les frais faits pendant le temps de sa demeure.

**Les dépenses urgentes et nécessaires.** Dans le même passage que ci-dessus, Gaius<sup>1</sup> décrit ce que sont à ses yeux les dépenses plus importantes qui, si elles ont dû être faites par l'emprunteur, doivent lui être remboursées par le propriétaire. Les deux exemples qu'il donne sont les dépenses médicales faites pour la guérison de l'esclave malade et les dépenses faites pour rechercher et retrouver un esclave emprunté qui se fût enfui de chez l'emprunteur<sup>2</sup>.

**Un droit de rétention sur la chose prêtée.** Gaius, un peu plus loin dans notre titre<sup>3</sup>, ne reconnaît pas expressément à l'emprunteur un droit de rétention sur la chose prêtée, même au cas où il aurait fait des dépenses nécessaires à sa conservation. Il recourt à un *casus* où le prêteur poursuit l'emprunteur par l'action directe du commodat en restitution de la chose : lorsqu'il est poursuivi, l'emprunteur qui a fait ce type de dépenses peut soulever une exception, qui lui permet en fin de compte de faire déduire, par compensation, les dépenses faites de la condamnation à laquelle il s'expose parce qu'il n'a pas restitué la chose, ou l'a rendue détériorée.

Le mot de « rétention » se trouve en revanche en un autre endroit du Digeste que dans le titre sur le commodat. On le trouve dans un *casus* complexe, où Paul<sup>4</sup> met en scène un prêteur qui aurait dérobé à l'emprunteur la chose prêtée. Il approuve d'abord Pomponius d'avoir posé comme règle que, dans ce premier cas, l'emprunteur ne pourrait agir contre le prêteur par l'action du vol, ni celui-ci mettre en cause par l'action du commodat la responsabilité de l'emprunteur dépouillé. Puis, Paul va plus loin dans la complication : il écrit que, si l'emprunteur a « la rétention » de la chose empruntée parce qu'il y a fait des dépenses, alors il peut agir par l'action du vol parce que, dans ce cas-là, la chose empruntée (puis dérobée) tenait lieu de gage. Il est difficile de savoir si cette deuxième règle est déjà de Pomponius, ou seulement de Paul, mais ceci est peu important pour notre propos : ce paragraphe montre implicitement que la jurisprudence romaine avait admis que l'emprunteur pût, quand certaines conditions étaient réunies, retenir la chose jusqu'à ce qu'il eût été remboursé des impenses faites dans l'intérêt de la chose. Mais ce droit de rétention était assez étroitement circonscrit, comme le montre l'article suivant.

**Article 847<sup>5</sup>.** En dehors des cas prévus aux articles précédents, le commodataire n'a point le droit de retenir la chose prêtée à raison de ses créances contre le prêteur.

L'article 847 pose la règle après que l'article 846 a énoncé l'exception. Il est l'écho fidèle de la constitution des empereurs Dioclétien et Maximien du 20 novembre 294, insérée au Code

---

<sup>1</sup> Dig. 13, 6, 18, 2.

<sup>2</sup> Il existait des chasseurs d'esclaves avec lesquels les maîtres de chez qui un esclave s'était enfui passaient un contrat de louage : moyennant rémunération, le prestataire de ce service se chargeait de retrouver l'esclave et de le ramener à son maître.

<sup>3</sup> Dig. 13, 6, 18, 4.

<sup>4</sup> *Sur Sabinus*, livre (= Dig. 47, 2, 15, 2).

<sup>5</sup> Art. 1212 de l'avant-projet.

justinien<sup>1</sup>.

**Article 848<sup>2</sup>.** Lorsque le commodat n'est point prouvé par acte authentique ou sous seings privés, l'affirmation de l'emprunteur fait foi, à charge de serment, quant à la restitution de la chose prêtée. Il peut se dispenser du serment en faisant la preuve de la restitution. Si le commodat est prouvé par écriture sous seings privés, ou par acte authentique, l'emprunteur n'est libéré que par une preuve écrite.

*L'affirmation de l'emprunteur fait foi, à charge de serment.* Le seul passage où les sources justiniennes font mention d'un serment à propos du commodat est d'Ulpien<sup>3</sup>, mais la situation évoquée par ce juriste n'est pas la même que celle de l'article 848 du D.O.C. : le droit romain est ici moins favorable à l'emprunteur que le droit marocain. Le commodat étant souvent pratiqué entre personnes assez proches les unes des autres, il était rare, sans doute, qu'au moment de la remise de la chose, on en déterminât de façon certaine la valeur et lorsqu'un litige éclatait finalement entre les cocontractants, cette imprécision en compliquait la résolution. C'est pourquoi la jurisprudence romaine permit aux parties de se déférer le serment pour déterminer la *valeur* du litige, qui servait de base à l'indemnité à laquelle la partie qui succombait était finalement condamnée par le juge.

Le D.O.C. ne parle ici que de l'emprunteur et lui réserve un traitement favorable. Si aucun document probatoire n'a été dressé lors du commodat, le législateur ordonne que l'affirmation de l'emprunteur, corroborée par un serment, fera foi en ce qui concerne la *restitution* de la chose. Le D.O.C. élargit donc, par rapport au droit romain, le champ d'application du serment, mais n'accorde qu'au seul emprunteur le bénéfice de cette confiance.

Il est difficile de savoir d'où vient cette indulgence du droit marocain envers l'emprunteur et on ne peut ici que formuler les incertaines hypothèses habituelles : elle pourrait découler ou bien du droit musulman, ou bien du droit romain médiéval, ou bien de l'interprétation donnée par les juristes modernes, à partir du XVI<sup>e</sup> siècle, aux règles romaines.

**Article 849<sup>4</sup>.** L'emprunteur ne répond pas de la perte ou de la détérioration de la chose prêtée résultant de l'usage qu'il en a fait, lorsque cet usage est normal ou conforme à la convention des parties ; si le prêteur prétend que l'emprunteur a abusé de la chose, il doit en fournir la preuve.

*Lorsque cet usage est normal ou conforme à la convention des parties.* Un bref passage d'Ulpien<sup>5</sup> est à l'origine de la règle exprimée ici par le D.O.C. Mais un autre paragraphe de ce juriste<sup>6</sup> nous apprend aussi que, sur ce point, le droit romain était bien plus sévère que le droit marocain : Julien, qui avait vécu au moins deux générations avant Ulpien, avait été d'avis que l'emprunteur qui utilisait la chose prêtée à un autre usage que celui qui était prévu risquait en plus

---

<sup>1</sup> Code justinien, 4, 23, 4.

<sup>2</sup> Art. 1213 de l'avant-projet (partiellement).

<sup>3</sup> *Sur l'édit*, livre 28 (= Dig. 13, 6, 3, 2).

<sup>4</sup> Art. 1214 de l'avant-projet.

<sup>5</sup> *Sur Sabinus*, livre 29 (= Dig. 13, 6, 10, *pr.*).

<sup>6</sup> *Sur l'édit*, livre 28 (= Dig. 13, 6, 5, 8).

d'être actionné par l'action du vol, et cette opinion était devenue la règle. L'action de vol était redoutable : cette action délictuelle pouvait éventuellement aboutir à la condamnation de l'emprunteur au double de la valeur de la chose considérée comme volée.

Quant à Pomponius<sup>1</sup>, il a expliqué pourquoi, dans certains cas, l'emprunteur qui avait surestimé les capacités de la chose qu'il avait prêtée ne pouvait s'en prendre qu'à lui-même si la chose avait péri alors que l'emprunteur était en train de l'utiliser conformément à ce qui avait été prévu par les parties.

Les opinions des juristes romains, synthétisées par la science juridique médiévale et moderne, ont abouti à cet article du D.O.C. Mais toute trace d'assimilation entre abus de la chose commodée et vol semble avoir disparu des droits modernes.

**Article 850<sup>2</sup>.** L'emprunteur répond de la détérioration et de la perte de la chose prêtée arrivée par cas fortuit ou par force majeure, lorsqu'il abuse de la chose prêtée, ou notamment :

**1° S'il emploie la chose à un usage différent de celui déterminé par sa nature ou par la convention ;**

**2° S'il est en demeure de la restituer ;**

**3° S'il a négligé les précautions nécessaires pour la conservation de la chose ou s'il dispose de la chose en faveur d'un tiers sans la permission du prêteur, lorsque le prêt a été fait en considération de la personne.**

**La perte de la chose prêtée arrivée par cas fortuit ou par force majeure.** L'irresponsabilité de l'emprunteur qui ne peut restituer la chose à cause d'un cas fortuit ou de quelque force majeure, ou qui la restitue détériorée à cause de ces événements, est plusieurs fois traitée par les sources justiniennes. La question du cas fortuit et de la force majeure apparaît d'ailleurs deux fois aussi dans le D.O.C. : à l'article 836 et en celui-ci.

Gaius<sup>3</sup> n'emploie pas les expressions « cas fortuit » et « force majeure », mais il décrit précisément plusieurs cas « auxquels on ne peut pas résister » (*quibus resisti non possit*) : et il est d'avis que, lorsque la chose empruntée a péri par un fait irrésistible, l'emprunteur n'est pas tenu de sa perte.

Ulpien<sup>4</sup> commence par poser la règle que la perte de la chose due à la propre caducité de la chose (le cas type étant la mort naturelle d'un esclave prêté à usage) ou consécutive à une incursion de brigands ne peut être imputée au commodataire. Il est clair que l'emprunteur n'a aucune prise sur ces événements, quoique Ulpien n'emploie pas non plus les mots mêmes de « cas fortuit » ou de « force majeure. »

---

<sup>1</sup> Sur *Quintus Mucius*, livre 21 (= Dig. 13, 6, 23).

<sup>2</sup> Art. 1215 de l'avant-projet.

<sup>3</sup> Sur l'*édit provincial*, livre 9 (= Dig. 13, 6, 18, *pr.*).

<sup>4</sup> Sur l'*édit*, livre 28 (= Dig. 13, 6, 5, 4).

Mais le juriste précise que l'emprunteur ne sera pas exonéré de sa responsabilité dans tous les cas : s'il est assez imprudent pour exposer la chose empruntée à des événements graves de ce genre, il sera quand même tenu envers le prêteur. C'est le sens des mots : « sauf si quelque faute intervient » (*nisi aliqua culpa interveniat.*). On voit bien ici que la notion de faute, trois siècles après que Scaevola l'avait mise en piste dans le domaine des délits, était couramment employée en matière contractuelle. La faute de l'emprunteur consiste ici à emporter en voyage une chose empruntée pour un usage urbain, au risque de la perdre dans un naufrage, par exemple, ou de l'offrir en pâture aux voleurs de grand chemin.

Quant aux Institutes de Justinien, enfin, non seulement elles reprennent la teneur de la règle dégagée par les Prudents du temps passé, mais encore elles n'hésitent pas à employer les termes techniques de « cas fortuit » et de « force majeure<sup>1</sup> », sans prendre la peine, cependant, d'expliquer la différence qui existe entre les deux notions.

Le D.O.C. a conservé la règle romaine, tout en préférant à « faute » le mot de « contravention. » La contravention commise par l'emprunteur est tout comportement incompatible avec son devoir de diligence.

**Article 851<sup>2</sup>.** Toute stipulation qui chargerait l'emprunteur des cas fortuits est nulle.

**Est nulle également la stipulation par laquelle l'emprunteur stipulerait d'avance qu'il ne répondra pas de son fait ou de sa faute.**

*Toute stipulation qui chargerait l'emprunteur des cas fortuits est nulle.* Cet alinéa opère une chose assez rare, en fin de compte, dans les législations influencées par le droit romain : il vient sciemment contredire une règle pourtant insérée au Code justinien, au titre du commodat. La constitution des empereurs Dioclétien et Maximien du 27 mai 290 (ou 293) admet en effet la validité d'une stipulation par laquelle le prêteur d'un bœuf aurait fait promettre à l'emprunteur de prendre sur lui la perte de l'animal, même arrivée à cause d'une incursion ennemie<sup>3</sup>. L'acte impérial, certes, parle de « force majeure », tandis que le D.O.C. ne prend en compte que les « cas fortuits. » Mais la limite entre les deux notions est extrêmement floue.

Il serait très intéressant de rechercher les causes qui expliqueraient pourquoi le législateur marocain s'est ainsi volontairement départi de la fidélité aux solutions romaines dont il fait en général preuve : une fois encore, il faudrait interroger le droit musulman et les juristes modernes.

***Il ne répondra pas de son fait ou de sa faute.*** Paul<sup>4</sup> interdit de tenir compte en justice de tout avenant au contrat principal de commodat qui exonérerait l'emprunteur de sa responsabilité s'il commettait une action dolosive. On sait que la validité des conventions accessoires aux contrats,

---

<sup>1</sup> Institutes de Justinien, **3, 14, 2** (troisième et quatrième phrases).

<sup>2</sup> Art. 1216 de l'avant-projet.

<sup>3</sup> Code **4, 23, 1**.

<sup>4</sup> *Sur l'édit*, livre 29 (= Dig. 13, 6, **17, pr.**).

conventions accessoires que les Romains appelaient volontiers des « pactes<sup>1</sup> », était soumise à un certain nombre de conditions qui pouvaient en limiter la portée.

Nous sommes ici en présence d'une de ces limites : Paul décide que, même si le prêteur, au moment de la conclusion du commodat, contrat principal, avait, par un pacte, convention accessoire, consenti à se lier les mains en promettant de ne pas poursuivre l'emprunteur qui eût commis quelque dol à son détriment, il pourrait néanmoins être admis à poursuivre l'emprunteur en cas de perte ou de détérioration de la chose due à la malignité de l'emprunteur ; et que celui-ci ne pourrait se prévaloir de l'exception de pacte pour neutraliser la demande du prêteur.

La doctrine de Paul répond au texte même de l'édit du prêteur : « Je ferai observer les pactes convenus qui n'auront pas été faits [...] au moyen d'un mauvais dol<sup>2</sup>. » Par ces mots, le prêteur promettait de sanctionner en justice, en accordant les exceptions et les actions nécessaires à cet effet, les conventions flexibles et informelles par lesquelles les parties à un contrat avaient pu aménager leur rapport juridique d'une façon qui différerait des règles régissant habituellement l'opération principale ; mais le prêteur n'était pas prêt à accorder ce remède juridique les yeux fermés : il se réservait la faculté de refuser toute sanction à un pacte qui eût été obtenu par un dol.

Le prêteur, dans son édit, énonçait seulement le remède juridictionnel qu'il était prêt à accorder ; il n'en précisait pas les conditions précises d'application : ceci était la fonction des Prudents, notamment lorsqu'ils commentaient l'édit du magistrat. C'est ce que fait Paul ici : il considère qu'un pacte par lequel l'emprunteur s'arrogerait le droit d'être malhonnête envers le prêteur serait un pacte nécessairement dolosif et que, dans ce cas-là, le magistrat, saisi d'un litige pendant lequel une des parties prétendrait exciper d'un tel pacte, pourrait refuser d'accorder l'exception au défendeur.

**Article 852<sup>3</sup>.** L'emprunteur a une action en dommages contre le prêteur : 1° Lorsque la chose a été évincée par un tiers pendant qu'il s'en servait ;

**2° Lorsque la chose prêtée avait des défauts tels qu'il en est résulté un préjudice pour celui qui s'en sert.**

*L'emprunteur a une action en dommages contre le prêteur.* Nous avons déjà eu l'occasion, sous l'article 841 ci-dessus, d'évoquer ce long passage où Paul<sup>4</sup> essaie de justifier le fait qu'on puisse donner une action en justice à l'emprunteur contre le prêteur. Et sous l'article 830, nous avons brièvement fait observer que le verbe *commodare*, au pied de la lettre, ne pouvait s'appliquer qu'au prêteur. À l'origine, l'action du commodat n'avait été accordée qu'au *tradens* ; l'emprunteur, quant à lui, lorsqu'il avait finalement à pâtir d'un prêt qu'on lui avait consenti, restait sans recours.

---

<sup>1</sup> Voir au Digeste, livre 2, le titre 14 consacré aux pactes (*De pactis*).

<sup>2</sup> Le texte de l'édit nous a été conservé par la citation qu'en fait Ulpien, *Sur l'édit*, livre 4 (= Dig. 14, 2, 7, 7) :  *Pacta conventa, quae neque dolo malo [...] facta erunt, servabo.*

<sup>3</sup> Art. 1217 de l'avant-projet.

<sup>4</sup> *Sur l'édit*, livre 29 (= Dig. 13, 6, 17, 3).

À une époque que nous ne pouvons pas déterminer, mais que l'on peut situer à la fin de la république ou au début de l'empire, l'édit semble avoir connu une sorte de relecture innovante : un juriste, ou des juristes ont commencé à écrire que l'emprunteur pouvait aussi se prévaloir de l'édit pour attaquer en justice le prêteur à cause duquel il eût subi un dommage. Ceci aboutit à changer sensiblement le sens du verbe *commodare* : dans la phrase déjà citée sous l'article 830, *Quod quis commodasse dicetur, de eo iudicium dabo*, « Lorsqu'on allèguera que quelqu'un a commodé, pour cela, je donnerai une action », le même verbe put désormais se lire autant « Lorsqu'on allèguera que quelqu'un a prêté à usage... » que « Lorsqu'on allèguera que quelqu'un a emprunté... »

Ceci n'est pas le seul exemple où les Prudents ont joué avec les mots du droit. La vieille, mais non moins fondamentale loi Aquila<sup>1</sup>, dans son chapitre 3, avait prévu la réparation du « dommage infligé injustement » (*damnum iniuria datum*). Elle entrait dans un certain détail et énonçait trois cas de dommages, ces cas étant exprimés par les trois verbes *urere* (« brûler »), *frangere* (« fracturer »), *rumpere* (« rompre »). La différence entre « fracturer » et « rompre » était que, dans le premier cas, la chose était certes endommagée, mais que le dommage n'était pas irréversible : « fracturer » le bras d'un esclave signifiait le casser, mais sans que le bras soit arraché ; en revanche, lorsqu'on « rompait » le bras du malheureux, cela voulait dire qu'on l'arrachait, ou qu'on en arrachait une partie, dommage irréversible.

La loi était donc assez précise. Mais la jurisprudence ancienne (les Romains appelaient ainsi la jurisprudence d'époque républicaine) avait donné au verbe *rumpere* une extension considérable en lui donnant le sens de *corrumpere*<sup>2</sup>, « corrompre. » Ce petit jeu de mots avait permis de faire entrer dans le champ d'application de la loi une foule de dommages auxquels le législateur n'avait sans doute jamais pensé.

Le soin que Paul met à justifier que l'emprunteur puisse dans certains cas poursuivre le prêteur laisse à penser qu'à la fin du II<sup>e</sup> siècle de notre ère, il y avait encore un débat sur ce point dans la jurisprudence romaine. Malheureusement, nous n'avons pas conservé les écrits où les Prudents hostiles à l'action de l'emprunteur contre le prêteur énonçaient leurs objections. On peut cependant deviner entre les lignes de Paul que ces auteurs insistaient sur la générosité du prêteur, comme sur sa liberté : puisque celui-ci avait rendu un service qui tournait au bénéfice de l'emprunteur, il devait rester à l'abri de toute contrainte du droit<sup>3</sup>. Mais Paul leur répond que, même dans le domaine des bons offices et de la bienfaisance, il y a place pour des règles de droit, et pour des actions en responsabilité. Et la doctrine de Paul est passée dans les droits modernes.

L'action accordée à l'emprunteur à l'occasion d'un commodat était appelée « action contraire

---

<sup>1</sup> Plébiscite voté en 287 ou en 286 avant l'ère commune, qui réorganisa la réparation des dommages causés aux esclaves, aux animaux domestiques et aux autres biens. Elle est l'une des sources antiques de ce qu'on appelle aujourd'hui la « responsabilité civile. »

<sup>2</sup> Évolution brièvement rapportée par Ulpien, *Sur l'édit*, livre 18 (= Dig. 9, 2, 27, 13) : *Inquit lex 'ruperit'. rupisse verbum fere omnes veteres sic intellexerunt 'corruperit'* ; « La loi dit 'a rompu' ; presque tous les anciens [jurisconsultes] ont compris comme 'a corrompu' le verbe 'avoir rompu'. »

<sup>3</sup> Africain adopte une attitude relativement favorable au prêteur, même si celui-ci a commis quelque dol à l'encontre de l'emprunteur, au motif que le commodat n'est d'aucune utilité pour lui-même et n'est avantageux qu'à l'emprunteur : *Questions*, livre 8 (= Dig. 47, 2, 62, 6).

du commodat. » Cette création jurisprudentielle a finalement pris racine dans le droit romain et elle se trouve expressément mentionnée dans la rubrique du titre consacré au commodat dans le Digeste (livre 13, titre 6 *Commodati vel contra*).

En se livrant à des interprétations de ce genre, les Prudents, en synergie avec les préteurs, ont fait œuvre de justice. Ce sont des cas comme celui-ci qu'il faut avoir en tête pour comprendre la célèbre définition de la justice donnée par Ulpien, en s'appuyant sur une longue tradition : « La justice est la volonté ferme et stable d'attribuer à chacun son droit<sup>1</sup>. » Dans le cas qui nous occupe, face au droit évident du prêteur, les Prudents ont voulu créer celui de l'emprunteur et ils l'ont fait en autorisant la délivrance par le magistrat d'une action au commodataire lésé ; mais à aucun moment ils ne dirent que l'espèce d'équilibre auquel ils aboutirent découlait de l'équité ou de quelque notion morale.

**Article 853<sup>2</sup>**. Toutefois, le prêteur n'est pas responsable :

**1° Lorsqu'il ignorait la cause de l'éviction ou les vices cachés de la chose ;**

**2° Lorsque les vices ou les risques étaient tellement apparents que l'emprunteur eût pu facilement les connaître ;**

**3° Lorsqu'il a prévenu l'emprunteur de l'existence de ces défauts ou de ces dangers, ou des risques de l'éviction ;**

**4° Lorsque le dommage a été occasionné exclusivement par le fait ou la faute de l'emprunteur.**

***Le prêteur n'est pas responsable lorsqu'il ignorait les vices cachés de la chose.***

Les sources justiniennes *ad hoc* envisagent deux cas où la chose prêtée peut causer un préjudice à l'emprunteur, dont celui-ci est admis à demander l'indemnité. Gaius<sup>3</sup> décide que le prêteur qui a sciemment prêté des récipients défectueux est responsable envers l'emprunteur qui a perdu le vin qu'il a placé dans ces récipients. Le texte exclut donc implicitement la responsabilité du prêteur qui eût ignoré que les récipients qu'il prêtait étaient défectueux.

Même doctrine sous la plume de Paul<sup>4</sup> : il s'agit là du prêt d'un esclave voleur, qui commet un vol pendant qu'il est au service de l'emprunteur. Le texte est assez vague pour couvrir deux cas de figure : ou bien le vol commis au détriment de l'emprunteur, ou bien celui commis à l'encontre d'un tiers. Dans les deux cas, le fait de l'esclave peut causer un préjudice à l'emprunteur : dans le premier, parce que le commodataire lui-même pâtit du vol ; dans le second, parce que le tiers victime du vol peut agir contre l'emprunteur pour le faire condamner du fait de l'esclave. Paul décide que l'emprunteur pourra agir contre le prêteur par deux actions concurrentes : par l'action de

---

<sup>1</sup> *Règles*, livre 1<sup>er</sup> (= Dig. 1, 1,10, *pr.*) : *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi.*

<sup>2</sup> Art. 1218 de l'avant-projet.

<sup>3</sup> *Sur l'édit provincial*, livre 9 (= Dig. 13, 6, **18, 3**).

<sup>4</sup> *Sur l'édit*, livre 22 (= Dig. 13, 6, **22**).

vol, d'abord, et par l'action contraire du commodat, en plus. Mais, en ce qui concerne l'action du commodat, le prêteur ne pourra être condamné que s'il a su que l'esclave prêté était voleur.

De ces deux passages, il résulte que la responsabilité du prêteur était limitée aux cas de dol. Le droit romain ne lui faisait pas grief d'avoir ignoré les défauts de la chose prêtée, même si elle avait été l'occasion d'un préjudice pour l'emprunteur. Dans le régime romain du contrat de vente, en revanche, le vendeur était tenu de garantir les vices cachés de la chose vendue, même s'il les avait ignorés lors de la vente. C'est toute la différence entre les contrats dits de bienfaisance et les contrats onéreux.

**Article 854<sup>1</sup>.** Le prêt à usage se résout par la mort de l'emprunteur, mais les obligations qui en résultent se transmettent à sa succession. Ses héritiers répondent personnellement des obligations qui résultent de leur fait et relatives à la chose prêtée.

*Les obligations qui en résultent se transmettent à sa succession.* Et Ulpien<sup>2</sup> et Paul<sup>3</sup> s'accordent à dire que l'héritier d'un emprunteur est, en ce domaine, tenu des mêmes obligations que celles du *de cuius*.

**Article 855<sup>4</sup>.** Les actions du prêteur contre l'emprunteur, et de ce dernier contre le prêteur, à raison des articles 836, 837, 839, 841, 846 et 852 se prescrivent par six mois. Ce délai commence, pour le prêteur, à partir du moment où la chose lui est restituée et, pour l'emprunteur, du moment où le contrat a pris fin.

---

<sup>1</sup> Art. 1219 de l'avant-projet.

<sup>2</sup> *Sur l'édit*, livre 28 (= Dig. 13, 6, 3, 3).

<sup>3</sup> *Sur l'édit*, livre 29 (= Dig. 13, 6, 17, 2).

<sup>4</sup> Art. 1220 de l'avant-projet.



## Section II. Le commodat dans les sources justiniennes.

1°) **Digeste de Justinien, livre 13, titre 6 : [De l'action] du commodat ou de l'action contraire.**

### A. Traduction française :

On a pris le parti, dans la traduction ci-dessous, de rester le plus près possible du texte latin, même quand cela aboutissait à des phrases peu élégantes<sup>1</sup>.

Dans les notes en bas des pages, on a indiqué les références à d'autres passages des compilations justiniennes, voire à d'autres recueils juridiques de l'Antiquité, qui peuvent avoir quelque rapport avec les fragments du titre sur le commodat. Les juristes ont pris l'habitude de faire ces références depuis le XII<sup>e</sup> siècle et David Santillana les connaissait sans doute. Cependant, si elles sont souvent utiles, elles n'ont pas toutes le même degré de pertinence.

1. ULPIEN, *Sur l'édit*, livre 28. Le préteur dit : « Lorsqu'on allèguera que quelqu'un a commodé, pour cela, je donnerai une action. »

1 L'interprétation de cet édit n'est pas difficile. Un seul point doit être noté, à savoir que celui qui a conçu l'édit a fait mention de « commodé », alors que Pacuvius a fait mention de « donné pour utiliser. » Entre « commodé » et « donné pour utiliser », en vérité, Labéon dit qu'il y a la même différence qu'entre le genre et l'espèce : une chose meuble [peut] certes être commodée, mais non pas une chose [attachée au] sol, alors qu'une chose attachée au sol [peut] être donnée pour être utilisée. Cependant, à ce qu'il appert, une chose est proprement dite « commodée » même quand elle est attachée au sol<sup>2</sup> : Cassius aussi est de cet avis. En plus, Vivien dit que même une habitation<sup>3</sup> peut être commodée<sup>4</sup>.

2 Les impubères ne sont pas tenus par l'action du commodat, puisqu'un commodat ne se forme pas à l'égard de la personne d'un pupille sans l'autorisation du tuteur : à tel point que, même si, devenu pubère, il a commis un dol ou une faute, il n'est pas tenu par cette action, parce que, au départ, le commodat ne s'est pas formé.

2. PAUL, *Sur l'édit*, livre 29. L'action du commodat ne doit pas être donnée contre un fou non plus. Mais [l'action] « pour exhiber<sup>5</sup> » sera donnée contre eux, de manière à ce que la chose exhibée

---

<sup>1</sup> Les lecteurs qui voudront lire une traduction de ce titre en bon français pourront se reporter à la traduction de Henry Hulot, *Les Cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'empereur Justinien traduits en français par feu M. Hulot ...*, à Metz, chez Behmer & Lamort, et à Paris, chez Rondonneau, an XII (1804), réimpression Aalen, Scientia, 1979, tome II (livres 8 à 18).

<sup>2</sup> Juvénal, *Satires* 7, 40.

<sup>3</sup> Ce mot désigne ici, non pas toute une maison, mais un logement particulier, un appartement dans une maison.

<sup>4</sup> Ulpian, *Sur Sabinus*, livre 22 (= Dig. 19, 5 *Des actions avec mentions suscrites et emportant argumentation de fait*, 17, pr.).

<sup>5</sup> Action qui permettait au demandeur de faire présenter en justice une chose litigieuse que le défendeur niait frauduleusement avoir.

soit revendiquée.

3. ULPPIEN, *Sur l'édit*, livre 28. Mais il me semble que, lorsqu'un pupille a été enrichi, l'action utile<sup>1</sup> du commodat doit être donnée, conformément au rescrit du divin Pie<sup>2</sup>.

1 Si la chose commodée a certes été rendue, mais rendue détériorée, on ne considère pas comme ayant été rendue cette chose rendue après avoir été détériorée, sauf si on répond de la différence : à proprement parler, en effet, une chose n'est pas dite rendue, qui est rendue détériorée<sup>3</sup>.

2 Dans cette action, comme dans les autres actions de bonne foi, on prêtera pareillement serment sur la valeur du litige : et c'est le moment du jugement qu'on prend en considération pour savoir combien vaut la chose, alors que dans les procès de droit strict, c'est le moment de la définition du litige par témoins<sup>4</sup>.

3 L'héritier de celui qui a reçu quelque chose en commodat est poursuivi en proportion de la part pour laquelle il est héritier, sauf s'il a la possibilité de restituer toute la chose et qu'il ne le fasse pas : car alors, il est condamné pour la totalité<sup>5</sup>, selon ce qui paraîtra opportun à l'arbitrage d'un bon juge.

4 Si quelque chose a été commodé à un fils de famille ou à un esclave, on devra agir dans la limite du pécule ; contre le fils de famille lui-même, on pourra même [agir] directement. Et si on a commodé à une servante ou à une fille de famille, on devra de même agir dans la limite du pécule.

5 Un père ou un maître ne sera pas seulement condamné du fait du dol de ces personnes : la fraude du maître lui-même, ou du père, est aussi prise en compte, selon le *distinguo* fait par Julien au livre 11<sup>6</sup>, à propos de l'action de gage<sup>7</sup>.

6 Ne peut pas être commodé ce qui se consomme par l'usage, sauf si quelqu'un le reçoit pour un cortège et pour l'ostentation.

---

<sup>1</sup> On appelait action « utile » (ou « adaptée ») une action qui dérivait des actions énumérées dans l'édit du préteur : des actions utiles pouvaient être accordées par le magistrat dans les cas où toutes les conditions n'étaient pas réunies, qui eussent normalement permis d'accorder au demandeur l'action « directe. » Voir ci-dessus, sous l'article 831.

<sup>2</sup> Sur cette constitution d'Antonin le Pieux : Ulprien, *Sur l'édit*, livre 3 (= Dig. 3, 5 *De la gestion d'affaires*, 3, 4) ; Ulprien, *Sur Sabinus*, livre 1<sup>er</sup> (= Dig. 26, 8 *De l'autorisation et du consentement des tuteurs et curateurs*, 1, *pr.*) ; Ulprien, *Sur Sabinus*, livre 40 (= Dig. 26, 8, 5, *pr.*).

<sup>3</sup> Sénèque le Rhéteur, *Controverses*, 8, 2 ; Ulprien, *Sur l'édit*, livre 30 (= Dig. 16, 3 *De l'action de dépôt et de l'action contraire*), 1, 16 ; Ulprien, *Sur l'édit*, livre 7 (= Dig. 50, 16 *De la signification des mots*, 13, 1) ; Paul, *Sur l'édit*, livre 7 (= Dig. 50, 16, 14, *pr.*).

<sup>4</sup> La *litis contestatio* était le moment où les parties, par-devant le magistrat, énonçaient et faisaient constater leurs prétentions respectives, avant que d'être envoyées devant le juge chargé de trancher leur différend. Julien, *Sur Minicius*, livre 4 (= Dig. 12, 1 *Des choses qui ont été confiées...*, 22).

<sup>5</sup> Paul, *Sur l'édit*, livre 17 (= Dig. 16, 3 *De l'action de dépôt ou de l'action contraire*, 9).

<sup>6</sup> Au livre 11 des *Digestes* de Julien.

<sup>7</sup> Ulprien, *Disputes*, livre 2 (= Dig. 15, 1 *Du pécule*, 36).

4. GAIUS, *Des obligations qui se contractent par des paroles*, livre 1<sup>er</sup>. Souvent, en effet, une somme d'argent se trouve commodée seulement dans le but qu'elle intervienne dans un paiement pour la forme.

5. ULPYEN, *Sur l'édit*, livre 28. Si on a convenu que le commodat serait rendu en un lieu ou en un temps certain, il est de l'office du juge de tenir compte du lieu et du temps<sup>1</sup>.

1 Si quelqu'un a agi en justice par cette action et a perçu la valeur du litige qu'on lui proposait, il fait de la chose la propriété de celui qui a proposé [la valeur]<sup>2</sup>.

2 Maintenant il faut voir ce qui est couvert par l'action de commodat, le dol ou aussi la faute, voire l'ensemble du risque. Car, dans les contrats, en vérité, tantôt nous répondons du dol seulement, tantôt de la faute aussi : du dol dans le dépôt car, puisque celui chez qui le dépôt est fait n'en tire aucune utilité, c'est avec raison qu'il répond seulement du dol ; sauf si, par hasard, une rémunération y a été attachée (car alors, comme cela a été décidé par constitution impériale, la faute aussi est prise en compte) ; ou encore si, dès le départ, on a convenu que celui chez qui le dépôt serait fait répondrait de la faute et du risque. Mais quand il y a utilité des deux côtés, comme dans la vente, comme dans le louage, comme dans la dot, comme dans le gage, comme dans la société, on répond et du dol et de la faute<sup>3</sup>.

3 La plupart du temps, cependant, le commodat n'a d'utilité que pour celui à qui le commodat est fait ; donc, l'opinion de Quintus Mucius est la plus vraie, qui estime qu'on doit répondre<sup>4</sup> et de la faute et de la diligence<sup>5</sup> ; et que, quand une chose a été donnée après estimation, tout le risque doit être couvert par celui qui a reçu la chose en acceptant de répondre de sa valeur estimée.

4. Quant à ce qui survient du fait de la vieillesse ou de la maladie, en revanche, ou est ravi par la violence des voleurs, ou quand arrive quelque chose de similaire, il faut dire que rien de cela ne devra être imputé à celui qui a reçu le commodat, sauf si quelque faute intervient. Ainsi donc, si quelque chose survient du fait d'un incendie ou de l'effondrement [d'un bâtiment], ou si quelque autre dommage fatal arrive, [l'emprunteur] ne sera pas tenu, sauf si, alors qu'il pouvait sauver les choses commodées, il a préféré les siennes.

5 Il est clair qu'il doit répondre d'une garde en plus diligente de la chose commodée.

6 Mais si on répond aussi de la garde de l'esclave commodé, chez les anciens, cela était objet de doute. Quelquefois, en effet, on répondait en plus de la garde de l'esclave, s'il était commodé

---

<sup>1</sup> Paul, *Sur l'édit*, livre 28 (= Dig. 13, 4 *De ce qui doit être donné en un lieu déterminé*, 7, pr.) ; Venuleius, *Stipulations*, livre 1<sup>er</sup> (= Dig. 45, 1 *Des obligations verbales*, 137, 2).

<sup>2</sup> Voir ci-dessous Dig. 13, 6, **13, pr.** et Dig. 13, 6, **17, 5** ; Paul, *Sur l'édit*, livre 31 (= Dig. 16, 3 *De l'action de dépôt et de l'action contraire* 13, pr.).

<sup>3</sup> Alfenus, *Digestes résumés à partir de Paul*, livre 3 (= Dig. 19, 2 *De l'action de location-conduction*, 31) ; Africain, *Questions*, livre 5 (= Dig. 30 *Des legs et fidéicommissis*, 108, 12).

<sup>4</sup> Ulpian, *Sur Sabinus*, livre 29 (= Dig. 50, 17 *De diverses règles du droit ancien*, 23) ; Modestin, *Différences*, livre 2 (= *Collation des lois mosaïques et romaines*, 10, 2, 1).

<sup>5</sup> Paul, *Sur Plautius*, livre 17 (= Dig. 45, 1 *Des obligations verbales*, 91, pr.).

entravé, ou dans un âge où il avait besoin d'être gardé ; et certainement, si on a conclu affaire de façon à ce que celui qui a demandé [l'esclave] réponde de sa garde, il faudra dire qu'il en répond.

7 Quelquefois, cependant, le dommage causé par une mort incombe en plus à celui qui a demandé le commodat : par exemple, si je t'ai commodé un cheval pour que tu l'amènes à la ferme et que tu l'aies amené à la guerre, tu seras tenu par l'action du commodat : il en ira de même à propos d'un esclave<sup>1</sup>. Évidemment, si je l'ai commodé pour que tu l'amènes à la guerre, le risque sera pour moi. Car Namusa dit que, si je t'ai de même commodé un esclave couvreur et qu'il soit tombé de l'échafaudage, le risque sera pour moi : mais moi, je pense que ceci est seulement vrai si je te l'ai commodé afin d'être aussi employé sur un échafaudage : autrement, si c'était pour faire un travail au sol, mais que toi, tu l'aies envoyé sur un échafaudage, ou bien si l'accident est arrivé par la faute de l'échafaudage, parce qu'il n'a pas été assemblé avec suffisamment de diligence, et non pas du fait de cet esclave, ou par la vétusté des attaches et des poutres, je dis que le risque, parce que [l'accident] est arrivé par la faute de celui qui a demandé le commodat, doit être couvert par celui-ci : car Mela a aussi écrit que, quand un esclave commodé à un tailleur de pierre a péri sous un échafaudage, c'était l'artisan qui était tenu par l'action du commodat, s'il avait assemblé l'échafaudage avec trop de négligence.

8 Bien plus, aussi, celui qui utilise autrement la chose louée est tenu non seulement par l'action de commodat, mais aussi, en vérité, par celle du vol, comme Julien l'a écrit au livre 11 des *Digestes*. Il dit ensuite que, si je t'ai commodé un registre et que tu y aies fait inscrire une reconnaissance de dette par ton débiteur, et puis que moi, je l'aie effacée, si, en vérité, je t'ai commodé [ce registre] pour que tu y fasses inscrire des reconnaissances de dette, je suis tenu envers toi par l'action contraire de commodat ; si ce n'était pas le cas, et que tu ne m'aies pas mis au courant qu'une reconnaissance y était inscrite, c'est toi qui es tenu envers moi, dit-il, par l'action de commodat ; et en plus, dit-il, par l'action de vol, puisque tu as utilisé autrement la chose commodée, de la même manière qu'est tenu par l'action de vol, dit-il, celui qui utilise un cheval ou un vêtement autrement que ce pour quoi il a été commodé.

9 On doit à ce point répondre de la diligence, à propos d'une chose commodée, qu'on doit en répondre aussi à propos de ce qui suit la chose commodée : par exemple, si je t'ai commodé une jument qu'un poulain accompagnait, les anciens ont répondu que tu dois répondre aussi de la garde du poulain.

10 Quelquefois, il est clair que celui qui a demandé [le commodat] répondra seulement du dol à propos de la chose commodée : comme lorsqu'il en a convenu, ou bien si quelqu'un a seulement commodé dans son intérêt, par exemple à sa fiancée ou à sa femme, pour qu'elle soit conduite à lui parée de façon plus distinguée ; ou si quelque prêteur, en organisant des spectacles, a commodé des décors aux acteurs, ou si quelqu'un a, de son propre mouvement, commodé quelque chose à ce prêteur.

11 Voyons maintenant dans quels cas l'action de commodat s'applique. Car chez les anciens, il y a eu doute sur les cas de ce genre.

---

<sup>1</sup> Paul, *Sentences*, 2, 4, 3.

12 Je t'ai donné une chose pour que tu la donnes en gage à ton créancier ; tu l'as donnée ; mais tu ne l'as pas dégagee pour me la rendre : Labéon dit que l'action du commodat s'applique, ce que, moi, je pense être vrai, sauf si une rémunération intervient ; car alors, il faudra agir ou bien par une action soulevant, à titre principal, une question de fait<sup>1</sup>, ou bien par l'action du louage. Il est clair que si, moi, j'ai donné la chose en gage dans ton intérêt, de par ta volonté, l'action du mandat aura lieu. De même, Labéon dit de façon correcte que, s'il n'y a pas faute de ma part à propos de la récupération du gage, mais que le créancier ne veuille pas rendre le gage, l'action du commodat te revient à cette fin-là seulement que je te cède les actions [que j'ai] contre lui. On considère qu'il n'y a pas faute de ma part, ou bien quand j'ai déjà payé l'argent, ou bien si je suis disposé à payer. Quant à la dépense du procès et aux autres [frais], il est très équitable que celui qui a reçu le commodat les assume.

13 Si tu m'as demandé que je te commode un esclave avec un plateau et que l'esclave ait perdu le plateau, Cartilius dit que le risque est à ta charge, car le plateau aussi est considéré comme ayant été commodé : pour cela, on doit aussi répondre de la faute [commise] à son sujet. Il est clair que, si l'esclave a fui avec ce plateau, celui qui a reçu le commodat n'est pas tenu, sauf s'il est responsable d'une faute en rapport avec cette fuite.

14 Si tu m'as demandé de décorer pour toi une salle à manger et de fournir l'argenterie pour ce service, et que je l'aie fait, puis que tu aies demandé que je fasse la même chose le lendemain, mais que, parce que je ne pouvais pas commodément rapporter l'argenterie chez moi, je l'aie laissée sur place et qu'elle ait disparu : par quelle action sera-t-il possible d'agir, et à qui incombera le risque ? Labéon a écrit à propos du risque que cela fait une grande différence si j'ai placé un gardien sur place, ou non : si j'en ai placé, le risque m'incombe ; si non, à celui chez qui [l'argenterie] a été laissée. Moi, je pense qu'on devra en vérité agir par l'action du commodat, car il est vrai que c'est à celui chez lequel les choses ont été laissées qu'incombe la garde, sauf si on a expressément convenu d'autre chose.

15 Si un véhicule a été commodé à deux personnes, ou loué en même temps, Celse fils écrit au livre 6 des *Digestes* qu'on peut se demander si chacune d'elles sera tenue pour le tout ou pour une partie. Et il dit que, en vérité, il ne peut y avoir propriété ou possession de deux personnes pour le tout et que personne ne peut non plus être propriétaire d'une partie d'une chose corporelle, mais qu'on peut avoir une propriété partielle de toute une chose corporelle à titre indivis. L'usage d'un bain, en effet, ou bien d'un portique, ou bien de quelque place porte certes sur le tout (car je n'en ai pas moins l'usage si quelqu'un autre en a aussi l'usage) ; il est vrai que, dans le cas d'un véhicule commodé ou loué, j'en ai effectivement un usage partiel, parce que je ne tiens pas tous les endroits du véhicule. Mais il dit qu'il est plus vrai que je dois répondre et du dol et de la faute et de la diligence et de la garde pour le tout : de cette façon, on considérera qu'il y a en quelque sorte deux défendeurs et que, si l'un, ayant été poursuivi, a satisfait [à son obligation], il libérera l'autre ; et qu'à tous deux reviendra l'action de vol,

6. POMPONIUS, *Sur Sabinus*, livre 5. de façon à ce que, si l'un d'eux agit, il empêche l'action de l'autre contre le voleur.

---

<sup>1</sup> Voir ci-dessus, sous l'article 835 D.O.C.

7. ULPIEN, *Sur l'édit*, livre 28. D'où on se demande, au cas où l'un [des commodataires] a agi par l'action de vol, si lui seul doit être poursuivi par l'action du commodat. Et Celse dit que, si c'est celui qui n'a pas agi par l'action de vol qui est poursuivi, et qu'il soit prêt<sup>1</sup>, à ses risques, à poursuivre l'autre, à savoir celui qui, en agissant par l'action de vol, a fait un gain en raison de la chose commodée, il doit être entendu et absous.

1 Mais si un commodant a eu contre un associé [du commodataire] l'action de la loi Aquilia<sup>2</sup>, il faudra vérifier s'il ne doit pas la céder<sup>3</sup> quand, par exemple, cet associé a infligé un dommage que celui qui est poursuivi est contraint de réparer par l'action du commodat ; si le commodant, en effet, a en plus contre [ce commodataire] l'action de la loi Aquilia, il est très équitable que, en agissant par l'action du commodat<sup>4</sup>, il renonce à l'action [de la loi Aquilia] ; sauf si on dit que ce qu'il va obtenir en agissant sur le fondement de la loi Aquilia sera diminué de ce qu'il a [déjà] obtenu sur le fondement du commodat : ce qui est considéré comme avoir du sens<sup>5</sup>.

8. POMPONIUS, *Sur Sabinus*, livre 5. Nous conservons la propriété et la possession de la chose commodée :

9. ULPIEN, *Sur l'édit*, livre 2. car personne, en commodant une chose, n'en fait la propriété de celui auquel il la commode.

10. ULPIEN, *Sur Sabinus*, livre 29. Celui qui reçoit une chose commodée, s'il a utilisé cette chose à l'usage pour lequel il l'a reçue, n'est en rien responsable s'il l'a détériorée sans que nulle part ce soit de sa faute ; mais si c'est par sa faute qu'il l'a détériorée<sup>6</sup>, il sera tenu.

1 Si j'ai donné une chose à un expert, on se demande si celui-ci est assimilable à quelqu'un auquel une chose a été commodée. Et en vérité, si j'ai donné dans mon intérêt, parce que je veux connaître le prix, il répondra seulement du dol ; si c'est dans son intérêt, il répondra aussi de la garde : donc, il aura aussi l'action de vol. Mais, maintenant, si c'est pendant que [la chose] était rapportée qu'elle a péri, en vérité, si c'est moi qui avais désigné celui par qui [l'expert] la rendrait, le risque sera pour moi ; si, en revanche, il l'a lui-même confiée à quelqu'un qu'il a choisi, il répondra envers moi de la faute également, s'il a reçu la chose dans son intérêt,

11. PAUL, *Sur Sabinus*, livre 5. parce qu'il n'aura pas choisi un esclave assez capable pour accomplir cela correctement ;

12. ULPIEN, *Sur Sabinus*, livre 29. alors que, si c'est dans mon intérêt, il répondra seulement du dol.

---

<sup>1</sup> En fournissant une garantie.

<sup>2</sup> Voir ci-dessus, sous l'article 852 D.O.C.

<sup>3</sup> S'il agit par l'action du commodat.

<sup>4</sup> Ulpian, *Sur l'édit*, livre 16 (= Dig. 6, 1 *De la revendication*, 13).

<sup>5</sup> Ulpian, *Sur Sabinus*, livre 30 (= Dig. 17, 2 *Société*, 47, *pr.*) ; Paul, *Sur l'édit*, livre 22 (= Dig. 44, 7 *Des obligations et actions*, 41, 1).

<sup>6</sup> Voir ci-dessous, Dig. 13, 6, 23.

1 [L'esclave] envoyé pour reprendre la chose commodée, après l'avoir reçue, s'est enfui. Si le propriétaire avait ordonné qu'elle lui fût remise, elle périt pour le propriétaire ; s'il l'avait envoyé dans le but de rappeler d'avoir à rapporter la chose commodée, elle périt pour celui auquel elle a été commodée.

**13.** POMPONIUS, *Sur Sabinus*, livre 11. Celui qui a reçu en commodat, s'il est condamné au motif que la chose est introuvable, doit se garantir pour que le propriétaire la lui remette, si elle est retrouvée<sup>1</sup>.

1 Si celui qui a reçu quelque chose pour en faire l'essai a fait quelque gain, comme dans le cas de bêtes de somme et que celles-ci aient été louées, il répondra de cela même envers celui qui a donné pour essai : car il ne faut pas qu'une chose soit une source de gain pour quiconque, avant qu'elle ne soit à ses risques<sup>2</sup>.

2 Si, à un homme libre, qui me servait de bonne foi en tant qu'esclave, j'ai commodé une chose comme à un esclave, voyons si j'ai l'action du commodat. Or, Celse fils a dit que, si je lui ai ordonné de faire quelque chose, je peux agir contre lui ou bien par l'action du mandat, ou bien par une action avec mentions suscrites : donc, la même chose devra être dite pour le commodat aussi. Ceci n'est pas un obstacle, que nous n'ayons pas contracté avec celui qui nous servait de bonne foi en tant qu'esclave dans l'intention précise de l'avoir comme obligé : car il arrive souvent qu'une obligation tacite naisse en-dehors de ce qui a été conclu, comme lorsqu'on donne par erreur ce qui n'est pas dû pour faire un paiement<sup>3</sup>.

**14.** ULPYEN, *Sur Sabinus*, livre 48. Si mon esclave t'a commodé ma chose, à toi qui savais que je ne voulais pas qu'elle te fût commodée, s'ouvrent et l'action du commodat et celle du vol, et en plus la condition pour chose volée.

**15.** PAUL, *Sur l'édit*, livre 29. Nous pouvons même commodé la chose d'autrui que nous avons en notre possession, même en sachant que nous avons en possession la chose d'autrui,

**16.** MARCEL, *Digestes*, livre 5. de sorte que, si un voleur ou un brigand a commodé, il a l'action du commodat<sup>4</sup>.

**17.** PAUL, *Sur l'édit*, livre 29. Dans un commodat, le pacte selon lequel on ne répondra pas du dol ne sera pas observé<sup>5</sup>.

1 L'action contraire du commodat peut être mise en œuvre même sans la principale, comme peuvent l'être aussi les autres actions qui sont appelées contraires.

---

<sup>1</sup> Cf. ci-dessus Dig. 13, 6, 5, 1 ; ci-dessous, 13, 6, 17, 5.

<sup>2</sup> Paul, *Sur Sabinus*, livre 3 (= Dig. 50, 17 *De diverses règles du droit ancien*, 10) ; Institutes de Justinien 3, 23, 3.

<sup>3</sup> Gaius, *Institutes*, commentaire 3, 91 ; Julien, *Digestes*, livre 39 (= Dig. 12, 6 *De la condition de l'indu*, 33).

<sup>4</sup> Ulpien, *Disputes*, livre 1<sup>er</sup> (= Dig. 5, 1 *Des procès...*, 64, pr.).

<sup>5</sup> Paul, *Sur l'édit*, livre 3 (= Dig. 2, 14 *Des pactes*, 27, 3) ; Ulpien, *Sur l'édit*, livre 30 (= Dig. 16, 3 *De l'action de dépôt et de l'action contraire*, 1, 7) ; Ulpien, *Sur Sabinus*, livre 29 (= Dig. 50, 17 *De diverses règles de droit ancien*, 23).

2 Si on agit par l'action du commodat du fait d'un héritier, celui-ci sera condamné pour le tout, même s'il est héritier pour une partie.

3 Puisque commodat relève de la libre volonté et des bons offices plutôt que de la contrainte, il revient certes à celui qui attribue ce bienfait de déterminer les modalités et le terme du commodat. Mais lorsqu'il l'a fait, c'est à dire une fois qu'il a commodé, alors, non seulement les bons offices, mais encore l'obligation assumée entre celui qui donne et celui qui reçoit l'empêchent<sup>1</sup> d'avancer le terme et de revenir en arrière, ni même de mettre intempestivement fin à l'usage de la chose commodée. Car l'affaire est conclue réciproquement et donc, réciproquement, des actions sont prévues de façon à ce qu'il soit clair que ce qui, au début, relevait de la bienfaisance et de la simple volonté, se transforme en obligations mutuelles et en actions civiles. Comme cela arrive aussi dans le cas de celui qui a commencé à gérer les affaires d'un absent : en effet, il n'abandonnera pas impunément des affaires qui vont périlcliter ; car un autre les eût éventuellement assumées, s'il n'avait pas commencé : accepter un mandat relève certes de la volonté, mais l'accomplir de la nécessité. Donc, si tu m'as commodé des tablettes pour que mon débiteur y reconnaisse une dette, tu n'agiras pas de façon correcte en les reprenant importunément : car si tu avais refusé [de me les prêter], ou bien j'en aurais acheté, ou bien j'aurais convoqué des témoins. Il en va de même si tu as commodé des poutres pour étayer une maison, et qu'ensuite tu les aies reprises, ou encore si tu les as commodées en sachant qu'elles étaient défectueuses<sup>2</sup> : car il faut que nous soyons aidés, et non pas trompés par un bienfait. Pour ces causes, il faut dire que l'action contraire aussi est utile.

4 Quand deux choses ont été commodées, Vivien a écrit qu'on peut, de façon correcte, agir au sujet de l'une d'elles ; ce qui est considéré comme vrai, a écrit Pomponius, si ces choses sont séparées : car celui qui a commodé un carrosse, par exemple, ou une litière, n'agira pas de façon correcte au sujet de chacun de leurs éléments.

5 J'ai perdu la chose commodée et j'ai payé un prix pour elle ; par la suite, la chose est venue en ton pouvoir : Labéon dit que, au moyen de l'action contraire, tu dois ou bien répondre de la chose envers moi, ou bien rendre ce que tu as reçu de moi<sup>3</sup>.

**18. GAIUS, *Sur l'édit provincial*, livre 9.** À propos des choses commodées, on doit répondre de la même diligence que celle que tout père de famille très diligent applique à ses propres choses, de sorte que les seuls cas dont on ne réponde pas sont ceux auxquels on ne peut pas résister, comme les morts d'esclaves qui surviennent sans dol ni faute de notre part, l'incursion de voleurs ou d'ennemis, les embuscades des pirates, un naufrage, un incendie, les fuites d'esclaves qu'on n'a pas l'habitude d'enfermer. Cependant, ce que nous avons dit des voleurs et des pirates et du naufrage, nous l'appliquerons seulement au cas où une chose a été commodée à quelqu'un exprès pour qu'il emporte cette chose avec lui en voyage. Il en va autrement si j'ai commodé de l'argenterie à quelqu'un uniquement parce qu'il disait qu'il allait inviter des amis à dîner, et que celui-ci l'ait emportée avec lui en voyage : il doit sans aucun doute répondre aussi du cas des pirates et des

---

<sup>1</sup> Ulpian, *Sur l'édit*, livre 30 (= Dig. 16, 3 *De l'action de dépôt et de l'action contraire*, 5, 2).

<sup>2</sup> Ulpian, *Sur l'édit*, livre 32 (= Dig. 19, 2 *De l'action de location-conduction*, 13, *pr.*).

<sup>3</sup> Voir ci-dessus : Dig. 13, 6, **5, pr.**, Dig. 13, 6, **13, pr.** ; Africain, *Questions*, livre 9 (= Dig. 12, 6 *De la condictio de l'indu*, 39).



voleurs et du naufrage. Mais ceci, seulement si la chose a été commodée dans le seul intérêt de l'*accipiens* : si, en revanche, elle l'a été dans l'intérêt des deux, par exemple parce que nous avons invité à dîner un ami commun et que toi, tu as pris sur toi le soin de cette affaire tandis que moi, je t'ai commodé l'argenterie, dans ce cas, je trouve écrit chez certains [auteurs] que, en vérité, tu dois seulement répondre du dol. Cependant, il faut voir si on ne doit pas aussi répondre de la faute, étant entendu que l'évaluation de la faute se fera de la même façon qu'elle est estimée à propos de choses données en gage et de choses dotales.

1 Si le gage ou la chose commodée ou déposée a été détériorée par celui qui l'a reçue, il n'y a pas seulement les actions dont nous parlons, mais aussi celle de la loi Aquilia : et si on a agi par une de ces actions, les autres sont mises hors jeu.

2 Il peut y avoir de justes causes pour lesquelles on doit agir contre celui qui a commodé : par exemple à propos des impenses faites pour la guérison d'un esclave, ou celles qui auraient été faites après sa fuite, dans le but de le retrouver et de le ramener ; mais les impenses de nourriture, par évidente raison naturelle, incombent à celui qui a reçu [un esclave] pour s'en servir. Et ce que nous avons dit des impenses faites pour une guérison<sup>1</sup> ou à cause d'une fuite, cela doit s'appliquer aussi aux dépenses plus importantes ; quant aux impenses modiques, comme celles de nourriture, il est plus vrai qu'elles incombent [au commodataire]<sup>2</sup>.

3 De même, celui qui a sciemment commodé des récipients défectueux, si le vin qui y a été mis, ou l'huile, ont été corrompus ou répandus, doit être condamné à ce titre.

4 Ce qu'on peut obtenir par l'action contraire, on peut aussi le sauvegarder, quand on est poursuivi par l'action directe, par droit de compensation<sup>3</sup>. Mais il peut arriver que ce qu'il faut qu'un [commodataire] obtienne à son tour [par l'action contraire] soit d'un montant plus élevé<sup>4</sup>, à savoir ou bien quand le juge ne tient pas compte de la compensation, ou bien quand on n'agit pas contre [le commodataire] en restitution de la chose précisément parce que cette chose a disparu par accident, ou bien quand [la chose] a été restituée sans l'intervention d'un juge : nous dirons que l'action contraire est nécessaire.

**19. JULIEN, *Digestes*, livre 1<sup>er</sup>.** À ceux qui prennent quelque chose contre loyer pour la garder, ou la reçoivent pour l'utiliser, il est hors de doute que le dommage injustement infligé par un tiers n'est pas imputé : par quelle précaution, en effet, par quelle diligence pouvons-nous faire en sorte qu'on ne nous inflige pas un dommage injustement<sup>5</sup> ?

---

<sup>1</sup> Paul, *Sentences*, 2, 4, 1.

<sup>2</sup> Modestin, *Différences*, livre 2 (= *Collation des lois mosaïques et romaines*, 10, 2, 5).

<sup>3</sup> Ulpien, *Sur l'édit*, livre 36 (= Dig. 27, 4 *De l'action contraire et l'action utile de tutelle*, 1, 4).

<sup>4</sup> D'un montant plus élevé que ce à quoi le commodataire serait condamné par l'action que le commodant engagerait contre lui. Voir une constitution de 529 de l'empereur Justinien Auguste à Démosthène, préfet du prétoire (= Code justinien 7, 45 *Des sentences*..., 14).

<sup>5</sup> Neratius, *Parchemins*, livre 3 (= Dig. 19, 1 *Des actions d'achat-vente*, 31, *pr.*) ; Ulpien, *Sur l'édit*, livre 5 (= Dig. 19, 2 *De l'action de location-conduction*, 41).

20. JULIEN, *Sur Urseius Férox*, livre 3. Si j'ai remis à mon esclave de l'argenterie commodée pour qu'il te la rapporte - un esclave tellement convenable que personne ne pouvait se douter qu'il lui arriverait d'être circonvenu par des hommes malhonnêtes - ce sera à tes dépens, et non pas aux miens, si des hommes malhonnêtes la dérobaient.

21. AFRICAIN, *Questions*, livre 8. Tu m'as commodé une chose ; puis tu l'as dérobée ; ensuite, après que tu eus agi par l'action de commodat sans que je susse qu'elle avait été dérobée par toi-même, le juge m'a condamné et j'ai payé ; plus tard, j'ai découvert qu'elle avait été dérobée par toi : on s'est demandé quelle action j'aurai contre toi ; il [= Africain] a répondu que ce n'était assurément pas l'action de vol, mais que l'action contraire du commodat me servira.

1 À l'armée, j'ai donné à mes camarades de la vaisselle à utiliser à risque commun ; par la suite, mon esclave, après l'avoir dérobée, s'est enfui chez les ennemis ; puis, plus tard, il a été repris sans la vaisselle. Il est certain que j'aurai contre mes camarades l'action du commodat, chacun pour sa part : mais ceux-ci aussi peuvent agir contre moi pour vol du fait de l'esclave, parce que le tort suit son auteur. Et si je t'ai commodé une chose pour l'utiliser à ton risque et qu'elle soit dérobée par mon esclave, tu peux agir contre moi pour vol du fait de l'esclave.

22. PAUL, *Sur l'édit*, livre 22. Si l'esclave que je t'ai commodé a commis un vol, on demande si l'action contraire du commodat suffit (de la même façon qu'elle s'applique quand tu as dépensé quelque chose pour la guérison de l'esclave), ou s'il faut agir pour vol. Et il est hors de doute, en vérité, que celui qui a demandé le commodat a l'action noxale de vol, mais que [le commodant] est seulement tenu par l'action contraire du commodat s'il a commodé l'esclave, en sachant qu'il était [voleur], à quelqu'un qui l'ignorait<sup>1</sup>.

23. POMPONIUS, *Sur Quintus Mucius*, livre 21. Je t'ai commodé un cheval pour que tu ailles jusqu'à un certain lieu : si, sans faute survenant de ta part, le cheval a été détérioré sur cet itinéraire-là, tu n'es pas tenu par l'action du commodat car c'est moi qui suis en faute, pour avoir commodé pour une si longue route un cheval qui ne pouvait pas supporter cet effort.

## B. Texte latin :

1. ULPIANUS *libro vicensimo octavo ad edictum*. Ait praetor : « Quod quis commodasse dicetur, de eo iudicium dabo. »

1 Huius edicti interpretatio non est difficilis. unum solummodo notandum, quod qui edictum concepit commodati fecit mentionem, cum Pacuvius utendi fecit mentionem. inter commodatum autem et utendum datum Labeo quidem ait tantum interesse, quantum inter genus et speciem : commodari enim rem mobilem, non etiam soli, utendam dari etiam soli. sed ut apparet, proprie commodata res dicitur et quae soli est, idque et Cassius existimat. Vivianus amplius etiam habitationem commodari posse ait.

2 Impuberes commodati actione non tenentur, quoniam nec constitit commodatum in pupilli

---

<sup>1</sup> Paul, *Sur l'édit*, livre 22 (= Dig. 19, 2 *De l'action de location-conduction*, 45, 1) ; Africain, *Questions*, livre 6 (= Dig. 47, 2 *Des vols*, 62, 6).

persona sine tutoris auctoritate, usque adeo ut, etiamsi pubes factus dolum aut culpam admiserit, hac actione non tenetur, quia ab initio non constitit.

2. PAULUS *libro vicensimo nono ad edictum*. Nec in furiosum commodati actio danda est. sed ad exhibendum adversus eos dabitur, ut res exhibita vindicetur.

3. ULPIANUS *libro vicensimo octavo ad edictum*. Sed mihi videtur, si locupletior pupillus factus sit, dandam utilem commodati actionem secundum divi Pii rescriptum.

1 Si reddita quidem sit res commodata, sed deterior reddita, non videtur reddita, quae deterior facta redditur, nisi quid interest praestetur : proprie enim dicitur res non reddita, quae deterior redditur.

2 In hac actione sicut in ceteris bonae fidei iudiciis similiter in litem iurabitur : et rei iudicandae tempus, quanti res sit, observatur, quamvis in stricti [iuris] litis contestatae tempus spectetur.

3 Heres eius qui commodatum accepit pro ea parte qua heres est convenitur, nisi forte habeat facultatem totius rei restituendae nec faciat : tunc enim condemnatur in solidum, quasi hoc boni iudicis arbitrio conveniat.

4 Si filio familias servove commodatum sit, dumtaxat de peculio agendum erit : cum filio autem familias ipso et directo quis poterit. sed et si ancillae vel filiae familias commodaverit, dumtaxat de peculio erit agendum.

5 Sed non tantum ex causa doli earum personarum pater vel dominus condemnatur, sed et ipsius quoque domini vel patris fraus dumtaxat venit, ut Iulianus libro undecimo circa pigneraticiam actionem distinguit.

6 Non potest commodari id quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat.

4. GAIUS *libro primo de verborum obligationibus*. Saepe etiam ad hoc commodantur pecuniae, ut dicis gratia numerationis loco intercedant.

5. ULPIANUS *libro vicensimo octavo ad edictum*. Si ut certo loco vel tempore reddatur commodatum convenit, officio iudicis inest, ut rationem loci vel temporis habeat.

1 Si quis hac actione egerit et oblatam litis aestimationem suscepit, rem offerentis facit.

2 Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione, utrum dolum an et culpa an vero et omne periculum. et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus : dolum in deposito : nam quia nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolum praestatur solus : nisi forte et merces accessit ( tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur) aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is penes quem deponitur. sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolum et culpa praestatur.

3 Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur, et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis et culpam praestandam et diligentiam et, si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit.

4 Quod vero senectute contigit vel morbo, vel vi latronum ereptum est, aut quid simile accidit, dicendum est nihil eorum esse imputandum ei qui commodatum accepit, nisi aliqua culpa interveniat. proinde et si incendio vel ruina aliquid contigit vel aliquid damnum fatale, non tenebitur, nisi forte, cum possit res commodatas salvas facere, suas praetulit.

5 Custodiam plane commodatae rei etiam diligentem debet praestare.

6 Sed an etiam hominis commodati custodia praestetur, apud veteres dubitatum est. nam interdum et hominis custodia praestanda est, si vinctus commodatus est, vel eius aetatis, ut custodia indigeret : certe si hoc actum est, ut custodiam is qui rogavit praestet, dicendum erit praestare.

7 Sed interdum et mortis damnum ad eum qui commodatum rogavit pertinet : nam si tibi equum commodavero, ut ad villam adduceres, tu ad bellum duxeris, commodati teneberis : idem erit et in homine. plane si sic commodavi, ut ad bellum duceres, meum erit periculum. nam et si servum tibi tectorem commodavero et de machina ceciderit, periculum meum esse Namusa ait : sed ego ita hoc verum puto, si tibi commodavi, ut et in machina operaretur : ceterum si ut de plano opus faceret, tu eum imposuisti in machina, aut si machinae culpa factum minus diligenter non ab ipso ligatae vel funium perticarumque vetustate, dico periculum, quod culpa contigit rogantis commodatum, ipsum praestare debere : nam et Mela scripsit, si servus lapidario commodatus sub machina perierit, teneri fabrum commodati, qui negligentius machinam colligavit.

8 Quin immo et qui alias re commodata utitur, non solum commodati, verum furti quoque tenetur, ut Iulianus libro undecimo digestorum scripsit. denique ait, si tibi codicem commodavero et in eo chirographum debitorem tuum cavere feceris egoque hoc interlevero, si quidem ad hoc tibi commodavero, ut caveretur tibi in eo, teneri me tibi contrario iudicio : si minus neque me certiorasti ibi chirographum esse scriptum, etiam teneris mihi, inquit, commodati : immo, ait, etiam furti, quoniam aliter re commodata usus es, quemadmodum qui equo, inquit, vel vestimento aliter quam commodatum est utitur, furti tenetur.

9 Usque adeo autem diligentia in re commodata praestanda est, ut etiam in ea, quae sequitur rem commodatam, praestari debeat : ut puta equam tibi commodavi, quam pullus comitabatur : etiam pulli te custodiam praestare debere veteres responderunt.

10 Interdum plane dolum solum in re commodata qui rogavit praestabit, ut puta si quis ita convenit : vel si sua dumtaxat causa commodavit, sponsae forte suae vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur, vel si quis ludos edens praetor scaenicis commodavit, vel ipsi praetori quis ultro commodavit.

11 Nunc videndum, in quibus speciebus commodati actio locum habeat. et est apud veteres de huiusmodi speciebus dubitatum.

12 Rem tibi dedi, ut creditori tuo pignori dares : dedisti : non repigneris, ut mihi reddas.

Labeo ait commodati actionem locum habere, quod ego puto verum esse, nisi merces intervenit : tunc enim vel in factum vel ex locato conducto agendum erit. plane si ego pro te rem pignori dederam tua voluntate, mandati erit actio. idem Labeo recte dicit, si a me culpa absit repignerandi, creditor autem nolit reddere pignus, competere tibi ad hoc dumtaxat commodati, ut tibi actiones adversus eum praestem. abesse autem culpa a me videtur, sive iam solvi pecuniam siveolvere sum paratus. sumptum plane litis ceteraque aequum est eum agnoscere, qui commodatum accepit.

13 Si me rogaveris, ut servum tibi cum lance commodarem et servus lancem perdidit, Cartilius ait periculum ad te respicere, nam et lancem videri commodatam : quare culpam in eam quoque praestendam. plane si servus cum ea fugerit, eum qui commodatum accepit non teneri, nisi fugae praestitit culpam.

14 Si de me petisses, ut triclinium tibi sternerem et argentum ad ministerium praeberem, et fecero, deinde petisses, ut idem sequenti die facerem et cum commode argentum domi referre non possem, ibi hoc reliquero et perierit : qua actione agi possit et cuius esset periculum? Labeo de periculo scripsit multum interesse, custodem posui an non : si posui, ad me periculum spectare, si minus, ad eum penes quem relictum est. ego puto commodati quidem agendum, verum custodiam eum praestare debere, penes quem res relictae sunt, nisi aliud nominatim convenit.

15 Si duobus vehiculum commodatum sit vel locatum simul, Celsus filius scribit libro sexto digestorum quaeri posse, utrum unusquisque eorum in solidum an pro parte teneatur. et ait duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse : nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere. usum autem balinei quidem vel porticus vel campi uniuscuiusque in solidum esse (neque enim minus me uti, quod et alius uteretur) : verum in vehiculo commodato vel locato pro parte quidem effectu me usum habere, quia non omnia loca vehiculi teneam. sed esse verius ait et dolum et culpam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere : quare duo quodammodo rei habebuntur et, si alter conventus praestiterit, liberabit alterum et ambobus competit furti actio,

6. POMPONIUS *libro quinto ad Sabinum*. Ut alterutro agente alterius actio contra furem tollatur.

7. ULPIANUS *libro vicensimo octavo ad edictum*. Unde quaeritur, si alter furti egerit, an ipse solus debeat commodati conveniri. et ait Celsus, si alter conveniatur qui furti non egerit, et paratus sit periculo suo convenire<sup>1</sup> alterum, qui furti agendo lucrum sensit ex re commodata, debere eum audiri et absolvi.

1 Sed si legis Aquiliae adversus socium eius habuit commodator actionem, videndum erit, ne cedere debeat, si forte damnum dedit alter, quod hic qui convenitur commodati actione sarcire compellitur : nam et si adversus ipsum habuit Aquiliae actionem commodator, aequissimum est, ut commodati agendo remittat actionem : nisi forte quis dixerit agendo eum e lege Aquilia hoc minus consecuturum, quam ex causa commodati consecutus est : quod videtur habere rationem.

8. POMPONIUS *libro quinto ad Sabinum*. Rei commodatae et possessionem et proprietatem

---

<sup>1</sup> Nous adoptons ici la lecture *convenire* plutôt que *conveniri*.

retinemus :

**9.** ULPIANUS *libro secundo ad edictum*. Nemo enim commodando rem facit eius cui commodat.

**10.** ULPIANUS *libro vicensimo nono ad Sabinum*. Eum, qui rem commodatam accepit, si in eam rem usus est in quam accepit, nihil praestare, si eam in nulla parte culpa sua deteriore fecit, verum est : nam si culpa eius fecit deteriore, tenebitur.

1 Si rem inspector dedi, an similis sit ei cui commodata res est, quaeritur. et si quidem mea causa dedi, dum volo pretium exquirere, dolum mihi tantum praestabit : si sui, et custodiam : et ideo furti habebit actionem. sed et si dum refertur perit, si quidem ego mandaveram per quem remitteret, periculum meum erit : si vero ipse cui voluit commisit, aequae culpam mihi praestabit, si sui causa accepit,

**11.** PAULUS *libro quinto ad Sabinum*. Qui non tam idoneum hominem elegerit, ut recte id perferri possit :

**12.** ULPIANUS *libro vicensimo nono ad Sabinum*. Si mei causa, dolum tantum.

1 Commodatam rem missus qui repeteret cum recepisset, aufugit. si dominus ei dari iusserat, domino perit : si commonendi causa miserat, ut referretur res commodata, ei [cui] commodatu[m] est.

**13.** POMPONIUS *libro undecimo ad Sabinum*. Is qui commodatum accepit si non apparentis rei nomine commodati condemnatur, cavendum ei est, ut repertam dominus ei praestet.

1. Si quem quaestum fecit is qui experiendum quid accepit, veluti si iumenta fuerint eaque locata sint, id ipsum praestabit [ei] qui experiendum dedit : neque enim ante eam rem quaestui cuique esse oportet, priusquam periculo eius sit.

2 Si libero homini, qui mihi bona fide serviebat, quasi servo rem commodavero, videamus, an habeam commodati actionem. nam et Celsus filius aiebat, si iussissem eum aliquid facere, vel mandati cum eo vel praescriptis verbis experiri me posse : idem ergo et in commodato erit dicendum. nec obstat, quod non hac mente cum eo, qui liber bona fide nobis serviret, contraheremus quasi eum obligatum habituri : plerumque enim id accidit, ut extra id quod ageretur tacita obligatio nascatur, veluti cum per errorem indebitum solvendi causa datur.

**14.** ULPIANUS *libro quadragensimo octavo ad Sabinum*. Si servus meus rem meam tibi scienti nolle me tibi commodari commodaverit, et commodati et furti nascitur actio et praeterea condictio ex causa furtiva.

**15.** PAULUS *libro vicensimo nono ad edictum*. Commodare possumus etiam alienam rem, quam possidemus, tametsi scientes alienam possidemus,

**16.** MARCELLUS *libro quinto digestorum*. Ita ut et si fur vel praedo commodaverit, habeat commodati actionem.

**17. PAULUS libro vicensimo nono ad edictum.** In commodato haec pactio, ne dolus praestetur, rata non est.

1 Contraria commodati actio etiam sine principali moveri potest, sicut et ceterae quae dicuntur contrariae.

2 Si ex facto heredis agatur commodati, in solidum condemnatur, licet ex parte heres est.

3 Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est qui beneficium tribuit. cum autem id fecit, id est postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere atque intempestive usum commodatae rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dan[te]m accipien[te]mque geritur enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficii ac nuda voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles. ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoavit : neque enim impune peritura deseret : suscepisset enim fortassis alius, si is non coepisset : voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare. igitur si pugillares mihi commodasti, ut debitor mihi caveret, non recte facies importune repetendo : nam si negasses, vel emissem vel testes adhibuissem. idemque est, si ad fulciendam insulam tigna commodasti, deinde protraxisti aut etiam sciens vitiosa commodaveris : adiuvare quippe nos, non decipi beneficio oportet. ex quibus causis etiam contrarium iudicium utile esse dicendum est.

4 Duabus rebus commodatis recte de altera commodati agi posse Vivianus scripsit : quod ita videri verum, si separatae sint, Pomponius scripsit : nam eum, qui carrucam puta vel lecticam commodavit, non recte acturum de singulis partibus.

5 Rem commodatam perdidit et pro ea pretium dedi, deinde res in potestate tua venit : Labeo ait contrario iudicio aut rem mihi praestare te debere aut quod a me accepisti reddere.

**18. GAIUS libro nono ad edictum provinciale.** In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit, veluti mortes servorum quae sine dolo et culpa eius accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum qui custodiri non solent. quod autem de latronibus et piratis et naufragio diximus, ita scilicet accipiemus, si in hoc commodata sit alicui res, ut eam rem peregre secum ferat : alioquin si cui ideo argentum commodaverim, quod is amicos ad cenam invitaturum se diceret, et id peregre secum portaverit, sine ulla dubitatione etiam piratarum et latronum et naufragii casum praestare debet. haec ita, si dumtaxat accipientis gratia commodata sit res, at si utriusque, veluti si communem amicum ad cenam invitaverimus tuque eius rei curam suscepisses et ego tibi argentum commodaverim, scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum praestare debeas : sed videndum est, ne et culpa praestanda sit, ut ita culpa fiat aestimatio, sicut in rebus pignori datis et dotalibus aestimari solet.

1 Sive autem pignus sive commodata res sive deposita deterior ab eo qui acceperit facta sit, non solum istae sunt actiones, de quibus loquimur, verum etiam legis Aquiliae : sed si qua earum actum fuerit, aliae tolluntur.

2 Possunt iustae causae intervenire, ex quibus cum eo qui commodasset agi deberet : veluti de impensis in valetudinem servi factis quaeve post fugam requirendi reducendique eius causa factae essent : nam cibariorum impensae naturali scilicet ratione ad eum pertinent, qui utendum accepisset. sed et id, quod de impensis valetudinis aut fugae diximus, ad maiores impensas pertinere debet : modica enim impendia verius est, ut sicuti cibariorum ad eundem pertineant.

3 Item qui sciens vasa vitiosa commodavit, si ibi infusum vinum vel oleum corruptum effusumve est, condemnandus eo nomine est.

4 Quod autem contrario iudicio consequi quisque potest, id etiam recto iudicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere iure pensationis. sed fieri potest, ut amplius esset, quod invicem aliquem consequi oporteat, aut iudex pensationis rationem non habeat, aut ideo de restituenda re cum eo non agatur, quia ea res casu intercidit aut sine iudice restituta est : dicemus necessariam esse contrariam actionem.

**19. IULIANUS libro primo digestorum.** Ad eos, qui servandum aliquid conducunt aut utendum accipiunt, damnum iniuria ab alio datum non pertinere procul dubio est : qua enim cura aut diligentia consequi possumus, ne aliquis damnum nobis iniuria det?

**20. IULIANUS libro tertio ad Urseium Ferozem.** Argentum commodatum si tam idoneo servo meo tradidissem ad te perferendum, ut non debuerit quis aestimare futurum, ut a quibusdam malis hominibus deciperetur, tuum, non meum detrimentum erit, si id mali homines intercepissent.

**21. AFRICANUS libro octavo quaestionum.** Rem mihi commodasti : eandem subripuisti : deinde cum commodati ageres nec a te scirem esse subreptam, iudex me condemnavit et solvi : postea comperi a te esse subreptam : quaesitum est, quae mihi tecum actio sit. respondit furti quidem non esse, sed commodati contrarium iudicium utile mihi fore.

1 In exercitu contubernalibus vasa utenda communi periculo dedi ac deinde meus servus subreptis his ad hostes profugit et postea sine vasis receptus est. habiturum me commodati actionem cum contubernalibus constat pro cuiusque parte : sed et illi mecum furti servi nomine agere possunt, quando et noxa caput sequitur. et si tibi rem periculo tuo utendam commodavero eaque a servo meo subripiatur, agere mecum furti possis servi nomine.

**22. PAULUS libro vicensimo secundo ad edictum.** Si servus, quem tibi commodaverim, furtum fecerit, utrum sufficiat contraria commodati actio (quemadmodum competit, si quid in curationem servi impendisti) an furti agendum sit, quaeritur. et furti quidem noxalem habere qui commodatum rogavit procul dubio est, contraria autem commodati tunc eum teneri, cum sciens talem esse servum ignoranti commodavit.

**23. POMPONIUS libro vicensimo primo ad Quintum Mucium.** Si commodavero tibi equum, quo uteris usque ad certum locum, si nulla culpa tua interveniente in ipso itinere deterior equus factus sit, non teneris commodati : nam ego in culpa ero, qui in tam longum iter commodavi, qui eum laborem sustinere non potuit.

**2°) Code justinien, livre 4, titre 23 Du Commodat.**



## A. Traduction française<sup>1</sup> :

1. *Les empereurs Dioclétien et Maximien, Augustes et Césars, à Sisola.* Les choses, assurément, qui sont enlevées par force majeure ne sont pas d'habitude imputées à charge à ceux auxquels ces choses sont commodées. Mais puisqu'on allègue que celui qui avait demandé qu'un bœuf lui fût commodé par toi a pris sur lui le risque de perte en raison d'une incursion ennemie et l'éventualité d'un dommage futur, le gouverneur de la province, si tu as prouvé que [l'emprunteur] t'a promis indemnité, le contraindra à accomplir ce qui a été décidé dans la convention. *Donné le six des calendes de juin, les Augustes eux-mêmes étant consuls* (27 mai 290 ou 293).

2. *Les empereurs Dioclétien et Maximien, Augustes et Césars, à Auluzanus.* Puisque la bonne foi contraint celui qui a reçu une servante pour un service temporaire à la restituer, il faut que ton beau-père prouve par-devant le gouverneur de la province qu'il a remis la servante à cet effet, afin que celui contre lequel tu fais une requête soit contraint de respecter la confiance qu'on a placée en lui. *Donné la veille des nones de novembre, les Augustes eux-mêmes étant consuls* (4 novembre 293).

3. *Les empereurs Dioclétien et Maximien, Augustes et Césars, à Sotera.* Pour faire restituer les choses que tu avais données pour qu'elles soient engagées en son nom, après que la dette aura été payée, tu peux exercer l'action du commodat même contre ses héritiers. *Donné le trois des ides d'avril à Sirmium, les Césars étant consuls* (11 avril 294).

4. *Les empereurs Dioclétien et Maximien, Augustes et Césars, à Faustine.* Sous prétexte de dette, il n'est pas acceptable de refuser la restitution de ce qui a été commodé. *Donné le douze des calendes de décembre, les Césars eux-mêmes étant consuls* (20 novembre 294).

## B. Texte latin :

1. *Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Sisolae.* Ea quidem, quae vi maiore auferuntur, detrimento eorum quibus res commodantur imputari non solent. sed cum is, qui a te commodari sibi bovem postulabat, hostilis incursionis contemplatione periculum amissionis ac fortunam futuri damni in se suscepisse proponatur, praeses provinciae, si probaveris eum indemnitate tibi promississe, placitum conventionis implere eum compellet.

*D. VI k. Iun. ipsius AA. cons.*

2. *Imperatores Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Auluzano.* Cum eum, qui temporalis ministerii causa suscepit ancillam, ad restitutionem eius bona fides urgeat, consequens est socerum tuum huius rei causa tradidisse ancillam adito praeside provinciae probare, ut fidem susceptam is adversus quem supplicas compellatur agnoscere. *S. prid. non. Nov. ipsius AA. cons.*

3. *Imperatores Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Soterae.* De restituendis rebus, quas

---

<sup>1</sup> On consultera aussi la traduction faite par Pascal Alexandre Tissot, *Les douze livres du Code de l'empereur Justinien traduits en français* par P.-A. Tissot, à Metz, chez Behmer, 1807, réimpression Aalen, Scientia, 1979, tome II (du livre 4 au livre 6, titre 26).

obligandas pro se dederas, postquam debitum fuerit extenuatum, commodati actionem etiam adversus heredes eius exercere potes. *D. III id. April. Sirmi CC. cons.*

4. *Imperatores Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Faustinae.* Praetextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur. *D. XII k. Dec. ipsis CC. cons.*

### 3°) Institutes de Justinien, livre 3, titre 14, § 2.

#### A. Traduction française<sup>1</sup> :

2. De même, celui auquel une chose quelconque est donnée à usage, c'est-à-dire est commodée, celui-là est obligé réellement et est tenu par l'action du commodat. Et il est très loin de celui qui a reçu un prêt de consommation parce que la chose n'est pas donnée de façon à ce qu'elle devienne sa propriété et que, pour cela, il est tenu de restituer la chose même. Car en vérité, celui qui a reçu un prêt de consommation, si, par quelque cas fortuit quel qu'il soit, il a perdu ce qu'il a reçu, par exemple dans un incendie, dans l'effondrement d'un bâtiment, dans un naufrage ou lors d'une incursion de voleurs ou d'ennemis, celui-là demeure quand même obligé. Quant à celui qui reçoit à usage, il est certes contraint de répondre effectivement d'une diligence exacte dans la garde de la chose et il ne suffit pas qu'il y applique la même diligence qu'il a l'habitude d'appliquer à ses propres choses, du moins quand un autre eût pu garder cette chose avec plus de diligence ; mais il n'est pas tenu de la force majeure ou d'accidents majeurs, si du moins ce n'est pas de sa faute que cet accident est arrivé. Il en va autrement si tu as préféré emporter avec toi pour un voyage au loin ce qui t'a été commodé, et que tu l'aies perdu, ou bien lors d'une incursion d'ennemis ou de voleurs, ou bien dans un naufrage : il ne fait pas de doute que tu seras quand même tenu de restituer cette chose. Une chose est considérée comme ayant été commodée seulement si, alors qu'aucune rémunération n'a été reçue ni prévue, cette chose t'a été donnée à usage. Sans quoi, si une rémunération intervient, on considère que l'usage de la chose t'a été loué. Le commodat doit en effet être gratuit.

#### B. Texte latin :

Item is cui res aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur et tenetur commodati actione. sed is ab eo qui mutuum accepit longe distat : namque non ita res datur ut eius fiat, et ob id de ea re ipsa restituenda tenetur. et is quidem qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu quod accepit amiserit, veluti incendio, ruina, naufragio aut latronum hostiumve incursu, nihilo minus obligatus permanet. at is qui utendum accepit sane quidem exactam diligentiam custodiendae rei praestare iubetur, nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse quantam suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterit eam rem custodire : sed propter maiorem vim maioresve casus non tenetur, si modo non huius culpa is casus intervenerit : alioquin si id quod tibi commodatum est peregre ferre tecum malueris, et vel incursu hostium praedonumve vel naufragio amiseris, dubium non est quin de restituenda ea re tenearis. commodata autem res tunc proprie intellegitur, si nulla

---

<sup>1</sup> Les Institutes de Justinien ont été plusieurs fois traduites en français au XIX<sup>e</sup> siècle de l'ère commune. Une des plus répandues est celle de Joseph Louis Elzéar Ortolan, *Explication historique des Instituts de l'empereur Justinien*, qui connut plusieurs éditions à partir de 1827 (12<sup>e</sup> édition, 1883).

mercede accepta vel constituta res tibi utenda data est. alioquin mercede interveniente locatus tibi usus rei videtur : gratuitum enim debet esse commodatum.

### **Section III. Appendices.**

#### **1°) Index des noms cités.**

**Africain.** Sextus Caecilius Africanus, originaire de Thuburbo minus, dans la province d'Afrique (aujourd'hui Tebourba, Tunisie). Célèbre juriste du II<sup>e</sup> siècle de l'ère commune, probablement élève de Julien. Ses consultations (*responsa*), publiées sous le titre de *quaestiones*, étaient tenues en haute estime.

**Alfenus.** Publius Alfenus Varus, originaire de Crémone, juriste de la fin de la république. Il fut peut-être consul suffect en 39 avant l'ère commune. Auteur de « Digestes » (*digesta*) en 40 livres.

**Antonin (Caracalla).** Imperator Marcus Aurelius Severus Antoninus Augustus, empereur de 211 à 217.

**Antonin (le Pieux).** Imperator Titus Aelius Hadrianus Antoninus Augustus Pius, dit Antonin le Pieux, empereur de 138 à 161 de l'ère commune.

**Antonins (les).** On appelle ainsi les empereurs qui se sont succédé de 98 à 192 de l'ère commune. Un préjugé répandu depuis le XVIII<sup>e</sup> siècle place dans ce siècle l'« apogée » de l'empire romain.

**Auguste.** Caius Octavius, né en 63 avant l'ère commune ; appelé Caius Caesar après son adoption (testamentaire) par Jules César ; appelé Imperator Caesar divi filius Augustus à partir du 16 janvier 27 avant notre ère : fondateur du régime impérial, il exerça le principat jusqu'en l'an 14 de l'ère commune.

Aufidius. Voir Namusa.

**Auluzanus.** Destinataire de la constitution impériale de Dioclétien et Maximien du 4 novembre 293.

Caracalla. Voir Antonin (Caracalla).

**Cartilius.** Juriste peu connu de la fin de la république et du début du principat.

**Cassius.** Caius Cassius Longinus, célèbre juriste du I<sup>er</sup> siècle de l'ère commune. Il fut probablement le petit-fils de Caius Cassius Longinus, l'un des assassins de Jules César. Consul suffect en 30 de l'ère commune, proconsul d'Asie en 40-41, légat en Syrie en 45-49. Auteur d'un volumineux traité sur le droit civil.

**Celse fils.** Publius Iuventius Celsus, célèbre juriste, actif dans la première moitié du II<sup>e</sup> siècle de l'ère commune. Préteur en 106 ou en 107, légat en Thrace entre 107 et 117, consul pour la deuxième fois en 129, proconsul d'Asie. Membre du conseil de l'empereur Hadrien. Auteur de

« Digestes » (*digesta*), de « Lettres » (*epistulae*) et de « Questions » (*quaestiones*).

**Claude.** Tiberius Claudius Nero Germanicus, empereur de 41 à 54 de l'ère commune.

**Démosthène.** Préfet du prétoire d'Orient sous Justinien ; destinataire de plusieurs constitutions de cet empereur.

**Dioclétien.** Imperator Caesar Caius Aurelius Valerius Diocletianus, empereur de 284 à 305 de l'ère commune.

Fabius Mela. Voir Mela.

**Faustine.** Destinataire de la constitution impériale de Dioclétien et Maximien du 20 novembre 294.

**Gaius.** Gaius, juriste actif au début du principat de Marc-Aurèle (161-180 de l'ère commune). Auteur, entre autres ouvrages, de célèbres « Institutes » (*institutiones*).

**Hadrien.** Imperator Caesar Traianus Hadrianus Augustus, empereur de 117 à 138 de l'ère commune.

**Julien.** Salvius Iulianus, originaire d'Hadrumète (*Hadrumetum*, province d'Afrique, aujourd'hui Sousse, en Tunisie). Célèbre juriste du II<sup>e</sup> siècle de l'ère commune. Membre du conseil de l'empereur Hadrien (117-138). Vers 130, il fut chargé par cet empereur de rédiger une version définitive de l'édit du préteur. Consul ordinaire en 148 ; proconsul d'Afrique en 166-169. Auteur de « Digestes » (*digesta*) en 90 livres, qui eurent une grande influence sur les juristes postérieurs.

**Justinien.** Flavius Petrus Sabbatius Iustinianus Augustus, empereur de 527 à 565 de l'ère commune. Entre 528 et 534, il opéra une profonde réforme du droit romain et ordonna la composition des *Institutes*, du *Digeste* et du *Code* qui portent son nom.

**Juvénal.** Decimus Iunius Iuvenalis, poète satirique de la fin du I<sup>er</sup> siècle et du début du II<sup>e</sup> siècle de l'ère commune.

**Labéon.** Marcus Antistius Labeo, célèbre juriste sous le principat d'Auguste. Fils de Pacuvius (voir ce nom). A été préteur, mais non pas consul. Auteur prolifique, ses œuvres eurent une longue postérité.

**Marcel.** Ulpius Marcellus, Juriste de la seconde moitié du II<sup>e</sup> siècle de l'ère commune. Membre du conseil de l'empereur Antonin le Pieux et de l'empereur Marc Aurèle. Fut légat de Pannonie (169-176) et de Bretagne (179-184). Auteur de « Digestes » (*digesta*) et d'un commentaire sur ceux de Julien.

**Marc Aurèle.** Imperator Caesar Marcus Aurelius Antoninus Augustus, empereur de 161 à 180 de l'ère commune.

**Maximien.** Imperator Caesar Marcus Aurelius Valerius Maximianus Augustus, empereur, avec Dioclétien, de 286 à 305 de l'ère commune.

**Mela.** Fabius Mela, juriste peu connu, actif sous le principat d'Auguste.

**Minicius.** Juriste du I<sup>er</sup> siècle de l'ère commune. Son œuvre fut commentée par Julien.

**Namusa.** Aufidius Namusa, juriste peu connu de la fin de la république.

**Neratius.** Neratius Priscus, originaire de Saepinum (aujourd'hui Altilia, près de Sepino, dans le Molise, en Italie). Juriste de la fin du I<sup>er</sup> siècle et du début du II<sup>e</sup> siècle de l'ère commune. Consul suffect en 97. Membre du conseil de l'empereur Trajan et de l'empereur Hadrien ; légat en Pannonie. Laissa une œuvre abondante.

**Pacuvius.** Pacuvius Antistius Labeo, juriste de la fin de la république. Il fit partie des conjurés contre César et se suicida après la bataille de Philippi (42 avant l'ère commune). Il fut le père de Marcus Antistius Labeo : voir Labéon.

**Paul.** Iulius Paulus, célèbre juriste de la fin du II<sup>e</sup> siècle et du début du III<sup>e</sup> siècle de l'ère commune. Fut membre du conseil de l'empereur Septime Sévère et de l'empereur Antonin Caracalla. Assesseur de Papinien, préfet du prétoire (avant 212), il fut sans doute préfet du prétoire sous le principat d'Alexandre Sévère (222-235). Auteur, entre autres ouvrages, d'un commentaire sur l'édit du préteur (*ad edictum*) en 80 livres et d'un traité sur le droit civil (*ad Sabinum*) en 16 livres.

**Pédus.** Sextus Pedius, juriste de la fin du I<sup>er</sup> siècle et du début du II<sup>e</sup> siècle de l'ère commune. Auteur de commentaires sur l'édit du préteur et sur celui des édiles curules.

Pie (le divin). Voir Antonin (le Pieux).

**Plautius.** Juriste du premier siècle de l'ère commune. Fut commenté par plusieurs juristes postérieurs.

**Pomponius.** Sextus Pomponius, célèbre juriste sous les principats des empereurs Hadrien et Antonin le Pieux. Auteur de plusieurs traités sur le droit civil et d'un commentaire sur l'édit du préteur, il écrivit aussi une sorte de manuel (*enchiridium*) d'histoire du droit romain.

**Quintus Mucius.** Quintus Mucius Scaevola, consul en 95 avant l'ère commune, grand pontife. Cet homme, qui appartenait à la *nobilitas* de la république, avait occupé de très hautes fonctions : il avait été consul en 95 avant l'ère commune, puis créé grand pontife. Il fit aussi partie des hommes politiques que Sulla fit tuer sommairement lorsqu'il prit Rome en novembre 82 : il fut égorgé dans l'atrium du temple de Vesta, sur le forum. Un des plus célèbres juristes de l'ancienne jurisprudence ; auteur d'un traité sur le droit civil qui eut une longue postérité.

**Sabinus.** Masurius (ou Massurius) Sabinus. Célèbre juriste du début du I<sup>er</sup> siècle de l'ère commune. Auteur d'un volumineux traité de droit civil et d'un commentaire sur l'édit du préteur (*ad edictum*) qui eurent une très grande influence longtemps après lui.

Sextus Pomponius : voir Pomponius.

**Santillana** (David), né à Tunis en 1855, mort à Rome en 1931. Avocat, juriste, historien et professeur de droit musulman, il fit partie de la commission qui élaborait le Code des obligations et des contrats de la Tunisie placée sous le protectorat français. Ce code fut promulgué par le dey de Tunis le 15 décembre 1906 de l'ère commune et servit de modèle au D.O.C. marocain du 12 août 1913 de l'ère commune. David Santillana fut professeur de droit musulman à Rome de 1913 à sa mort.

Scaevola : voir Quintus Mucius.

**Sénèque** (le Rhéteur), aussi appelé Sénèque l'Ancien, rhéteur de la fin du I<sup>er</sup> siècle et du début du II<sup>e</sup> siècle de l'ère commune. Père de Sénèque le Jeune, ou Sénèque le Philosophe.

**Sisola**. Destinataire de la constitution de Dioclétien et de Maximien du 27 mai 290 ou 293 de l'ère commune.

**Sotera**. Destinataire de la constitution de Dioclétien et de Maximien du 11 avril 294 de l'ère commune.

**Tibère**. Tiberius Caesar Augustus, empereur de 14 à 37 de l'ère commune.

**Trajan**. Imperator Caesar Nerva Traianus Augustus, empereur de 98 à 117 de l'ère commune.

**Ulpien**. Domitius Ulpianus, originaire de Tyr (province de Syrie). Un des plus célèbres juristes romains, actif à la fin du II<sup>e</sup> siècle et au début du III<sup>e</sup> siècle de l'ère commune. Mort en 223 alors qu'il était préfet du prétoire de l'empereur Sévère Alexandre. Auteur prolifique, ses œuvres furent abondamment utilisées par les compilateurs du Digeste de Justinien.

**Urseius Férox**. Urseius Ferox, juriste peu connu de la fin du I<sup>er</sup> siècle de l'ère commune.

**Vivien**. Vivianus, juriste actif sous le principat de Trajan (98-117 de l'ère commune), auteur d'un commentaire de l'édit du préteur et de celui des édiles curules.

## 2°) Ouvrages consultés.

### A. Auteurs antiques :

Juvénal, *Satires*, Texte établi et traduit par Pierre de Labriolle et François Villeneuve, Paris, Société d'édition « Les Belles Lettres », 1971.

Sénèque le Rhéteur, *Controverses (Excerpta controversiarum)*, *Perseus Digital Library* (Tufts University, Medford, Massachusetts). L'édition en ligne est celle d'Adolf Gottlieb Kiessling, Leipzig, Teubner, 1872.

### B. Droit romain.

#### a) Édit du préteur :

Lenel (Otto), *Das Edictum perpetuum*, 3<sup>e</sup> édition, Leipzig, Tauschnitz, 1927 ; réimpression,

Aalen, Scientia, 1956. La première édition de l'ouvrage (1883) a été traduite en français : Lenel (Otto), *Essai de reconstitution de l'Édit perpétuel*, traduction française de Frédéric Peltier, Paris, Larose, tome I (1901) et tome II (1903).

#### **b) Autres sources du droit :**

*Fontes iuris Romani anteiustiniani* (F.I.R.A.), pars altera, auctores, edidit Johannes Baviera, Florentiae, apud S.A.G. Barbèra, 1968.

#### **c) Compilations justiniennes :**

[Institutes et Digeste de Justinien] *Corpus iuris civilis*, Vol. I : *Institutiones* recognovit Paulus Krueger (Paul Krüger, 1840-1926) ; *Digesta* recognovit Theodorus Mommsen (1817-1903), retractavit Paulus Krueger, 16<sup>e</sup> édition par Wolfgang Kunkel (1902-1981), Berlin, Weidmann, 1954.

[Code justinien] *Corpus iuris civilis*, Vol. II : *Codex Iustinianus* recognovit et retractavit Paulus Krueger, 11<sup>e</sup> édition par Wolfgang Kunkel, Berlin, Weidmann, 1954.

Hulot (Henry), *Les Cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'empereur Justinien traduits en français par feu M. Hulot ...*, à Metz, chez Behmer & Lamort, et à Paris, chez Rondonneau, an XII (1804), réimpression Aalen, Scientia, 1979, tome II (livres 8 à 18).

Tissot (Pascal-Alexandre), *Les douze livres du Code de l'empereur Justinien traduits en français par P.-A. Tissot*, à Metz, chez Behmer, 1807, réimpression Aalen, Scientia, 1979, tome II (du livre 4 au livre 6, titre 26).

*Fontes Iuris Romani Anteiustiniani* (« F.I.R.A. »), pars altera, Florentiae, 1968.

Ortolan (Joseph, Louis, Elzéar), *Explication historique des Instituts de l'empereur Justinien*, Paris, 12<sup>e</sup> édition, 1883.

#### **d) Autres ouvrages de droit romain :**

Cornu-Thénard (Nicolas), *La Notion de fait dans la jurisprudence classique, étude sur les principes de la distinction entre fait et droit*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Panthéon-Assas (Paris-II), 2011.

Kaser (Max), *Das Römische Privatrecht*, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1971<sup>2</sup>, I. Das altrömische, das Vorklassische und klassische Recht, 833 p.

Kaser (Max), *Das Römische Privatrecht*, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1975<sup>2</sup>, II. Die nachklassischen Entwicklungen, 680 p.

Mantovani (Dario), *Le Formule del processo privato romano*, Padova, Cedam, 1999<sup>2</sup>, 241 p.

## **C. Droit marocain.**

### **a) Le Code des obligations et des contrats (D.O.C.) :**

*Travaux de la Commission de codification des lois tunisiennes instituée par M. René Millet, résident général de la République Française en Tunisie, Fascicule I, Code civil et commercial tunisien, Avant-Projet discuté et adopté au rapport de M. D[avid] Santillana, membre de la commission, Tunis, Imprimerie générale, J. Picard et C<sup>ie</sup>, rue Al-Djazira, 1899, 859 p.*

*Codes et lois en vigueur dans le protectorat français du Maroc, tome I, Organisation judiciaire ... Imprimé par ordre du Gouvernement, Paris, Imprimerie nationale, 1914 (sur la page de grand titre) / 1915 (sur la première de couverture), 992 p., Annexe VII, Dahir formant Code des obligations et des contrats, p. 289-693.*

*Code Marocain des Obligations et des Contrats* publié par Pierre Vuillet, éditions A. Moynier, Imprimerie rapide, Casablanca, septembre 1934.

### **b) Travaux sur le D.O.C. :**

Blanc (François-Paul), *Le Dahir formant Code des Obligations et des Contrats (D.O.C.), Genèse, contenu, portée*, in « Revue franco-maghrébine de droit », Presses Universitaires de Perpignan et Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, n° 9, 2001, p. 141-156. Ce numéro est consacré à « La justice au Maroc, quelques jalons, de Mohamed V à Mohamed VI » ; l'article de F.-P. Blanc forme le chapitre 5,

Nous n'avons malheureusement pas pu accéder aux deux ouvrages plus développés que M. F.-P. Blanc a publiés sur le D.O.C. : *Code annoté des obligations et contrats*, tome I, *Les obligations*, Al Madariss, Casablanca-Nancy, 1982 ; et *Les obligations et les contrats en droit marocain* (D.O.C. annoté), 2<sup>e</sup> édition, Casablanca, 2001.

Monéger (Joël), *Biographie du code des obligations et contrats - De la réception à l'assimilation d'un code étranger dans l'ordre juridique marocain*, « Journées d'études sur "D.O.C. et société soixante-dix ans après" (20-21 avril 1984) », in « Revue marocaine de droit et d'économie du développement », n° 7, 1984, p. 15-65.

Nous n'avons pas non plus pu consulter l'ouvrage suivant : Sanviti (M.), *Des sources du Code des obligations et contrats*, G.T.M. 1934, n° 605, p. 275-282.

LUTETIAE PARIS. A.D. IX KAL. OCT. MMDCLXVII A.U.C. / 1<sup>er</sup> vendémiaire an CCXXIII R.F.



## **Le Code des obligations et des contrats marocain entre droit français et droit commun législatif mondial**

David Deroussin<sup>1</sup>

« Les choses ont été lentement en Algérie, plus rapidement en Tunisie ; elles vont extrêmement vite un Maroc. Ce qui n'est apparu ici que bien des années après notre occupation, voit le jour au Maroc quelques mois après la proclamation du protectorat. Nous avons vu le Maroc se donner déjà des codes très complets, comme la Tunisie en a quelques-uns (et avec une portée imparfaite) et comme l'Algérie n'en a pas. Et voici que déjà paraît un traité de législation marocaine »<sup>2</sup>

Les années qui s'écoulaient durant les décennies 1890 à 1930 ont vu se développer un mouvement intense de codifications, marqué notamment par la promulgation en Allemagne du *B.G.B.* en 1896 et par celle, ensuite, de nombreux codes, comme les divers codes suisses, le code des Soviets (1922) et les codifications d'Albanie (1927), du Liban (1932), de Roumanie (1934) et de Pologne, auxquelles peut être ajouté le Projet franco-italien de code des obligations entrepris dès 1916. A l'exception du *B.G.B.*, qui embrasse tout le droit civil, la plupart d'entre eux renoncent à exposer l'ensemble de la matière civile (à l'exemple du *Code civil* français) et, préférant la morceler, font le choix de traiter séparément le droit des obligations. C'est aussi à ce choix que les autorités françaises s'arrêtent lorsque, convaincues de la nécessité de réformer le système judiciaire de deux de leurs nouveaux protectorats, elles décident de doter la Tunisie puis le Maroc d'un *Code des obligations et des contrats*.

Ces deux codifications doivent répondre, dans le cadre de ces protectorats, à deux objectifs : prendre part à un plan de réforme générale de la justice, notamment indigène mais pas seulement, dont le but est d'offrir à des juges qui « n'ont trop souvent qu'une science juridique médiocre » (selon les mots du jugement sévère porté par E. Larcher sur le code tunisien<sup>3</sup>) un droit dorénavant unifié, propre à lutter contre l'arbitraire, et constituer la nouvelle loi locale. Car si le *C.O.C.* marocain a d'abord vocation à s'appliquer aux locaux soumis aux juridictions indigènes, il est

---

<sup>1</sup> Professeur des universités en histoire du droit et des institutions à l'Université Jean Moulin-Lyon 3

<sup>2</sup> E. Larcher, *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation...* (t. 30, 1914, p. 183), à propos du *Traité de législation marocaine*, Paris, 1914, de L. Holtz.

<sup>3</sup> E. Larcher répète ce jugement à l'encontre du système des capitulations aussi en vigueur au Maroc (*Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation*, 1914, t. 30, p. 1), système qui, à ses yeux, a fait la preuve de sa médiocrité et de son insuffisance (d'autant plus flagrante que, désormais, la population française a considérablement augmenté et que des opérations commerciales sont conclues dans des régions à peine conquises) : « la Rev. alg. a publié quelques jugements de nos tribunaux consulaires de Tanger et d'Oudjda, et, quand la solution même n'était pas extraordinaire, les termes mêmes du jugement dénotaient chez le rédacteur une fâcheuse inexpérience ». Comme il l'explique, l'abolition du régime des capitulations, prévue par le traité franco-allemand de 1911, suppose, comme « condition primordiale », la réforme judiciaire.

également appelé à régir, par application des règles du droit international privé, les conventions conclues entre eux et Européens, en tant qu'il constitue désormais la loi locale. Il est donc susceptible d'être appliqué par les juridictions françaises du Maroc et, par voie de recours, par la Cour de cassation. D'ailleurs, l'art. 13 du *Dahir sur la condition civile des français et des étrangers dans le protectorat français au Maroc* (12 août 1913), qui réunit les règles de droit international privé applicables par les juridictions françaises du Maroc, prévoit en matière contractuelle l'application de la loi du lieu de conclusion du contrat, donc du *C.O.C.* marocain, à défaut d'indication expresse des parties en faveur d'une autre loi ou à défaut d'application de la loi du domicile commun ou de leur loi nationale commune<sup>1</sup>. Dans l'esprit de la *Commission d'organisation judiciaire du protectorat français du Maroc*, le *C.O.C.* marocain a donc vocation à être la loi locale du Protectorat, applicable à tous les délits et quasi-délits civils commis sur le territoire et à tous les contrats non soumis à une autre loi en vertu des règles du droit international.

De l'aveu même de ses promoteurs, cette nouvelle loi locale ne peut atteindre son objectif qu'à la condition de satisfaire deux exigences au moins. En premier lieu, elle doit permettre de chasser toutes les incertitudes qui résultaient, jusque-là, d'un droit musulman « déformé et modifié par des usages locaux... incertains, flottants, contradictoires et mal connus »<sup>2</sup> -le jugement porté par St. Berge est cependant moins sévère<sup>3</sup> ; droit musulman qui, comme le montre l'exemple algérien, n'est d'ailleurs connu des Français que par le truchement d'ouvrages rédigés par des juristes français à la suite d'initiatives individuelles, d'abord<sup>4</sup>, puis des travaux de l'Ecole de droit d'Alger créée en 1879, où la chaire de droit musulman est occupée par M. Morand jusqu'en 1932<sup>5</sup> et où il existe aussi une chaire de législation algérienne et tunisienne. Cette circonstance particulière distingue la situation du Maghreb de celle du Moyen Orient sous influence française (spécialement le Liban), où la littérature juridique est pour une bonne part l'œuvre de juristes locaux. Surtout, elle

---

<sup>1</sup> Dans la mesure où le Dahir sur la condition civile soumet l'état et la capacité à la loi nationale, tandis que le *C.O.C.* contient une disposition analogue s'agissant de la capacité à contracter, la question de savoir si les règles relatives aux vices du consentement sont dans la dépendance de celles qui régissent la capacité, comme le soutenait notamment L. Josserand (*Cours de droit civil positif*, Paris, 1930, II, p. 52) mais aussi de nombreux internationalistes français et allemands (cf. *Journal de droit international privé*, t. 27, 1932, p. 307), ou si elles appartiennent aux conditions de fond du contrat, est donc cruciale.

<sup>2</sup> Rapport sur les travaux de la commission d'organisation judiciaire du protectorat français du Maroc (*Bulletin officiel du Maroc*, sept. 1913, n° 46) : de l'aveu même du rapporteur de la Commission d'organisation judiciaire instituée par Liautey, « il était nécessaire de dissiper toutes les incertitudes pouvant se faire jour, au sujet de la loi locale » à propos des obligations conventionnelles et délictuelles. Cf. Fr.-P. Blanc, « Le dahir... », *Revue franco-maghrebine de droit*, 2001-9, p. 147.

<sup>3</sup> St. Berge, *La justice française au Maroc*, Paris, 1917, p. 505 : « cependant ce droit musulman n'est pas inexistant, ni incertain ; virtuellement, il constitue un corps juridique extraordinairement bien construit avec des éléments de premier ordre ».

<sup>4</sup> Par exemple : G. Videcoq, *Etudes sur les législations anciennes et modernes. Législation orientale, 1ère partie : Droit musulman*, Paris, 1839 ; Ch. Gillote, *Traité de droit musulman (d'après Khalil)*, éd. Dagand, 1854 ; A. Sabatery, *Eléments de droit musulman concernant l'organisation de la justice dans le Pachalik d'Alger avant 1830*, Alger, éd. Paysant, 1866 ; F. Cadoz, *Initiation à la science du droit musulman*, Oran, éd. A. Perrier, 1868.

<sup>5</sup> Cf. L.-A. Barrière, « Marcel Morand, interprète du droit musulman algérien », *Les grands juristes*, Aix, PUAM, 2006, p. 213-232 ; cf. aussi Cl. Bontems, « Les tentatives de codification du droit musulman dans l'Algérie coloniale », M. Flory et J.-R. Henry, *L'enseignement du droit musulman*, Paris, éd. du CNRS, 1989, p. 114 et sv.

explique que les ouvrages ainsi rédigés par des juristes français intègrent parfois dans le droit qu'ils présentent comme *musulman* des éléments qui n'en sont pas vraiment<sup>1</sup>. Quoi qu'il en soit, « on souffrait des incertitudes de la loi locale et de sa pratique défectueuse » et, en Tunisie comme au Maroc, « on en est sorti par une codification », écrit St. Berge<sup>2</sup>, mettant ainsi en exergue les fonctions premières de la codification, à savoir regrouper dans un document unique de toutes les règles relatives à une matière identique suivant un plan cohérent, assurer l'actualisation, la certitude et l'accessibilité du droit), c'est-à-dire finalement réaliser une *mise en ordre* du droit<sup>3</sup>.

En second lieu, la nouvelle loi locale doit donner des gages de sûreté à ceux auxquels elle s'appliquera. Elle doit à cette fin se présenter comme « une œuvre adéquate aux besoins d'une population composée d'éléments divers »<sup>4</sup>, comme (d'après les acteurs eux-mêmes ou les contemporains) une heureuse conciliation de la tradition musulmane (malékite, qui prévaut au Maghreb) et des influences européennes, pour mieux la distinguer de la *Medjellé* compilée dans l'empire ottoman à partir des préceptes hanéfites<sup>5</sup>. Sans doute une telle présentation a-t-elle pour objectif de calmer les inquiétudes qu'un droit nouveau peut susciter. Dans leur *Rapport au Président de la République française* relatif au C.O.C. marocain, le ministre des affaires étrangères (S. Pichon) et le Garde des Sceaux (A. Ratier) prennent ainsi soin de souligner que « dans le dahir formant 'Code des obligations et des contrats', les Européens trouveront des règles inspirées, dans une large mesure par leurs lois nationales ; les musulmans, de leur côté, n'y trouveront rien qui puisse froisser leur conscience religieuse, puisque les textes tunisiens qui ont servi de base à ce travail ont été révisés et reconnus orthodoxes par une commission composée de cinq professeurs de la Grande Mosquée de Tunis et de cinq membres du 'Chara' (tribunal religieux) »<sup>6</sup>. Dans un même souci, la première édition officielle du C.O.C. marocain, établie par S. Berge, mentionne sous

---

<sup>1</sup> Cf. B. Botiveau, « Les études orientales et le droit musulman », in : *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes* [en ligne]. Aix-en-Provence : Institut de recherches et d'études sur le monde arabe et musulman, 1993 (<http://books.openedition.org/iremam/445>) : « Il est apparu en effet que l'ensemble du droit musulman, tel qu'il avait été décrit par des juristes surtout français, comprenait par exemple des normes coutumières non islamiques souvent intégrées au fiqh, ou des éléments de droit imposés par les États qui ont successivement dominé ces sociétés musulmanes au cours des derniers siècles, l'État ottoman et les États européens, français, anglais et hollandais essentiellement ».

<sup>2</sup> St. Berge, *La justice française au Maroc*, *op. cit.*, p. 505.

<sup>3</sup> Cf. G. Braibant, « La problématique de la codification », *R.F.A.P.*, 1997-82, p. 167 et sv.

<sup>4</sup> Comme l'explique Sanviti dans une contribution à la *Gazette des tribunaux du Maroc* (n° 605), citée par A. Ketani, « Maroc », *La circulation du modèle juridique français*, Travaux de l'Association H. Capitant, t. XLIV, Paris, Litec, 1993, p. 265.

<sup>5</sup> Et se présente sous la forme d'un recueil de cas qui ne fournit aucune théorie générale de l'obligation (P. Ganagé, « Liban », *La circulation du modèle juridique français*, *op. cit.*, p. 254). Cf. M.-K. Charfeddine, « Le C.O.C. tunisien, le D.O.C. marocain et le C.O.C. libanais : esquisse d'une comparaison », *75<sup>ème</sup> anniversaire du Code des obligations et des contrats libanais*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 197-208.

<sup>6</sup> *Bulletin officiel du Maroc*, sept. 1913, n° 46. L'idée est également exposée par les acteurs de la codification tunisienne : « la codification des lois musulmanes en ce qui concerne les obligations a abouti à pourvoir la Tunisie d'une législation qui, approuvée par les jurisconsultes tunisiens les plus orthodoxes, se rapproche beaucoup de la législation française et constitue en cette législation et le vieil esprit coranique un vrai trait d'union », *Archives du Quai d'Orsay*, nouvelle série Tunisie (1882-1916), carton 219 (cité par S. Derouiche-Ben Achour, « Tunisie », *La circulation du modèle juridique français*, *op. cit.*, p. 289).

chaque article l'ensemble des références françaises ou européennes, musulmanes et romaines. Si un tel procédé peut s'expliquer par des raisons scientifiques (faciliter l'intelligence du texte en éclairant ses origines), il a également, comme l'indique le *Rapport sur les travaux de la commission d'organisation judiciaire du protectorat français du Maroc*, un objectif plus prosaïque : rassurer les Européens en leur donnant « ainsi la preuve évidente des éléments d'analogie qui rapprochent » les lois européennes de ce code. Cet objectif était d'ailleurs implicitement contenu dans l'article 9, § 2 de l'accord franco-allemand du 4 novembre 1911, qui liait la substitution de tribunaux français au système des capitulations et juridictions consulaires au fait pour la France de s'inspirer « des règles de législation des puissances intéressées ». Si la France « avait le droit et le pouvoir de doter promptement le Maroc d'une organisation judiciaire » nouvelle, c'est donc bien parce que « cela était indispensable » pour établir de bons rapports non seulement avec les indigènes mais également « et encore à un plus haut degré » avec les étrangers, explique L. Renault dans sa préface aux *Codes et lois en vigueur dans le Protectorat du Maroc*<sup>1</sup>.

Pour toutes ces raisons, les autorités françaises devaient nécessairement s'intéresser de près à la production des textes législatifs marocains. Pour toutes ces raisons, encore, l'œuvre juridique française dans ses protectorats retient et combine plusieurs des acceptions dont le terme *codification* (entendue comme regroupement d'un ensemble de dispositions législatives ou réglementaires intéressant une même matière dans un texte unique) est susceptible, puisqu'elle est à la fois réception (mais pas toujours à *droit constant*) de droits étrangers et mise par écrit de certaines traditions coutumières locales (sans constituer pour autant une véritable codification du droit musulman<sup>2</sup>). L'étude de la méthode d'élaboration du texte, puis celle de son contenu au regard du droit français et du mouvement européen des idées juridiques devraient permettre de s'en convaincre.

## I - L'élaboration du C.O.C. marocain

Le C.O.C. marocain a été élaboré selon des modalités assez proches de celles qui avaient présidé à la rédaction du C.O.C. tunisien, et sous la houlette d'un même homme, S. Berge.

Dès l'accord franco-allemand du 4 nov. 1911 est évoquée une réforme générale non seulement de l'organisation judiciaire, en raison de la suppression des juridictions consulaires, mais aussi du droit que les nouvelles juridictions auront vocation à appliquer. Dans la mise en œuvre de ces réformes, le rôle du M<sup>al</sup> Lyautey, alors Résident général de France, est déterminant. Conformément au traité de Fès (30 mars 1912, approuvé en France par la loi du 15 juillet 1912), dont l'art. 1 prévoit que les autorités française et marocaine « sont d'accord pour instituer au Maroc un nouveau régime comportant les réformes administratives, judiciaires... que le gouvernement

---

<sup>1</sup> *Codes et lois en vigueur dans le Protectorat français du Maroc*, Paris, 1914, I, p. XXVII et *L'œuvre internationale de Louis Renault : 1843-1918*, Paris, Les éditions internationales, 1933, p. 542.

<sup>2</sup> Alors pourtant que, en Tunisie par exemple, les commissions instituées au sein de l'administration du protectorat ont pour mission officielle « la codification du droit musulman » (cf. S. Derouiche-Ben Achour, « L'enseignement du droit en Tunisie pendant la période coloniale », *Politiques législatives : Égypte, Tunisie, Algérie, Maroc*, Le Caire, CEDEJ, 1994, p. 48, en ligne : <http://books.openedition.org/cedej/390>). Le projet tunisien a, certes, été traduit et soumis à une commission de dix juristes musulmans choisis au sein de la Charaâ et de la Grande Mosquée, mais l'examen du contenu du C.O.C. tunisien interdit de le présenter comme une codification de ce droit (cf. infra).

français jugera utile d'introduire sur le territoire marocain », il prend l'initiative de charger l'un des magistrats français (Landry<sup>1</sup>) mis au service de la Résidence générale de la rédaction d'avant-projets devant être soumis au gouvernement français puis, pour adoption, au Sultan. Rédigés rapidement, ces textes sont envoyés à Paris et soumis par le M<sup>al</sup> Lyautey au ministère des Affaires étrangères nouvellement nommé, le sénateur du Jura St. Pichon<sup>2</sup>, le 19 mars 1913<sup>3</sup>. Une commission est alors instituée et « chargée, conformément aux suggestions du Commissaire résident général, de préciser un plan d'organisation judiciaire du Protectorat français du Maroc ». Elle réunit des juristes chevronnés : des professeurs de droit, notamment des spécialistes du droit international public comme son président Louis Renault (lauréat du Prix Nobel de la paix en 1907<sup>4</sup>) et Albert de Geouffre de la Pradelle, qui publiera en 1930 des *Principes généraux du droit international* après avoir créé l'Institut des hautes études internationales et fondé plusieurs revues spécialisées dans l'étude du droit international<sup>5</sup>, auxquels s'ajoutent des membres du Conseil d'Etat (Romieu, Chardenet, Teissier, Collavet), un conseiller à la Cour de cassation (Herbaux), le président du Conseil de préfecture de la Seine, des diplomates en charge des affaires tunisiennes et marocaines (Gauthier, Cruchon-Dupeyrat) et un représentant du Garde des sceaux (Bouloche, directeur des affaires civiles). « Un homme surtout y apportait une précieuse expérience de la justice en pays de protectorat »<sup>6</sup> : St. Berge, alors conseiller à la Cour d'appel de Paris. Membre de la sous-commission (avec Teissier et de Lapradelle)<sup>7</sup> de la commission Renault chargée de préparer le projet de *C.O.C.*, c'est sur son rapport en effet que le texte est arrêté par la commission Renault.

Cette commission, dominée (s'agissant des juristes) par les publicistes (internationalistes) et par l'administration<sup>8</sup>, travaille rapidement (elle fournit, d'après les termes de L. Renault, un « travail acharné »<sup>9</sup>) et achève après seulement vingt-quatre séances, entre mai et juin 1913, la rédaction de projets relatifs tant à l'organisation judiciaire qu'aux textes que devront appliquer les nouveaux tribunaux. Forme et fond, procédure et droit matériel sont donc réformés dans le même

---

<sup>1</sup> Retenu par ses fonctions de conseiller judiciaire du Gouvernement chérifien, il n'assistera pas personnellement aux travaux de la commission Renault.

<sup>2</sup> St. Pichon a été plusieurs fois ministre des Affaires étrangères, dans les cabinets G. Clémenceau et A. Briand. Il a aussi été Résident général de France en Tunisie de 1901 à 1907 et sera l'un des principaux négociateurs français du Traité de Versailles en 1919.

<sup>3</sup> Cf. St. Berge, *La justice française au Maroc*, op. cit., p. 1.

<sup>4</sup> Membre de l'Académie des sciences morales et politiques, il enseigne à Paris le droit international après avoir assuré des cours de droit romain et de droit commercial à Dijon. Jurisconsulte du Ministère, il représente la France aux Conférences de La Haye. Cf. le *Dictionnaire historique des juristes français*, Paris, PUF, 2007, dir. J.-L. Halpérin, J. Krynen et P. Arabeyre.

<sup>5</sup> Notamment : *Revue de droit international* (1927), *Nouvelle revue de droit international privé* (1934), *Recueil général des décisions et conventions intéressant le droit international* (1934).

<sup>6</sup> E. Larcher, « Les codes marocains », *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation...*, 1914, t. 30, p. 2.

<sup>7</sup> Cf. *Codes et lois en vigueur dans le Protectorat français du Maroc*, op. cit., I, p. 293.

<sup>8</sup> Cette part (trop) importante de « l'élément administratif » au sein de la commission Renault est pointée du doigt par E. Larcher : « peut-être cependant l'élément administratif y était-il un peu trop prépondérant » (*Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation...*, 1914, t. 30, p. 3).

<sup>9</sup> Cf. *L'œuvre internationale de Louis Renault*, op. cit., p. 543.

temps (court) et le même mouvement. L'ampleur d'un tel bouleversement, qui s'explique autant rationnellement (« pour la commodité des transactions » et « pour que les tribunaux jugent, il faut, pratiquement, qu'ils aient des lois à appliquer », remarquera E. Larcher<sup>1</sup>) que politiquement (« pour l'unité de notre autorité »<sup>2</sup>), mérite d'être soulignée.

Œuvre rapidement exécutée, ces projets, issus de discussions animées par le seul souci de la « science » et du « patriotisme », ne constituent pas pour autant, affirme L. Renault, une œuvre « hâtive, inspirée par la seule préoccupation d'aboutir sans retard ». La raison de cette célérité est ailleurs : elle tient au fait que la commission Renault a bénéficié de l'expérience codificatrice tunisienne, dont, de l'aveu même de son président, elle a pu « apprécier les conséquences »<sup>3</sup>, d'autant plus qu'elle compte, parmi ses membres, certains de ceux qui avaient participé à l'établissement et à l'application en Tunisie des codes nouveaux. Soumis à son approbation pendant l'été, ces projets sont acceptés le 12 août par le Sultan Moulay Youssef<sup>4</sup> et promulgués après visa (qui traduit concrètement le *droit de contrôle* exercé par la France<sup>5</sup>) par Liautey le 30 août<sup>6</sup>, tandis que l'organisation judiciaire fait, pour sa part, l'objet d'un décret du Président de la République française du 7 septembre 1913.

Si l'élaboration du *C.O.C.* marocain n'a donc pas exigé de la part des commissions Liautey et Renault « un long examen », c'est parce que ce texte est emprunté, pour l'essentiel, « à des législations étrangères »<sup>7</sup>, plus spécialement au *C.O.C.* tunisien qu'il se contente le plus souvent de recopier : « à la vérité, écrit Larcher en 1914<sup>8</sup>, le travail d'adaptation du code tunisien au Maroc a consisté à peu près exclusivement à en supprimer les dispositions ayant un caractère commercial – qui ont retrouvé leur place dans le code de commerce<sup>9</sup> – et celles relatives à certains contrats plus

---

<sup>1</sup> *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation...*, 1914, t. 30, p. 2.

<sup>2</sup> *Id.*

<sup>3</sup> *L'œuvre internationale de Louis Renault, op. cit.*, p. 543.

<sup>4</sup> L'art. 4 du Traité de Fès stipule en effet que « les mesures que nécessitera le nouveau régime de protectorat seront édictées, sur la proposition du Gouvernement français, par Sa Majesté Chérifienne ou par les autorités auxquelles elle en aura délégué le pouvoir », de sorte que si toute réforme suppose l'initiative du Gouvernement français, elle ne peut être mise en œuvre sans l'intervention du Sultan. Quant à l'organisation judiciaire, la commission Renault s'est prononcée pour un décret du Président de la République approuvant et corroborant un dahir du Sultan parce que, comme l'explique L. Renault, « l'organisation française au Maroc doit être le résultat d'une entente entre le Gouvernement français et le Sultan » (cité par St. Berge, *La justice au Maroc, op. cit.*, p. 3).

<sup>5</sup> En vertu de l'art. 5 du traité de Fès, le Commissaire résident général a en effet le pouvoir d'approuver et promulguer, au nom du Gouvernement français, les décrets rendus par le Sultan.

<sup>6</sup> Fr.-P. Blanc, « Le Dahir formant Code des obligations et des contrats », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2001, n° 9, p. 141.

<sup>7</sup> *Rapport sur les travaux de la commission d'organisation judiciaire du protectorat français du Maroc, précit.*

<sup>8</sup> *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation...*, 1914, t. 30, p. 12.

<sup>9</sup> En effet, la réglementation du contrat de transport de marchandises comprise dans le *C.O.C.* tunisien ne figure plus dans le *C.O.C.* marocain mais dans le *Code de commerce*. Elle impose au transporteur une obligation de garde moins lourde qu'en droit français et allemand. Dans le *Code civil* français en effet, ce type de transport est assimilé à un type particulier de louage (art. 1779), auquel s'appliquent les règles relatives aux aubergistes et qui rend le transporteur responsable des pertes et avaries dès lors qu'elles ne procèdent ni de la force majeure ni du cas fortuit, tandis que le Code de commerce allemand ajoute à la force majeure le vice propre de la chose (§ 395 i.Com. allemand). Allégeant

particulièrement tunisiens », comme, par exemple, l'enzel, le kirdar, le koulou et le naçba visés aux art. 954 à 994 *C.O.C.* tunisien (cf. *infra*). Lorsque L. Renault souligne que sa commission s'est trouvée « en présence d'une table rase » (qui peut provoquer le risque, en législation, d'accorder une influence trop grande aux « idées absolues et logiques » ; risque dont la commission Renault, guidées d'abord par les « nécessités pratiques » et « très modérée dans ses innovations », a su, affirme son président, se prémunir<sup>1</sup>), cela signifie seulement qu'elle avait pour mission de mettre sur pied une législation nouvelle et non pas d'amender une législation ancienne dont elle aurait dû tenir compte, mais pas qu'elle ait dû formuler cette dernière *ex nihilo*. Pour mener à bien sa mission, elle s'est en effet donnée pour « point de départ » de sa réflexion « l'adaptation au Maroc de la législation métropolitaine », précisant aussitôt que cette adaptation devait tenir compte, d'une part, de la « différence du milieu ». C'est ici que l'expérience tunisienne a pesé de tout son poids, puisqu'elle fournissait un précédent « doublement approprié, parce qu'il s'agissait d'un protectorat, et d'un protectorat en pays musulman »<sup>2</sup>. Mais la codification tunisienne a-t-elle été suffisamment murie ? La commission Renault a-t-elle véritablement pris en compte les critiques qui, déjà, avaient été adressées à cette dernière ? E. Larcher n'est pas loin de penser le contraire, et le regrette dans les quelques lignes qu'il consacre au *Code des obligations* dans sa recension des codes marocains à la *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation* : alors que les dispositions du *dahir sur la conditions civile des français et des étrangers dans le protectorat français du Maroc* sont « brèves » et « bien frappées », celles du *C.O.C.* ne sont à ses yeux pas exemptes d'« incorrections », tandis que certains articles sont trop longs, voire « filandreux »<sup>3</sup>. Elle devait tenir compte, d'autre part, des « réformes réclamées pour la France elle-même », c'est-à-dire des réformes estimées nécessaires par la doctrine française mais que l'absence de révision générale du *Code civil* (la question avait pourtant été posée en 1904 lors de la célébration du centenaire, et des plumes célèbres avaient alors plaidé pour la révision, mais le point de vue de Planiol, hostile à toute révision générale<sup>4</sup>, avait fini par l'emporter) avaient empêché, en métropole, de voir le jour.

Dominée par ces deux objectifs (adaptation et modernisation), la méthode d'élaboration du *C.O.C.* ne pouvait être que syncrétique, autant que celle qui avait conduit aux nouvelles législations

---

d'avantage encore la responsabilité de ce dernier, le code tunisien lui permet d'invoquer à décharge non seulement le cas fortuit ou la force majeure (sauf si une faute de sa part y a donné lieu) et le vice propre à la chose, mais encore la faute de l'expéditeur ou du destinataire. La même remarque peut être formulée s'agissant du transport de personnes : les articles 922 et sv. *C.O.C.* tunisien imposent au voyageur l'obligation de se conformer aux règlements établis par la compagnie et n'autorisent la mise en œuvre de la responsabilité de cette dernière en cas d'accidents survenus au voyageur pendant la durée du transport qu'en raison de la faute ou du fait qui lui sont imputables (et en cas de force majeure, lorsque celle-ci a été précédée d'une faute). Ce faisant, ils consacrent le choix opéré par la jurisprudence et une partie de la doctrine française d'une responsabilité contractuelle en matière de transport de personnes à titre onéreux, mais se montrent plus rigoureux à l'endroit de la victime en omettant l'obligation, envisagée déjà par Ch. Lyon-Caen (*Dalloz* 1885, 1, 129), de le conduire sain et sauf.

<sup>1</sup> *L'œuvre internationale de Louis Renault, op. cit.*, p. 549.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 543.

<sup>3</sup> Il faudrait, écrit Larcher, « renouveler toutes les critiques –ou à peu près toutes- que j'ai formulées jadis à l'occasion du code tunisien des obligations et des contrats » (*Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation...*, 1914, t. 30, p. 12).

<sup>4</sup> Voir sa contribution au *Livre du centenaire 1804-1904*, Paris, 1904.

tunisiennes quelques années auparavant. Malgré des velléités codificatrices précoces, notamment la promulgation en 1861 d'un code civil et pénal (cependant rapporté en 1864<sup>1</sup>), c'est en effet sous le protectorat français (12 mai 1881) que la Tunisie se dote de codes nationaux et que, grâce à son *C.O.C.*, sont sans doute pour la première fois au Maghreb rassemblées en un texte unique des matières jusque-là réglementées de façon éparse par les usages et les règles religieuses. Il n'est pas question de relater ici le détail de la procédure d'élaboration de ce texte<sup>2</sup>. On rappellera seulement que, au sein de la commission instituée dès 1896 par le Résident général R. Millet, deux personnalités jouent les premiers rôles. D'abord, Stéphane Berge<sup>3</sup>, avocat, collaborateur du *Journal du droit international privé* et de l'*Annuaire de la législation étrangère*, fondateur de la *Gazette du Palais*, puis juge de paix en Tunisie (1885), juge suppléant à Tunis, président du tribunal de Sousse et enfin vice-président du tribunal de Tunis (mai 1890). Déjà auteur d'un ouvrage sur la juridiction française en Tunisie (1895)<sup>4</sup>, il prend alors la direction de la justice beylicale en vue de sa réformation et de sa simplification. En 1903, il assure la présidence du tribunal mixte immobilier en charge de l'immatriculation des biens fonciers et du contentieux né de l'application du *code foncier* de 1885 puis, en 1904, celle du tribunal de Tunis. Il rentre en métropole en 1910 pour siéger à la Cour d'appel de Paris avant de partir à nouveau pour le Maghreb mais, cette fois, au Maroc. Il participe en 1913 aux négociations qui débouchent sur la création du tribunal international de Tanger et est appelé auprès de Lyautey, qui voit en lui un « conseil précieux et respecté ». La même année, il est nommé Premier Président de la Cour d'appel de Rabat, mais c'est comme conseiller à la Cour de cassation qu'il achève sa carrière à Paris le 23 février 1917. La part importante qu'il a prise à l'élaboration du *C.O.C.* tunisien ne doit cependant pas occulter celle d'un autre protagoniste essentiel : David Santillana. Ce juriste italien né à Tunis en 1855 d'un père israélite originaire d'Espagne<sup>5</sup>, fin connaisseur du droit musulman, spécialement du rite malékite pratiqué au Maghreb (il enseignera d'ailleurs le droit musulman à l'école khédiviale du Caire puis à l'université de Rome et publiera un *traité* de droit musulman), a d'abord servi, après des études à Londres, comme interprète au ministère des affaires étrangères tunisien avant le protectorat. Il émigre en Italie en 1879, où il obtient la naturalisation, entreprend des études de droit et devient avocat.

---

<sup>1</sup> On remarquera que, malgré la régence ottomane, ni le code de commerce ottoman ni la *Medjellé* n'ont été appliqués en Tunisie et que, si la constitution du 25 avril 1861 prévoit la création de tribunaux de commerce, le projet de code rédigé par la commission désignée par Assadiq Bey en 1864 n'a jamais été promulgué.

<sup>2</sup> Pour la littérature en langue française, on se reportera évidemment aux *Codes et lois en vigueur dans le Protectorat français du Maroc*, *op. cit.*, I, p. 291, où la procédure d'élaboration du *C.O.C.* tunisien est relatée, et aux multiples travaux de Fr.-P. Blanc. Cf. aussi : D. Deroussin, « Quand la France organisait le pluralisme : les codes des obligations et des contrats dans les protectorats français », *Le pluralisme juridique à l'épreuve de l'Histoire*, colloque Paris XIII-Paris V, 28-29 avril 2011, à paraître.

<sup>3</sup> Dont la carrière est relatée par le discours de l'avocat général A. Wattinne lors de la rentrée solennelle de la Cour de cassation du 16 oct. 1924 (disponible sur le site de la Cour de cassation).

<sup>4</sup> Il publiera ensuite *La justice française au Maroc*, Paris, 1917, préf. L. Renault.

<sup>5</sup> A. Tunger-Zanetti, *La communication entre Tunis et Istanbul, 1860-1913 : province et métropole*, Paris, 1996, p. 266, note 82 et Fr. Gabrielli, « David Santillana », *Orientalisti del Novecento*, Rome, Institut pour l'Orient, 1993, pp. 55-59. Fr. Gény voit en lui un juriste « savant et habile », auteur d'une œuvre « complexe et d'une haute inspiration » (Fr. Gény, « La technique législative dans la codification civile moderne », *Le Code civil 1804-1904, Livre du centenaire*, Paris : Rousseau, repr. Dalloz, préf. J.-L. Halpérin, p. 1036).



Entourés du secrétaire et du secrétaire adjoint du gouvernement tunisien, du président du tribunal mixte immobilier, ces deux hommes<sup>1</sup> sont les chevilles ouvrières du projet élaboré par cette commission, dont Santillana est le rapporteur. Ce projet est publié en 1899 sous le titre : *Avant-projet de Code civil et commercial tunisien*<sup>2</sup>. Qualifié de « remarquable » par E. Jobbé-Duval, qui voit là un « réel service rendu à la science »<sup>3</sup>, cet *Avant-projet* est édité avec les notes de Santillana, qui renvoient aux œuvres imprimées des juristes musulmans mais aussi à des manuscrits de la grande mosquée de Tunis, et indique la correspondance, pour chacun des articles, avec les dispositions du droit romain ou des droits européens<sup>4</sup>. Bien qu'il ait pour ambition d'embrasser le droit civil et le droit commercial, il ne comporte aucune disposition relative au droit de la famille (patrimonial ou extrapatrimonial), qu'il a préféré abandonner à la loi religieuse, et se divise en deux livres, le premier consacré à la théorie générale des obligations, le second aux différents contrats et quasi-contrats civils et commerciaux (lettre de change, compte courant). Mais, pour s'assurer de l'adhésion des populations locales, ce projet est ensuite soumis à une nouvelle commission formée de dix juristes tunisiens (cinq professeurs et cinq magistrats) et de nos deux protagonistes<sup>5</sup>. Après discussion (et, à croire S. Berge, le droit romain a parfois permis de régler les désaccords exprimés par les juristes tunisiens<sup>6</sup>), le texte, soumis au Bey, est promulgué en décembre 1906.

Comme son homologue marocain et alors que Santillana avait à l'esprit la rédaction d'un code civil et commercial, le *C.O.C.* tunisien n'envisage que les obligations civiles, même s'il conserve quelques traces de l'objectif initial, notamment quelques dispositions relatives aux livres de marchands ou aux sociétés civiles et commerciales. Surtout, la méthode employée annonce, on l'a

---

<sup>1</sup> Le *Rapport sur les travaux de la commission d'organisation judiciaire du protectorat français du Maroc* dira quelques années plus tard de Berge qu'il a été « l'un des principaux auteurs du Code tunisien » (*Bulletin officiel du Maroc*, sept. 1913, n° 46, p. 7).

<sup>2</sup> *Travaux de la commission de codification des lois tunisiennes*. Fascicule 1, Code civil et commercial tunisien. Avant-projet discuté et adopté au rapport de M. D. Santillana, Tunis, 1899.

<sup>3</sup> E. Jobbé-Duval, *L'histoire comparée du droit et l'expansion coloniale de la France*, Mâcon, 1902 (extrait des *Annales internationales d'histoire*), p. 27.

<sup>4</sup> Ces correspondances ont été reprises pour l'édition du *C.O.C.* marocain dans : *Codes et lois en vigueur dans le Protectorat français du Maroc*, Paris, 1914, I, p. 303 et sv.

<sup>5</sup> *Lettre du Résident général au ministre des Affaires étrangères à Paris*, Tunis, 9 octobre 1901 (Archives du Quai d'Orsay, N.S. Tunisie 1882/1916, carton 218, Bob 151, f. 3) ; cf. aussi *Codes et lois en vigueur dans le Protectorat français du Maroc*, *op. cit.*, I, p. 291 et Cl. Bontems, « Les tentatives de codification... », *art. précit.*, p. 113.

<sup>6</sup> D'après ce dernier, il suffisait de remonter à l'origine romaine de la règle proposée pour les convaincre (*Codes et lois en vigueur dans le Protectorat français du Maroc*, *op. cit.*, I, p. 292). Une telle affirmation renvoie à la question de l'influence éventuelle du droit romain sur l'enseignement des premiers docteurs musulmans ; influence mise en doute en son temps par Dareste, dans son compte rendu de la traduction du *Code musulman de Khâlil* donnée par Seignette (Alger-Paris, 1878), publié au *Journal des savants* en mai 1882. Ce dernier y soulignait que, s'il existe parfois des analogies dans les solutions, celles-ci n'impliquent pas nécessairement que le droit romain ait consciemment servi de source de références (même si, dans certaines régions comme la Syrie, des pans entiers du droit romain étaient encore traduits après l'expansion de l'Islam), et soutenait que le formalisme caractéristique du droit romain institue entre ces deux ordres de droit une différence fondamentale. Berge au contraire explique que, poussant plus loin ses recherches, la commission tunisienne « comprit » que, au moment des premières invasions arabes, « les premiers docteurs de l'Islam ont introduit dans leur propre droit des contrats et des obligations, alors en formation, la substance même du droit romain » (*id.*)

dit, celle des commissions Lyautey et Renault. Elle avait été, d'ailleurs, déjà mise en œuvre lors de la confection de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1885, dite *code foncier*. Promulguée par le Bey à l'initiative du Résident général Cambon, cette loi, qui met en place les registres fonciers en grande partie sur le modèle australien de l'Act Torrens<sup>1</sup>, avait en effet été l'occasion d'expérimenter le procédé qui sera retenu pour l'élaboration du *C.O.C.* et dont l'objectif est de concilier l'introduction du droit français (présentée par les promoteurs français de la loi comme une des « principales préoccupations »<sup>2</sup>) avec les innovations, jugées pertinentes, apportées par les législations étrangères plus récentes. Ce procédé, expliquait le Résident général, consiste précisément dans la fusion dans une loi unique des textes du *Code civil* français susceptibles d'être conservés et des dispositions de ces lois étrangères. Comme le *C.O.C.*, la loi foncière regroupe donc trois types de dispositions : celles qui reproduisent sans modification des dispositions du *Code civil* français, celles qui les reproduisent moyennant modification et, enfin, celles, plus franchement nouvelles, qui sont empruntées aux systèmes juridiques étrangers (quitte à rompre, par exemple, avec le principe du transfert *solo consensu* de la propriété foncière). Et il faut croire que la méthode choisie a porté des fruits sains : législation technique, d'opportunité<sup>3</sup>, cette loi n'est pas dépourvue de cohérence et ses dispositions, reprises au Maroc en 1915 et au Liban en 1926, sont encore aujourd'hui de droit positif.

A l'issue de ce travail de codification, le droit local change dans son contenu, mais aussi et surtout dans sa nature. A un droit révélé, nécessairement parfait, est substitué un droit légiféré, posé par les hommes et qui, malgré le visa des autorités françaises, se présente sous la forme d'un droit *national*<sup>4</sup>, puisque le Maroc n'a pas le statut de colonies. Mais l'on touche ici du doigt une ambiguïté réelle : si les dahirs si rapidement promulgués au Maroc par l'autorité marocaine elle-même forment un droit national, ils sont aussi, en tant que droit local, des « instruments » entre les mains de la justice française au Maroc grâce auxquels, malgré leurs imperfections, elle « conquerra vite au Maroc un renom de science et d'intégrité ». Mieux : ainsi rehaussée, la justice française est appelée à devenir « l'un des plus puissants agents de notre influence dans ce pays que nous avons maintenant à rendre français », écrit E. Larcher en 1914<sup>5</sup>. Alors que, depuis le XVIII<sup>ème</sup> siècle européen, l'entreprise de codification avait été le plus souvent associée à l'affirmation des souverainetés nationales, au point de pouvoir être définie comme attribut et manifestation de cette

---

<sup>1</sup> Cette législation, facultative comme la loi de 1885, a connu un large succès dans certaines colonies britanniques. Elle s'inspire partiellement du modèle allemand, l'amendant sur certains points, notamment en organisant un recours en indemnisation devant un fonds d'assurance au profit de ceux qui, de bonne foi, pourraient être lésés par l'effet constitutif des écritures consignées dans ces registres. Cette garantie, adoptée par la loi de 1885, est supprimée en 1892 : la partie lésée ne dispose plus, depuis, que d'une action personnelle, en cas de dol.

<sup>2</sup> D'après le rapport du Résident générale Cambon, cité par Ch. Martineau (juge-rapporteur au Tribunal mixte de Tunis), « Le nouveau régime foncier de la Tunisie », in : Ch. Depincé, *Congrès de l'Afrique du Nord tenu à Paris du 6 au 10 octobre 1908. Compte rendu des travaux*, Paris, 1909, I, p. 228.

<sup>3</sup> Le terme est employé par M.K. Charfeddine, « Esquisse sur la méthode normative retenue dans l'élaboration du Code tunisien des obligations et des contrats », *Revue internationale de droit comparé*, 1996, vol. 48, p. 424.

<sup>4</sup> Comme le souligne S. Derouiche-Ben Achour (« Tunisie », *La circulation du modèle juridique français, op. cit.*, p. 188) à propos de la Tunisie, « la réception du modèle français se faisait ainsi par et dans le droit tunisien ».

<sup>5</sup> *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation*, 1914, t. 30, p. 16.

souveraineté<sup>1</sup>, il est ici davantage question de mettre sur pied les outils efficaces d'une politique coloniale<sup>2</sup> que de rendre hommage à une souveraineté politique, quoiqu'elle soit associée, formellement, au processus de codification. L'objectif de ces codes est donc double : attirer les populations locales et assurer le rayonnement de la nation coloniale.

Ainsi s'explique, outre les raisons de méthode évoquées plus haut, pourquoi ce droit national porte l'empreinte évidente<sup>3</sup> de la culture juridique française et, spécialement, de sa théorie générale du contrat, dominée par le principe la liberté et de la force obligatoire des conventions, et de sa conception de responsabilité, à base de faute. A l'instar du *C.O.C.* tunisien, le *C.O.C.* marocain s'éloigne ainsi de l'approche réaliste qui semble marquer le droit musulman, qui accorde davantage d'importance à l'extériorisation du consentement par des paroles ou des gestes<sup>4</sup>, y compris le droit malékite qui, par exemple en matière de vente, exige la manifestation apparente de l'échange des consentements soit par un acte (appréhension de la chose) ou un signe, soit par des paroles précises, soit encore par un écrit<sup>5</sup>. De même, l'article 230 du *C.O.C.* marocain (comme l'art. 242 *C.O.C.* tunisien) formule le principe de l'effet obligatoire du contrat dans des termes qui rappellent ceux de l'article 1134 *Code civil* français : les conventions « valablement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites »<sup>6</sup>, tandis que l'article 231 *C.O.C.* marocain (comme l'art. 243 *C.O.C.* tunisien) fond en une seule disposition les articles 1134, al. 3 et 1135 du *Code civil* français en rappelant qu'elles doivent être exécutées de bonne foi et qu'elles obligent à toutes les suites que la loi, l'usage ou l'équité leur donnent.

Cette empreinte, pour autant, ne saurait masquer l'importance des emprunts contractés auprès de ce qui est parfois appelé à l'époque le *droit commun législatif* ; emprunts qui permettent, le cas

---

<sup>1</sup> Cf. B. Opetit, *Essai sur la codification*, Paris, PUF, 1998. On comprend dans ces conditions que la question de la codification du droit européen fasse rejaillir celle des souverainetés nationales (cf. Y. Lequette, « Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. Von Bar », *Dalloz*, 2002, chr. 2205, n° 8 et s.).

<sup>2</sup> De la même manière qu'on a pu écrire, à propos de la Tunisie, que le droit y était devenu, à partir du protectorat et des réformes judiciaires, l'« instrument de gestion coloniale des affaires tunisiennes » (S. Derouiche-Ben Achour, « L'enseignement du droit en Tunisie pendant la période coloniale », *art. précit.*).

<sup>3</sup> En Tunisie, les rapporteurs de la commission de codification décrivent le *C.O.C.* comme « un véritable trait d'union » entre la législation française « et le vieil esprit coranique » (cité par S. Derouiche-Ben Achour, « L'enseignement du droit... », *art. précit.*, note 5). Pour le Maroc, certains n'hésitent pas à qualifier « dominante » la tradition juridique française, notamment A. Kettani, « Maroc », *La circulation du modèle juridique français, op. cit.*, p. 267. Au point que le *C.O.C.* y sera perçu comme un code étranger pendant les deux premières décennies de son application (*ibid.*, p. 269).

<sup>4</sup> Ch. Gillotte, *Traité de droit musulman*, 1854, p. 108.

<sup>5</sup> E. Zeys, *Traité élémentaire de droit musulman algérien (école malékite)*, Alger, 1885-1886, I, p. 106. Toujours en matière de vente, les *C.O.C.* tunisien et marocain insistent davantage que la doctrine malékite sur la nécessité de la fixation du prix en argent.

<sup>6</sup> Il semble que, d'après J. Schacht, *Introduction au droit musulman*, Paris, 1999, p. 123, le « droit islamique ne reconnaît pas la liberté de contracter, mais il accorde une dose appréciable de liberté à l'intérieur de certains types déterminés ». Les codes tunisien et marocain affirmeraient donc de manière plus franche que la tradition musulmane le principe de la liberté des conventions. En revanche, le principe de l'effet obligatoire du contrat est clairement rappelé dans le Coran (« Ô croyants, soyez fidèles à vos engagements », Sourate V, verset 1).

échéant, de dépasser le modèle français dans une sorte de « liberté normative »<sup>1</sup>, de syncrétisme. Dans le contexte de la lutte d'influences que se livrent les diverses traditions juridiques européennes depuis la promulgation du *B.G.B.* en Allemagne et compte tenu des destinataires de la législation en cause, était-il possible de s'en tenir à la seule tradition française ?

## II - Un contenu syncrétique

S'il n'est pas paru pertinent de transposer tel quel le *Code civil* français<sup>2</sup>, on a cherché à en adopter, pour l'essentiel, l'esprit et le contenu, quoique souvent sous une forme actualisée, et à intégrer des concessions à d'autres modèles juridiques plus récents.

### A - La réception active du modèle français

Comme son homologue tunisien, le *C.O.C.* marocain, quoiqu'il s'inscrive pour une large part dans la tradition du droit français, n'en est pas la servile copie, puisque son élaboration aura été saisie comme l'occasion d'une *actualisation* de cette dernière. Lorsqu'elle se fait modeste, cette mise au jour de la tradition française consiste en une mise au clair, dont l'objectif est d'explicitier les dispositions ou les notions qui, dans la législation de 1804, étaient restées implicites. Lorsqu'elle prend davantage d'assurance et plus d'ampleur, elle cherche à préciser des techniques ou des solutions présentes dans le *Code civil* français à la lumière des évolutions jurisprudentielles survenues en métropole. Enfin, s'inspirant là encore de la réflexion doctrinale ou des évolutions jurisprudentielles françaises, elle s'enhardit jusqu'à ajouter au *Code civil* français des règles nouvelles.

#### *Explicitier*

Le premier degré d'actualisation consiste donc dans la simple volonté d'explicitier ce qui, aux yeux du Législateur de 1804, semblait aller de soi et ne pas mériter d'explication formelle. Deux exemples illustrent cette attitude. Le premier concerne la structure de la responsabilité civile. D'un côté, le *C.O.C.* marocain, comme son modèle tunisien, distingue rationnellement deux types de responsabilité : la responsabilité intentionnelle ou dolosive (le fait de causer « sciemment et volontairement à autrui un dommage », dit l'art. 77 *C.O.C.* marocain)<sup>3</sup> et la simple responsabilité pour faute (« chacun est responsable du dommage moral ou matériel qu'il a causé, non seulement par son fait, mais par sa faute, lorsqu'il est établi que cette faute en est la cause directe », art. 78 *C.O.C.* marocain)<sup>4</sup>, la faute pouvant consister soit dans une omission soit dans une action mais ne requérant pas l'intention de causer un dommage. Outre le critère de l'intention, qui les distingue, ces deux types de responsabilités reposent sur un élément commun, que Pothier, en France, avait déjà perçu en son temps mais que le Législateur napoléonien n'avait pas pensé mettre en exergue :

---

<sup>1</sup> M.-K. Charfeddine, « Esquisse sur la méthode normative retenue dans l'élaboration du Code tunisien des obligations et des contrats », *R.I.D.C.*, 1996-48, p. 421.

<sup>2</sup> Il paraît ainsi peu opportun de parler d'une « réception » (J. Chevallier, « L'influence du Code civil dans le monde », *Travaux de l'association H. Capitant*, Paris, 1954, p. 872) du droit français, spécialement si l'on entend par-là le droit du *Code civil*.

<sup>3</sup> Cf. art 82 *C.O.C.* tunisien.

<sup>4</sup> Cf. art. 83 *C.O.C.* tunisien.

la notion d'illicéité. La responsabilité intentionnelle comme la responsabilité pour faute supposent un acte inexcusable qui soit la cause directe du dommage, qu'il s'agisse de l'acte accompli « sans l'autorité de la loi », en matière de responsabilité intentionnelle (art. 77 *C.O.C.* marocain) ou, en matière de responsabilité pour faute (art. 78 *C.O.C.* marocain), de l'omission de *ce qu'on était tenu* de faire ou de l'action *dont on était tenu* de s'abstenir, ce qui suppose l'existence d'une obligation préexistante. Bref, ces textes posent l'exigence d'un acte commis *contra ius*<sup>1</sup> et, de ce point de vue, se rapprochent de la méthode du *B.G.B.* (qui évoque expressément l'acte *contraire au droit*, § 823) mais aussi de la définition de la faute par M. Planiol<sup>2</sup>. On remarquera cependant, d'un autre côté, que le *C.O.C.* marocain (ni non plus le *C.O.C.* tunisien) ne consacre pas la distinction élaborée en Allemagne d'abord puis intégrée par la législation suisse ensuite des faits illicites et des faits déloyaux (*i.-e.* actes contraires aux bonnes mœurs) ni, *a fortiori*, la distinction, au sein des faits illicites, des atteintes aux éléments de la personnalité et des atteintes aux dispositions légales protectrices d'une autre personne. De ce point de vue, il s'inscrit donc pleinement dans la conception unitaire du modèle français. Le deuxième exemple peut être pris dans les règles d'interprétation des contrats, à propos desquelles les codes tunisien et marocain explicitent la théorie de l'acte clair. Il n'y a donc pas lieu à interprétation lorsque « les termes de l'acte sont formels » (art. 461 *C.O.C.* marocain)<sup>3</sup>, mais seulement dans trois hypothèses, qui peuvent être ramenées à deux : l'incohérence (soit que les termes utilisés soient inconciliables avec le but de l'acte, soit que le rapprochement des clauses de l'acte fasse « naître des doutes sur la portée de ces clauses ») et l'obscurité de l'acte (les termes utilisés ne sont pas suffisamment clairs « par eux-mêmes » ou expriment mal la volonté de l'auteur de l'acte)<sup>4</sup>.

En revanche, on pourra s'étonner de ce que certaines distinctions pourtant signalées par le Législateur napoléonien ne soient pas ou mal reproduites par ces textes. Tel est le cas notamment des termes *convention* et *contrat*, que le *C.O.C.* marocain emploie indifféremment alors que l'art. 1101 du *Code civil* français fait du contrat une espèce du genre convention et plus précisément l'espèce de convention qui a pour but de donner naissance à des obligations (de sorte que la *convention* qui a pour effet d'éteindre une obligation existante n'est pas, rigoureusement, un *contrat*). Peut-être l'explication tient-elle au fait que cette distinction a été parfois critiquée en France<sup>5</sup> ?

### *Préciser*

---

<sup>1</sup> Conformément à la doctrine civiliste française au XIX<sup>ème</sup> s., cf. D. Deroussin, *Histoire du droit privé*, Paris, Ellipses, 2010, p. 383.

<sup>2</sup> M. Planiol réfute en effet la distinction de la faute contractuelle et de la faute délictuelle et estime que l'une et l'autre « supposent également l'existence d'une obligation antérieure » et « consistent également en un fait qui est la violation de cette obligation », *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1907, 4<sup>ème</sup> éd., II, n° 876.

<sup>3</sup> Cf. art. 513 *C.O.C.* tunisien.

<sup>4</sup> Dans ces cas, il faut rechercher quelle a été la volonté des parties sans s'arrêter au sens littéral ou grammatical. Les directives données au juge rappellent fortement les articles 1156 et sv. du *Code civil* français et procèdent du même souci : assurer l'efficacité de l'acte en l'interprétant conformément aux usages et dans le sens favorable au débiteur.

<sup>5</sup> Cf. D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, Paris, Economica (2007), 2012, 2<sup>ème</sup> éd., p. 174.

Un deuxième degré d'actualisation consiste cette fois à préciser des techniques ou des solutions présentes dans le *Code civil* français, en mettant à profit les évolutions jurisprudentielles survenues en métropole.

Une telle attitude se vérifie, s'agissant des éléments de formation du contrat (on remarquera d'ailleurs que les énoncés qui les mentionnent s'inspirent moins du style du *B.G.B.* que de celui du *Code civil* français), lorsque le *C.O.C.* marocain, après le *C.O.C.* tunisien, adopte, par exemple, une définition de la violence plus circonstanciée que celle du *Code civil* français et qui met davantage l'accent sur le critère de l'illicéité. La violence est ainsi définie comme une contrainte exercée sur le consentement « sans l'autorité de la loi », y compris entre personnes « étroitement » liées par le sang. Ici, la précision pouvait facilement être découverte dans le droit musulman, aussi bien de tradition hanéfite que de tradition malékite<sup>1</sup>, qui ne prend en compte que la violence injuste. Mais le code précise également les conditions de prise en compte de la violence, en s'intéressant à son résultat (la violence n'est sanctionnée que si elle a été la cause déterminante du consentement) et à son intensité, puisqu'il est exigé qu'elle ait entraîné soit une souffrance physique soit un trouble moral profonds chez la victime<sup>2</sup>. S'agissant du dol, quelques précisions sont également apportées par les textes tunisien et marocain. Le dol donne ouverture à la « rescision (le terme peut heurter le juriste français, habitué à en réserver l'emploi à la lésion) lorsque les manœuvres ou les réticences de l'une des parties, de celui qui la représente ou qui est de complicité avec elle, sont de telle nature que, sans ces manœuvres ou ces réticences, l'autre partie n'aurait pas contracté » (art. 52 *C.O.C.* marocain)<sup>3</sup>. En revanche, il ne donne lieu qu'à indemnisation lorsqu'il porte sur les éléments accessoires de l'obligation (art. 53 *C.O.C.* marocain) : c'est là une manière de faire entrer dans la loi la distinction établie par la doctrine savante médiévale et exposée encore par Pothier au XVIII<sup>ème</sup> s. entre le dol principal et le dol incident, que le *Code civil* français passe sous silence. Quant à l'erreur<sup>4</sup>, les *C.O.C.* tunisien et marocain font une place à l'erreur de droit, prise en compte par la jurisprudence française et qui provoque l'annulation du contrat si elle a été la cause principale du consentement, à côté de l'erreur de fait. Tout comme le *C.O.C.* libanais après eux<sup>5</sup>, ils restent fidèles à la conception subjective de l'erreur sur la substance retenue par la doctrine et la jurisprudence françaises. Sur ce point, l'influence des codes allemand et suisse (à laquelle cèdera en revanche le *Projet franco-italien*<sup>6</sup>) est donc nulle<sup>1</sup>. De même, à la question de savoir si l'erreur doit

---

<sup>1</sup> E. Zeys, *Traité élémentaire...*, *op. cit.*, I, p. 109.

<sup>2</sup> Pour le reste, les dispositions sont conformes à la tradition française héritée du droit romain : la violence opère quoiqu'elle n'ait pas été exercée par l'une des parties.

<sup>3</sup> Cf. art. 56 *C.O.C.* tunisien.

<sup>4</sup> Pour apprécier le caractère excusable de l'erreur, les *C.O.C.* tunisien et marocain optent pour une appréciation *in concreto*, puisque le juge est invité à prendre en compte aussi bien des éléments propres à la victime – âge, sexe, condition- que les circonstances de la cause.

<sup>5</sup> Art. 204 et 205 *C.O.C.* libanais. La solution est conforme à l'enseignement de L. Jossierand. Sur la filiation entre le projet Jossierand et ce code, cf. D. Deroussin, « L. Jossierand, le Code civil et le code des obligations et des contrats libanais », *Le Code civil français et le dialogue des cultures juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 64.

<sup>6</sup> Cf. D. Deroussin, « Le Projet de Code des obligations et des contrats franco-italien de 1927 : chant du cygne de la culture juridique latine ? », *Clio@Thémis, Revue électronique d'histoire du droit*, n° 2, n° 27.

avoir été partagée ou non par les parties, que le *Code civil* français ne tranche pas, ils répondent en se ralliant à l'opinion majoritaire de la doctrine civiliste classique incarnée notamment par Ch. Aubry et Ch. Rau ou Ch. Beudant, alors que le Législateur libanais, suivant L. Josserand, exigera une erreur commune aux deux parties.

Le contrat formé, les *C.O.C.* tunisien et marocain consacrent certaines des solutions doctrinales ou jurisprudentielles qui ont contribué, depuis 1804, à dissiper certains des doutes que le *Code civil* avait pu faire naître. Par exemple, et alors que la lettre<sup>2</sup> du *Code civil* français n'implique pas nécessairement la reconnaissance du transfert *solo consensu*, ils définissent plus clairement la vente comme le contrat par lequel l'une des parties *transmet* la propriété à une autre, de sorte que l'acheteur acquiert de plein droit la propriété de la chose vendue à compter de l'échange des consentements qui donne à la vente sa perfection (art. 478 et 491 *C.O.C.* marocain)<sup>3</sup>, bien que les risques soient pour le vendeur jusqu'à la réception de la chose par l'acheteur. L'acheteur, même s'il n'a pas été mis en possession, peut donc vendre la chose, sauf entre Musulmans s'il s'agit des ventes de denrées<sup>4</sup>. Cette définition, contraire à la tradition issue du droit romain<sup>5</sup>, éloigne le droit marocain des systèmes allemand et suisse, fondés sur une séparation plus nette des actes générateurs d'obligation et des actes translatifs de droit réel. Elle est cependant conforme à l'analyse doctrinale française, telle qu'elle s'est déployée depuis le XIX<sup>ème</sup> siècle<sup>6</sup>. En revanche, et cette fois conformément à la tradition romaniste mais en opposition frontale avec la lettre du *Code civil* français (art. 1599 : « la vente de la chose d'autrui est nulle »), ces deux codes admettent la validité de la vente de la chose d'autrui (art. 485 *C.O.C.* marocain)<sup>7</sup>, à la condition que le propriétaire la ratifie ou que le vendeur acquiert la propriété de la chose avant la livraison, allant même jusqu'à disposer que l'acquéreur, dans le cas où le propriétaire refuse de ratifier la vente, peut demander la *résolution* de la vente, ce qui semble impliquer l'existence du contrat.

S'agissant cette fois des conventions en général, et plus spécialement des conditions libératoires du paiement, le principe de l'exécution de bonne foi entre les mains du possesseur de la

---

<sup>1</sup> On remarquera que les *C.O.C.* tunisien et marocain s'éloignent de l'enseignement malékite, selon lequel l'erreur sur la substance ne fait pas disparaître le consentement lorsque les parties sont tombées d'accord sur l'identité de l'objet (L. Milliot et Fr.-P. Blanc, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, Dalloz, 2001, p. 217).

<sup>2</sup> Les commentateurs français du *Code civil* ont parfois pointé du doigt « la rédaction singulière et presque énigmatique » de l'article 1135 (Ch. Demolombe, *Cours de Code Napoléon, Traité des contrats*, Paris, 1879, I, n° 413), tandis que l'art. 711 dispose que la propriété des biens se transmet par l'effet des obligations ».

<sup>3</sup> Art. 564 et 584 *C.O.C.* tunisien. Le principe figurera aussi dans l'article 41 du *Projet franco-italien* de 1927 et dans le *C.O.C.* libanais.

<sup>4</sup> Lorsqu'elle porte sur un immeuble, la vente doit cependant être constatée par écrit ayant date certaine et n'est opposable aux tiers que si cet écrit est enregistré (art. 489 *C.O.C.* marocain et art. 581 *C.O.C.* tunisien). Il faut évidemment lier cette précision à l'adoption au Maroc du *Code foncier* tunisien, qui confère un effet constitutif aux inscriptions sur les registres fonciers.

<sup>5</sup> A Rome, le vendeur ne s'engageait pas à proprement parler à transférer la propriété de la chose, mais plus simplement à la livrer avec tous les droits qu'il avait sur elle, donc le droit d'en disposer s'il était propriétaire, mais pas nécessairement. Le contrat n'était pas, en soi, créateur d'un droit réel.

<sup>6</sup> Cf. D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations, op. cit.*, p. 22.

<sup>7</sup> Cf. art. 576 *C.O.C.* tunisien.

créance est explicitement étendu aux paiements faits au profit de l'héritier apparent (art. 240 *C.O.C. marocain*)<sup>1</sup>, ce qui est une manière de prendre acte de la réflexion abondante qu'a suscitée cette question en France, tant en jurisprudence qu'en doctrine<sup>2</sup>, faute d'avoir été expressément réglée par le *Code civil*.

Le droit de la responsabilité offre également des exemples de cette volonté de précision. D'une part, la responsabilité du fait des bâtiments en cas de constitution d'un droit de superficie est clairement étendue aux accessoires du fonds s'ils peuvent être réputés immeubles par destination, tandis qu'il est expliqué que, en cas de doute sur la propriété, la responsabilité incombe au possesseur actuel. D'autre part, l'article 92 *C.O.C. marocain*<sup>3</sup>, en matière de troubles du voisinage, prend à son compte le critère de l'anormalité dégagé par la jurisprudence française depuis le XIX<sup>ème</sup> s. Un voisin ne peut donc se plaindre que des dommages qui dépassent la *mesure ordinaire* mais, sous cette condition, l'action est toujours possible puisque la délivrance (au propriétaire d'un établissement insalubre) d'une autorisation administrative ou la préoccupation des lieux<sup>4</sup> ne suffisent pas à justifier le trouble.

Plus généralement, les conditions de mise en œuvre de la responsabilité personnelle sont clarifiées. D'un côté, la loi marocaine nouvelle comme la loi tunisienne formalisent l'idée que la mise en œuvre de la responsabilité civile suppose la capacité de discernement. Elles consacrent ici les solutions dégagées par la jurisprudence française tout au long du XIX<sup>ème</sup> siècle. S'agissant du mineur, le juge est ainsi invité à rechercher si, au moment des faits, il était ou non dépourvu de discernement, *i.-e.* capable ou non d'apprécier les conséquences de ses actes (art. 96 *C.O.C. marocain*)<sup>5</sup>. Lorsque le dommage a été causé par un insensé, il doit se demander s'il a agi en état de démence (art. 96 *C.O.C. marocain*)<sup>6</sup>. D'un autre côté, les conditions de la légitime défense sont précisées par l'art. 95, qui vise l'hypothèse dans laquelle l'auteur du dommage a été « contraint d'agir afin de repousser une agression imminente et injuste » dirigée contre sa personne ou ses biens ou ceux « d'une autre personne »<sup>7</sup>. On pourrait en dire autant de la force majeure, à laquelle le *C.O.C. marocain* consacre une section entière et qu'il définit, à la suite du *C.O.C. tunisien*, comme les faits insurmontables que l'homme ne peut prévenir -phénomènes naturels, invasion, fait du Prince-, qui n'ont pas été précédés de la faute du débiteur et qui rendent impossible l'exécution de l'obligation, alors que le Législateur français de 1804 n'avait pas cru utile de préciser davantage cette notion. Quant au principe de la réparation intégrale, les nouvelles législations marocaine et tunisienne prennent soin de souligner que les dommages recouvrent les pertes effectives, les dépenses nécessaires et les gains manqués que la victime aurait pu normalement réalisés. Cela revient à consacrer, en les précisant, à la fois la tradition savante *-damnum emergens et lucrum*

---

<sup>1</sup> Cf. art. 252 *C.O.C. tunisien*.

<sup>2</sup> Cf. D. Deroussin, « L'apparence, le juge et la doctrine après 1804 : manifestations et fondements », *Juges et apparence(s)*, dir. N. Jacquinet, P.U.Toulouse 1, IFR., 2011, n° 7, pp. 97-133.

<sup>3</sup> Cf. art. 99 et 100 *C.O.C. tunisien*.

<sup>4</sup> Cf. D. Deroussin, *Histoire du droit privé, op. cit.*, p. 391.

<sup>5</sup> Cf. art. 105 *C.O.C. tunisien*.

<sup>6</sup> Cf. art. 105 *C.O.C. tunisien*.

<sup>7</sup> Cf. art. 104 *C.O.C. tunisien*.



cessans- et la pratique française, mais aussi à garantir la réparation du préjudice moral (art. 77 C.O.C. marocain ; on retrouvera une disposition similaire dans l'art. 134 C.O.C. libanais), dont la prise en compte progressive par la jurisprudence, en France, a donné lieu après 1804 à de vifs débats<sup>1</sup>.

Dans tous les exemples qui viennent d'être évoqués, l'effort de précision ne conduit pas la législation nouvelle à sortir de la tradition juridique française. Sa force d'attraction est même telle que, sans doute jointe à la volonté prudente de ne pas prendre parti sur des notions discutées et au souhait de laisser la jurisprudence se développer librement, elle semble avoir retenu la main des membres des commissions de codification. Les dispositions relatives à la cause sont de ce point de vue un bel exemple d'occasion manquée de clarification. Les codes tunisien et marocain<sup>2</sup> se contentent en effet de reproduire les principaux articles du *Code civil* français sans même prendre la peine de définir cette notion pourtant délicate à cerner : ils déclarent « non avenue » (ce qui renvoie plutôt à l'inexistence qu'à l'annulabilité) l'obligation sans cause ou fondée sur une cause illicite, présument l'existence d'une cause certaine et licite (art. 62 et sv. C.O.C. marocain)<sup>3</sup> et inscrivent la question de l'immoralité de la cause dans celle, plus générale, de l'illicéité, elle-même définie par la contrariété aux bonnes mœurs, à l'ordre public ou à la loi. Une telle attitude a été pointée du doigt<sup>4</sup>. Elle montre cependant que, sur ce point, la tradition juridique française l'a emporté sur l'exemple offert par les codifications plus récentes, allemandes ou suisses. Or c'est bien souvent dans ce que l'on peut appeler la lecture doctrinale ou jurisprudentielle *classique* du *Code civil* français que le C.O.C. marocain vient puiser lorsqu'il s'efforce de préciser les dispositions de ce dernier. Dans la responsabilité des commettants<sup>5</sup>, la preuve de l'absence de faute *in eligendo* ou de faute dans la surveillance ou la preuve que le commettant a pris toutes les précautions propres à prévenir le dommage ou en « conjurer les suites » suffit ainsi à l'exonérer : la responsabilité est subjective, conformément à l'interprétation de la doctrine civiliste française classique, et les critères plus modernes -pouvoir de direction et de surveillance<sup>6</sup>- ne sont pas retenus. Le même phénomène affecte la responsabilité du fait des animaux, où les solutions consacrées par le C.O.C. marocain se situent en retrait par rapport aux évolutions jurisprudentielles ou à certaines prises de position doctrinales plus récentes et dénotent la volonté d'en rester à une conception subjective : outre la force majeure ou la faute de la victime, est mentionnée la preuve par le gardien qu'il a pris toutes les précautions nécessaires pour empêcher l'animal de nuire. Cette possibilité, également admise

---

<sup>1</sup> Cf. D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 740 et sv.

<sup>2</sup> Il faut dire que l'école malékite attache plus d'importance que l'école hanéfite à l'analyse de la volonté et de ses déterminants (motifs : *niyya*), cf. N. Comar-Obeid, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Paris, Economica, 1995, p. 7.

<sup>3</sup> Cf. art. 67 et sv. C.O.C. tunisien.

<sup>4</sup> A propos du C.O.C. tunisien, E. Larcher explique ainsi que « le nouveau code, pas plus que le code français, ne définit la cause ; il ne fait que reproduire des règles vagues, unanimement critiquées, qui ont conduit la jurisprudence française à d'incroyables fantaisies » (« Observations critiques sur le Code tunisien des obligations et des contrats », *Revue algérienne et tunisienne de législation et de jurisprudence*, 1907, 1<sup>ère</sup> partie, p. 195). Il répète ses critiques à propos du texte marocain dans : *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation...*, 1914, t. 30, p. 13.

<sup>5</sup> Elle est traitée comme s'il s'agissait de responsabilité contractuelle, à l'occasion de la réglementation du contrat de louage d'ouvrage : art. 845 C.O.C. tunisien et 739 C.O.C. marocain.

<sup>6</sup> D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 812.

dans la responsabilité du fait des choses (art. 88 *C.O.C.* marocain)<sup>1</sup>, est pourtant contraire à la fois au mouvement d'objectivation perceptible à l'époque dans la jurisprudence française, selon laquelle la responsabilité cède seulement devant la force majeure ou la faute de la victime<sup>2</sup>, et à la rigueur des dispositions du *B.G.B.*, dont le § 833 donne à cette responsabilité un net caractère objectif. Elle rappelle cependant l'esprit du droit hanéfite, qui exige un fait précis imputable au propriétaire (art. 931 *Medjellé*).

### *Ajouter*<sup>3</sup>

Une première manière d'*ajouter* consiste à réunir dans un texte unique des matières traitées de façon éparse par le droit français. En Tunisie et au Maroc<sup>4</sup> sont ainsi ramenés dans les *C.O.C.*, donc dans l'orbite du droit général des obligations, le règlement des impenses à l'issue du procès en revendication (sur l'exemple d'ailleurs du *Code fédéral* suisse des obligations) ou la responsabilité de l'employeur pour les accidents du travail (en Tunisie, la loi du 9 avril 1898 avait d'ailleurs été déclarée non applicable par les tribunaux français<sup>5</sup>)<sup>6</sup>. Outre le fait que l'employeur est tenu de veiller aux conditions de salubrité et de sécurité nécessaires et à ce que l'outillage utilisé garantit l'employé contre tout danger et qu'il doit prendre « toutes les mesures de précaution nécessaires afin de garantir la vie et la santé de ses ouvriers, gens de services et employés, dans l'accomplissement des travaux qu'ils exécutent sous sa direction ou pour son compte » (art. 749 *C.O.C.* marocain ; obligations dont il répond sur le fondement de la responsabilité délictuelle), l'article 750 précise qu'il répond également « des accidents ou sinistres dont l'ouvrier, travaillant avec lui, est victime en exécutant le travail qui lui a été confié, lorsque l'accident ou le sinistre a pour cause la violation ou l'inobservation par l'employeur des règlements spéciaux relatifs à l'exercice de son industrie ». Mais si ce dernier instaure une règle d'ordre public (art. 751 *C.O.C.* marocain : « sont sans effet toutes clauses et conventions ayant pour objet de restreindre ou d'écarter la responsabilité établie par les articles 749 et 750 »), il admet une réduction de l'indemnité lorsque l'accident a été causé par l'imprudence ou la faute de l'employé (alors que la loi de 1898, art. 20, plus protectrice, exige une faute « inexcusable » de l'employé), voire une exclusion de responsabilité en cas d'ivresse ou de faute lourde, alors que la loi de 1898 exige ici la faute intentionnelle.<sup>[L]</sup><sub>SÉP</sub>

---

<sup>1</sup> Cf. art. 96 *C.O.C.* tunisien.

<sup>2</sup> D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, *op. cit.*, p. 858. S'agissant de la responsabilité du fait des choses, la jurisprudence française au tournant des XIX et XX<sup>èmes</sup> s. (avant même que l'arrêt Jand'heur ne transforme cette présomption de faute en présomption de responsabilité) présume la faute du gardien, qui ne peut s'exonérer que sur la preuve d'une cause étrangère ou de la force majeure.

<sup>3</sup> On évoquera ici les ajouts conformes à la tradition juridique française seulement.

<sup>4</sup> On remarquera que, contrairement au *C.O.C.* marocain, le *C.O.C.* tunisien vise expressément la diffamation, à laquelle il ajoute l'injure, qu'il définit comme le fait de répandre par voie de presse des faits dont on sait qu'il sont contraires à la vérité et susceptibles de nuire à la réputation d'un individu ou d'un corps. Il imite en cela non pas le *Code civil* français de 1804 mais le *B.G.B.*, § 824, qui mentionne également explicitement la diffamation parmi les actes illicites.

<sup>5</sup> Tribunal de Tunis, 30 juin 1909 (cité par S. Derouiche-Ben Achour, « Tunisie », *art. précit.*, p. 291).

<sup>6</sup> Cela dit, au Maroc, la réparation des accidents du travail fera aussi l'objet d'un dahir spécial, promulgué le 25 juin 1927.

*Ajouter* c'est, encore, insérer dans un texte consacré aux obligations et aux contrats des techniques ou des règles qui ne sont pas dans le *Code civil* français soit parce que leur pratique, en 1804, n'avait pas encore atteint un développement significatif (ainsi les *C.O.C.* tunisien et marocain consacrent-ils des développements au chèque, pour préciser qu'il ne s'agit pas en tant que tel d'un acte de commerce) soit parce que le Législateur français n'avait pas cru nécessaire de les y faire figurer. S'agissant du droit de la responsabilité, dont la réglementation est, d'une manière générale, plus complète dans ces codes que dans le *Code civil* français, l'occasion est donc saisie pour apporter une solution légale à des questions qui ont pu faire, en France, l'objet de discussions doctrinales. Tel est par exemple le cas, dans les codes tunisien et marocain, de la *cautio damni infecti*, dont les Français se demandaient si leur code l'avait reléguée au rang d'antiquité<sup>1</sup>, de la responsabilité encourue à raison d'un conseil ou d'une recommandation, qui ne peut être engagée que lorsque ce conseil a été donné dans le but de tromper ou en cas de faute lourde (faute lourde appréciée –curieusement- *in abstracto* : celle qu'une personne dans sa position n'aurait pas dû commettre), ou encore de la responsabilité encourue à raison d'un renseignement, qui suppose le fait d'avoir délivré ces renseignements de mauvaise foi ou de manière imprudente, tout en connaissant leur fausseté.

De manière plus symbolique encore, la rédaction de ces codes offre l'opportunité de consacrer législativement plusieurs techniques développées par la jurisprudence française et encouragées par une partie des civilistes français. On pense évidemment à la concurrence déloyale, dont les articles 84 *C.O.C.* marocain et 92 *C.O.C.* tunisien donnent des exemples qui font inmanquablement penser à la jurisprudence qui, en France, se développe depuis le XIX<sup>ème</sup> siècle sur le fondement de l'article 1382 *C.Civ.*<sup>2</sup>, mais aussi, en matière de vente, à la possibilité reconnue par les codes tunisien et marocain de lui donner pour objet l'espace situé au-dessus d'un édifice, à tel effet que l'acquéreur pourra y construire à son tour (art. 483 *C.O.C.* marocain).

## **B - Les points de rupture avec le modèle français**

La comparaison du *C.O.C.* marocain avec le *Code civil* français montre cependant que le premier s'écarte parfois du second. Sur le plan formel, d'abord. En effet, si le plus souvent la formulation des énoncés se conforme à la méthode française (concision, généralité), elle emprunte parfois à la manière allemande ou à celle des docteurs de l'Islam, *i.-e.* qu'elle n'hésite pas à fournir des exemples, à décrire et expliciter davantage la règle, quitte à abandonner la forme brève qui, aux yeux des défenseurs de la culture juridique latine, caractérise les principes qui doivent gouverner le droit<sup>3</sup>. Au plan substantiel, ensuite. Par exemple, les textes tunisien et marocain ne donnent pas aux arrhes une simple fonction probatoire mais les rangent parmi les moyens d'assurer l'exécution du

---

<sup>1</sup> Tirée du droit romain, ignorée du *Code civil* français, elle réapparaît dans les art. 98 *C.O.C.* tunisien et 90 *C.O.C.* marocain, selon lesquels le propriétaire d'un fonds qui a « de justes raisons de craindre » l'écroulement d'un édifice voisin peut réclamer à celui qui est tenu d'en répondre (le plus souvent le propriétaire) de prendre « les mesures nécessaires afin de prévenir la ruine ».

<sup>2</sup> L. Pfister, « prémices du droit contemporain de la concurrence au XIX<sup>ème</sup> siècle », *Revue Concurrences, A quoi sert la concurrence ?*, n° spécial, 2014.

<sup>3</sup> Au point que certains juristes français leur reprocheront d'être trop détaillés, de manquer de la concision et de la précision « qui sont les premières qualités à rechercher dans les textes législatifs » (E. Larcher, *art. précit.*, p. 196, à propos du *C.O.C.* tunisien, mais le jugement peut être rapproché de celui qu'il formule à l'égard du texte marocain).

contrat, si bien qu'elles viennent s'imputer sur le prix en cas d'exécution du contrat ou peuvent être conservées en cas d'inexécution par celui qui les a reçues, tant que l'autre partie ne l'a pas indemnisé, ce qui leur confère une fonction comminatoire. Après avoir rappelé la règle de l'art. 1725 *C.Civ.* français (le bailleur n'est pas tenu des troubles de fait apportés par des tiers), ils admettent une remise proportionnelle du loyer en cas de voies de fait commises par des tiers lors qu'elles sont telles qu'elles privent le preneur de la jouissance de la chose (art. 650 *C.O.C.* marocain)<sup>1</sup> ; possibilité que le droit français ignore, tout comme, semble-t-il, le *B.G.B.* De manière moins évidente sans doute, la loi marocaine s'éloigne encore de la tradition juridique française lorsque, dans son art. 98, elle demande au juge d'« évaluer différemment les dommages, selon qu'il s'agit de la faute du débiteur ou de son dol », alors que ni la jurisprudence ni la doctrine françaises ne se montrent favorables à la prise en compte de la gravité de la faute dans l'évaluation de l'indemnisation. De même, lorsqu'elle paraît tout près de voir dans le dol pas seulement un vice du consentement, mais un délit. Comment comprendre sinon pourquoi l'art. 52 *C.O.C.* marocain dispose expressément que le dol pratiqué par un tiers a le même effet que le dol commis par le cocontractant lorsque la partie qui en profite en avait connaissance, alors que l'analyse classique (française)<sup>2</sup> du dol conduit à ne sanctionner que le dol commis par l'une des parties ?

Néanmoins, les ruptures les plus importantes résultent soit de la prise en compte de la tradition musulmane soit de la volonté de conformer ces textes aux tendances nouvelles incarnées notamment par les codes continentaux les plus récents<sup>3</sup>.

#### *La prise en compte du droit local : musulman*

Les liens entre le *C.O.C.* marocain et le droit musulman paraissent assez lâches. Si l'on se place au point de vue du second, il est difficile de soutenir que l'entreprise de codification a conduit à sa modernisation ou à l'intégration, en son sein, de concepts nouveaux tirés des systèmes juridiques occidentaux. Si l'on se place cette fois au point de vue du *C.O.C.*, il est plus facile de soutenir qu'elle a permis l'établissement d'un droit nouveau en « rupture nette et radicale avec le passé »<sup>4</sup>, qui ne procède par compromis que rarement<sup>5</sup>. D'une part en effet, alors que le *C.O.C.*

---

<sup>1</sup> Cf. art. 754 *C.O.C.* tunisien.

<sup>2</sup> On sait que, conformément à l'opinion de L. Josserand, le *C.O.C.* libanais rompra avec la vision classique délictuelle du dol et admettra sous certaines conditions le dol d'un tiers (art. 209 *C.O.C.* libanais).

<sup>3</sup> Comme le remarquait Fr. Géný, le *C.O.C.* tunisien par exemple améliore les formules du *Code civil* français par le « contact des idées allemandes » ; cela dit, Géný regrette que Santillana ne soit pas allé aussi loin dans la précision des procédés techniques dont le *B.G.B.* pourtant « lui présentait le précieux modèle » (Fr. Géný, « La technique législative dans la codification civile moderne », *art. précit.*, p. 1036).

<sup>4</sup> E. Tyan, « Les rapports entre droit musulman et droit européen occidental en matière de droit civil », *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 1963, cité par J.-M. Mousseron, *art. précit.*, p. 42.

<sup>5</sup> La question de la preuve des obligations en offre un bel exemple : face au *Code civil* français, qui impose la preuve par écrit au-delà de 150 frs, et à la tradition musulmane, qui hisse la preuve testimoniale au rang de principe (encore faudrait-il nuancer : s'il est vrai que les docteurs musulmans, depuis l'époque de Khalil, enseignent la liberté de la preuve, les usages de Tunisie comme d'Algérie l'avaient déjà restreinte, en imposant dans certains cas la preuve par écrit, de sorte que ce sont sans doute les juges français qui ont exagéré la portée de ce principe, comme le concède M. Morand dans une contribution à la *Revue algérienne et tunisienne de législation et de jurisprudence*, 1913, p. 224), le

tunisien régleme un certain nombre de types contractuels issus du droit musulman ou des pratiques locales, dont il essaie de traduire la terminologie pour la faire coïncider avec des catégories européennes plus ou moins voisines, notamment l'*enzel*, le *koulou*, la *naçba* (location perpétuelle)<sup>1</sup>, le *C.O.C.* marocain ne retient que la vente *selem* (vente à livrer avec avance de prix, qui se rencontrera aussi dans le *C.O.C.* libanais), dans laquelle l'acheteur paie la totalité du prix dès la conclusion du contrat tandis que le vendeur s'engage à lui livrer la chose -denrée ou meubles, déterminés dans leur nature et quantité- dans le délai convenu (art. 613 *C.O.C.* marocain)<sup>2</sup>, et dont la preuve ne peut être établie que par écrit. Il réduit ainsi considérablement la présence du droit musulman en son sein, au point qu'il n'est peut-être pas exagéré d'affirmer que le *C.O.C.* marocain, moins encore que son modèle tunisien, n'est pas une codification du droit musulman. D'autre part, au plan formel cette fois, la façon dont les énoncés qu'ils renferment sont rédigés et agencés dans le cadre d'un plan prédéterminé ne correspond pas à la manière musulmane d'exposer les règles juridiques, celle qu'on rencontre dans les textes anciens des docteurs ou dans la codification plus récente que représente la *Medjellé*. Elle éloigne ce code de la culture juridique musulmane entendue comme manière spécifique au monde musulman de se représenter le droit, manière qui privilégie la casuistique et le précédent au détriment de principes généraux et qui ne se soucie que dans une faible proportion (relativement à la méthode continentale) d'abstraction, de définitions et de systématisation<sup>3</sup> (sous la réserve des règles générales *-asl-* que la pensée juridique musulmane

---

*C.O.C.* marocain, art. 443, adopte purement et simplement la règle du *Code civil* français, alors que le *C.O.C.* tunisien, art. 474, plus soucieux des traditions locales, monte ce seuil à 3 000 frs.

<sup>1</sup> L'*enzel*, contrairement à la traduction française choisie par le *C.O.C.* tunisien, n'est pas vraiment l'emphytéose (réglementé en France par la loi du 25 juin 1902, intégrée au *Code rural*, qui la définit comme un bail authentique de longue durée -au moins 18 ans- conférant au preneur un droit réel immobilier) mais plutôt un bail à rente. Et si le code tunisien emprunte à la loi de 1902 la nécessité d'un acte ayant date certaine, il envisage l'*enzel* comme la convention par laquelle le propriétaire de l'immeuble concède, contre une redevance dont le montant ne peut être modifié, la possession au preneur à titre perpétuel mais en se réservant la faculté de rachat, le bailleur étant d'ailleurs expressément qualifié de « crédientier ». Pendant la durée du contrat, le preneur jouit de l'immeuble comme s'il en était le propriétaire (art. 691), mais ne peut pas transmettre ses droits sans le consentement du bailleur. Quant au *koulou*, le *C.O.C.* tunisien le qualifie de location perpétuelle et distingue le *koulou el meftah* du *koulou naçba*, le premier visant le cas dans lequel le propriétaire d'un immeuble concède par acte écrit ayant date certaine à un autre le droit de l'occuper à titre perpétuel, à charge de redevance et d'entretien, le second l'occupation des lieux de commerce moyennant une redevance invariable. A ces contrats locaux particuliers il faut ajouter le *kirâdh* (*moudharaba*), que le *C.O.C.* tunisien assimile à la commandite française et pour lequel la remise du capital est nécessaire à la perfection du contrat, ce qui confère à cette convention un caractère réel accusé alors que le contrat de société ordinaire est pleinement consensuel (art. 1254 *C.O.C.* tunisien), ou encore le *khamessat* (sorte de colonat partiaire), la *mouçakâte* (société à champart) et la *moughâraça*, qui se situe à mi-chemin entre les contrats de bail et de société à complant.

<sup>2</sup> Cf. art. 712 *C.O.C.* tunisien.

<sup>3</sup> Cf. G.-H. Bousquet, *Le droit musulman*, Paris, 1963.

identifie par déduction, selon une méthode qui rappelle d'ailleurs celle des juristes romains<sup>1</sup>). En outre, on remarquera que, même si les *C.O.C.* tunisien et marocain prennent parfois en compte la foi religieuse des parties, notamment pour prohiber entre musulmans la vente d'une chose déclarée impure (sauf si la loi religieuse en autorise le commerce, par exemple les engrais animaux, art. 484 *C.O.C.* marocain)<sup>2</sup> et le prêt à intérêt<sup>3</sup>, ce droit codifié est largement indifférent au fait religieux. Au Maghreb, cela peut s'expliquer par le fait que, en général, la matière des obligations n'était pas soumise à la juridiction des cadis (juges religieux) mais plutôt à celle de juges civils, qui n'appliquaient pas la *Charî'a*, ce qui a eu pour effet de la soustraire à une application rigoureuse du droit islamique au profit de la coutume, de la jurisprudence ou de règles posées par les souverains<sup>4</sup>.

Cela dit, dans le silence de la loi nouvelle, c'est précisément à cette coutume et à ces usages qu'il faut se référer, lesquels s'alimentent évidemment aux préceptes du droit musulman. L'exercice comporte cependant une limite de taille : pour garantir l'application du droit nouveau, ces *C.O.C.* affirment clairement la supériorité de la loi sur la coutume, en rejetant toute coutume *contra legem* dès lors que la loi est « formelle » (art. 475 *C.O.C.* marocain)<sup>5</sup> ou en n'admettant que de manière très sélective les usages, dont le caractère « général ou dominant » et conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs doit être prouvé par celui qui les invoque (art. 476 *C.O.C.* marocain). C'est là une façon d'asseoir l'autorité du code et d'organiser de manière drastique l'application de règles qui lui seraient exogènes<sup>6</sup>.

### *La prise en compte du droit commun législatif mondial*

---

<sup>1</sup> L. Milliot, « La pensée juridique de l'Islam », *R.I.D.C.*, 1954, vol. 6, p. 444. Outre qu'elle perturbe l'organisation générale du code (et la remarque vaut pour le *C.O.C.* tunisien), l'insertion, à la fin du premier livre, d'une section énonçant pêle-mêle des règles dont le contenu ou la portée dépasse le seul droit des obligations, fait peut-être écho à ces règles générales. Mais ces énoncés (moins nombreux que dans le *C.O.C.* tunisien) rappellent tout autant, du moins au juriste européen, les *regulae iuris* du *Digeste*, donc la tradition romaniste... Certains sont très généraux et s'apparentent à des directives adressées au juge (la bonne foi se présume toujours, dit l'art. 477), d'autres, plus précis, ont un caractère normatif plus accusé (les lois ne sont abrogées que par des lois postérieures, précise l'art. 474). Mais comment expliquer rationnellement la place qui leur est ainsi assignée dans le Code ?

<sup>2</sup> Cf. art. 575 *C.O.C.* tunisien.

<sup>3</sup> Cette prohibition affecte le contrat dans son entier, à la réserve près que l'insertion d'une clause d'intérêt dans un contrat conclu entre musulmans peut être interprétée comme la volonté de se soustraire à l'application de la loi nationale, incompatible avec une telle clause, comme cela avait été jugé avant la promulgation de la loi nouvelle (Sousse, 11 avril 1889), cf. G. de Sorbier de Pougnaressse, *La justice française en Tunisie*, Thèse Droit, Montpellier, 1897, p. 279.

<sup>4</sup> Au point que cette sécularisation a été parfois critiquée, en Egypte par exemple au moment de l'élaboration du code des obligations (J.-M. Mousseron, « La réception au Proche-Orient du droit français des obligations », *R.I.D.C.*, 1968, vol. 20, p. 58).

<sup>5</sup> Cf. art. 543 *C.O.C.* tunisien.

<sup>6</sup> On a pu soutenir que le *C.O.C.* libanais avait procédé différemment, dans la mesure où il n'abroge explicitement que les dispositions antérieures et contraires contenues dans la *Medjellé*, et donc maintenu au droit musulman son statut de droit supplétif. Cette lecture, proposée notamment par J. Chevallier (« Le Liban, la Syrie... », *Travaux de la semaine internationale du droit*, Paris, 1950, *Travaux de l'Association H. Capitant*, Paris, 1954, p. 867), n'est cependant pas conforme aux affirmations de certains contemporains comme Ch. Cardahi (« Le projet de Code des obligations du Liban », *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1931).

Par *droit commun législatif mondial* on veut désigner un ensemble de méthodes ou de règles dégagé à partir d'une étude comparée des systèmes juridiques en vogue au tournant des XIX et XX<sup>èmes</sup> s., *i.-e.* des « principes communs »<sup>1</sup> tirés de la diversité des systèmes juridiques, étant entendu que le droit des obligations est souvent présenté par la doctrine comparatiste ou internationaliste comme la branche du droit privé la plus propice à un rapprochement des systèmes nationaux, du moins des systèmes latins ou d'inspiration romaine.

Plusieurs idées forment ce droit commun auquel viennent s'abreuver nos codes, le tunisien<sup>2</sup> et le marocain sans doute moins que le libanais, précisément conçu par ses rédacteurs comme le mode de réception au Liban de ce *droit commun législatif mondial*<sup>3</sup>. Ces idées peuvent être résumées en trois points<sup>4</sup>.

Premier point : il existe une théorie générale de l'obligation que la loi doit formaliser à part. De la méthode mise en œuvre dans de nombreux codes continentaux, nos textes retiennent en effet que le règlement des questions qui sont communes à toutes les obligations quelle qu'en soit la source ne peut plus, comme dans le *Code civil* français ou dans la méthode des docteurs malékites (qui le plus souvent traitent par exemple de la capacité après l'exposé des règles relatives à la vente<sup>5</sup>, ce qui montre qu'ils n'ont pas pensé certaines questions comme étant propres à former une *partie générale* devant précéder l'exposé des contrats spéciaux), être envisagé seulement du point de vue du contrat, comme si l'obligation contractuelle résumait à elle seule toutes les espèces d'obligations. Le plan de ces codes en atteste, qui distingue une partie générale (sources, conditions de validité, effets, modalités, extinction...) et une partie spéciale (contrats spéciaux)<sup>6</sup>. Notamment, la technique de la nullité, parce qu'elle concerne toutes les obligations, n'est pas perçue comme une dépendance du régime de l'obligation contractuelle mais fait l'objet d'un titre spécial. De même, la question du transport des obligations (qui conduit les codes tunisien et marocain à évoquer, outre les règles générales du transport, la subrogation et la délégation active ou passive) est-elle traitée dans cette partie générale alors que le *Code civil* français, d'ailleurs très laconique sur ce point (silence que les civilistes français ont beaucoup critiqué au tournant des XIX et XX<sup>èmes</sup> s. sans toujours

---

<sup>1</sup> M. Sarfatti, « Le droit comparé en fonction de l'unification du droit », *R.I.D.C.*, 1951, p. 69.

<sup>2</sup> Encore que D. Santillana explique avoir travaillé au projet de code à partir du « droit commun européen » (cité par A. Kettani, « Maroc », *art. précit.*, p. 267).

<sup>3</sup> Par exemple : L. Jossierand, « Le code libanais des obligations et des contrats et le mouvement législatif et jurisprudentiel contemporain », *Livre du vingt-cinquième anniversaire de l'École française de droit de Beyrouth, Mélanges à la mémoire de P. Huvelin*, Paris, Sirey, 1939, p. 162

<sup>4</sup> Auxquels on peut ajouter la question des actes pour autrui, à l'égard desquels le *B.G.B.* (§ 328) et de nombreux civilistes français se montrent favorables. Les *C.O.C.* tunisien (art. 37) et marocain (art. 33) maintiennent la prohibition des stipulations pour autrui, mais admettent la possibilité de stipuler au profit d'un tiers lorsque cette stipulation est la cause d'une convention que l'on fait soi-même (le stipulant a alors, en principe, intérêt à agir en exécution, au même titre que le bénéficiaire).

<sup>5</sup> E. Zeys, *Traité élémentaire...*, *op. cit.*, I, p. 99.

<sup>6</sup> On peut voir là la preuve de l'emploi de la méthode synthétique et déductive en rupture avec la tradition musulmane incarnée par la *Medjellé* (P. Ganagé, « Liban », *art. précit.*, p. 258).

appeler à une réforme législative<sup>1</sup>), l'envisage seulement à propos du contrat de vente. En cela, les codes tunisien et marocain anticipent le parti qui sera pris par la commission de rédaction du *Projet franco-italien* de 1927 (qui commence également par une première partie contenant une théorie générale de l'obligation) et par le *C.O.C. libanais* (qui, outre le transport de créance, réglera, conformément au projet de Josserand, la reprise de dette, art. 287 à 289, à la manière allemande<sup>2</sup> et suisse<sup>3</sup>). Cela dit, les codes tunisien et marocain reproduisent malgré tout un réflexe ancien en France, qui consiste à réduire la notion d'obligation au contrat. Ainsi leur première partie, pourtant censée évoquer les *obligations* en général (laissant le soin à la seconde partie de réglementer les contrats spéciaux et quasi-contrats) traite-t-elle essentiellement du contrat, parfois même appelé *convention* ou désigné par le terme générique *obligation*.

Deuxième point : il est nécessaire de diversifier les sources des obligations. Cette idée trouve un premier écho, limité, dans le fait que ces codes accordent une place plus importante à la déclaration de volonté. S'agissant par exemple de l'énonciation des éléments de validité des conventions, l'art. 2 des *C.O.C. tunisien* et marocain procède d'une manière un peu différente de celle du *Code civil* français. À côté de la cause licite, de l'objet et de la capacité<sup>4</sup>, il évoque non pas le *consentement* mais « une déclaration valable de volonté portant sur les éléments essentiels de l'obligation », ce qui rappelle la terminologie du *B.G.B.* (et aussi, certes, l'attitude des juristes musulmans qui voient l'acte juridique d'abord comme une *déclaration*<sup>5</sup>). S'agit-il d'une concession purement formelle ? On pourrait le croire, dans la mesure où, contrairement au futur *C.O.C. libanais*, les *C.O.C. marocain* et tunisien ne font pas éclater la classification traditionnelle des faits générateurs de l'obligation héritée de Justinien en conventions<sup>6</sup>, quasi-contrats, délits et quasi-délits (alors que le rite malékite n'assigne que trois faits générateurs aux obligations : l'accord de deux ou plusieurs volontés –contrat–, la volonté d'un seul et, enfin, un délit ou une situation de fait). La fidélité à la tradition romaine a néanmoins ses limites. D'une part, la structure de la section 2 (tit. 1, liv. 1, art. 14 à 56 *C.O.C. marocain*) où sont envisagées les « déclarations de volonté » révèle qu'elles ne sont pas simplement une *espèce* d'engagements volontaires mais le *genre* qui recouvre deux espèces : les déclarations unilatérales et les conventions, ce qui dénote une influence germanique. Le contrat n'est plus présenté comme la source première des obligations, il n'est plus qu'un type de déclaration de volonté, celui dans lequel deux ou plusieurs volontés concourent. Cela

---

<sup>1</sup> Par exemple, ni Josserand dans son *Cours...* ni E. Gaudemet, qui prédit que la « pratique française cherchera plutôt à assouplir la délégation et la stipulation pour autrui » (*Théorie générale des obligations*, Paris, 1937, p. 480), n'envisagent une réforme législative du droit français sur ce point.

<sup>2</sup> C'est dans son § 414 que le *B.G.B.* réglemente la reprise de dette.

<sup>3</sup> Article 175 et sv.

<sup>4</sup> Pour laquelle l'art. 3 *C.O.C. marocain* renvoie à la loi qui régit le statut personnel alors que le code tunisien n'établit aucune différence selon le culte –art. 4–, tandis que, conformément au droit romain, le mineur –de 13 ans, précise l'art. 9 du code tunisien– peut agir seul lorsqu'il s'agit d'un acte à titre gratuit qui l'enrichit ou le libère d'une obligation, art. 5 *C.O.C. marocain*. Dans le droit malékite, la tutelle chrématique –qui porte sur les biens et non la personne– cesse à la puberté lorsque le mineur fait la preuve de sa capacité intellectuelle.

<sup>5</sup> Ch. Chehata, « Le concept de contrat en droit musulman », *Archives de philosophie du droit*, 1968, vol. 13, p. 131.

<sup>6</sup> Lorsqu'il présente les obligations contractuelles, les *C.O.C. marocain* et tunisien renoncent à toute classification (contrats synallagmatiques/unilatéraux, titre onéreux/titre gratuit, solennels/formels), alors que le *C.O.C. libanais* reprendra à son compte les classifications du *Code civil* français tout en améliorant leur définition.



dit, ces deux codes limitent en réalité la déclaration unilatérale de volonté à une hypothèse bien précise -la promesse de récompense- et semblent bien rouler sur l'idée que, contrairement aux apparences, celle-ci recèle au fond un *accord* de volontés, dans la mesure où l'art. 15 *C.O.C.* marocain, par exemple, prend soin de préciser que cette promesse est « réputée acceptée » par celui qui l'accomplit...

D'autre part, ces codes élargissent considérablement la catégorie des quasi-contrats. Loin de se réduire aux diverses hypothèses d'enrichissement sans cause<sup>1</sup>, comme pourrait le laisser penser la première partie de ces codes, ils y ajoutent le paiement indu, qui peut être répété même lorsqu'il a été effectué pour une cause illicite ou immorale (art. 72 *C.O.C.* marocain)<sup>2</sup> mais qui ne donne pas lieu en revanche à remboursement lorsque le paiement a été effectué en exécution d'une dette prescrite (c'était la solution de l'ancien droit français) ou d'une obligation morale, dès lors que le débiteur a la capacité d'aliéner à titre gratuit et même s'il s'est acquitté par erreur (ici, c'est le droit romain que suivent ces codes, tandis que le *Code civil* français, conformément à Pothier, admet la restitution<sup>3</sup>). Surtout, leur seconde partie évoque une série de quasi-contrats qu'elle traite comme des appendices aux obligations contractuelles, comme en témoigne l'intitulé du Livre II de ces codes : « Des différents contrats déterminés et des quasi-contrats qui s'y rattachent ». Ainsi la gestion d'affaires est-elle évoquée dans un chapitre qui suit immédiatement celui qui est consacré au mandat, tandis qu'on insiste sur l'analogie entre ces deux rapports de droit. Le rapprochement du contrat et du quasi-contrat n'est donc pas seulement formel et procédural, il est plutôt substantiel.

Enfin, cette volonté de diversification des sources des obligations conduit à élargir le champ de la responsabilité civile. A propos de la responsabilité du fait d'autrui, et conformément au § 832 *B.G.B.*<sup>4</sup>, les *C.O.C.* tunisien et marocain (art. 85) ajoutent, aux hypothèses mentionnées par le *Code civil* français, l'obligation pour les parents ou le conjoint de répondre du dommage causé par l'insensé même majeur qui habite avec eux, sauf à prouver qu'ils ont exercé toute la surveillance nécessaire ou qu'ils ignoraient la dangerosité de l'intéressé. En revanche, et contrairement aux futurs *Projet franco-italien* (art. 76) et *C.O.C.* libanais (mais cette disposition ne figure pas dans le projet de Josserand), ils refusent d'admettre la possibilité offerte au juge par le § 829 *B.G.B.* et par l'art. 54 du *Code fédéral* suisse des obligations de condamner à réparation l'incapable, pour des raisons d'équité et si ses ressources le permettent, lorsque la victime n'a pas été désintéressée par celui qui était chargé de veiller sur lui. Ils restent donc sur ce point conformes à la tradition civiliste française<sup>5</sup>.

Troisième point : il convient d'assurer un plus grand rayonnement à la loyauté et à la bonne foi. Une telle volonté produit ses fruits, d'une part, au stade de la formation du contrat. Ainsi les

---

<sup>1</sup> Cette conception compréhensive de l'enrichissement sans cause tient non seulement à l'attrait qu'il suscite dans la doctrine civiliste française et dans les codes continentaux contemporains mais aussi au fait que le droit musulman interdit d'une manière générale l'obtention d'un avantage monétaire sans contrepartie (J. Schacht, *op. cit.*, p. 124).

<sup>2</sup> Cf. art. 77 *C.O.C.* tunisien.

<sup>3</sup> D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, *op. cit.*, p. 69.

<sup>4</sup> § 832 : celui qui est chargé par la loi de veiller sur un autre à cause de sa minorité ou de sa démence est responsable des actes commis par ce dernier mais ne répond que de sa faute (devoir de surveillance).

<sup>5</sup> Voire, notamment, E. Gaudemet, *Théorie générale...*, *op. cit.*, p. 307.

*C.O.C.* tunisien et marocain prévoient-ils expressément le versement de D.-I. par celui qui savait ou devait savoir que la prestation serait impossible, dès lors que l'autre partie ignorait cette circonstance, dans des articles (art. 63 *C.O.C.* tunisien et 60 *C.O.C.* marocain) qui reproduisent presque textuellement le § 307 du *B.G.B.* et qui, comme lui, ne prennent pas parti sur la nature de cette responsabilité (contractuelle ou délictuelle)<sup>1</sup>. D'autre part, elle emporte des conséquences au stade de l'exercice des droits. Les *C.O.C.* tunisien (art. 103) et marocain (art. 94) consacrent ainsi l'abus de droit, envisagé sous la forme d'une exception au principe de l'irresponsabilité dans l'exercice d'un droit, dont la mise en œuvre repose sur deux critères possibles : un critère subjectif (intention de nuire) et un critère plus objectif, *i.-e.* le fait pour le titulaire du droit de ne pas avoir pris les précautions nécessaires pour éviter ou faire cesser, sans inconvénient grave pour lui, le dommage notable que son action inflige à autrui. Certes, ils persistent à voir dans l'abus de droit un appendice du droit de la responsabilité, conformément à la plupart des civilistes français (y compris Jossierand mais à l'exception notable de Saleilles, qui voulait « soustraire » cette technique « au domaine étroit et insuffisant de l'article 1382 »<sup>2</sup>), alors que le *Code civil* suisse, qui le mentionne dans son article 2, l'érige en principe général du droit. Il n'en demeure pas moins que cette consécration légale a véritablement valeur de symbole<sup>3</sup> : en France, la question est débattue, mais sans succès législatif, au début du XX<sup>ème</sup> s., et elle rejaillira, sans non plus aboutir, lors des travaux de la Commission de révision du *Code civil* mise en place à la Libération.

L'attrait exercé par ce droit commun législatif est donc réel. Il n'est pourtant pas sans limite, comme le montre, en premier lieu, le sort réservé aux pactes sur succession future. Alors qu'ils admettent le principe de la validité du contrat portant sur une chose future, conformément à tradition continentale mais contrairement à la *Medjellé* ou à la tradition malékite<sup>4</sup>, les *C.O.C.* tunisien et marocain négligent le mouvement d'idées favorable à ces opérations qui s'est manifesté dans les codifications continentales récentes (le *B.G.B.* et la loi fédérale suisse des obligations admettent, en les réglementant, ce genre de pactes<sup>5</sup>). Ils se rangent derrière la tradition romano-française, ce qui peut s'expliquer par le fait que, en France, et malgré les efforts de Planiol au début de XX<sup>ème</sup> s., les certains civilistes se prennent à douter de la pertinence du principe de cette prohibition seulement après la Grande Guerre<sup>6</sup>. Sans doute faut-il voir là aussi la volonté de ne pas heurter des usages locaux hostiles à de telles opérations ni les enseignements des docteurs

---

<sup>1</sup> On sait que, dans la conception défendue par Ihering, il s'agit d'une responsabilité contractuelle, mais on notera que, dans un arrêt du 29 nov. 1909, la Cour suprême allemande adopte le fondement délictuel (RG, Urteil 29.11.1909, *Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht*, 1910, Sp. 80 Nr. 2) ; fondement qui sera définitivement abandonné à l'occasion de la réforme du droit des obligations en 2002, parce que la responsabilité délictuelle ne permettait pas une indemnisation totale, après une première évolution de la jurisprudence en 1931 puis en 1934 (RG, Urteil vom 19.01.1934, *Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen*, 143, S. 219).

<sup>2</sup> R. Saleilles, « De l'abus de droit », *Bulletin de la société d'études législatives*, Paris, 1905, IV, p. 348.

<sup>3</sup> Le *C.O.C.* libanais, sans doute en raison de l'influence de Jossierand, ira plus loin et, dans son article 124, adoptera la théorie finaliste plutôt que de se limiter au critère de l'intention de nuire. Sur ces points, cf. D. Deroussin, « L. Jossierand, le Code civil et le code libanais... », *art. précit.*, p. 92

<sup>4</sup> Du moins si le vendeur s'est engagé à une livraison immédiate (Kayrawana, *op. cit.*, p. 148).

<sup>5</sup> Le § 312 *B.G.B.* admet, sous la forme authentique, l'accord entre futurs héritiers légaux relativement à leurs parts héréditaires légales.

<sup>6</sup> D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, *op. cit.*, p. 407.

musulmans qui, se fondant sur la prohibition des contrats aléatoires, condamnent ce genre de pactes<sup>1</sup>.

En second lieu, les *C.O.C.* tunisien (art. 60-61) et marocain (art. 56) limitent considérablement les effets de la lésion. Elle n'entraîne l'annulation du contrat que si, d'une part, elle résulte du dol (mais alors elle n'est pas un vice autonome) ou si, d'autre part, elle est invoquée par un mineur ou un incapable, quoiqu'il ait agi avec l'assistance de son tuteur ou conseil, dès lors qu'il existe une différence d'au moins un tiers entre le prix payé par lui et la valeur effective du bien. Ils s'écartent donc à la fois de la tradition romaine et du mouvement d'idées favorable à l'élargissement de la prise en compte de la lésion, tant en France (Josserand) qu'à l'étranger (*B.G.B.*). En refusant de voir dans la lésion une cause *autonome* de rescision, ils s'inscrivent plutôt dans la tradition hanéfite<sup>2</sup>, recueillie à l'article 357 de la *Medjellé* (qui exige la fraude), ou la tradition malékite, puisque certains représentants de l'école malékite interdisent la vente d'objets dont le prix est surévalué par le vendeur en raison du fait qu'il n'est pas permis de taire les éléments susceptibles d'avilir le prix de la chose<sup>3</sup>. A quoi il faut ajouter que le *Code foncier* marocain (sur le modèle de la loi tunisienne de 1885), dont les dispositions sont d'ordre public et s'appliquent à tous les immeubles situés au Maroc, exclut le mécanisme de la rescision pour lésion, sauf quelques cas exceptionnels<sup>4</sup>.

En guise de conclusion, on pourra remarquer d'abord que, en contrôlant l'élaboration de ces textes, la France a bien organisé une forme de pluralisme juridique, puisqu'elle a accepté

---

<sup>1</sup> Ch. Cardahi, « Le projet de code des obligations... », *art. précit.*, p. 647 et M. Mahmassani, « Le fondement de la prohibition des pactes sur successions futures », *Proche-Orient, Etudes juridiques*, n° 65, mai-août 1970, p. 233. Dans ces contrats, le droit musulman considère en effet que l'une des parties n'a pas une connaissance exacte de la portée de son engagement ; or cette ignorance *-jahl-* est condamnée par le Prophète (N. Comair-Obeid, *Les contrats en droit musulman des affaires, op. cit.*, p. 59).

<sup>2</sup> C. Cardahi, *Les conditions générales de la vente en droit comparé occidental et oriental*, Beyrouth, 1945, p. 70.

<sup>3</sup> Ibn Abou Zeyd Kayrawani, *Risala ou traité abrégé de droit malékite et morale musulmane...*, trad.. E. Fagnan, Paris, 1914, p. 141.

<sup>4</sup> La Cour de Rabat a ainsi pu juger, le 14 mai 1929, dans l'affaire des héritiers Monjo (qui réclamaient la rescision pour cause de lésion de plus des 7/12èmes d'une vente, au motif que l'acte aurait été conclu sous l'empire du droit français), que le fait qu'une vente ait été conclue à Alger entre des parties domiciliées à Alger ne suffit pas à caractériser l'intention de se soumettre au droit français et que, dès lors, la détermination de la loi applicable doit être recherchée dans les dispositions de l'article 13, § 2 du *Dahir sur la condition civile des Français et des étrangers au Maroc*. Or, précise la Cour, ces dispositions trouvent leur origine dans les résolutions de la session de l'Institut de droit international qui s'était tenue à Florence en 1908, dont elles sont, *mutatis mutandis*, la reproduction. Elles ont donc consacré le même système de présomptions impératives qui, en l'espèce, conduit à appliquer la loi de situation des biens, d'autant plus que le *C.O.C.* n'admet la rescision pour lésion que sous des conditions restrictives qui ne sont pas réunies ici : « dans l'espèce, aucun fait d'erreur, de violence ou de dol n'est allégué ; qu'au contraire les appelants reconnaissent que la vente consentie par leur auteur est un acte de pure et libre volonté de ce dernier ». A son tour, la Cour de cassation écarte leurs prétentions : « attendu qu'aux termes de l'article 17 du dahir sur la condition civile des Français et des étrangers dans le Protectorat français du Maroc, les biens, soit meubles, soit immeubles, situés dans le protectorat français du Maroc sont régis par la législation du Protectorat ; que la législation foncière du Protectorat est d'ordre public et ne prévoit pas la rescision pour cause de lésion, sauf en cas exceptionnels dans lesquels ne rentrait pas l'action des héritiers du Vendeur Monjo ; qu'en refusant dans ces conditions d'admettre l'action en rescision du droit civil français...l'arrêt attaqué a justifié sa décision » (Chambre des requêtes, 29 juin 1931, *Journal de droit international privé*, 1932, t. 27, p. 295).

l'éventualité que ses ressortissants soient assujettis à ces lois différentes du *Code civil* français. Mais elle a aussi limité ce pluralisme par la mise en place d'un droit unifié, résultat d'une sorte de syncrétisme juridique, combinaison d'influences multiples dans laquelle le modèle français se taille une part importante. On pourra, ensuite, souligner que ces textes correspondent à une forme particulière de codification, différente de la codification à droit constant : la codification-modification, qui n'implique pas la promulgation d'un droit *totale*ment nouveau mais combine la reprise d'éléments existants et des réformes<sup>1</sup>, et qu'ils répondent à l'objectif de sécurité juridique propre à toute codification. Il n'est ainsi pas exagéré de souligner que grâce aux *C.O.C.* tunisien puis marocain sont sans doute pour la première fois au Maghreb rassemblées en un texte unique des matières jusque-là réglementées de façon éparse par les usages et les règles religieuses. Cela suffirait à expliquer leur longévité. Enfin, on pourra constater que la France a consenti, dans ses protectorats, ce qu'elle n'a pas accompli pour elle-même, *i.-e.* une codification sectorielle (du droit des obligations) et, en son sein, l'insertion d'une « partie générale » que la commission de révision du *Code civil*, après la Libération, refusera encore d'adopter<sup>2</sup>. Ce faisant, elle a pris activement part à l'élaboration d'un « droit commun des obligations étroitement apparenté à celui que nous pratiquons au nord de la Méditerranée »<sup>3</sup>. Au Maghreb, le code tunisien (révisé) peut ainsi faire figure de nos jours de « noyau pour un futur Code maghrébin »<sup>4</sup>, noyau « tout à fait conforme aux données générales admises par les grands codes modernes, spécialement par le code civil français »<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Cf. G. Braibant, « Utilité et difficultés de la codification », *Droits*, 1996-24, p. 63.

<sup>2</sup> Contrairement à ce qui a pu être constaté dans d'autres branches du droit, ces codes n'ont pas eu d'impact, sur le droit français : ils n'ont pas provoqué en retour son évolution.

<sup>3</sup> J.-M. Mousseron, « La réception... », *art. précit.*, p. 37.

<sup>4</sup> M.-K. Charfeddine, « Esquisse... », *art. précit.*, p. 421.

<sup>5</sup> A. Merignhac, *Précis de législation et d'économie coloniales*, Paris, Sirey, 1912, p. 306, à propos du *C.O.C.* tunisien.

## **L'organisation d'un « régime judiciaire inspiré des règles générales de la législation des puissances » dans l'empire chérifien : la contribution d'Adolphe Landry à l'organisation de la justice française au Maroc : 1912-1913.**

Farid Lekéal<sup>1</sup>

Le 17 juin 1918, à l'appui d'une requête tendant à son retour en métropole — adressée au résident général Lyautey aux fins de transmission au garde des Sceaux—, Adolphe Landry résume en quelques mots l'épisode marocain d'une carrière dans la magistrature entamée en octobre 1888 comme attaché au Parquet de Châteauroux, sa ville natale. « Ce n'est point sans tristesse que j'abandonnerai le Maroc, ou, plus exactement, votre œuvre à laquelle vous avez bien voulu m'associer comme fort modeste tâcheron de la première heure. J'y avais trouvé en vous le véritable chef sans lequel rien n'est fait d'honnête ni d'utile ».

Effectivement mis officiellement à la disposition du protectorat marocain en qualité de conseiller judiciaire du gouvernement chérifien par un décret du 1<sup>er</sup> octobre 1912, Félix-Victore-Adolphe Landry exerce en outre, à cette date, les fonctions de procureur général près la cour d'appel de Rabat où il a été nommé le 7 septembre 1913. « Six ans d'un labeur que vous avez vous-même qualifié de surhumain, argumente-t-il ainsi sa demande d'affectation au sein d'une juridiction métropolitaine, m'ont conduit aux limites de la résistance physique<sup>2</sup>. »

Cet engagement au service du protectorat marocain est d'ailleurs au cœur de l'hommage posthume rendu par ses pairs au conseiller Landry, appelé à la Cour dans cassation le 22 mai 1924 après avoir exercé en qualité de procureur général près la Cour d'appel de Douai puis de premier président de cette juridiction. Le discours prononcé le 16 octobre 1948 pour honorer la mémoire de ce haut magistrat fait ainsi expressément mention du propos élogieux formulé à son sujet, « dans une note écrite de sa main », par le général Lyautey : « Monsieur Landry est le premier magistrat venu au Maroc, à l'aube du protectorat, comme conseiller judiciaire. C'est lui qui en a préparé la législation, avec un labeur acharné et avec le plus grand souci de simplification et d'économie<sup>3</sup>. »

C'est en effet à cette fin que, dans les semaines qui suivent la conclusion du traité dans Fez du 30 mars 1912 établissant le protectorat français au Maroc, le général Lyautey sollicite Dupeyrat, consul général de France et chef du Bureau du Maroc au ministère des Affaires étrangères, en vue lui suggérer la candidature d'un magistrat susceptible d'organiser le service judiciaire dans la Résidence et d'engager un travail préparatoire de codification et d'organisation des juridictions françaises<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Professeur à l'Université de Lille 2

Centre d'Histoire Judiciaire UMR (CNRS) 8025

<sup>2</sup> A. Landry au général Lyautey, Rabat, le 17 juin 1918, folio 33 : Bibliothèque de la Cour dans cassation. Manuscrits (ci-après Bcc) : Ms. 372. Maroc. Organisation judiciaire.

<sup>3</sup> [http://www.courdecassation.fr/cour\\_cassation\\_1/occasion](http://www.courdecassation.fr/cour_cassation_1/occasion); Audience solennelle de rentrée. Discours de M. Jean Dorel, avocat général.

<sup>4</sup> En ce sens : Le résident général Lyautey à Dupeyrat, Fez, 8 septembre 1912 : Archives du ministère des Affaires étrangères. Maroc. Correspondance politique et commerciale, nouvelle série, 439. Dossier Landry. (ci-après Mae).

Le résident général souhaitait en effet proposer à la nomination du garde des Sceaux un magistrat d'expérience et de valeur, rapidement disponible, ayant acquis une première expérience dans les territoires voisins du Maghreb et capable d'accepter, pour un temps indéterminé, des conditions de confort peu usuelles pour un fonctionnaire de ce rang<sup>1</sup>.

*D'Oran à Rabat : l'itinéraire marocain*

Fort d'une longue expérience dans la magistrature<sup>2</sup>, Adolphe Landry, alors procureur de la République près un tribunal de première classe dans la ville d'Oran, cité voisine du royaume chérifien, répond alors parfaitement à ces attentes et se plie volontiers aux sollicitations qui lui sont adressées. Il rejoint ainsi Rabat le 29 octobre 1912 après avoir préalablement renseigné Lyautey sur la forme juridique que, selon ses vues, sa nomination devait revêtir, un « décret rendu sur la proposition du président du conseil, ministre des Affaires étrangères en exécution de la loi qui charge le président de la République de ratifier et de faire exécuter le traité de protectorat. Ce traité prévoit en effet une organisation judiciaire et donne ainsi toute latitude de prendre les mesures en vue de parvenir à cette organisation<sup>3</sup>. »

L'installation d'Adolphe Landry à Rabat, dans une ville où son établis, dans des conditions matérielles encore précaires, les services de la résidence, va permettre de donner corps à un projet au service duquel l'ancien procureur de la République d'Oran avait commencé de s'engager quelques semaines plus tôt. Ainsi, de retour dans la capitale de l'ouest algérien avant de rejoindre le royaume chérifien, Adolphe Landry met-il à profit son séjour pour tenter de rassembler « divers documents utilisables au Maroc ». A cette occasion, il y fait montre de la plus prudente réserve face à la curiosité des milieux oranais qui tentent de le sonder sur les destinées judiciaires de l'Empire chérifien : « Certaines personnalités, expose-t-il ainsi au chef du Bureau du Maroc au ministre des Affaires étrangères, m'ont demandé si la cour d'appel du Maroc ne serait pas fixée à Oran. Bien entendu, j'ai soigneusement évité de fournir la moindre appréciation à ce sujet. La question doit être réservée ; elle ne peut être discutée que dans le rapport général qui résumera des travaux encore à peine amorcés<sup>4</sup> ».

---

<sup>1</sup> « On ne peut donc avancer aux fonctionnaires, expose ainsi le général Lyautey, un logement qui n'existe pas. Tout au plus peut-on leur donner une indemnité qui leur permettra de se débrouiller provisoirement avec une mauvaise chambre d'hôtel » : Idem.

<sup>2</sup> Avant sa nomination à Rabat, Adolphe Landry, né le 22 février 1866 à Châteauroux, a exercé successivement comme substitut du procureur de la République à Espalion (20 juin 1890), Narbonne (13 mai 1893) Montpellier (24 décembre 1893, au titre d'avancement moral sur la demande de ses chefs, mais non installé, le poste n'ayant pas été libéré), procureur de la République au Blanc (25 février 1896), substitut du procureur général à Bourges (18 juillet 1899), avocat général à Angers (16 juin 1905) et procureur de la République à Oran (17 février 1912).

<sup>3</sup> A. Landry au général Lyautey, Châteauroux, le 16 septembre 1912 : Mae, Maroc, Correspondance politique et commerciale, nouvelle série, 439.

<sup>4</sup> A. Landry à Dupeyrat, Oran, 15 octobre 1912 : Mae, Maroc, Correspondance politique et commerciale, nouvelle série, 439.

C'est précisément avec l'assentiment du chef du bureau du Maroc que le nouveau conseiller judiciaire de la Résidence élabore un plan de travail qu'il soumet à l'approbation de Lyautey<sup>1</sup>. Il s'agit, pour l'heure, d'élaborer les avant-projets d'organisation judiciaire de la justice française<sup>2</sup> que rendent possibles les dispositions du traité de Fez, largement inspirées par les accords antérieurement conclus par la France en Tunisie au moment de l'établissement du protectorat dans la Régence de Tunis<sup>3</sup>. L'article premier du traité de Fez, à l'instar de la convention de La Marsa conclue avec le Bey de Tunis le 8 juin 1883, autorise notamment le gouvernement français à introduire dans le royaume chérifien les réformes judiciaires qu'il jugera utiles.

Loin de supprimer la justice séculière ou religieuse traditionnelle du pays, qu'il n'est encore nullement question de concurrencer, il s'agit avant tout, pour les autorités protectorales, de mettre en place une nouvelle organisation destinée à remplacer les justices consulaires dont relèvent de nombreux justiciables étrangers et marocains. Adolphe Landry s'emploie immédiatement à cette tâche complexe et s'engage, sous réserve de la disponibilité de la documentation qui lui paraît nécessaire, à achever « tout le travail sur l'organisation de la justice » pour la fin de l'année 1912<sup>4</sup>.

### *Une ambition partagée*

Pour satisfaire aux vues du résident général en matière d'organisation judiciaire, le nouveau conseiller judiciaire de la résidence est d'abord contraint par les engagements internationaux souscrits par la France au moment de « l'ouverture forcée » du pays alors que le royaume était en proie à de très fortes rivalités entre les puissances européennes<sup>5</sup>. Ainsi, la convention de Madrid du 3 juillet 1880 qui reconnaît le droit de propriété au Maroc en faveur de tous les étrangers — sous réserve de l'autorisation du Sultan—, attribue-t-elle compétence en matière immobilière aux juridictions marocaines statuant d'après la loi du pays<sup>6</sup>. Tout aussi essentiel, l'accord conclu le 4 novembre 1911 entre la France et l'Allemagne, dans un contexte de très fortes tensions entre les deux pays et dans lequel l'Empire accepte *de facto* la perspective d'un protectorat français, contribue-t-il à borner les éventuelles ambitions judiciaires françaises au Maroc. L'article 9, objet d'âpres négociations à Berlin entre l'ambassadeur de France Jules Cambon, et Alfred von Kiderlen-

---

<sup>1</sup> A. Landry à Dupeyrat, Rabat, 9 novembre 1912 : Mae, Maroc, Correspondance politique et commerciale, nouvelle série, 439.

<sup>2</sup> S. Berge, *La Justice française au Maroc. Organisation et pratique judiciaires*, Paris, Leroux, 1917, p. 1.

<sup>3</sup> D. Rivet, *Le Maghreb à l'épreuve de la colonisation*, Paris, Hachette, 2002, p. 215.

<sup>4</sup> A. Landry à Dupeyrat, Rabat, 4 décembre 1912, Mae, Maroc, Correspondance politique et commerciale, nouvelle série, 439.

<sup>5</sup> D. Rivet, *Le Maghreb...* op. cit., p.165 et s. Egalement : A. Deperchin, « De la Tunisie au Maroc. L'évolution du contexte international de l'installation des protectorats de la France au Maghreb ». *Cahiers aixois d'histoire des droits de l'Outre-Mer français*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2012 n°4, pp. 121-134.

<sup>6</sup> L'article 11 dispose : « Le droit de propriété au Maroc est reconnu à tous les étrangers. L'achat de propriété devra être fait avec le consentement préalable du Gouvernement et les titres de ces propriétés seront soumis aux formes prescrites par les lois du pays. Toute contestation qui pourra surgir sur ce sujet sera décidée d'après les mêmes lois avec l'appel au ministre des Affaires étrangères stipulé dans des traités » : E. Rouard de Card, *Traités de la France avec les pays de l'Afrique du Nord*, Paris, Pedone 1906, p. 344 et s.

Waechter, secrétaire d'Etat des Affaires étrangères de l'Empire<sup>1</sup>, encadrait pour l'avenir la liberté d'action de la France. Il était en effet convenu que la suppression éventuelle des juridictions consulaires ne pourrait intervenir qu'avec l'accord des pays concernés et sous la réserve de lui substituer « un régime judiciaire inspiré des règles générales de législation des Puissances intéressées ». Héritage du régime des capitulations organisées pour la France au Maroc par l'édit du 27 juin 1778 ainsi que par la loi du 28 mai 1836, ces juridictions consulaires avaient d'ailleurs largement entravé l'action du gouvernement français lors de l'établissement du protectorat français en Tunisie<sup>2</sup>

Fort d'une bonne connaissance du précédent tunisien qui constitue pour lui une source documentaire de premier ordre, le conseiller Landry se montre donc particulièrement attentif à cette question qui fait l'objet du propos introductif de son avant-projet d'organisation judiciaire française au Maroc.

Précisément, les juridictions consulaires françaises établies au Maroc vont constituer une seconde source d'information essentielle dans la réflexion d'Adolphe Landry. Etablies dans les villes de Rabat, Fez, Mogador, Casablanca, et Oudjda, ces deux dernières sont néanmoins les seules à avoir véritablement fonctionné au moment où elles sont sollicitées. Le tribunal de Rabat est en fait de création trop récente pour renseigner utilement Adolphe Landry : le poste de Rabat a été érigé en consulat le 3 avril 1912 et le consul n'y a pris son service avec pouvoir de juridiction qu'à partir du 15 juillet 1912. De leur côté, les juridictions consulaires de Fez et Mogador n'ont pas encore eu à se constituer grâce à l'action préventive de leurs consuls particulièrement attentifs au maintien d'un puissant esprit de « transaction et de conciliation » au sein de leurs communautés respectives de justiciables<sup>3</sup>.

Sans doute les rapports d'activité détaillés établis par les juridictions consulaires — qui renseignent tant sur le nombre de justiciables, la nature de l'activité économique que sur le type de conflictualité au sein de leur ressort — ont-ils contribué, sinon à forger, du moins à conforter les préventions respectives du résident général et de son conseiller judiciaire à l'encontre d'un certain nombre d'archaïsmes procéduraux propres la justice française. Ainsi, comme le note le consul de France à Rabat dans son compte-rendu relatif à l'activité judiciaire de son ressort, « du 15 juillet au 1<sup>er</sup> septembre, il n'y a pas eu lieu de réunir le tribunal consulaire, bien qu'il y ait eu des réclamations, mais elles étaient au fond de peu d'importance et le consulat transformé en véritable justice de paix a solutionné quantité d'affaires sans autre procédure que de mettre les parties en présence et de les entendre contradictoirement. Il y a lieu de noter qu'à cette époque, aucun avocat n'était installé à Rabat et c'est sans doute la principale raison qui a permis de retarder l'ouverture du

---

<sup>1</sup> En ce sens notamment, *Documents diplomatiques. Affaires du Maroc 1910-1912*, VI, Paris, Imprimerie nationale, 1912, p. 465 et s.

<sup>2</sup> A. Deperchin, « Les conditions d'installation de la justice française en Tunisie » ; F. Lekéal, « La difficile mise en place de la justice française en Tunisie : entre transposition et adaptation du modèle français » dans *Justice, Etat et Société dans l'espace méditerranéen à travers les âges*. Textes réunis par A. Mansar, Faculté des Lettres et des Sciences humaines de Sousse, 2007, pp.7-13 et 14-26.

<sup>3</sup> A. Landry, Avant-projet d'organisation judiciaire Française au Maroc. Exposé des motifs : 29 octobre-31 décembre 1912, Bcc : Ms. 371. Maroc. Organisation judiciaire



tribunal et même de concilier tant de personnes. Deux avocats étant venus se fixer à Rabat au mois d'octobre, déplore-t-il néanmoins, les plaintes adressées au consulat prirent une autre tournure et les plaignants demandèrent de saisir le tribunal pour la moindre affaire<sup>1</sup>. »

L'augmentation continue du nombre des ressortissants français au cours de cette période de transition constitue d'ailleurs une préoccupation essentielle pour les autorités françaises d'autant que, comme le confie le même consul de France à Rabat « les colons se figurent en général qu'étant hors de France, tout leur est permis et qu'il n'y a plus à se préoccuper des lois et des règlements ». Aussi le ministère de la Justice portera-t-il une attention particulière à la désignation des trois juges consulaires assesseurs chargés d'assister les consuls— dans les villes de Casablanca, Rabat et Oudjda —, et susceptibles d'être appelés, à la fin de leur mission, à siéger au sein des juridictions françaises lors de leur installation. Ainsi, comme l'expose la note adressée aux chefs des juridictions d'appel sollicités pour signaler d'éventuels candidats au départ, ces derniers doivent répondre à un niveau d'exigence élevé et offrir « des garanties absolues de distinction, de valeur professionnelle et de dignité. » Bien que leurs fonctions n'exigent pas de connaissances juridiques spécifiques à leur lieu de destination, « il importe au premier chef, insiste le Garde des Sceaux, qu'ils représentent avec honneur la métropole sous l'œil de l'étranger et dans un pays récemment placé sous notre protectorat. ». Idéalement âgés de trente-cinq à quarante ans et déjà inscrits de préférence au tableau d'avancement, ces magistrats pressentis pour exercer dans le nouveau protectorat du Maroc, devraient en outre faire montre d'une réelle détermination car, précise la note ministérielle, « l'appât du traitement brillant qui est offert à ces candidats ne devrait pas être la cause déterminante de leur acceptation »<sup>2</sup>. »

### *Une exemplarité éprouvée : le modèle tunisien*

Tout autant qu'en Tunisie quelques années plus tôt, cette question du regard des puissances étrangères apparaît décisive : il s'agit en effet, pour une part, de persuader les justiciables étrangers de renoncer à leurs privilèges de juridiction au profit des nouveaux tribunaux français. Indépendamment de la contrainte imposée par l'article 9 de la convention franco-allemande tendant à la mise en place d'un régime judiciaire « inspiré des règles générales de législation des Puissances intéressées » — condition que la France peut satisfaire sans grande difficulté —, l'enjeu est surtout de convaincre les Européens déjà installés dans le royaume ou susceptibles de venir y contribuer au mouvement de la vie des affaires. L'ambition du rédacteur de l'avant-projet est donc de rassurer des justiciables relevant jusqu'alors de leurs propres juges nationaux et jouissant d'une justice habituée à pratiquer — à l'instar des justices consulaires françaises —, la « conciliation à outrance », selon l'expression d'Adolphe Landry.

Au delà de l'adhésion des justiciables, le conseiller judiciaire de la Résidence entend articuler son plan de travail autour d'un impératif immédiat dans la perspective de la pérennisation de la

---

<sup>1</sup> Le consul de France à Rabat au résident général, Rabat, 24 décembre 1912 : Bcc : Ms. 371. Maroc, Organisation judiciaire, folio11.

<sup>2</sup> Circulaire du Garde des Sceaux : SD : Bcc : Ms. 371. Maroc, Organisation judiciaire, folio 58.

présence française : offrir aux chancelleries européennes une architecture judiciaire entourée de garanties qui, espère-t-il « entraîneront la renonciation par les puissances étrangères à leurs tribunaux spéciaux. <sup>1</sup>»

Fort d'une excellente connaissance du précédent tunisien, où la France avait dû vaincre les plus vives réticences de l'Italie, Adolphe Landry attache une importance capitale à cette question qui lui permet d'ailleurs de proposer fort habilement un certain nombre de garanties statutaires en faveur de la future magistrature marocaine et un alignement sur le statut des magistrats du cadre algérien et tunisien au lieu d'une assimilation à la magistrature coloniale. Le statut accordé aux magistrats tunisiens, expose-t-il ainsi, « influa pour beaucoup sur les renonciations des puissances étrangères représentées en Tunisie, à leur tribunaux ou capitulations. C'est donc, conclut-t-il ses développements sur la question, « une magistrature de « cadre métropolitain » qu'il faut constituer au Maroc en n'y admettant que des magistrats rigoureusement sélectionnées, appelés à un poste au Maroc comme à un poste de choix, n'y obtenant grades ou avancement que d'après les conditions appliquées en France, en Algérie, en Tunisie, pouvant être certains, d'après leurs bons et loyaux apports de pionniers, d'être traités tout comme leurs collègues de France, d'Algérie, de Tunisie <sup>2</sup>»

Ces préalables posés, dès le 30 octobre 1912, Adolphe Landry est en mesure de présenter, les différentes options susceptibles de structurer la « vie judiciaire » française qu'il a pour charge d'organiser au Maroc : soit une transposition pure et simple des régimes algérien ou tunisien, soit une formule alternative plus ambitieuse visant à mettre en place une justice « plus rapide sans formes de procédure éternisant les procès, sans frais ruineux, sans auxiliaires dont le besoin ne se fait pas sentir ». C'est à cette dernière hypothèse de travail que vont les faveurs du conseiller Landry. Selon ses vues, un tel objectif pourrait être atteint « très facilement si l'on recourt, précise-t-il toutefois, non au code de procédure civile de la Métropole, mais aux codes de procédure des Conseils de préfecture, adaptables aux besoins d'un pays neuf ; si pour les voies d'exécution on en vient à un tarif proportionnel ; si on ne maintient pas le dualisme de l'avoué et de l'avocat ». Plus ambitieuse encore, la perspective d'organisation qu'il dessine pourrait aller jusqu'à inclure une réforme du notariat dans laquelle, argumente-t-il, « le notaire ne devrait pas être le propriétaire de son office et l'attributaire de bénéfices souvent énormes, mais un fonctionnaire à traitement fixe, pouvant centraliser des perceptions qui viendraient en aide au Trésor<sup>3</sup>. »

La seconde question de fond de nature à infléchir l'architecture d'ensemble des avant-projets d'organisation judiciaire est alors celle de l'interprétation à donner de l'article 9 de la convention franco-allemande du 4 novembre 1911 concernant la mise en place d'un « régime judiciaire inspiré des règles générales de la législation des puissances » destiné à se substituer à celui des juridictions consulaires. L'alternative proposée au choix du résident général par le conseiller judiciaire est celle d'une application *stricto sensu* des dispositions de l'accord et donc d'une internationalisation de la justice et de la législation édictée en faveur des Français et des étrangers ou, plus simplement, celle

---

<sup>1</sup> A. Landry, « Plan des travaux du service judiciaire. Note préliminaire ». Note remise à M. le Résident Général, 30 octobre 1912. Bcc : Ms. 372.. Maroc, Organisation judiciaire.

<sup>2</sup> Avant-projet d'organisation judiciaire Française au Maroc. Exposé des motifs. op. cit., p. 42.

<sup>3</sup> A. Landry, « Plan des travaux du service judiciaire. Note préliminaire ». Note remise à M. le Résident Général, 30 octobre 1912. Bcc : Ms. 372. Maroc, Organisation judiciaire.

d'une adaptation au royaume chérifien des principes mis en œuvre par la loi du 27 mars 1883 relative l'organisation de la justice française dans le protectorat tunisien. C'est à cette dernière solution que suggère de se rallier le conseiller judiciaire de la Résidence en proposant la mise en place de tribunaux analogues à ceux institués en Tunisie— juges de paix à compétence étendue, tribunaux de première instance et cour d'appel<sup>1</sup> —, accessibles aux étrangers dans les mêmes conditions qu'aux ressortissants français. « Toutes les nations européennes, fait-il valoir pour soutenir son dessein, ont admis ce régime en Tunisie ; il a donné trop d'excellents résultats pour qu'il y ait lieu de les détailler ».

L'avis du conseiller judiciaire sur la supériorité du modèle judiciaire tunisien revêt alors d'autant plus de poids que lui-même peut se prévaloir d'une véritable expertise du modèle algérien, forgée à Oran, et d'une profonde connaissance du précédent tunisien, alimentée par la lecture de la documentation technique accumulée dans l'urgence sur le sujet. Le *plan des travaux du service judiciaire* établi par ses soins peut, à ce titre, se recommander de l'autorité de Stéphane Berge, magistrat de renom doté d'une longue expérience acquise à des postes de responsabilité dans la Régence. Alors conseiller à la cour d'appel de Paris et précédemment directeur des Services judiciaires au gouvernement tunisien et président du tribunal de Tunis, ce dernier apparaît comme le principal inspirateur des principes directeurs exposés dans le plan de travail soumis à la Résidence.

C'est en effet à la lumière des principes « lumineusement exposés par M. le conseiller Berge<sup>2</sup> » qu'Adolphe Landry suggère d'ordonner l'organisation judiciaire française dont il résume succinctement la substance : conservation du statut personnel ; soumission des immeubles à la loi du pays de situation du pays, sauf hypothèse d'immatriculation rendue facultative en vertu d'une loi foncière ; application, au sein des juridictions nouvelles, de la procédure française, la loi française se risque néanmoins à suggérer Adolphe Landry, « aboutissant à une procédure des plus simple, si l'avant-projet est admis » ; encadrement, par la loi pénale française de toutes les questions d'ordre public général, la loi marocaine se bornant à régir l'ordre public interne. Telles sont, selon les vues d'Adolph Landry, les orientations qui, sous réserve des quelques inflexion rendues nécessaires par la situation particulière du royaume chérifien, devraient constituer le cadre juridique de nature à satisfaire aux exigences de l'article 9 de l'accord franco-allemand du 4 novembre 1911.

### *Une ambition partiellement satisfaite*

Sur la base des principes ainsi dégagés, Adolphe Landry entreprend un vaste travail de codification de l'organisation judiciaire française dont il confiera plus tard au garde des Sceaux les difficiles conditions de réalisation. « Les avant projets, exposera-t-il, furent établis sous la constante surveillance de M. le général Lyautey comme aussi en complet accord avec lui. Je dus les rédiger sans aucun autre secours qu'un code Rivière apporté d'Oran alors qu'aucune bibliothèque n'existait

---

<sup>1</sup> L'article 2 de la loi du 28 mars 1883 dispose que les juridictions françaises instituées en Tunisie relèvent du ressort de la cour d'appel d'Alger. Le tribunal de première instance est institué dans la ville de Tunis.

<sup>2</sup> Adolphe Landry fait sur ce point explicitement référence à une intervention de Stéphane Berge parue sous le titre « De l'organisation judiciaire de la Tunisie » spécialement destinée à la formation des administrateurs civils de Tunisie et publiée dans un ouvrage intitulé : *Conférences sur les administrations tunisiennes par MM. Anterrieu, Berge, Boulle, Chenlus, de Dianous, Dubourdieu, de Fages, Gauckeler, Hugon, Marcassin Padoux, Serres, Versini à l'effet des sociétés française de Tunis*, Sousse. Imprimerie française, 2<sup>e</sup> ed., 1908.

dans les services de la Résidence générale<sup>1</sup>. » En dépit de l'indigence des moyens matériels, le conseiller judiciaire parvient, en l'espace de deux mois — du 29 octobre au 31 décembre 1912 —, à parachever son plan de travail qui inclut, pour l'essentiel, un projet d'organisation judiciaire assorti notamment d'un avant-projet relatif à la procédure civile et de dispositions concernant la procédure criminelle<sup>2</sup>.

L'avant-projet relatif à l'organisation judiciaire s'inscrit parfaitement dans la perspective du *plan des travaux des services judiciaires* du 30 octobre 1912. Inspiré par les principes de l'organisation judiciaire métropolitaine, tels qu'ils avaient été adaptés aux spécificités de la Tunisie par la loi du 27 mars 1883, le projet prévoit la création de justices de paix ainsi que de tribunaux de première instance. Comme l'expose très clairement le conseiller judiciaire, « le régime projeté se rapproche fort du régime tunisien qui a fait ses preuves. La différence dans l'importance des deux textes tient à ce qu'on a cru possible de réunir dans le projet marocain diverses dispositions qui ne furent édictées en Tunisie que successivement ». Ainsi, les dispositions de l'avant-projet relatives aux juridictions et à leur compétence suivent-elles « le plus possible la loi tunisienne du 27 mars 1883 et les décrets qui presque immédiatement la complétèrent<sup>3</sup>. » Débordant toutefois le strict cadre des dispositions de la loi tunisienne — qui devait d'ailleurs être complétée sur ce point—, l'avant-projet attribue d'emblée compétence aux tribunaux français pour les affaires immobilières entre Français et protégés français. Il leur confie en outre la connaissance des affaires administratives.

Par ailleurs, contrairement à la Tunisie où les appels devaient être portés devant la cour d'Alger, l'avant-projet prévoit de doter le protectorat français du Maroc d'une juridiction d'appel à Rabat, nouvelle capitale administrative et siège de la Résidence. Outre les commodités pratiques pour le Résident d'un voisinage géographique avec la cour d'appel, cette création pouvait être adroitement justifiée par des considérations d'ordre diplomatique. Le rattachement des juridictions françaises du Maroc à la cour d'appel d'Alger aurait pu risquer d'affecter le prestige de la France. En effet, comme l'expose habilement Adolphe Landry, « si jusqu'à ce jour, les Allemands ont porté leurs appels des décisions de leurs tribunaux consulaires du Maroc à Leipzig, les Italiens à Turin, les Russes, les Austro-Hongrois plus loin encore, au contraire les Espagnols ont plaidé leurs appel à Cadix, les Anglais à Gibraltar, soit à 26 heures de bateau de Casablanca ». Du point de vue du temps de transport nécessaire, la solution d'un rattachement à Alger aurait en revanche imposé deux jours de bateau et une nuit de chemin de fer. Plus contraignante encore, l'hypothèse d'une

---

<sup>1</sup> A. Landry à M. le Garde des Sceaux, ministre de la Justice, 29 janvier 1918. Bcc : Ms. 371. Maroc, Organisation judiciaire.

<sup>2</sup> Adolphe Landry est également l'auteur d'un projet de tarif de perceptions en matière civile, commerciale, administrative et criminelle : Mae, Maroc, Correspondance politique et commerciale, nouvelle série 298 mai 1913 : Procès-verbal de la première séance de la Commission d'organisation de la justice au Maroc, 7 mai 1913, folio 265.

<sup>3</sup> A. Landry, Commentaire de l'avant-projet, le 13 mars 1913 : Bcc : Ms. 372. Maroc, Organisation judiciaire. Sur ce point également : Avant-projet d'organisation judiciaire Française au Maroc. Exposé des motifs : 29 octobre-31 décembre 1912, Bcc : Ms. 371. Maroc. Organisation judiciaire, folio 1 et 2 ; folio 22, 23. Sur la similitude entre juridictions françaises instituées en Tunisie et au Maroc, notamment : J. Genet, *Étude comparative du protectorat Tunisien et du protectorat marocain*, Paris, Sirey, 1920, p. 71 et s.

attribution de compétence à la cour d'appel à Aix-en-Provence aurait alors impliqué quatre jours de transport par mer<sup>1</sup>.

Alimenté par une abondante documentation recueillie auprès du service économique de la Résidence et grâce aux questionnaires adressés aux différents consulats français, l'avant-projet d'organisation judiciaire propose ainsi la création deux tribunaux de première instance respectivement établis dans les villes de Rabat et Casablanca et de dix justices de paix : cinq dans le ressort du tribunal de Rabat, soit trois justices de paix à compétence étendue à Rabat, Fez et Oudjda et deux justices de paix provisoires gérées par des officiers à Meknès et Taourirt. Le même texte propose en outre l'établissement de cinq autres juridictions du même type établies dans le ressort du tribunal de Casablanca, soit trois justices de paix à compétence étendue à Casablanca, Mazagan, Mogador et deux justices de paix provisoires à Marrakech et Bou-Derrib.

Affichant une ambition plus vaste, les dispositions de l'avant-projet relatives à la procédure civile procèdent d'une vision résolument novatrice dont on peine à concevoir qu'elle n'ait été, sinon portée, du moins encouragée par le général Lyautey. Les principes qui les soutiennent recourent en effet trop parfaitement les inclinations bien connues du général en faveur d'un dépassement des tous les archaïsmes susceptibles de brimer ses ambitions personnelles pour le Maroc, pour ne pas imaginer qu'elles relèvent en partie de son fait<sup>2</sup>.

Sans doute cet avant-projet de Code de procédure civile illustre-t-il mieux que tout autre les dispositions d'esprit de son rédacteur qui exprime la volonté de promouvoir une véritable politique d'expérimentation en matière judiciaire « Pourquoi hésiter, interroge ainsi Adolphe Landry dans l'exposé des motifs, et pourquoi donner au colon comme don de joyeux avènement le code de Procédure civile de 1896, le tarif de 1897 et ceux qui l'ont suivi. Il importe de créer des traditions au nouveau protectorat. Combien serait-il nécessaire de n'y point créer la tradition de chicane et de ne point user beaucoup de force vive en pure perte<sup>3</sup>. » Fort opportunément libéré du cadre juridique métropolitain dans un pays qu'il pense pouvoir se prêter à l'introduction d'innovations de nature à fluidifier le mouvement de la vie des affaires, le conseiller judiciaire en justifie la nécessité en ces termes. « N'est-il pas opportun d'aviser à une réglementation dans un large esprit de simplification et toujours dans un but de diminution des frais de justice, but auquel rien n'empêche de tendre si, comme il est proposé d'autre part, on n'a point, au Maroc, à tenir compte d'un privilèges des officiers publics ministériels. En tout cas, l'Avant-projet a cherché dans la mesure qu'il a cru permise, à éviter que les gens, et surtout les gens de situation modeste, n'étant mis sous le coup des « voies légales » ne fussent ruinés par une exécution sans profit pour leurs créanciers dont la dette ne sera pas éteinte<sup>4</sup>. ».

---

<sup>1</sup> A. Landry, Avant-projet d'organisation judiciaire Française au Maroc. Exposé des motifs : 29 octobre-31 décembre 1912, Bcc : Ms. 371. Maroc, Organisation judiciaire. folio 16.

<sup>2</sup> D. Rivet, *Lyautey et l'institution du protectorat français au Maroc, 1912-1925*, t .1, Paris, L'Harmattan, 1998, p. 155 et s.

<sup>3</sup> Avant-projet de code de procédure civile. Exposé des Motifs. Annexe spéciale. Procédure civile. Décembre 1912. Folio 11 Bcc : Ms. 371. Maroc, Organisation judiciaire.

<sup>4</sup> Idem, folio 38.

Résolument pragmatique, le conseiller judiciaire concède volontiers avoir directement puisé son inspiration dans un texte dont il souligne les heureux résultats pratiques et l'appréciation consensuelle dont il est crédité, la Code de procédure des conseils de préfecture. « L'avant-projet annexe de Code de procédure civile, confie-t-il, justifiant ainsi la rupture complète avec le régime métropolitain est, pour sa plus grande partie, copié sur la loi du 22 juillet 1889 <sup>1</sup>».

Procédant d'une logique différente, les modifications aux règles d'instruction criminelle relèvent d'une volonté de transposer celles qui avaient d'abord été mises en vigueur en Algérie avant d'être rendues applicables en Tunisie<sup>2</sup>. Les adaptations proposées par un Adolphe Landry soucieux de parvenir à une « répression immédiate de toute sédition menaçant la sécurité du protectorat <sup>3</sup>» répondent alors à des préoccupations conjoncturelles de célérité dans la répression dans un pays encore en proie à des troubles liés à l'occupation militaire. « Il faut encore considérer, expose le conseiller judiciaire dans ses notes sur une modification de la procédure criminelle, qu'en pays neuf, une répression aussi exacte soit-elle des infractions perdra sa valeur si elle n'est pas rapide, immédiate<sup>4</sup>, »

A la fin de l'année 1912, au prix d'un travail sans relâche fruit d'une très abondante documentation sur le royaume chérifien accumulée dans l'urgence, Adolphe Landry peut honorer les engagements souscrits auprès du résident général auquel, au début de l'année suivante, il remet son projet<sup>5</sup>. Conscient d'œuvrer ainsi à la prépondérance de l'influence française dans un pays dont il considère avec bienveillance les populations qui lui paraissent « moins islamisées » que celles d'Algérie ou de Tunisie et créditées d'un accueil « plutôt favorable aux institutions françaises », le conseiller judiciaire achève un document de présentation longuement argumenté en ces termes : « Le présent exposé des motifs ne paraît nécessiter aucune conclusion. Il s'efforce de justifier un système ayant beaucoup de similitudes avec celui qui a donné de si excellents résultats en Tunisie, il tend à une grande indépendance au point de vue judiciaire, du protectorat marocain ...<sup>6</sup>».

Invité à Paris au mois de janvier 1913 pour rendre compte de l'état de ses travaux — dont il a préalablement remis copie au délégué à la résidence générale, Charles de Sainte-Aulaire—, Adolphe Landry achève de convaincre ses interlocuteurs, en particulier, le chef du bureau du Maroc au Quai d'Orsay, Dupeyrat, de l'applicabilité immédiate de ses projets. « Je considère, fait-il clairement valoir, que cet avant-projet est complet et entièrement au point. La discussion ne pourra porter que sur les sièges de certaines juridictions ou sur le nombre des magistrats dont certaines juridictions seront pourvues. Ce sont des questions de détail. La partie la plus intéressante, celle

---

<sup>1</sup> Idem, folio 1.

<sup>2</sup> A. Landry, Avant-projet d'organisation judiciaire Française au Maroc. Exposé des motifs : 29 octobre-31 décembre 1912, Bcc : Ms. 371. Maroc, Organisation judiciaire. folio 29.

<sup>3</sup> A. Landry, Avant-projet. Commentaire manuscrit, 13 mars 1913. Bcc : Ms. 372. Maroc, Organisation judiciaire, folio 1.

<sup>4</sup> A. Landry. Note sur une modification de la procédure criminelle. Bcc : Ms. 371. Maroc. Organisation judiciaire, folio 1.

<sup>5</sup> A. Landry au général Lyautey le 3 janvier 1913. Bcc : Ms. 371. Maroc, Organisation judiciaire.

<sup>6</sup> A. Landry, Avant-projet d'organisation judiciaire Française au Maroc. Exposé des motifs : 29 octobre-31 décembre 1912, Bcc : Ms. 371. Maroc, Organisation judiciaire, folio 3 et 56.

concernant la procédure, ne me paraît pas ne pas pouvoir être admise ». Dans l'attente des arbitrages éventuels entre les deux ministères concernés, le ministère de la Justice ainsi que le Quai d'Orsay dont relève statutairement le commissaire résident général du Maroc en vertu du décret du 11 juin 1912, le conseiller judiciaire ne craint pas de se montrer particulièrement vigilant sur les destinées du projet qu'il exprime la volonté de venir discuter en personne à Paris. « Ayant en quelque sorte vécu l'avant-projet depuis trois mois, fait-il remarquer, j'estime que je pourrais facilement et au plus grand avantage de tous en faire valoir les motifs ». Résolument confiant dans les perspectives d'aboutissement rapide du travail engagé, Adolphe Landry ne craint pas de conclure à l'adresse de Dupeyrat : « L'ensemble des propositions formulées ne semble pas à modifier si ce n'est sur des points de détail<sup>1</sup>. » Effectivement sollicité à cette fin, Adolphe Landry engage alors un remaniement partiel du premier avant projet en étroite concertation avec Dupeyrat et parvient à achever le second avant-projet au mois de mars 1913<sup>2</sup>. Parmi les modifications introduites, la ville d'Oudjda est préférée comme siège de l'un des deux tribunaux de première instance à celle de Rabat qui avait été initialement retenue<sup>3</sup>. De même, le tarif annexé est-il modifié dans la perspective d'un relèvement des droits de chancellerie<sup>4</sup>.

Dès lors, le résident général, soucieux de mettre un terme dans les meilleurs délais au processus de codification de l'organisation judiciaire — dont il fait une priorité absolue en vue d'obtenir au plus vite la renonciation des puissances à leurs capitulations —, sollicite le ministre des Affaires étrangères pour la désignation d'une commission de jurisconsultes afin de procéder à l'examen des différents projets<sup>5</sup>. Composée de juristes de renom — universitaires et praticiens — et présidée par le délégué à la résidence générale, la *commission d'organisation de la justice au Maroc* entame ses travaux à Paris le 7 mai 1913 pour les achever le 25 juin de la même année<sup>6</sup>.

### *L'ombre de la résidence*

---

<sup>1</sup> A. Landry à Dupeyrat, 30 janvier 1913 : Bcc : Ms. 371. Maroc. Organisation judiciaire.

<sup>2</sup> A. Landry à Dupeyrat, 9 mars 1913 : Bcc : Ms. 371. Maroc. Organisation judiciaire.

<sup>3</sup> De la même façon, le dahir relatif à l'organisation judiciaire du protectorat français au Maroc du 12 août 1913 publié en forme de décret du président de la République le 7 septembre de la même année prévoit la création de cinq justices de paix dans les villes de Rabat, Casablanca, Oudjda, Saffi, Fez au lieu des dix projetées par Adolphe Landry. L'article 18 prévoit néanmoins que des tribunaux supplémentaires seront installés, à titre provisoire et selon les besoins du service.

<sup>4</sup> A. Landry au général Lyautey, 25 mars 1913, Bcc : Ms. 371. Maroc. Organisation judiciaire.

<sup>5</sup> Le résident gal Lyautey au ministre des Affaires étrangères, 19 mars 1913 : Ministère des affaires étrangères. *Rapport général sur la situation du protectorat au Maroc au 31 juillet 1914*. Dressé par les services de la résidence générale sous la direction de M. le général Lyautey, Rabat, Résidence générale de la république française au Maroc, p. 21.

<sup>6</sup> En ce sens notamment : F.-P. Blanc, R. Boujemaa, O. Devaux, A. Mourji, dir., *La justice au Maroc*. (Quelques jalons de Mohamed V à Mohamed VI), *Revue maghrébine de droit*, N° 9, 2001, Presses universitaires de Perpignan ; F. Lekéal : « L'installation de la justice française au Maroc : appareil judiciaire et codification de 1913 », *Cahiers aixois d'histoire des droits de l'Outre-Mer français*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2012 n°4, pp. 223- 249.

Contrairement à ses attentes, le conseiller judiciaire est alors tenu à distance des travaux engagés par la commission sur la base des avant-projets établis par ses soins<sup>1</sup> et des orientations présentées par Lyautey au ministre des Affaires étrangères le 19 mars 1913. En effet, constamment informé du résultat des délibérations et des amendements proposés par la commission, Adolphe Landry n'en est reste pas moins éloigné physiquement de la capitale métropolitaine. Témoignant d'une disponibilité à toute épreuve, interrogeant, suggérant, corrigeant inlassablement les travaux de mise en forme définitifs engagés sous l'égide de la commission, il entreprend la rédaction de nombreuses observations. Adressées conjointement au Secrétaire général du général du gouvernement chérifien, Paul Tirard, et au président de la commission, Charles de Sainte-Aulaire, ces notes, prend-il le soin de justifier, « ne procèdent pas d'un désir de contradiction systématique. Je n'ai en effet, croit-il utile de préciser au chef du bureau du Maroc au Quai d'Orsay, qu'à me louer de la Commission<sup>2</sup> ».

Les échanges de correspondance engagés à ce sujet laissent néanmoins entrevoir quelques froissements que suggère notamment la réponse à l'une des notes du conseiller judiciaire adressées à la commission. « Les deux notes de M. Landry ont été communiquées aux commissions saisies, ainsi que l'ensemble de ses travaux, qui les ont vivement intéressées et qui, en somme, ont servi de base à ses discussions. Les membres de ces commissions auraient eu le plus vif désir de voir M. Landry participer en personne à leurs travaux ; il aurait constaté combien il est nécessaire, pour arriver à des résultats, dans des assemblées relativement nombreuses comme étaient les leurs, de faire des concessions sur des idées personnelles afin d'arriver à la création d'une idée commune et, sans nul doute, il aurait apporté à ce concours de bonnes volontés un précieux élément. Puisque la distance et les circonstances n'ont pas permis cette collaboration étroite, il a fallu se contenter d'une étude des documents ; elle a été faite dans un sentiment de grande sympathie pour l'éminent conseiller judiciaire<sup>3</sup> ».

Adolphe Landry porte une telle attention aux destinées du travail accomplis à Paris qu'il prolonge son examen critique des dispositions du projet de dahir relatif à l'organisation judiciaire du protectorat français au Maroc après la clôture des sessions de la commission le 25 juin 1913. Ainsi, le 7 juillet 1913, le conseiller judiciaire de la résidence attire-t-il solennellement l'attention sur les difficultés susceptibles d'être engendrées par la promulgation de certaines dispositions et suggère-t-il au secrétaire général du gouvernement chérifien d'en saisir la commission avant la

---

<sup>1</sup> Les projets présentés sont au nombre de quatre ; projet de firman sur l'organisation judiciaire : projet de procédure criminelle : projet de procédure civile : projet de tarif de perceptions en matière civile, commerciale, administrative et criminelle. Ils sont soumis à l'examen de deux commissions : Procès-verbal de la première séance de la Commission d'organisation de la justice au Maroc, 7 mai 1913 : Mae, Maroc. Correspondance politique et commerciale nouvelle série 298 mai 1913.

<sup>2</sup> A. Landry à Dupeyrat, 22 juillet 1913 : Ministre des Affaires étrangères : Maroc, Correspondance politique et commerciale, nouvelle série, 439.

<sup>3</sup> Réponse aux notes de M. Landry sur le projet d'organisation judiciaire au Maroc. SD : Bcc : Ms. 372. Maroc. Organisation judiciaire.



promulgation définitive du texte. Le 11 juillet, ce sont cette fois les textes du dahir sur la procédure civile qui font l'objet d'une note exhaustive concernant pas moins de 38 articles du projet<sup>1</sup>.

C'est à ce prix que prend corps le projet d'organisation judiciaire destiné, selon les vues exposées au ministre des Affaires étrangères par Lyautey le 19 mars 1913, à mettre sur pied une justice rapide et peu coûteuse achevant de faire du royaume chérifien un « laboratoire pour moderniser et moraliser un système judiciaire français dont on perçoit bien, déplorait-il alors, l'imperfection et les paradoxes<sup>2</sup> »

Une dépossession partielle du travail accompli ? Le regard de l'histoire.

Dans une correspondance adressée bien des années l'achèvement de sa mission de conseiller judiciaire, alors qu'il en évoque auprès du garde des Sceaux les conditions d'accomplissement, Adolphe Landry semble encore nourrir quelque ressentiment au sujet de son exclusion des délibérations de la commission. « Poursuivi dans un silence qui confinait au mystère, ce travail a été fort diversement apprécié. Je n'ai pas été appelé, rappelle-t-il, aux séances de la commission interministérielle qui l'examina de mai à juillet 1913 et adopta beaucoup de ses propositions. En tout cas, après l'approbation du chef suprême du protectorat, il m'a valu le 16 mai 1914 une très haute distinction prématurée dans une carrière déjà longue<sup>3</sup>. » Effectivement promu à la Légion d'honneur sur l'initiative du général Lyautey, la contribution d'Adolphe Landry à la codification française au Maroc ne semble pas pour autant avoir suscité une attention à la hauteur de l'engagement personnel consenti par le conseiller judiciaire en faveur de cette entreprise exigeante.

En effet, si la codification française au Maroc fait rapidement l'objet d'analyses et de commentaires doctrinaux — y compris de la part de membres de la commission d'organisation judiciaire à l'instar de Stéphane Berge —, la contribution d'Adolphe Landry apparaît soit mésestimée soit totalement ignorée<sup>4</sup>. Ainsi, dix ans après la conclusion du traité de Fez, la publication officielle de la Résidence générale destinée à en célébrer le souvenir ne fait-elle à aucun moment mention, dans ses développements consacrés à la justice française, de la contribution d'Adolphe Landry<sup>5</sup>. Sans doute la notoriété d'un certain nombre de membres de la commission d'organisation judiciaire a-t-elle pu contribuer à éclipser le travail préparatoire d'envergure

---

<sup>1</sup> A. Landry au comte de Sainte-Aulaire, président de la commission d'organisation judiciaire, 11 juillet 1913 : Bcc : Ms. 372. Maroc. Organisation judiciaire.

<sup>2</sup> Le général Lyautey au ministre des Affaires étrangères, 19 mars 1913 : cité par : Daniel Rivet, *Lyautey et l'institution du protectorat français au Maroc...* op. cit., p. 227 et s.

<sup>3</sup> A. Landry au ministre de la Justice, 29 janvier 1918. Bcc : Ms. 372. Maroc. Organisation judiciaire.

<sup>4</sup> Dans son *Traité de législation marocaine* publié en 1914 aux éditions de la juris-classeur, Louis Holtz, ancien magistrat, ne fait pas état de sa contribution. Emile Larcher, dans un article daté de la même année intitulé « Les codes marocains » ne le mentionne pas davantage : *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence 1914*, I, pp. 1-16. Stéphane Berge, en revanche, dans l'introduction de *La justice française au Maroc*, souligne la « grande compétence et la rare puissance de travail » d'Adolphe Landry et sa contribution à l'élaboration des avant-projets. En revanche, l'auteur de la préface et membre de la commission, Louis Renault n'en fait nullement mention : S. Berge *La Justice française au Maroc...* op. cit., p. 1.

<sup>5</sup> Résidence générale de la République française au Maroc, *La renaissance du Maroc Dix ans de protectorat. 1912-1922*. Les développements consacrés à la justice sont pourtant le fait du premier président de la cour d'appel de Rabat.

accompli à Rabat par le conseiller judiciaire « sous la constante surveillance » de Lyautey auquel il exprime, à la veille de son départ, sa profonde reconnaissance<sup>1</sup>. » « Si lourds soient les devoirs qui m’incombent, expose-t-il ainsi, je n’oublierai point les six années passées sous vos ordres<sup>2</sup>. »

Cette étroite symbiose entre la résidence et son service judiciaire — que les sources ne permettent à aucun moment de contredire —, constitue une réelle singularité au regard du précédent tunisien qui, à bien des égards, avait servi de modèle. Alors que l’établissement du protectorat tunisien avait été marqué par un puissant antagonisme entre la magistrature française et la résidence<sup>3</sup>, les projets établis en faveur du Maroc témoignent au contraire d’une inversion radicale de la situation. Symbolique de ce rapprochement entre la résidence et la magistrature, l’établissement de la cour d’appel dans la ville de Rabat, siège de la résidence, ne tarde pas à faire l’objet des plus prudentes réserves de la part de l’un des plus éminents spécialiste de la faculté de droit d’Alger, Emile Larcher. Tout en soulignant la qualité des instruments juridiques mis en place en faveur de la justice française grâce à la codification de 1913, le rédacteur de la *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence* n’en interroge pas moins : « N’est-il pas à craindre, quelle que soit la valeur personnelle des peu nombreux magistrats qui la composent, que la cour de Rabat soit trop près du commissaire résident général et ne subisse — ou soit accusée de subir — son influence ou celle, aussi redoutable, de son entourage<sup>4</sup>? »

S’il paraît encore prématuré, en l’absence de travaux historiques de donner raison aux anticipations d’Emile Larcher, du moins est-il établi que cette question du rattachement des tribunaux français à la Résidence est dûment posée au cours de l’année 1913<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Cf. supra.

<sup>2</sup> A. Landry au général Lyautey, Rabat, le 17 juin 1918. Ms. 372. Maroc. Organisation judiciaire.

<sup>3</sup> A. Noureddinne, *La justice pénale sous le protectorat : l’exemple du tribunal de première instance de Sousse*, L’Or du temps, Tunis, 2004, p. 341 et s ; F. Lekéal, « La place de la justice française dans la distribution des pouvoirs au sein du protectorat tunisien : deux décennies d’ajustement : 1883-1903 » dans N. Auzary-Schmaltz (dir.), *La justice française et le droit pendant le protectorat en Tunisie*, Institut de Recherche sur le Maghreb contemporain, Maisonneuve et Larose, 2007, pp. 43-63.

<sup>4</sup> E. Larcher, art. cité, p. 4.

<sup>5</sup> Mae, Maroc, Correspondance politique et commerciale, nouvelle série 298 mai 1913 : Procès-verbal de la troisième séance de la Commission d’organisation de la justice au Maroc, 10 mai 1913, folio 278. La question est posée par le président de la commission Paul Tirard.

# Un giurista italiano di diritto comune nell'era del colonialismo

## David Santillana

Antonio Grilli<sup>1</sup>

### Résumé

La présente contribution se propose de retracer la vie et l'œuvre de David Santillana, juriste italo-tunisien né en 1855 et mort en 1931. David Santillana naquit à Tunis d'une famille en vue (son père, Mosé, avait été l'un des conseillers personnels et l'interprète du Bey). David fut éduqué dans les écoles italiennes de Tunis et étudia ensuite le droit à l'Université de Rome, en devenant, après son diplôme, non seulement un avocat de renommée mais également (grâce à sa naissance et à son milieu culturel) un expert d'envergure de droit islamique.

1. En 1896, Santillana fut appelé à faire partie de la Commission chargée de rédiger un projet de code civil tunisien. Son rôle devint bientôt de premier plan au sein de la Commission ; il fut le rédacteur du projet du *“code des obligations et des contrats”*. Son œuvre fut d'une grande originalité : il puisa tant dans les sources musulmanes que dans les principes généraux qui se dégagèrent des dispositions les plus significatives des codes civils des États européens de l'époque (du Français de 1804 à l'Italien de 1865 jusqu'au *“BGB”* allemand de 1900), sans pour autant négliger les règles et les grands principes du droit romain. Dans l'avant-propos du code il s'exprima, en effet, ainsi : *“la tendance à constituer un droit commun aux nations européennes se fait jour en effet et s'accroît de plus en plus. Sous l'action des grands courants qui dominent la vie moderne, les législations particulières sortent de leur isolement, se font des emprunts de plus en plus nombreux (...). Il était impossible de ne pas tenir compte de ce grand mouvement d'idées qui entraîne l'Europe vers l'unité du droit (...).”* Ainsi, dans son « laboratoire » tunisien, il créa un véritable et moderne code de *“droit commun”* européen-islamique. Le *«code tunisien des obligations et des contrats»* de 1907 non seulement suscita l'attention générale des juristes de l'époque, mais des grandes codifications successives (tel, le *«Dahir marocain des obligations et des contrats»* de 1913) s'en inspirèrent directement (Stéphane Berge, qui fut l'un des protagonistes du *« Dahir »* marocain, avait été un collègue de Santillana dans la Commission de codification tunisienne).

2. David Santillana avait été depuis sa jeunesse un conseiller de premier plan des autorités italiennes et avait déjà accompli différentes missions délicates dans ce cadre (telle celle consistant à apaiser les esprits de la notabilité tunisienne face à l'expédition italienne en Lybie en 1911 et 1912). Il devint l'un des plus stricts collaborateurs du Ministère des Colonies, qui fut créé en 1912 comme conséquence directe de l'occupation de la Lybie : qui pouvait en effet mieux que lui, conseiller le gouvernement italien sur la politique du droit à suivre dans les territoires sitôt conquis ? L'œuvre de Santillana comme conseiller juridique pour toutes les questions de droit musulman n'est nullement moins importante que celle accomplie en tant que codificateur du droit tunisien : parmi les preuves les plus évidentes figurent son fameux avis sur le statut juridique des biens possédés par les communautés sénoussites (1920) mais surtout, la relation - écrite en 1918 et publiée en 1919 dans les

---

<sup>1</sup> Conseiller juridique

actes de la « Commission des affaires coloniales » - sur « *La justice dans les Colonies* ». Dans ce dernier travail, il se penche sur la question de savoir comment l'on peut administrer au mieux la justice dans les territoires libyens, en présence d'une situation dans laquelle le droit n'était pas encore codifié et par conséquent se prêtait à une multiplicité d'interprétations et d'applications au détriment de la sécurité juridique. Bien conscient du fait que d'une correcte et « *saine justice* » (comme il la définit) pouvaient dépendre, entre autre, le bien-être de la vie des populations coloniales et leur attachement à l'Italie, Santillana propose des solutions tout à fait intéressantes, partagées et reprises sans hésitations par ses collègues de la « Commission ». Parmi ces propositions figurent :

a) la réduction, sur le modèle marocain, de la durée des procès par le biais d'une codification du droit judiciaire lybien. Ce dernier était jusqu'alors éparpillé dans une myriade de règles, d'usages et de traditions différents, alors que le Maroc en 1913 avait déjà aboli tous les intermédiaires de justice (tous ces « *huissiers, ni greffiers, ni avoués, ni syndics de faillite ni curateurs aux successions vacantes, ni agrées, ni notaires, ni commissaires priseurs, ni arbitres (...)* qui ont été interposés, en France, en Algérie, en Tunisie et dans beaucoup d'autres pays, entre la justice et le juge » comme s'était exprimé Stéphane Berge au sujet du Maroc) ;

b) la créations d'un corps judiciaire colonial spécial - composé par des magistrats ayant reçu une formation spécifique et devant servir toute leur carrière dans les territoires coloniaux d'Erythrée, de Somalie et de Lybie ;

c) une future codification du droit civil ;

d) la rationalisation des procès dans la justice indigène (par le biais d'une augmentation du nombres des *cadis*, de leur nomination directe par le Roi d'Italie et de la création d'instances d'appel centralisées sur leurs décisions) ;

e) la création d'une égalité réelle dans les procès entre, d'un côté, le citoyen italien et l'habitant des colonies et, de l'autre, les autorités de l'Etat.

L'œuvre de David Santillana, juriste, codificateur et conseiller, reste incontournable pour tout historien de l'époque coloniale.

## **I - Un uomo e il suo mondo.**

“*Chi prenda in mano un trattato qualunque di diritto di Diritto musulmano, il Compendio di Hālil, per esempio, o quello sciafita di al-Baguri, si trova dinanzi a una disposizione della materia giuridica che sulle prime lo lascia disorientato e perplessa (...). Sembra un semplice elenco di materie, messo lì a caso, senza concetto direttivo, e il nostro primo movimento è di rinunciare ad ogni tentativo di cercarvi un nesso razionale e di attenerci senz'altro al sistema indicato dalle nostre tradizioni giuridiche. Sarebbe un errore: anzitutto perché un certo ordine d'idee non può senza tralignare essere avulso dal suolo ov'è nato e cresciuto, e poi perché la disposizione delle materie presentata da Hālil e dagli altri potrà essere non molto organica, potrà essere aliena dal nostro modo di concepire il diritto, ma non è sicuramente del tutto arbitraria, e converrà quindi*

*rendersene ragione, senza credere che il diritto, fatto storico e quindi relativo, abbia un solo modo di esprimersi, né che il nostro sia l'unico possibile*<sup>1</sup>.

Con questa riflessione densissima di significato, scritta ormai in tarda età presentando al pubblico colto dei giuristi le “Istituzioni di diritto Musulmano malechita” - un’opera panoramica sul diritto musulmano che non aveva, e continua a non avere tutt’ora, eguali per ampiezza e profondità di trattazione -, David Santillana spezzava una lancia in favore di un approccio metodologico passionato e privo di eurocentrismi verso il diritto islamico: e lo faceva in un’epoca nella quale il mito della “missione civilizzatrice” europea, giustificazione ideologica del colonialismo, non era svanito. Al diritto musulmano, a questo insieme di opere e trattati dipanatosi nei secoli apparentemente senza il costruito organico di un *Corpus Juris* ma con un’aderenza stupefacente alla realtà ed alla vita dell’uomo<sup>2</sup> e di cui ora anche gli italiani in Libia dovevano impraticarsi<sup>3</sup>, occorre guardarsi con spirito scientifico: occorre farne oggetto di ricerche e di approfondimenti senza alcuna pretesa o ambizione di superiorità.

Un giurista critico e passionato, dunque: la vita e la carriera di David Santillana si snoderanno in parallelo con l’apogeo dell’età coloniale italiana ed europea.

La prefazione alle “Istituzioni” è datata dicembre 1925. Santillana, all’epoca settantenne e che si sarebbe spento sei anni dopo, aveva ormai dietro di sé una brillantissima carriera di giureconsulto: nato a Tunisi nel 1855 da una famiglia in vista dalle lontane origini giudeo-spagnole, diplomatosi e successivamente laureatosi in Italia, egli era divenuto, giovanissimo, un fidato collaboratore del Bey negli anni immediatamente antecedenti all’occupazione francese – giova ricordare il parere che, appena ventitreenne, egli aveva fornito nel 1878 al primo ministro tunisino in merito alla

---

<sup>1</sup> D. Santillana, *Istituzioni di diritto musulmano malechita con riguardo anche al sistema sciafita*. Vol. I, Roma 1925, p. V-VI.

<sup>2</sup> Santillana spiegava in effetti che “*L’idea dominante dei giuristi musulmani è che il Diritto, fatto eminentemente sociale, benché divino per le sue origini, trova nella convivenza umana la sua ragione d’essere, la sua materia propria e il collegamento dei vari istituti onde si compone. Anche i doveri verso Dio, i più importanti nel mondo musulmano, sono disciplinati in vista dell’uomo sociale. La necessità di provvedere alla continuazione della specie dà luogo alla unione stabile dei sessi e alla costituzione della famiglia, onde i rapporti derivanti dal matrimonio (“nikah”); dalla diversità delle attitudini e dei bisogni umani e dalla limitazione delle facoltà di ciascuno proviene la divisione del lavoro, da cui quel complesso di rapporti e di scambi compresi sotto il nome generico di negozi (“mu’amalat”), che sono tanta parte del diritto civile e commerciale. La morte dell’individuo apre la successione (“irt”), cui provvedono le regole relative alla trasmissione e alla divisione delle eredità (“faraid”). Finalmente la tutela dell’ordine sociale rende necessaria una disciplina intesa a reprimere i reati (“ginayat”) e a dare ordine certo ai giudizi (“qada”). Così le scuole islamiche si raffigurano la materia del diritto (“fiqh”) e le sue partizioni; non v’era ragione di non accogliere questo schema, che rammenta nelle sue linee generali quello della nostra antica giurisprudenza*” (Istituzioni, cit., p. VI-VII).

<sup>3</sup> E’ quanto sembra affermare, neanche troppo velatamente, il nostro, allorquando redige, nel 1919, la sua relazione sulla “*giustizia nelle Colonie*” e perora la causa di una esauriente compilazione del diritto musulmano vigente che possa soddisfare le esigenze degli amministratori e dei magistrati italiani operanti in Libia (D. Santillana, “*La giustizia nelle Colonie*”, in *Relazione della VII Sezione della Commissione del dopo-guerra: quistioni coloniali*, Roma 1919, p. 139-156 (in particolare, p. 146).

domanda della compagnia francese Bône-Guelma di poter realizzare una linea ferroviaria che collegasse Tunisia ed Algeria<sup>1</sup>. Personaggio multiculturale di primo piano nella Tunisia dell'epoca<sup>2</sup>, legato fin dall'inizio alla comunità italiana, Santillana – che non pochi storici menzioneranno succintamente come coordinatore della commissione di codificazione civile tunisina<sup>3</sup> di fine secolo, ma di cui altri coglieranno anche l'estrema ecletticità culturale<sup>4</sup>, facilitata peraltro dall'ambiente cosmopolita e dalle ottime relazioni paterne<sup>5</sup> - si era presto guadagnato fama di grande esperto di diritto musulmano. La Tunisia, finita nell'orbita francese dal 1881, non potrà fare a meno di questo poliedrico e brillante giurista, redattore del codice tunisino delle obbligazioni e dei contratti emanato nel 1907. A quella data, la sua fama era ormai consolidata e Santillana poteva vantare una prestigiosa pratica forense esercitata tra Roma e Londra e una più che venticinquennale attività di consulenza ed insegnamento nella sua patria di adozione, l'Italia: un'attività i cui esordi risalivano alle sue note relazioni al governo in veste di giovanissimo fiduciario della società Rubattino nel 1880<sup>6</sup> e proseguiranno con pareri su tematiche attinenti ai territori libici da poco conquistati<sup>1</sup> e con la prestigiosa

---

<sup>1</sup> V. a tal proposito *David Santillana, l'uomo e il giurista 1855-1931. Scritti inediti 1878-1920*. A cura di A. Baldinetti. Roma 1995, p. 1-7.

<sup>2</sup> Il padre di Santillana, Mosé, era un personaggio influente nell'establishment tunisino: "Nell'aprile 1872, Mosè Santillana, padre di David, fu eletto membro del "Consiglio d'Amministrazione della Commissione Finanziaria Internazionale", istituita nel luglio 1869 in seguito alla disastrosa politica finanziaria attuata dal ministro Moustapha Khaznadar". Della commissione facevano parte tunisini, francesi, italiani e anglo-maltesi. Nell'ottobre 1873 il giovane David divenne Segretario della Commissione, incarico al quale nel 1875 aggiunse quello di secondo interprete del Bey" (David Santillana, cit., p. 1).

<sup>3</sup> V. K. Meziou, *La culture juridique et acculturation du droit: rapport national tunisien*, in *Reports to the XVIII International Congress of Comparative Law*, Washington 2010.

<sup>4</sup> D.E. Stigall, *Law and the Lodestar: Tunisian Civil Law and the task of ordering plurality in the aftermath of the jasmine revolution*, in *Journal of Civil Law Studies*, vol. 7, p. 1-17, 2014: "Born in Tunis in 1855, Santillana came from a Jewish family of European ancestry. Commentators suggest that Santillana's family fled to Tunisia after the fall of Granada and the expulsion of the Jewish population. Historical records note that his grandfather, David Diaz Santillana, was born in Tunis in 1780 and served as a translator for the British Consulate General. His father, Moses Santillana, succeeded his grandfather as consular interpreter and became a close companion of Richard Wood, the British Consul in Tunisia, who saw to it that the younger David Santillana was educated in an Italian school in Tunis. Thereafter, Santillana studied law in Rome and after graduation, worked as an attorney both in Rome and Florence, though still playing a role in controversial legal matters across North Africa, such as the legal defence of Ahmed Orabi, an Egyptian military officer who staged a revolt against the British and French presence in Egypt" (p. 14).

<sup>5</sup> "Cultivated in such a cosmopolitan and learned environment, Santillana grew to become a comparative law scholar, a practitioner and an expert in Islamic law who understood the potential for Islamic law's viability in a modern context" (D.E. Stigall, cit., p. 14).

<sup>6</sup> David Santillana in effetti "iniziò a Londra, per conto della società Rubattino, trattative per l'acquisto della ferrovia Tunisi-Goletta. La linea era di proprietà della compagnia inglese "Tunisian Railways Company Limited" che aveva rilevato la ferrovia nel 1864 dal Bey di Tunisi. Concorrente della Rubattino era la società francese Bône-Guelma" (David Santillana, cit., p. 9). E' oltretutto giustissima l'affermazione secondo cui, alla vigilia dell'occupazione francese di un territorio su cui l'Italia – e non solo essa, data la posizione strategica della Tunisia - aveva evidenti mire ed interessi, "l'acquisto della ferrovia, come emerge chiaramente dalla corrispondenza di Santillana, più che una semplice azione commerciale aveva un chiaro significato politico" (ibidem, p. 9). La vicenda si concluderà con l'acquisto della ferrovia da parte della Rubattino, grazie in primis all'ottimo lavoro di mediazione, contrattazione e soprattutto consulenza giuridica svolto dal Santillana nella capitale britannica. In merito al ruolo svolto da Santillana, v.

docenza di diritto islamico all'università di Roma (dal 1913 al 1923), che lo collocherà tra le figure di primo piano dell'orientalismo e degli studi di civiltà musulmana in Italia nella prima metà del XX secolo<sup>2</sup>. Santillana si pone al crocevia tra mondo arabo e mondo occidentale in un'epoca nella quale i due universi andavano incontrandosi, seppure sotto le forme distorte e falsate dell'avventura coloniale. Così, se da un lato la sua formazione culturale cosmopolita e la sua universale, profondissima conoscenza della scienza giuridica islamica – *in primis*, delle scuole malechita e sciafita<sup>3</sup> – lo rendevano preziosissimo per le potenze coloniali, dall'altro lato la sua

---

M. Papa, *David Santillana e la vicenda Rubattino: l'approccio di un giurista continentale al sistema di Common Law*, in *David Santillana. L'uomo e il giurista 1855-1931. Questioni di diritto tunisino*, a cura di M. Papa, Roma 1999. In un tale contesto, è stato giustamente sottolineata la poliedricità della formazione e delle attitudini del Santillana: "*Fin dagli anni della propria formazione, Davide Santillana possedeva una straordinaria capacità eclettica. Tale dote, congiunta con una vivace intelligenza ed una certa propensione per l'apprendimento delle lingue – facilitata dall'ambiente diplomatico in cui viveva – gli consentirono di sintetizzare e far tesoro delle varie esperienze giuridiche con cui veniva a contatto. Fra queste, l'esperienza di Common Law ebbe una non marginale importanza nella formazione del nostro giurista, considerato il ruolo assunto da Santillana e l'estrema rilevanza pratica della vicenda*".

<sup>1</sup> Giova ricordare due interventi del nostro: il primo, dallo schietto sapore politico, riguarda la delicatissima missione compiuta a Tunisi tra il marzo e l'aprile del 1912 in seguito allo scoppio del malcontento popolare tra la popolazione musulmana, cagionato dall'intervento italiano in Libia. Santillana avrebbe dovuto sondare il terreno e mettersi in contatto, a fini di pacificazione degli animi, con gli elementi più in vista della comunità islamica: "*la scelta, anche su consiglio del Console generale a Tunisi, cadde su Santillana che "per la profonda sua conoscenza del mondo arabo e le sue vaste relazioni in quello tunisino", potrebbe esercitare in mezzo ad essi efficace azione a noi favorevole". Il Governo di Roma voleva che l'azione di Santillana, oltre a calmare le agitazioni anti-italiane, avesse anche fini propagandistici. Si riteneva infatti che la missione avrebbe dato modo "di profittare dei suggerimenti di quei dotti e di fa risultare nel mondo musulmano che ci siamo ispirati in quanto possibile nella nostra legislazione relativa ai musulmani di Tripolitania e Cirenaica ai consigli dei giureconsulti più autorevoli"* (David Santillana, *L'uomo e il giurista*, cit., p.43). Il secondo intervento, dal sapore molto più tecnico, riguardava, otto anni più tardi, un parere per conto del ministero delle colonie in merito alla questione giuridica relativa allo status dei beni posseduti dalle comunità senussite in Libia (ibidem, p. 65-72). Si noti come, a fine relazione, Santillana colga l'aspetto politico-diplomatico della questione, raccomandando prudenza e l'individuazione di un "*modus vivendi*" foriero di buoni rapporti con la confraternita senussita ("*Non mi dissimulo tuttavia che il lato giuridico non è il solo, né forse il principale, date le condizioni speciali in cui lo Stato italiano si trova di fronte ai Senussi. Si tratta invece di trovare un modus vivendi cioè dei limiti, i quali dipendono, e dal nostro programma politico in Cirenaica, e dalle forze di cui possiamo disporre per dare a quel programma la necessaria autorità, e dal tatto e dall'abilità di chi sarà incaricato di condurre le trattative colla confraternita*": ibidem, p. 72).

<sup>2</sup> A tale riguardo v. l'efficacissima sintesi di B. Soravia, *Ascesa e declino dell'orientalismo scientifico in Italia*, in *Il mondo visto dall'Italia. Atti del Convegno Annuale della Società Italiana per lo studio della Storia Contemporanea*, Milano 2004, pp. 270-86.

<sup>3</sup> Nel suo magistrale "*Sommario del diritto malechita di Hā'il Ibn Ishaq*", edito ad uso dei bisogni di un'Italia ormai divenuta potenza coloniale, Santillana spiega che esistono quattro grandi scuole ortodosse di giurisprudenza religiosa, civile e penale, islamiche: la Hananita, la Sciafeita, la Malechita e la Hambalita. Il nostro sottolinea poi che la scuola di gran lunga più rilevante nella Libia italiana e nel Magreb è quella malechita, di cui "*sono seguaci la massima parte degli abitanti della Cirenaica e della Tripolitania, come delle vicine Tunisia e Algeria, per tacere di vasti paesi più lontani. Questo fatto e la circostanza che i Malechiti osservano ferventemente la legge, mostrano abbastanza quanto sia importante per l'Italia lo studio della loro giurisprudenza*". La scuola malechita faceva capo a Malik Ben Anas, vissuto nell'VIII secolo a Medina e fautore di una scuola giuridica rigorista, fondata sulle regole seguite da Maometto e dai suoi compagni e sull'uso concordemente riconosciuto e praticato nella "Città del Profeta". Santillana sottolinea poi che "*presto si formarono tre grandi centri di studio della giurisprudenza malechita: al Cairo, ad al-Qayrawan ed in*

finissima sensibilità di giurista chiamato ad un'importantissima opera di codificazione nella Tunisia di fine secolo gli dettero il destro per realizzare, in piena terra nordafricana, una pionieristica sintesi volta a dar corpo ad un "diritto comune" al di là di ogni barriera o steccato nazionali.

Il Santillana codificatore di un "diritto comune" europeo - islamico ed il Santillana ormai maturo, consulente dell'Italia coloniale, costituiscono due aspetti basilari, inscindibili, della personalità del nostro, dipanatisi in fasi diverse della sua vita. Essi meritano una particolare attenzione: ce ne occuperemo nelle pagine che seguono.

## **II - Santillana, giurista e codificatore di "diritto comune": il modello della Tunisia e quello del Marocco.**

E' stato comunemente affermato dagli storici che la seconda metà del XIX secolo è l'età dei nazionalismi<sup>1</sup>. Tale affermazione ha indubbiamente un fondamento ed è comunemente accolta: secondo l'ormai classica voce "nazionalismo" dell'enciclopedia Treccani, infatti, "*dopo l'unificazione italiana e tedesca, dagli anni Settanta del 19° sec., il nazionalismo iniziò a configurarsi come ideologia della politica di potenza da parte di uno Stato*". Inoltre, "*Sul piano internazionale il nazionalismo fu alla radice (tra 19° e 20° sec.) della competizione tra le nazioni europee e dello scontro imperialistico tra le grandi potenze. Questo tipo di nazionalismo, teso a esaltare l'identità nazionale e la politica di potenza, contribuì in modo decisivo allo scoppio della Prima guerra mondiale*"<sup>2</sup>. Nazionalismo implicava quindi, di fatto, impermeabilità alle influenze provenienti dall'esterno come conseguenza della volontà di autoaffermazione (e prevaricazione) degli Stati nazionali.

Tale sintesi riguarda però, soprattutto, la dimensione politico-istituzionale (rafforzamento delle entità statali e delle strutture amministrative militari) e sociale (avvento dei movimenti nazionalistici ecc.). Avvenne lo stesso anche nel mondo del diritto, un mondo solo apparentemente chiuso e da sempre avvezzo ad interrelazioni? Possiamo affermare che anche nel mondo del diritto, nell'Europa della seconda metà del XIX secolo, si assisté ad una chiusura, ad una impermeabilità su scala nazionale? Vi fu presunzione di superiorità di leggi e codici nazionali e rigetto di modelli stranieri?

Non fu così: è anzi assai paradossale notare che alla *escalation* dei nazionalismi politici europei fece da contraltare un evidente persistere della circolazione di idee e di modelli *giuridici*: gli stessi codici non furono certo prodotti di esclusiva (ed etero - escludente) tradizione giuridica nazionale: non lo furono né il tanto celebrato *Code civil* francese del 1804, né i codici civili (1865)

---

*Ispagna, specialmente a Cordova. L'indole della popolazione del Maghreb, in gran parte di origine berbera, rispondeva assai meglio che non quella degli Orientali all'indirizzo della scuola malechita*", il cui più noto compendio sarà poi quello redatto da Hāilil nel suo "*Muhtasar*" (D. Santillana, *Il "Muhtasar"*, o *sommario del diritto malechita di Hāilil Ibn Ishaq*. Vol. I, Milano 1919, p. V-VII.

<sup>1</sup> Sono ormai divenuti punti di riferimento in materia, tra le altre, le opere di E. J. Hobsbawm, *Nations and Nationalism since 1780*, Cambridge 1992 (trad. it. *Nazioni e nazionalismi dal 1780*, Torino 2002) e di J. Stuart Woolf, *Nationalism in Europe: From 1815 to the present*, London 1996 (trad. it. *Il nazionalismo in Europa*, Milano, 1999).

<sup>2</sup> Enciclopedia Treccani *on line*, voce "Colonialismo", in <http://www.treccani.it/enciclopedia/colonialismo/>, consultata il 12/12/2014.



e commerciale (1882) italiani, né il codice civile spagnolo (1888), né tantomeno quelli svizzeri del 1881 e del 1907 e nemmeno quello tedesco (BGB) del 1900. Era impossibile non risentire di influenze vicine, così come era impossibile ignorare la plurisecolare tradizione europea di *jus commune*, un patrimonio giuridico condiviso che aveva dominato prima dell'avvento delle codificazioni moderne e che certo aveva creato un incancellabile "fondo comune", retaggio della tradizione romanistica. Oggi gli storici del diritto sono perfettamente consapevoli sia di tale fenomeno di fitte interrelazioni mai venute meno nonostante le esacerbazioni nazionalistiche di fine XIX secolo<sup>1</sup>, che del perdurare di un "diritto condiviso" (a cui in fondo si ispirerà, svariati decenni dopo e passata la bufera delle due guerre mondiali, lo stesso diritto comunitario europeo<sup>2</sup>); cosicché è stato addirittura affermato che *"le codificazioni [nazionali] non contenevano "nuovo" diritto, con riguardo alla sostanza delle norme in esse contenute. Esse, piuttosto, mantenevano alcune caratteristiche di una riproposizione, perché avrebbero dovuto incorporare e consolidare, "le conquiste giuridiche dei secoli". Di conseguenza, erano fortemente impregnate di diritto romano"*<sup>3</sup>. Ma anche allora gli spiriti più aperti erano coscienti che tale circolazione giuridica persisteva: David Santillana, alle prese con un codice tunisino delle obbligazioni e dei contratti nell'ultimo scorcio del XIX secolo, scrisse nella sua prefazione al progetto che era stolto ignorare la tendenza dell'Europa verso *l'unità del diritto*:

*"La tendance à constituer un droit commun aux nations européennes se fait jour en effet, et s'accroît de plus en plus. Sous l'action des grands courants qui dominent la vie moderne, les législations particulières sortent de leur isolement, se font des emprunts de plus en plus nombreux. La législation sur les lettres de change, sur les faillites, sur les transports, celle des sociétés, le droit maritime, les principes généraux des obligations, présentent une uniformité croissante, et obéissent aux mêmes idées générales. Il était impossible de ne pas tenir compte de ce grand mouvement d'idées qui entraîne l'Europe vers l'unité du droit (...)"*<sup>4</sup>.

Proprio con Santillana e grazie a lui, la Tunisia e il suo codice delle obbligazioni e dei contratti si trasformeranno in un autentico laboratorio di "diritto europeo" o, se si vuole, di un rinnovato "diritto comune" di cui l'autore riteneva di poter chiaramente scorgere i contorni in Europa e alla cui costruzione voleva dare il suo contributo. Ma attenzione: il "diritto comune" da plasmare non avrebbe in alcun modo dovuto escludere, con inopportuna arroganza (sarebbe stato

---

<sup>1</sup> A questo proposito, vedi la sintesi, sommaria nelle descrizioni ma efficace nei contenuti (coglie nel segno ipotizzando una continuità di fitte interrelazioni giuridiche in Europa e in pieno XIX secolo), di R. Schulze, *La storia del diritto europeo: un nuovo campo di ricerca in Germania*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, 1992, vol. 65, p.421.

<sup>2</sup> Tra i creatori del diritto comunitario, ai primordi delle tre Comunità europee, vi fu chi deliberatamente volle ricollegarlo al "fondo comune" di tradizioni giuridiche degli Stati membri: tra essi, primeggia Maurice Lagrange, avvocato generale alla Corte di giustizia delle Comunità europee tra il 1953 e il 1964, il quale volle plasmare il neonato diritto con l'argilla di tale "fondo comune". Cfr. A. Grilli, *Le origini del diritto dell'Unione europea*, Bologna 2009 p. 89-100.

<sup>3</sup> R. Zimmermann, *The Civilian Experience Reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law*, (trad. it. *Codificazione. L'esperienza civile riconsiderata alla vigilia di un diritto comune europeo della vendita*), 2012, p. 9  
( <http://www.unisob.na.it/universita/facolta/giurisprudenza/age/zimmermann2.pdf>, consultato il 12/12/2014).

<sup>4</sup> D. Santillana, *Avant-propos au projet du Code tunisien des obligations et contrats*, Tunis 1899, p.8.

possibile, in Tunisia?), le grandi correnti del diritto islamico. Al contrario, esse andavano integrate e sussunte nella nuova opera codificatoria che si sarebbe così presentata come un riuscito amalgama.

Quanto sarebbe stato riduttivo, per contro, limitarsi a codificare il solo diritto francese! Santillana lo afferma esplicitamente: di fronte all'ambizioso progetto di un codice di diritto comune europeo - islamico, la sotto-commissione preparatoria da lui diretta – derivata da una prima *Commission de codification des Lois tunisiennes* costituitasi il 6 settembre 1896<sup>1</sup> - non volle in nessun modo battere in ritirata: "*La Sous-Commission a estimé qu'elle ne devait pas se renfermer exclusivement dans le cadre du droit français. Partout où elle l'a jugé utile, elle a complété ou modifié le droit français par ce qu'on peut désormais appeler le droit européen*"<sup>2</sup>. Certo, nella *législation* della potenza che pure aveva imposto il suo protettorato oltre un quindicennio prima (1881) andavano pur sempre individuati "*les matériaux susceptibles de servir à l'œuvre définitive de codification*" in materia obbligatoria e contrattuale (lasciando da parte i settori, non rilevanti e affidati alla sola legge islamica, afferenti alle persone ed ai beni)<sup>3</sup>. Ma essi dovevano fondersi non solo con i grandi principi fatti propri dalle altre culture giuridiche, ma anche con la "*jurisprudence musulmane*", con la dottrina tradizionale dell'Islam - verso la quale "*on a procédé avec les plus grands égards*"<sup>4</sup> - e con la "*législation tunisienne*": in esse occorreva rinvenire "*tout ce qui pouvait être utilisé au point de vue, soit des principes de droit moderne, soit des conditions actuelles de la société indigène*"<sup>5</sup>. Del resto – e Santillana lo ammetteva esplicitamente - le condizioni per un connubio tra diritto "occidentale" e diritto islamico esistevano tutte: "*Le système Musulman qui se prête parfaitement, on l'a vu, à presque toutes les réformes nécessaires, renferme aussi beaucoup de parties qui ne le cèdent en rien aux conceptions juridiques les plus récentes du Droit civil et commercial européen. On s'est donc appliqué à les conserver (...)*"<sup>6</sup>.

Sul piano storico, rimane aperta la questione del perché proprio un giurista eclettico e arcinoto, ma non direttamente riconducibile alla tradizione francese come Santillana si sia trovato, a partire dal 1897, a gestire in prima persona la redazione del codice tunisino delle obbligazioni e dei contratti – mediante la nascita di due progetti, il primo datato 1897 ed il secondo 1899, recante la sua impronta indelebile pur se accompagnata dal *placet* di eminenti giuristi musulmani<sup>7</sup> - e la sua

---

<sup>1</sup> La *Commission de codification des Lois tunisiennes* era composta interamente da francesi, con in più il solo Santillana. Ne facevano parte, come si legge nell'*Avant-projet* del codice tunisino, i giureconsulti Roy, Padoux, Berge (poi redattore del *Dahir* marocchino del 1913), Anterrieu e lo stesso Santillana (*Code civil et commercial Tunisien. Avant-projet discuté et adopté au rapport de M. D. Santillana, membre de la Commission*. Tunis 1899, pagina iniziale).

<sup>2</sup> *Ibidem*, p.8.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 8 "*en laissant du côté, toutefois, les matières relevant soit du statut personnel, soit du régime de la propriété foncière...*".

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>7</sup> Il carattere assolutamente singolare della genesi del codice tunisino é assodato: cfr., per un'efficace comparazione con il *Dahir* marocchino del 1913, J. Moenger, *De la reception à l'assimilation d'un code étranger dans l'ordre juridique marocain*, in *Revue marocaine de droit et d'économie du développement*, n. 7, 1984, p. 15-65.

entrata in vigore nel 1907<sup>1</sup>. Né è sicuro che l'originalissima ed azzeccata scelta di un "diritto comune", frutto di un felice connubio tra tradizione europea ed islamica<sup>2</sup>, sia stata ben accolta tanto dai colonizzatori francesi - gelosi delle loro prerogative, non desiderosi di cedere terreno sul piano giuridico<sup>3</sup> e forse inclini, secondo alcuni storici, ad una sorta di disapplicazione del codice<sup>1</sup> - quanto

---

<sup>1</sup> I fatti sono noti, e li illustra lo stesso Santillana nell'*Avant-propos*: "La Commission constituée le 6 septembre 1896 a été chargée de codifier la législation civile, commerciale et pénale de la Tunisie sur le type des Codes français (...). Un projet préliminaire de Code civil et commercial a été établi en 1897 par M. Santillana ; il a été soumis à un examen attentif de la Sous-Commission qui, pendant le printemps et l'été de 1898, y a consacré plus de trente séances. Elle a confié à son rapporteur, M. D. Santillana, les soins d'établir le texte d'un avant-projet destiné à servir de base aux délibérations d'une commission spéciale plus étendue. C'est cette nouvelle rédaction qu'on présente ici ; les notes aussi bien que le texte de ce projet sont l'œuvre du rapporteur" (*Code civil et commercial Tunisien. Avant-projet.*, cit., p. 7). M.-K. Charfeddine descrive per sommi capi la genesi del codice tunisino del 1907: "Le 6 septembre 1896, une commission fut chargée de codifier la législation civile, commerciale et pénale de la Tunisie « sur le type des Codes français ». La commission avait une double tâche : d'une part, classer et choisir dans la législation française les matériaux susceptibles de servir l'œuvre de codification en laissant de côté les matières relevant du statut personnel et de la propriété foncière ; d'autre part, rechercher dans la jurisprudence musulmane et la législation tunisienne toutes règles utiles à cette œuvre. L'ambition ainsi annoncée était doublement modeste : circonscrite explicitement au droit des obligations, la tâche de la commission apparaissait, en plus, réduite à une synthèse, encore inédite, entre le droit français et le droit local. La première limite fût finalement respectée : la codification ne tendait nullement à l'unification du droit civil tunisien ; la puissance coloniale n'entendait pas toucher au statut personnel, au droit de succession et au droit des biens. Les deux premières matières ont été écartées en raison de leurs liens trop étroits avec les règles du droit musulman, la troisième faisait l'objet du Code foncier. Le droit des obligations, quant à lui, offrait, par son aspect objectif, une meilleure aptitude à la codification moderne et, somme toute, laïque. La seconde limite, relative aux sources d'inspiration, n'a pas été, en revanche et au vu de l'œuvre finale, respectée. Si le premier texte, de 1897, s'est renfermé dans le cadre du droit français, le second, de 1899, a fait appel au « droit européen » car il était impossible, selon le rapporteur, de ne pas tenir compte de ce grand mouvement d'idées qui entraîne l'Europe vers l'unité du droit, pas plus que de négliger les travaux législatifs, très considérables, qui, pour ne parler que de quelques-uns ont produit récemment le Code fédéral des obligations, le Code de commerce italien, le Code civil et commercial allemand" (M.-K. Charfeddine, *Esquisse sur la méthode normative retenue dans l'élaboration du Code tunisien des obligations et des contrats*, in *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 48, n.2, 1996, pp. 425).

<sup>2</sup> Gli storici hanno attestato *ex post* del successo dell'opera codificatoria di Santillana nel senso di un "diritto comune": "Il codice, sincretico ed assolutamente moderno, di matrice più europea che francese, si è dimostrato ben più valido di quanto pensassero i suoi critici se, ad oltre novant'anni dalla sua emanazione, è ancora sostanzialmente in vigore e ben difficili risultano essere i tentativi di una sua organica riforma" (M. Papa, *La Magalla al-iltizamat wa al-'uqud tunisina e il diritto musulmano*, in *David Santillana, l'uomo e il giurista*, cit., p. 28).

<sup>3</sup> E' stato scritto che "il Codice approvato dalla commissione ed entrato in vigore nel 1907 fu aspramente criticato dai giuristi francesi perché giudicato troppo lontano dal Code civil: ma costoro non compresero lo sforzo compiuto da Santillana di legare l'opera di codificazione alla realtà tunisina, sia condensando – ove possibile – norme di diritto musulmano, sia tentando di costruire norme di carattere generale partendo da un materiale essenzialmente casistico, quale quello rinvenibile nelle fonti musulmane" (M. Papa, *La Magalla*, cit., p. 27-28). Charfeddine avanza, dal canto suo, alcune ipotesi plausibili: "Non moins mystérieuse est l'attitude du gouvernement du protectorat. Face à cette méthode libérée, il réagit passivement. Trois raisons peuvent être avancées pour justifier une telle tolérance. D'une part, il est possible de croire que la France trouvait dans pareille ouverture la garantie d'une bonne réception du nouveau code par les européens installés en Tunisie. D'autre part, une approche pragmatique, la recherche de l'effectivité du nouveau texte, pourrait également justifier une telle concession et un tel dépassement des dogmes du Code civil de 1804. Tout cela à moins qu'il ne soit établi que l'habileté du rapporteur ait mis ce gouvernement, après plusieurs années de labeur, devant une sorte de fait accompli. Toujours est-il que sept longues années de silence et de mystères ont séparé l'avant-projet de 1899 de sa naissance, sous la forme du texte définitif de 1906" (M.- K. Charfeddine, *Esquisse*, cit., p. 426).

dalle *élites* tunisine<sup>2</sup>. Sembra anzi ipotizzabile che il successo di Santillana sia dovuto tanto alla sua innegabile qualità di grande mediatore tra contrastanti interessi<sup>3</sup> che ai

delicati equilibri politici interni tra l'*entourage* del Bey – di cui il nostro era stato per lungo tempo collaboratore - ed una Francia "protettrice" ma in guanto di velluto: scegliere Santillana significava, per la classe dirigente tunisina, marcare un certo grado di autonomia da una tutela francese che si sarebbe rivelata ancora più pressante se la redazione del codice fosse stata affidata ad un giurista d'oltralpe. Invece, per la Francia, significava accondiscendere formalmente a tale volontà di autonomia senza però perdere troppo terreno e avvalendosi di un giurista capace e rispettato. Tale peculiarità tunisina non si ripeterà, sei anni più tardi, nel Marocco sotto tutela francese dal 1912<sup>4</sup>: colà, la commissione incaricata di redigere quello che diventerà il *Dahir* delle obbligazioni e dei contratti del 1913 sarà diretta dal consigliere di corte d'appello francese Stéphane Berge, *longa manus* del *Residente Generale* Lyaotey e sarà composta interamente da francesi<sup>5</sup>.

Comunque stessero le cose, la "peculiarità tunisina" ebbe completo successo e il lavoro di Santillana sancirà la nascita di un testo di "diritto comune" europeo - islamico destinato a servire da modello nel suo genere.

---

<sup>1</sup> "La redazione ad opera di Santillana di un progetto di codificazione unitaria in materia civile e commerciale ("Avant-projet de code civil et commercial tunisien" del 1899) fu compresa ben poco dai "protettori" francesi che (...) lasciarono che il nuovo Codice, entrato in vigore nel 1906, ma troppo "lontano" dal modello di Code della madrepatria, sonnacchiasse disapplicato: affidate le questioni di statuto personale alla magistratura sciaraitica e riservata alle corti francesi residenti la competenza in materia contrattuale civile e commerciale, ben poco spazio rimaneva per la sua applicazione" (G. M. Piccinelli, *Diritto agli interessi e clausola penale in Tunisia*, in David Santillana, cit., p. 57).

<sup>2</sup> Charfeddine ci informa a tale proposito che "l'avant-projet de 1899, achevé, fut soumis pour avis à un groupe de juristes tunisiens, choisis parmi les ulémas musulmans. Il s'agit de Mohamed Bayrem, Ahmed Chérif, Mahmoud Ben Khoudja, Omar Ibn Echeikh, Mustapha Radhouan et Salem Bouhajeb. Leur rôle exact n'est pas réellement connu" (M.-K. Charfeddine, *Esquisse*, cit., p. 426).

<sup>3</sup> Possiamo concordare pienamente con l'affermazione secondo cui "amico degli italiani, protetto dagli inglesi e rispettato dai francesi, Santillana fu l'uomo ad hoc per la Commissione della codificazione tunisina creata dai francesi nel 1896. La sua vasta conoscenza della cultura islamica e della cultura europea lo portò a svolgere un importante ruolo di mediazione all'interno della Commissione composta da giuristi musulmani, formati alla Zaytouna e che ben poco sapevano del diritto europeo, e da giuristi francesi i quali, viceversa, non riuscivano ad afferrare le categorie giuridiche islamiche, per essi culturalmente lontane" (G.M. Piccinelli, *Diritto agli interessi*, cit., p. 56-57).

<sup>4</sup> Il 30 marzo 1912, il trattato di Fez sanciva la nuova condizione di protettorato del Marocco, avvallata dal sultano alawita 'Abd al-Ḥafīz: la strada era sgombra per una (pesante) interferenza francese.

<sup>5</sup> Cfr. a tal proposito S. Berge, *La justice française au Maroc. Organisation et pratique juridique judiciaires*. Parigi 1917. Nella prefazione, L. Renault sottolinea che "Parmi les hommes compétents qui ont contribué à l'œuvre législative dont je viens de parler, je me permets de citer particulièrement M. Berge, qui a apporté à la Commission instituée au Ministère des Affaires étrangères un dévouement infatigable et une expérience précieuse acquise par une longue pratique de la magistrature en Tunisie. Il a spécialement préparé le Code des obligations et des contrats, le Dahir sur l'immatriculation des immeubles, puis il a collaboré avec M. Grünenbaum-Ballin pour le Code de procédure civile et avec M. Tissier pour le Code de commerce" (p. VI). Berge terminerà la sua brillante carriera di magistrato come presidente di sezione della *Cour de Cassation* alla fine degli anni venti.

Ma che forma concreta assunse? Quella, certo familiare ancor oggi agli storici del diritto, di una serie costante di “glosse”, un corredo di fonti che accompagnava, attorniandolo, ognuno dei 2479 articoli in cui consisteva il codice. E se sotto al testo dei singoli articoli comparivano normalmente i testi degli articoli corrispondenti nei principali codici europei, nella colonna a fianco venivano citate le fonti islamiche (tratte massimamente dalle scuole malechita e sciafita) e i riferimenti al Digesto.

Vediamo ad esempio come si presenta, nel titolo secondo del libro primo del codice relativo alle cause delle obbligazioni, l'articolo terzo, riguardante gli "*éléments nécessaires à la validité des obligations qui dérivent d'une convention ou autre déclaration de volonté*":

*Art. 3*

*Taouid, II, 5; Tasouli, II, 6 (vente).*

*Medjella, 102, 163, 190, 191.*

*Tasouli, II, 155 (capacité).*

*Medjella, 361, 362, 363, 433, 444, 448, 449, 628, 1458.*

*Morched-el-Hairan, 267.*

*N.B. La forme n'est pas considérée en droit musulman comme un élément essentiel du contrat, sauf dans quelques cas spéciaux (...).*

*Il faut d'ailleurs que l'obligation représente un intérêt; une obligation ayant pour objet un grain de blé serait non avenue (Taoudi, I, 30), de même que celle dont l'objet ne pourrait avoir aucune utilité pour l'homme (Zarkani, V, 16, 17). Par conséquent, là où il n'y a point d'intérêt, il n'y a point d'action (Ibn Nadjim, II, 141 et 3; Zarkani, VII, 156 et Hamaoui, II, 141; cf. Digeste, XLV, I, 97§ 1; XIX, 2, 32; XIII, 1, 14), pas plus qu'il n'y a de lien de droit "car les conventions ont été introduites en vue de l'utilité" (Eddor-el-Mokhtar, IV, 411).*

*Art.3*

*Les éléments nécessaires pour la validité des obligations qui dérivent d'une déclaration de volonté sont :*

*1° la capacité de s'obliger ;*

*2° une déclaration valable de volonté portant sur les éléments essentiels de l'obligation ;*

*3° un objet certain pouvant former objet d'obligation ;*

*4° une cause licite de s'obliger.*

*Cf. 1108 fr. - 1104 it.*

Il corredo alle norme del codice tunisino include, come si può vedere, il confronto con il *Code civil* francese del 1804, con quello italiano del 1865, con la trascorsa codificazione ottomana detta "*Mejella*"<sup>1</sup>, con i principali autori di diritto malechita (tra i quali, in primis, Hāilil e il suo "*Muhtasar*"<sup>2</sup>) nonché con il diritto romano. La norma positiva vi si presenta come una sintesi scaturente da molteplici fonti di diritto che, pur ripercorrendo la tradizione islamica, fa tesoro anche di quella romanistica e delle codificazioni civilistiche europee (riconducibili al diritto romano). Ma il segreto della simbiosi giuridica che permette il felice connubio tra Oriente e Occidente sta anche, *last but not least*, nella estrema duttilità e versatilità del diritto islamico malechita: "*les deux systèmes de droit, l'arabe et le notre, ont tous deux un principe commun, la bonne foi et (...) procèdent, en partie du moins, d'une commune racine, le Droit Romain*"<sup>3</sup>. E Santillana va anche oltre: "*On est surpris de constater combien, dans une forme différente, les Arabes ont dit les mêmes choses que les anciens et que nous*", fino al punto che, addirittura, "*la distinction entre les droits de Dieu et ceux de l'homme se réduit tout simplement à celle du droit public et du droit privé*"<sup>4</sup>. Per converso, il diritto islamico ha potuto giovare delle grandi capacità di sintesi e astrazione proprie della tradizione giuridica romanistica occidentale per correggere quello che notoriamente è, per il nostro, il suo più grande difetto: l'eccessiva frammentazione casistica<sup>5</sup> -

che Santillana definisce una "*tendance à l'anarchie*"<sup>6</sup> -, e ha potuto così assurgere al rango di codice. Un codice che, grazie a queste caratteristiche, è divenuto "diritto comune".

---

<sup>1</sup> La "*Mejella*", o più propriamente "*Magalla al-ahkam*" ottomana, era una compilazione di diritto dei contratti redatta tra il 1869 e il 1876, di scuola giuridica hanafita: fonte giuridica certo non esclusiva, si applicava comunque anche ai territori tunisini in quanto soggetti alla sovranità formale ottomana, per lo meno sino all'instaurazione del protettorato francese.

<sup>2</sup> M. Papa sottolinea che "*tra le fonti di diritto musulmano maggiormente citate da Santillana vanno ricordate: l'al-Muhtasar di Hāilil Ibn Ishaq, la Magalla al-ahkam al-adliya ottomana, il Mursid al-hayran di Muhammad Qadri Pascia, Ibn Asim, at-Tawudi, at-Tasuli, Zurqani e – last but no least – l'opera del "tunisino" Sahnun*" (*La Magalla*, cit., p. 37).

<sup>3</sup> D. Santillana, *Avant-projet*, cit., p. 10.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>5</sup> M. Papa (*La Magalla*, cit., p. 35) nota giustamente che "*da un punto di vista formale, l'opera di codificazione di Santillana non fu la semplice trascrizione dei principi di diritto musulmano; essa era stata il frutto di un intenso lavoro di concettualizzazione, di astrazione e, in un certo senso, di "ridimensionamento" del diritto musulmano che rompeva con la tradizione casistica islamica. Questa duplice distanza che il diritto codificato voluto da Santillana prese rispetto alle regole del diritto musulmano lo rese così specifico ed originale, al punto da poter essere ufficialmente denominato "diritto tunisino" ed essere insegnato in quanto tale, come sistema giuridico autonomo*".

<sup>6</sup> Santillana non si nascondeva tali limiti, insiti nella natura stessa del diritto islamico (*Avant-projet*, cit., p. VIII): "*il lui a manqué, pour être au premier rang, ce qui, en toutes choses, a manqué à l'Orient : une méthode plus rigoureuse et un esprit plus synthétique. Cette tendance à l'anarchie, cette incapacité foncière d'organisation et de discipline, qui ont fait, de bonne heure, l'impuissance politique des Arabes, a été, dans l'ordre intellectuel, une cause non moins décisive de faiblesse, et ce qui a le plus empêché le droit musulman de se développer comme système scientifique. Il est, à cet insuccès, une autre raison ; les Arabes ont exagéré le principe fondamental de leur doctrine. Cette idée que la justice consiste dans la réciprocité, les Arabes, comme nos canonistes, ont voulu l'appliquer jusqu'au bout (...) le jurisconsulte s'applique méthodiquement, consciencieusement à rétablir l'équilibre, la réciprocité absolue, en éliminant toute combinaison qui en trouble*

Sarebbe stato possibile ignorarlo, da allora in poi? Certamente no: Stéphane Berge, giurista francese epigono del Santillana – e suo collega nella *Sous-commission tunisina* -, magnificava il "suo" *Dahir* marocchino delle obbligazioni e dei contratti, di pochi anni successivo, come se fosse una codificazione che conciliava le diverse legislazioni civilistiche d'Europa con il diritto musulmano<sup>1</sup>.

Ma non si era forse rifatto pressoché di sana pianta al *code* tunisino di Santillana?<sup>2</sup>

### **III - Santillana al servizio dell'Italia coloniale: l'appello per una "sana giustizia" in Libia**

Il 29 settembre 1911, l'Italia dichiara guerra all'impero ottomano e il 3 ottobre dello stesso anno inizia l'invasione della Libia con lo sbarco dei primi fanti di marina a Tripoli. Un anno dopo, il 18 ottobre 1912, la pace con la Porta è siglata a Losanna e il riconoscimento della sovranità italiana su Cirenaica e Tripolitania è cosa fatta. Il 20 novembre 1912, grazie al Regio Decreto n. 1205, nasce il ministero delle colonie affidato al veneto Pietro Bertolini. E' una svolta per l'importanza del diritto islamico e di tutto l'orientalismo, che ora assumono anche in Italia grande rilevanza pratica. Gli studi sull'Oriente e sull'Islam ricevono nuovo impulso a livello ufficiale e governativo e da parte degli studiosi si condivide, quale impulso alla "civilizzazione", la politica di espansione coloniale italiana: il tutto, quindi, in un'osmosi di intenti comuni e di vantaggi reciproci tra entità ufficiali e mondo della cultura<sup>3</sup>.

---

*la rigoureuse application (...). Cette préoccupation, très élevée dans son origine, les a conduits à un excès de réglementation (...)*".

<sup>1</sup> A. Kettani, *Culture et droit civil*, in *Jurismaroc*, 2008, <http://jurismaroc.vraiforum.com/t478-Culture-et-droit-civil.htm> (consultato il 12/12/2014).

<sup>2</sup> La derivazione del *Dahir* marocchino delle obbligazioni e dei contratti dal codice tunisino è un fatto ben noto: J. Moenger ne sottolinea l'unione tra diritto musulmano e diritti europei (*De la reception*, cit., p. 29), mentre E. Larcher giunge addirittura ad affermare ("*Les codes marocaines*", Algeri 1925, p. 152) che il *Dahir* marocchino del 1913 altro non sarebbe stato se non una semplice trascrizione pedissequa del codice tunisino del 1907! Moenger sfuma tuttavia tali asserzioni rilevando comunque che "*le DOC a contenu des articles ignorés du COC, tels ceux relatifs au chèque (...) voire des règles que le code tunisien lui empruntera (...). Enfin, le rédacteur du DOC a estimé nécessaire avec raison souvent, d'adapter le droit régissant la responsabilité aux évolutions qui avaient eu lieu au cours des années 1900-1912 ou d'améliorer l'expression formelle des textes. En définitive, affirmer, comme le faisait Larcher, qu'il s'agissait d'une copie doit être nuancé*" (*De la réception*, cit., p.31).

<sup>3</sup> E' stato affermato con ragione che "E' a Roma che la ricerca orientalistica riceve impulso dagli enti governativi che progettano e realizzano l'espansione coloniale, dall'ultimo ventennio del XIX secolo e poi, in modo sempre più intenso, dopo il 1911 (...). La storia della scuola orientalistica romana confluisce (...), senza apparenti scosse e con reciproco vantaggio, in quella dell'espansione coloniale italiana, della quale Guidi e la sua scuola furono fautori (...). L'adesione e il sostegno alla politica di espansione coloniale è ispirata (...) da un "alto sentimento di devozione alla patria" (Levi della Vida), che suggerisce l'offerta di un modello (anziché l'adeguazione a un modello, come nel caso di Germania, Francia, Inghilterra), che è quello dell'Italia come

Santillana non si sottrarrà a tale *trend* generale: nell'Italia coloniale d'inizio secolo, le sue eccezionali conoscenze e competenze di giurista esperto del mondo islamico non potranno non essere richieste ed apprezzate. Già avvezzo a collaborare con le autorità italiane – aveva compiuto una delicata missione di mediazione a Tunisi tra il marzo e l'aprile del 1912 per tentare di placarvi animosità anti-italiane<sup>1</sup> seguite all'impresa di Libia -, egli si metterà più volte a disposizione del ministero delle colonie<sup>2</sup>. Del resto, fin da subito il Bartolini aveva capito l'eccezionale importanza sia dell'uomo, sia della divulgazione del diritto musulmano di cui questi poteva e doveva essere artefice ad uso dei funzionari chiamati ad operare in Libia: sarà proprio il ministero delle colonie – che nel frattempo aveva chiamato il Santillana a far parte, nel 1914, di una commissione deputata “allo studio di questioni islamiche d'interesse coloniale” – a patrocinare la sua traduzione ed edizione del “Muhtasar” per i tipi della Hoepli nel 1919. In tale contesto, se importantissimo è il parere fornito al ministero sui beni posseduti dalle comunità senussite della Cirenaica ad inizio 1920<sup>3</sup>, ancor più centrale è, a nostro avviso, la sua disamina, pubblicata nel 1919, sulla “*giustizia nelle Colonie*”: Santillana si trovava infatti a far parte della VII sezione della commissione ministeriale del dopo-guerra, creata proprio per fare il punto sulla situazione dei territori italiani d'oltremare in un momento in cui la guerra mondiale, non ancora terminata, drenava altrove la massima parte delle risorse in uomini e materiali. Vale senz'altro la pena di occuparci da vicino – finora non è stato mai fatto<sup>4</sup> - di tale scritto assai tardivo ma fondamentale: un saggio dedicato alla giustizia ma

---

*erede della tradizione greco-romana, ponte fra il Mediterraneo islamico e l'Europa (...). Il mito centrale della visione politica espressa da Ignazio Guidi e ripresa dalla maggior parte degli orientalisti della sua cerchia, con minore ingenuità e crescente ambivalenza fino alla vigilia della guerra, è espresso nel discorso “Le popolazioni delle colonie italiane”, letto all'adunanza solenne dei Lincei il 1° giugno 1913, a conclusione dell'impresa libica. Vi si celebra l'Italia in quanto potenza coloniale “benigna e severa” e promotrice della “redenzione dell'Africa” (Somalia, Eritrea, Tripolitania e Cirenaica). Il movente più personale che ispira Guidi è però il vantaggio che dalla penetrazione coloniale proverrebbe alla scienza” (B. Soravia, *Ascesa e declino*, cit., p. 275-276).*

<sup>1</sup> Si è accennato (v. nota 10) alla delicatissima missione compiuta a Tunisi tra il marzo e l'aprile del 1912 in seguito allo scoppio del malcontento popolare tra la popolazione musulmana per l'intervento italiano in Libia. Santillana avrebbe dovuto sondare il terreno e mettersi in contatto con gli elementi più in vista della comunità islamica per pacificare gli animi.

<sup>2</sup> A. Baldinetti ripercorre efficacemente l'iter del Santillana collaboratore del ministero: “*I contatti tra Santillana e il Ministero delle Colonie iniziarono nel 1912, con l'istituzione stessa del Ministero. Infatti Pietro Bertolini, primo Ministro delle Colonie, nel breve periodo in cui restò in carica (luglio 1913-marzo 1914), affidò a David Santillana e a Ignazio Guidi l'incarico di curare la traduzione del Muhtasar di Hālil Ibn Ishaq, pubblicata poi nel 1919. Nel dicembre 1914, su proposta di Giacomo Agnesa, Direttore Generale degli Affari Politici del Ministero delle Colonie, venne istituita una “Commissione per lo studio di questioni islamiche d'interesse coloniale” (...). In seguito Santillana fu tra i membri della VII sezione della Commissione del dopo-guerra, che si occupava di questioni coloniali e il 25 agosto 1918 presentò la relazione “La giustizia nelle colonie”. Il Ministero delle Colonie ripubblicò anche, nel 1917, “Il Trattato di Losanna”, uno scritto di Santillana apparso per la prima volta nel 1912” (David Santillana, *L'uomo e il giurista*, cit., p.65).*

<sup>3</sup> V., più diffusamente, la nota n. 11. In quell'occasione – lo abbiamo già sottolineato – Santillana aveva esortato a ricercare un saggio *modus vivendi* con le comunità senussite che purtroppo i convulsi avvenimenti libici degli anni venti offuscheranno.

<sup>4</sup> Le opere fin qui citate si limitano a far menzione di tale contributo senza però analizzarlo compiutamente, nonostante esso rappresenti un'interessante *summa* dell'approccio del nostro alla problematica coloniale.



denso di suggerimenti sulle problematiche giuridiche *tout court*. E qui va detto che, delle diciassette pagine del saggio, ben quattordici sono dedicate alla Libia, a riprova dell'interesse precipuo nutrito dal nostro per il mondo islamico dell'area magrebina<sup>1</sup>. E va detto anche che per Santillana la situazione libica si inserisce necessariamente in un contesto più generale, nel quale l'autore ritiene utilissimo ispirarsi a modelli di codificazione e di organizzazione giudiziaria già sperimentati da altre potenze coloniali: al limite, perché no, "copiando" soluzioni già collaudate altrove all'insegna di *tre* necessità ritenute dal nostro autore fondamentali e centrali: promuovere una *codificazione del diritto*, varare una *legge sull'ordinamento giudiziario* e creare un *corpo di magistrati coloniali ad hoc*.

La giustizia libica – la quale, sulla falsariga delle altre coloniali, adotta un “doppio canale” a seconda che siano convenuti italiani e stranieri, oppure solo nativi - versa in grave pericolo: ottima sulla carta per la sua apparente snellezza procedurale (per i convenuti italiani: giudice unico in primo grado, corte di assise e corte di appello uniche per tutta la colonia, possibilità di ricorso alla corte di cassazione romana), validissima in astratto nel confronto con quella di altri paesi<sup>2</sup>, essa rischia però di collassare a causa dell'altissima mole dei procedimenti (Santillana calcola dalle

600 alle 700 le sentenze per giudice pronunciate al tribunale di Tripoli nel 1917!<sup>3</sup>), della miriade di intermediari (avvocati e procuratori) e della farraginosità fiscale che malauguratamente si frappongono tra il magistrato e il cittadino, per cui "*l'ideale di economia voluto dal legislatore si dimostra illusorio, quanto quello della immediatezza del giudizio*"<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> In effetti, solo tre pagine trattano delle altre colonie: due (pp. 139-140) sono dedicate alla Somalia ("*Ordinamento giudiziario della Somalia*") e una (p.141) all'Eritrea ("*Ordinamento giudiziario della Colonia Eritrea*").

<sup>2</sup> "*Per gli italiani e per gli stranieri, un tribunale regionale, composto di un giudice unico, giudica in materia civile e commerciale, applicando la legge italiana. La giustizia penale è affidata pei reati minori al giudice regionale, che applica il diritto italiano, modificato secondo le consuetudini locali. Pei reati maggiori, il magistrato italiano è assistito da due assessori, con voto consultivo, italiani o musulmani o indigeni non musulmani, secondo i giudicabili. La Corte d'assise, unica pei cittadini e per gl'indigeni, si compone di un presidente e quattro assessori; tutti italiani se anche un solo imputato sia italiano, due almeno indigeni musulmani se gl'imputati sono indigeni musulmani. Una Corte d'appello, unica per la Tripolitania e la Cirenaica, sedente a Tripoli e composta di tre magistrati italiani, riceve gli appelli contro le decisioni del giudice regionale e del Tribunale per gl'indigeni. E' tuttavia in facoltà delle parti di deferire direttamente il giudizio alla Corte d'appello, omissio medio. Contro le decisioni della Corte d'appello e della Corte d'assise si può ricorrere alla Cassazione di Roma. Il sistema procedurale costituisce senza dubbio il pregio massimo di questo ordinamento, e può sostenere il paragone dei migliori sistemi moderni (austriaco, belga, egiziano, tedesco)" (D. Santillana, *La giustizia nelle Colonie*, in *Relazione della VII commissione del dopo-guerra*, Roma 191, p. 142).*

<sup>3</sup> "*Nell'anno giudiziario 1915-16, il Tribunale di Tripoli ha proferito 1273 sentenze civili, 1768 sentenze penali, oltre ai provvedimenti minori; nel 1917, lo stesso Tribunale ha proferito 1513 sentenze civili, 1469 penali, non compresi gli altri provvedimenti. Per far fronte a questo lavoro, il Tribunale ha avuto in media quattro magistrati contemporaneamente in servizio, quindi una media di 600 a 700 sentenze per giudice*" (cit., p. 143).

<sup>4</sup> D. Santillana, *La giustizia nelle Colonie*, cit., p. 143.

Che fare? Semplice: “copiare” da altre realtà coloniali, come ad esempio quella marocchina. Il recente *Dahir* (codice) giudiziario marocchino del 1913 redatto anch’esso da Stéphane Berge avrebbe infatti dato ottima prova di sé nel ridurre al minimo le spese per i *justiciables* e nel sopprimere ogni sorta di intermediario tra il magistrato e le parti in causa, tanto che lo stesso Berge, nella sua opera sulla giustizia francese in Marocco<sup>1</sup>, poteva tesserne le lodi affermando che “*Nous n’avons au Maroc (...) ni huissiers, ni greffiers, ni avoués, ni syndics de faillite ni curateurs aux successions vacantes, ni agréés, ni notaries, ni commissaires priseurs, ni arbitres, ni en un mot aucun de ces nombreux officiers ministériels qui ont été interposés, en France, en Algérie, en Tunisie et dans beaucoup d’autres pays, entre la justice et le juge*”<sup>2</sup>. In effetti, per il nostro, nel sistema marocchino da poco riformato radicalmente “*il giudice concentra nella sua persona tutto il procedimento, riceve, per mezzo di un segretario speciale, le citazioni, le trasmette al convenuto, compie direttamente tutti gli atti successivi di procedura. Come se fosse il procuratore delle parti, convoca queste al suo Tribunale, le ascolta nelle loro deduzioni, le interroga personalmente ogniqualvolta abbia bisogno di maggiori chiarimenti, e, istruita la causa, udita la discussione, pronuncia all’udienza la sua sentenza, la quale acquista così quel carattere d’immediatezza e di rapidità che è il pregio singolare della giustizia orientale, malgrado tutti i suoi difetti*”<sup>3</sup>.

La giustizia coloniale doveva caratterizzarsi, più ancora che nella madrepatria, per la sua semplicità e rapidità. Essa doveva essere massimamente intelligibile soprattutto per popolazioni autoctone relativamente digiune di diritto e da poco entrate nell’orbita della potenza colonizzatrice. Perché quindi non far propri i migliori esempi stranieri? Occorreva rendere accessibile la giustizia ai nativi, e non era cosa da poco: era necessario legiferare sull’ordinamento giudiziario per eliminare lentezze e pastoie e il nostro si augurava che ai migliori ordinamenti fosse riservato “*un adeguato esame*”. Ma ciò non bastava, visto che occorreva anche aumentare il numero dei magistrati ordinari e soprattutto creare una *magistratura coloniale speciale*<sup>4</sup>, ben remunerata e composta da personale appositamente formato<sup>5</sup>: una magistratura che fosse finalmente in grado di “*mettersi direttamente a contatto coll’indigeno, che iniziato alla coltura, alla lingua, alla mentalità dei suoi amministrati, (...) possa comprenderli e farsene comprendere senza ricorrere ad intermediari ad interpreti, spesso insufficienti, talvolta pericolosi; che per lunga consuetudine possa intuire con simpatia il pensiero dell’indigeno, e adattare a quello il suo contegno e il suo linguaggio:*

---

<sup>1</sup> V. nota n. 33.

<sup>2</sup> Cit., p. 143. Santillana cita qui una frase tratta da S. Berge, *La justice au Maroc*, cit., p. 16.

<sup>3</sup> Cit., p. 144.

<sup>4</sup> Santillana auspicava peraltro anche la creazione di un corpo di amministratori coloniali *ad hoc*, sul modello britannico (cit., p. 145).

<sup>5</sup> Il nostro ha idee chiarissime su come formare tale magistratura: dovrebbero farne parte giuristi da cui dovrebbe esigersi “*la frequentazione per un anno almeno dell’Istituto di Napoli, o della Scuola orientale di Roma*” o di altri corsi specializzati, cui seguirebbe un tirocinio di due anni presso organi giudiziari della Libia “*con obbligo di studiare la lingua e il diritto indigeno*” ed un esame finale per l’abilitazione alle funzioni di giudice coloniale “*sulle materie di diritto italiano e di diritto e lingua locale (sia Arabo, sia Berbero), che saranno determinate nel programma*” (cit., p.145).

*che, per la sua permanenza nella Colonia, (...) si senta attratto a prendere interesse all'ambiente in cui vive, ed a studiarlo a fondo, sapendo che ivi deve trascorrere la sua carriera*<sup>1</sup>.

Ma che fare, quando tale magistratura coloniale si trovasse poi ad applicare regole locali frammentarie ed incerte a tutto discapito della certezza del diritto? Regole che, secondo la stessa legge italiana, si applicavano fatalmente in molteplici casi di specie e “*non solo rispetto agli indigeni, ma anche rispetto ai cittadini che ne abbiano convenuto l'osservanza*”?<sup>2</sup> Semplice: anche qui, il miglior mezzo per garantire certezza e chiarezza non avrebbe potuto essere se non la codificazione civilistica, sbirciando ancora una volta ai recenti esempi tunisino (1907) e marocchino (1913). Un “*ottimo mezzo*”, una codificazione adottata sulla falsariga della “*esperienza fatta dalla Francia in Tunisia nel 1906, ripetuta al Marocco nel 1913, ed ora allo studio in Algeria*”<sup>3</sup>!

Ad una codificazione si sarebbe potuto rinunciare, momentaneamente, solo a due condizioni preliminari: innanzitutto, porre mano (l'aveva auspicato una recente relazione sulle colonie presentata alla Camera dei deputati) ad una traduzione e divulgazione dell'opera di Hälil-Ibn-Hasaq (un lavoro che Santillana definiva “*imminente*” con chiara allusione alla sua prossima opera), essenziale per la comprensione del diritto musulmano e che finalmente “*permetterà ai nostri magistrati di fondare i loro giudicati sopra un testo che gode la maggiore autorità in tutti i paesi di rito malechita*”<sup>4</sup>; in secondo luogo, raccogliere, “*per mezzo dei residenti e dei giudici regionali*”, sia le consuetudini locali “*in materia di diritti personali, di diritti reali, di obbligazioni*” sia la giurisprudenza libica in rapida formazione grazie ai massimari dei tribunali pubblicati dalla procura generale di Tripoli<sup>5</sup>. Date queste premesse, tutto avrebbe fatto pensare che, in futuro, si potesse “*iniziare una vera codificazione del diritto libico, corrispondente alle reali esigenze della vita locale, perché fondata sopra una matura esperienza ed un sufficiente materiale di studio*”<sup>6</sup>.

Avvicinare la giustizia ai nativi: questo sembra essere un importante filo conduttore del discorso di Santillana, ispirato pertanto a profonda sollecitudine verso le popolazioni locali. La giustizia italiana non potrà prescindere dall'opera fondamentale di interpreti e traduttori, poiché “*non basta decretare la pubblicazione delle leggi italiane nella lingua del paese; occorre pure assicurarsi che la volontà del legislatore sia trasmessa a chi deve osservarla, colla necessaria fedeltà ed esattezza. Chi ha avuto occasione di esaminare le traduzioni fatte*

---

<sup>1</sup> Cit., p. 145.

<sup>2</sup> Qui Santillana puntualizzava che “*l'ordinamento giudiziario per la Libia (artt. 71-74) e le norme complementari (art. 132-133) danno alle leggi e consuetudini locali un ampio campo di applicazione, non solo quanto agli indigeni, ma anche rispetto ai cittadini che ne abbiano convenuto l'osservanza; ne viene quindi permessa la prova con ogni mezzo, ed è prescritto al giudice di accertarne l'esistenza*” (cit., p. 145).

<sup>3</sup> Cit., p. 146.

<sup>4</sup> Cit., p. 146.

<sup>5</sup> Cit., p. 146.

<sup>6</sup> Cit., p. 146.

*nella colonia di atti legislativi e di decreti, ha potuto accorgersi che questo caso non sempre si avvera*”, data l’estrema ricchezza della lingua araba, l’inesperienza dei traduttori e “*la diversità di terminologia secondo le scuole*”<sup>1</sup>. Ed infine: perché, nelle cause di natura amministrativa, deferire al tribunale di Roma ogni controversia coloniale in cui fosse coinvolta la pubblica amministrazione avverso i privati? Qui la critica di Santillana al privilegio statutale assume toni modernissimi, attualissimi:

*“Non si vede veramente perché il prestigio del Governo dovrebbe soffrire se lo Stato comparisse, come ogni altro italiano, dinanzi ai giudici italiani da lui stesso istituiti. Ed oso affermare che una sola sentenza contraria allo Stato, e favorevole all’indigeno, emessa dai magistrati italiani, farebbe più per il prestigio della giustizia italiana che non le più ampie dichiarazioni di massima, la deroga alla giurisdizione ordinaria è sempre nociva al prestigio della magistratura, più nociva ancora al privato litigante, specie se indigeno. Questi dovrà costituire un difensore a Roma, sottostare alle spese di viaggio, alle difficoltà di sorvegliare una causa da lontano, al danno gravissimo di essere giudicato da un Tribunale che, non essendo sul luogo, non può valutare gli elementi della causa come farebbero i giudici in colonia*

*(...). Il ritorno alla giurisdizione ordinaria locale sarebbe conforme ai principi vigenti in Italia, ed una garanzia di sana giustizia”*<sup>2</sup>.

Esigenze di *sana giustizia* imponevano anche una codificazione del farraginoso procedimento musulmano nel settore della giustizia indigena, amministrata *ratione materiae* da tre istanze parallele: tribunali indigeni *ad hoc*, collegi di conciliazione – competenti fino alle 500 lire di valore – e *cadì* (competenti in materia di *status* delle persone, di successioni e di diritto di famiglia: materie, queste ultime, dal più accentuato carattere religioso secondo la tradizione musulmana). Ma come creare una *sana giustizia* per gli indigeni se queste entità difettavano di precise norme scritte su cui basarsi, rendendo così impossibile ogni appello o sindacato in cassazione?<sup>3</sup> E ancora: non era forse giunto il momento in cui il *cadì*, questo giudice “di base” vicino al popolo, saggio “conciliatore” più religioso che laico e dotato più di buon senso che di perizia giuridica, doveva essere nominato dal re d’Italia (in barba ai limiti imposti dal Trattato di Losanna<sup>4</sup> e come faceva la Francia in Algeria) ? Che importava se

---

<sup>1</sup> Cit., p. 147.

<sup>2</sup> Così, prosegue il nostro, “*se il valore delle cause è moderato il privato preferirà transigere; se invece sia tale da meritare la spesa e il disagio, vi si sottoporrà, ma senza entusiasmo e, se l’esito è contrario, nulla varrà a dissipare nella mente dell’Orientale il sospetto, ingiusto quanto si vuole, che la causa sia stata giudicata sotto l’influsso delle autorità centrali*” (cit., p. 148).

<sup>3</sup> E’ quanto aveva affermato una relazione ministeriale sull’ordinamento giudiziario delle colonie datata 20 marzo 1913, citata dal Santillana (cit., p. 148).

<sup>4</sup> Il Trattato di Losanna pose fine alla guerra italo - turca e fu firmato il 18 ottobre 1912 fra l’Italia e l’Impero Ottomano. La Turchia, paese islamico che cedendo la sovranità politica su Tripolitania e Cirenaica ne manteneva la sovranità giuridica e religiosa, conservava il diritto alla nomina dei *cadì* libici. Il loro numero fu però limitato dall’Italia a due soli. Col secondo trattato di Losanna del 24 luglio 1923, l’Italia ottenne anche formalmente il diritto di nomina dei *cadì*.

questi non era islamico, che importava l'aspetto religioso formale? “*Non si vede perché il Re d'Italia, che è il Sovrano in Libia, non dovrebbe potervi nominare i cadì*”<sup>1</sup>. Allo stesso modo, sarebbe stata auspicabile una revisione delle sentenze dei *cadì* per via di un appello gratuito e “*affidato all'elemento musulmano*” dinanzi o ai *cadì* dei capoluoghi, oppure ad una corte di revisione composta da due *cadì* a dai due *muftì* di Tripolitania e Cirenaica. E concludeva: “*si può obiettare che, nell'ordinamento attuale, esiste un solo cadì per la Tripolitania, e un altro per la Cirenaica. La difficoltà non è grave: nulla vieta di tornare al sistema ottomano che moltiplicava i cadì (ve n'era uno a Derna, un altro a Misurata, e così via), il che avrebbe il vantaggio, e di diminuire le sedi affidate ai soli naib, e di facilitare la composizione dei Collegi di cadì in caso di bisogno, e di restringere le circoscrizioni attuali dei cadì, che sono troppo vaste*”<sup>2</sup>.

La commissione approverà per intero e incondizionatamente – ve n'è menzione alla fine del saggio<sup>3</sup> – i punti, importantissimi, sollevati e caldeggiati dal Santillana: codificare la giustizia, preparare la magistratura all'esperienza coloniale, porre le basi di una futura codificazione civilistica sui modelli tunisino e marocchino, razionalizzare la giustizia indigena. La commissione accoglieva le istanze del nostro per una *sana giustizia*: e proprio per questo, non mancava di auspicare sia che fosse “*compilato un glossario legale italiano-arabo cui dovranno attenersi i traduttori ed interpreti ufficiali nelle colonie*”, sia che, “*nell'interesse della giustizia, ed anche delle popolazioni indigene, le cause tra i privati e la pubblica amministrazione siano deferite alla ordinaria giustizia locale, anziché essere portate dinanzi al Tribunale di Roma, come vuole l'attuale Ordinamento giudiziario (art.20)*”<sup>4</sup>.

Santillana non vedrà la nascita di un codice civile libico, il quale entrerà in vigore solo molti anni dopo, nel 1953. Certo, egli avrà eco diretta dei sommovimenti della colonia libica occupata in profondità dall'Italia partire dagli anni venti; ma non farà a tempo ad assistere alla pacificazione avviata sotto il governatorato di Italo Balbo a partire dal 1934. Eppure – e ci piace concludere così - , proprio quella pacificazione tra elemento arabo ed europeo, lui, giurista aperto, eclettico e di caratura internazionale, l'aveva sinceramente auspicata già nel 1920 quando, trattando dei beni posseduti dalle confraternite senussite, si era augurato che l'Italia trovasse con esse un efficace *modus vivendi*<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Cit., p. 150.

<sup>2</sup> Cit., p. 154.

<sup>3</sup> In effetti, al termine dell'*exposé* di Santillana si menziona che: “*Udita la Relazione che precede, la Sezione ha approvato i seguenti voti*”(…). Seguivano i punti adottati, che riprendevano in toto le riflessioni del nostro (cit., p. 154).

<sup>4</sup> Cit., p. 155.

<sup>5</sup> V., ancora una volta, la nota n. 11.



# Aux origines du Dahir formant Code des obligations et des contrats du 12 août 1913

François-Paul Blanc<sup>1</sup>

François-Pierre Blanc<sup>2</sup>

C'est dans l'accord franco-allemand du 4 novembre 1911 qu'il faut rechercher les prémices du projet de réforme judiciaire dont Lyautey sera l'instigateur : fonder, dans l'empire chérifien, la prépondérance des intérêts français que favorisait les clauses de cet accord impliquait, en effet, la nécessité d'une refonte de la justice et du droit<sup>3</sup>. Le traité de Protectorat, signé à Fès par le sultan Moulay Hafid, le 30 mars 1912, et le dahir du 12 août 1913 « portant promulgation de plusieurs dahirs relatifs à l'administration de la justice dans le protectorat français du Maroc » s'inscrivent dans l'histoire judiciaire marocaine comme une incidente de cette convention<sup>4</sup>.

L'article 9-2° de la Convention de 1911 prévoyait qu'au terme d'un régime transitoire les tribunaux consulaires seraient fermés le jour où serait institué un régime judiciaire de type

---

<sup>1</sup> Agrégé des facultés de droit, professeur des universités

Ancien professeur aux facultés de droit de Casablanca et de Rabat

Doyen honoraire de la faculté de droit et des sciences économiques de Perpignan

Professeur à la faculté internationale de droit comparé de Strasbourg

<sup>2</sup> Maître de conférences HDR à la faculté de droit et des sciences économiques et à la faculté internationale de droit comparé des États francophones de l'université de Perpignan

Professeur à l'école de management de l'I.G.A. de Casablanca

\*Article partiellement publié par François-Paul BLANC dans *La justice au Maroc (Quelques jalons de Mohammed V à Mohammed VI)*, Presses de l'université de Toulouse I Capitole, 2001, dont il forme le chapitre 5. Texte refondu et actualisé par François-Pierre BLANC qui a « redécouvert » le rôle majeur du juriste de l'ombre, Félix Landry qui fut le véritable concepteur du *D.O.C.*

<sup>3</sup> Dans l'article 1 de ce texte fondamental, l'Empire allemand abandonnait son projet de domination politique du Maroc, ouvrant définitivement à la France la voie protectorale : « Le gouvernement impérial allemand déclare que, ne poursuivant au Maroc que des intérêts économiques, il n'entravera pas l'action de la France en vue de prêter son assistance au gouvernement marocain pour l'introduction de toutes les réformes administratives, judiciaires, économiques, financières et militaires dont il a besoin pour le bon gouvernement de l'Empire, comme aussi pour tous les règlements nouveaux et les modifications aux règlements existants que ces réformes comportent. En conséquence, il donne son adhésion aux mesures de réorganisation, de contrôle et de garantie financière que, après accord avec le gouvernement marocain, le gouvernement français croira prendre à cet effet, sous la réserve que l'action de la France sauvegardera au Maroc l'égalité économique avec les nations ». Au cas où la France serait amenée à préciser et à étendre son contrôle et sa protection, le gouvernement impérial allemand, reconnaissant pleine liberté d'action à la France, et sous la réserve que la liberté commerciale, prévue par les traités antérieurs, sera maintenue, n'y apportera aucun obstacle ». Cf. le texte de la Convention dans Pierre BONNET, *La banque d'État du Maroc et le problème marocain*, Paris, Arthur Rousseau, 1913, annexe XI, p. XLIV-XLV.

<sup>4</sup> *B.O.*, n° 46, du 12 sept. 1913, p. 12-13. *D.O.C.* est le sigle qui a fini par s'imposer en jurisprudence et doctrine marocaines pour spécifier l'expression *Dahir des obligations et contrats* ; au début du Protectorat, on rencontre également les sigles *D.C.O.C.* (pour *Dahir formant Code des obligations et des contrats*) et *C.O.C.* (pour *Code des obligations et des contrats*).

européen<sup>1</sup>. Dès lors l'urgence d'une réforme judiciaire apparaissait comme la condition primordiale de la réorganisation administrative du pays à laquelle l'abrogation du régime des capitulations était subordonnée. C'était à l'évidence l'intérêt politique immédiat de la puissance dominante, et, dès l'instauration du protectorat, le général Lyautey, Résident général de France, non seulement attirait toute l'attention du gouvernement sur la primauté d'une refonte judiciaire et juridique<sup>2</sup>, mais encore prescrivait aux services résidentiels, l'élaboration de différents avant-projets de codification<sup>3</sup>. Ces services encore en gestation étaient, dans le domaine judiciaire, de peu d'amplitude. Lyautey venait de prier Félix Landry, alors procureur de la République à Oran, d'accepter d'être désigné « au choix du gouvernement » comme « conseiller technique du protectorat » ; et c'est à lui qu'il confie « cette grande mission de créer, au Maroc, les tribunaux et la vie judiciaire ». Landry se met immédiatement au travail et rédige seul en quelques mois tous les avant-projets de codification. Travail colossal attesté par Lyautey lui-même<sup>4</sup> et plus tard par Stephen Pichon, ministre des affaires étrangères qui, en 1919, à l'occasion de la nomination de Landry à la tête du parquet de Douai, rappellera « les services éminents qu'il a rendus au Maroc, où il a été le premier magistrat qu'y ait envoyé mon département, et où il a accompli, dans des circonstances particulièrement délicates et avec un dévouement inlassable, une tâche qui ne sera pas oubliée »<sup>5</sup>. Grâce au travail de Landry, Lyautey fut à même de « tracer les grandes lignes » du programme législatif qu'il soumettra, le 19 mars 1913, dans une lettre datée de Marrakech, « à l'approbation du gouvernement avant d'en proposer l'adoption au Sultan »<sup>6</sup>. Une « Commission de jurisconsultes »<sup>7</sup> fut réunie peu après au ministère des Affaires

---

<sup>1</sup> E. DURAND, *Traité de droit public marocain*, Paris, LGDJ, 1955, p. 31. Cf. également M. GRÜNEBAUM-BALIN, *Rapport sur les travaux de la Commission d'organisation judiciaire du Protectorat français du Maroc*, B.O., n° 46, ouvr. cité, p. 2.

<sup>2</sup> S. PICHON et A. RATIER, *Rapport au Président de la république française*, B.O., n° 46, ouvr. cité, p. 1.

<sup>3</sup> M. GRÜNEBAM-BALIN, *Rapport...*, ouvr. cité, p. 5. M. PUVILLAND (*Le code des obligations et des contrats, cours professé à l'École des hautes études de Rabat, G.T.M.*, 1922, n°68-81, 83, 85-88, 91-94 et, plus particulièrement, n° 69, p. 2).

<sup>4</sup> Dans une note écrite de sa main le maréchal Lyautey dresse un véritable panégyrique de Landry : « Monsieur Landry est le premier magistrat venu au Maroc, à l'aube du protectorat, comme conseiller judiciaire. C'est lui qui en a préparé la législation, avec un labeur acharné et avec le plus grand souci de simplification et d'économie. Magistrat de caractère, honorant sa fonction, en ayant la conception la plus haute, il apporte dans son exercice, avec toute la science juridique, un esprit libéral et large, tenant compte des modalités si diverses d'un pays d'exception et un sens très sûr des nécessités politiques gouvernementales. Je ne saurais trop me louer de sa collaboration ». Cité dans le discours de l'avocat général Jean DOREL, prononcé le 16 octobre 1948, (Cf. [https://www.courdecassation.fr/...23/.../octobre\\_1948\\_10499.html](https://www.courdecassation.fr/...23/.../octobre_1948_10499.html)) lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de Cassation.

<sup>5</sup> Jean DOREL, *Discours de rentrée de la Cour de cassation*, ouvr. cité.

<sup>6</sup> S. PICHON et A. RATIER, *Rapport...*, ouvr. cité, p. 1. À cette correspondance était joint un rapport destiné à présenter les documents établis par Landry (Cf. M. PUVILLAND, *Le Code des obligations...*, ouvr. cité, p. 2).

<sup>7</sup> Tel est le titre donné par S. PICHON et A. RATIER, (*Rapport...*, ouvr. cité, p. 2) à la réunion d'experts chargés d'étudier les projets de Lyautey « relatifs à l'organisation judiciaire du protectorat français du Maroc » ; ses délibérations occupèrent vingt-quatre séances, du 7 mai au 25 juin 1913 (Cf. M. GRÜNEBAM-BALIN, *Rapport...*, ouvr. cité, p. 3) ; faisaient partie de cette Commission présidée par Louis Renault, professeur de droit international à la faculté de Paris, membre de l'Institut et jurisconsulte du ministère des Affaires étrangères ;



étrangères ; elle acheva ses travaux le 25 juin sans s'écarter des « suggestions du commissaire résident général »<sup>1</sup>, c'est-à-dire des constructions proposées par Landry, magistrat de l'ombre qui n'apparaît jamais dans la chaîne décisionnelle, mais, dont pourtant le « nom est associé à l'œuvre de l'organisation judiciaire au Maroc, dont il fut le créateur »<sup>2</sup>. Promoteur de la réforme, c'est Lyautey qui semble suivre personnellement les différentes phases de son élaboration ; peu de textes, en effet, auront aussi rapidement pris corps : le rapport de la Commission fut achevé le 25 juin 1913<sup>3</sup> ; les différents projets de dahirs, alors soumis à l'approbation de Moulay Youssef, furent scellés le 12 août<sup>4</sup> ; le résident général les visera et les promulguera le 30 août<sup>5</sup> ; le 1<sup>er</sup> septembre, ils seront proposés par le ministre des Affaires étrangères et le garde des Sceaux au président Poincaré<sup>6</sup> qui les décrètera<sup>1</sup>. Le *Bulletin officiel* les publiera le 12 septembre de la même année 1913<sup>2</sup>.

---

Herboux, conseiller à la Cour de cassation ; Berge, conseiller à la Cour d'appel de Paris ; Bouloche, directeur des affaires civiles du ministère de la Justice ; Romieu, conseiller d'État ; Grünebaum-Ballin, président du Conseil de préfecture de la Seine ; Jean Labbé, avocat aux Conseils ; Chardenet, maître des requêtes au Conseil d'État ; Collavet, auditeur au Conseil d'État ; Albert de Geouffre de La Pradelle, professeur à la faculté de droit de Paris ; Georges Teissier, professeur à l'École des sciences politiques ; Gauthier, consul de France, chef de bureau de la Tunisie au département ; Cruchon-Dupeyrat, consul général de France, chef du bureau du Maroc au département ; Kammerer, consul de France, rédacteur à la direction des affaires politiques et commerciales au département. Participèrent également aux séances de la commission, deux hauts fonctionnaires détachés au Maroc : le comte de Saint-Hulaire, ministre plénipotentiaire, délégué à la Résidence générale de France au Maroc, et Paul Tirard, secrétaire général du Protectorat.

<sup>1</sup> S. PICHON et A. RATIER, *Rapport...*, ouvr. cité, p. 2. Une seule exception fut apportée aux directives de la Résidence ; GRÜNEBAM-BALIN précise, en effet, dans son *Rapport* (ouvr. cité, p. 3) que « le projet de dahir sur la condition civile des Français et des étrangers... ne correspond à aucun des avant-projets élaborés par les soins de la Résidence générale, il est sorti d'une décision spontanée de la Commission ».

<sup>2</sup> Jean DOREL, *Discours...* ouvr... cité. Une biographie « administrative » – le *cursus honorum* – du véritable père du *D.O.C.* peut être dégagée de ce Discours. Félix, Victor, Adolphe Landry est né le 22 février 1866 à Châteauroux, où son père était avoué. À la fin de ses études de droit, il devint clerk dans l'étude de son père, puis, après un stage au barreau de Châteauroux, substitut à Espalion puis à Narbonne ; il est ensuite successivement nommé procureur de la République au Blanc, substitut général à la cour de Bourges, avocat général à la cour d'Angers. « C'est dans ces deux derniers postes qu'il se révéla comme un magistrat exceptionnel, par un labeur à toute épreuve, par sa connaissance complète de l'administration des parquets, et par la solidité de son argumentation, soit dans ses conclusions civiles, soit dans ses réquisitions devant la Cour d'assises. Il se fit remarquer, en outre, par sa mesure et son tact dans l'application difficile des lois sur les Congrégations, dans ces régions très catholiques de l'Anjou. Tant de qualités l'appelaient alors à un grand Parquet de 1<sup>ère</sup> classe ». Il est ainsi nommé le 17 février 1912 procureur de la République à Oran, fonction qu'il occupera seulement quelques mois avant que Lyautey ne le recrute comme conseiller technique du Protectorat. Il deviendra, en octobre 1913, le premier procureur général de la cour d'appel de Rabat. Le 11 janvier 1919, il quitte le Maroc et est nommé procureur général à Douai dont il devient premier président pour quelques mois en 1924 ; cette même année – le 22 mai – il est nommé conseiller à la Cour de cassation : il est affecté à la chambre des requêtes où lui sont logiquement dévolues les affaires coloniales. Il meurt en 1948.

<sup>3</sup> *B.O.*, n° 46, ouvr. cité, p. 3-8.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 9 et 12.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 12-13.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 1-3.

Pareille hâte témoigne de l'importance attachée par la puissance protectrice à la réorganisation judiciaire de l'Empire chérifien.

Les textes relatifs à l'administration de la justice, et notamment le *Code des obligations et des contrats*, ont fait l'objet du second dahir du 12 août 1913 « portant promulgation » de neuf dahirs organiques<sup>3</sup>. Ces différentes codifications auront des fortunes diverses : la plupart sont aujourd'hui abrogées<sup>4</sup> ou bien ont fait l'objet de modifications telles que leur teneur est désormais fort éloignée des principes juridiques de 1913<sup>5</sup>. Seul le *D.O.C.* subsiste dans son état originel, à peine altéré par quelques ajouts et modifications<sup>6</sup>.

À cela une raison fondamentale : le droit marocain des obligations et des contrats ne constitue en aucune façon un système élaboré par des théoriciens, où les réalités de la vie seraient sacrifiées à la recherche d'une construction seulement logique. Il est permis de s'en étonner si l'on se fie à la célérité qui présida à l'élaboration du texte : comment les juristes français, commis pour quelques semaines à sa rédaction, auraient-ils pu approfondir, diversifier leur méditation et, en l'absence de tout juriste musulman – la Commission n'en comprenant aucun –, intégrer les spécificités locales ?

En fait, c'est l'avant-projet de Landry qui devait leur permettre d'écarter cette double difficulté d'une nécessité de codification rapide et d'une adaptation de normes européennes à la réalité marocaine. Et cet avant-projet n'était autre « dans son plan général et dans ses dispositions de détail » qu'un emprunt à une législation déjà existante, le *Code des obligations et des contrats* du royaume de Tunisie. S. Berge, directeur de la justice tunisienne en 1900, et membre de la Commission de jurisconsultes, en évoque l'origine lorsqu'il retrace les difficultés rencontrées, dans la pratique juridique, par les premiers immigrants français établis dans la Régence de Tunis : « On avait souffert dans ce pays des incertitudes de la loi locale, à laquelle on est amené à avoir recours, soit pour les obligations qui se forment sans

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 8-9. *Ibid.*,

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 9-15. Le 15 octobre 1913, les juridictions françaises seront installées au Maroc ; à compter de cette date, le *D.O.C.* fut appliqué dans la zone sud.

<sup>3</sup> C'est en fait onze textes qui seront promulgués le 30 août, car les articles 13 et 14 du *Dahir sur la procédure criminelle* rendaient applicables au Maroc le *Code d'instruction criminelle* de 1808 et le *Code pénal* de 1810, tels qu'ils étaient en vigueur en France le 13 août 1913.

<sup>4</sup> C'est le cas du *Dahir sur la procédure criminelle*, du *Dahir sur l'assessorat en matière criminelle*, du *Code d'instruction criminelle*, du *Code pénal*, du *Dahir réglementant les perceptions en matière civile, criminelle et notariale*, du *Dahir sur l'assistance judiciaire*, du *Dahir sur la procédure civile* et du *Dahir formant Code de commerce*.

<sup>5</sup> C'est le cas du *Dahir sur l'immatriculation des immeubles* et (modification implicite) du *Dahir sur la condition civile des Français et des Étrangers*.

<sup>6</sup> Hormis quelques suppressions, modifications ou adjonctions, une seule section a été supprimée, celle relative au paiement par chèque (articles 325 à 334), et remplacée par le dahir du 19 janvier 1939 intégrant dans la législation interne les dispositions de la loi uniforme annexée à la Convention signée à Genève, le 19 mars 1931, en vue de l'unification du droit en matière de chèque. Ce dahir de 1939 a été lui-même abrogé et son contenu refondu dans la loi n° 15-95 formant *Code de commerce* promulgué par le dahir du 1<sup>er</sup> août 1996.

convention, soit, plus rarement, pour les obligations conventionnelles ; cette loi, non codifiée, n'était autre que le droit musulman, quelque peu déformé par des usages locaux incertains, parfois contradictoires, et par une pratique défectueuse ; elle était mal connue ; on résolut de la préciser dans un texte »<sup>1</sup>.

Dès 1901, la France, imposant l'application de l'article 1 de la Convention de La Marsa du 8 juin 1883<sup>2</sup>, contraignit le bey de Tunis à ordonner une codification du droit des obligations et des contrats. Une commission de juristes français fut immédiatement nommée ; elle était composée du directeur de la justice tunisienne, S. Berge, de M. Roy, secrétaire général du gouvernement tunisien, de M. Padoux, secrétaire général adjoint du même gouvernement, de M. Anterrieu, président du tribunal mixte immobilier, et d'un avocat italien, M. David Santillana<sup>3</sup>. La présence d'un praticien étranger dans une commission officielle de fonctionnaires du Protectorat français est *a priori* surprenante. David Santillana était pourtant l'homme de la situation : éminent spécialiste du droit malékite<sup>4</sup>, il était tout naturellement désigné pour élaborer un avant-projet que la commission dont il deviendra le rapporteur, entérinera sans difficulté<sup>5</sup>. Cet avant-projet sera ensuite soumis à une commission mixte composée de dix juristes tunisiens (cinq professeurs de l'université Djama-ez-Zitouna, cinq magistrats, membres du tribunal du Chrâa) et de deux juristes européens, S. Berge et l'omniprésent D. Santillana ; des délibérations de cette seconde assemblée sortira le *Code des obligations et des contrats*, promulgué par le bey de Tunis le 15 décembre 1906<sup>6</sup>. Conseiller, en 1913, à la Cour d'appel de Paris, et crédité de son expérience tunisienne, Stéphane Berge sera désigné par le ministère des Affaires étrangères pour siéger dans la Commission d'organisation judiciaire du protectorat français du Maroc » ; c'est lui qui parrainera le futur *D.O.C.* en transformant l'avant-projet de Landry, puisé dans le code tunisien, en projet de dahir sultanien. Une sous-commission sera à cette fin constituée dont il sera le rapporteur et dont les autres membres furent Georges Teissier, professeur à l'École libre des sciences politiques, et Albert de La Pradelle, professeur à la faculté de droit de Paris<sup>7</sup>.

Par rapport au modèle tunisien dont il est issu, le *D.O.C.* est beaucoup plus restreint, n'embrassant pas certaines normes tunisiennes inadaptables à la réalité marocaine pour

---

<sup>1</sup> Stéphane BERGE, *Codes et lois en vigueur dans le protectorat français du Maroc*, Annexe VII, Paris, 1915, p. 291.

<sup>2</sup> L. ROLLAND et P. LAMPUÉ, *Précis des droits des pays d'outre-mer*, Paris, Dalloz, 1952 (2<sup>ème</sup> édit., p. 111-112, n° 102.

<sup>3</sup> S. BERGE, *Codes et lois en vigueur dans le protectorat français du Maroc*, ouvr. cité, p. 12. Sur D. Santillana, V. Claude BONTEMS, *Le droit musulman algérien à l'époque coloniale*, Genève, Slatkine, 2014, p. 300-301.

<sup>4</sup> Cf. notamment l'ouvrage fondamental qu'il publia à Rome en 1926 : *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafita*, Rome, A.R.E., 1926, 2 vol.

<sup>5</sup> *Avant-projet discuté et adopté au rapport de M. D. Santillana*, Tunis, Picard, 1899 (t. 1 des *Travaux de la codification des lois tunisiennes*)

<sup>6</sup> *J.O.T.*, du 15 décembre 1906, p. 1083 et s.

<sup>7</sup> S. BERGE, *Codes et lois en vigueur dans le Protectorat français du Maroc*, ouvr. cité, p. 291.

laquelle l'élaboration d'autres textes fut nécessaire ; il en fut ainsi notamment des règles de procédure « qui ne cadraient pas avec le système spécial créé pour les nouveaux tribunaux, des règles commerciales et du droit foncier qui firent l'objet de codifications séparées et de certaines dispositions inspirées par les usages locaux particulièrement en matière de bail rural et d'exploitations agricoles » qui ne pouvaient dépasser en raison même de leur originalité les limites de la Tunisie<sup>1</sup>. Par ailleurs, de nombreuses normes du code tunisien seront modifiées par la sous-commission « soit pour les mettre en harmonie avec les autres parties de la législation marocaine, soit même parce qu'on a jugé meilleures des solutions un peu différentes<sup>2</sup>. Ce fut notamment le cas de certaines règles concernant les obligations provenant des délits et quasi-délits<sup>3</sup>.

Le *D.O.C.* ainsi adapté à la réalité marocaine a été consacré par le temps. Lorsqu'il fut promulgué en 1913, tout en devenant en matière civile la *lex loci* au sens de l'article 13 du *Dahir sur la condition civile des Français et des étrangers*<sup>4</sup>, il n'était applicable que dans la zone sud, devant les tribunaux modernes, et seuls les justiciables de ces tribunaux, c'est-à-dire les étrangers, étaient en principe soumis à ce code ; toutefois, lorsque les nationaux devenaient justiciables des tribunaux modernes en matière civile, c'est-à-dire lorsque dans des litiges étaient également en cause des étrangers, ils étaient soumis au *D.O.C.*<sup>5</sup>. La portée de ce dernier était ainsi étroitement délimitée *ratione personæ*. Le Haut tribunal chérifien, dans un arrêt célèbre du 10 novembre 1956, déclarera le *D.O.C.* applicable devant les tribunaux de droit commun<sup>6</sup> ; mais cette jurisprudence qui se voulait de principe ne constituera jamais un précédent<sup>7</sup> ; et il faudra attendre la suppression des codes de la zone nord, l'unification et l'arabisation des tribunaux du royaume pour que le *D.O.C.* puisse s'imposer *erga omnes*<sup>8</sup>.

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, P. 292 ; M. GRÜNEBAM-BALIN, *Rapport...*, ouvr. cité, p. 4.

<sup>2</sup> S. BERGE, *Codes et lois en vigueur dans le Protectorat français du Maroc*, ouvr. cité, p. 292 ; Émile LARCHER, *Les codes marocains*, Alger, A. Jourdan, 1915, p. 152.

<sup>3</sup> Cf. notamment les articles 84, 85, 101, 108 et 109.

<sup>4</sup> Paul-Louis RIVIÈRE, *Précis de législation marocaine*, Paris, Sirey, 1927, p. 224, n° 217.

<sup>5</sup> Paul DECROUX, *Droit privé*, t. 1, *Sources du droit*, Rabat, La Porte, 1963, p. 44.

<sup>6</sup> *R.M.D.*, 1957, p. 142, note Ahmed OUAZZANI.

<sup>7</sup> Paul DECROUX, *Sources du droit*, ouvr. cité, p. 44.

<sup>8</sup> Il est certain que la législation de la zone sud était la plus complète ; elle avait fait l'objet d'une solide interprétation jurisprudentielle et de nombreuses études doctrinales. Son extension au nord et à Tanger, particulièrement justifiée puisqu'elle a fait disparaître le pluralisme législatif du Royaume, était souhaitée par de nombreux juristes (Cf. notamment A. FILALI, « Survivance du pluralisme législatif au Maroc », *R.M.D.*, 1961, p. 54). S'agissant plus précisément du *D.O.C.*, il ne pouvait qu'être bien accueilli par les praticiens du nord du pays, habitués à travailler sur un ensemble de normes similaires : le *D.O.C.*, en effet, avait servi de modèle au *Codigo de Obligaciones y Contratos* promulgué en 1914 à Tétouan et au *Code des Obligations et Contrats* promulgué en 1924 à Tanger (Cf. P. DECROUX, « Origine et originalités du Code des obligations et contrats », *G.T.M.*, 1958, n° 1265, p. 19 ; Joël MONÉGER, « Biographie du *D.O.C.* : De la réception à l'assimilation d'un code étranger dans l'ordre juridique marocain », dans *Journées d'études sur D.O.C. et société, soixante-dix ans après. 20-21 avril 1984*, Casablanca, *R.M.D.E.D.*, 1984, n° 7, p. 15-65.

Le *D.O.C.* est désormais consacré et nul ne songe à l'abroger<sup>1</sup>. Ce succès de l'œuvre de Santillana n'est en rien casuel et il importe de s'interroger sur les raisons qui l'affermirent.

S. Berge fournit une explication qui nous paraît probante du consensus qui se dégagait, avant la promulgation du code tunisien, entre juristes musulmans et européens, les uns et les autres estimant que les normes posées dans le document législatif de Santillana étaient parfaitement adaptées aux constructions juridiques européennes et musulmanes. Il est *a priori* étonnant qu'une conciliation aussi complète ait pu s'opérer entre praticiens de droits que l'on s'était habitués « à considérer comme disparates et contradictoires ». S. Berge qui fut le trait d'union entre le code tunisien et le code marocain éclaire ainsi cette harmonie paradoxale : « il est... facile d'expliquer le résultat qui a été atteint. Lorsqu'il se produisit au sein de la commission musulmane... des objections pour l'adoption de tel ou tel principe juridique que l'avant-projet avait emprunté à des législations européennes, on chercha à les exprimer différemment, pour les faire accepter, et c'est dans le *Digeste* qu'on alla chercher de nouvelles rédactions. On eut alors la surprise de voir les jurisconsultes musulmans affirmer la parfaite orthodoxie des nouvelles formules qui leur étaient proposées et de les retrouver textuellement dans les ouvrages les plus anciens de leurs docteurs. Ce fait se renouvela si souvent qu'il poussa à des recherches explicatives qui permirent de constater des phénomènes historiques jusqu'alors mal connus. On comprit que, lors de leur première invasion dans l'Asie mineure, les Arabes trouvèrent les populations soumises au droit romain du Bas-Empire. Peut-être leurs magistrats apprécièrent-ils à sa véritable valeur cet ensemble législatif ; ce qui est certain, tout au moins, c'est que, soit par admiration, soit par politique, ils s'en inspirèrent, dans les décisions qu'ils rendirent... Si donc les premiers docteurs de l'islam ont introduit dans leur propre droit des obligations et des contrats, alors en formation, la substance même du droit romain, on comprend que cette subtile assimilation et cet ingénieux travail de jurisprudence rendent possible un rapprochement avec d'autres droits qui, eux aussi, en Europe, ont beaucoup emprunté à Justinien... C'est un rapprochement de ce genre qui a été tenté par la commission tunisienne »<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Il semble que le *D.O.C.* ait, dans ses premières années, été mal accueilli par les praticiens. Si l'on en croit P. DECROUX (*L'autonomie de la volonté et l'ordre public en droit conventionnel marocain*, Paris, L.G.D.J., 1952, p. 94 et s.), « l'argument qui a emporté sa grâce fut celui de son intitulé. On a, en effet, fait valoir qu'au Maroc, par le jeu de l'article 13 du *Dahir sur la condition civile* et de la règle de l'autonomie de la volonté en matière conventionnelle, on pouvait facilement échapper aux dispositions du *D.O.C.* ». S'il est vrai que la *lex loci*, en matière civile, pouvait facilement être écartée au temps du Protectorat, il ne semble pourtant pas qu'elle fut l'objet de la désaffectation suggérée. Quoi qu'il en soit, et P. DECROUX lui-même le reconnaît (« Origine et originalités du Code des obligations et des contrats », art. cité, p. 19), « avec le temps, l'accoutumance a produit ses effets. Et l'amalgame juridique que présente ce code a permis son application devant les tribunaux marocains de droit commun ». Dans le même sens, V. Omar AZZIMAN, *Le contrat*, Casablanca, éd. Le Fennec, 1995, p. 27-35.

<sup>2</sup> S. BERGE, *Codes et lois...*, ouvr. cité, p. 293 ; S. PICHON et A. RATIER, *Rapport...*, ouvr. cité, p. 2 ; M. GRÜNEBAUM-BALLIN, *Rapport...*, ouvr. cité, p. 4.

Cette origine prétendue romaine par les pères du *D.O.C.* a choqué certains juristes marocains et musulmans qui ont farouchement refusé une telle analyse des sources. Il y a chez Allal El Fassi notamment une position de principe traduisant une négation *a priori* de toute influence exogène sur la loi islamique : « le *fiqh* est original dans sa création, dans ses sources et dans la pensée de ceux qui l'ont construit. Personne ne saurait honnêtement prétendre qu'il a subi l'influence d'un système étranger ou de concepts autres que musulmans... L'unique raison en est que les musulmans, obéissant aux ordres d'Allah, ne se sont pas crus autorisés à s'inspirer d'une loi étrangère et à l'amalgamer au *fiqh*<sup>1</sup>. Et l'auteur de préciser qu'il en est particulièrement ainsi du droit des contrats : « Il n'est pas d'exemple qu'une puissance européenne ait conquis un pays d'islam sans tenter d'en finir avec le droit musulman en matière de contrat... La raison en est que c'est la seule discipline qui constitue le lien entre les musulmans d'aujourd'hui et la pensée musulmane qui s'est échelonnée d'une façon continue depuis l'époque du Prophète jusqu'à nos jours et qu'elle est le corpus dont l'étude, la mise en œuvre et l'application sont de nature à faire impression sur l'esprit des populations, leur comportement et leur façon de voir l'avenir »<sup>2</sup>.

Si l'on admet le point de vue de ce grand patriote que fut Alla El Fassi, comment dès lors expliquer les convergences manifestes entre droits européens et droit musulman ? Faut-il, par exemple, admettre que les deux corps de droit, le musulman et le romain, aient en fin de compte, posé des normes similaires et que l'identité de nombreuses constructions juridiques est le fruit d'un hasard bienheureux, de deux évolutions parallèles vers une perfection commune ? Allal El Fassi ne le pense pas ; il estime que c'est au contraire le droit musulman qui constitue une source historique, une référence essentielle, mais aujourd'hui méconnue, des autres droits : « les droits occidentaux et même le droit romain, tel qu'il se présente aujourd'hui, ont tous subi l'influence du droit musulman et s'en sont inspirés par le truchement des glossateurs et des exégètes de l'École de Bologne et d'autres écoles européennes, qui étaient eux-mêmes imprégnés de la culture arabe à eux parvenue par l'Andalousie et d'autres pays. Le droit musulman ne peut, en particulier, être inspiré du droit romain car les principes en ont été révélés au temps du Prophète sans qu'aucune allusion fût faite aux Romains ou à d'autres peuples. Les normes légales posées par le Coran et le Prophète étaient édictées à l'occasion des espèces qui se présentaient, des questions qui étaient posées et des événements qui se produisaient. C'est sur ces bases qu'on a colligé le droit musulman à telle enseigne qu'il se présente comme un recueil de solutions jurisprudentielles (*a 'mal*) intervenues dans des matières diverses<sup>3</sup>.

Cette argumentation ne paraît pas fondée : l'ardeur de son inspiration néglige d'incontestables contradictions historiques. S'il est vrai, en effet, que c'est à partir du XI<sup>e</sup> siècle que la « redécouverte » des compilations de Justinien, depuis longtemps oubliées en Occident, imprima au droit romain un nouvel et définitif essor, s'il est vrai que l'école des

---

<sup>1</sup> Allal EL FASSI, *Défense de la loi islamique* (trad. Ch. SAMARA), Casablanca, 1977, p. 81.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 84.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 85-86.

romanistes bolognais en assura la diffusion<sup>1</sup>, le contenu des compilations et leur exacte datation sont aujourd'hui parfaitement connus<sup>2</sup> ; leur antériorité de près d'un siècle à la loi islamique n'est donc pas discutable<sup>3</sup>. L'un des principaux objets de la science romanistique n'est pas d'analyser les constructions juridiques issues du *Digeste*, mais au contraire d'en rechercher les altérations, qu'il s'agisse de passages « corrompus » (les *loci corrupti*) par des fautes de scribes, de gloses préjustiniennes et surtout d'interpolations, c'est-à-dire de passages volontairement altérés par les commissaires de Justinien afin d'adapter le droit du Bas-Empire aux formulations de l'époque classique<sup>4</sup>. Le fait, par ailleurs, que le droit musulman soit présenté « comme un recueil de solutions jurisprudentielles intervenues dans des matières diverses » ne saurait constituer un argument permettant d'écarter de façon décisive l'influence de normes romaines préexistantes, puisque les cinquante livres du *Digeste* sont également et strictement composés de fragments empruntés aux jurisconsultes classiques, interpolés le cas échéant pour faciliter leur adaptation au contexte nouveau. La filiation entre les deux corps de droit serait, de ce point de vue, non seulement fondée mais également formelle. D. Santillana avait ainsi pu relever « de très nombreuses reproductions textuelles du *Digeste* » présentées dans les recueils de jurisprudence musulmane et dans les œuvres subséquentes des commentateurs « comme des solutions des premiers cadis et des axiomes de droit musulman »<sup>5</sup>.

Il est donc plus conforme à la logique d'admettre la pénétration du droit musulman du premier siècle par certaines normes romaines dans la mesure où ces dernières n'allaient pas à l'encontre des règles révélées dans le Coran, dégagées de la *Sunna* ou posées par l'*Idjma'*. L'entente des docteurs et des jurisconsultes de l'islam, amalgamant la tradition et une pratique dont on avait pu oublier ou méconnaître l'origine exogène, mais dont on reconnaissait le bien fondé, conféra à la solution juridique qu'ils admettaient une véritable force dogmatique. Tel est sans doute le cheminement qui conduisit le droit du Bas-Empire à une intégration insensible dans le droit musulman.

## -II-

Le *D.O.C.*, dans la formulation des normes qu'il édicte, est cependant fort éloigné et du droit musulman et du droit romain, puisqu'il ne s'agit plus de compilations jurisprudentielles

---

<sup>1</sup> Jean GAUDEMET, *Institutions de l'Antiquité*, Paris, 1968, p. 778, n° 607.

<sup>2</sup> La première édition du *Code* est de 529, la seconde de 534 ; les *Institutes* furent promulgués le 25 novembre 533 et le *Digeste* le 15 décembre de la même année. Pour l'histoire des compilations, cf. notamment A.-E. GIFFARD, *Précis de droit romain*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, 1938, p. 71-80, n° 118-129.

<sup>3</sup> Pour un positionnement du Coran au regard du *corpus juris civilis*, cf. François-Paul BLANC, *Le droit musulman*, Paris, Dalloz, 1995, p. 1.

<sup>4</sup> A.-E. GIFFARD, *ouvr. cité*, p. 77-78, n° 126-128.

<sup>5</sup> S. BERGE, *Codes et loi...*, *ouvr. cité*, p. 293.

mais d'un ensemble de règles de droit, emprunté dans sa conception à ce que certains auteurs appellent « la famille romano-germanique »<sup>1</sup>.

Dans cette conception, la règle de droit ne vise pas, en son essence, à résoudre le cas concret qui lui est confronté. Par l'effort de systématisation de la doctrine, elle se hausse au niveau supérieur d'une finalité à poursuivre, s'érige en règle de conduite forcée, au-delà des applications que les tribunaux ou les praticiens peuvent en faire dans un cas concret, d'une généralité plus ambitieuse. Cette conception de la règle de droit fut celle qui inspira les commissions de juristes chargés, tant en Tunisie qu'au Maroc, de codifier le droit des obligations – partie centrale du droit civil, lui-même objet principal de la science juridique.

Un code, de ce fait, aura pour objectif, non point de résoudre toutes les questions concrètes qui surgiront dans la pratique, mais de prescrire des règles d'une portée suffisamment générale, ordonnées en système ; des règles aisées à découvrir et à connaître, de telle sorte qu'en s'y référant, juges et citoyens puissent déduire aisément de quelle manière telle ou telle difficulté concrète doit être résolue.

Tel fut l'esprit du code tunisien de 1906 et celui du *D.O.C.* promulgué en 1913. Leurs rédacteurs pour faciliter la compréhension des normes générales qu'ils posaient, empruntèrent bien souvent, à différentes législations étrangères la généralité de formulations particulièrement élaborées à laquelle étaient parvenues ces dernières. Deux corps de droit ont ainsi « parrainé » les codifications nord-africaines : le code civil français et le code civil allemand de 1896 ; d'autres constructions juridiques, les codes civils espagnol, égyptien et italien, le code civil fédéral suisse, les codes de commerce français, italien et allemand et surtout le code fédéral suisse des obligations de 1911 furent également utilisés par les rédacteurs<sup>2</sup>. Le *D.O.C.*, approuvé par la Commission et par les autorités franco-marocaines, était du reste annoté par les articles des « Codes européens qui s'en rapprochent le plus » ; ces annotations étaient destinées à rassurer les immigrants français et étrangers en établissant « la preuve évidente des éléments d'analogie qui rapprochent ces lois de celle qui est proposée pour le Maroc »<sup>3</sup>. L'édition officielle du *D.O.C.*, préparée par S. Berge et imprimée « par ordre du gouvernement » en 1915, fera figurer ces annotations sous chaque article, en y adjoignant également, sur la base de l'avant-projet de David Santillana, des références aux travaux des principaux auteurs des rites malékite et hanafite, ainsi que les nécessaires renvois aux travaux législatifs de Justinien, ces deux types de sources ayant été utilisées pour les

---

<sup>1</sup> V. Notamment René DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporain*, Paris, Dalloz, 1974, 6<sup>e</sup> édit., p. 92-99, n° 69-74.

<sup>2</sup> Pour une analyse des articles du *D.O.C.* sur une base comparatiste, cf. notamment, P.-L. RIVIÈRE, *Précis de législation...*, ouvr. cité, p. 224-316, n° 217-355 ; M. SANVITI, « Des sources du Code des obligations et des contrats », *G.T.M.*, 1934, n° 605, p. 275-282 ; P. DECROUX, *Origine et originalités...*, ouvr. cité, p. 19-20 ; P. VUILLET, *Code marocain des obligations et des contrats*, Casablanca, 1934, pp. 26, n° 1 ; 39, n° 2 ; 53, n° 1 ; 55, n° 1 ; 65, n° 1 ; 77, n° 1 ; 88, n° 2 ; 89, n° 1 ; 116, n° 1 ; 133, n° 1 ; 141, n° 1-2 ; 169, n° 1 ; 186, n° 1 ; 194, n° 1-2 ; 221, n° 1 ; 242, n° 1 ; 249, n° 1 ; 264, n° 1 ; 323, n° 1 ; 407, n° 1 ; François-Paul BLANC, *Les obligations et les contrats en droit marocain (D.O.C. annoté)*, Casablanca, 2001, 2<sup>e</sup> édit., *passim*.

<sup>3</sup> M. Grünebaum-Ballin, *Rapport...*, ouvr. cité, p. 4.



codifications marocaine et tunisienne<sup>1</sup>. Les travaux préparatoires des deux commissions se trouvaient ainsi, en quelque sorte, érigés en droit positif par le législateur. Cette technique, envisagée à l'origine comme un simple procédé de conciliation destiné à faire ressortir les convergences entre droits européens et droit musulman sur la base des compilations de Justinien, se révèle *a posteriori* particulièrement heureuse dans la mesure où elle est susceptible de favoriser une interprétation rapide de la généralité de la règle.

### -III-

Certes, la loi est l'affaire des autorités qui l'édicte. Toutefois, c'est en empruntant un certain mode d'application qu'elle connaît un aboutissement pratique. La doctrine privilégie ce processus d'interprétation et l'assortit des méthodes les plus variées. Quelles sont ces méthodes ?

Un préliminaire s'impose : de très grandes possibilités sont ouvertes au juge marocain, dans le plein respect des textes de la loi, du fait même que le législateur emploie maintes fois, de propos délibéré, des termes ou expressions mal définis, qui, pour accéder à la généralité de la norme, sont susceptibles d'adaptation au contexte du contentieux. Par exemple, référence est faite dans les articles 77 et 78 du *D.O.C.* à la notion de faute et de réparation du préjudice. Le juge est ainsi appelé, dans chaque espèce, à porter une appréciation établissant si les circonstances justifient ou non l'application des règles du code qui se réfèrent à de tels concepts. Apprécier de façon plus ou moins stricte et libérale les faits de l'espèce, peut conduire à des modifications considérables des conditions d'application de la loi, comme en témoigne l'illustration suivante : Paul-Louis Rivière, dans son premier *Précis de législation marocaine*, publié en 1927, analysant les sources du *D.O.C.*, remarquait que si le « fond » du texte « demeurerait la législation européenne et tout d'abord le code civil », les emprunts au droit français en étaient limités. Il soulignait notamment : « L'on y chercherait en vain certaines dispositions qui, du droit romain, avaient utilement passé dans celui-ci : entre autres l'action paulienne »<sup>2</sup>. Or, quelques années plus tard, le juge marocain n'hésitera pas à inclure l'action paulienne dans « le principe général édicté par l'article 77 du *D.O.C.* », son interprétation *lato sensu* du texte offrant aux créanciers « un recours contre le débiteur qui volontairement a cherché à s'appauvrir »<sup>3</sup>. Dans le droit marocain, à l'instar des droits de la famille romano-germanique, les juges ne sont pas tenus d'adopter les analyses de leurs prédécesseurs ; ils peuvent donc, en appréciant différemment les faits, moduler les conditions d'application du droit. Il n'y a rien là que de très légitime. Le législateur, en employant des formules dont il n'a pas précisé la portée, a implicitement autorisé une libre recherche *intra legem* ; cette libre recherche appelle, de la part des juges, des jugements de valeur

---

<sup>1</sup> Nous avons reproduit ces références dans deux éditions annotées du *D.O.C.* : *Code annoté des obligations et des contrats*, t. 1, *Les obligations*, Al Madariss, Casablanca-Nancy, 1982, 435 p. (en collaboration avec Anne BLANC) ; *Les obligations et les contrats en droit marocain (D.O.C. annoté)*, Sochepress-Université, Casablanca, 1989 (1<sup>ère</sup> édit. et 2001 (2<sup>ème</sup> édit.) 821 p.

<sup>2</sup> P.-L. RIVIÈRE, *Précis de législation...*, ouvr. cité, p. 225, n° 218.

<sup>3</sup> Trib. 1<sup>ère</sup> inst. Rabat, 1<sup>er</sup> mars 1933, *G.T.M.*, 1933, n° 358 ; François-Paul BLANC, Anne BLANC, *Code annoté des obligations et des contrats*, ouvr. cité, p. 81, n° 53-54 sous l'article 77.

indépendants qui ne peuvent être déduits de la lettre du droit positif ; tel est le cas de l'action paulienne, méconnue par le législateur de 1913, redécouverte en 1933 par le juge marocain, autorisé à évaluer la portée d'un principe général, et aujourd'hui d'un usage courant<sup>1</sup>.

En certains cas cependant les possibilités ainsi offertes au juge marocain n'ont pas suffi. Les tribunaux pour rendre des décisions justes, ont dû faire preuve de plus de hardiesse ; il leur a fallu se libérer des prescriptions posées par le législateur, lorsqu'elles étaient inadaptées aux conditions nouvelles de la société<sup>2</sup>. Deux méthodes ont servi à cette fin.

Une première méthode consiste à détacher les textes de la loi de leur contexte historique. Les mots employés dans la loi seront interprétés, sans considération de leur origine historique et sans souci de l'intention de leurs auteurs, dans le sens qui paraît à l'heure présente donner satisfaction à la justice. C'est ainsi, par exemple, que l'article 427 du *D.O.C.* concernant les écritures « portant obligations des personnes illettrées » est historiquement un emprunt pur et simple au droit helvétique. La Cour d'appel de Rabat, dans un arrêt du 31 janvier 1939, a pu ainsi tirer les conséquences logiques des travaux préparatoires du *D.O.C.* et préciser que « juridiquement parlant, on doit considérer comme illettrées, au sens de l'article 427 du *D.O.C.*, non pas les personnes qui ne savent ni lire ni écrire, mais exclusivement celles qui ne savent pas signer. En effet, les dispositions de l'article 427 font suite à celles de l'article 426 qui régissent le cas des personnes qui savent signer ; en les prescrivant, le législateur marocain a entendu se référer à l'article 15 du *Code fédéral suisse des obligations* qui vise le cas des personnes qui ne peuvent signer. Cette référence autorise à soutenir qu'en employant le mot « illettré » le législateur a bien entendu parler exclusivement des personnes ne sachant pas signer, et décidé à cet égard que leurs obligations, par cela seul qu'elles ne pouvaient être signées par elles, ne seraient valablement constatées que par acte authentique »<sup>3</sup>. Cette interprétation, logique dans sa référence aux travaux préparatoires du code, n'était pourtant pas adaptée à la réalité socio-économique d'un pays en voie de développement où la protection de l'illettré méritait l'application d'une norme plus libérale. La Cour de cassation, en tant que cour suprême du Maroc protégé, posera, en 1957, une nouvelle règle, dérivée des termes mêmes du code, mais allant résolument à l'encontre de l'intention originelle du législateur : « Le seul fait de savoir signer ne saurait prouver que l'obligé est lettré »<sup>4</sup>. Cette interprétation dite téléologique est parfaitement justifiée. Pour que des lois, qui sont en vigueur dans un pays, constituent un système cohérent, il est nécessaire

---

<sup>1</sup> Youssef FASSI-FIHRI, *L'action paulienne en droit marocain*, mémoire D.E.A. droit privé, Perpignan, 2000 ; Brahim SLAOUI, *L'action paulienne en droit marocain. Histoire d'une institution jurisprudentielle*, thèse droit, Perpignan, 2007.

<sup>2</sup> Sur l'interprétation aujourd'hui, on peut se référer opportunément à Michel TROPER, « Une théorie réaliste de l'interprétation », dans Éric MILLIARD, Hans KELSEN, L.-A. HERBERT, Michel TROPER, *Théories réalistes du droit*, textes réunis par Olivier JOUANJAN, *Annales de la faculté de droit de Strasbourg*, nouvelle série, n° 4, 2000, p. 50-68.

<sup>3</sup> Rabat, 31 janv. 1939, *R.A.C.*, t. X, p. 62 ; François-Paul BLANC, *Les obligations et les contrats en droit marocain*, ouvr. cité, p. 552, art. 427, n° 15.

<sup>4</sup> Cass. Civ., 8 avril 1957, *R.M.D.*, 1960, p. 107, note n.s. ; *R.A.C.*, t. XIX, p. 214 ; François-Paul BLANC, *Les obligations et les contrats en droit marocain*, ouvr. cité, p. 552, art. 427, n° 15.

de toutes les interpréter dans un même esprit, celui de notre temps, sans s'attarder aux circonstances dans lesquelles les unes et les autres, à des époques variées, ont été promulguées. Il faut cependant, en ce domaine, se garder de tout excès et continuer à attacher de l'importance à l'intention du législateur. Si celle-ci pourtant doit être recherchée dans les travaux préparatoires, les juges marocains ne doivent pas se sentir liés de façon absolue quand bien même les sources du *D.O.C.* auraient, de par leur publication, une valeur quasi légale.

Une autre méthode peut être utilisée par le juge marocain pour adapter le droit à des circonstances non prévues par le législateur, sans modifier le sens des dispositions que celui-ci a formulées ; cette méthode consiste à invoquer des prescriptions de portée générale, énoncées par le législateur, pour neutraliser des dispositions particulières contenues dans la loi. Un remarquable exemple de ce type d'interprétation est fourni par la définition que la jurisprudence marocaine donnera de la *chose*. Estimant que la responsabilité du fait des choses, prévue par l'article 88 du *D.O.C.*, ne concernait que les meubles par le fait qu'un texte spécial, l'article 89, était consacré aux immeubles, le juge marocain refusera pendant longtemps la protection de l'article 88 aux victimes d'un dommage causé par un immeuble, les engageant à se pourvoir, en dehors des cas prévus par l'article 89 (écroulement et ruine partielle), sur la base de la responsabilité du fait personnel. Un arrêt de la Cour d'appel de Rabat du 28 novembre 1936 rappellera clairement la position affirmée par la jurisprudence sur ce point : « Le principe de la responsabilité du fait des choses (art. 88 du *D.O.C.*), basé sur une présomption de faute de celui qui en a la garde, ne concerne que les meubles et ne saurait être étendu aux immeubles. La responsabilité du fait des immeubles est réglée par l'article 89 du *D.O.C.* En dehors des cas limitativement fixés par cet article, c'est dans les articles 77 et 78 du *D.O.C.* que doit être recherchée la responsabilité quasi-délictuelle du propriétaire ou du gardien d'un immeuble »<sup>1</sup>.

Cette solution était peut pratique pour les victimes tenues dans la plupart des cas à établir la faute du gardien de l'immeuble. Elle était de surcroît peu conforme à l'évolution du contexte urbain au Maroc. Inversant sa jurisprudence, en s'appuyant désormais sur « la généralité de l'expression de l'article 88 du *D.O.C.* », la Cour d'appel de Rabat décidera, à partir de 1952, que « le responsabilité du fait des choses dont on a la garde s'entend aussi bien des choses mobilières que des choses immobilières »<sup>2</sup>. Avec ce type d'interprétation, l'intention du législateur est – apparemment – respectée. On ne dit pas qu'un texte de loi a changé de sens, car le procédé employé est celui d'une interprétation purement logique : en présence de deux textes, qui paraissent appeler des solutions opposées, le juge marocain a pu faire prévaloir celui de ces textes qui mène à la solution aujourd'hui la meilleure. Il est à peine besoin de souligner qu'il s'agit là d'un artifice. Les rédacteurs du *D.O.C.* n'ont pas imaginé que certaines règles particulières par eux édictées puissent se révéler, dans une époque future, injustes. Faire intervenir la généralité de certaines formules à l'encontre de prescriptions

---

<sup>1</sup> Rabat, 28 nov. 1936, *G.T.M.*, 1937, n° 714, p. 45 ; François-Paul BLANC, *Les obligations et les contrats en droit marocain*, ouvr. cité, p. 145, art. 88, n° 88.

<sup>2</sup> Rabat, 30 avril 1952, *R.M.D.*, 1953, p. 413, note H. de LA MASSÛE ; François-Paul BLANC, *Les obligations et les contrats en droit marocain*, ouvr. cité, p. 145, art. 88, n° 91.

spéciales du code, c'est courir le risque d'aboutir à une subversion totale de l'ordre juridique, à une jurisprudence d'équité fondée sur quelques textes très généraux se substituant à une jurisprudence fondée véritablement sur l'interprétation de la loi. Mieux vaut reconnaître franchement que les dispositions de la loi, comme celles des contrats, sont liées à certaines circonstances et que, si un état de chose entièrement nouveau, imprévisible au moment où la loi est intervenue, vient à s'établir, les juges peuvent, si la justice l'exige, écarter leur application. Il est conforme à la tradition d'admettre ce *nobile officium* du juge.

Et de fait, l'évolution jurisprudentielle est importante ; de nombreuses constructions juridiques dominant l'application du *D.O.C.* Malheureusement, la valeur de ces constructions se trouve aujourd'hui contestée, voire remise en cause par une doctrine manichéenne : l'œuvre jurisprudentielle du Protectorat serait ainsi sujette à caution. Pendant cette période, la jurisprudence secrétée par les seuls magistrats français aurait eu une tendance fâcheuse à aligner le *D.O.C.* sur le *Code Napoléon* et partant à transposer au Maroc des mécanismes juridiques français. Cela est particulièrement vrai : quelques éléments de rupture avec le droit musulman des obligations sont présents dans les constructions protectorales<sup>1</sup>. Mais est-ce vraiment fâcheux ? Le *D.O.C.* se prête admirablement à la théorisation<sup>2</sup> ; c'est là un effet de la conciliation réalisée par ses concepteurs ; c'est l'immense avantage qu'il présente sur les constructions strictement islamiques, incapables d'accéder à l'abstraction d'un code ; le droit musulman est cependant pleinement présent dans ce monument législatif grâce à l'apport personnel de David Santillana qui fut le premier à proposer une théorie générale du droit musulman des obligations<sup>3</sup> dont profitèrent les codes tunisien et marocain.

L'indépendance politique, recouvrée le 2 mars 1956, renforça-t-elle, comme d'aucuns l'affirment, le rôle de la jurisprudence qui serait dès lors devenu déterminant ? C'est une affirmation que l'on ne peut sérieusement soutenir : il n'y eut, à partir de cette date, aucune évolution notable, a fortiori aucune rupture, dans la « lecture » du droit des obligations et des contrats<sup>4</sup>. À cela deux raisons fondamentales : le maintien en poste, au titre de l'assistance technique, de nombreux magistrats français et son incidence sur le choix renouvelé du français comme langue judiciaire, permirent d'assurer le haut niveau scientifique de la jurisprudence marocaine et d'étayer les premiers travaux de la Cour suprême, fondée le 27 septembre 1957, d'une base documentaire de très grande qualité. Les neuf volumes du *Recueil*

---

<sup>1</sup> Omar AZZIMAN, *Le contrat*, ouvr. cité, p. 31 ; et *Les sources formelles du droit marocain des obligations et des contrats*, cours spécial, polycop., 1<sup>er</sup> C.E.S., Rabat, 1988, p. 21-23.

<sup>2</sup> Omar Azziman est ainsi à même de proposer, à partir du *D.O.C.*, une théorie parfaitement élaborée des contrats en droit marocain.

<sup>3</sup> On peut déjà la dégager de l'*Avant-projet* (de code tunisien des obligations et des contrats) *discuté et adopté au rapport de M. D. Santillana*, ouvr. cité, *supra* ; elle est définitivement élaborée dans les *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, dont le t. 2 est notamment consacré à la *Teoria generale delle obbligazioni*, Rome, A.R.E., 1926 (1<sup>ère</sup> édit.) et Istituto per l'Oriente, 1938 (2<sup>ème</sup> édit.).

<sup>4</sup> François-Paul BLANC et Rabha ZEIDGUY, *Code des obligations et des contrats*, édition synoptique franco-arabe, Socheppress-université, Casablanca, 1994, présentation, p. 17.

*des arrêts de la Cour suprême*<sup>1</sup> publiés entre 1961 et 1970 demeurent des ouvrages de référence tant par le choix des décisions publiées que par les commentaires qui les accompagnent.

La grande loi sur l'unification des tribunaux et, par voie de conséquence, sur l'arabisation et la marocanisation de la justice, du 26 janvier 1965, que l'on doit à juste titre regarder comme le parachèvement de l'indépendance nationale, constitue, en revanche, le plus important « événement-rupture » intervenu dans la vie judiciaire marocaine depuis 1913. Le changement de personnel judiciaire et la mutation linguistique qui l'accompagnait, ne pouvaient être correctement réalisés sans une prospective à long terme. Une réforme de cette dimension impliquait la sérénité dans l'abstraction des contingences politiques ; ce ne fut point le cas ; et le désir de « nationaliser » priva le *nobile officium* du juge de tout substrat documentaire sérieux, entraînant par la même le déclin de son pouvoir normatif. Certes, les revues spécialisées dans la publication des arrêts se sont depuis multipliées ; mais leur parution demeure sporadique et leur diffusion insuffisante. Il est vrai que la jurisprudence, désormais à l'abri de toute attaque doctrinale, manifeste une grande confusion : de très nombreux arrêts de la Cour suprême et des Cours d'appel ne sont pas même motivés, la plupart sont mal rédigés, en sorte qu'ils permettent exceptionnellement de reconstituer le cheminement intellectuel du juge et partant se prêtent difficilement au commentaire scientifique. Détentrices d'un quasi-monopole de publication, les revues du Ministère de la justice assument mal cette fonction fondamentale : on y chercherait vainement un critère dans le choix des décisions publiées : le pire y côtoie le meilleur.

On peut donc affirmer que depuis 1965 la jurisprudence n'accomplit plus valablement son rôle en matière de droit des obligations et des contrats. Ce phénomène permet de comprendre que, cinquante ans après l'arabisation de la justice, la doctrine marocaine marque le pas, ne semble pas encore avoir trouvé le souffle nécessaire pour jouer, en ce domaine le rôle qui lui est imparti : forger les notions, les concepts dont fera usage le législateur et ainsi devenir une source véritable du droit.

---

<sup>1</sup> Seuls intéressent notre réflexion sur le droit des obligations les deux volumes concernant la chambre civile : t. 1, *Arrêts présentés et annotés par A. Colombini. Années judiciaires 1957-1962 (jusqu'au 31 mars 1962)*, édit. La Porte, Rabat-Paris, 1968. Préface D. Slaoui. Avant-propos A. Bahnini ; t. 2, *Arrêts présentés et annotés par A. Colombini. Années judiciaires 1957-1965 (du 1<sup>er</sup> avril 1962 au 31 décembre 1965)*, édit. La Porte, Rabat-Paris, 1969. Préface D. Slaoui. Avant-propos A. Bahnini.



# Les origines romaines de la classification légale des sources des obligations en droit marocain

François-Paul Blanc

François-Pierre Blanc

On entend par sources des obligations les actes juridiques ou bien les faits qui leur donnent naissance. Le Titre I du *Dahir formant code des obligations et des contrats (D.O.C.)* traite ainsi « Des causes des obligations », et le mot cause est ici, comme en droit romain, synonyme de source<sup>1</sup>. La classification légale de ces sources est en droit civil marocain fixée par l'article 1 de ce code, aux termes duquel « les obligations dérivent des conventions et autres déclarations de volonté, des quasi-contrats, des délits et des quasi-délits »<sup>2</sup>.

On chercherait vainement l'équivalent de ce texte dans les codifications européennes ayant servi de support scientifique et rédactionnel au D.O.C.<sup>3</sup> ou dans les travaux des juristes malékites et hanéfites utilisés par David Santillana pour enraciner la codification tunisienne dans l'histoire juridique maghrébine<sup>4</sup>. L'origine de ce texte est, en effet et à bien des égards, purement romaine ; et si un éclairage historique nous semble indispensable pour favoriser une meilleure approche de la classification légale des sources (I), il permet également de porter une appréciation critique<sup>5</sup> sur les composantes du texte (II).

## I – LES CLASSIFICATIONS ROMAINES

La doctrine romaine a connu deux, puis trois, enfin quatre catégories de sources d'obligations.

---

\* La partie romaniste est principalement due à François-Pierre Blanc et la partie marocaine à François-Paul Blanc.

<sup>1</sup> P.L. Rivière, *Précis de législation marocaine*, Paris, 1927, p. 226, n°219. H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, 5<sup>e</sup> édition, par M. de Juglart, Paris, 1973, p. 41, n° 45, p. 226, n° 256.

<sup>2</sup> Ce texte est emprunté au *Code des obligations et des contrats*, promulgué en Tunisie par décret beylicat du 15 décembre 1906, dont il constitue également l'article 1. Cf. *J.O.T.*, 1906, p. 1083.

<sup>3</sup> Code civil français de 1804, Code civil allemand de 1896, Code fédéral suisse des obligations de 1911.

<sup>4</sup> Il ne s'agit, en l'espèce, que de juristes hanéfites. Cf. S. Berge, *Codes et lois en vigueur dans le protectorat français du Maroc*, Annexe VII, Paris, 1915, p. 295.

<sup>5</sup> Pour une théorie générale des sources des obligations, cf. M. Goma, *Théorie générale des sources des obligations*, Paris, 1968 ; et également : M. Planiol et C. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, T. VI, *Obligations*, 1<sup>ère</sup> partie par P. Esmein, 2<sup>ème</sup> édition, Paris, 1952, p. 6-16, n°7-12 ; G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, T. II, 1<sup>er</sup> vol., *Les obligations*, Paris, 1962, p. 17-23, n° 13-20 ; H. L. et J. Mazeaud, *op. cit.*, p. 41-45, n°45-51 ; A. Weill et F. Terré, *Droit civil - Les obligations*, Paris, 1975, 2<sup>ème</sup> édition, p. 17-21, n° 16-20 J. Carbonnier, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, Paris, 1976, 9<sup>ème</sup> édition, p. 18-25 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, 9<sup>ème</sup> éd., Paris, 2005 ; Ph. Malaurie, L. Agnès, Ph. Stopfel-Munck, *Les obligations*, Paris, 2009.

## A - La classification des *Institutes de Gaius*

Une classification bipartite est proposée par Gaius dans ses *Institutes*<sup>1</sup> : « La classification la plus complète (*summa divisio*) des obligations les répartit en deux catégories, car toute obligation naît soit d'un contrat soit d'un délit »<sup>2</sup>. C'est cette classification qui fournit à l'auteur le plan de son ouvrage : il s'occupe d'abord des contrats<sup>3</sup>, puis des délits<sup>4</sup>.

Le mot contrat a fini par avoir en droit romain un sens précis mais étroit : un contrat n'est pas un acte juridique quelconque, c'est une convention faite dans les conditions ou les formes requises par le *jus civile*, en vue de donner naissance à des obligations<sup>5</sup>.

Parmi les faits illicites, seuls les délits privés peuvent être considérés comme sources d'obligations. Ce sont des infractions dont la loi romaine abandonnait la répression à l'initiative de la victime. Celle-ci pouvait exiger du coupable une *pæna* en argent dont le montant était fixé par la loi. Ce droit au montant d'une *pæna* était sanctionné par des actions dites « pénales », qui s'intentaient devant les mêmes autorités et par les mêmes moyens que toutes les actions entre particuliers, en se servant de la procédure civile. Pourquoi les *delicta privata* furent-ils rangés parmi les sources d'obligations ? Très tôt, semble-t-il, on a considéré que, le délit rendant son auteur débiteur d'une certaine peine pécuniaire, la victime devenait par voie de conséquence titulaire d'un droit de créance, sanctionné par la procédure *inter privatos*, comme toutes les créances<sup>6</sup>.

Cette classification qui oppose les contrats aux délits n'a certainement pas été inventée par Gaius. En la produisant dans ses *Institutes*, il a vraisemblablement tenu compte d'une doctrine nouvelle, car les notions mêmes de *delictum* et de *contractus* ne semblent pas avoir été précisées avant le premier siècle de notre ère.

Le mot *delictum*, en effet, n'a pu prendre le sens générique que lui donne Gaius qu'à partir de l'époque où les divers *delicta privata* ont commencé à être rassemblés par les jurisconsultes pour constituer une catégorie juridique. Or, l'idée de grouper les différents actes illicites, sanctionnés par une peine privée, apparaît pour la première fois dans l'œuvre de Sabinus<sup>7</sup>.

La notion de contrat paraît encore plus récente. Le verbe *contrahere* semble avoir toujours conservé un sens très large, et se dit de tout acte ou fait volontaire, même en matière

---

<sup>1</sup> Les *Institutiones* de Gaius furent composés vers 150. Cf. A.-E. Giffard, *Précis de droit romain*, t. 1, Paris, 1938, 3<sup>ème</sup> édit. p. 57, n° 94.

<sup>2</sup> G. III. 88.

<sup>3</sup> G. III. 89-181.

<sup>4</sup> G. III. 182.225.

<sup>5</sup> J. Macqueron, *Histoire des obligations - Le droit romain*, Aix-en-Provence, 1975, p. 28.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p- 28-29.

<sup>7</sup> P. de Visscher, *Études de droit romain*, Paris, 1931. p. 257.



de droits réels ou de délits<sup>1</sup>. On trouve ainsi chez les juriconsultes les expressions : *contrahere negotium*, *contrahere delictum*, *contrahere servitutem*. Les substantifs *contractum* et *contractus*, en revanche, ont d'abord été pris dans un sens étroit pour désigner des conventions synallagmatiques. Ainsi Labéon opposait l'*actum* qui se fait *re* ou *verbis* (par exemple : stipulation ou *mutuum*) au *contractum* qui, selon cet auteur, est une opération synallagmatique (par exemple : vente ou louage)<sup>2</sup>.

-Le mot *contractus*, qui devait finalement l'emporter sur *contractum* dans la terminologie juridique, apparaît pour la première fois, vers 88 de notre ère, dans un texte de Quintilien<sup>3</sup>. Le juriconsulte Ariston, au début du deuxième siècle, connaît ce mot, mais il s'en sert comme Labéon faisait du mot *contractum* pour qualifier des opérations impliquant des prestations réciproques, c'est à dire des *synallagma*<sup>4</sup>. À la même époque, en revanche, Pedius remarque que tout « contrat » comporte une convention et, prenant comme exemple la stipulation, il montre que ce contrat, qui se fait *verbis*, n'en implique pas moins un accord de volonté<sup>5</sup>. Alors que la stipulation n'était pour Labéon qu'un *actum verbis* opposé au *contractum*, elle a accédé au temps de Pedius à la catégorie des contrats. Le mot *contractus* sert alors à désigner toutes les conventions reconnues par le droit et conclues en vue de faire naître des obligations.

La notion classique de contrat a donc fait son apparition dans la première moitié du deuxième siècle. Avant cette époque, les juriconsultes distinguaient quatre catégories d'obligations issues d'actes licites : obligations *re*, *verbis*, *litteris*, *consensu*<sup>6</sup> ; c'est l'ordre utilisé par Gaïus pour les étudier dans ses *Institutes*, un ordre consacré depuis longtemps par la tradition juridique romaine ; il y ajoute seulement – mais c'est une innovation considérable – la notion de contrat. II étudie donc successivement les contrats *re*, *verbis*, *litteris* et *consensu*<sup>7</sup>.

La distinction des obligations contractuelles et des obligations délictuelles, ainsi proposée par Gaïus, est rationnelle ; du point de vue de leur mode de formation, le critère distinctif est justifié ; les deux catégories d'obligations s'opposent nettement : les unes découlent d'une convention, les autres ne supposent aucun accord de volonté.

Mais cette classification est insuffisante. Au temps même de Gaïus, on constate l'existence de nombreuses obligations insusceptibles de pénétrer la classification des sources

---

<sup>1</sup> J. Macqueron, *op. cit.*, p. 29.

<sup>2</sup> Cité par Ulpien D. 2.14.1.3.

<sup>3</sup> *Declamationes*, 278.

<sup>4</sup> D. 214.7.2

<sup>5</sup> cité par Ulpien, D. 2.14.1.3.

<sup>6</sup> E. Petit, *Traité élémentaire de droit romain*, Paris, 1925, p. 281 et *sq.*, n° 268 et *sq.*

<sup>7</sup> G. III. 89-181.

proposées par l'auteur. L'obligation de restituer l'indû, l'obligation de restituer la dot, les obligations du tuteur ou du *negotiorum gestor* ne découlent, en effet, ni d'un contrat ni d'un délit. Comment dès lors Gaius peut-il affirmer péremptoirement que « toutes les obligations naissent d'un contrat ou d'un délit » et partant présenter sa classification comme la *summa divisio*<sup>1</sup> ? Deux analyses différentes ont été proposées pour éclairer cette lacune.

Selon Van Oven, Gaius aurait donné au mot *contractus* un sens très large, susceptible d'englober ce que nous appelons les quasi-contrats, voire même certaines obligations légales. Il est vrai que la notion de *contractus* n'était pas très ancienne lorsqu'il rédigea ses *Institutes* ; peut-être même n'était-elle pas définitivement fixée. De surcroît Gaius parle des contrats sans prendre le soin de définir cette notion qui peut donc être entendue *lato sensu*<sup>2</sup>.

J. Macqueron refuse une telle explication. Il fait d'abord remarquer qu'il est faux de prétendre que Gaius ne définit en aucune façon le *contractus*. Il relève, en effet, un passage des *Institutes* où Gaius s'occupant des contrats *re*, après avoir parlé du *mutuum* (et le prêt est un contrat dans toute l'acception du terme), aborde incidemment l'obligation de restituer l'indû. Cette étude de la restitution de l'indû n'est évidemment pas à sa place dans un développement consacré aux contrats. Gaius s'en aperçoit et il éprouve le besoin de préciser : «... ce genre d'obligation ne paraît guère découler d'un contrat, car l'intention de celui qui fait un paiement n'est pas de contracter une affaire, mais bien plutôt d'en terminer une »<sup>3</sup>. Faut-il donc admettre avec J. Macqueron qu'« en déclarant ainsi que l'obligation de restituer l'indû n'est pas contractuelle, Gaius reconnaît d'une part que sa classification bipartite est insuffisante et d'autre part que son développement sur l'indû n'est pas à sa place »<sup>4</sup> et le même auteur de conclure – trop rapidement pensons-nous – que Gaius « a rédigé une partie de ses *Institutes* avec une assez coupable étourderie »<sup>5</sup>.

Ce que nous savons de Gaius<sup>6</sup> devrait pourtant le mettre à l'abri de jugements scientifiques trop abrupts ; et, de fait, la thèse avancée par Van Oven sur l'acception qu'il convient de donner au terme *contractus* n'est certainement pas dénuée de tout fondement. Dans le même passage des *Institutes* où il aborde le problème posé par le paiement de l'indû, Gaius, en effet, rapproche de façon non équivoque contrat et quasi-contrat : « la somme payée indûment peut être réclamée par *condictio* à celui qui l'a reçu, de la même façon que s'il avait

---

<sup>1</sup> G. III. 88.

<sup>2</sup> *Iura*, I, 1950, p. 21 et *sq.*

<sup>3</sup> G. III. 91.

<sup>4</sup> J. Macqueron, *op. cit.*, p. 31.

<sup>5</sup> Van Oven estime que la phrase rapportée au G. III.91 n'a pas été écrite par Gaius, mais ajoutée à son texte à une époque où la notion de contrat s'était précisée. Pour J. Macqueron, en revanche, l'hypothèse d'une interpolation est ici tout à fait inadmissible, car cette même phrase est répétée dans deux éditions absolument distinctes des *Institutes* de Gaius : dans le palimpseste de Vérone et dans le manuscrit que Justinien a recopié pour rédiger le passage correspondant de ses *Institutes* (4.14.1).

<sup>6</sup> J. Gaudemet, *Institutions de l'Antiquité*, Paris, 1967, p. 590, n° 432, note 7.

reçu un prêt » (*proinde... ac si mutuum accepisset*)<sup>1</sup>; il n'est pas douteux que dans ce cas particulier Gaius ait voulu assimiler les effets d'une obligation quasi-contractuelle à ceux d'une obligation contractuelle. Si cela ne permet pas d'affirmer, comme le fait Van Oven, que le vieil auteur fut pleinement satisfait de la bipartition proposée, cela du moins a le mérite d'expliquer, contrairement à ce que pense J. Macqueron, la position affectée par Gaius au paiement de l'indû dans ses *Institutes*. Il est donc permis de supposer que si la *summa divisio* fut originellement considérée comme suffisante, il n'en va plus ainsi sous la plume de Gaius, contraint faute de mieux d'adopter ce schéma, peut-être même à des fins purement didactiques : les *Institutes*, manuel élémentaire de droit, étaient destinés – il ne faut pas l'oublier – aux étudiants<sup>2</sup>. S'il est vraisemblable que la pesanteur d'une certaine tradition scientifique s'imposait à Gaius, il nous paraît non moins évident que les développements qu'il consacre au paiement de l'indû constituaient, dans son esprit, les prémices d'une nouvelle classification, celle qui figure dans les *Res Cottidianæ*.

### ***B – Les classifications des Res cottidianæ et des Institutes de Justinien***

Un long fragment du *Digeste* nous apprend, en effet, que Gaius aurait proposé une classification tripartite des sources des obligations dans un autre de ses ouvrages, aujourd'hui disparu, les *Res Cottidianæ*, sorte de manuel élémentaire un peu plus long que ses *Institutes*<sup>3</sup>.

Dans cet ouvrage Gaius – à tout le moins les compilateurs du *Digeste* qui lui en attribuent la paternité – constate, tout d'abord, que les obligations ne naissent pas toutes de contrats ou de délits ; certaines obligations dérivent d'autres sources, les *variæ causarum figuræ*, c'est-à-dire les « sources diverses », les « sources variées », les « autres sources »<sup>4</sup>. De toute évidence la terminologie n'est pas encore forgée. L'auteur s'est manifestement contenté de proposer un vague intitulé susceptible de permettre le regroupement des sources d'obligations qu'il estimait ne pouvoir intégrer dans sa *summa divisio*.

Il va ensuite s'efforcer de répartir, d'après leurs effets, les obligations qui découlent de ces « sources diverses ». Il aboutit ainsi à une sous-distinction : certaines de ces obligations sont sanctionnées par des actions de bonne foi ou par des actions de droit strict, en tout point comparables à celles qui concernent les obligations contractuelles, ce sont les hypothèses dans lesquelles *quasi ex contractu tenetur* (on est tenu comme en vertu d'un contrat). D'autres obligations sont sanctionnées par des actions comparables aux actions pénales, ce sont des hypothèses dans lesquelles *quasi ex delicto tenetur* (on est tenu comme en vertu d'un délit)<sup>5</sup>.

C'est cette classification des *Res Cottidianæ* qui a été utilisée par les rédacteurs des

---

<sup>1</sup> G. III. 91.

<sup>2</sup> J. Gaudemet, op. cit., p. 596, n°438, note 1.

<sup>3</sup> Sur cet ouvrage, cf. J. F. Brégi, *Droit romain : Les obligations*, Paris, 2006, p. 29.

<sup>4</sup> D. 44.7.1. J. Gaudemet, E. Chevreau, *Droit privé romain*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, 2009, p. 205

<sup>5</sup> D. 44.7.5

*Institutes* de Justinien ; mais ces derniers en ont malheureusement altéré la signification. Dans ses *Institutes*<sup>1</sup>, en effet, Justinien distingue quatre sortes d'obligation : *Aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio* (les obligations sont contractuelles ou quasi-contractuelles ou délictuelles ou quasi-délictuelles)<sup>2</sup>. Quelle est la nature de la classification proposée ? Il s'agit d'une classification légale des sources des obligations. Pour Justinien les quasi-contrats et les quasi-délits sont des sources d'obligations ; les termes qu'il emploie au sujet des quasi-contrats ne laissent aucun doute à cet égard : « Nous allons, dit-il, étudier maintenant les obligations qui naissent comme d'un contrat » (*quæ quasi ex contractu nasci videntur*)<sup>3</sup>.

La classification légale ainsi présentée est juridiquement inacceptable. Gaïus, dans les *Res Cottidianæ*, s'était exprimé d'une façon logique en suggérant, par exemple, que le *negotiorum gestor* est « tenu comme en vertu d'un contrat », en l'espèce le mandat ; en revanche, il est tout à fait inexact de prétendre, comme le fait Justinien, que l'obligation du même gérant d'affaires « naît comme d'un mandat ». La comparaison, parfaitement légitime quand elle concerne les effets, devient fautive quand on veut la faire porter sur les sources, sur le mode de formation de l'obligation.

La fâcheuse classification des obligations inventée par Justinien a eu le plus grand succès. Par l'intermédiaire de Pothier qui la tenait d'une chaîne de romanistes<sup>4</sup> et qui y greffa une cinquième source, la loi<sup>5</sup>, elle est passée dans le Code civil de 1804<sup>6</sup> et de là notamment dans les divers codes européens et africains soumis au rayonnement juridique français. Dans les Codes tunisien et marocain des obligations et des contrats la formule de Justinien est transposée avec une assez remarquable fidélité. C'est très exactement le texte des *Institutes*, soumis à l'éclairage des théories germaniques, que l'on retrouve dans ces deux constructions.

## II- LA CLASSIFICATION DU DROIT CIVIL MAROCAIN

L'article 1 du *D.O.C.* présente ainsi un double aspect. C'est d'abord un texte de compromis entre droits occidentaux et orientaux. À l'instar du droit français, il a ainsi conservé, de ses origines romaines, une distinction inutile, celle du délit et du quasi-délit, et une notion inexacte, celle de quasi-contrat. C'est ensuite un texte empreint d'une certaine modernité juridique. À la différence du Code civil de 1804, il a non seulement bénéficié de

---

<sup>1</sup> Les *Institutes* (*Institutiones sive elementa juris*) furent promulgués le 25 novembre 533, quelques jours avant le *Digeste* (15-XII-533). Cf. A.-E. Giffard, *op. cit.*, p. 73-74, n° 119-121.

<sup>2</sup> *Inst. Just.* 3.13.2.

<sup>3</sup> *Inst. Just.* 3.27. pr.

<sup>4</sup> J. Carbonnier, *Droit civil, op. cit.*, p. 21; M. Planiol et G. Ripert. *Traité pratique de droit civil français, op.cit.*, p. 2, n° 3.

<sup>5</sup> R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, Paris, 1761, 2 vol., réédité par M. Masson, Paris, 1883, n°113-116 ; H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil, op. cit.*, p. 42-43, n° 46.

<sup>6</sup> Art. 1370.

l'apport des théories germaniques sur la volonté unilatérale du débiteur, mais encore volontairement occulté la source « mère » des obligations, la loi, dont il n'était évidemment pas nécessaire de spécifier le rôle au sein d'une classification « légale » des sources.

### *A – Une distinction inutile – Une notion inexacte*

On peut reprocher aux rédacteurs du *D.O.C.* d'avoir présenté une classification trop complexe en retenant une distinction inutile, celle des délits et des quasi-délits qui n'entraîne aucune conséquence pratique, puisque le code soumet les délits et les quasi-délits à une réglementation unique<sup>1</sup>. La théorie du risque dont la jurisprudence marocaine a fait de multiples applications<sup>2</sup> trouve par ailleurs difficilement sa place dans cette classification. L'opposition du délit au quasi-délict apparaît de surcroît inspirée d'un simple désir de fausse symétrie entre la distinction du contrat et du quasi-contrat. Or celle-ci est également très contestable.

Le droit civil marocain range parmi les quasi-contrats différentes situations juridiques couvrant un champ beaucoup plus large que les normes intégrées dans le Code de 1804. Le *D.O.C.*, en effet, s'occupe non seulement de la gestion d'affaires<sup>3</sup>, mais également de la répétition de l'indû<sup>4</sup> pour laquelle il s'est approprié les dispositions de la loi française<sup>5</sup>, en y ajoutant celles de la loi allemande sur l'enrichissement sans cause<sup>6</sup> et sur la répétition de ce qui a été payé pour une cause illégale<sup>7</sup>.

Cette intégration dans le droit positif de la théorie et de la réglementation allemande<sup>8</sup> rend-elle crédible la notion marocaine de quasi-contrat ? Celle-ci est-elle opposable aux théories désormais classiques de Planiol<sup>9</sup> ou de Vizioz qui, dans sa thèse de doctorat, a abouti à la négation même du concept<sup>10</sup>. Ces auteurs se sont efforcés de démontrer que la notion de quasi-contrat était fautive, inutile et dangereuse. Le Code civil de 1804 est, de fait, fort

---

<sup>1</sup> *D.O.C.*, art. 77, 106.

<sup>2</sup> F.-Paul Blanc, *Les obligations et les contrats en droit marocain (D.O.C. annoté)*, Casablanca, 1989. p. 151 et *sq.*

<sup>3</sup> À propos du mandat, art. 943-958.

<sup>4</sup> *D.O.C.*, art. 66-69.

<sup>5</sup> *Code civil*, art. 1235, 1376-1381.

<sup>6</sup> *D.O.C.*, art. 75.

<sup>7</sup> *D.O.C.*, art. 72.

<sup>8</sup> *Code civil allemand*, art. 812 et *sq.*

<sup>9</sup> M. Planiol, « Classification des sources d'obligations », dans *Rev. crit. de légis. et de jurispr.*, 1904, p. 224 et *sq.* ; G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil, op. cit.*, p. 21-22, n° 18.

<sup>10</sup> H. Vizioz, *La notion de quasi-contrat*, thèse, Bordeaux, 1912.

embarrassé pour la définir<sup>1</sup> ; quant aux rédacteurs du *D.O.C.*, contemporains de ce mouvement doctrinal, ils eurent la prudence de s'abstenir de proposer une définition<sup>2</sup>.

L'origine de la notion actuelle de quasi-contrat prend, nous l'avons vu, sa source dans la confusion commise par les rédacteurs des *Institutes* de Justinien lorsqu'ils interprétèrent les normes posées dans les *Res Cottidianæ*. Les anciens auteurs français s'efforcèrent de donner un contenu positif au mot même de quasi-contrat en invoquant l'idée de contrat fictif ou de contrat présumé pour rattacher à la volonté l'obligation quasi-contractuelle et la rapprocher ainsi de l'obligation contractuelle<sup>3</sup>. Le *D.O.C.* a conservé cette conception que l'on peut notamment retrouver dans les développements consacrés à la gestion d'affaires, « quasi-contrat analogue au mandat »<sup>4</sup>. La critique d'une telle conception est aisée, car il n'est pas possible de rattacher l'obligation quasi-contractuelle à la volonté du débiteur. Celui qui fait un paiement indu croyait bien faire un paiement et non consentir un prêt et on chercherait vainement au moment du paiement sa volonté d'obtenir restitution. De même si dans une opération comme la gestion d'affaires, la volonté de gérer l'affaire d'autrui joue un rôle important, on ne comprend pas comment elle pourrait à elle seule faire naître des obligations à la charge des deux parties. Quant à la théorie de l'enrichissement sans cause dans laquelle la volonté ne joue à peu près aucun rôle, elle permet de comprendre pourquoi le paiement de l'indu qui n'en est, en fait, qu'une application particulière « est, à certains égards, plus proche du délit et de la responsabilité délictuelle que du contrat »<sup>5</sup>.

Le maintien de la notion de quasi-contrat dans la classification légale des sources des obligations en droit civil marocain paraît ainsi de nos jours difficilement concevables. C'est un véritable archaïsme qu'il importe de supprimer<sup>6</sup>.

### ***B – Un apport justifié – Une lacune volontaire***

Il est une source spécifique d'obligations que le *D.O.C.*, à la différence du Code civil français, n'a pas ignoré, c'est la volonté unilatérale du débiteur<sup>7</sup>, matière minutieusement réglée par le droit allemand<sup>8</sup>. C'est en effet, à la suite des travaux de Saleilles<sup>9</sup>, qui avait

---

<sup>1</sup> *Code civil*, art. 1371.

<sup>2</sup> La notion de quasi-contrat ne présente aucune homogénéité : « gestion d'affaires » ou « répétition de l'indu » correspondent à des situations tellement différentes qu'il ne paraît pas possible de les réunir en un même concept, de les réduire à l'unité.

<sup>3</sup> G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, *op. cit.*, p. 20 n° 17.

<sup>4</sup> *D.O.C.*, Livre II, titre VI, chapitre V.

<sup>5</sup> G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, *op. cit.*, p. 21, n° 17:

<sup>6</sup> Josserand, dans son *Cours de droit civil français*, n'hésitait pas à présenter le quasi-contrat comme une « sorte de monstre légendaire qu'il faut se décider à bannir du vocabulaire juridique » ; citation dans H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, *op. cit.*, p. 701, n° 649.

<sup>7</sup> *D.O.C.*, art. 14-18.

<sup>8</sup> *Code civil* allemand, art. 657-659.

<sup>9</sup> et notamment de sa *Théorie générale de l'obligation d'après le projet du code civil allemand*, Paris, 1890.

introduit en France les théories germaniques favorables à l'engagement par volonté unilatérale, que l'opinion s'est répandue chez les juristes français que la volonté peut engager celui qui l'exprime non seulement lorsqu'elle rencontre celle du créancier, mais même en dehors de toute acceptation<sup>1</sup>. Les rédacteurs des codes tunisien et marocain n'eurent qu'à intégrer dans leurs constructions les normes ainsi dégagées par la doctrine<sup>2</sup>.

En revanche une incomplétude grave semble a priori entacher la classification marocaine : la loi n'est pas, en effet, mentionnée en tant que source de toutes les obligations qui ne dérivent pas d'une des catégories précédentes. Il est vrai que le *D.O.C.*, à la différence du code français<sup>3</sup>, ne donne aucun exemple d'obligation purement légale. Il en existe pourtant en droit civil marocain, le code de statut personnel en fournit de multiples exemples : les effets pécuniaires de la parenté<sup>4</sup> notamment peuvent déterminer une obligation alimentaire légale<sup>5</sup>, à l'instar des effets du mariage<sup>6</sup> ou d'un simple engagement<sup>7</sup>. Il est vrai aussi que la violation d'une obligation légale peut correspondre à un délit civil et se résoudre judiciairement en une condamnation indemnitaire fondée sur les articles 77 et 78 du *D.O.C.*<sup>8</sup>.

Mais était-il vraiment nécessaire de spécifier le rôle de la loi ? N'était-ce pas une précaution tout à la fois inutile et insuffisante ? En effet, dire que la loi est une source d'obligations correspond à proférer une évidence, c'est une affirmation inutile<sup>9</sup>. La loi entendue *lato sensu*, c'est-à-dire « englobant toutes les sources de droit objectif »<sup>10</sup>, est la source nécessaire de tous les droits subjectifs, et donc de toutes les obligations. Mais, d'un autre côté, présenter la loi comme une source d'obligations est singulièrement insuffisant : pour créer des droits et des obligations, la loi prend en considération des faits ou des actes juridiques ; ce sont donc ces derniers qui seuls doivent être regardés comme sources spécifique des obligations, la loi étant « le facteur commun de toutes les sources »<sup>11</sup>.

---

<sup>1</sup> Cf. notamment A. Weill et F. Terré, *Droit civil, op. cit.*, p. 26-32, n° 25-28.

<sup>2</sup> Code tunisien : art. 18-22.

<sup>3</sup> Art. 1370, al. 3.

<sup>4</sup> *Code de la famille*, Livre III, Titre III. art. 197 et *sq.*

<sup>5</sup> *Ibid.*, art. 187-193.

<sup>6</sup> *Ibid.*, art.194-196

<sup>7</sup> *Ibid.*, art 205.

<sup>8</sup> F.-Paul Blanc, *Les obligations et les contrats en droit marocain, op. cit.*, p. 84 et *sq.*, *passim*.

<sup>9</sup> M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français, op. cit.*, p. 14-16, n° 12.

<sup>10</sup> B. Starck, *Droit civil - Obligations*, Paris, 1972. p. 7, n° 3.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 7, n° 3.





## حل الشركة لأسباب معتبرة

### قراءة في الفصل 1056 من ظهير الإلتزامات

### و العقود على ضوء العمل القضائي.

#### La dissolution de la société, lecture de l'article 1056

#### du dahir formant code des obligations et contrats

Rachid Fettouche<sup>1</sup>

إن قوة الشركة تكمن في أنها تعيش لمدة طويلة، وأحيانا غير محدودة مما يعطيها الاستمرارية في القابلية للحياة أكثر من تلك التي يتمتع بها الشخص الطبيعي، حيث أن الشيخوخة أبعد من أن تضعف قواها، بل تمنحها امتيازاً وشهرة تجارية<sup>(2)</sup>.

ويرى العميد "Ripert" في هذا الصدد، أن إنشاء الشركات يوحي أن الشركاء بفعلهم هذا يبحثون عن سبيل للخلود وتحقيق غريزة حب البقاء<sup>(3)</sup>.

والواقع أن بقاء الشركات مسألة ذات بعد اقتصادي واجتماعي وسياسي، وذلك اعتباراً لأهمية دورها في تحقيق الأهداف العامة التي يسعى المشرع إلى تحقيقها في المجتمع وانخراطها كأداة صلب الخيارات الاقتصادية والسياسية والفلسفية للمشرع، وأحيانا للدولة ككل، ذلك أن انتهاء الشركة ينتج عنه آثاراً أشد تعقيداً من تلك الناشئة عن وفاة الشخص الطبيعي، فالأهمية الاقتصادية للشركات وتشعب علاقاتها وروابطها، يجعل من انتهائها بداية مشاكل المعنيين والمحيطين بها.

وتبتدئ حياة الشركة بالقيود في السجل التجاري إذا تعلق الأمر بشركة تجارية، أما الشركات المدنية فتكتسب الشخصية المعنوية منذ التوقيع على عقد الشركة ما لم يرتض الشركاء تاريخاً سابقاً أو لاحقاً لذلك<sup>(4)</sup>.

وبعد ذلك، تأتي مرحلة أخرى لاتقل أهمية عن سابقتها، ويتعلق الأمر بمرحلة السير أو التسيير، حيث تكون الشركة قد تأسست بصورة نهائية و استكملت جميع هياكلها و شرعت في

<sup>1</sup> Professeur habilité à diriger des recherches, Faculté de Fez

<sup>(2)</sup> H.Capitant : « Les personnes juridiques peuvent vivre indéfiniment et c'est la ce qui fait leur force... » ; Cité par GAVALDA : « La personnalité morale des sociétés en voie de liquidation » Mélanges J.HAMEL 1961, p : 253Fer

<sup>(3)</sup> G.Ripert : « Aspects juridiques du capitalisme moderne », 2ème ed. Ed L.G.D.J, Paris 1970, p : 27 : par la création de ces êtres nouveaux l'homme satisfait son secret désir d'immoralité ».

<sup>(4)</sup> عن هذه المرحلة من حياة الشركة، أنظر :

- دنور الدين الفقيهي " الشركة في طور التأسيس، الوضع القانوني و التدابير الحمائية"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة قانون التجارة و الأعمال، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق بالسويس، السنة الجامعية 2011-2012 ص : 40 و ما بعدها.

ممارسة نشاطها، الذي يستوجب اتخاذ هيكلها لقرارات وإتيان تصرفات قد تنال من حقوق المتعاملين معها.

لتنتهي بمرحلة الحل، إذ تعيش الشركة المراحل الأخيرة من عمرها وتكون أصولها بادية في الإندثار، الشيء الذي يحتم إحاطة هذه الرحلة بقواعد أمره حفاظا على مختلف المصالح<sup>(1)</sup>.

ويعرف الحل بأنه إجراء يؤدي إلى إنهاء تنفيذ عقد الشركة ولا يؤثر على الحقوق والمراكز القانونية التي اكتسبها المساهمون والغير طيلة مدة حياتها؛ حيث يتطابق هذا المعنى وخصوصيات البطلان في قانون الشركات التجارية، وذلك بخلاف نظام البطلان وفقا للنظرية العامة للالتزام، الذي يعد وصفا يلحق التصرف القانوني لعييب فيه؛ فيحرمه من آثاره<sup>(2)</sup>.

وعموما تنقضي الشركات التجارية<sup>(3)</sup> شأنها في ذلك شأن الشركات المدنية<sup>(4)</sup> طبقا للقواعد العامة في الحل، التي جاءت منظمة في ظهير الالتزامات والعقود<sup>(5)</sup>.

ويمكن تصنيف هذه القواعد في مجموعات ثلاث تعد الأسباب القانونية أولها، إذ تحل الشركات بقوة القانون - الحال القانوني - متى توافرت لذلك أسباب معينة، أما المجموعة الثانية فمرتبطة بالإرادة، إذ لهذه الأخيرة أن تتدخل بين الفينة والأخرى لتعديل عقد الشركة أو النظام الأساسي وذلك بالزيادة فيه أو النقصان منه، بل ليس هناك ما يمنع من العدول عما جاء فيه وإعلان حل الشركة ولو قبل انتهاء مدتها، وتبقى المجموعة الثالثة، والمتعلقة بوجوبية تدخل القضاء جديرة بالدراسة والتحليل، إذ أن هذا الأخير لا يتردد في النطق بالحل كلما استدعى الأمر ذلك<sup>(6)</sup>.

<sup>(1)</sup> خاصة إذا تعلق الأمر بشركة المساهمة، حيث يعمد المؤسسون على اتخاذ هذا الشكل من الشركات التجارية للقيام بالمشاريع الصناعية والتجارية الضخمة، وتخضع هذه الشركات بالإضافة إلى القواعد العامة في الحل إلى قواعد خاصة جاء بها القانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة. أنظر في هذا الصدد :

- د. علاء فالي : " مفهوم رأس المال في شركة المساهمة"، الطبعة الأولى 2008، مطبعة طوب بريس، الرباط، ص : 349 وما بعدها.

<sup>(2)</sup> د. أحمد شكري السباعي : " نظرية بطلان العقود وإبطالها في قانون الالتزامات والعقود"، الطبعة الأولى 1971، المطبعة المثالية، الرباط، ص : 11.

( ) تخضع هذه الشركات لظ.ش رقم 1.96.124 صادر بتاريخ 30 غشت 1996، بتنفيذ القانون رقم 17.95 المتعلق بشركات 3

المساهمة، منشور ب: ج.ر.ع 4422. بتاريخ 17 أكتوبر 1996، كما وقع تميمه و تغييره ، وكذا ل : ظ.ش رقم 1.97.49 صادر بتاريخ

13 فبراير 1997، بتنفيذ القانون رقم 5.96 المتعلق بشركة التضامن وشركة التوصية البسيطة وشركة التوصية بالأسهم والشركة ذات

المسؤولية المحدودة وشركة المحاصة، منشور ب: ج.ر.ع 4478 بتاريخ 1 ماي 1997 ص 1058. كما وقع تميمه و تغييره

(4) تخضع الشركات المدنية لأحكام ظ.ش صادر بتاريخ 9 رمضان 1331، الموافق ل 12 غشت 1913 بمثابة قانون الالتزامات والعقود، منشور ب: ج.ر.ع 46 بنفس التاريخ.

<sup>(5)</sup> مع مراعاة الاستثناء المتعلق بالنص على بعض أسباب الحل، إما في المدونة الجديدة للتجارة كما هو الشأن بالنسبة للتصفية القضائية، أو في قانون 17.95 المتعلق بشركات المساهمة كما هو الحال بالنسبة لنظامي الإدماج والإنفصال.

<sup>(6)</sup> حول التأصيل لكلمة حل في القانون اللاتيني، و الحل لأسباب معتبرة أنظر :

- Abdellah MIFDAL : « La dissolution pour justes motifs de la société anonyme en droit marocain » ;  
Mémoire pour l'obtention du Diplôme de master en droit des affaires, faculté de droit hassan II mohammedia  
année universitaire 2011-2012 p : 04.

والحقيقة أن الأسباب المعتبرة الموجبة للحل، لا تقع تحت حصر وأن تعدادها وارد على سبيل المثال، ويبقى لقاضي الموضوع عند بته في النزاع سلطة تقييم ما إذا كان الخلاف موجبا للحل فينطق به، أم أنه خلاف بسيط فيستبعده ولما كانت الأسباب المعتبرة الموجبة للحل عديدة فإن تركيزنا سينصب على تلك التي أعطى بها الفصل 1056 من ظ.ل.ع أمثلة .

هكذا، وعلى الرغم من المناداة بضرورة استبعاد الدور التدخل للقاضي في العمل اليومي للشركات ، الذي يجب ألا يكون إلا استثناء<sup>(1)</sup>. فإنه مع ذلك يبقى وجوده لازما في حالات معينة<sup>(2)</sup> كحالة وجود أسباب معتبرة (المبحث الأول). ، إذ يبقى من حق كل شريك أن يراجع القضاء لإقامة دعوى في الموضوع (المبحث الثاني).

### المبحث الأول: حالات الحل القضائي لأسباب معتبرة

يبقى من حق كل شريك أن يطالب قضائيا بحل شركة، ولو قبل انتهاء مدتها طبقا للرخصة التي أعطاه إياه الفصل 1051-ف8 من ظ.ل.ع.

وتجد هذه الرخصة تطبيقا لها في حالة حدوث أسباب معتبرة<sup>(3)</sup>، كالخلافات الخطيرة بين الشركاء (المطلب الثاني) أو عدم تنفيذ أحدهم لالتزاماته التي تعهد بها (المطلب الأول).

#### المطلب الأول : عدم تنفيذ أحد الشركاء لالتزاماته

إن عدم تنفيذ أحد الشركاء لالتزاماته التي جاء بها الفصل 1056 من ظ.ل.ع كمثال عن الأسباب المعتبرة الموجبة للحل لا تعدو أن تكون في نظرنا تطبيقا للقواعد العامة المعمول بها في مجال تنفيذ العقود وفسخها؛ وهكذا نص الفصل 259 من ظ.ل.ع على أنه: "إذا كان المدين في حالة مطل كان للدائن الحق في إجباره على تنفيذ الالتزام ما دام تنفيذه ممكنا، فإن لم يكن ممكنا جاز للدائن أن يطلب فسخ العقد..."<sup>(4)</sup>.

ومن أمثلة عدم الوفاء بما تم التعهد به نحو الشركة، نجد امتناع الشريك عن تسليم حصته في رأسمال الشركة أو تقصير رئيس مجلس الإدارة في تدبير أمور الشركة أو ثبوت غش أو تدليس أو خطأ جسيم في حق أحد أعضاء أجهزة الإدارة أو وقوع حوادث طارئة غير متوقعة تجعل من

<sup>(1)</sup> A. VIANDIER et J.J COUSSIN. – Droit des sociétés – J.C.P. Ed.E.1993, N° 20-21 Chronique, p : 270.

- Abdeljalil EL HAMMOUMI : « La fonction du juge en droit des sociétés se limite-t-elle à dire le droit ? » Rev.Al Miyaar, N° 31, Juin 2004, p : 134.

<sup>(2)</sup> Brigitte Hess FALLON et Anne marie SIMON : « Droit commercial et des affaires », 11 Ed 1997- Précis Dalloz, P : 125.

<sup>(3)</sup> Habiba BELAID : « Le juste motif en droit des sociétés », memoire pour l obtention de diplôme des études approfondies en droit des affaires, faculte de droit sidi mohamed ben abdellah fes année universitaire 2002-2003 p : 26.

- Rev.Soc 1981, N° 2,99 année, Jurisp. p : 784.

<sup>(4)</sup> نفس المقتضى جاء به الفصل 1844-ف7 من القانون المدني الفرنسي.

العسير على الشركة الاستمرار في نشاطها دون خسائر؛ وعلى العموم فإنه لا حصر للأسباب التي ترجع إلى أخطاء الشركاء وتبرر بالتالي طلب الحل دون الإخلال في التعويض<sup>(1)</sup>.

وقد وردت إشارات متكررة عن هذا المقتضى وصلت إلى حد الإطناب، فالمتصفح لظهير الإلتزامات و العقود يجد هذا الأمر يتكرر في مجموعة من الفصول، إذ ينص الفصل 995 من ظل.ع على أنه "كل شريك مدين للشركاء الآخرين بكل ما وعد بتقديمه للشركة..."، وبعده الفصل 996 من ظل.ع جاء فيه: "على كل شريك أن يسلم حصته في الوقت المتفق عليه... وإذا كان أحد الشركاء مماطلا في تقديم حصته، ساع لباقى الشركاء أن يطلبوا الحكم بإخراجه أو أن يلزموه بتنفيذ تعهده"

و من التطبيقات القضائية في الموضوع، نورد ما قضت به المحكمة التجارية بالرباط حينما فسخت عقد الشركة لعدم وفاء أحد الشركاء بالتزاماته إعمالا للفصل 1056 من ظل.ع، و من بين ما جاء في حيثيات حكمها نورد<sup>(2)</sup>: "...حيث التمس المدعي بمقتضى مقاله فسخ عقد الشركة المبرم بين الطرفين بسبب عدم وفاء المدعى عليه بالتزامه... وحيث إنه بثبوت إخلال المدعى عليه بالتزاماته التعاقدية وسبقية إنذاره بالوفاء، وذلك بمقتضى الرسالة التي توصل بها بتاريخ... فإن طلب الحكم بفسخ العقد الرابط بين الطرفين يكون مبررا ويتعين الحكم وفقه...".

و هو الموقف نفسه الذي كان يتبناه القضاء المغربي حتى في الفترة السابقة على إحداث المحاكم التجارية، ففي هذا الصدد قضت محكمة النقض المغربية - المجلس الأعلى سابقا - في أحد قراراتها بحل الشركة نظرا لإخلال أحد الشركاء ببند العقد الرابط بينهم، ومن بين ما جاء في حيثياته: "...حيث إن الفصل 1056 من ظل.ع، أعلاه يجد تطبيقه في طلب حل الشركة إذا وجدت المحكمة إخلالا واقعا من أحد الشركاء لبند العقد الرابط بينهم... مما جعل القرار المطعون فيه القاضي بحل الشركة مبنيا على أساس قانوني..."<sup>(3)</sup>

وإذا كان المشرع المغربي لم يتحدث إلا عن الإخلال الواقع من واحد أو أكثر من الشركاء بالالتزامات الناشئة عن العقد أو استحالتهم القيام بتلك الالتزامات، فإن المشرع المصري، قد وسع من حالات الإخلال بعقد الشركة، إذ جاء في الفصل 530 من القانون المدني المصري أن حل الشركة يمكن أن يكون بأسباب أخرى لا ترجع إلى الشركاء<sup>(4)</sup>؛ ومن الأمثلة التي أعطاها الفقه المصري في هذا الصدد، نجد مرض أحد الشركاء مرضا خطيرا، يعجزه عن القيام بعمله في

(1) د. عبد الحميد الشواربي: "موسوعة الشركات التجارية"، الطبعة الثالثة 1997، منشأة المعارف للطباعة والنشر، ص: 123.

(2) حكم المحكمة التجارية بالرباط، رقم 1703، الصادر بتاريخ 28 أكتوبر 2003، في الملف عدد 4/1772/01- غير منشور.

(3) انظر قرار المجلس الأعلى - محكمة النقض حاليا - ، عدد 377، صادر بتاريخ 14 فبراير 1990، منشور بمجلة الإشعاع، العدد الثالث، السنة 1990، ص: 70 و منشور أيضا بمجلة- قرارات المجلس الأعلى في المادة التجارية ما بين 1970 إلى 1997- منشورات المجلس الأعلى في ذكراه الأربعين 1997، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ص: 85.

(4) نص الفصل 530-2 من القانون المدني المصري على أنه: "يجوز للمحكمة أن تقضي بحل الشركة:

- بناء على طلب أحد الشركاء لعدم وفاء شريك بما تعهد به.  
- لأي سبب آخر ليس من فعل الشركاء".

الشركة أو الاضطراب العقلي المفاجئ الذي يصيبه وغير ذلك من الأسباب التي تخول إمكانية طلب حل الشركة دون الحق في التعويض، إذ لا نجد تقصيرا من جانب أي شريك<sup>(1)</sup>.

وبدلا من حل الشركة، ونظرا لجوازية الأمر بالنسبة لقضاة الموضوع، نجد المحاكم ترفض أحيانا طلب الحل وتكتفي بالتنفيذ العيني لإجبار الشريك عن الوفاء بالتزاماته، كما في حالة تراخيه عن تقديم الحصة<sup>(2)</sup>.

والملاحظ أنه على الرغم من إعتبار المشرع عدم تنفيذ أحد الشركاء لإلتزاماته من الأسباب المعتبرة إلى جانب النزاع الخطير، فإن أعمال هذا المقتضى من الناحية العملية يبقى حكرا على الشركات المدنية وشركات الأشخاص التجارية لقيامهما على الإعتبار الشخصي<sup>(3)</sup> دون شركات المساهمة التي تقوم على الإعتبار المالي<sup>(4)</sup>.

### المطلب الثاني: النزاع الخطير بين الشركاء

تكون الشركة أحيانا مركز صعوبات أو مسرعا لخلافات بين الشركاء تولد نزاعا خطيرا يمكن معه اللجوء إلى القضاء لطلب الحل، وهذا ما نص عليه الفصل 1056 من ظل.ع.

ولما كانت الشركات عموما وشركات المساهمة خصوصا، كيانا قانونيا يضم أشخاصا هدفهم هو متابعة الاستغلال المشترك لمشروع اقتصادي، وتؤخذ فيه القرارات بالأغلبية (أي أن الأغلبية يفرضون رأيهم على الأقلية)<sup>(5)</sup>، فكان من الطبيعي أن تتولد عن هذه الوضعية نزاعات داخلية محورها هو محاولة إيقاف تعسف الأغلبية أو تعنت الأقلية<sup>(6)</sup>.

(1) د.أحمد محمد محرز: "الشركات التجارية" 2000، دار النسر الذهبي للطباعة والنشر، ص : 242.

(2) من قرارات محكمة النقض المغربية نورد ذلك الصادر بتاريخ 25 فبراير 1981 تحت عدد 129 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 28 ص : 44 جاء فيه : إذا كان المدين في حالة مطل كان للدائن الخيار بين إجباره على تنفيذ الإلتزام و بين المطالبة بفسخ العقد، ويكون للدائن هذا الخيار حتى ولو كان التنفيذ العيني للإلتزام لازال ممكنا - الفصل 259 من ق.ل.ع - . وآخر صادر بتاريخ 24 يونيو 1983 تحت عدد 144 منشور بمجلة رابطة القضاة عدد مزدوج 16 و 17 ص : 63 جاء فيه : إن الفصل 259 من ق.ل.ع لا يلزم الدائن بطريقة إجبار المدين على الوفاء بالإلتزام، وإنما يدع له الخيار في إتباع إحدى الطريقتين إما إجبار المدين على الوفاء أو الفسخ القضائي وكل ذلك ما دام تنفيذ الإلتزام ممكنا، وإلا فليس للدائن إلا طلب فسخ العقد وله حق التعويض في الحالتين...<sup>(3)</sup> د.زهير بونعامية : " الإعتبار الشخصي في شركة المساهمة"، الطبعة الأولى 2011، مطبعة دار القلم بالرباط، ص : 41 وما بعدها.

(4) Vincent CUISINIER : « L affectio societatis », lexis nexis Ed litec 2008 p : 24. : « La mesintelligence; n est pas la seule hypothese.l autre hypothese ctee ; inexecution de ces obligations par un associe est rarement invoque.elle semble devoir etre utilisee dans les societes de personnes ou le contrat prend plus d importance.... ».

(5) عن مفهوم الأقلية ومفهوم الأغلبية في شركات المساهمة يراجع الأستاذ الدكتور عبد الوهاب المريني، سلطة الأغلبية في شركة المساهمة في القانون المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس - أكادال الرباط، السنة الجامعية 1996-1997، ص: 369 وما بعدها.

(6) A.VIANDIER et J.J COUSSIN: « Droit des sociétés », J.C.P. Ed.E.1993, N° 42,67 Année Chronique, p : 804.

- Paul LECANNU note sous l arret de la cour de cassation du 18 mai 1982. Rev.Soc 1982, Jurisp. p : 784.

- Rev.Soc 1981, N° 2,99 année, Jurisp. p : 784.

وتحيط المحاكم مسألة حل الشركات للنزاع الخطير بمجموعة من الشروط(1) تعد دون شك بمثابة ضمانات، إذ يستلزم في النزاع أو الخلاف الخطير أن يكون عميقا و دائما حسب بعض الفقه الفرنسي *le désaccord doit être profond et durable* (2) على نحو يؤثر سلبا على عمل الشركة ويجعلها عاجزة عن تحقيق غرضها الإجتماعي، كغياب المسيرين أو تعدد تعيينهم مع بقاء الشركة دون مسير لمدة طويلة، أو قيام شريك يملك أغلبية عددية في رأس المال بتخفيض أو بالحد من نشاط الشركة على نحو يضر بمصلحتها لتحقيق مآرب شخصية.

ونجد القضاء المغربي لا يتردد في النطق بحل الشركة كلما لزم الأمر ذلك؛ ففي قرار لها بتاريخ 18 يوليوز 2006 قضت محكمة الإستئناف التجارية بحل الشركة للنزاع الخطير بين المساهمين، نظرا لوجود خلافات خطيرة عمرت ما يزيد عن 16 سنة بين فريقين من المساهمين متساويين في رأس المال، مما شل معه عمل الشركة وجعلها غير قادرة عن اداء وظائفها نتيجة لغياب المسيرين، مما ترك فراغا في اتخاذ القرارات المصيرية في حياة الشركة(3).

وقبلها قضت المحكمة التجارية بالرباط في حكم لها بحل الشركة لوجود نزاع خطير بين الشركاء(4)، ومن بين ما جاء في حيثياته: "... وحيث إنه طبقا لمقتضيات الفصل 1056 من ظهير الالتزامات والعقود، فيمكن لكل شريك أن يطلب حل الشركة إذا وجدت لذلك أسباب معتبرة، كالخلافات الواقعة بين الشركاء، وأن الثابت من وثائق الملف أن هناك نزاعات ودعاوى بين الأطراف... وبذلك فإن موضوع العقد لم يعد قائما، لذا فإن طلب الفسخ مبرر ويتعين الاستجابة إليه...".

وللقضاء الفرنسي أحكام مماثلة في الموضوع، فقد قضت محكمة النقض بحل الشركة ورفض طلب شراء الحصص تقدم به أحد الشركاء المتنازعين، وجاء في حيثيات قرارها: "...إن الحل لا ينطق به إلا إذا أدى الخلاف الخطير بين الشركاء إلى عرقلة الشركة عن أداء وظائفها... ولما كان الشركاء والحالة هاته، يتعذر عليهم اتخاذ قرارات جماعية لصالح الشركة، زد على ذلك تنامي الخسارة... قضت المحكمة بحل الشركة ورفض الطلب الذي تقدم به أحد الشركاء لإعادة شراء حصص شركائه..."(5).

ومن تم فإن النزاع البسيط بين الشركاء الذي لا يهم سوى مصلحة شخصية أو الذي لا يؤدي إلى عرقلة الشركة عن أداء وظائفها، فإنه لا يقوم سببا للحل، وللقضاء التجاري المغربي أحكام في

(1) Paul DECROUX, « Les sociétés en droit marocain » 1988, Ed. la parte, p : 88.

(2) Dominique SCHMIDT : « Les conflits d interets dans la societe anonyme », Ed joly 2004 p : 231. : « .... Le desaccord doit être profond et durable.... ».

(3) حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء، عدد 3925، صادر بتاريخ 18 يوليوز 2006، في الملف رقم 1427/2005- غير منشور.

(4) حكم رقم 1506، صادر بتاريخ 17 أكتوبر 2002، ملف عدد 4-2002-256- غير منشور.

(5) Cass.Com, 25 mars 1993 : « ...les associés... ne pouvaient plus perdre aucune décision collective de telle sorte que les bénéfices avaient chuté...la cour prononce la dissolution... » Rev.Soc 1993, N° 3 jurs, p : 661.

الموضوع. منها ما قضت به المحكمة التجارية بالرباط في حكم جاء فيه: (1) "...وحيث أسست المدعية دعواها على مقتضيات الفصل 1056 من ظ.ل.ع الذي ينص على أنه يسوغ لكل شريك أن يطلب حل الشركة ولو قبل انقضاء المدة...

وحيث إنه من المقرر فقها وقضاء أن المحكمة تملك سلطة تقديرية كاملة لتقدير جدية ومشروعية الأسباب المعتمدة من طرف طالب الحل تأسيسا على الفصل المذكور.

وحيث إن الخلافات الخطيرة الحاصلة بين الشركاء والمنصوص عليها في الفصل 1056 من ظ.ل.ع لا تكون معتبرة في طلب الحل إلا إذا كانت مفضية بالفعل إلى تعطيل سير الشركة وقودها إلى الخراب، وهو ما لا ينطبق على نازلة الحال...

وفي حكم آخر لها في نفس الموضوع، قضت المحكمة التجارية برفض طلب الحل، الذي تقدم به أحد الشركاء، لأنها رأت أن وضعية الشركة مستقرة وغير موجبة للحل؛ ومن بين ما جاء في حيثيات هذا الحكم (2). "... حيث إن طلب المدعين يهدف إلى الحكم بحل شركة مركز النخيل للطيران المسجلة لدى مصلحة السجل التجاري بالرباط مع كل ما يترتب عن ذلك من آثار قانونية...

حيث أسس المدعيان طلبهما على كون المدعى عليها مسيرة الشركة أساءت التصرف وتجاوزت المهام المنوطة لها ولم تراعى مصلحة الشركاء، فأصبحت الشركة تتخبط في مشاكل مالية خانقة وتواجه صعوبات.

وحيث إن المحكمة بعد اطلاعها على أوراق الملف ومستنداته تبين لها، أنه ليس ضمنها ما يفيد أن المدعى عليها ارتكبت فعلا أي خروقات في تسيير الشركة، وأن هذه الشركة أصبحت تتخبط في مشاكل مالية خانقة وتواجه صعوبات من شأنها أن تخل بالاستمرارية وتستدعي الحل والتصفية.

وحيث إنه تبعا لذلك فإن الطلب ينقصه الإثبات ويتعين بالتالي التصريح بعدم قبوله".

وكان هذا هو موقف القضاء المغربي حتى في تاريخ سابق؛ ففي قرار استعجالي رفضت المحكمة الابتدائية بالرباط طلبا تقدم به أحد المساهمين لوضع الشركة تحت الحراسة القضائية تمهيدا لحلها بدعوى وجود نزاع بين أعضاء مجلس الإدارة (3)؛ وجاء في حيثياته ما يلي: "... وحيث إن شركات المساهمة بطبيعتها لها وضع خاص يميزها عن باقي الشركات... فإن الثابت وحسبما استقر عليه الفقه والاجتهاد، أن شركات المساهمة لا يمكن وضعها تحت الحراسة القضائية إلا في حالة محددة: وهي وجود نزاع بين أعضاء مجلس الإدارة..."

(1) حكم المحكمة التجارية بالرباط، عدد 645، صادر بتاريخ 5 أبريل 2001، في الملف رقم 4/2000/2011- غير منشور.

(2) حكم المحكمة التجارية بالرباط، عدد 1346، صادر بتاريخ 15 يوليوز 2003، في الملف رقم 4-2001-2040- غير منشور.

(3) قرار استعجالي رقم 123، صادر بتاريخ 11 يوليوز 1984، منشور بمجلة رابطة القضاة، عدد مزدوج 12 و 13 لسنة 1985، ص :

ومن خلال استقراء هذه الأحكام و القرارات، نخلص إلى القول بأن للقضاء المغربي موقف موحد وقار ، إذ يرفض الحكم بحل الشركة كلما تبين له أنها مزدهرة وأن القلاقل بين الشركاء عابرة ويمكن تخطيها عن طريق فتح قنوات التواصل و الحوار. ونسجل في هذا الصدد تعرض قرار محكمة الاستئناف للنقض لأنها أمرت بتعيين حارس قضائي بدعوى أن هناك نزاع خطير بين المساهمين في شركة المساهمة يستدعي هذا الإجراء، إلا أنه تبين لمحكمة النقض أن هذا الإجراء مجاني للصواب، ومن بين ما جاء في قاعدة قرار محكمة النقض نورد : "... لا يؤمر بتعيين مسير مؤقت في شركة المساهمة إلا إذا كان هناك خلاف خطير بين أعضاء مجلس الإدارة... والقرار الذي عين حارسا قضائيا للقيام بمهمة تسيير الشركة وإدارتها مؤقتا دون مراعاة ما ذكر يكون غير مرتكزا على أساس قانوني"<sup>(1)</sup>.

وللقضاء الفرنسي أحكام كثيرة في هذا الإطار، اخترنا من بينها ما ذهبت إليه محكمة النقض في تأييدها لما كانت قد قضت به إحدى محاكم الاستئناف حينما رفضت طلب حل الشركة للنزاع الخطير بين الشركاء، وقد جاء في قاعدة هذا القرار أن : "... النزاع الخطير بين الشركاء لا يمكن أن يكون سببا في حل الشركة إلا إذا أدى إلى عرقلة وظائفها وأن محكمة الاستئناف كانت على صواب عندما رفضت الحكم بحل الشركة ما دام الخلاف لم يؤد إلى عرقلة عمل الشركة بشكل واضح، ولو كان هذا الخلاف مرده إلى صراع بين مجموعتين من الشركاء متساويتين في الحقوق"<sup>(2)</sup>.

وحتى تسمع دعوى المدعي، يتعين على هذا الأخير أن لا يكون هو نفسه المتسبب في حدوث ذلك الإضطراب الإجتماعي في الشركة<sup>(3)</sup>، إذ على الرغم من خلو الفصل 1056 من ق.ل.ع، والفصل 1844 من القانون المدني الفرنسي من اي مقتضى من قبيل ما ذكر مع استحضار أن حق التقاضي مكفول للمدعي، فإننا نجد أن القضاء يعمل على ملأمة مبدأ حسن النية في التقاضي مع المصلحة.

ويرجع الفضل في إرساء هذا المبدأ للإجتهد القضائي الفرنسي، حيث رفضت محكمة النقض الفرنسية ومنذ تسعينيات القرن الماضي – تحديدا منذ 25 يناير 1904 – سماع دعوى

---

<sup>(1)</sup> قرار المجلس الأعلى ع 655 في الملف ع 92/3198 مؤرخ في 28 مارس 2001، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى- الإصدار الرقمي، دجنبر 2006- ع 63- مركز النشر والتوثيق القضائي، ص: 309.

<sup>(2)</sup> Cass.Com, 21 octobre 1977 : « ...la simple mésentente, ne constitue pas à elle seule une cause de dissolution... » Rev.Soc 1998, N° 2, 116 année, juris, P : 310.

- Cass.Paris 10 mai 1995 « ... la jurisprudence Habituelle, la quelle se refuse à prononcer la dissolution... dans la mesure où la mésentente intervenu entre les associés n'est pas de nature à paralyser la fonctionnement normalement », R.T.D.com, et de droit économ 1996, N°2, 49 année avril, Juin, p : 291.

-Cass.Com 23 mars 1981 « ...ayant estimé que les intérêts de la S.A n'étaient pas péril, les organes sociaux fonctionnement... » Rev.Soc 1981 année 98, p :784.

<sup>(3)</sup> - Matso poulon HARITIMI : la dissolution pour mesentente entre associes ; Rev.soc 1998, p : 41. : « ...L action en dissolution est ecartee ; faute d interet lorsque le demandeur se trouve lui-même a l origine de la mesintelligence qu il invoque ; un associe ne sourait se créer a lui-même une cause de dissolution en provoquant ces coassocies

- Jacques MESTRE et Marie EVE PANCRRAZI : Droit commercial, 25 Ed 2001, L.G.D.J, p : 256.



المدعي لأنه تبين لها أنه كان هو السبب في نشوب النزاع الخطير، وبالتالي قررت عدم سماع الدعوى التي أسسها على الأسباب المعتمدة<sup>(1)</sup>.

والملاحظ أن هذا القضاء – محكمة النقض الفرنسية – قد تواتر على على احترام المبدأ المذكور حتى مع بداية القرن الحالي، ففي قرار لها مؤرخ في 25 أبريل 1990 أوردت محكمة النقض في هذا الخصوص قائلة: " إن على قاضي الموضوع وقبل البت في الدعوى المؤسسة على الأسباب المعتمدة، ان يتأكد بأن المدعي لم يكن وراء النزاع الخطير الذي نشب في الشركة المراد حلها ... " (2)

وفي اجتهاد قضائي آخر في نفس الموضوع، قضت محكمة النقض الفرنسية برفض دعوى أحد الشركاء عندما ثبت لها أنه هو المتسبب في النزاع الخطير، ومن تم، فإنه لا يحق له طلب حل الشركة وترفض الدعوى التي أسسها على النزاع الخطير<sup>(3)</sup>.

ولعل من حسنات تكريس الاجتهاد القضائي لهذا المبدأ في التقاضي حسب البعض<sup>(4)</sup>، تكمن دون شك في التصدي لسوء نية المدعي، إذ يكفي أن يكون الشريك غير راض على وضعيته في الشركة بسبب تهميشه في اتخاذ القرار، وحتى يثير الإنتباه للإلتفات إليه، نجده يلوح بطلب الحل لأسباب معتبرة مما قد يفرغ هذه المكنة من محتواها، إذ بعد أن جعلها المشرع رخصة بين يدي من داقوا درعا بسبب بعض الممارسات المنافية، ستصبح اداة للضغط على أجهزة الإدارة و التسيير في الشركة.

إلا أن قضاة الموضوع وهم يفصلون في دعاوى الحل للنزاع الخطير، كثيرا ما تواجههم صعوبات تتمثل في عدم تمكنهم من تحديد الطرف الذي كان وراء النزاع والذي يتعين عدم سماع دعواه<sup>(5)</sup>.

وعلى الرغم من هذه الصعوبات، فإن الاجتهاد القضائي قد خلق لنفسه مؤشرات دالة على جدية وخطورة النزاع، حيث نجد المحاكم تحكم بالحل متى كان هناك فريقان من المساهمين لكل

(1) – Dominique GRILLET PONTON : Nouveau regard sur la vivacite de l'innome en matiere contractuelle ; Dalloz 2000 P : 334

- Jacques MESTRE et Marie EVE PANCRAZI : Droit commercial, 25 Ed 2001, L.G.D.J, p : 256.

(2) Mohamed BOUASSIDA : « La mesintelligence entre associes », memoire pour l'obtention du diplôme des etudes approfondies en droit des affaires, faculte de droit de sfax tunis annee univercitaire 2000-2001 p : 26.

(3) Cass.Com 12 mars 1996 : « la dissolution...droit être prononcée sur le fondement des dispositions d'art... et que n'est pas rapportée la preuve que le demandeur était à l'origine de la mésentente ». Rev.De la juris.Com 41 année, N° 4, avril 1997, p : 163.

(4) - Abdellah MIFDAL : « La dissolution pour justes motifs de la societe anonyme en droit marocain » ; Mémoire pour l'obtention du Diplôme de master en droit des affaires, faculte de droit hassan II mohammedia annee univercitaire 2011-2012 p : 80.

(5) Cass.Com 13 février 1996 : « ...Cour d'Appel qui a prononcé la dissolution d'une société ... et rejeté une demande... fondée sur l'action abusive de l'associés d'une société est seul responsable, ne pouvant constituer pour lui un juste motif l'autorisant à demander la dissolution » Rev.Soc 1996, N° 3 Juillet, Septembre jurisp, p : 563.

منهما نصف رأس المال ونشب خلاف بينهما تعذر معه إعادة تشكيل مجلس الإدارة وأيضا تعيين رئيس له، وقد قضت محكمة *RENNES* وقبلها *Quiper* بأن بقاء الشركة دون مسير يعد سببا معتبرا<sup>(1)</sup>.

ويعد خلافا خطيرا بين الشركاء الأعمال التي يستفاد منها غياب نية التعاون المثمر والمشارك بينهم والتي تعصف دون شك بالعرض الذي تجمع الشركاء من أجله لأول مرة، حتى ولو لم يتعلق الأمر بتسيير أمور الشركة<sup>(2)</sup>، وقد أجمع الفقه والقضاء الفرنسيين أن غياب نية التعاون والتآزر بين الشركاء بما فيه مصلحة تحقيق الغرض الاجتماعي للشركة يعد سببا موجبا للحل<sup>(3)</sup>.

إذن، وكما مر معنا فإن الأسباب التي تولد النزاع الخطير الموجب لحل الشركة، كثيرة ومتعددة، بعضها ساهمت في خلقه النصوص القانونية نفسها<sup>(4)</sup>، ونعطي تمثيلا لا حصر، ذلك النزاع الذي سببه سلطة الأغلبية أو تعنت الأقلية في شركات المساهمة، خاصة في الفترة التي عرفت تطبيق القانون الفرنسي لعام 1867 بظهير 1922، هذا القانون الذي لا يتضمن مقتضيات كافية لمنح الأقلية المالكة لنسبة معينة من الأسهم، حق المطالبة بخبرة عن عملية أو عمليات تتعلق بالتسيير، وإن كانت الفترة اللاحقة لصدور ق.ش.م وما طبعها من توسيع حق المساهمين في الإعلام، إلا أنها مع ذلك لم تسلم بدورها من تنازع في المصالح وصراعات بين الأغلبية والأقلية، الشيء الذي جسده على أرض الواقع مجموعة من الأحكام والقرارات في الموضوع<sup>(5)</sup>. وبعضها

(1) Arrêt rendu le 3 mai 1997, par la cour de Rennes, R.T.D, com 1978 Tome XXXI, p : 391.

(2) Patrik CANIN : la mesentente entre associés, cause de dissolution judiciaire anticipée de la société ; Rev.de droit Social, 1998 p : 10. : « ...il faut que cette mesentente empêche toute action comme; et ce la qu elle qu en soit la cause même si elle est étrangère à la gestion des affaires sociales »

(3) A.VIANDIER : Droit des sociétés, J.C.P. 1999, N° 1-7 chronique, p : 29.

- Philippe REIGNE : notes/cour d'appel de Versailles (13 ch), 17 Octobre 1991 Rev.Fr Compt, Septembre 1992, N° 237, p : 58.

(4) وإن كانت حدة هذا النزاع قد خفت بعض الشيء نتيجة للمقتضيات الجديدة التي جاء بها قانون شركات المساهمة الجديد رقم 17.95 في باب إعلام المساهمين، وتجدر الإشارة إلى القول بأن الفترة السابقة على سن قانون 17.95، عرفت عدة تدخلات تشريعية لسد النقص الحاصل في مجال إعلام المساهمين، كان أهمها ظهير 25 يوليوز 1970، إلا أن هذا الأخير ظل منتقدا، لعدم كفايته.

- د.أحمد الحجامي " دروس في مادة الشركات التجارية"، أُلقيت على طلبية السنة الثانية من السلك الثالث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، تخصص قانون الأعمال السنة الجامعية 2002-2003.

- د.فؤاد معلال : " شرح القانون التجاري الجديد، الجزء الثاني، الشركات التجارية" الطبعة الرابعة 2012، مطبعة الأمنية، الرباط، ص : 177.

(5) - انظر قرار المجلس الأعلى عدد 2731، المؤرخ في 7 مارس 1997، منشور ومعلق عليه بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد مزدوج 53-54، لعام 1999، ص: 477.

- قرار المجلس الأعلى ع 2598، مؤرخ في 30 أبريل 1997، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى - الإصدار الرقمي دجنبر 2000، ع 54-54، مركز النشر والتوثيق القضائي، ص : 163.

- قرار محكمة الاستئناف التجارية بمراكش رقم 298 في الملف رقم 149/2001 بتاريخ 17 أبريل 2001 - غير منشور - جاء فيه : "...يسوغ لمساهم أو عدة مساهمين يمثلون ما لا يقل عن 10/1 رأسمال الشركة، رفع طلب لرئيس المحكمة التجارية بصفته قاضي المستعجلات بتعيين خبير أو عدة خبراء مكلفين بتقديم تقرير عن عملية أو عدة عمليات تتعلق بتسيير شركة المساهمة عملا بالفقرة الأولى من م 157 من القانون رقم 17.95..."

- وأمر المحكمة التجارية بالبيضاء رقم 99-333 الصادر بتاريخ 2 مارس 1999، منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد 86 لسنة 2001، ص: 220.

الأخر سيكولوجي له ارتباط بعقلية المساهم التي لم تترسخ فيها بعد ثقافة التجمعات الاقتصادية من قبيل الشركات.

## المبحث الثاني : دعوى الحل لأسباب معتبرة

بداية، وحتى تسمع دعوى الحل لأسباب معتبرة، على المدعي أن يثبت أن السبب الموجب للحل يشكل بالنسبة إليه أهمية أو درجة كبيرة من الخطورة، وان يقوم على ضوابط موضوعية، واضحة و دقيقة<sup>(1)</sup>.

و يعمل القضاة في الغالب، وقبل النطق بالحكم على استنفاد مجموعة من الحلول التي تبدو ضرورية للحفاظ على كيان الشركة<sup>(2)</sup>، من قبيل الحكم بإخراج الشريك الذي ينغص على شركائه الحياة في الشركة عملا بالفصل 1060 من ظل.ع أو إبطال العقود والمداومات المتخذة ضدا على مصلحة الشركة والتي لا تخدم إلا فئة قليلة من المساهمين أو القيام بإجراءات المصالحة إلى غير ذلك<sup>(3)</sup>.

ويبقى الإجراء القضائي المتمثل في تعيين متصرف مؤقت، أهم هذه الإجراءات، يلجأ إليه القضاة في إطار الأوامر الاستعجالية<sup>(4)</sup> متى تبين لهم أن الشركة تمر بأزمة عابرة وأنها ما تزال مزدهرة<sup>(5)</sup> أو عندما يكون التسيير غير مؤمن نتيجة لعدم تأدية وظائف الشركة من طرف أجهزة التسيير على أحسن وجه؛ إذ تسند للمتصرف مهمة تسيير الشركة إلى حين عودة أجهزتها إلى ممارسة مهامها العادية<sup>(6)</sup>.

وتدق التفرقة هنا بين سلطة قضاة المحاكم التجارية، في تعيين متصرف مؤقت الذي يدخل ضمن الأوامر الاستعجالية المعترف بها لهؤلاء وبين عدم أحقيتهم بصفتهم قضاة مستعجلات للنطق بالحل لما لذلك من مساس بالجوه<sup>(7)</sup>.

(1) Patrik CANIN : la mesentente entre associes, cause de dissolution judiciaire anticipée de la société ; Rev.de droit Social 1998, p : 04. : « ...Pour être juste le motif mis en avant par l'associé demandeur de dissolution doit présenter un certain degré de gravité du fait de l'importance de la mesure qu'il autorise. En outre ledit motif doit satisfaire à une certaine objectivité ; c'est à dire être fondé sur des faits vérifiables et précis »

- Philippe REIGNE : notes/cour d'appel de Versailles (13 ch), 17 Octobre 1991 Rev.Fr Compt, Septembre 1992, N° 237, p : 58.

(2) Jacques MESTRE et Marie Eve PANCRAZI, op.cit, p : 249.

(3) انظر قرار محكمة الاستئناف بالبيضاء، عدد 3101 صادر بتاريخ 15 نونبر 1994، منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد 75 لسنة 1995، صفحة 66.

(4) Cour d'appel de Paris, 27 Février 1980 : « ...le juge des référés à en principe, compétence pour désigner un administrateur provisoire à une société... » Rev.Soc 1981, 99 année, p : 109.

(5) Philippe MERLE, et Anne FOUCHON : Droit commercial, sociétés commerciales, 8eme Ed. 2001 . Précis DALLOZ, p : 126.

(6) Jacques MESTRE, Emmanuel PUTMAN et Dominique VIDAL : Grands arrêts du droit des affaires, 1995 Ed Dalloz, p : 491.

(7) G.RIPERT. et R.ROBLOT., op.cit, p : 868.

وقبل النطق بالحكم، ليس هناك ما يمنع قضاة المحاكم التجارية من إصدار أمر يضع الشركة تحت الحراسة القضائية، متى كان ذلك ضرورياً؛ وهذا ما قامت به فعلا محكمة الاستئناف التجارية بمراكش وهي تنظر في إحدى الدعاوى<sup>(1)</sup>؛ ومن بين ما جاء في حيثيات قرارها : " ... وحيث إن الثابت حالياً أن وضعية الشركة غير صحيحة... وإن النزاع يدور حول التسيير الإداري وبإخلال في التسيير، وهذا ما يستدعي وضع الشركة تحت الحراسة القضائية، وذلك بتعيين السيد رئيس كتابة الضبط كحارس قضائي..."

وقد حافظ القضاء المغربي على هذا الموقف، مذكراً في الوقت نفسه بالدور الكبير الذي يلعبه الحارس القضائي في مثل هذه الوضعيات، وفي هذا الصدد صدر قرار عن محكمة النقض جاء في قاعدته ما يلي : " .... الحراسة القضائية هي إجراء يعهد بواسطته للحارس القضائي بإدارة الشيء أو المال الموضوع تحت الحراسة إلى حين انتهاء النزاع الذي كان السبب في فرضها، وأنه على ذلك الأساس يعتبر وكيلاً أو نائباً فيما يخص قيامه بإدارة المال أو الشيء الموضوع تحت الحراسة وتقديم حساب عنه.

كما يعتبر في نفس الوقت مودعاً عنده فيما يخص التزامه بتسليم المال والسهر على المحافظة عليه ورده عند انتهاء الحراسة أو انتهاء مهمة الحارس لسبب من الأسباب"<sup>(2)</sup>.

كما أن للمحكمة أن ترفض التصريح بالحل، عندما تكون هناك عروض جدية لإعادة شراء حصص الشركة المهددة من لدن باقي الشركاء، أو أن تحكم بإقصاء الشريك الذي يعد طرفاً معاكساً، يززع روح التعاون المتوخى، لتستمر بعد ذلك الشركة فيما بين الباقين وهذا ما نص عليه الفصل 1060 من ظ.ل.ع<sup>(3)</sup>.

ويعد حق الشريك في طلب الحل استناداً إلى الأسباب المعتبرة من النظام العام. ولا يجوز إطلاقاً مصادره منه؛ بائناً خلاف ذلك<sup>(4)</sup>. وهذا ما كرسته محكمة النقض المصرية في قرار لها، إذ جاء فيه: " ... إن اللجوء إلى القضاء بطلب حل الشركة حق للشريك المتضرر من جراء فعل الشركاء الآخرين. تعلق هذا الحق بالنظام العام، فلا يجوز اتفاق الشركاء على مخالفة ذلك، تضمن عقد الشركة ما يقيد حق الشركاء في اللجوء إلى القضاء بطلب حل الشركة عند وجود المبرر لذلك باطلاً بطلاناً مطلقاً"<sup>(5)</sup>.

(1) قرار عدد 689 صادر بتاريخ 29 نونبر 2000، منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد 93 لسنة 2002، ص: 172.

(2) قرار المجلس الأعلى ع 1147 في الملف التجاري رقم 2002/1/3/420، بتاريخ 18 شتنبر 2002، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى - الإصدار الرقمي، دجنبر 2006 - ع 63، مركز النشر والتوثيق القضائي، ص: 110.

(3) د. عز الدين بنسني: "الشركات في التشريع المغربي والمقارن"، الجزء الأول، الطبعة الثانية 1998، مطبعة النجاح الجديدة، ص : 254.

- Paul DECROUX, op.cit, p : 87

وأيضاً :

(4) انظر الفقرة الأخيرة من الفصل 1056 ظ.ل.ع.

(5) طعن صادر في 14 فبراير 1994، مذكور في مؤلف إبراهيم سيد أحمد: "العقود والشركات التجارية فقها وقضاء"، الطبعة الأولى 1999، دار الجامعة الجديدة للنشر، ص : 131.

ومن الإشكاليات التي تطرحها دعوى الحل لأسباب معتبرة، نورد تلك المتعلقة بصفة المدعي<sup>(1)</sup>: فإذا كان القانون المغربي ومعه الفرنسي لم يتحدث إلا عن حق الشريك المتضرر في رفع الدعوى وحده دون غيره، فإن هناك اتجاه في الفقه الفرنسي، قد وسع من دائرة الادعاء بأن أعطى الصفة إلى دائني الشركة<sup>(2)</sup>. ونرى بان هذا الاتجاه يبقى في أبعاده حريا بالتأييد، بل ليس هناك ما يمنع في نظرنا من ممارسة هذا الحق من قبل دائني الشريك وليس فقط الشركة عن طريق دعوى غير مباشرة لما في ذلك من كشف لحقيقة وضعيتها<sup>(3)</sup>.

وبالإضافة إلى الإشكاليات التي تطرحها صفة المدعي نورد تلك التي تطرحها أيضا صفة المدعي عليه. ففي دعاوى الشركات التجارية عموما يتعين أن ترفع دعوى الحل، إما في اسم الشركة موضوع الحل أو أن يتم إدخالها في الدعوى.

ونجد الاجتهاد القضائي المغربي يصرح أكثر من مرة بعدم قبول الدعوى شكلا، وذلك قبل نظره في الجوهر؛ إما لأنها رفعت على غير ذي صفة. ومن الأحكام في ذلك نورد حكم المحكمة التجارية بالرباط<sup>(4)</sup>، الذي جاء في حيثياته: "حيث يهدف طلب الحكم بحل شركة أفريك كونتانتال إليكترونيك لكن حيث إنه يتولد عن جمعيات الأشخاص التي تهدف إلى الكسب والربح، طبقا للمفهوم الذي حدده الفصل 982 من ظ.ع شخصية معنوية... فإنه يلزم أن توجه بحضورها... لذلك تصرح المحكمة بعدم قبول الطلب..."، أو لأنها ليس فيها ما يفيد إدخال الشركة في الدعوى، وهي التي لها شخصية معنوية مستقلة عن شخصية الشركاء فيها، مع ما يترتب على ذلك من آثار كحقها في التقاضي، وهذا ما أثارته فعلا المحكمة التجارية بالرباط وهي تبت في نازلة كان موضوعها طلب حل شركة مساهمة؛ ومن بين ما جاء في حكمها<sup>(5)</sup>: "... وحيث إن طلب المدعيان يهدف إلى الحكم بحل شركة ديلافاج سيرفيس، والتشطيب عليها من السجل التجاري عدد... مع كل ما يترتب من آثار قانونية... وحيث إنه بالرجوع إلى المقال الافتتاحي للدعوى يتبين أن الطرف المدعي، لم يعمل على إدخال شركة ديلفاج سيرفيس المطلوب الحكم بحلها، علما بأن هذه الأخيرة هي شركة مساهمة، تتمتع بالشخصية المعنوية وذمتها مستقلة عن ذمة الشركاء... مما يتعين معه التصريح بعدم قبوله شكلا..."<sup>(6)</sup>.

(1) تعد صفة الادعاء من النظام العام، انظر الفصل 1 من ظ.ش رقم 1.74.477، صادر بتاريخ 28 شتنبر 1974، بتنفيذ قانون المسطرة المدنية، منشور ب: ج.ر.ع 2303 مكرر بتاريخ 30 شتنبر 1974.

- ومن تطبيقات القضاء في الموضوع، انظر مثلا حكم المحكمة التجارية بالرباط رقم 1175 بتاريخ 26 شتنبر 2001، في الملف عدد 4/2001/623، جاء في حيثياته: "...حيث تهدف الدعوى إلى الحكم بما فصل أعلاه... بحيث دفع الطرف المدعي عليه بانعدام الصفة... وحيث أن الصفة من النظام العام طبقا للفصل 1 من ق.م.م... وحيث يتعين التصريح بعدم قبول الدعوى..." حكم غير منشور.

(2) Philippe MERLE, et Anne FOUCHON, op.cit, p : 127.

(3) هناك اتجاه فقهي غالي في حصر دائرة الادعاء في الشركاء وحدهم دون غيرهم، انظر د.عبد الحميد الشواربي، م.س، ص: 123.

(4) حكم رقم 887 صادر بتاريخ 29 ماي 2002، في الملف عدد 4-01-1099 غير منشور.

(5) حكم رقم 1624، صادر بتاريخ 11 دجنبر 2001، في الملف عدد 4-1999-528 غير منشور.

(6) كان للمحكمة أحكاما أخرى مماثلة، تعمدنا عدم إيرادها تفاديا للتطويل على سبيل المثال، حكم رقم 897 صادر بتاريخ 22 مارس 2003 في الملف عدد 4-2002-2053، غير منشور.

ولمحكمة الموضوع سلطات واسعة في مقارنة ما إذا كان السبب يقوم مبررا لحل الشركة من عدمه. ولا رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض وللحكم القاضي بحل الشركة صيغة إنشائية وليس إعلانية *Jugement constitutif et non déclaratif*، لأنه يؤدي إلى اختفاء شخص معنوي كان موجودا ولا تنتج آثاره إلا بعد سيرورته نهائيا<sup>(1)</sup>.

و من الإشكالات التي يمكن أن تطرحها باقي الشروط المؤطرة للدعوى، خاصة شرط الأهلية نورد فرضية ما إذا كان الشريك شريكا في شركة التضامن أو شريكا متضامنا في شركة التوصية البسيطة أو شركة التوصية بالأسم، و صدر حكم من المحكمة التجارية قضي بسقوط أهليته التجارية استنادا إلى المواد من 713 إلى 715 من مدونة التجارة المغربية<sup>(2)</sup>، وتضمن عقد الشركة ما يفيد استمرارها أو تقرر ذلك بالإجماع عملا بالمواد 18 و 30 من القانون رقم 96.5 المتعلق بباقي أشكال الشركات التجارية، فهل ستكون لهذا الشريك المحكوم عليه بسقوط أهليته التجارية، الأهلية لمراجعة المحكمة التجارية لإقامة دعوى مؤسسة على الفصل 1056 من ق.ل.ع للأسباب المعتمدة؟

مقاربة لذلك، وبالرجوع مرة أخرى إلى القواعد المؤطرة للدعوى، الفصل 1 من ق.م.م<sup>(3)</sup>، يرى البعض بأن شرط الأهلية يكون متعدرا و الحالة هاته، على اعتبار ان هذا الشرط يخضع من حيث المبدأ للقواعد العامة الواردة في قانون المسطرة المدنية مع مراعاة الخصوصيات التي جاءت بها بعض القوانين الخاصة كالمقتضيات الواردة في قانون الشركات التجارية ومدونة التجارة<sup>(4)</sup>.

وقد ثار نقاش في الفقه الفرنسي بهذا الخصوص، انتهى بعدم امكانية سماع دعوى الشريك المقامة استنادا إلى الفصل 1844 من القانون المدني الفرنسي المشابه في صياغته للفصل 1056 من ظ.ل.ع، لعدة سقوط أهليته التجارية<sup>(5)</sup>، وإن كان جانبا منه و رافة بالشريك المسقطه عنه الأهلية التجارية، يرى أنه و استثناءا، له أن يستصدر أمرا من رئيس المحكمة التجارية بصفته قاضي المستعجلات في إطار الأوامر الاستعجالية متى توفر عنصر الاستعجال و عدم المساس بجوهر الحق، وذلك للمحافظة على بعض الحقوق من الضياع<sup>(6)</sup>.

(1) G.RIPERT et, R. ROBLLOT, op.cit, p : 869.

(2) ظ.ش رقم 1.96.83 صادر بتاريخ 1 غشت 1996، بتنفيذ القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة، منشور ب ج.ر.ع 4418 2)

بتاريخ 3 أكتوبر 1996.

(3) حول هذه الشروط بوجه عام أنظر : نور الدين لبريس: "نظرات في قانون المسطرة المدنية" الطبعة الاولى 2012 مطبعة الأمنية، الرباط ص: 11 وما بعدها.

(4) Mohamed BOUFOUS : Le droit judiciaire prive, regle de procedure civil au Maroc, Ed dar al kalam ;2007 p : 46.

- Philippe REIGNE : notes/cour d'appel de Versailles (13 ch), 17 Octobre 1991 Rev.Fr Compt, Septembre 1992, N° 237, p : 58.

(5) Herve CROZE ;et ; Christian MOREL ; et ; Olivier FRADIN : « Procedure civile ; Manuel pedagogique et pratique ; l action en justice », 2005, Ed : Litec, p : 380.

(6) Albert FETTWEIS : « Precis de droit judiciaire ; la competence ; tomeII», 1971, Ed larcier, bruxelle ; belge p : 32.

وإذا ما سلمنا في إطار هذا النقاش بعدم إمكانية السماح بسماع دعوى الشريك المسقطه عنه الأهلية التجارية، فما الحكم إذا ما كان هذا الشريك مدعى أو مدعى عليه في بعض الدعاوى التي يكون الإختصاص مسندا بصفة حصرية للمحاكم التجارية، كما لو تعلق الأمر بتطبيق ظهير 11 غشت 2016 المتعلق بكراء العقارات و المحلات المخصصة للإستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي<sup>(1)</sup> ؟ فهل ستقضي المحكمة بعدم قبول الدعوى المقامة منه أو ضده إلى حين أن يرد إليه اعتباره بعد انصرام أمد السقوط ؟

نعتقد أن مثل هذا النقاش لا يمكن التسليم به في ظل القانون المغربي لمجموعة من الإعتبارات لعل أولها، أن الآثار المترتبة عن سقوط الأهلية التجارية لا تشمل سقوط أهلية التقاضي، إذ تقتصر على زوال صفة التاجر بالنسبة للشركات التي يكتسب فيها الشريك صفة تاجر، ويمنع علاوة على ذلك كالمسؤول غير الشريك و المسؤول الشريك في الشركة التي لا يكتسب فيها الشركاء صفة تاجر من إدارة أو تدبير أو تسيير أو مراقبة أي مقاوله تجارية أو حرفية أو أي شركة تجارية سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى غير ذلك من الآثار<sup>(2)</sup>... وثانيها، أن حق التقاضي مكفول دستوريا ، إذ نص الفصل 118 من الدستور الحالي على أن : **حق التقاضي مضمون لكل شخص للدفاع عن حقوقه وعن مصالحه التي يحميها القانون.....**<sup>(3)</sup>

بقي أن نشير في الختام أنه إذا كان الفصل 1056 من ظل.ع قد انتهى بصياغة مفادها كون طلب الإدعاء للأسباب المعتبرة من النظام العام ، فإن السؤال المثار يبقى حول مدى إمكانية إسناد الحسم في النزاع للأسباب المعتبرة إلى هيئة تحكيمية ؟

فيما مضى كان الفصل 306 ف 7 من ق.م.م يعتبر أن حل و بطلان الشركات لا يمكن أن يكونا موضوعا للتحكيم لتعلقهما بجوهر النظام العام.

ولعل هذا المنع حسب بعض الفقه المغربي<sup>(4)</sup>، مرده إلى تأثير الحل على الحياة الإجتماعية و الإقتصادية و السياسية للدولة، فالحل يعدم الشركة، ويقضي على دورها في الحركة التجارية و الصناعية، ويؤدي إلى الإنكماش، وتقليص الإنتاج، وتسريح العمال و العطالة، ويضر بمصالح الأغيار، وهي أسباب يستحسن ترك النظر فيها للقضاء الرسمي.

غير أن الأمر لم يعد كذلك بعد التعديل الجذري الذي مس الفصول المنظمة للتحكيم ( الفصول من 306 إلى 327 ) من ق.م.م<sup>(5)</sup>، خاصة الفصل 308 الذي جاء فيه : " **يجوز لجميع**

(1) يتعلق الأمر بالقانون رقم 49.16 المتعلق بكراء العقارات و المحلات المخصصة للإستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي المنشور ب ج.ر. بتاريخ 11 غشت 2016 ، و الذي نسخ أحكام ظهير 24 ماي 1955 .

(2) امجد لفروجي: "التاجر وقانون التجارة بالمغرب" الطبعة الثانية 1998 مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء. ص: 240

(3) الدستور المغربي الصادر في 30 يوليوز 2011 منشور ب ج.ر.ع 5964 مكرر بتاريخ 30 يوليوز 2011 ص: 3600

(4) د.أحمد شكري السباعي: "الوسيط في النظرية العامة في قانون التجارة و المقاولات التجارية والمدنية" الجزء الأول، الطبعة الأولى 2001، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط.ص : 260

(5) يتعلق الأمر بالقانون رقم 08.05 الصادر بتنفيذه ظ.ش رقم 1.07.169 بتاريخ 30 نونبر 2007 منشور ب.ج.ر.ع 5584 بتاريخ 6 دجنبر 2007 ص : 3894 .

الأشخاص من ذوي الأهلية الكاملة سواء كانوا طبيعيين أو معنويين أن يبرموا اتفاق تحكيم في الحقوق التي يملكون حرية التصرف فيها ضمن الحدود ووفق الإجراءات و المساطر المنصوص عليها في هذا الباب، و ذلك مع التقيد بمقتضيات الظهير الشريف الصادر في 12 غشت 1913 بمثابة ق.ل.ع كما وقع تغييره و تميمه و لا سيما الفصل 62 منه.

يمكن بوجه خاص أن تكون محل اتفاق تحكيم النزاعات الداخلة في اختصاص المحاكم التجارية عملا بالمادة 5 من القانون رقم 95.53 القاضي بإحداث محاكم تجارية".

وما يمكن ملاحظته بخصوص هذا التعديل، ان المشرع المغربي قد سار في اتجاه تليين إن لم نقل تغيب مفهوم النظام العام في الكثير من الحالات المماثلة، الشيء الذي يمكن معه القول دون تردد أن مسألة حل الشركات لأسباب معتبرة، التي جاء بها الفصل 1056 من ظل.ع يمكن أن تكون موضوعا للتحكيم.

وبالرجوع إلى المشرع التونسي و البحث حول ما إذا كان من المسوغ إسناد النطق بالحل لأسباب معتبرة إلى هيئة تحكيمية، نجد أن المادة 387 من مجلة الشركات التجارية التونسية لم تنص صراحة على إمكانية اللجوء إلى الوسائل البديلة بما فيها التحكيم لفض النزاعات المتعلقة بحل الشركات، بل اقتصر على التعرض إلى إمكانية صدور حكم من المحكمة المختصة، غير أنه ليس هناك ما يمنع حسب ظاهر النص اسناد النطق بالحل إلى محكم.

وللتدليل على ذلك، نجد بعض الفقه التونسي يربط بين أحكام قانون الشركات و أحكام مجلة التحكيم،<sup>(1)</sup> ففي مقابلة بين الفصل 387 المذكور، و الفصل 16 من م.ت.ت. نجد هذا الأخير ينص على أنه : " مع مراعاة أحكام الفصل 7 من هذه المجلة يجوز الإتفاق على التحكيم في كل نزاع معين موجود، كما يجوز اشتراط شرط تحكيمي فيما قد ينشأ من النزاعات المتعلقة بالالتزامات و المبادلات المدنية و التجارية و النزاعات بين الشركاء في شأن الشركة " .ليخلص إلى القول بإمكانية إسناد النطق بحل الشركة إلى هيئة تحكيمية، لا سيما وأن مسألة حل و بطلان الشركات لا تشكل جزءا من النظام العام، الذي عدد المشرع التونسي حالاته على سبيل الحصر في الفصل 7 من مجلة التحكيم<sup>(2)</sup>.

أما بخصوص موقف بعض التشريعات المقارنة، التي تعد المصدر التاريخي للتشريعين المغربي و التونسي، فدون ادنى شك نجدها كانت سباقة في السماح بإمكانية اللجوء إلى التحكيم في

(1) د.أحمد الورفلي : " مجلة التحكيم معلق عليها، التحكيم الداخلي " 2006 ، نشر مركز الدراسات القانونية و القضائية، تونس ، ص :

(2) ينص الفصل 7 من مجلة التحكيم التونسية ل 26 أبريل 1993 على انه : لا يجوز التحكيم

- أولا . في المسائل المتعلقة بالنظام العام.

- ثانيا . في النزاعات المتعلقة بالجنسية.

- ثالثا . في النزاعات المتعلقة بالحالة الشخصية باستثناء الخلافات المالية الناشئة عنها.

- رابعا . في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح.

- خامسا . في النزاعات المتعلقة بالدولة و المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية و الجماعات المحلية إلا إذا كانت هذه النزاعات ناتجة عن علاقات دولية إقتصادية كانت أو تجارية أو مالية و ينظمها الباب الثالث من هذه المجلة.



حالات الأسباب المعتبرة، ففي فرنسا اعتبرت محكمة النقض بأنه من حق الشركاء وضع شروط تحكيمية يخولون من خلالها للمحكمين النظر في موضوع حل الشركات (1)؟

وهو الموقف نفسه المسجل لدى المشرع و القضاء البلجيكيين ، فقد اعتبرت محكمة النقض بدورها وعلى شاكلة نظيرتها الفرنسية، أن حق أي شريك في طلب الحل لأسباب معتبرة يعد وحده من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفة أحكامه ولا يمكن الحد منه قبل حدوثه؛ غير أنه يبقى من حق الشركاء إبرام شرط أو اتفاق التحكيم يضمناهما مقتضيات من قبيل إمكانية إسناد النطق بالحل لأسباب معتبرة إلى محكم (2).

---

(1) G.RIPERT et, R.ROBLOT, op.cit, p : 869.

(2) Olivier COPRASSE : « Les sociétés et l'Arbitrage », 2002, Ed : L.G.D.J, p : 229.



## مشكلة الزمن العام والزمن الخاص: دراسة في ضوء الاجتهاد القضائي لمحكمة

### النقض<sup>(1)</sup>.

الحسن الملكي

#### La problématique du temps générale et du temps spéciale: étude de la jurisprudence de la cour de cassation

Pr ElMilki Lhassan<sup>2</sup>

يرابط الزمن على أسوار القانون، فكل قاعدة قانونية هي مسيجة في الواقع بقيود الزمن فهي في سريانها ونفاذ أحكامها، محكومة بهذا العامل و مقننة بمنطق النشوء والتطور الذي هو منطق زمني في المقام الأول، فهي، أي القاعدة القانونية، تقوم حينما تدعو الحاجة إليها ويلفها النسيان بمرور الزمن إذا لم تعد ثمة حاجة إلى أعمال مضمونها ويحيلها الزمن نفسه عندما حينما يمر ويكشف عن عجزها عن مسايرة ما يفرزه في مساره ورحلته من تطورات ومستجدات. بل إن القاعدة القانونية نفسها محفوفة في كل ثناياها وتفصيلها بعامل الزمن، فالحقوق التي ترتبها والالتزامات التي تفرضها تقوم وتنقضي بالتقادم الذي لا يعد سوى التجسيد الفعلي لسطوة عامل الزمن على القانون وهيمنته عليه، وينضاف إلى التقادم، أجال ممارسة الحقوق، وأما الطعون، ومدد سقوط الالتزامات وغيرها كثير.

الزمن مع ذلك يظل في علاقته مع القاعدة القانونية في حالة خمود وسكون، ولا يبرز تأثيره عليها إلا حين يعرض تطبيق هذه القاعدة على نظر القضاء، حينئذ فقط تنكشف سطوة الزمن على هذه القاعدة بل وعلى القاضي نفسه، طالما أن القاضي لا يمكن أن يقرر حقوقا ولو كانت ثابتة إذا تبث تقادمها ولا يمكن أن يمدد اجالا مقرررة باتفاق المتعاقدين ولا يمكنه ان يمدد اجلا للطعن فوق ما هو مفروض قانونا ولا يمكنه ان يؤجل أداء دين حل أجله ما لم يقرر القانون خلاف كل ما سبق، ومع ذلك فإن القاضي يبدو وكأن له سطوة مقابلة في تلطيف غلواء عامل الزمن على القانون، وفي تطويعه وحصر نطاق تطبيقه وترجيح زمن على زمن آخر وهو بذلك وإن بشكل مباشر يكون كمن يتحكم في مساره ومجراه، وكيفية أعماله ويهذب في حدود معينة من صرامته وحدته.

وفي الواقع ما كان للقاضي أن يبسط سلطته على عامل الزمن لولا سلطة التفسير والتأويل والتكييف التي يملكها ولولا بياضات وفراغات القاعدة القانونية التي تتيح له أعمال هذه السلط، ففي كثير من الأحيان لا يحدد القانون أجل معين لتقادم بعض الحقوق أو

(1) نص المداخلة الملقاة بأشغال الندوة المنظمة بكلية الحقوق بفاس من طرف مختبر قانون الالتزامات والعقود بتنسيق مع مؤسسة محمد الإدريسي العلمي مشيشي حول " الزمن والقانون " أيام 2 و3 يونيو 2016.

<sup>2</sup> Professeur à la faculté de droit de Fez

الالتزامات، وفي أحيان أخرى يغفل عن تحديد نطاق زمن معين، وما إذا كان يشمل أوضاع قانونية دون غيرها، وفي أحيان أخرى تلتزم القاعدة الإجرائية الصمت حيال آجال ممارسة بعض الطعون، وفي سياقات مغايرة نجد النص القانوني قد قرر أمدا للتقادم أو أجالا لممارسة بعض الحقوق دون أن يحدد نطاق وحدود تطبيقها، وما إذا كانت تشمل هذه الحقوق دون غيرها، بل وفي كثير من الفروض يجد القاضي نفسه أمام مراكز وأوضاع قانونية يتنازعها من حيث الزمن (أجال، تقادم ...) الذي يمكن أن تخضع له أزمنة متعددة تتوزع بين قوانين مختلفة (قانون عام وقانون خاص) فيكون ملزما بأن يتوسل باجتهاده وحسه القانوني في كل هذه الحالات لاختيار الحل المناسب أو بتعبير أدق الزمن المناسب.

محكمة النقض من خلال الاجتهادات القضائية الصادرة عنها قدمت أجوبة عن مختلف هذه الحالات، وحاولت أن تفك هذا التدخل بين الأزمنة سواء تعلقت بأجال رفع الدعوى أو إقامة الطعون أو تعلقت بتقادم الحقوق والدعاوي، وقد حاولنا تتبع الاجتهاد القضائي لهذه المحكمة في محاولة منا لرصد كيف يتمثل قاضي النقض عامل الزمن في علاقته مع القاعدة القانونية وتحديدًا رصد منهجية عمله فيما يتعلق بكيفية تعاطيه مع مشكلة تداخل الأزمنة والعلاقة بينها سواء الواردة منها في النصوص العامة أو في النصوص الخاصة ونطاق تطبيق كل زمن على حدة سواء تعلق بالتقادم أو بالأجال أو بغيرها ...

ومن خلال قراءتنا لمجموع هذه الاجتهادات برز لنا أن هناك مبادئ خطتها هذه المحكمة لحل معضلة الزمن الواجب التطبيق يمكن تلخيصها في المبادئ التالية:

- ✧ تحديد الزمن الواجب التطبيق انطلاقًا من تحديد طبيعة الدعوى.
  - ✧ ترجيح الزمن الوارد في المقتضى الخاص على الزمن الوارد في القانون أو الخاص القانون العام.
  - ✧ ترجيح الزمن الوارد في القانون الخاص على الزمن الوارد القانون العام في حالة اتحاد موضوع وطبيعة النزاع.
  - ✧ ترجيح الزمن المتصل بموضوع النزاع على الزمن الوارد في النص العام إذا كان الاثنان معا واردين في قانون عام.
  - ✧ ترجيح الزمن الوارد في القانون العام في حالة غياب الزمن في القانون الخاص.
  - ✧ إخضاع الزمن الوارد في القانون الخاص لضوابط الزمن الوارد في القانون العام.
- وفي ما يلي تفصيل موجز لمختلف هذه المبادئ وفقا لما قررته الاجتهادات القضائية لمحكمة النقض.

## 1-تحديد الزمن الواجب التطبيق انطلاقا من تحديد طبيعة الدعوى:

في كثير من الأحيان يصعب تحديد الزمن الواجب التطبيق على بعض النزاعات، وفي هذه الحالة غالبا ما توسلت محكمة النقض إلى تصنيف الدعوى المقامة تمهيدا لتحديد الزمن الذي يمكن أن تخضع له.

وهذه المنهجية أعملتها محكمة النقض في عديد من المناسبات، ففي الدعاوي الناتجة عن تنفيذ الالتزامات المترتبة عن الكمبيالة، ميزت محكمة النقض بين الدعوى الصرفية التي تستهدف تنفيذ الالتزام الصرفي الناجم عن التوقيع عن الكمبيالة والتي أخضعتها للتقادم الوارد في الفصل 189 من القانون التجاري<sup>(1)</sup>. أي مدة ثلاث سنوات، والدعوى الناشئة عن العلاقات السابقة عن الالتزام الصرفي التي أخضعتها للتقادم العادي المنصوص عليها في الفصل 387 من ق.ل.ع<sup>(2)</sup>.

وهذه المنهجية أي الانطلاق من تحديد طبيعة الدعوى تمهيدا لتحديد الزمن الواجب التطبيق عليها، سيتكرر في قرار آخر لمحكمة النقض بخصوص عقود التحبب أو الوقف، إذ اعتبرت محكمة النقض قبل صدور مدونة الأوقاف الحالية، أن عقد التحبب ولئن كان يخضع للفقهاء الإسلامي في قواعده الموضوعية التي لا تحدد أجلا معيناً لتقادم هذا العقد، فإن الدعوى المقررة لحمايته تتقادم وتخضع إجراءاتها للقواعد المنصوص عليها بالفصل 387 من ق.ل.ع<sup>(3)</sup>.

لكن نفس المحكمة ولئن اعتمدت معيار طبيعة الدعوى لتحديد الزمن الذي يحكم تقادمها، فإنها وفي نوازل أخرى لم تكتف بذلك فقط، وإنما لجأت إلى تحديد محل هذه الدعوى وتصنيفها قبل تحديد الزمن الذي يحكمها.

وفي هذا الإطار، ذهبت محكمة النقض إلى ان الدعوى الاستحقاقية القائمة بين الأقارب إذا كان محلها عقار غير محفظ فإنها تخضع في تقادمها ليس ل 15 سنة المقررة لتقادم الدعاوي الناشئة عن الالتزامات طبقاً لمقتضيات الفصل 387 من ق.ل.ع<sup>(4)</sup> وإنما للتقادم الوارد في قواعد الفقهاء الإسلامي التي تقرر لذلك مدة أطول للتقادم المكسب بين الأقارب في 40 سنة فما فوق<sup>(5)</sup>.

وارتباطا مع هذا السياق، فإن محكمة النقض في فروض أخرى قامت أولاً بتحديد صنف وطبيعة الدعوى قبل تحديد الزمن الذي يحكمها، وهكذا اعتبرت هذه المحكمة، وفي ما يخص آجال الطعون، أن دعاوي القسمة لا تندرج ضمن قضايا الأسرة التي يخضع استئناف الأحكام الصادرة بشأنها لأجل 15 يوما وإنما يندرج ضمن القضايا المدنية التي

(1) يقابلها الفصل 228 من مدونة التجارة الحالية.

(2) قرار محكمة النقض الصادر بتاريخ 1990/06/13 تحت عدد 1307، منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى المادة المدنية 58-96 ص:155.

(3) قرار محكمة النقض بتاريخ 2008/11/25 تحت عدد 543 في الملف عدد 05/223، منشور بمجلة القضاء المدني، عدد 3 ص:140.

(4) ينص الفصل 387 من ق.ل.ع على ما يلي: " كل الدعاوي الناشئة عن الالتزام تتقادم بخمس عشرة سنة فيما عدا الاستثناءات الواردة فيما بعد، والاستثناءات التي يقضي بها القانون في حالات خاصة".

(5) قرار محكمة النقض بتاريخ 2011/3/29 تحت عدد 1458 في الملف عدد 10/3110، منشور بمجلة ملفات عقارية، عدد 1 وما يليها.

يتحدد أجل استئناف الأحكام الصادرة بشأنها في 30 يوماً طبقاً لما تقرره القواعد العامة المنصوص عليها في ق.م.م" (1).

وهذا التوجه هو ما أعادت محكمة النقض التأكيد عليه في قرار مماثل حينما خطأت محكمة الموضوع لكونها قامت بتطبيق الفصل 134 من قانون المسطرة المدنية المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم 72/03 وقضت بعدم قبول الاستئناف بعلّة فوات أجل الاستئناف المقرر في قضايا الأسرة والمحدد في 15 يوماً، في حين أن موضوع الدعوى يتعلق بفرز نصيب الوريث وهو ما يدخل ضمن قضايا القسمة الرامية إلى إنهاء حالة الشيعاء ويخرج عن مفهوم قضايا الأسرة والمقصود بها قضايا الزواج والطلاق والنسب والنفقة والحضانة وغيرها من القضايا المتعلقة بالحالة الشخصية للأفراد وبالتالي تبقى الأحكام الصادرة في شأن القسمة خاضعة لأجل الطعن بالاستئناف العادي المحدد في ثلاثين يوماً" (2).

## 2- ترجيح الزمن الوارد في المقتضى الخاص على الزمن الوارد في القانون الخاص أو القانون العام:

في حالات كثيرة يصعب ضبط زمن التقادم الذي يمكن ان تخضع له الحقوق والالتزامات التي ترتبها بعض العقود خصوصاً حينما يتوزع تنظيم هذه العقود بين أكثر من قانون ، وهذا هو الحال مثلاً بالنسبة لعقد النقل فتقادم الدعاوى الناشئة عن هذا العقد ثم التنصيص عليها في قانون الالتزامات والعقود بموجب مقتضى خاص في حين أن هذا العقد منظم في مدونة التجارة التي تضمن مقتضى عام يخص تقادم الالتزامات القائمة بين التجار أو بين التجار وغير التجار إذ ثار التساؤل حول ما إذا كان التقادم الواجب التطبيق علي الالتزامات المترتبة عن عقد النقل هو ذلك الوارد في مدونة التجارة باعتبارها القانون الخاص المنظم لهذا العقد أم الوارد في المقتضى الخاص بهذا العقد والوارد بدوره في ق.ل.ع.

محكمة النقض بهذا الخصوص ميزت بين القانون الخاص والمقتضى أو النص الخاص وأعطت الأولوية للتطبيق لهذا الأخير، واعتبرت بأن المقتضيات المنظمة لتقادم الدعاوى الناتجة عن عقد النقل أو بمناسبة منصوص عليها في الفقرة الرابعة من الفصل 389 من ق.ل.ع (3). المذكورة ، وكيفتها على أساس كونها مقتضيات خاصة تقدم في التطبيق على المادة الخامسة من مدونة التجارة التي تنظم التقادم في المادة التجارية بصفة عامة ، والتي استنتجت هي نفسها من هذه العمومية المقتضيات الخاصة المخالفة إن وجدت كما هو الحال بالنسبة للدعاوى الناشئة عن عقد النقل واعتبرت محكمة النقض أن محكمة الموضوع بهذا التعليل لم تقل أن قانون الالتزامات والعقود هو قانون خاص وأن مدونة التجارة هي قانون عام ، فتكون بذلك قد طبقت صحيح القانون (4).

(1) قرار محكمة النقض بتاريخ 2009/12/23 تحت عدد 658 في الملف عدد 08/554، منشور بنشرة قرارات المجلس الأعلى غرفة الأحوال الشخصية والميراث ص:99.

(2) قرار محكمة النقض بتاريخ 2011/3/29 تحت عدد 128 في الملف عدد 09/139، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 73، ص:113.

(3) وفقاً للفصل 389 من ق.ل.ع تتقادم بسنة ذات 365 يوماً الدعاوى التي تنشأ بمناسبة عقد النقل.

(4) قرار محكمة النقض، عدد 381 بتاريخ 03 يوليوز 2014 في الملف التجاري، عدد 2012/1/3/624.

وهذا التوجه هو ما سبق أن أكدته أيضا محكمة النقض في قرار اخر صادر عنها بمناسبة نظرها في مسؤولية المحافظ العقاري بحيث انه وبعدها قررت هذه المحكمة ان المحافظ العقاري مسؤول مسؤولية مدنية عن إنشائه رسما عقاريا لمساحة تحمل أصلا رسما عقاريا اخر واعتبرت هذا الفعل من طرفه خطأ جسيما وأخضعته لمقتضيات الفصلين 79 و 80 من ق.ل.ع إلا أن نفس المحكمة رفضت إخضاع هذه المسؤولية للتقادم الوارد في الفصل 106 من ق.ل.ع وأخضعتها بالمقابل للمقتضى الخاص الوارد في الفصل 64 من القرار الوزيري الصادر بتاريخ 1915/06/4 والمنظم لمصلحة المحافظة العقارية المحدد لمدة تقادم هذه المسؤولية في سنة واحدة واعتبرت هذا الفصل بمثابة المقتضى الخاص.

وفي تعليها لرفضها أعمال التقادم الوارد في الفصل 106 من ق.ل.ع عللت محكمة النقض موقفها بكون الفصل 5 من القرار الوزيري الصادر بتاريخ 1915/06/4 والمنظم لمصلحة المحافظة العقارية والذي يشير إلى ان مسؤولية المحافظ محكومة بمقتضيات الفصلين 79 و 80 من ق.ل.ع لم يحل في مجال تقادم تلك المسؤولية على ق.ل.ع مما يجعلها خاضعة للمقتضى الخاص الوارد في القرار الوزيري المذكور أي الفصل 64 الذي يقرر أن دعوى التعويض عن الضرر الناجم عن التحفيظ أو التسجيل يلزم إقامتها داخل أجل سنة من التحفيظ أو التسجيل<sup>(1)</sup>.

### **3-ترجيح الزمن الوارد في القانون الخاص على الزمن الوارد في القانون العام في حالة اتحاد موضوع النزاع وطبيعة النزاع:**

الحالة التي يطرحها هذا المبدأ تتعلق أساسا بالتعارض القائم بين المادة 388 من ق.ل.ع<sup>(2)</sup> والمادة 5 من ق.ل.ع فكلتي المادتين تنظمان حالة التقادم المتعلقة بالنزاعات القائمة بين التجار، محكمة النقض بهذا الخصوص وجهت محاكم الموضوع إلى ان الإطار القانوني الواجب اعتماده هو ذلك الوارد في المادة 5 من مدونة التجارة إذ أكدت كقاعدة عامة أنه: " ما دام أجل التقادم المنصوص عليه في المادة 5 من مدونة التجارة هو أجل وضع بهدف استقرار المعاملات في الميدان التجاري وغير مبني على قرينة الوفاء وأن هذه المادة مقدمة في التطبيق على النص العام المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود ( الفصل 388 من ق.ل.ع)، فإن المحكمة مصدررة القرار المطعون فيه التي أخضعت النازلة للتقادم المنصوص عليه في المادة 5 المذكورة ورتبت على ذلك سقوط الدعوى بالتقادم، تكون قد اعتبرت مجمل ذلك ويكون قرارها معللا تعليلا كافيا ومرتكزا على أساس"<sup>(3)</sup>.

### **4-ترجيح الزمن المتصل بموضوع النزاع على الزمن العام إذا كان الاثنان معا واردين في قانون عام:**

<sup>(1)</sup> قرار محكمة النقض الصادر بتاريخ 27 فبراير 2013 في الملف رقم 1201-2011-450 منشور بمجلة قضاء محكمة الاستئناف بالرباط العدد 4 السنة 2013 ص:281 .

<sup>(2)</sup> تنص الفقرة الأولى من الفصل 388 من ق.ل.ع: " تتقادم بخمس سنوات دعوى التجار والموردين وأرباب المصانع بسبب التوريدات التي يقدمونها لغيرهم من التجار والموردين أو أرباب المصانع من أجل حاجات مهنتهم " .

<sup>(3)</sup> قرار محكمة النقض عدد 195 المؤرخ في 2005/2/23 في الملف التجاري عدد 1665 /2003/2/3، منشور عند محمد لفروجي : التقادم والسقوط من خلال قضاء المجلس الأعلى لسنوات 2000-2005، ص:21.

في فروض عديدة غالبا ما تتواجد في القواعد العامة ونقصد بذلك تلك الواردة في قانون الالتزامات والعقود أزمنة للتقادم تكون كلها قابلة للتطبيق على النزاع أو العلاقة القانونية المعروضة علي القاضي، وبالتالي يستعصي كثيرا الحسم في أي منها هي الواجبة التطبيق.

محكمة النقض أكدت بهذا الخصوص أنه في حالة وجود هذا التعارض فإنه يتعين ترجيح الزمن المتصل بجوهر النزاع علي الزمن العام، وهكذا فقد أيدت هذه المحكمة القرار الذي اعتمده الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف حين أخضع دعوى المطالبة بتحديد أتعاب المحامين للتقادم المنصوص عليه بالفصل 389 من ق.ل.ع<sup>(1)</sup>. الذي يطبق على وكلاء الخصومة من أجل الأتعاب والمبالغ التي يصرفونها بمضي 365 يوما بدلا من التقادم الوارد في الفصل 387 من نفس القانون الذي يجعل الدعاوى الناشئة عن الالتزام تتقادم ب15 سنة والذي يعتبر بمثابة الزمن العام معتبرة أن قرار السيد الرئيس الأول لا يشكل تجاوزا لسلطة حسب مفهوم الفصل 382 من ق.م.م لاعتماده لنص قانوني قابل للتأويل بأكثر من وجه<sup>(2)</sup>.

وفي ترجيحها أيضا للزمن الذي له علاقة بموضوع النزاع علي الزمن العام علي الرغم من ورودهما معا في قانون العام أي قانون الالتزامات والعقود اعتبرت محكمة النقض أن: " كراء الأراضي الفلاحية ينتهي بقوة القانون بانقضاء المدة المحددة له عملا بالفصل 715 من قانون الالتزامات والعقود، ولا يمكن اعتماد الفصل 689 من نفس القانون لأنه نص عام يتعلق بانقضاء كراء المنقول والعقار، ولا يطبق على كراء الأراضي الفلاحية المنظم بنصوص خاصة في قانون الالتزامات والعقود<sup>(3)</sup>. أي أن محكمة النقض في هذه الحالة رجحت الزمن المتصل بجوهر النزاع أي كراء الأراضي الفلاحية علي الزمن العام الوارد في نفس القانون العام والذي يهم كراء المنقول والعقار في نفس الوقت .

## 5-ترجيح الزمن الوارد في القانون العام في حالة غياب الزمن في المقتضيات الخاصة او القانون الخاص

هناك صنف من المنازعات لم يخصه المشرع بزمن محدد يحكم تقادمه، مما يثور معه التساؤل عما إذا كان الزمن الوارد في المقتضيات العامة يمكن أن يمتد ليسري عليها.

محكمة النقض أجابت بالإيجاب إلا أن موقفها بهذا الخصوص وإن كان واضحا بخصوص بعض النزاعات فإنه في نزاعات أخرى لم يكن كذلك.

وهكذا ففي إطار منازعات المسؤولية المدنية اعتبرت محكمة النقض منذ البداية أن تقادم دعوى التعويض بما في ذلك التعويض عن الأخطاء التي يرتكبها الأطباء تبقى خاضعة لمقتضيات المادة 106 من ق.ل.ع<sup>(4)</sup>. طالما أنه لا يوجد نص خاص يحكم تقادم المسؤولية

(1) بحسب الفصل 389 من ق.ل.ع في فقرته الأولى: " تتقادم بسنة ذات 365 يوما دعوى وكلاء الخصومة من أجل الأتعاب والمبالغ التي يصرفونها وذلك ابتداء من الحكم النهائي أو من عزلهم من الوكالة".

(2) قرار محكمة النقض بجميع غرفها بتاريخ 2006/05/22 تحت عدد 529 في الملف عدد 04/785، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 67، ص:435.

(3) قرار محكمة النقض بتاريخ 2003/07/9 تحت عدد 3480 في الملف المدني عدد 02/3578، منشور بمجلة القصر، عدد 24، ص:190.

(4) ينص الفصل 106 على ما يلي: " إن دعوى التعويض من جراء جريمة أو شبه جريمة تتقادم بمضي خمس سنوات تبتدئ من الوقت الذي بلغ فيه إلى علم الفريق المتضرر الضرر ومن هو المسؤول عنه وتتقادم في جميع الأحوال بمضي عشرين سنة تبتدئ من وقت حدوث الضرر".



المرتتبة عن هذه الأخطاء، وطالما أن المقتضيات القانونية الواردة في الفصل 388 من ق.ل.ع (1) لا يمكن تطبيقها لأنها لا صلة لها بالمسؤولية المدنية عن الأخطاء التي يرتكبها هؤلاء (2).

وقد سلكت محكمة النقض نفس المسلك بخصوص مسؤولية الدولة عن الحوادث التي تصيب المواطنين في حالة الإخلال بالنظام العام المحددة بمقتضى الظهير الشريف الصادر بتاريخ 1953/09/30 الذي ألغى بمقتضى المرسوم الملكي المؤرخ في 1966/10/24 إذ اعتبرت هذه المحكمة أن تقادم هذا الصنف من المسؤولية غير خاضع لتقادم خاص بالنظر إلى أن الظهير المذكور لا يشير إلى أجل خاص للتقادم يخص هذه المسؤولية واعتبرت تبعا لذلك أنه يجب إعمال النص العام الذي يحدد أمد التقادم في هذا المجال وهو الفصل 106 من ق.ل.ع الذي صاغ قاعدة عامة بمقتضاها تتقادم دعوى التعويض من جراء جريمة أو شبهة جريمة بمضي خمس سنوات وذلك كيفما كان مرتكبها والمسؤول عنها (3).

لكن محكمة النقض و في صنف آخر من المنازعات لم تحل على تطبيق الزمن الوارد في النص العام إلا بعد تردد كبير، ويمكن أن نعطي مثلا على ذلك بدعوى القضاء الشامل، فهذه الدعوى غير مقيدة بأي أجل (4)، وهو ما كان يطرح التساؤل حول ما إذا كان يمكن إخضاع آجال ممارستها للقواعد العامة الواردة في قانون المسطرة المدنية أو لا.

محكمة النقض في بداية الأمر اعتبرت أن دعوى القضاء الشامل لا تخضع من حيث أجل ممارستها للقواعد العامة الواردة في قانون المسطرة المدنية بل للأجل الوارد في دعوى الإلغاء، واعتبرت في إحدى قراراتها أنه: " إذا كان من حق الموظف العمومي أن يختار بين دعوى القضاء الشامل أو دعوى الإلغاء للحصول على تسوية وضعيته الإدارية، فإنه في كلتا الحالتين يجب أن يتقيد بأجل الطعن في دعوى الإلغاء ليمارس دعوى القضاء الشامل متى شاء، ويعد هذا الأجل من النظام العام بحسب مدلول المادة 23 (5) من القانون رقم 41.90 المحدث بموجبه محاكم إدارية (6)".

وقد أعادت ذات الجهة القضائية التأكيد على نفس الموقف في قرار آخر صادر عنها ورد فيه ما يلي: " إذا كان من حق الشخص المرتب في أحد أسلاك الوظيفة العمومية أن يسلك دعوى الإلغاء أو دعوى القضاء الشامل للحصول على تسوية وضعيته الإدارية

(1) المراد هنا بما تم التنصيص عليه في هذا الفصل من كون " دعوى الأطباء والجراحين والمولدين وأطباء الأسنان والبيطرة من أجل ما يقومون به من زيارات ويؤدونه من عمليات وكذلك من أجل ما يوردونه من أشياء وما يقدمونه من نقود تتقادم بسنتين ابتداء من تاريخ حصوله".

(2) قرار محكمة النقض رقم 1475 في 20 فبراير 2012 في الملف عدد 2010/3/1/4100 وقرار محكمة الاستئناف بالرباط عدد 14-2009-256/257/295، منشور بمجلة قضاء محكمة الاستئناف بالرباط، العدد 3 السنة 2013.

(3) قرار محكمة النقض عدد 57 الصادر بتاريخ 1977/02/25 منشور بالمجلة المغربية للقانون والاقتصاد (جمع وتصنيف الأستاذ محمد الوكيل) ص:93.

(4) قرار محكمة النقض بتاريخ 2005/09/21 تحت عدد 674 في الملف الإداري عدد 2003/1/4/963، منشور بمجلة المحامي، عدد 49، ص:386.

(5) تنص المادة 23 من القانون المنظم للمحاكم الإدارية على ما يلي: " يجب ان تقدم طلبات إلغاء القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية بسبب تجاوز السلطة داخل أجل ستين يوما من نشر أو تبليغ القرار المطلوب إلغاؤه إلى المعنى بالأمر".

(6) قرار محكمة النقض بتاريخ 2011/12/22 تحت عدد 955 في الملف عدد 09/592، منشور بمجلة قضاء محكمة النقض، عدد 75 ص:278.

والمالية، فإنه لا يمكنه أن يتجاوز أجل الطعن المحدد لممارسة دعوى الإلغاء، وينتقل إلى ممارسة دعوى القضاء الشامل، والحال أن الأولى مقيدة بأجل محدد يتصل بالنظام العام<sup>(1)</sup>.

لكن محكمة النقض سرعان ما استتراجع عن مواقفها السابقة لتؤكد بوضوح أن دعاوى قضاء التعويض أو ما يعرف بالقضاء الشامل في المادة الإدارية تخضع أمام غياب نص خاص بها يحدد أجل ممارستها للقواعد العامة الواردة في ق.م.م مؤكدة بهذا الخصوص القاعدة التالية: "إن المشرع لم يقيد سلوك دعوى تسوية الوضعية الفردية في إطار القضاء الشامل بأجل معينة يفيد تطبيق القواعد العامة الواردة في قانون المسطرة المدنية وأن الدعوى في نازلة الحال تتعلق بتسوية وضعية إدارية ومالية في إطار القضاء الشامل، مما تنتفي معه موجبات تطبيق المادة 23 من القانون رقم 41.90 المحتج بها"<sup>(2)</sup>.

## **6- إخضاع حدود أعمال الزمن الوارد في القانون الخاص لضوابط الزمن الوارد في القانون العام:**

أن يحدد المشرع زمن تقادم بعض الحقوق أو الالتزامات أو أن يحدد أجل ممارستها لا ينهي المشكلة كلية، ذلك أنه في كثير من الأحيان يثور التساؤل عن نطاق وحدود هذا الزمن وطبيعته، ففيما يخص مدة التقادم الواردة في بعض النصوص الخاصة المتعلقة بصنف معين من المنازعات غالباً ما يثور التساؤل عن هو تقادم مسقط أم لا، هل هو ميني على قرينة الوفاء أو العكس، هل يخضع لوسائل الانقطاع أم لا ...

كل هذه التساؤلات أجابت عنها محكمة النقض بإخضاع حدود أعمال الزمن الوارد في القانون الخاص لضوابط الزمن الوارد في القانون العام، وهذا ما يمكن أن نلمسه من خلال تتبع عديد من قرارات محكمة النقض بهذا الخصوص.

وهكذا، ففيما يخص مثلاً النزاعات المرتبة بحوادث الشغل، اعتبرت هذه المحكمة أن أنواع التقادم المنصوص عليها في الفصول 269 وما يليه من ظهير 1963/2/6 المتعلق بحوادث الشغل تجري عليها قواعد القانون العام - الفصل 372 من قانون الالتزامات والعقود<sup>(3)</sup>. وبالتالي فإن التقادم لا يسقط الدعوى بقوة القانون بل لا بد لمن له مصلحة فيه أن يحتج به وليس للقاضي أن يستند إليه من تلقاء نفسه، كما لا يمكن أن يثار لأول مرة أمام المجلس الأعلى إذا لم تسبق إثارته أمام قضاء الموضوع<sup>(4)</sup>.

تجدر الإشارة على أن هذا الاجتهاد القضائي تلقفه المشرع بمناسبة إصداره للظهير الشريف رقم 1.40.190 بتاريخ 29 ديسمير 2014 بتنفيذ القانون رقم 18.12 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل ليقرر صراحة بمقتضى المادة 181 منه على ما يلي: "تسري

(1) قرار محكمة النقض بتاريخ 2012/02/02 تحت عدد 79 في الملف الإداري عدد 2010/1/4/315، منشور بمجلة القضاء الإداري، عدد 6 ص: 187.

(2) قرار محكمة النقض بتاريخ 2014/02/20 تحت عدد 236 في الملف الإداري عدد 12/1/4/672، منشور بنشرة قرارات محكمة النقض الغرفة الإدارية، الجزء الثامن عشر ص: 117.

(3) تنص المادة 172 من ق.ل.ع على ما يلي: "التقادم لا يسقط الدعوى بقوة القانون بل لا بد لمن له مصلحة فيه أن يحتج به. وليس للقاضي أن يستند إلى التقادم من تلقاء نفسه"

(4) قرار محكمة النقض بتاريخ 1985/16/17 تحت عدد 433 في الملف الاجتماعي عدد 97/756، منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 38، ص: 68.

أحكام وقواعد القانون العام على التقادم المنصوص عليه في المادة السابقة مع مراعاة احكام المادتين 182 و183 أدناه ."

وفي نفس الإطار فإن محكمة النقض وفي أعمالها للتقادم الوارد في المادة 5 من مدونة التجارة أحالت بوضوح على مقتضيات الفصلين 381 و382 من ق.ل.ع في تحديد المقصود بالمطالبة غير القضائية التي تقطع التقادم والذي أغفلت المادة 5 من مدونة التجارة الإشارة إليها، إذ استندت محكمة النقض علي الفصلين المذكورين ، محددة المطالبة القضائية القاطعة للتقادم التجاري في المطالبة التي يوجهها الدائن للمدين من غير طريق القضاء شرط أن يكون لها تاريخ ثابت وأن يكون من شأنها وضع المدين في حالة مطل في تنفيذ التزامه، وهذا لا يتأتى إلا بتبليغه بها بصفة قانونية<sup>(1)</sup>.

والملاحظ أن نفس التوجه سارت عليه محكمة النقض في تحديد نطاق الأجل المنصوص عليه في الفصل 276 من ظهير 1963/2/6 إذ أحالت على الفصل 381 من ق.ل.ع، معتبرة الأجل الوارد في هذا الظهير أجل تقادم لا أجل سقوط واعتبرته بهذه المثابة خاضعا للانقطاع طبقا للفصل 381 من ق.ل.ع، ورتبت عن ذلك أن مطالبة الأجير بمستحققاته عن الإيراد الذي صدر في شأنه حكم نهائي يؤدي إلى انقطاع أمد التقادم<sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> قرار محكمة النقض بتاريخ 2004/03/10 تحت عدد 283 في الملف عدد 02/151، منشور بمجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، عدد 7 ص:140.

<sup>(2)</sup> قرار محكمة النقض بتاريخ 2009/05/06 تحت عدد 52 في الملف عدد 08/1168، منشور بالتقرير السنوي للمجلس الأعلى لسنة 2009 ص:142.



# Table des matières

Avant-propos .....	3
Premier acte : .....	11
L’histoire du D.O.C, sans l’Histoire du droit	
Obligation, contrat et don: ce que nous aprennent les sociétés traditionnelles .....	13
Norbert Rouland	
L’apport de la pensée grecque au processus de formation des premières notions juridiques .....	29
Lydia Paparriga-Artémiadi	
Il Codice nella tradizione del ius commune europeo: quali avvertenze di prospettiva? .....	55
Mario Ascheri	
Apprendre par Code ? L’étude des codifications nationales en Italie du XX <sup>e</sup> au XXI <sup>e</sup> siècle à travers les manuels d’histoire du droit.....	65
Ugo Bruschi	
Codice civile e scienza giuridica in Italia nel secondo dopoguerra (1948-1970): alcune prospettive .....	87
Massimo Nardoza	
Les défis d’une codification au XXI <sup>e</sup> ème siècle, l’exemple français .....	109
Rémy Cabrillac	
Le droit comparé – d’une approche européenne à une approche globale. ....	119
Ditlev Tamm	
L’enseignement de l’histoire du droit privé français à travers quelques manuels (XIX <sup>e</sup> -XXI <sup>e</sup> siècle).....	129
Didier Veillon	
Translation du droit: Réflexions sur la méthode de recherche en histoire du droit dans une perspective européenne * .....	149
Thomas Duve	
Bibliothek und Skriptorium in Konstantinopel .....	159
Viola Heutger	
Une institution à la lumière de l’histoire du droit : Pirates & Corsaires du XVI <sup>e</sup> au XXI <sup>e</sup> siècle. ....	171
Alain Berbouche	

Deuxième acte: .....187

## Le D.O.C: une histoire sans histoires

Le contrat entre volonté et intérêt économique.....189

Sanae Rifai

El Dahir de obligaciones y contratos de la zona de protectorado español en marruecos .....197

Antonio M. Carrasco González

Les vestiges du droit romain dans le Code des obligations et des contrats du Maroc : l'exemple du commodat (articles 830-855).....211

Philippe Cocatre-Zilgien

Le Code des obligations et des contrats marocain entre droit français et droit commun législatif mondial .....265

David Deroussin

L'organisation d'un « régime judiciaire inspiré des règles générales de la législation des puissances » dans l'empire chérifien : la contribution d'Adolphe Landry à l'organisation de la justice française au Maroc : 1912-1913. ....293

Farid Lekéal

Un giurista italiano di diritto comune nell'era del colonialismo David Santillana .....307

Antonio Grilli

Aux origines du Dahir formant Code des obligations et des contrats du 12 août 1913 .....327

François-Paul Blanc

François-Pierre Blanc

Les origines romaines de la classification légale des sources des obligations en droit marocain .....343

François-Paul Blanc

François-Pierre Blanc

La dissolution de la société, lecture de l'article 1056 du dahir formant code des obligations et contrats .....353

Rachid Fettouche

La problematique du temps generale et du temps speciale:etude de la jurisprudence de la cour de cassation371

ElMilki Lhassan

Table des matières .....381

