

De l'origine criminelle des obligations

Jean-François Gerkens

I. Le délit a-t-il précédé le contrat en tant que source d'obligation ?.....	3
a. L'hypothèse de l'origine délictuelle de l'obligation	3
b. Arguments pour et contre cette hypothèse	4
c. Quels sont les besoins juridiques d'une communauté primitive ?	4
II. Les premiers pas vers l'obligation	5
a. Les délits en ancien droit romain.....	5
b. Les contrats en ancien droit romain	7
c. L'exécution des peines en ancien droit romain	8
III. Conclusion.....	10

Par cet article, je voudrais rendre hommage au professeur Georges Kellens, à sa constante curiosité intellectuelle et à sa grande érudition. Je ne doute dès lors pas que le sujet que j'aborde ici, même s'il n'est pas très proche de ceux qu'il étudie habituellement, ne manquera pas de susciter son intérêt.

Dans les Institutes de Justinien, l'obligation est définie comme étant un « *iuris vinculum*¹ », c'est-à-dire un lien de droit par lequel nous sommes astreints de payer quelque chose à quelqu'un en vertu des droits de notre cité. Cette définition de l'obligation est toujours conforme à notre vision de l'obligation juridique aujourd'hui. Elle semble dater de l'époque pré-classique du droit romain, soit entre le II^{ème} et le I^{er} siècle avant J.C.²

Mais si l'on se réfère au langage de l'époque, « *vinculum* » pourrait également se traduire par « chaîne », la chaîne avec laquelle on enchaîne un captif, un prisonnier. Pourquoi parle-t-on de chaînes, lorsque l'on parle de l'obligation juridique ? Cela signifie-t-il qu'à l'origine, l'obligation³ avait une source délictuelle, le

¹ Institutes de Justinien 3.13pr. : « *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura* ». Traduction : L'obligation est un rapport juridique qui nous lie et sur base duquel nous sommes tenus de prêter une chose conformément aux droits de notre cité.

² M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 503.

³ En ce qui concerne l'étymologie d'*obligatio*, l'*ob-ligatus*, il est permis de dire qu'elle repose sur une image cacologique, c'est-à-dire l'association de deux idées contradictoires : il y a d'une part les chaînes qui retiennent le débiteur et d'autre part la liberté qui est celle du débiteur lorsqu'il n'est plus entravé par ces chaînes. V. L. LANTELLA, « Il lavoro sistematico nel discorso giuridico romano », dans : F. BONA et

débiteur étant un criminel que l'on a enchaîné afin de lui faire payer sa dette envers la victime ?

Il s'agit là d'une question qui a beaucoup taraudé les juristes⁴ : L'obligation - c'est-à-dire la relation entre le créancier et le débiteur - a-t-elle une origine délictuelle ou contractuelle ? Il faut dire que c'est une chose extraordinaire en soi qu'un délit et un contrat puissent avoir la même conséquence : faire de quelqu'un le débiteur de quelqu'un d'autre. Bien entendu, le délit en question est ce que l'on a coutume d'appeler un délit privé, par opposition au délit plus grave, qui porte atteinte à l'ordre public. Au rang des délits privés, la loi des XII Tables⁵ classait par exemple le « *membrum ruptum*⁶ », l'« *os fractum*⁷ » ou le « *furtum*⁸ ». Plus tard, on y ajoutera également le « *damnum iniuria datum* », c'est-à-dire le dommage causé de manière illicite, ancêtre de notre responsabilité aquilienne⁹.

consorts : *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino, Giappichelli, 1976, p. 97).

⁴ V. en ce sens par exemple : M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 503.

⁵ Cette loi, qui est reconnue comme étant la plus ancienne loi romaine, date de la moitié du V^{ème} siècle avant J.C.

⁶ Littéralement, cela signifie « membre rompu, endommagé ». C'était le fait d'arracher un membre. Il s'agissait donc d'une atteinte physique définitive à l'intégrité physique (et dont la guérison était impossible). C'est en soi irréparable mais cela n'a pas entraîné la mort de la victime. Dans la mesure où la lésion peut varier infiniment (ce n'est pas la même chose de perdre un bras ou un orteil !), la sanction varie également. Le plus simple pour la proportionnalité de la sanction, c'est d'appliquer la loi du Talion. Mais avec l'évolution, la victime avait le droit de renoncer à sa vengeance. Évidemment, cette renonciation avait un prix et ce prix était fixé par la victime.

⁷ Littéralement, cela signifie « os brisé ». Il s'agissait dans ce cas d'une lésion qui pouvait être guérie, mais qui provoquait une malformation quelque peu visible. Cette fois, on n'appliquait plus la loi du Talion, mais un système de peines. Il y avait un tarif fixé par la loi des XII Tables qui disait 300 as en cas de blessure d'un d'homme libre et 150 as lorsque c'est un esclave. C'était en soi remarquable, dans la mesure où l'esclave était donc malgré tout considéré comme étant un demi-homme... Mais deux siècles plus tard, les choses ont évolué, puisque dans la *lex Aquilia* (286 avant J.C.), les esclaves étaient plutôt assimilés aux animaux. Cette évolution s'explique peut-être par le fait qu'à l'époque de la loi des XII Tables, les esclaves étaient encore particulièrement peu nombreux. Les relations entre maîtres et esclaves étaient encore des relations prioritairement entre humains. Les esclaves n'étaient pas encore devenus des anonymes, que l'on avait pris l'habitude de traiter de manière distincte sur le plan du droit.

⁸ C'est-à-dire le vol.

⁹ La *lex Aquilia*, qui a donné naissance à la responsabilité aquilienne date en effet de 286 avant J.C.

I. Le délit a-t-il précédé le contrat en tant que source d'obligation ?

L'obligation est-elle née dans un cadre contractuel ou dans un cadre délictuel. Autrement dit, quand on a pris en considération pour la première fois l'existence d'une dette, d'une obligation, est-ce que c'était à propos d'un contrat ou d'un délit ?

La question est complexe et controversée. Il y a, en réalité, des arguments allant dans les deux sens.

a. L'hypothèse de l'origine délictuelle de l'obligation

Imaginons que l'origine de l'obligation ait été délictuelle. Si l'on fondait une reconstitution de l'évolution humaine en partant de cette hypothèse, on pourrait imaginer que dans un premier temps, à une époque « pré-juridique », l'être humain ait pratiqué ce que l'on pourrait appeler la « vengeance sauvage ». Si un membre de la tribu A blesse un membre de la tribu B, en guise de représailles, la tribu B se venge en tuant la moitié des membres de la tribu A. Dans pareille situation, on ne peut évidemment pas parler de droit puisque la vengeance est sans mesure et sans limite imposée. Il n'y a donc pas non plus d'obligation, puisque pour savoir à quoi on est obligé, il faut une mesure...

À cette période « pré-juridique » aurait alors fait suite une autre, au cours de laquelle une loi aurait imposé des limites à la vengeance. Cette loi, c'était bien entendu la loi du talion. A partir de cette loi, on ne peut plus se venger à tort et à travers. La vengeance est limitée de manière à ne pas dépasser la mesure de l'atteinte ayant donné lieu au droit de se venger (« œil pour œil, dent pour dent »). Grâce à la loi du talion, on sait donc de combien on est « débiteur », vis-à-vis de celui à qui on a causé du tort. Le premier pas vers la naissance de l'obligation est donc déjà accompli.

b. Arguments pour et contre cette hypothèse

Ce qui plaide en faveur de l'origine délictuelle de l'obligation, c'est le fait que la loi du talion soit la plus ancienne loi qui nous soit connue. En vertu de cela, on pourrait donc penser que c'est bien le délit qui est à l'origine de l'obligation.

Il y a cependant des arguments permettant de douter de l'origine délictuelle de l'obligation¹⁰ : Premièrement, les données archéologiques anciennes ne signalent pas de trace de grand massacre à une époque antérieure à 10.000 avant J.C. Cela semble donc indiquer qu'avant cette époque, les humains étaient plutôt des êtres pacifiques. Deuxièmement, il apparaît qu'en général, les sociétés vivant de la cueillette et de la chasse – donc les sociétés nomades – sont plus pacifiques que les sociétés d'agriculteurs, donc les sociétés sédentaires¹¹. Les nomades recourent plus volontiers à des modes pacifiques de règlement des différends que les sédentaires. Par la sédentarisation, les conflits semblent être devenus plus difficiles à résoudre. Il est vrai que pour les sociétés nomades, il existait toujours la possibilité de résoudre les différends en s'éloignant les uns des autres. Un proverbe bédouin dit bien : « Rapprochons nos cœurs, éloignons nos tentes ». L'homme a bien entendu été nomade avant de devenir sédentaire, ce qui semble indiquer qu'il a d'abord été pacifique. Cela plaide également en faveur de l'origine contractuelle de l'obligation et pourrait expliquer pourquoi il n'y a pas de traces de massacre de grande échelle avant 10.000 ans avant J.C.

c. Quels sont les besoins juridiques d'une communauté primitive ?

Mais si l'on considère cette société primitive, nous sommes confrontés à un groupe composé d'un nombre de personnes limité et dont les « besoins juridiques »

¹⁰ Évidemment, pour que l'on puisse parler de délit et de loi du talion, il faut nécessairement qu'il existe une forme de société. Il faut qu'il y ait des gens qui vivent ensemble et s'accordent sur les règles de vie en commun. Cet accord ressemble déjà un peu à un lien contractuel. Il faut déjà qu'il y ait une certaine solidarité, une certaine idée de réciprocité dans les services que les individus se rendent au sein de ce groupe. En revanche, il est difficile, pour ce genre de « contrat social » de parler d'une relation contractuelle donnant naissance à des obligations contractuelles au sens où on l'entend habituellement.

¹¹ V. sur ce point : Norbert ROULAND, *L'anthropologie juridique*, Paris 1990, p. 95.

sont eux aussi rudimentaires. La production de richesse est probablement collective et ce qui compte avant tout c'est de déterminer le droit de propriété sur les choses en recourant éventuellement au droit des personnes et de la famille ainsi qu'au droit des successions. Le droit des contrats, en revanche, se limite au troc alors que les actes délictueux devaient être plus présents et réprimés par des sanctions afflictives. Ces sanctions afflictives ont-elles été transformées en sanctions pécuniaires avant ou après que le droit des contrats ne se développe de manière suffisante pour que l'on puisse considérer qu'il mettait en présence un créancier et un débiteur ? Une réponse affirmative à cette question signifierait à nouveau que l'obligation a une origine délictuelle avant d'être contractuelle.

Il reste cependant difficile de départager le délit et le contrat quant à leur antériorité en tant que source d'obligation. Une des raisons de cette difficulté réside probablement aussi dans la lenteur de l'évolution. C'est alors cette évolution qu'il faudrait pouvoir retracer. En particulier, il faudra se demander comment et pourquoi tant le délit que le contrat ont pu aboutir à un seul et même résultat : la création d'une obligation.

II. Les premiers pas vers l'obligation

Je vais aborder consécutivement l'évolution des délits puis des contrats dans le premier droit à avoir développé le concept d'obligation : le droit romain.

a. Les délits en ancien droit romain

Lorsque l'on parle de délit, on vise un fait illicite, c'est-à-dire un fait qui est défendu par la loi ou par la morale. Autrement dit, pour qu'il y ait un délit, il faut nécessairement qu'il y ait une loi, or comme je l'ai rappelé précédemment, la première loi dont on ait retenu l'existence est la loi du talion. Le stade de la vengeance sauvage est donc dépassé lorsque qu'une cohésion sociale suffisante permet d'imposer la loi du talion.

Cette loi du talion est invoquée explicitement dans la plus ancienne loi romaine dont le texte nous soit parvenu : la loi des XII Tables¹² : « *Si membrum rumpsit, ni cum eo pacit, talio esto* (Tab.VIII.2) ». La loi du talion était donc d'application en cas de « *membrum ruptum*¹³ ». Mais cette application de la loi du talion était supplétive. Ce n'est qu'à défaut d'accord entre l'auteur et la victime qu'il y avait lieu d'appliquer la loi du talion. La loi des XII Tables reconnaît donc officiellement la possibilité d'une composition volontaire.

Il est vrai que la règle « œil pour œil », si elle constitue un progrès important par rapport à la vengeance sauvage, a toujours cet effet pervers qu'en définitive, au lieu d'avoir un œil crevé, il y en a deux. Plutôt que de se laisser crever un œil à son tour, l'auteur du délit aura probablement été favorable au rachat de sa faute. Il pouvait donc proposer de payer une composition volontaire afin de ne pas devoir subir la vengeance de la victime. Il est également probable que la cité ait favorisé le recours à la composition volontaire. Rome n'avait en effet aucun intérêt à devenir une cité de borgnes ou de manchots. Quoiqu'il en soit, la loi du talion fixe des limites à la vengeance dans le but de réduire les risques d'arbitraire. Dans ce cadre, le recours à la peine de mort est réservé aux délits les plus graves.

Le stade suivant a été de dire que la vengeance ne peut plus être privée. Il faut recourir à un magistrat (sauf en cas de flagrant délit ou d'aveu). Celui-ci joue un double rôle. D'une part, il vérifie l'existence du délit ainsi que l'identité de l'auteur de ce délit ; d'autre part, il autorise la victime à exécuter la peine liée au délit qui a été commis. Le rôle du magistrat a lui aussi évolué. Alors que dans un premier temps, c'est lui qui fixait le montant de la composition payée à la victime, dans un deuxième temps, ce montant était fixé par la loi elle-même. Le rôle du juge se limitait alors à vérifier la bonne application de la loi. On remarque d'ailleurs que la même loi des XII Tables comporte également des dispositions contenant un « tarif » d'amendes pour certains délits. C'est le cas par exemple pour l'« *Os fractum*¹⁴ » et l'« *iniuria*¹⁵ ».

¹² Cette loi date de la moitié du V^{ème} siècle avant J.C. L'histoire de cette loi, contée notamment par Tite Live (*ab Urbe condita*, livre 3) est particulièrement intéressante. Le peuple romain a – à cette époque – obtenu que les lois soient rendues publiques, afin d'échapper à l'arbitraire des magistrats. Le contenu de ces lois est donc antérieur au V^{ème} siècle avant J.C. et il nous donne de précieux renseignements sur l'origine de notre droit.

¹³ Cf. *supra*, note 6.

¹⁴ Cf. *supra*, note 7.

b. Les contrats en ancien droit romain

En ce qui concerne les contrats en ancien droit, on constate qu'ils sont assez rigoureux et contraignants. Le *nexum* est un contrat de prêt. C'est un contrat solennel, que l'on réalise au moyen de l'airain et de la balance. Le prêteur remet une certaine somme à l'emprunteur que celui-ci s'engage à restituer à la date convenue, faute de quoi il se mettait à la disposition du créancier.

En l'occurrence, se mettre à la disposition de son créancier, cela signifiait mettre sa vie entre ses mains. Le créancier avait sur le débiteur qui ne payait pas, un droit de vie et de mort. Plus couramment et parce que d'un point de vue économique c'était plus intéressant pour le créancier, celui-ci s'emparait du débiteur et le mettait au travail, jusqu'à ce qu'il se soit acquitté de sa dette.

Ce qui peut surprendre le juriste contemporain, c'est que le créancier ait eu le droit de s'emparer de la personne du débiteur sans passer par l'intermédiaire d'un juge. Cela signifiait donc que l'exécution de la peine alternative - dans le cas du *nexum* - était susceptible d'abus de la part de créanciers peu scrupuleux. C'est pour cette raison que le *nexum* a été interdit dès le IV^{ème} siècle avant J.C.

En interdisant le *nexum*, ce que l'on voulait avant tout, c'était empêcher le recours à une sanction aussi grave sans passer par la justice. Il n'était pas acceptable de transformer un homme libre en esclave, si l'on n'était pas certain qu'il avait réellement fait quelque chose de grave.

Pourtant, même si le caractère archaïque du *nexum* est indéniable, le fait qu'il supposait l'existence d'une économie connaissant déjà la monnaie fait de ce contrat un contrat qui n'est pas si ancien que cela¹⁵. Rome connaissait déjà d'autres contrats avant le *nexum*, tels que la *sponsio*. La *sponsio* est le contrat par lequel quelqu'un (le *sponsor*) se porte garant pour autrui. A l'origine, la garantie consiste en un otage. Il s'agit là du procédé de garantie utilisé également dans les relations internationales entre communautés politiques ne partageant pas le même ordre juridique. On peut donc imaginer que ce mécanisme de garantie remonte à une époque à laquelle le lien obligatoire n'existait pas encore. Être créancier ne conférait aucun avantage en

¹⁵ L'*iniuria* est la lésion physique la plus légère prévue dans la loi des XII Tables. Elle entraîne donc aussi la peine la plus légère, 25 as.

¹⁶ M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p.504.

soi, il fallait que le créancier se voie accorder un pouvoir de fait sur la personne du débiteur ou sur un substitut.

Dans quelles conditions recourrait-on à la *sponsio* ? Une possibilité réside dans l'hypothèse d'une composition volontaire. L'auteur du délit « rachète » donc le droit à la vengeance en promettant de « payer » quelque chose, mais il n'en a pas immédiatement les moyens. Il fait dès lors patienter la victime grâce à la technique de l'otage. L'auteur du délit ne pouvait évidemment pas se constituer otage lui-même, puisqu'il lui appartenait de trouver de quoi offrir la composition volontaire. C'est sans doute comme cela qu'est née la technique de l'otage¹⁷.

Dans le cas de la *sponsio*, il n'y a pas encore de responsabilité du fait propre. A l'origine, la garantie porte plutôt sur le fait d'un tiers. Mais petit à petit, la *sponsio* va évoluer. Celui qui s'engage à se comporter d'une certaine manière pourra également assumer la responsabilité qui découlerait du non-respect de sa promesse. On remarque à cet égard qu'à l'époque de la loi des XII Tables, l'évolution est réellement en marche, puisque l'on trouve dans cette loi à la fois la mise en œuvre de la loi du Talion, le mécanisme de la composition volontaire ainsi que celui de la composition légale¹⁸. Mais comment cela s'est-il transformé en obligation ? Un début d'explication réside peut-être dans la procédure suivie sur le plan judiciaire.

c. L'exécution des peines en ancien droit romain

L'exécution de la peine se fait par l'intermédiaire de ce que les Romains appelaient la « *manus iniectio* ». C'est un cas de composition imposée par le juge. C'est ce dernier qui fixe le montant de la composition qui obligera la victime du délit à renoncer à son droit de vengeance. Il s'agit donc là d'un stade intermédiaire entre la composition volontaire et la composition obligatoire, automatisée sous forme d'un tarif légal (le système des amendes).

On a peut-être ici, le développement des premiers pas de l'obligation naissant du délit. Il est cependant encore un peu tôt pour pouvoir réellement parler d'obligation dans le chef de l'auteur du délit. S'il paie ou s'engage à payer, c'est avant tout afin d'éviter les foudres de la vengeance ou les désagréments de la *manus iniectio*.

¹⁷ M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p.505.

¹⁸ Cf. *supra* point II.a.

Cette *manus iniectio* joue ici un rôle central. Le nom complet de l'action en justice est : « *legis actio per manus iniectioem*¹⁹ ». C'est une action en justice par laquelle le « créancier » met la main sur la personne du « débiteur ». Il s'agit d'une procédure d'exécution dirigée contre le débiteur qui a déjà été condamné à l'issue d'une autre instance. Le créancier met alors solennellement la main sur le débiteur (*manum inicere*) et lui réclame une nouvelle fois la somme due. Le débiteur doit alors payer ou désigner un « *vindex* ». Ce dernier est une personne qui serait disposée à contester le droit du créancier. Dans ce cas, le *vindex* repoussait la main du créancier (*manum depellere*). Si le *vindex* contestait à tort, le débiteur encourait une condamnation au double de la condamnation initiale pour avoir contesté une dette à propos de laquelle il y avait déjà une décision judiciaire²⁰. Si le débiteur ne payait pas et ne désignait pas non plus de *vindex*, le magistrat adjugeait la personne du débiteur au créancier. Le créancier pouvait alors enchaîner le débiteur, l'emmener chez lui où il pouvait le garder pendant 60 jours. Pendant ce délai, le créancier devait exhiber le débiteur à trois reprises sur le forum, afin de donner la possibilité à sa famille de payer sa dette. A l'expiration du délai, si aucune solution n'était trouvée, le débiteur était définitivement adjugé au créancier qui pouvait en faire ce qu'il voulait. Il avait théoriquement le droit de mettre le débiteur à mort ou de le vendre comme esclave. En pratique, il était plus rentable²¹ de mettre ce débiteur au travail pour lui faire rembourser ses dettes²². Bref, en ancien droit, les temps étaient durs pour les mauvais payeurs !

La procédure de la *manus iniectio* qui fonctionnait pour la mise en œuvre des jugements de condamnation d'un délit a également été utilisée en matière

¹⁹ Cette procédure est décrite dans les Institutes de Gaius (4.21). V. aussi M. KASER, *Römisches Privatrecht*, München, C.H. Beck, 2^e ed., 1971, p.153s.

²⁰ Pour rappel, l'ancien droit romain ne connaissait pas l'appel, qui est une invention bien plus tardive. Une seule décision devait suffire. La contester à tort devait donc être fortement découragé !

²¹ Les sources ne mentionnent pas de cas de mise à mort du débiteur dans le cadre de la *manus iniectio*. Or les faits rares et exceptionnels sont des faits dont les chroniqueurs et les historiens se souviennent aisément. Si cela était arrivé, ne fut-ce qu'une fois, il y a fort à parier que nous le saurions et que cela nous aurait été transmis.

²² Dans ce cas la situation du débiteur ressemble à de l'esclavage sans en être, car si celui-ci remboursait sa dette, il retrouvait sa liberté sans devoir être affranchi.

contractuelle, lorsque le débiteur ne payait pas. La *legis actio per manus iniectio* est donc devenue un point de convergence entre les délits et les contrats.

La procédure d'exécution forcée qui s'applique au débiteur montre que l'on a pas encore clairement à faire à une obligation au sens où on l'entend généralement aujourd'hui. En effet, la personne du débiteur est au premier plan. C'est prioritairement cette personne qui subit les foudres du créancier. Le paiement d'une composition n'est qu'un moyen d'éviter l'exécution sur la personne. L'obligation se situe au second plan. Cet ordre va cependant finir par s'inverser, de manière telle que le paiement d'une somme d'argent n'est plus simplement une manière d'éviter une exécution sur la personne, c'est ce à quoi le créancier a droit en priorité.

III. Conclusion

Le cheminement a donc été bien long et plutôt sinueux... et encore ai-je régulièrement péché par généralisation et schématisation ! Mais sur le plan des principes, c'est probablement bien comme cela que les choses se sont passées. Il a fallu transformer – petit à petit – ce besoin d'éviter les foudres d'une vengeance en une obligation de réparer le mal par une peine patrimoniale de substitution.

C'est la procédure utilisée qui explique pourquoi tant le délit que le contrat faisaient naître une obligation. Les Romains ont toujours été économes sur le plan du droit. Ils ont toujours cherché à utiliser les mécanismes juridiques existant pour résoudre des problèmes nouveaux. Ce n'est que lorsque de tels mécanismes juridiques n'existaient pas ou que le résultat obtenu était insatisfaisant qu'ils en créaient un nouveau. Que l'on soit en présence d'un délit ou d'un contrat, le recours à la *manus iniectio* gardait la même efficacité et c'est sans doute cela qui explique que tous deux aient pu donner naissance à des obligations.

Enfin, que ce soit dans le cadre de la *sponsio* ou de la *manus iniectio*, on voit bien que le créancier a une maîtrise physique sur son débiteur qu'il a pu... *enchaîner*. Bref, lorsque l'on dit du créancier qu'il est pieds et poings liés, cela a été une réalité pratique avant de devenir une métaphore. Dès lors, si les Romains pouvaient dire que : « *Obligatio est iuris vinculum [...]* », ce *vinculum* a donc bien été une lourde chaîne par laquelle le créancier entravait le débiteur...