

LE RÔLE DE IUS NATURALE DANS L'ANTIQUITÉ ET DANS LA FORMATION CONTEMPORAINE*

János ERDŐDY

maître de conférences (Université Catholique Pázmány Péter)

1. Réflexions préliminaires

Comme c'est bien connu, le *ius naturale* jouait un rôle important¹ dans la pensée juridique Romaine, à part de *ius civile*, *ius gentium*² et *ius*

* La présente communication est la version étendue de ma conférence que j'ai fait lors la 69e Session de la Société Internationale Fernand de Visscher pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité (SIHDA), qui avait lieu du 7 au 12 Septembre, 2015 à Istanbul. Je voudrais remercier à Prof. Havva Karagöz pour l'invitation et l'accueil chaleureux.

¹ L'importance de cette notion était précisément montrée par Mayer-Maly qui soutenait que n'importe quelle référence à *ius naturale* avait lieu dans droit Romain où il s'agissait de telles règles qui étaient développées ou dévoilées par raison ou quelques principes élémentaires de justice. Voir Theo MAYER-MALY: Reflexionen über ius I. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung* CXVII (2000). 11.

² Quant à ces couches normatives voir Gai. 1, 1: *Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur: nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur.* Voir aussi Inst. 1, 2, 1: *Ius autem civile vel gentium ita dividitur: omnes populi qui legibus et moribus reguntur partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur: nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis. Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur.* Pour ce qui est de la littérature secondaire voir p. ex.: René VOGGENSPERGER: *Der Begriff des „ius naturale“ im römischen Recht.* Helbing–Lichtenhahn, 1952.; Biondo BIONDI: *Lex e ius.* *Revue International des Droits de l'Antiquité* XII (1965). 170-171; Herbert WAGNER: *Studien zur allgemeinen Rechtslehre des Gaius: ius gentium und ius naturale in ihrem Verhältnis zum ius civile.* Gieben, 1978 ; Philippe DIDIER: Les divers conceptions du droit naturel à l'oeuvre dans la jurisprudence romaine des 2^e et 3^e siècles. *Studia et Documenta Historiae et Iuris* XLVII (1981). 205; Wolfgang WALDSTEIN: *Bemerkungen zum ius naturale bei den klassischen Juristen.* *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung* CV (1988). 710; Max KASER: „Ius honorarium“ und „ius civile“. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung.* CI. (1984) 74.; Max KASER: *Ius gentium.* Köln–Weimar–Wien, Verlag Böhlau, 1993.; Wolf-

*praetorium*³. Conformément à l'affirmation par Cicéron quant à ce sujet, il se trouvent trois piliers étroitement liés l'un à l'autre qui sont à examiner en détail: *populus*, *iustitia* et *utilitas communionis*.⁴

Cic. de re publ. 1, 39

Est igitur, inquit Africanus, res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus.

Comme Cicéron nous informe la *res publica* est la *res populi*, où *populus* signifie peuple. A ce point il faut souligné qu'un peuple n'est pas toute réunion ou agrégation d'hommes assemblés au hasard, formée de quelque manière que ce soit mais seulement une société cimentée par *iuris consensus* et dans un but de *utilitas communionis*.

Ce qui se montre tout clairement c'est que le rapport qui relie ces notions est *iuris consensus*, le contenu duquel était une fois tout à fait compréhensible à tous. Ce *iuris consensus* contenait *ius civile*, *ius gentium* et *ius naturale* cités au dessus – ce sont les couches normatives de *ius*⁵ dans la pensée Romaine.

Pour pouvoir donner une vue d'ensemble, il est inévitable de faire référence aux autres strates normatives du droit Romain, hormis *ius naturale*.

Gai. 1, 1 = Gai. D. 1, 1, 9 (1 inst.) = Inst. 1, 2, 1⁶

Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis: quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur.

gang WALDSTEIN: Diritto consuetudinario e diritto giurisprudenziale a Roma. *Saggi sul diritto non scritto*. Padova, 2002. 182.

³ Voir Pap. D. 1, 1, 7, 1 (2 def.): *Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. Quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum*. From the secondary literature, Voir for instance Fritz SCHULZ: *Classical Roman Law*. Oxford, 1951. 103. sq.; KASER op. cit. (1984) 72.; Joseph PLESCIA: The Development of the Doctrine of *Boni Mores* in Roman Law. *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, XXXIV. (1987) 277–279.; Tomasz GIARO: Über metodologische Werkmittel der Romanistik. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, CV. (1988) 193.

⁴ Concernant ce rapprochement voir Cic. de re publ. 1, 39: *Est igitur, inquit Africanus, res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus*.

⁵ Quant à l'emploi du terme *ius* au lieu de « droit », il est suffisant de faire référence au titre du célèbre livre par Max Kaser: Das altrömische *ius* – dont le titre-même suggère qu'il se trouve plusieurs différences entre *ius* et Recht – « droit » en allemand.

⁶ Le texte par Gaius et celui dans le Digest sont tout à fait identiques, alors que celui qui se trouve dans les Institutions de Justinien contient une phrase de lancement (*Ius autem civile gentium ita dividitur*).

Comme Gaius soutient dans ce texte, tous les peuples administrés tant par des lois que par des coutumes, se gouvernent d'un côté par leur propre droit, et par le droit commun à tous les hommes d'un autre. Car lorsqu'une nation se fait le droit, il lui devient son propre qui lui est particulier. C'est pour cette raison que l'on l'appelle *ius civile*. Cependant, le droit que la *naturalis ratio* a établi chez tous les hommes est également observé par tous, et l'on l'appelle *ius gentium*, puisqu'il oblige toutes les nations.

Ce qui se montre définitivement du texte par Gaius et son équivalent de 6^{ème} siècle que *ius civile* et *ius gentium* étaient considérés comme complément l'un à l'autre: il se trouve quelques caractéristiques qu'ils partagent, alors qu'il y en a d'autres qui sont tout à fait différentes. Quant à la caractéristique commune, il est fort intéressant de souligner que toutes les deux strates normatives sont exclusivement applicables aux peuples administrés par lois et coutumes, donc aux nations civilisées, pour ainsi dire (*[o]mnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur*). Dans ce contexte le premier est lié à toutes sources écrites de droit applicable à la totalité de la communauté; alors que le second est en rapport avec coutumes inhérents et dominants dans un certain endroit.⁷ Cette affirmation implique que *ius* a un caractère interpersonnel – et par conséquent *ius* n'applique qu'à l'espèce humaine. Cependant, la différence principale entre *ius civile* et *gentium* est que les règles de *ius civile* sont promulguées par les membres d'une communauté particulière à laquelle ces règles s'appliquent.⁸ Les règles de *ius gentium*, d'un autre côté, est le résultat de *naturalis ratio*⁹, c'est pour cela qu'elles s'appliquent à et sont observées par toutes les nations qui satisfont les conditions primaires, notamment que ce soit une communauté administrée par lois et coutumes dominants et répandus dans toute la collectivité.¹⁰

A ce point, il est fort intéressant de s'orienter vers l'examen de *ius naturale* dans la pensée Romaine. A titre préliminaire, il faut signaler que la notion Romaine de *ius na-*

⁷ Voir *Oxford Latin Dictionary*. Oxford, Clarendon Press, 1968. s. v. 'mos', particulièrement 'mos'²⁷.

⁸ Voir Reginaldo M. PIZZORNI: *Il diritto naturale dalle origini a S. Tommaso d'Aquino*. Bologna, 2000. 136.

⁹ Quant à l'expression *ratio*, un débat qui dure longtemps doit être mentionné, mais seulement *per tangentem*, comme une référence détaillée de ce débat pourrait servir comme un détour à notre but primaire. Pourtant, une allusion aux significations multiples dudit terme est tout assez. Voir *Oxford Latin Dictionary* op. cit. s. v. 'ratio', avec attention spéciale à 'ratio'⁵ et 'ratio'¹²⁷. Pourtant, ce qui doit également être cité, c'est le fait que le sens « base, fond, raison » de quelque chose est surtout suivi par un cas possessif dans la langue Latine, mais ce n'est pas le cas avec le terme *naturalis ratio*, comme *naturalis* est un adjectif au nominatif. De plus, en ce qui concerne le sens principal de cette expression, bon sens peut être également évoqué ici: si *ratio* veut bien dire raison, la question préliminaire doit aborder l'origine de cette raison. A ce point, on voit bien que raison présuppose une ordre, selon laquelle toutes les choses, tous les événements et tous les hommes sont considérés comme raisonnables, ou normaux, alors que d'autres sont regardés contrairement. Concernant ce sujet de *naturalis ratio* voir p. ex. Paul A. VAN DER WAERDT: *Philosophical Influence on Roman Jurisprudence? Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt* II, 36. 7. Berlin–New York, De Gruyter, 1994. 4880–4881.

¹⁰ Voir PIZZORNI (2000) op. cit. 136–137. Ces différences ont quelques conséquences praticables dans la pratique juridique quotidienne. Pour l'exprimer voir ce passage dans le Digeste; Gai. D. 41, 1, 1 pr. (2 re. cott.): *Quarundam rerum dominium nanciscimur iure gentium, quod ratione naturali inter omnes homines peraeque servatur, quarundam iure civili, id est iure proprio civitatis nostrae. Et quia antiquius ius gentium cum ipso genere humano proditum est, opus est, ut de hoc prius referendum sit.*

turale et le concept du droit naturel contemporain ne sont pas tout à fait équivalents l'un à l'autre. C'est le résultat du fait que le droit naturel contemporain est bien affecté par bien d'impacts culturels et historiques suivants l'époque Romaine, c'est pour cela que certaines différences concernant le rapprochement des sujets se produisent. De plus, il faut également souligner que le concept et l'emploi de certaines notions avaient changé depuis l'époque Romaine – et cette affirmation est particulièrement vraie en rapport avec une telle entité qui est étroitement reliée à la philosophie (et par conséquent, dans une certaine mesure, à une idéologie courante). Les notions de cette philosophie ont été remodelées et refaçonnées depuis l'époque de Platon et Aristote – leur effet sur la pensée Romaine (et pas exclusivement sur la pensée juridique) est fort incontestable.¹¹ En conséquence de ce qui précède, lors n'importe quelle référence au concept Romain du droit naturel, l'emploi du terme *ius naturale* semble approprié, pour pouvoir accentuer toutes différences subtiles entre l'idée Romaine et contemporaine du droit naturel.

2. La définition de *ius naturale* par Ulpien

Après toutes ces considérations, il est fort intéressant d'examiner les sources primaires liées au *ius naturale* : ce que se montre tout clairement c'est le fait que l'expression possède un emploi double : d'un côté, il se trouvent les références, dans lesquelles *ius naturale* est utilisé d'une manière explicative ou illustrative. D'un autre côté, il y a des sources, dans lesquelles *ius naturale* est défini.¹² A cet égard, il suffit de citer le texte suivant :

Ulp. D. 1, 1, 1, 3 (1 inst.) = Inst. 1, 2

Ius naturale est quod natura omnia animalia docuit. Nam ius istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium, quae in caelo, quae in terra, quae in mari nascuntur.

La manière comme Ulpien aborde le problème nous communique que *ius naturale* est le droit que la *natura* a appris à tous les animaux qui vivent sur la terre et dans les eaux, et qui appartient également aux oiseaux. De ce droit descend l'union du mâle et de la femelle, que nous appelons mariage, de plus, la procréation des enfants et leur éducation. En effet, tous les animaux, même ceux qui sont féroces, paraissent reconnaître ce droit.

Ce célèbre texte du droit Romain offre beaucoup à examiner – en ce qui concerne tant la critique littéraire de ce texte¹³ que son contenu interne, sans parler de son contexte

¹¹ Voir PIZZORNI (2000) op. cit. avec attention spéciale aux pages 29–88, en se concentrant au rapprochement Grec du droit naturel, et aux pages 91–155, avec l'idée Romaine au centre. Quant aux modifications des notions dans le Médiéval voir 140¹⁷⁰ dudit livre.

¹² A ce point, il est important de souligner qu'à côté du terme *ius naturale*, il se trouve quelques cas, dans lesquels *ius naturae* est utilisé. Voir par exemple Cic. de inv. 2, 161: *Naturae ius est, quod non opinio genuit, sed quaedam in natura vis insevit, ut religionem, pietatem, gratiam, vindicationem, observantiam, veritatem.* Voir p. ex. Ludovico Valerio CIFERRI: *Conoscenza e concessione del diritto in Cicerone. Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, XLI. (1994) 143⁶.

¹³ Quelques auteurs considèrent ce texte comme pseudo-Ulpinien, mais cette affirmation semble farfelue – grâce aux plusieurs apparences des références au *ius naturale*. Voir WAGNER (1978) op. cit. 64², 118⁴,

plus large. Cet ensemble des normes, dont l'idée de base vient de l'école péripatétique¹⁴, trouve son origine dans la *natura*-même, où le terme *natura* comme une tournure générale a des sens divers. Parmi ces sens ce qui est le plus important, c'est la signification selon laquelle *natura* a été considérée comme la puissance qui administre l'univers physique ou matériel, par conséquent elle apparaît comme un *creator mundi*.¹⁵ D'ailleurs, le terme *natura* se rencontre dans plusieurs autres cas, où cette tournure signifie certain pouvoir quelconque. A ce titre, elle apparaît comme une puissance de définir le caractère inné et les sentiments des hommes.¹⁶ Puis, elle se présente comme une puissance qui administre toutes conditions et requises physiques, telles que la durée de vie des vivants, ou bien les propriétés physiques des animaux, des plantes et d'autres produits de la nature.¹⁷ Les disciples qui apprennent toutes ces règles sont *animalia*, c'est-à-dire tous êtres vivants. Par conséquent, le terme Latin *animal* doit être compris dans un sens plus large¹⁸, même si Ulpien-même contredit une fois à sa propre affirmation, où il réclame que les bêtes étant dépourvues de raison, ne peuvent point avoir intention de nuire.¹⁹ Au bout du compte, il résulte de tous ceux qui précèdent que *ius naturale* n'est point particulier au genre humain, au contraire il influence sur toutes créatures.²⁰

Une idée similaire peut être lue dans l'Étique à Nicomaque par Aristote, dans laquelle il affirme comme suit:

Arist. Eth. Nic. 1134b

“τοῦ δὲ πολιτικοῦ δικαίου τὸ μὲν φυσικὸν ἐστὶ τὸ δὲ νομικόν, φυσικὸν μὲν τὸ πανταχοῦ τὴν αὐτὴν ἔχον δύναμιν, καὶ οὐ τῷ δοκεῖν ἢ μή, [...]”

136, 141, etc. Contrairement voir WALDSTEIN (1988) op. cit. 702–703. Selon Wagner ce texte par Ulpien n'est rien d'autre qu'une édition postclassique d'un texte original. Détaillé voir WAGNER (1978) op. cit. 135. sq. Cette affirmation n'est pas pourtant douteuse. Voir WALDSTEIN (1988) op. cit. 706–707., avec plusieurs preuves d'authenticité de ce *locus*. Honoré-même n'a pas contesté l'authenticité du texte. Voir Tony HONORÉ: *Ulpian. Pioneer of Human Rights*. Oxford University Press, 2002². 100.

¹⁴ Voir Laurens C. WINKEL: Einige Bemerkungen über das *ius naturale* und *ius gentium*. In: *Ars boni et aequi. Festschrift für Wolfgang Waldstein zum 65. Geburtstag*. Stuttgart, 1993. 443. Similairement voir Dieter NÖRR: *Rechtskritik in der römischen Antike*. München, C. H. Beck, 1974. 80¹⁵⁰. Comme une idée contraire voir HONORÉ (2002²) op. cit. 31.

¹⁵ Voir p. ex. Cic. nat. deo. 2, 29: *Natura est igitur, quae contineat mundum omnem eumque tueatur, et ea quidem non sine sensu atque ratione*. Lucr. 2, 168–171: “[...] naturam non posse deum sine numine reddunt / tanto opere humanis rationibus atmoderate / tempora mutare annorum frugesque creare / et iam cetera [...]”.

¹⁶ Voir Cic. Mur. 4: “[...] quod natura adfert ut eis faveamus qui eadem pericula quibus nos perfuncti sumus ingrediantur [...]”.

¹⁷ Voir p. ex. Cic. Tusc. disp. 1, 47: “*nam nunc quidem, quamquam foramina illa, quae patent ad animum a corpore, callidissimo artificio natura fabricata est [...]*”; Lucr. 2, 713–714: “[...] at contra aliena videmus / reicere in terras naturam [...]”.

¹⁸ Voir également Martin SCHLAG: Norm und Geltung. In: *Ars boni et aequi. Festschrift für Wolfgang Waldstein zum 65. Geburtstag*. Stuttgart, 1993. 324. Contrairement voir WINKEL (1993) op. cit. 448.

¹⁹ Voir *Oxford Latin Dictionary* op. cit. s. v. ‘animal’; Ulp. D. 9, 1, 1, 3 (18 ad ed.): *Ait praetor „pauperiem fecisse”. Pauperies est damnum sine iniuria facientis datum: nec enim potest animal iniuria fecisse, quod sensu caret*. Voir aussi PIZZORNI (2000) op. cit. 139. and footnote 169.

²⁰ Voir CIFERRI (1994) op. cit. 148.

Selon l'opinion d'Aristote, la justice politique (πολιτικός δίκαιος) elle-même est de deux espèces, l'une naturelle (φυσικός) et l'autre légale (νομικός). Celle qui est naturelle se retrouve a partout (πανταχοῦ) la même force (δύναμις) et ne dépend point de telle ou telle opinion. En d'autres termes, justice naturelle comme quelque chose d'universellement valable ne dépend pas de tout de l'acceptation ou le rejet des gens. Le parallélisme entre ce rapprochement d'Aristote et celui des juristes Romains (particulièrement Gaius, et puis les idées de Justinien par conséquent) devient tout évident le moment où l'on fait mention de la comparaison entre *ius gentium* et *ius naturale* dans la pensée Romaine. Le premier trouve son origine dans *naturalis ratio* qui est applicable aux peuples administrés par lois et coutumes, donc à ceux qui sont civilisées. A cause de tout cela, ces traditions dans la plupart des cas sont reflétées par les lois de telle ou telle communauté humaine – comme ce groupe des normes ne s'applique qu'à l'espèce humaine. Quant au second, *ius naturale*, c'est commun à tous êtres vivants du monde, surtout parce que cela vient de *natura* au lieu de *naturalis ratio*. Ce qui est apparent de toutes ces considérations, c'est qu'il se trouve une différence évidente entre *natura* et *naturalis ratio*, quelque petite et insignifiante que ce soit à première vue. Cette affirmation est encore valable le cas spécial où l'on considère le terme *ratio* comme 'ordre', qui est une première pierre de la raison. A ce point une référence à Sénèque semble être très profitable, puisque il a créé une classification méthodique des entités concernant *genus* et *species*.²¹ Reprenant l'idée de Sénèque, il est possible de dire que les créatures vivantes (*animalia*) se divisent en deux groupes: l'un contient les créatures qui vivent sur la terre, dans les eaux et dans le ciel. A l'autre appartiennent les êtres humains, puisqu'ils-mêmes sont également *animalia*. La différence profonde entre ces deux groupes est que le premier manque de *ratio*, qui est un caractère spécial du second. *Ratio* apparaît ici comme une aptitude qui nous permet à se rendre compte de l'ordre naturelle (*naturalis ratio*) et à le comprendre. C'est pour cette raison que cette *naturalis ratio* prend le rôle d'un cadre ou d'un décor, dans lequel toutes entités sont obligées à exister. Ce rapprochement maintient l'idée selon laquelle *ius civile*, *ius gentium* et *ius naturale* doivent être considérés comme trois cercles concentriques.

3. Quelques exemples de l'apparition du terme « iure naturali » dans le Digeste

Parmi les textes, dans lesquels *ius naturale* apparaît dans un sens explicatif ou illustratif, ces lieux doivent être cités ici, dans lesquels la tournure « iure naturali » se produit. Cette forme se trouve dans le cas ablatif, par suite *ius naturale* est compris comme un moyen ou un instrument qui permet de faire quelque chose. La raison pour tout le traité dans le Digeste, c'est l'opinion stoïque²² selon laquelle Divinité a laissé libres tous les

²¹ Voir Sen. Ep. (6), 58, 8-15: "[...] quaedam animam habent nec sunt animalia. Placet enim satis et arbutis animam inesse. Itaque et vivere illa et mori dicimus. Ergo animantia superiorem tenebunt locum, quia et animalia in hac forma sunt et sata. Sed quaedam anima carent, ut saxa. Itaque erit aliquid animantibus antiquius, corpus scilicet. Hoc sic dividam, ut dicam corpora omnia aut animantia esse aut inanima".

²² Voir Arist. Rhet. 1373b: "[...] ἐλευθέρου ἀφῆκε πάντας θεός: οὐδένα δοῦλον ἢ φύσις πεποίηκεν [...]". On this see also KASER (1993) op. cit. 75.

hommes, et la nature n'a rendu personne esclave. Dans les sources légales Romaines, c'est surtout Ulpien qui témoigne de ce fait très important.²³ Le premier texte traite ce sujet d'un aspect général, alors que le second est plus spécialisé.

Ulp. D. 50, 17, 32 (43 ad Sab.)

Quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur: non tamen et iure naturali, quia, quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt.

Selon ce texte, quant à ce qui regarde le *ius civile*, les esclaves sont regardés comme *personae*.²⁴ Pourtant, il n'en est pas de même par rapport au *ius naturale*, suivant lequel tous les hommes sont égaux – ce rapprochement est une bonne indication de ladite influence stoïque.²⁵ Honoré avait une idée très originaire par rapport à ce lieu: il soutenait qu'il se trouve une contraposition de ce qui est naturel et artificiel, comme par exemple *ius civile* même qui est le résultat d'une acte législative.²⁶ Lévy accentue, à cet égard, qu'une référence quelconque au *ius naturale* dans le cadre de la question d'esclavage est toujours conforme aux autres sources de ce thème.²⁷

Ulp. D. 1, 1, 4 (1 inst.):

Manumissiones quoque iuris gentium sunt. Est autem manumissio de manu missio, id est datio libertatis: nam quamdiu quis in servitute est, manui et potestati suppositus est, manumissus liberatur potestate. Quae res a iure gentium originem sumpsit, utpote cum iure naturali omnes liberi nascerentur nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita: sed posteaquam iure gentium servitus invasit, secutum est beneficium manumissionis. Et cum uno naturali nomine homines appellaremur, iure gentium tria genera esse coeperunt: liberi et his contrarium servi et tertium genus liberti, id est hi qui desiderant esse servi.

L'affirmation primaire du texte, c'est que les affranchissements (*manumissiones*) sont aussi du *ius gentium*. Pour élucider ce que le terme veut dire, le juriste clarifie que l'affranchissement est la délivrance du joug ou de la contrainte de la servitude, ou l'acte par lequel on donne la liberté; car ceux qui sont dans l'esclavage sont sous la main et la puissance du maître: l'affranchi en est délivré. Comme explication étymologique, il y ajoute que l'affranchissement tire son origine du *ius gentium*: puisqu'en effet le *ius naturale* regarde tous les hommes comme libres, et ne reconnaît ni servitude, ni affranchissement. Mais la servitude s'étant introduite par le *ius gentium*, les affran-

²³ HONORÉ (2002²) op. cit. 88.

²⁴ Kaser souligne que l'expression *pro nullis haberi* s'applique à la capacité légale. Voir KASER (1993) op. cit. 77³¹⁵.

²⁵ Ernst LÉVY: *Natural Law in Roman Thought. Gesammelte Schriften I.* Köln–Graz, Verlag Böhlau, 1963. 11.; HONORÉ (2002²) op. cit. 81., likewise 88.

²⁶ HONORÉ (2002²) op. cit. 79

²⁷ Détaillé voir LÉVY (1963) op. cit. 14.

chissements ont suivi; et au lieu que, suivant le *ius naturale*, les hommes étaient tous de la même condition, le *ius gentium* en distingue trois espèces: les libres, auxquels on oppose les esclaves, et les affranchis qui ont cessé d'être esclaves. A ce point, il devient tout claire que *ius gentium* et *ius naturale* sont loin d'être égaux – il se trouve quelque différence, dont le point de départ est le fait que les juristes ont accepté l'idée philosophique selon laquelle tous les hommes sont nés libres.²⁸ Par conséquent, Ulpien-même souligne que la *manumissio* trouve son origine dans le *ius gentium*, car selon le *ius naturale* *manumissio* était inconnu : la liberté innée de tous les hommes provoquait que l'esclavage était sans précédent. Donc, on peut bien dire que l'esclavage donne un bon exemple d'une institution qui est contraire à la *natura*, il est toutefois accepté par le *ius gentium*.²⁹ Ainsi, après l'admission de l'esclavage par le *ius gentium*, *manumissio* se présentait, mais seulement comme un avantage. Une classification très intéressante suit ces considérations. Ulpien souligne que selon le *ius naturale* il n'y a qu'un seul nom naturel (*nomen naturale*) pour chaque entité, par exemple homme (*homo*) dans notre cas. Cependant, dans le cadre du *ius gentium*, il se trouve trois noms parallèles: les hommes par exemple peuvent être *liberi*, *servi*, ou bien *liberti*. A cet égard, il serait également intéressant de citer les Institutes de Gaius, dans lequel le juriste affirme que la principale division du droit relatif aux personnes est que tous les hommes sont libres ou esclaves. Parmi les hommes libres, les uns sont ingénus, alors que les autres affranchis. Sont ingénus ceux qui sont nés libres; affranchis ceux qui ont été libérés d'une servitude conforme au droit.³⁰

Le troisième texte couvrant également le sujet de l'esclavage par rapport au *ius naturale* est par Tryphoninus.

Tryph. D. 12, 6, 64 (7 disp.)

Si quod dominus servo debuit, manumisso solvit, quamvis existimans ei aliqua teneri actione, tamen repetere non poterit, quia naturale adgnovit debitum: ut enim libertas naturali iure continetur et dominatio ex gentium iure introducta est, ita debiti vel non debiti ratio in conditione naturaliter intellegenda est.

Dans ce cas, il y a un maître qui doit une certaine somme d'argent à son esclave. Après l'avoir affranchi, il lui paye ce qu'il lui devait lorsqu'il était esclave. Puis, il intente une action contre son esclave affranchi pour récupérer l'argent payé. Ayant été demandé, le juriste a répondu qu'il ne pas lui redemander ce qu'il lui aura payé – malgré sa croyance – parce que cette somme d'argent doit être considéré comme une dette naturelle. La raison pour cela est tout simple: la liberté est un présent de la *ius natu-*

²⁸ LÉVY (1963) op. cit. 11–12.; KASER (1993) op. cit. 58.

²⁹ Voir HONORÉ (2002) op. cit. 80., qui affirme que *ius gentium* a graduellement envahi *ius naturale*. Voir aussi *Oxford Latin Dictionary* op. cit. s. v. 'inuado^{4b}' pour y trouver un sens légèrement différent.

³⁰ Voir Gai. 1, 9–12: "(9) *Et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi. (10) Rursus liberorum hominum alii ingenui sunt, alii libertini. (11) Ingenui sunt, qui liberi nati sunt; libertini, qui ex iusta servitude manumissi sunt. (12) Rursus libertinorum tria sunt genera: nam aut cives Romani aut Latini aut dediticiorum numero sunt [...]*". Pour ce qui est de ce texte voir aussi KASER (1993) op. cit. 78.

rale, alors que la puissance du trouve son origine dans le *ius gentium*. Ensuite, pour exprimer le fondement de cette distinction, Tryphoninus compare ce *debitum naturale* à la liberté qui existe dans le cadre du *ius naturale*.³¹ Par contraste à cela, le juriste également mentionne la puissance³² sur des personnes a été introduite par le *ius gentium*. Enfin, sa décision est fondée sur le fait que l'un de ces groupes des normes est considéré (ou bien il les considère) comme supérieur à l'autre. Résultat de l'évaluation: Tryphoninus prétend que ce cas doit être décidé par rapport au *ius naturale*.³³

Une autre référence au *ius naturale* apparaît dans le Digeste par rapport aux relations familiales.

Mod. D. 38, 10, 4, 2 (12 pand.)

Cognitionis substantia bifariam apud Romanos intellegitur: nam quaedam cognationes iure civili, quaedam naturali conectuntur, nonnumquam utroque iure concurrente et naturali et civili copulatur cognatio. Et quidem naturalis cognatio per se sine civili cognatione intellegitur quae per feminas descendit, quae vulgo liberos peperit. civilis autem per se, quae etiam legitima dicitur, sine iure naturali cognatio consistit per adoptionem. Utroque iure consistit cognatio, cum iustis nuptiis contractis copulatur. Sed naturalis quidem cognatio hoc ipso nomine appellatur: civilis autem cognatio licet ipsa quoque per se plenissime hoc nomine vocetur, proprie tamen adgnatio vocatur, videlicet quae per mares contingit.

Dans ce texte, Modestinus donne une brève définition³⁴ de la *cognatio*, donc la parenté Romaine, qui selon le juriste se divise en deux espèces. Car il y a une *cognatio civilis* et une *cognatio naturalis*. Fondée sur ces deux bases, trois combinaisons de parenté sont possibles, et par conséquent à côté de *cognatio civilis* et *naturalis* il y a encore une parenté mixte qui a lieu lorsque les liens du sang et de la loi concourent ensemble.³⁵ Quelquefois ces espèces de parenté coïncident, donc la relation selon *ius naturale* et *civile* est unie. Et, en effet, la *cognatio naturalis* peut être comprise comme existant sans *civilis*. Ce qui est le meilleur exemple d'une telle situation, c'est le cas d'une femme ayant des enfants illégitimes.³⁶ Ce cas montre que l'origine de la *cognatio*

³¹ Un tel *debitum naturale* était considéré comme *obligatio naturalis*. Voir Wolfgang WALDSTEIN: Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen. *Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt* II, 15. Berlin–New York, 1976. 86.; KASER (1993) op. cit. 77.

³² Quant aux remarques critique de l'expression '*dominatio*' voir KASER (1993) op. cit. 77³¹⁴, avec littérature secondaire abondante.

³³ Quelque chose de similaire peut être trouvé dans un autre texte, dans lequel Licinius Rufinus affirme qu'un *pupillus*, ne sera pas responsable selon le *ius naturale*, s'il a emprunté l'argent. Voir Licin. D. 44, 7, 58 (8 reg.): *Pupillus mutuum pecuniam accipiendo ne quidem iure naturali obligatur.*

³⁴ Gilbert HANARD: Observations sur l'adgnatio. *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, XXVII. (1980) 172.

³⁵ Voir KASER (1993) op. cit. 81.

³⁶ Voir C.VAN DE WIEL: Les différentes formes de cohabitation hors justes noces et les dénominations diverses des enfants qui en sont nés dans le droit romain, canonique, civil et byzantin jusqu'au treizième

– surtout sous l’aspect de la succession héréditaire – peut être retrouver dans la naissance-même, ainsi elle est bien liée au *ius naturale* aussi.³⁷

Pourtant, la *cognatio civilis*, qui est parfois considérée comme *legitima* à la fois, apparaît comme le résultat d’une *adoptio* sans aucune *iure naturali cognatio*. Alors, la *cognatio* peut exister sous le régime des deux lois, où l’union est établie par un mariage légalement contracté. En ce qui concerne les noms de ces deux espèces de parenté, la *cognatio naturalis* conserve le nom de *cognatio*; mais la *cognatio civilis*, quoiqu’elle puisse être appelée du même nom, se nomme cependant plus particulièrement *adgnatio*. Ce mot désigne la parenté qui vient par mâles.

Il se trouve un autre groupe des sources reliées au droit de propriété dans le cadre duquel le terme *iure naturalis* se manifeste.

Marci. D. 1, 8, 2, pr. – 1 (3 inst.)

(pr.) *Quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur.*

(1) *Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris.*

Selon le juriste, il y a des choses qui, suivant le *ius naturale*, sont communes à tous les hommes – comme l’air, l’eau, la mer et ses rivages par exemple.³⁸

Flor. D. 1, 8, 3 (6 inst.)

Item lapilli, gemmae ceteraque, quae in litore invenimus, iure naturali nostra statim fiunt.

La suite du texte par Marcianus accentue qu’il en est de même des pierres précieuses, des perles et des autres choses qui appartiennent, suivant le *ius naturale*, à ceux qui les trouvent sur le rivage. Il est fort intéressant que ni Marcianus, ni Florentinus ne mentionnent ‘res’ dans leurs fragments, bien que les textes se trouvent sous le titre « *De divisione rerum et qualitate* ». ³⁹ De plus, ce qui mérite encore la considération, c’est que les modes de l’acquisition de la propriété sont gouvernées par le *ius civile* ou *gentium*. Pourtant, dans ces textes, tous les deux auteurs affirment que l’emploi des objets énumérés par Marcianus d’un côté, et l’occupation des objets mentionnés par Florentinus d’un autre sont réglés par *ius naturale*.⁴⁰

Encore une sources doit être prise en considération.

siècle. *Revue Internationale des Droits de l’Antiquité*, XXXIX. (1992) 337³³.

³⁷ LÉVY (1963) op. cit. 8; KASER (1993) op. cit. 65.

³⁸ Une paraphrase de ce texte se trouve dans Inst. 2, 1 pr. – 1. Voir KASER (1993) op. cit. 108.; Wolfgang WALDSTEIN: «Ius naturale» nel diritto romano postclassico e in Giustiniano. In: Umberto VINCENTI (a cura di): *Saggi sul diritto non scritto*. Padova, 2002. 275. and footnote 159.

³⁹ Voir KASER (1993) op. cit. 108.

⁴⁰ LÉVY (1963) op. cit. 9.

Gai. D. 43, 18, 2 (25 ad ed. provinc.)

Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae sunt: quarum proprietas et civili et naturali iure eius est, cuius et solum.

On appelle maisons superficiaries celles que l'on a élevées sur un terrain qu'on a pris à bail; la propriété, suivant le *ius naturale* et *civile*, en appartient au propriétaire du sol.⁴¹

Dans ces trois derniers textes le phénomène le plus important est le fait que les juristes unanimement considèrent *ius naturale* et *gentium* comme synonymes, donc comme des termes avec une signification identique. Un tel changement dans l'interprétation peut être le résultat de l'altération des notions la modification du fond notionnel de ces deux groupes du *ius*.

4. Conclusions finales: l'influence du *ius naturale* à l'éducation juridique contemporaine

Ce qui est fort apparent de toutes ces considérations, c'est que les références explicites au *ius naturale* dans le Digeste sont les sources vraiment primordial du droit Romain. Il se trouve une tendance à contracter des notions du *ius naturale* et *gentium* dans quelques cas, pourtant, les définitions classiques de ces normes nul doute qu'il y avait des limites incontestables entre ces deux idées. Comme c'était bien montré, la notion de *ius naturale* avait une application double. D'une part, *ius naturale* est bien défini ou circonscrit dans quelques sources, alors que d'une autre part, il se trouve de nombreuses occasions où cette tournure possède un sens explicatif ou illustratif. Le contexte du divers emplois de *natura* et *ius naturale* trouve son origine dans la philosophie stoïque, l'influence de laquelle était plus que considérable, sinon prédominante, sur le droit-même spécifiquement, mais sur tous milieux en général.

En ce qui concerne le rôle de *ius naturale* dans la formation juridique de nos jours, une référence doit être faite au Pape Benoît XVI qui a cité le Livre des Rois (1 R 3, 9) devant le Bundestag en 2011, en soulignant que celui qu'un politicien a vraiment besoin, c'est d'obtenir « un cœur docile pour gouverner [le] peuple, pour discerner entre le bien et le mal ». Et ce qui est encore plus important, c'est qu'une telle caractéristique est également primordial pour les juristes, pour qu'ils puissent pratiquer leur métier *aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes* – comme Ulpien l'avait élégamment décrit dans le Digeste (Ulp. D. 1, 1, 1, 1 [1 inst.]). Pour pouvoir atteindre ce but, le concept du *ius naturale* peut servir comme un moyen par lequel les étudiants peuvent mieux comprendre la logique des décisions des juristes anciens, et aussi leurs motivations.

⁴¹ Voir KASER (1993) op. cit. 102, avec référence à la règle *superficies solo cedit*, que Kaser par ailleurs a nié d'être gouvernée par le *ius gentium*.

