

L'ENSEIGNEMENT DU DROIT ROMAIN

par Jean-Charles Bonenfant*

Le droit romain n'a jamais été populaire et il est facile de cueillir dans la littérature des allusions malveillantes à son endroit et surtout à l'égard de ceux qui l'enseignent. Déjà Pantagruel, lorsqu'il étudiait "en la faculté des lois de Bourges" et qu'il écrivait "que les livres des lois lui semblaient une belle robe d'or, triomphante et précieuse à merveille, qui fut brodée de merde", visait le droit romain et surtout ses commentateurs. "Car, disait-il (Pantagruel), ajoute Rabelais, au monde n'y a livres tant beaux, tant ornés, tant élégants, comme sont les textes des Pandectes, mais la broderie d'iceux, c'est à savoir la glose d'Accurse, est tant sale, tant infâme et punaise, que ce n'est qu'ordure et vilenie".¹ Plus près de nous, ici au Canada, lorsqu'un romancier a voulu légèrement ridiculiser un personnage, il en fait "le titulaire du cours de droit romain."² Enfin, dans son petit livre sur *Le Droit romain*, Michel Villey a pu écrire: "le moindre journaliste lorsqu'il s'efforce à varier son vocabulaire, ne trouve pas de meilleure injure pour un homme politique que celle de romaniste".³

D'ailleurs, les romanistes eux-mêmes se rendent compte de la crise de l'enseignement du droit romain et de son peu de popularité auprès des étudiants. Le professeur Robert Warden Lee, qui enseigna naguère le droit romain à l'Université McGill et qui fut un des grands romanistes de notre époque, écrivait déjà en 1923 que même si le droit romain occupait une place importante dans le programme d'étude du droit de la province de Québec, les étudiants n'éprouvaient pas pour cette discipline une affection particulière. "The fact is that the student of today, disait-il, no less than those who are responsible for his legal education, does not recognize the use of Roman Law, and therefore approaches its study without enthusiasm. It seems to him too remote from the business of modern life to have a reasonable claim upon his time and attention."⁴

En France, on a fait depuis longtemps les mêmes constatations et la "crise du droit romain" a préoccupé de nombreux auteurs.⁵ D'ailleurs, il suffit d'ouvrir un manuel de droit romain, en anglais ou en français, pour constater qu'aucune discipline ne sent autant le besoin de se défendre et de prouver son

*Bibliothécaire de la Législature de la province de Québec.

¹Rabelais, Livre II. *Des faits du noble Pantagruel en son jeune âge*.

²Lockquell, Clément, *Les Elus que vous êtes*, p. 82.

³Villey, Michel: *Le Droit romain*. Que sais-je 195, p. 117.

⁴*The Canadian Bar Review*, Vol. I, 1923, p. 132.

⁵Noailles, P., *La crise du droit romain*. Memorial des études latines, 1943, pp. 387-415.

utilité. Et les professeurs continuent à répéter qu'il faut étudier le droit romain parce qu'il est à la source de nos institutions et parce qu'il fait partie de la culture juridique. Puis, très peu sûrs d'avoir convaincu leurs élèves, il leur reste à invoquer le suprême argument: le droit romain est au programme des études et le programme du barreau lui consacre même plus de deux pages.

Je crois bien qu'en certains milieux on défend le droit romain sans trop y croire, à peu près comme on a longtemps défendu le grec dans les études secondaires. On le défend mal et il se peut qu'aussi on le tue d'ici quelques années. Il vaudrait beaucoup mieux en réformer l'enseignement pour en assurer la survivance intelligente.

Une première distinction s'impose. Le droit romain peut être étudié et enseigné à deux niveaux tout à fait différents, au niveau de la licence et au niveau du doctorat ou des études post-universitaires. Dans ces dernières, le droit romain a une place très importante qui n'a guère été jusqu'ici occupée au Canada. Il est sûr que si les futurs professeurs de droit étaient appelés à préparer quelque épreuve comme l'agrégation, ils auraient l'occasion et aussi intérêt à fréquenter davantage le Digeste, à analyser certains de ses passages et à les commenter. D'ailleurs, dans le domaine des études avancées, le droit romain se porte assez bien dans le monde entier et en particulier en France, ainsi qu'en témoignent les conférences qui sont organisées depuis quelques années par l'Institut de droit romain de l'Université de Paris dont le directeur est Henri Lévy-Bruhl. C'est là une activité qui, dans le Québec, relèverait autant des facultés de lettres que des facultés de droit et pour laquelle les Universités pourraient conjuguer leurs efforts.

Le vrai problème de l'enseignement du droit romain se pose au niveau de la licence où l'on peut se demander honnêtement s'il convient encore d'enseigner une discipline désuète ou du moins de l'enseigner comme on l'a fait jusqu'ici. Pour répondre à la question, on peut examiner les arguments invoqués habituellement en faveur de son maintien au programme de nos facultés.

On défend d'abord le droit romain par principe, ce qui est un puissant argument dans les milieux juridiques plutôt traditionnels et conservateurs. Edouard Montpetit a raconté dans ses *Souvenirs* comment il devint professeur de droit romain, "faute de combattants". "Acceptez, m'avait-on dit, le droit romain est le fondement de nos institutions juridiques". "Sans aucun doute. Je tins bon cinq ans à la poursuite de ces fondements; et je les quittai, avec plus ou moins de regrets, lorsque je devins secrétaire général de l'Université de Montréal."⁶

On n'étudie certes pas le droit romain dans le Québec comme droit positif encore applicable. Ce fut un droit romain de ce genre, quoique modernisé, qu'on étudia en Allemagne où il était en vigueur jusqu'à la codification du 1er janvier 1900. C'est presque un droit romain moderne que celui qui est en

⁶Montpetit, E., *Souvenirs* II, 1949, p. 22.

vigueur en Afrique du Sud sous le nom de *Roman-Dutch Law*. Ici, dans la province de Québec, si nous acceptons la théorie du juge Loranger, le droit romain pourrait être en vigueur dans certains cas exceptionnels, mais ce ne serait tout de même pas une raison suffisante de l'étudier.⁷ Nous ne pouvons étudier le droit romain comme droit applicable ni même comme *ratio scripta*, ainsi que pouvaient le faire les juristes du dix-neuvième siècle avant la codification lorsqu'ils se délectaient des Institutes, des Pandectes, du Code ou des Nouvelles.

Une meilleure raison d'étudier le droit romain est qu'il est à l'origine de plusieurs centaines d'articles de notre code même si quelques références des codificateurs sont parfois erronées.⁸ Il n'y a aucun doute qu'une bonne partie de notre code tire ses sources profondes du droit romain directement ou par l'entremise du Code Napoléon. A ce point de vue, nous sommes à peu près dans la situation des Ecossais. C'est sans doute pour cela que dans les universités d'Ecosse, le cours d'étude de droit romain est assez élaboré, beaucoup plus élaboré que le nôtre. Cela est nécessaire par suite de l'absence de codification. Mais n'exagérons pas la valeur de l'argument d'origine car dans plusieurs cas, nous devrions aller chercher la genèse de nos articles dans la Coutume de Paris et dans le Code Napoléon autant que dans le Corpus Juris civilis.

D'ailleurs, la raison d'utilité professionnelle directe du droit romain ne semble-t-elle pas à Girard lui-même une raison décisive. "Ce qu'elle amènerait à étudier, ajoute-t-il, ce ne serait pas le droit romain vrai, tel que la critique moderne peut chercher à le dégager de l'ensemble des documents qui nous sont parvenus, ce serait le droit romain tel qu'il était entendu par nos anciens auteurs; car il est certain, par exemple que quand Pothier a mal compris une théorie romaine, celle de la cause, ce n'est pas la théorie véritable de Rome, mais le contre-sens de Pothier qui a passé dans le Code. Une étude ainsi conduite pourrait être féconde en résultats pour l'intelligence des origines de nos lois positives. Elle n'aurait presque rien de commun avec l'étude scientifique de la législation romaine".⁹

On dit aussi, et c'est un des grands arguments des manuels, que l'étude du droit romain constitue une excellente gymnastique juridique, quelque chose d'analogue aux langues mortes dans les études classiques. Je crois que cela est vrai en théorie. Mais de même qu'il est exceptionnel qu'un élève étudie assez parfaitement le latin et le grec pour qu'il en profite pleinement, il n'y a chaque année que quelques étudiants de nos facultés de droit qui étudient assez intelligemment le droit romain pour qu'il développe vraiment chez eux le sens juridique. C'est là tout de même un commencement de raison d'étudier le droit romain et peut-être un motif de mieux l'enseigner.

⁷Loranger, T. J. J., *Commentaire sur le Code civil du Bas-Canada*, 1873, tome I, pp. 103-105.

⁸Lec, Robert Warden, *The Place of Roman Law in Legal Education*, *The Canadian Bar Review*, Vol. I, p. 134.

⁹Girard, P. F., *Manuel élémentaire de droit romain*, 5e édition, 1911, pp. 4-5.

Le droit romain est une introduction à l'étude du droit, surtout du droit civil. La connaissance du droit civil s'acquiert lentement et progressivement au cours des années d'étude par la traversée complète du code civil éclairée par les explications et les commentaires des professeurs. Mais pour bien comprendre plusieurs des articles du Code, il faut souvent établir des relations entre les différentes parties du droit et pour cela posséder une vue d'ensemble élémentaire de tout le droit civil et de ses grands principes. Une étude intelligente du droit romain peut donner dès la première année cette connaissance élémentaire. Le droit romain et notre droit civil sont assez parents, au chapitre des obligations, par exemple, pour que le premier serve d'introduction au second et les différences qui peuvent exister entre eux peuvent servir à aider la mémoire des élèves si le professeur sait bien les souligner.

Le droit romain est aussi une excellente initiation au vocabulaire juridique. Dans bien des cas, nos mots français viennent du latin et dans quelques cas même nos codificateurs ont senti le besoin d'employer le mot latin. Le droit romain peut donner au futur avocat ou au futur notaire les expressions latines qui sont parfois nécessaires pour bien exprimer la pensée juridique. N'oublions pas toutefois que bien des brocarts latins nous viennent plutôt du moyen-âge que de Rome même, mais il est sûr que le droit romain demeure un riche arsenal de mots précis et de formules concises.

Enfin, le droit romain est une partie importante de l'histoire du droit dont tous admettent la nécessité. Il est, en effet, impossible de bien connaître et de bien comprendre les institutions contemporaines sans tenir compte de leurs origines et de l'évolution du droit à travers les âges. Or, pour nous, il y a trois grands chapitres d'histoire du droit: le chapitre canadien, le chapitre français et le chapitre romain. Ce dernier peut sembler à certains assez vaste pour constituer à lui seul tout un cours. On peut tout de même se demander honnêtement s'il ne conviendrait pas de ne laisser subsister le cours de droit romain que comme partie de l'histoire du droit.

En France, à la suite de la réforme des études du droit opérée par le Décret du 27 mars 1954, le droit romain est disparu du cours de la première année ou plutôt il se trouve en partie remplacé par l'histoire des institutions et des faits sociaux. On le retrouve en troisième année, mais uniquement dans les matières spéciales à la section de Droit privé et lié à l'ancien droit français. Nous ne pouvons imiter aveuglément une telle réforme car nous n'avons pas la spécialisation des licences, mais nous pourrions nous en inspirer quand même. On pourrait abolir le cours de droit romain et le remplacer par un cours d'histoire des institutions et des faits sociaux qui serait une synthèse du cours d'histoire du droit et d'une partie du cours de droit romain prévus par les Règlements du Barreau. Quant aux institutions de droit romain, on pourrait les étudier au sein des cours de droit civil pour autant qu'elles sont à l'origine d'une institution moderne et en y ajoutant à l'occasion l'étude de l'institution correspondante du vieux droit français et parfois même du droit anglais. En d'autres termes, les

nombreux professeurs qui habituellement dans nos universités se partagent l'enseignement du droit civil seraient appelés à expliquer davantage les origines des règles modernes de droit qu'ils enseignent. On peut aisément multiplier les exemples. C'est autour des articles 984 et 989 du Code civil que se feraient l'histoire de la "causa" aussi bien que celle de la "consideration". L'étude de la vente exigerait qu'on remonte à la vente romaine et même à la mancipation. L'article 1301 évoquerait l'incapacité de la femme romaine d' "intercedere" "pro alio" ou "pro marito". Il y a évidemment le danger qu'avec les années, le droit romain soit de plus en plus négligé par les professeurs plus soucieux d'enseigner le droit moderne que ses origines mais on pourrait prévoir cette négligence en exigeant aux examens de droit civil quelques questions précises de droit romain.

La meilleure façon de sauver le droit romain qui est vraiment en danger est de rénover son enseignement. On peut discuter du mode de cette rénovation, mais elle doit répondre aux exigences de la conclusion d'une des défenses les plus intelligentes qui ait été écrite du droit romain, ces dernières années, par le professeur J. Gaudemet: "Technique jamais surpassée, ancêtre lointain de législations modernes, qui ne l'ont pas encore complètement répudié, le droit romain reste nécessaire à une véritable culture juridique. Débarrassé de traditions désuètes, bénéficiant des progrès réalisés depuis un demi-siècle par l'histoire des sciences sociales, intégré à l'histoire de la civilisation romaine, mais aussi à l'étude naissante des autres droits de l'Antiquité, la science du droit romain doit triompher d'une crise où se marque non son déclin, mais l'urgence de besoins nouveaux".¹⁰

¹⁰Gaudemet, J., *Méthode historique et droit romain*. *Revue historique du droit*, 1946-47, p. 95.