

Avant tout, il importe de déterminer le cadre dans lequel la loi est élaborée.

La littérature juridique mésopotamienne, pour abondante qu'elle soit, est dépourvue d'ouvrages de doctrine. Les principes généraux inspirant le législateur et le processus conduisant à leur mise en œuvre ne sont présentés nulle part. Aucune réflexion théorique ne semble s'être développée, en raison sans doute des limites du langage signalées plus haut. Les juristes ignoraient la conceptualisation du droit, et n'avaient pas conscience de promulguer des règles normatives. Seuls les prologues et les épilogues des codes fournissent quelques indications sur la finalité des compilations écrites (47). Les thèmes abordés retracent les hauts faits militaires des gouvernants, leur piété et leur souci de protéger les faibles et les opprimés. Les divinités y sont invoquées à plusieurs reprises pour légitimer l'autorité judiciaire royale. La langue poétique employée par les scribes n'est pas dénuée de signification sur le plan légal. L'emphase du style, la solennité des formulations, donnent aux recueils un aspect officiel, suggérant la nature obligatoire des prescriptions édictées. On ne saurait assimiler ces compositions à des textes doctrinaux.

La source essentielle de création du droit est la coutume (48). La rareté des termes abstraits dans le vocabulaire akkadien, jointe à l'absence de théorie juridique, expliquent que, comme la loi, la coutume ne soit jamais définie. Elle est souvent désignée par le mot *parsu* (49), tandis que *kibsu* et *ridu* (50) se rapportent plutôt à la démarche ou la conduite. Elle regroupe tous les usages auxquels l'observation répétée confère une force contraignante. Il s'agit en Mésopotamie d'une tradition orale conservant les préceptes nécessaires à la vie sociale. Mais on ne connaît ni les étapes de sa formation, ni l'étendue de son contenu. Les témoignages de son existence résultent d'une part de preuves qu'on pourrait qualifier d'objectives, et qui apparaissent dans les actes de la pratique. On peut y reconnaître les limites géographiques de l'application de certaines règles coutumières, et constater qu'elles n'étaient pas uniformes (51). D'autre part, un argument déductif tiré des nombreuses lacunes relevées dans les législations suméro-akkadiennes permet d'attester la persistance et la prépondérance de la coutume. En effet, le silence du législateur n'est pas toujours imputable à l'état fragmentaire des documents. Les dispositions de Hammourabi, inscrites sur une stèle unique, et formant de ce point de vue une œuvre « complète », n'envisagent pas par exemple le principe de la répression du meurtre, mais

(47) Voir l'étude détaillée de G. RIES précitée note 39.

(48) Cf. E. SZLECHTER, « La loi et la coutume dans l'antiquité orientale », *Travaux et Recherches de l'Institut de Droit comparé de l'Université de Paris* 23, 1962, p. 5-11; R. HAASE, dans *Reallexikon der Assyriologie*, article « Gewohnheitsrecht », t. III, Berlin, 1957-1971, p. 322-323; G. CARDASCIA, « La coutume dans les droits cunéiformes », à paraître dans les *Recueils de la Société Jean Bodin*.

(49) A l'origine, *parsu* (équivalent akkadien du sumérien ME) signifiait « rite », « culte », puis se rapporta plus largement à la « tradition » laïque et religieuse, et dans certains documents, aux usages juridiques. Cf. W. von SODEN, *AHW* II, p. 835 s.

(50) *kibsu* vient du sumérien KI.ÚS, formé avec le substantif KI, signifiant le « lieu », l'« endroit », et le verbe ÚS (équivalent akkadien = *redû*) « suivre ». *kibsu* désigne donc le « pas », et le « chemin » d'une manière métaphorique. Cf. *AHW* I, p. 471 s. et *CAD* vol. 8, p. 336 s. *ridu* vient du verbe *redû*, et signifie « (bonne) conduite ». Cf. *AHW* II, p. 958.

(51) Les documents de partages successoraux du deuxième millénaire av. J. C. en fournissent un exemple. Dans le nord de la Babylonie, les enfants héritaient à parts égales. Dans le sud, l'aîné était privilégié et recevait, selon les villes, une part double ou un

punissent certains cas spéciaux d'atteinte à la vie (52). Il ne faut pas en inférer une absence pure et simple de châtement pour les homicides que le code n'a pas prévus. L'omission de ces infractions ne résulte pas non plus d'une négligence, mais démontre que leur sanction était imposée par la coutume. Etant supposée connue des justiciables et des magistrats, il était inutile de la consigner par écrit. Le rôle de la loi consiste alors à modifier, préciser, affermir ou abroger les usages en vigueur. Ainsi l'article 27 des lois d'Eshnunna invalide-t-il la formation du mariage par *usus*. Le droit écrit a donc un caractère complémentaire, c'est pourquoi il n'embrasse pas la totalité des matières juridiques (53).

Une autre particularité des corpus cunéiformes tient à la formulation des normes légales. Elles sont exprimées dans un style casuistique : la protase décrit un casus au conditionnel, et l'apodose édicte la sanction au futur (54). Par exemple, le paragraphe 195 du code de Hammourabi dispose : « Si un enfant a frappé son père, on lui coupera le poignet » (55). Ce mode de rédaction n'est pas, en soi, révélateur des difficultés d'abstraction éprouvées par les Mésopotamiens. Elles se manifestent plutôt dans la précision des casus envisagés, minutieusement décrits au moyen de circonstances concrètes parfois surabondantes. La qualification du vol d'animaux domestiques, dans l'article 8 du code de Hammourabi, nécessite ainsi de mentionner le bœuf, le mouton, l'âne et le cochon, faute de pouvoir désigner l'ensemble par un terme global. L'article 15, tablette A des lois Assyriennes, qui traite du viol de la jeune fille vierge, est aussi très typique de cet esprit casuistique. Les vingt premières lignes du paragraphe énumèrent les conditions d'application de cette loi. Après avoir présenté la situation de la victime, en insistant sur sa virginité, le législateur détaille plusieurs hypothèses relatives à la commission de l'infraction : dans la ville, ou dans la campagne, ou la nuit dans la rue, ou dans une grange, ou pendant les fêtes de la ville. Cette liste, qui n'est certainement pas limitative, est destinée à souligner, en fait, que le lieu et le moment de la perpétration du crime sont sans importance. Ce qui compte, c'est la défloration consécutive à une contrainte physique exercée sur la jeune fille. En raison du peu d'abstrait dont ils disposaient, les juristes assyriens, comme partout ailleurs en Mésopotamie, procédaient par touches concrètes successives. Néanmoins, cette forme d'expression de la pensée juridique n'indique pas une origine exclusivement jurisprudentielle des règles écrites. Les gouvernants puisaient leur inspiration dans la coutume, les droits antérieurs et leurs conceptions personnelles de la justice et de l'équité. Il est certain que les décisions rendues par les juges royaux ont contribué à la formation des prescriptions légales. Mais les souverains ne se sont pas bornés à publier de simples compilations de jugements, dénuées de toute valeur obligatoire. L'influence de la pratique judiciaire sur l'élaboration de la loi est un phénomène très répandu, dont on observe les effets dans les droits contemporains, notamment ceux des pays anglo-saxons. Nul n'a jamais songé pourtant à contester la teneur législative des actes issus des Parlements.

(52) § 153 : meurtre du mari à l'instigation de son épouse ; § 207-210 : homicide préintentionnel ; § 218-219 et 229-231 : responsabilité du chirurgien et du maçon dans la mort d'un patient ou d'un client ; cf. pour l'étude des différents cas d'homicide, U. SICK, *Die Tötung eines Menschen und ihre Ahndung in den keilschriftlichen Rechtssammlungen unter Berücksichtigung rechtsvergleichender Aspekte*, thèse droit Tübingen, 1984, 2 vol.

(53) Cf. à propos du droit assyrien, G. CARDASCIA, « La codification en Assyrie », *RIDA*, 3ème série, 4, 1957, p. 53-71, spéc. p. 66 s.

(54) On retrouve ce type de formulation dans l'Ancien Testament qui utilise aussi le style

Les recueils se présentent comme une succession de situations concrètes, énumérées sans ordre apparent. A partir d'un fait principal, le rédacteur propose des variations de circonstances plus ou moins étendues. On peut citer à cet égard les articles 195 à 214 du code de Hammourabi, qui traitent des voies de fait en énonçant plusieurs types d'agressions diversement punies selon le statut social de la victime et les conséquences des blessures infligées. Ainsi se dégagent des catégories juridiques construites à l'aide d'éléments réels, et souvent reliées entre elles par association d'idées (56).

Ce système de classification ne correspond pas à nos critères modernes qui tendent à organiser une matière suivant des principes généraux avant d'en exposer les applications pertinentes. Cette démarche rationnelle semble étrangère aux juristes de l'Orient ancien, qui possédaient néanmoins leur propre méthode d'agencement des lois, fondée sur une appréhension pragmatique du droit (57). Cette approche éminemment concrète conduit à disperser les dispositions qu'un législateur actuel aurait réunies sous une même rubrique. Hammourabi mentionne ainsi le vol dans les paragraphes 6 à 10, 14, 253, 259 et 260, car ce délit apparaît dans des espèces étudiées séparément (58).

Arguant des similitudes syntaxiques et stylistiques du code babylonien avec d'autres genres littéraires (traités médicaux, textes de présages), certains historiens ont qualifié le recueil d'œuvre purement scientifique dédiée à la sagesse des scribes (59).

Les nombreuses copies effectuées à toutes les époques auraient perpétué une tradition d'érudition, tout en servant des buts scolaires. Certes, les ressemblances qui ont été soulignées sont indéniables. Mais elles montrent seulement que le processus d'élaboration des lois n'était pas fondamentalement différent de la technique employée dans d'autres domaines (60). De plus, les reproductions de la stèle sur des tablettes d'argile ont pu être établies à des fins pratiques. Les exemplaires néo-assyriens retrouvés dans la bibliothèque d'Assurbanipal à Ninive suggèrent que les normes babyloniennes étaient utilisées comme source de droit positif. En d'autres termes, le droit hammourabien était « reçu » en Assyrie (61).

Reste la question de l'effectivité des lois. On a fait valoir, à juste titre, que les tribunaux ne se réfèrent jamais aux codes pour prononcer leurs verdicts, de sorte que les réglementations écrites n'auraient eu aucune autorité contraignante sur les praticiens du droit. Le fait que Hammourabi lui-même n'impose pas explicitement aux magistrats le respect de ses lois rendrait plus discutable encore leur efficacité réelle (62). Un tel raisonnement n'est guère convaincant. On sait que les décisions de justice n'étaient pas motivées. Les tablettes de procès relatent l'objet du litige, parfois les prétentions des parties et les interventions des témoins, et enfin la solution de l'espèce. Aucune norme légale ou coutumière n'est invoquée pour donner un fondement juridique à la sentence.

(56) Le recueil des lois assyriennes présente une bonne illustration de cette technique. Cf. G. CARDASCIA, *Les Lois Assyriennes*, Paris, 1969.

(57) Cf. H. PETSCHOW, « Zur Systematik und Gesetztechnik im Codex Hammurabi », *ZA NF* 23, 1965, p. 146-172; du même auteur, « Zur "Systematik" in den Gesetzen von Eshnunna » dans *Symbolae M. David II*, Leyde, 1968, p. 130-143.

(58) Cf. G. BOYER, « De la science juridique et de sa méthode dans l'ancienne Mésopotamie », *Sémitica* 4, 1951-1952, p. 5-11.

(59) F. R. KRAUS, *op. cit.* Genava 8; J. BOTTÉRO, *op. cit.*

(60) G. RIES, *op. cit.*, p. 53 s.

(61) G. CARDASCIA, « La transmission des sources juridiques cunéiformes », *RIDA*

On pourrait objecter que les juridictions ou les documents contractuels sont parfois en désaccord flagrant avec la législation en vigueur. Il convient cependant de nuancer les conclusions tirées de ces divergences. On a pu démontrer, tout d'abord, que l'inadéquation n'emportait pas toujours une violation de la loi. La preuve en a été rapportée récemment à propos du taux des prix, loyers et salaires. Les tarifications légales représentent des *minima*. Il n'est donc pas surprenant de trouver dans certains contrats des sommes supérieures aux montants figurant dans les mercuriales officielles (63). D'autre part, il ne faut pas négliger les cas où la jurisprudence et les conventions privées s'harmonisent avec les codes. Des exemples ont été cités pour les dispositions de Hammourabi relatives aux prêtresses *naditu* (64), et dernièrement pour les lois néo-babyloniennes en matière de restitution de dot (65). Les textes s'écartant des législations royales attestent la puissance de la coutume, et la réticence des juges et des sujets à observer des principes qui ne leur sont pas familiers. Une telle attitude ne retire rien à la valeur intrinsèque des lois. Leur promulgation n'entraîne pas forcément l'adhésion de tous. Le législateur prétend néanmoins les rendre obligatoires. Elles ont donc une vocation normative, indépendamment des résistances qu'elles suscitent. Quant à l'absence d'injonction expresse ordonnant aux magistrats d'appliquer les règles écrites, elle peut se justifier de plusieurs manières. Il y a d'abord la nature officielle des recueils, émanant de l'autorité du souverain. Par ailleurs, les épilogues des codes contiennent de nombreux passages affirmant ou impliquant la détermination du roi à faire respecter son œuvre. Tel est bien le sens des malédictions proférées à l'encontre de ceux qui modifieront ou aboliront les dispositions légales (66). Hammourabi fait peser la menace d'une sévère répression divine sur ses successeurs au trône, mais aussi sur les seigneurs et même les gouverneurs. S'il entend ainsi lier les hauts personnages du royaume, *a fortiori* souhaite-t-il imposer ses prescriptions aux juges. Cette hypothèse est confirmée dans les lignes précédentes, où les justiciables sont incités à venir consulter la stèle pour résoudre leurs litiges. Puisque les plaideurs doivent s'en remettre aux lois royales, il faut admettre que les tribunaux étaient contraints de les appliquer.

La pensée juridique mésopotamienne se rattache à une vision concrète du droit. La science suméro-akkadienne repose sur une démarche empirique, où les faits sont privilégiés au détriment de la théorie dogmatique. On chercherait donc vainement dans les tablettes cunéiformes un exposé synthétique des notions de justice ou de faute. Il faut donc interpréter le matériel légal pour restituer les principes généraux latents.

La loi est définie dans les manuels modernes comme une « règle de droit voulue par l'Etat sous la sanction de la contrainte » (67). En dépit de leurs particularités, les législations du Proche-Orient ancien présentent les deux qualités énoncées : elles sont issues du pouvoir royal et s'imposent à l'ensemble de la population. Il appartient au prince de faire régner la justice dans son pays, et de promouvoir le bien commun, comme le

(63) U. SICK, *op. cit.*, p. 249.

(64) R. HARRIS, « The *naditu* Laws of the Code of Hammurapi in Praxis », *Orientalia* 30, 1961, p. 163-169.

(65) G. RIES, « Ein neubabylonischer Mitgiftprozess (559 av. J. C.). Gleichzeitig ein Beitrag zur Frage der Geltung keilschriftlicher Gesetze », *Gedächtnisschrift für W. Kunkel*, Frankfurt, 1984, p. 345-363.

(66) Voir notamment l'épilogue du code de Hammourabi, dont la moitié environ est

rappellent les prologues et épilogues des codes. Les prescriptions fixées dans le cadre de cette mission sont générales dans l'espace et permanentes dans le temps, manifestant ainsi chez les gouvernants un souci d'universalité de la réglementation. Au-delà des raisons morales invoquées par les législateurs (protection du faible et de l'opprimé), la rédaction de ces recueils répondait sans doute à un désir d'unification du droit, dans le prolongement de l'unité territoriale. Il faut en effet se représenter les empires mésopotamiens comme des ensembles composites, constitués d'éléments ethniques et linguistiques disparates, artificiellement réunis au gré des conquêtes militaires. Constamment exposées aux invasions des peuples des montagnes à l'est, et des tribus nomades à l'ouest, les régions du Croissant Fertile devaient relever d'une seule autorité pour subsister. Dès l'époque sumérienne, les rivalités entre les principautés indépendantes préfiguraient une volonté de centralisation du pouvoir politique. L'hégémonie akkadienne réalisée ultérieurement par Sargon (vers la fin du troisième millénaire), dont le domaine englobait toute la Mésopotamie, étendit les frontières du monde sémitique sans pour autant créer un sentiment d'unité nationale, comme en témoignent les mouvements de révolte qui secouèrent le pays. La même observation vaut pour la Babylonie hammourabienne. L'expansion territoriale provoqua la mise en place d'une administration hiérarchisée sans que soit organisé un véritable appareil d'Etat. L'effort du souverain pour intégrer les villes assujetties ne recueillit pas l'adhésion des populations. Sans être soumis à une puissance despotique, les habitants des cités vaincues se reconnaissaient plus volontiers dans leurs traditions locales. Seul le roi se préoccupait d'instaurer une véritable cohésion de l'empire. C'est pourquoi Hammourabi et ses devanciers ont peut-être tenté de rassembler leurs sujets autour de l'idée d'appartenance à une même entité géographique, matérialisée par l'uniformité des règles juridiques applicables. La persistance de coutumes contradictoires a pu faire obstacle à ce projet, en diminuant la portée sociale des lois.