**Introduction historique au droit**

# Introduction

L’Introduction historique au droit, a pour ambition de servir d’introduction à l’ensemble des études de droit et des différentes matières qui seront enseignées, en présentant la **construction historique du droit**. La présentation de cette construction historique va nous permettre de saisir **ce qu’est le droit, sa définition**, **son utilité**, et **ses sources**…

Si l’on devait **définir les sources du droit**, l’on pourrait dire que ce sont les forces desquelles surgit le droit. Il s’agit de l’ensemble des règles obligatoires.

Nous allons beaucoup parler ensemble de **l’évolution des sources du droit**. Dans les autres matières de droit positif, vous allez **découvrir les sources du droit et apprendre à les manier**. Ici vous allez comprendre **comment les différentes sources du droit sont apparues, comment elles ont été dotées d’une certaine autorité, et comment elles étaient utilisées**, quel était leur **rôle**.

Et pour comprendre les **enjeux** qui se posent à nous, nous allons faire le point sur les sources contemporaines du droit. **Aujourd’hui, d’où vient le droit ? Qui le produit ? Comment le connaître ?** L’on peut aujourd’hui distinguer **quatre sources principales, que l’on peut citer par ordre d’importance** :

1° Notre droit contemporain est surtout contenu dans la **loi**, principale source du droit, loi qui contient **les règles posées par l’autorité publique**, par l’État, par le législateur, par les citoyens par l’intermédiaire de leurs représentants, suivant cette idée fondamentale en démocratie que **les individus élaborent la norme à laquelle ils se soumettent**. Il s’agit de la source qui a **l’autorité la plus forte**. Les autres sources peuvent **l’interpréter, la compléter** mais ne doivent pas entrer en contradiction avec elle.

2° Aux côtés de la loi, le droit peut aussi venir des **juges**. Les juges ont en effet un pouvoir de juridiction, qui vient du latin *juris dictio*, termes qui signifient littéralement le pouvoir de dire le droit. Dans certaines circonstances, sur certains points, en **interprétation de la loi**, les décisions rendues par les juges – et particulièrement pa la Cour de cassation – vont s’imposer et vont faire jurisprudence. Les juges créent donc aussi, dans une moindre mesure, du droit. Vous verrez que **l’autorité du juge** et **la question de savoir s’il crée ou non du droit**, aux côtés du législateur, est l’une des questions relatives aux sources du droit des questions parmi les plus épineuses.

3° Enfin le droit peut émaner de ce que l’on appelle la **doctrine (la science du droit, la science des docteurs en droit)**, c’est-à-dire des auteurs qui **réfléchissent sur le droit**, qui analysent, qui interprètent, qui innovent. Parmi ces auteurs, l’immense majorité sont des **professeurs de droit** (lesquels enseignent mais font aussi de la recherche). La réflexion de ces auteurs, de cette doctrine, peut **influencer le législateur et les juges** (il ne s’agit donc **pas d’une source directe**), et lorsque c’est le cas, lorsque la doctrine est écoutée, elle contribue elle aussi à la création et à l’évolution du droit.

4° Autre source du droit importante, beaucoup moins aujourd’hui qu’elle ne l’a été dans l’histoire : la **coutume**, soit les usages répétés, acceptés par tous, dans certains **milieux professionnels** (les usages bancaires par exemple) ou en **droit des affaires**, pour les opérations internationales, qui sont détachées, qui dépassent largement le droit d’un seul État (les usages du commerce international).

Il faut associer à ces sources l’idée de **hiérarchie**. Pour connaître le droit applicable, l’on doit savoir quelle source suivre en premier lieu, etc. **La loi est donc aujourd’hui la source essentielle**, la plus importante, la seule même, diront certains. Notre système juridique est aujourd’hui qualifié de **légicentriste**, ayant la loi à son centre. Il n’en a pas toujours été ainsi. Il s’agit même là d’une évolution récente au regard de la période qu’embrasse l’histoire du droit, une évolution qui remonte seulement à la Révolution française.

**Mais alors que se passait-il avant la Révolution, et jusqu’où faut-il remonter pour comprendre notre droit ? Pour le dire autrement, quand commence sa construction ?**

La construction de notre droit commence avec **Rome**, avec la fondation légendaire de la cité, en 753 av. notre ère, soit **28 siècles en arrière**, et c’est à ce moment-là que commencera le cours, mais à titre d’introduction, il nous faut remonter plus loin encore, pour trouver les **plus anciens témoignages de l’apparition du droit.**

**Le droit apparaît très tôt, dès les premières sociétés** car c’est le droit qui permet aux hommes de coexister, de vivre ensemble, afin que le plus fort n’impose pas systématiquement sa « loi ».Une formule latine résume cette idée : **ibi societas, ibi jus.**

Aussi loin que nous puissions remonter dans le temps, nous assistons à une première étape de création du droit qui est **l’apparition d’un droit divin**, en Orient, puis à une seconde étape qui est l’apparition d’un **droit humain**, en Grèce. Ces deux étapes vont nous conduire jusqu’au début de ce cours et jusqu’à Rome où naît véritablement notre droit.

**1ère étape : la Mésopotamie et le droit divin**. C’est en Mésopotamie, au sein d’une civilisation apparue vers 3000 avant notre ère, dans des terres qui se trouve au Proche-Orient, les terres de l’Irak actuel, que nous trouvons **le plus ancien témoignage de l’apparition du droit pour l’histoire qui nous concerne, celle qui va donner naissance à notre civilisation**.

Ce témoignage date d’environ 2400 avant notre ère. C’est donc en Mésopotamie que les grands **principes du droit ont été rassemblés dans une sorte de code**, par le roi **Urukaniga**, pour la première fois, en tout cas est-ce le souvenir le plus ancien dont nous disposons. Et après 2400 dans la même région, toujours en Mésopotamie, nous trouvons d’autres codes qui sont rédigés à la demande de plusieurs rois. **Le plus célèbre de ces codes est celui rédigé à la demande du roi Hammourabi, vers 1750 avant notre ère**. Alors que les précédents codes ne nous sont connus que par des témoignages bien plus tardifs (donc sujets à caution), il en va différemment pour le Code d’Hammourabi, qui avait été gravé sur pierre, dont l’une a été retrouvée dans les ruines de la ville de Suse, dans le sud de l’Iran, en 1901. **Cette pierre, conservée au Musée du Louvre**, présente quasi-intégralement le texte du code. C’est un document exceptionnel, le document majeur dont nous disposons pour saisir la naissance du droit. Et nous apprenons qu’aux origines, **le droit est toujours un droit venu des dieux, inspiré par eux : la loi est un don des dieux**. Ces codes antiques sont d’ailleurs **rédigés à la demande de rois qui tiennent leurs pouvoirs des dieux** et le fait que le droit soit censé venir des dieux est évidemment **une construction afin de conférer la plus grande autorité possible au droit**.

Pour autant, **il ne s’agit pas d’un droit religieux**. Rien dans le Code d’Hammourabi ne concerne les pratiques religieuses, les croyances. Ce droit est bien **fait pour des hommes et pour les activités humaines** : dans le Code d’Hammourabi, il est ainsi question de droit de la famille, de condition des personnes, mais aussi de droit des contrats et de droit des sociétés.

Le fait que ce droit vienne des dieux, qu’il soit donné par les dieux au roi a une conséquence importante : **ce droit ne peut être modifié que par son auteur, Dieu lui-même**. Pour l’homme il est immuable. Ainsi un **tel droit ne donnera pas lieu à des discussions, des commentaires. Il n’existe pas alors de réflexion sur le droit**…

**2. La Grèce et la naissance du droit humain**. Après l’Orient, c’est en **Grèce** qu’il faut se déplacer pour saisir une autre étape essentielle de la naissance du droit : la naissance du droit humain.

Si les Grecs croient aussi, du moins au début de leur civilisation, à l’origine divine du droit, **ils laissent les hommes d’abord réfléchir sur le droit**. Ceux qui réfléchissent sur le droit sont d’abord les **poètes**, comme Homère dans l’Iliade et l’Odyssée, rédigés au VIIIe siècle avant notre ère (au moment où naît Rome). L’on découvre alors **que le droit, à cette époque, est inspiré par Zeus**, le dieu des dieux, mais **les solutions de droit, solutions justes destinées à mettre fin à des procès, sont formulées par des hommes**. Le droit est donc suggéré par les dieux mais il est bien **l’expression de l’homme, qui est le véritable créateur du droit**. Le droit n’est donc plus divin mais humain.

Ce sont ensuite les **philosophes** qui vont réfléchir sur le droit, à partir du VIe siècle av. notre ère mais surtout au Ve et au IVe siècle (Socrate, Platon, Aristote) : alors que les cités grecques s’organisent et se dotent d’une organisation politique, les philosophes réfléchissent à la **meilleure forme de gouvernement** et **mettent en avant le rôle du Législateur**, l’autorité qui crée le droit, sous la forme d’une loi, pour **mettre en ordre** la cité. Les philosophes utilisent alors la figure du Législateur pour **distinguer les différentes formes possibles de gouvernement**. Il faut en dire quelques mots car la Grèce nous a transmis ces modèles de gouvernement et d’ailleurs nous les désignons toujours d’après des termes grecs.

- Ce législateur peut être **une seule personne**, lorsque la cité est organisée en **monarchie** (*monos archos*, un seul chef) ou **tyrannie** (de *turannos*).

- Il peut être **un groupe d’individus**, lorsque la cité est organisée en **aristocratie** (de *aristoi*, les meilleurs, et *Chratos*, pouvoir)ou **oligarchie** (d’*oligoi*, quelques-uns, et de *Chratos*, pouvoir).

- Il peut enfin être le **peuple** au sens politique du terme, le **démos**, lorsque la cité est organisée en **démocratie**. C’est dans le système démocratique que **le droit humain apparaît le mieux car la loi est discutée, élaborée, votée par les citoyens composant la cité** (qui ne sont cependant pas tous les individus).

Nous avons franchi là **deux étapes essentielles** mais **deux limites importantes demeurent**:

1° **ce ne sont pas des encore spécialistes, des professionnels du droit** qui en Grèce ont réfléchi sur le droit (en effet les Philosophes embrassent tous les sujets). Cette étape décisive ne sera franchie qu’avec Rome.

2° Les Babyloniens comme les Grecs ne considèrent surtout qu’une source du droit : la loi. Il reviendra là encore à la civilisation romaine de **considérer le droit dans sa diversité**. Et encore cette loi diffère de celle que nous connaissons aujourd’hui car elle se présente sous la forme d’une série de règles éparses, sans logique, sans plan d’ensemble. **La systématisation ne viendra qu’avec le droit romain**.

C’est donc plutôt jusqu’à la **civilisation romaine** qu’il nous faut remonter pour comprendre la construction de notre système juridique, et **cette remarque ne vaut pas seulement pour la France** car la plupart des systèmes juridiques européens (ceux de l’Europe continentale) y trouvent leur origine directe. Il va donc nous falloir remonter **au VIIIe siècle av. notre ère**, au moment de la fondation de Rome, soit 28 siècles en arrière, puis suivre le cours des temps jusqu’à nos jours, **pour comprendre la formation du droit français**, celui qui va principalement nous intéresser ce semestre.

Le cours d’Introduction historique au droit va se subdiviser en **quatre parties** :

- Première partie : L’héritage de **l’Antiquité romaine**.

- Deuxième partie : **L’héritage médiéval**.

- Troisième partie : **Vers la naissance du droit français (Ancien Régime)**.

- Quatrième partie : **Vers la naissance du droit contemporain (Révolution française et codification)**.

Il est nécessaire de bien noter les annonces de plan et les transitions, qui contiennent la logique des enchaînements entre les différentes parties du cours. La structure du cours est tout à fait essentielle afin de correctement réfléchir, sans se perdre dans un point de détail.

Afin que personne ne soit perdu, un plan détaillé sera distribué à la fin de l’année.

# Première partie : l’héritage de l’Antiquité romaine.

Pour comprendre à quel point l’héritage de l’Antiquité romaine est important dans la formation de notre droit, il faut saisir quelles étaient les sources du droit romain et dans quel contexte politique elles sont apparues (**Chapitre I : les sources du droit romain et leur contexte politique**). Il faudra ensuite, dans un chapitre plus bref, faire le point au travers de quelques exemples précis de l’influence persistance du droit romain sur notre droit (**Chapitre II : L’influence du droit romain sur notre droit**).

## Chapitre I. Les sources du droit romain et leur contexte politique.

Les sources du droit romain varient suivant les différentes périodes de l’histoire politique de Rome. Mais il ne faudra pas seulement retenir les sources du droit. **L’histoire politique et institutionnelle romaine** est en effet en elle-même importante car **les différents régimes politiques qui se sont succédé à Rome ont influencé les sources du droit (les sources sont le produit d’une histoire politique)**, ont profondément **inspiré la réflexion politique** et ont laissé un **vocabulaire** qui est toujours celui de nos institutions.

Il faut donc étudier à la fois ces différentes périodes politiques et les sources du droit qui ont compté. Pour présenter les sources, nous **distinguerons ainsi les trois grandes périodes de l’histoire romaine** :

- d’abord la **Royauté**, de 753 à 509, époque que nous évoquerons très rapidement, où la cité étant encore à peine naissante, les institutions et le droit ne sont pas encore très développés (Section I) ;

- ensuite la **République**, de 509 à 27 av. notre ère, où les institutions politiques s’organisent et où les sources du droit sont nombreuses et fécondes. La deuxième moitié de la République correspond, avec le début de la période suivante, à l’âge d’or du droit romain, que l’on appelle **l’époque classique**, de 150 av. notre ère à 284 de notre ère (Section II) ;

- enfin **l’Empire**, de 27 av. notre ère à 476, date symbolique de la chute de l’Empire romain d’Occident (nous l’étudierons jusqu’à la mort de Justinien en 565 en Orient). Après une période faste, jusqu’à la fin du IIe siècle, nous verrons peu à peu le droit et les institutions se scléroser, jusqu’à la chute finale tandis que l’Empire d’Orient se maintient (Section III).

### Section I. La royauté.

La royauté ne doit pas longtemps retenir notre attention mais elle nous fournit l’occasion de revenir sur la **légende de la fondation de Rome**, légende qui éclaire particulièrement le destin exceptionnel de la civilisation romaine (§ 1. La fondation de Rome). Nous dirons ensuite quelques mots de **l’organisation institutionnelle de la Royauté** et des **sources du droit** (§ 2).

#### § 1. La fondation légendaire de Rome (753 av. notre ère).

La ville de Rome, future capitale de l’Empire romain, aurait été fondée en 753 av. notre ère, par **Romulus**, qui aurait été son premier roi. Une légende entoure l’histoire de la fondation de la cité, qui permet de **comprendre un peu mieux la civilisation romaine**, comme **les débuts de son organisation politique**. Il s’agit d’une **légende forgée a posteriori, des siècles plus tard, afin de justifier la puissance de Rome**.

Selon la légende, racontée par Tite-Live, historien de l’Antiquité (Ier s., contemporain d’Auguste), tout commence en **Grèce** lorsque suite à la **guerre de Troie**, le troyen **Enée** (fils de la déesse **Aphrodite**, Vénus pour les Romains) fuit la ville avec son fils **Julius**, par la mer. Ils suivent en bateau les côtes méditerranéennes, puis ils décident de s’établir dans un lieu qu’ils trouvent particulièrement hospitalier, la plaine du **Latium**, au centre de l’Italie, lieu où sera fondée la future Rome, mais pour l’instant, Enée et Julius fondent une autre cité, à une vingtaine de kilomètres de la future Rome : la cité **d’Albe**. Nous sommes alors au XIIe siècle av. notre ère.

La descendance d’Enée règne ainsi pendant plusieurs siècles sur la ville d’Albe, et tout se passe sans heurts jusqu’au **VIIIe siècle**, où deux frères se battent pour le trône. L’un des deux, **Numitor**, doit en principe devenir roi, mais son frère **Amulius** s’y oppose. Les deux frères combattent l’un contre l’autre, et Amulius parvient finalement à écarter son frère du pouvoir. **Pour empêcher ce dernier d’avoir une descendance** qui contesterait sa position, il prend la précaution de faire de la fille de Numitor, sa nièce **Rhéa Silvia**, une **vestale** (une prêtresse de la déesse Vesta, déesse du foyer), laquelle est à ce titre condamnée à la **chasteté** et ne peut donc théoriquement pas avoir d’enfants.

Amulius se croit ainsi à l’abri de toute menace, mais il a tort car va s’accomplir un destin plus fort que la volonté des hommes : en effet le dieu **Mars** tombe amoureux de Rhéa Silvia et une nuit, alors qu’elle est endormie et qu’elle croit rêver, il s’unit à elle, union qui donne naissance quelques mois plus tard à deux jumeaux, **Romulus et Rémus**.

**Nés d’une union illicite entre un dieu et une mortelle**, menacés par leur grand-oncle, les deux jumeaux sont **abandonnés**, sont **placés dans un panier d’osier** et jetés dans le fleuve voisin, le **Tibre**. Mais le panier flotte et s’échoue sur une rive du Tibre. Les deux bébés sont alors recueillis par une **louve** qui les allaite et permet ainsi leur survie. Un peu plus tard, ils sont recueillis par un **berger** du roi qui leur révèle le secret de leur ascendance. Une fois adultes, les deux jumeaux reviennent à Albe, combattent leur grand-oncle **Amulius** et rendent le trône à leur grand-père **Numitor**.

Ils vont aussi décider de **fonder leur propre cité**, près d’Albe, à l’endroit où ils ont grandi. Chacun des deux frères se place alors en hauteur, sur une colline (la ville de Rome est entourée de sept collines) et ils attendent **un signe des dieux**, un **augure**, pour les encourager dans leur entreprise. **Rémus, placé sur l’Aventin,** **le premier** voit un signe, apercevant six vautours dans le ciel. Mais **Romulus, sur le Palatin,** peu de temps après aperçoit à son tour des vautours, au nombre de **douze**! Il considère ainsi que même s’il n’a vu les oiseaux qu’après son frère, il a reçu des dieux un signe plus fort et décide de bâtir une cité, en commençant par tracer un **sillon fondateur** qui en marque les limites. Son frère se moque alors de lui et par dérision, franchit la limite en sautant par-dessus le sillon. **Furieux, Romulus tue alors son frère pour cet acte sacrilège**. La ville de Rome est ainsi fondée, et Romulus devient son premier roi.

Outre des **faits qui figurent dans de nombreux mythes fondateurs**, on retrouve dans cette **légende qui a donc été forgée a posteriori** beaucoup d’éléments qui expliquent la destinée exceptionnelle de Rome. **Quatre** méritent que l’on s’y arrête :

1. **La double origine** de Romulus et Rémus d’abord : une **origine grecque**, ce qui les rattache à un passé prestigieux, à une civilisation brillante, développée, dont les Romains ne cesseront d’être admiratifs, et une **origine divine**, car ils sont les descendants des dieux Vénus, déesse de l’amour et de la beauté (pour les Grecs Aphrodite, la mère d’Enée), et Mars, dieu de la guerre et de la force, père de Romulus.

2. **Le destin miraculeux, protégé des dieux** ensuite. Leur mère Rhéa Silvia a d’abord donné **naissance à des jumeaux**, chose qui paraissait extraordinaire et qui était considérée comme un signe de la grâce divine. Autant les hommes pouvaient donner naissance à un seul enfant à la fois, autant le fait de donner naissance à des jumeaux signifiait nécessairement que les dieux étaient intervenus, que les jumeaux étaient protégés des dieux. Les jumeaux ont ensuite été **miraculeusement sauvés des eaux**, l’eau ayant toujours été considérée comme un élément purificateur, sacré, lié aux dieux. C’est un signe encore de la protection divine.

3. Les jumeaux sont ensuite vus comme des fondateurs, qui dominent les différents stades qui mènent à la civilisation.

. Les jumeaux sont **nés de la forêt et du monde sauvage**, comme le montre le nom de leur mère Rhéa Silvia (*silva*, forêt en latin).

. Si la **louve** qui les recueille les allaite au lieu de les dévorer, comme son instinct d’animal sauvage aurait dû l’inciter à le faire, c’est que déjà les deux jumeaux **dominent l’état sauvage, primitif, qu’ils en sont les maîtres**.

. L’on passe ensuite à un autre stade quand les deux enfants sont recueillis par le **berger**, lequel maîtrise tant la culture de la terre que l’élevage des animaux, soit le **stade agricole et pastoral**, tout premier stade de civilisation. Il apprend ce qu’il sait aux enfants qui parviennent ainsi à **dominer la nature**. D’ailleurs le fait que Romulus trace un sillon fondateur au moyen d’une charrue montre qu’il maîtrise les techniques agricoles. Mais là encore, Romulus et Rémus ne vont pas s’arrêter là et **franchir une étape supplémentaire en voulant fonder une ville**.

4. Enfin le **meurtre de Rémus** par Romulus est un **sacrifice fait à la naissance de la ville**. Ce sacrifice est important car Rémus est celui qui ne comprend pas ce qui est en train de se passer. Quand son frère Romulus trace le sillon fondateur, **il ne saisit pas l’importance du passage du stade pastoral au stade urbain**. Il se moque de l’entreprise de Romulus et saute par-dessus les futures limites de la ville car pour lui elles n’ont aucun sens. Rémus représente donc le **passé**, une **certaine incapacité à progresser**, et doit à ce titre **être sacrifié afin de pouvoir progresser**.

C’est bien pour cette raison que les Romains attacheront toujours une grande importance à ce qu’ils considèrent comme les **limites de la cité des origines**. Elles forment ce qu’ils appellent la **Roma quadrata**, et l’espace à l’intérieur de ces limites est appelé le **Pomerium**. Il s’agira toujours d’un espace sacré, à l’intérieur duquel il sera notamment interdit de porter des armes. L’armée romaine se réunit donc à l’extérieur, au Champ de Mars.

Cette légende nous permet de saisir la première organisation politique de Rome.

#### § 2. L’organisation institutionnelle de la royauté et les sources du droit.

Examinons les institutions de la royauté (A) et les sources du droit (B).

##### A. Les institutions de la royauté.

Ces institutions sont marquées par une organisation de la cité primitive autour des grandes familles, appelées *gentes*, et du roi (1). De cette organisation découlent trois institutions politiques (2).

###### 1. Le roi et les *gentes*.

Sans trop entrer dans les détails, nous trouvons à Rome une **organisation typique des sociétés naissantes**. La cité étant à ses débuts, « l’État » romain, incarné par le roi, n’est pas encore assez fort pour imposer pleinement son autorité. Si bien qu’il faut comprendre que coexistent :

- d’une part **une organisation politique, avec le roi** à sa tête ;

- et d’autre part de **grands groupes familiaux**, appelés *gens/gentes*. Ces groupes familiaux ne rassemblent pas en réalité que la famille unie par les liens du sang. Il s’agit d’un groupe élargi qui rassemble :

. les **parents par le sang**, soit le père et la mère, les fils et leurs épouses ainsi que leurs enfants, les filles non encore mariées, sur plusieurs générations.

. les **esclaves**, qui travaillent tant à la maison que sur les terres (les derniers sont bien plus nombreux),

. les **clients**, individus qui travaillent aussi mais qui sont libres, et qui sont fidèles politiquement à une famille, à un clan (sortes d’alliés, de fidèles en politique).

Une *gens*  peut donc former un **groupe extrêmement nombreux**. La *gens*  la plus célèbre de Rome, la ***gens Julia***, qui doit son nom à son ancêtre *Julius*, le fils d’Enée, rassemble entre 3000 et 5000 personnes.

Chaque *gens* a un chef très puissant : le ***pater familias***, le père de famille mais en réalité bien plus que ça, **l’individu mâle le plus âgé du groupe**, le patriarche, qui règne en maître sur son clan et qui seul dispose des pouvoirs politiques à l’intérieur de la cité.

###### 2. Les institutions politiques.

Trois institutions politiques essentielles marquent la royauté :

- le **roi** tout d’abord, qui est le **chef politique, militaire et religieux** de la cité romaine. Ce roi a un pouvoir de commandement que l’on appelle le pouvoir d’***imperium*.** Il s’agit d’un pouvoir complet, à la fois **civil** (à l’intérieur du **pomerium**) et **militaire** (à l’extérieur du pomerium). C’est aussi un **pouvoir de décision non partagé et sans appel**, souverain. **Notion étrusque** reprise par les Romains ou Latins (peuple du Latium). Il s’agit d’un pouvoir très important qui sera utilisé pour bâtir la notion de **souveraineté**.

Rome aura **sept rois en tout**, entre 753 et 509. Chaque roi est censé avoir joué un rôle particulier dans l’édification de la cité. **Romulus** est donc le premier roi de Rome. C’est lui qui va assurer le **peuplement** de la cité, en rassemblant des **mendiants et vagabonds** des campagnes alentour. Il va aussi, pour assurer l’avenir de la ville, devoir trouver des **femmes**, ce à quoi il parvient par ruse lors de l’épisode de **l’enlèvement des Sabines**. Tarquin le Superbe, roi étrusque, est enfin le dernier roi de Rome. L’on déduit de cette histoire **deux traits caractéristiques** : **la royauté romaine n’est pas héréditaire** et **c’est le Sénat**, soit les différents *patres familiae*, qui va **choisir le roi**.

- ensuite une **assemblée populaire, les comices,** qui rassemble **les premiers citoyens de Rome**, et qui est dominée par les chefs des grandes familles, les *patres*. Cette assemblée approuve les expéditions militaires menées par le roi, organise les cultes dans la cité… Elle joue un rôle peu important, essentiellement religieux.

- enfin l’institution la plus puissante : le **Sénat**, qui rassemble uniquement les chefs des grandes familles, les ***patres*** puis leurs descendants, les ***patriciens***, qui forment la noblesse romaine et à qui les fonctions politiques sont seules réservées, signe d’un pouvoir de type **aristocratique**. Il s’agit d’un organe important qui choisit puis conseille le roi.

##### B. Les sources du droit a l’époque royale : la coutume.

Très logiquement, étant donné l’importance des *gentes*, la source du droit la plus importante de l’époque n’est pas la loi, elle n’émane du roi mais est constituée par les **coutumes des grandes familles** (*mores gentis* ou *mos majorum*). Nous reparlerons souvent de cette notion de **coutume** qui mérite donc que l’on s’y arrête. Ces coutumes correspondent aux **usages répétés de ces groupes familiaux**, ou aux **règles dégagées par les juges** (tribunaux domestiques, à l’intérieur des groupes familiaux, présidés par le *pater familias*). En effet à l’époque, les **problèmes juridiques** qui peuvent naître apparaissent au sein des *gentes*, sont réglés par les tribunaux des *gentes* d’après les coutumes de ces mêmes *gentes*. Le roi n’a pas son mot à dire, et n’aurait pu intervenir aux origines que pour **trancher un conflit** non pas interne à une *gens* mais **entre deux *patres* de deux *gentes*** différentes.

Cette organisation politique ne va pas durer et après elle s’installe la **République**, en **509**, lorsque le dernier roi de Rome, Tarquin le Superbe, est chassé par l’aristocratie patricienne, descendante des fondateurs de la cité. Ce dernier roi, considéré comme **orgueilleux et tyrannique**, suffisamment pour se permettre de déshonorer Lucrèce, une patricienne appartenant à l’une des plus illustres familles de Rome, gardera une image détestable et en son souvenir, **les Romains détesteront la Royauté dont ils empêcheront le retour par tous les moyens**, particulièrement le **Sénat**, repaire de l’aristocratie. Bien sûr **le peuple Romain s’attachera à des hommes forts**, tels que Jules César, ou plus tard les empereurs, mais César ne prendra pas suffisamment de précautions pour éviter de ressembler à un roi et le Sénat le lui fera payer très cher, en organisant son assassinat, tandis que les empereurs après lui, et notamment le premier empereur, le fils adoptif de César, Octave, œuvreront pour se présenter comme différents des rois, même s’ils détiennent seuls les pouvoirs (**La mentalité romaine peut se résumer ainsi : amour de la monarchie, haine des rois**).

### Section II. La République.

La période de la République qui commence en 509 et qui s’achève en 27 av. notre ère est mieux connue et donc bien plus riche et complexe que la précédente.

Nous allons dire quelques mots de **l’organisation politique et institutionnelle de la République** (§ 1) puis nous étudierons les **sources du droit**, qui nous retiendrons plus longuement tant elles sont **nombreuses et importantes** (§ 2).

#### § 1. L’organisation institutionnelle de la République.

Lorsque le fils de Tarquin le Superbe déshonore Lucrèce, en 509, ce sont les **patriciens**, descendants des *patres*, pères fondateurs de Rome, qui sont touchés dans leur honneur. Ce sont eux qui chassent le roi et sa famille et **ce sont eux qui installent la République.** Cette République est donc au départ gouvernée, commandée par cette sorte d’aristocratie que sont les patriciens, qui **écartent du pouvoir d’autres citoyens romains, souvent plus pauvres, que l’on appelle les plébéiens**. Il faut commencer par quelques mots à propos de ce conflit entre **patriciens et plébéiens** qui marque les débuts de la République (A). Voyons ensuite **l’organisation tripartite des institutions** (B).

##### A. L’organisation sociale : patriciens et plébéiens.

Les **Patriciens** sont les **descendants des pères fondateurs (*patres*) de Rome.** Ils forment l’aristocratie romaine.

Ils sont à la fois riches et traditionnellement chargés des fonctions militaires et politiques.

- Ils sont d’abord fortunés car descendants des fondateurs de Rome, ils ont **hérité des immenses domaines fonciers que se sont constitués leurs ancêtres**. Ces domaines fonciers sont situés à l’extérieur de Rome et sont cultivés par leurs esclaves. Les patriciens en tirent des revenus considérables qui leur permettent de ne pas avoir besoin de gagner leur vie par leur propre travail, de disposer de beaucoup de temps libre et d’ainsi passer du temps à Rome pour s’occuper des affaires militaires et des affaires publiques.

- Ils sont traditionnellement chargés d’importants rôles militaires et politiques car à Rome comme d’ailleurs dans l’Antiquité, **il n’existe pas encore d’armée professionnelle rémunérée** (une armée de *soldats*, littéralement). Ce sont **les citoyens romains qui s’équipent pour la guerre à leur frais** (la guerre est un devoir civique) et naturellement, **les plus riches**, ceux qui peuvent financer l’équipement le plus complet, **occupent les fonctions militaires les plus importantes**. Or **les fonctions politiques sont la contrepartie des charges militaires** : **plus un citoyen assume des fonctions militaires lourdes et coûteuses, plus il reçoit des fonctions politiques importantes**. Celles-ci reviennent donc aux **patriciens** aux origines de la République. Les *patres*, pères fondateurs de Rome, et les patriciens, siègent donc au **Sénat** et dominent l’assemblée populaire. A ce titre ils ont longtemps conseillé le Roi et **ont su le chasser lorsqu’il est devenu tyrannique**. Ils ont par-là fait la démonstration de leur **légitimité** politique, **dans l’intérêt du peuple**.

Ce sont donc eux **qui se répartissent les premières fonctions** (que l’on appelle des magistratures) au sein de la nouvelle République.

Face à eux l’on trouve des **plébéiens** qui sont aussi des citoyens romains mais qui ont moins de droits politiques, car généralement les plébéiens vivent de leur travail. S’ils participent à l’effort de guerre, **ils ne peuvent pas s’équiper comme les patriciens et livrent donc un effort moindre**, si bien qu’ils reçoivent des **droits politiques moins importants**. Également, ils forment un groupe social séparé des Patriciens car ils ne peuvent se marier qu’entre eux (ils n’ont pas le ***conubium***, qui leur aurait permis le mariage avec des Patriciens).

Aux débuts de la République, **les patriciens organisent donc au départ le fonctionnement de la République sans les plébéiens** et confisquent les institutions républicaines à leur seul profit. Mais les plébéiens ne vont pas supporter longtemps cette situation et **en 494 av. notre ère, ils se révoltent**, menaçant de quitter Rome pour fonder une cité concurrente. Les Patriciens, craignant de voir fondre les effectifs de l’armée, décident finalement **d’intégrer les plébéiens aux institutions de la République, en deux temps** : 1° d’abord les plébéiens reçoivent des **institutions séparées**, différentes de celles des patriciens, puis 2° ils **accèdent aux institutions patriciennes**.

Ce conflit et son règlement donnent donc sa physionomie à la République romaine, qui repose sur une **organisation tripartite des institutions**, comme sous la Royauté. Nous retrouvons une **assemblée populaire** et un **Sénat**, aux côtés desquels gouvernent non plus un roi mais plusieurs individus que l’on appelle des **magistrats.**

##### B. L’organisation tripartite des institutions.

Les pouvoirs s’ordonnent entre **trois institutions** : les magistrats auxquels s’ajoute le tribun de la plèbe (1), l’assemblée du peuple ou comices (2) et le Sénat (3).

###### 1. Les magistrats et les tribuns de la plèbe.

Les magistrats et les tribuns de la plèbe gouvernent la cité romaine. Il faut les distinguer car tous n’ont pas exactement les mêmes pouvoirs ni les mêmes fonctions, seuls les magistrats étant titulaires du pouvoir d’imperium.

**a. L’imperium des magistrats**

Les **magistrats**, de *magister*, le maître, sont les **chefs politiques de la cité** et détiennent le pouvoir exécutif, de gouvernement. Ils ont ce pouvoir ***d’imperium*** qui conserve les mêmes caractéristiques qu’à l’époque royale : pouvoir à la fois civil et militaire, global et total, souverain et sans partage.

Toutefois des **précautions** ont été progressivement prises pour que le pouvoir de ces magistrats ne ressemble pas à celui du roi. Elles sont au nombre de trois : 1° ces magistrats seront peu à peu **élus** par l’assemblée populaire, les comices (**élection**) ; 2° ces magistrats ne seront élus **que pour un an**, et ne peuvent exercer leurs fonctions au-delà (**annualité**) ; 3° Dès le début de la République (depuis **449**, l’alternance ayant été pratiquée avant cette date), ces magistrats n’exercent pas leur pouvoir seuls comme le faisait le roi, mais sont toujours au moins deux à exercer une même magistrature (**collégialité**).

Il faut revenir sur le **principe de collégialité**, **qui paraît entrer en contradiction avec la nature même du pouvoir d’*imperium***, pouvoir souverain et sans partage. Comment est-il possible d’exercer un tel pouvoir à plusieurs ? Le mode de fonctionnement de la collégialité permet de répondre à cette question et de **concilier l’exercice d’un pouvoir souverain** avec **le fait d’être plusieurs à le détenir**.

Les magistrats qui sont donc toujours plusieurs à exercer les fonctions de gouvernement forment un groupe que l’on appelle un **collège**. Chacun étant doté d’un *imperium* souverain, chacun peut prendre seul les décisions, sans l’autorisation de ses collègues, et cette décision peut recevoir effet, être appliquée immédiatement. **Simplement chaque fois qu’un autre magistrat estime que la décision en question n’est pas légale, n’est pas juste, porte atteinte à la liberté des citoyens**, il peut en bloquer l’application (***prohibitio***, veto préalable, ou ***intercessio***, annulation a posteriori). Ainsi chaque magistrat exerce bien un pouvoir souverain, sans partage, peut décider seul, mais sa décision peut être paralysée, pour de bonnes raisons, par l’un de ses collègues. En cas de blocage persistant, c’est le Sénat qui tranche.

**On aurait pu imaginer une autre solution** : que chaque magistrat soit obligé de consulter l’ensemble de ses collègues avant de se décider, mais alors **l’imperium** n’aurait plus eu de sens car il n’aurait plus été souverain. Au contraire le système de la collégialité mis en place par les Romains permet de conserver cette souveraineté de l’*imperium* tout en paralysant les seules décisions illégales ou injustes.

Les premiers magistrats qui gouvernent la cité romaine portent le nom de **consuls**. Ils sont donc à l’origine exclusivement **patriciens**. A leur côté apparaîtront, après le sécession de 494, des tribuns de la plèbe qui se caractérisent par le pouvoir d’empêcher, de bloquer les ordres des magistrats.

**b. Les tribuns de la plèbe**

Après la sécession de 494 les Patriciens vont faire des concessions aux plébéiens et les doter d’institutions séparées des leurs. Parmi elles l’on trouve les tribuns de la plèbe, **fonction accessible aux seuls plébéiens** (mais seuls les plébéiens les plus riches peuvent matériellement l’exercer), élective, annuelle et collégiale (c’est même pour les tribuns que le système de la collégialité est au départ inventé, avant d’être étendu aux consuls).

**Les tribuns ne gouvernent pas**, contrairement aux consuls (voilà pourquoi ils ne sont pas des magistrats), mais ils ont plutôt un **pouvoir d’empêcher**, pour la défense des intérêts des plébéiens. Quand l’un des consuls ordonne une mesure contre un plébéien, **chaque tribun a le pouvoir d’intervenir et de paralyser les effets d’une telle décision**, par la **prohibitio ou l’intercessio**, afin de protéger les plébéiens mais plus largement tout citoyen. Ce pouvoir s’appelle la ***tribunicia potestas***, le pouvoir des tribuns de la plèbe.

Nous avons là, avec les tribuns de la plèbe, un **pouvoir typiquement démocratique** (**démocratie**, pouvoir remis entre les mains du peuple), exercé au nom du peuple plébéien, mais pour autant, **il ne suffit pas à faire de la République romaine une démocratie**. Celle-ci reste clairement une **oligarchie** (pouvoir de quelques-uns), gouvernement de **l’aristocratie** (les meilleurs, littéralement), et ce malgré l’accès progressif des plébéiens au pouvoir (seuls les **plébéiens les plus riches** ont matériellement les moyens de ne pas travailler et de se consacrer aux affaires publiques).

**Deux évolutions majeures en conclusion :**

- Au fur et à mesure de la République, l’opposition entre des consuls patriciens et des tribuns plébéiens va céder car les plébéiens vont recevoir le droit d’accéder au consulat - s’ils sont élus - à partir de 367, et à partir de 343, il est même obligatoire que l’un des deux consuls soit plébéien. En revanche le tribunat de la plèbe demeurera réservé aux seuls plébéiens.

- De plus, aux côtés des consuls apparaîtront d’autres magistrats. Au fur et à mesure que la République se fortifie, que le territoire commandé par Rome s’agrandit, les **magistratures se multiplient et se spécialisent**. Nous pouvons citer un dernier exemple de magistrature, sur lequel nous reviendrons : les magistrats en charge de la justice, les **préteurs**. Eux aussi sont dotés du pouvoir ***d’imperium***, comme les consuls. Leur action constitue l’une des sources du droit essentielles sous la République.

###### 2. Les assemblées du peuple.

Pour ce qui nous intéresse, soit **l’élaboration de la loi**, elles sont de **trois sortes**, au fur et à mesure de l’évolution de la République.

Les **comices curiates** de l’époque royale subsistent mais ne jouent qu’un rôle religieux.

- L’on trouve à leur côté les **comices centuriates**, où les citoyens sont **rangés par niveau de fortune, afin de déterminer leur charge militaire**. Les plus riches – les patriciens – y votent en premier et ils y ont la majorité. Cette assemblée vote la loi et élit les magistrats.

- Les plébéiens vont obtenir le droit de former leur propre assemblée, les ***concilia plebis***. Cette assemblée vote les lois de la plèbe (les plébiscites) et élit les tribuns.

- Pour **le vote de la loi**, une nouvelle assemblée va progressivement apparaître, qui rassemble les Patriciens et les plébéiens : il s’agit des **comices tributes**, où les citoyens sont rangés par lieu de résidence (quartier, tribu). Cette assemblée vote seule les lois à partir de 286 *(Lex Hortensia*).

###### 3. Le Sénat.

Enfin le **Sénat** est l’institution la plus importante de la République. Littéralement, son nom vient de ***senex*** et signifie que le Sénat est composé d’individus d’un certain âge, en réalité d’individus déchargés de leurs obligations militaires (citoyens à partir de 40 ans). Les sénateurs sont au départ exclusivement des **membres de l’aristocratie patricienne**, puis peu à peu, les plébéiens obtiennent le droit d’entrer au Sénat, où ils ne seront toutefois jamais très nombreux (à partir de **339**, l’un des censeurs doit être plébéien et comme les censeurs élus pour cinq ans dressent la liste des sénateurs , ils vont faire entrer quelques plébéiens au Sénat).

Les pouvoirs du Sénat sont très **généraux**. Il s’agit de **l’institution gardienne de la constitution républicaine**. Le Sénat forme une **élite éclairée, qui défend l’intérêt commun** : l’intérêt du peuple de Rome. Le Sénat fera **respecter la légalité républicaine**, **la tradition, reposant sur la domination des patriciens**, contre les magistrats trop ambitieux, comme ce sera le cas contre César dont le Sénat organisera l’assassinat. Ainsi le sénat empêchera toujours la prise de pouvoir par un tyran mais protègera aussi sa propre puissance.

Le Sénat est doté d’un **pouvoir très important et qui lui est propre** : ***l’auctoritas***. L’on ne peut pas tout à fait traduire ce pouvoir par le mot d’autorité. Pour le comprendre, il faut isoler la racine de ce mot, ***augere***, qui signifie **augmenter** (comp. augure, Auguste). ***L’auctoritas* est le pouvoir qui permet d’augmenter l’efficacité d’un acte juridique ou d’un droit**. Notamment, quand l’assemblée du peuple vote une loi, le Sénat la complète en lui accordant son *auctoritas*. Quand un magistrat prend une décision, il sollicite aussi bien souvent l’*auctoritas* du Sénat. C’est ainsi que le Sénat régule les institutions républicaines.

#### 

#### § 2. Les sources du droit.

A. La coutume. B. La loi. C. La doctrine (la jurisprudence). D. Le droit prétorien.

##### A. La coutume.

La coutume, source la plus importante voire la seule de l’époque précédente, demeure fondamentale, mais elle est désormais concurrencée par d’autres sources. Cependant, le *mos majorum* (ou *mores gentis*)conservera toujours aux yeux des Romains, traditionalistes, une grande autorité.

Ce droit coutumier est fait à la fois de **principes traditionnels d’organisation sociale**, de **règles religieuses** et aussi **d’usages propres à certaines familles** (en matière de mariage, de nom… Les Romains portent en effet le nom de leur *gens*, nom gentilice). Certaines coutumes sont reprises par les magistrats ou par les auteurs, signe de leur importance.

Vers la fin de la République, l’on va voir également des **populations vaincues par Rome** conserver leurs droits dans les **provinces**, et ces droits apparaissent comme des **coutumes** pour les Romains.

A la toute fin de la République (***lex Antonia de Termessibus* en 71 av. notre ère**), la coutume évolue pour devenir **tout usage répété, consacré par le temps**, et elle change de nom. On parle plutôt de ***consuetudo*** que de *mos majorum*, et c’est ce terme qui passera dans le vocabulaire médiéval. Cette *consuetudo* est bien **source de droit**, et la question se pose alors de **ses rapports avec les autres sources du droit**, notamment la **loi**, certains auteurs avançant l’idée qu’un usage répété, contraire à la loi, pourrait s’imposer.

##### B. La loi.

Dès les débuts de la République, une source nouvelle fait son apparition : la loi, dont la caractéristique principale est **d’être votée par l’assemblée des citoyens**. Pour comprendre le rôle de la loi à Rome, il faut commencer par la première grande loi, datant du début de la République : **la loi des XII Tables (1)**, puis à partir de ce précédent poser la définition, la procédure d’élaboration et le contenu de la loi (2).

###### 1. La loi des Douze Tables.

Quelques mots de son histoire (a) puis de son contenu (b).

**a. L’histoire de la loi des XII Tables**

Pour bien comprendre son importance, il faut raconter son **histoire**. Avant la loi des XII Tables le droit, hors le droit coutumier des grandes familles, n’est **pas écrit, ni public**. Il n’est donc pas porté à la connaissance de l’ensemble des citoyens, et la connaissance comme l’interprétation de ce droit sont le privilège des **pontifes**, sortes de prêtres. Les prêtres que sont les **pontifes** sont alors les **gardiens des secrets du droit** car le droit n’est pas laïque mais religieux. L’on ne parle d’ailleurs pas encore de *jus* mais de ***fas***, littéralement, **ce que les dieux autorisent**. Seuls les pontifes **connaissent le droit applicable**, maîtrisent le **calendrier judiciaire** (les jours fastes, où les dieux permettent que se tiennent des procès, et les jours néfastes, où les procès ne sont pas autorisés) et connaissent aussi la **procédure**, les formes à respecter (gestes et paroles) pour faire valoir son droit. Ces pontifes sont alors exclusivement **patriciens**.

Ainsi les patriciens comme les plébéiens qui se heurtent à une difficulté juridique vont voir les pontifes et leur demandent si le droit coutumier les protège, puisqu’eux seuls le savent. Or puisque le droit est secret et que les pontifes sont patriciens, **les plébéiens reprochent aux pontifes d’interpréter le droit coutumier dans un sens trop favorable aux patriciens**, et ils dénoncent ce qu’ils perçoivent comme une **injustice**. Aussi veulent-ils, pour éviter **l’arbitraire des pontifes**, que les règles de droit soient mises par écrit et que le droit soit **publié, rendu public, accessible à la connaissance de tous**.

Comme il s’agit d’une revendication de la plèbe, **c’est un tribun de la plèbe qui se saisit du problème** et qui demande la nomination d’une commission qui devra procéder à la rédaction du droit, dès **462**. En **451** les comices centuriates acceptent et désignent une commission de dix membres (les ***decemviri***) chargés de rédiger les lois, et pendant le travail de cette commission **les institutions républicaines sont suspendues**, les *decemviri* recevant les **pleins pouvoirs**. En **450** dix tables sont rédigées, et en **449**, une nouvelle commission complète le travail en ajoutant deux nouvelles tables. Les consuls font ensuite ratifier les XII Tables par **le Sénat**. Elles sont enfin **gravées sur pierre et exposées** sur le forum, la place centrale et principale de Rome où ont lieu les principales activités juridiques, religieuses et politiques.

Quand ces douze Tables sont achevées, en 449, **les pouvoirs républicains sont restaurés**, notamment le tribunat de la plèbe, à la demande du Sénat. **Ce retour à la légalité républicaine ne se fit pas sans mal**, selon une autre **légende** qui ressemble beaucoup à celle de Lucrèce marquant les débuts de la République. **Appius Claudius**, l’un des decemvirs, tombe amoureux de Virginie, plébéienne et fille du centurion Virginius. Or Virginie est déjà fiancée à un plébéien mais Appius Claudius pour la conquérir, n’hésite pas à affirmer qu’elle est en réalité **la fille de l’une de ses esclaves et qu’à ce titre elle lui appartient**. Appius Claudius forme donc une **action en justice** pour réclamer la propriété de Virginie, et l’obtient grâce à la **complicité des juges**. Avant que la fille ne soit remise à son maître, le centurion Virginius son père demande à se retirer quelques instants avec elle et la **poignarde**, affirmant que **la mort est préférable au déshonneur**. Suite à ce drame, **les plébéiens se révoltent** une nouvelle fois et le Sénat s’empresse de rétablir les institutions, notamment le tribunat de la plèbe. **Cette légende en l’honneur d’une plébéienne est un signe de la concorde qui doit régner désormais dans la cité**. Comme Lucrèce **elle préfère la mort au déshonneur**. La vertu se trouve aussi désormais du côté des plébéiens.

Ces douze Tables garderont toujours une **importance symbolique immense** pour les Romains. Elles forment le **premier fondement du droit civil**, du droit réservé aux citoyens, et les Romains resteront toujours très attachés à son souvenir. Cicéron raconte d’ailleurs qu’à son époque (Ier s. av. notre ère), les enfants apprenaient les XII Tables par cœur. Les XII Tables marquent aussi une étape décisive vers la **laïcisation du droit**, qui quitte le domaine du *fas* pour devenir le *jus*, **sous le contrôle des consuls** et non plus des pontifes.

**b. Le contenu des XII Tables**

Malheureusement, **nous ne connaissons pas la version primitive de ces XII Tables** car l’on suppose qu’elles ont été détruites en **390 av. notre ère**, lors de la mise à sac de la ville de Rome par les Gaulois menés par Brennus. Le texte des XII Tables a ensuite été **reconstitué**, mais aussi **modernisé**, et sûrement **modifié**. C’est sous cette forme que les XII Tables nous ont été transmises, et encore indirectement, car les XII Tables n’ont jamais été retrouvées. Nous les connaissons partiellement grâce aux **citations** qu’en font les auteurs.

Ce que nous savons, c’est que les Douze Tables **rendent public le droit existant à l’époque**, mais elles **ne contiennent pas tout le droit**. Elles ne sont **pas un code** au sens moderne du terme car elles ne forment **pas un recueil complet** de tout le droit applicable, ni même d’une partie de ce droit. Il s’agit simplement de la **mise par écrit des règles les plus importantes**, afin de **prévenir toute contestation** à leur sujet, de **résoudre les conflits sociaux** et de permettre une **cohabitation pacifique entre patriciens et plébéiens**.

Les XII tables contiennent ainsi les **droits** que les citoyens vont pouvoir faire valoir en justice et les **moyens de procédure** qu’ils vont pouvoir mettre en œuvre pour le faire, moyens de procédure que l’on appelle des **actions (mais les formules des actions et le calendrier vont demeurer dans le secret des prêtres jusqu’en 304, où un scribe les publient)**. Ainsi désormais, là est la grande nouveauté, **chaque fois que les conditions énoncées par la loi seront réunies, tout citoyen pourra demander non plus à un pontife mais à un magistrat (le consul) l’ouverture d’un procès, ouverture qui ne pourra lui être refusée**, afin que ce citoyen puisse faire valoir son droit. **Une fois l’action accordée, le consul désignera un juge** qui examinera les prétentions des parties et qui donnera raison à l’une ou à l’autre. Avec la connaissance du droit, **l’accès au droit est ainsi garanti, et il est mis fin à l’arbitraire des pontifes**.

A partir de cet exemple historique, étudions plus généralement la loi sous la République romaine.

###### 2. Les lois votées sous la République.

Définition (a), Élaboration (b) et contenu (c).

**a. La définition de la loi.**

Pour nous, la loi émane essentiellement de l’autorité publique. Or pour les Romains le terme de loi, *lex* en latin, avait un **sens plus large** puisque la loi à Rome peut émaner tout aussi bien de **l’autorité publique** que d’un **individu**, d’un simple citoyen, lorsqu’il insère dans un contrat une clause particulière (*lex contractus*). On parle à Rome de loi tant pour les actes émanant des assemblées populaires que pour une simple disposition du contrat, alors que nous ne le faisons plus aujourd’hui à propos du contrat. Aussi n’allons-nous nous intéresser **qu’aux seules lois romaines qui émanent de l’autorité publique**, les ***leges publicae*** ou ***leges rogatae***, les lois votées (*lex rogata* au singulier).

**b. Mode d’élaboration de la loi**

La loi est une source du droit importante de par son **mode d’élaboration**. Les lois romaines font en effet intervenir les trois institutions principales de la République :

1° les **magistrats**, qui la proposent (le texte de la loi est en fait rédigé par des juristes, mais ce sont les magistrats, **consuls, préteurs ou tribuns**, qui les soumettent à l’assemblée), et c’est le magistrat qui propose la loi qui lui donne son nom.  Le magistrat ou le tribun fait une demande au peuple en soumettant son projet de loi, une demande qui porte le nom de ***rogatio***.

2° **L’assemblée populaire des citoyens**, qui l’approuve, comices centuriates au départ, puis comices tributes (patriciens et plébéiens assemblés), à partir de ***286*** (***lex Hortensia***). La lex Hortensia opère plus précisément la confusion des plébiscites et des lois, qui ont désormais la même portée.

3° le **Sénat** qui lui accorde son *auctoritas*. Au début de la République, le Sénat accordait cette ***auctoritas*** **à la fin de la procédure du vote**, si bien qu’il pouvait décider de ne pas accorder efficacité à une loi pourtant votée par l’assemblée du peuple, si bien qu’il pouvait défaire ce que le peuple avait fait. Mais en **339** (***lex Publilia***) ***l’auctoritas* sénatoriale est accordée au préalable**, avant le vote populaire, si bien que **le peuple a le dernier mot**. Quand tout le peuple, rassemblé au sein des comices tributes, vite, *l’auctoritas* du Sénat est déjà antérieure.

**c. Le contenu de la loi.**

Le plus souvent, la loi votée se présente de la façon suivante : elle commence par un **préambule**, ***praescriptio***; puis suit le **texte** de la loi, la ***rogatio***; enfin la **sanction** prévue contre celui qui enfreindrait la loi, la ***sanctio***. **La gravité de la sanction est le signe de l’autorité de la loi votée**. En fonction de cette dernière partie, l’on distingue **trois sortes de lois** :

- les lois parfaites, ***leges perfectae***, qui prévoient la sanction la plus forte : la **nullité** de l’acte contraire à la loi, qui ne respecte pas la loi. C’est le cas du mariage entre parents, de la vente d’une chose hors du commerce par exemple.

- ensuite viennent les **lois moins parfaites**, ***leges minus quam perfectae***: ces lois prévoient une sanction moins forte. L’acte passé contrairement à la loi sera maintenu, il ne sera pas annulé, mais celui qui aura passé un tel acte devra s’acquitter d’une **amende**. Ce sera le cas lorsqu’un vendeur vend une chose trop cher à un mineur.

- enfin viennent les **lois imparfaites**, les ***leges imperfectae***, pour lesquelles **aucune sanction** n’est prévue. Ces lois nous paraissent surprenantes et ce sont pourtant les plus nombreuses. **Elles illustrent la timidité du législateur**, qui tout en édictant un principe, ne se reconnaît pas l’autorité suffisante pour le sanctionner. Cette réserve confirme le **rôle modeste attribué à la loi à l’époque républicaine**, et donc le rôle modeste attribué au peuple dans cette République romaine qui n’est pas une démocratie.

Une fois la procédure du vote achevée, la loi est **affichée dans un lieu public**, généralement le forum de Rome.

Ainsi élaborée, la loi apparaît comme l’expression de la volonté générale. Elle est écrite **comme un ordre que donne le peuple**, alors qu’elle est surtout issue en réalité des magistrats et du Sénat. Elle est ainsi **l’œuvre du peuple de Rome représenté par le Sénat (SPQR)**, et c’est de là qu’elle tire sa **force obligatoire**. Cette idée sera reprise à partir de la **Révolution française**, à partir du moment où la loi sera à nouveau votée par une assemblée populaire, et elle tirera de son origine une telle force qu’elle apparaîtra comme la source exclusive puis essentielle du droit. Nous vivons toujours aujourd’hui sur cette idée.

Malgré l’importance que les Romains accordent à la loi, **ils ont** **en voté** **très peu**. Des débuts de la République à la fin, en un peu moins de 500 ans, les Romains auraient voté **environ 800 lois, dont 16 seulement concernent le droit privé** (dans ce domaine le *mos majorum* continue de s’appliquer, tandis que les autres sources prennent de l’importance à l’époque républicaine). Celles qui ont été voté ont eu avant tout vocation à mettre fin, à **résoudre un conflit d’ordre politique** dans la cité. C’est notamment le cas de la loi des Douze Tables.

Après la coutume et la loi, troisième source :

##### C. La jurisprudentia (la science du droit).

Toute **application de règles générales à des cas particuliers** exige une certaine **science**, et le droit ne fait pas exception à la règle.

Les premiers représentants de la doctrine romaine ont logiquement été les **pontifes**, les gardiens du secret du droit, qui avaient aussi le pouvoir de **l’interpréter**, d’interpréter la volonté divine en quelque sorte.

Lorsque le droit se laïcise, à partir de la publication de la loi des XII Tables, il tend à devenir, lentement, une **science juridique autonome**, ce qui est la spécificité de Rome.

Des juristes se mettent d’abord à donner des **consultations juridiques**. Ces juristes aident ainsi les parties à **rédiger les contrats** par exemple, les actes de la vie juridique, ils les aident également à **remplir les formalités** qu’exigent les procès. Ainsi ces juristes appliquent les principes du droit civil à des situations particulières, adaptent ces principes à des besoins sans cesse nouveaux, par une **interprétation créatrice** du droit.

Au fur et à mesure apparaît ainsi la **jurisprudence**, du moins ce que les Romains appellent ainsi, soit **la science, la sagesse du droit**, à la **fois la connaissance des règles** et **leur mise en œuvre pratique**. Les deux sont inséparables. **Les Romains réfléchissent à partir de l’expérience pratique**.

**Aujourd’hui** nous appelons l’équivalent du travail accompli par les juristes romains la **doctrine (la science des docteurs, du latin doctrina, la formation, l’éducation)**, tandis que la jurisprudence désigne pour nous tout à la fois l’ensemble des décisions judiciaires et celles qui imposent leur solution, qui font jurisprudence.

Ainsi conçue, la jurisprudence est, comme le droit d’ailleurs, à la fois **une science du raisonnement, et un art de la démonstration (technè).** Elle est une **science** qui exige la **connaissance des règles de droit**, des **règles techniques logiques**, et elle est **l’art** de la **réflexion théorique et quasi-philosophique** sur le droit, de la création, l’art de la forme. La jurisprudence romaine tisse en effet des liens étroits entre **théorie et pratique**, qui sont sa marque de fabrique et auxquels elle ne renoncera jamais.

**La jurisprudence commence à devenir une source du droit importante** au cours de la **seconde moitié de la République**. Le premier jurisconsulte qui ne soit pas un pontife apparaît vers la fin du IIIe siècle av. notre ère, mais il se contente encore des fournir des réponses pratiques aux questions qui lui sont posées. Sa réflexion sur le droit est encore limitée.

**Les premiers auteurs importants** (notamment **Manilius**, considéré comme l’un des fondateurs du droit civil) apparaissent donc encore plus tard, vers 150 av. notre ère (Manilius est consul en 149 av. notre ère), début de l’époque classique, celle de l’âge d’or du droit romain, âge d’or dont les débuts coïncident avec la conquête de la Grèce par Rome (la Grèce est définitivement conquise par Rome en 146 av. notre ère). Les Romains sont alors influencés par la pensée et la philosophie grecque, et **sans abandonner leur approche très pratique, très concrète du droit, ils vont commencer à véritablement réfléchir sur le droit, à élever leur niveau de raisonnement et à produire de la théorie juridique**. Les **premiers traités juridiques** sont ainsi rédigés à la fin de la République (**Quintus Mucius Scaevola** écrit ainsi un traité en 18 livres sur le *jus civile*), tandis que sous le consulat de Jules César (vers 50 av. notre ère) est commentée la source du droit que nous allons étudier dans un instant, l’édit du préteur.

La jurisprudence en est donc à ses débuts. Nous en reparlerons plus longuement en étudiant la période suivante, l’Empire.

##### D. Le droit prétorien.

Il s’agit de la **source du droit la plus importante** de la période. Elle aussi apparaît plus tard que la République, puisque cette source du droit résulte de l’activité du préteur, magistrat en charge de la justice, qui n’est institué qu’en **367** av. notre ère (auparavant, les consuls rangeaient la justice au rang de leurs attributions).

1. La mise en œuvre des actions de la loi. 2. La conquête et l’ouverture du monde romain. 3. La procédure formulaire et la création de droits nouveaux. 4. Les actions civiles et les actions prétoriennes. 5. L’édit du préteur.

**1. La mise en œuvre des actions de la loi**

Pour comprendre toute l’importance de ce droit prétorien, il faut **revenir un peu en arrière.** **Rappel**. Nous savons qu’à l’origine, les parties qui avaient un différend devaient se présenter devant le **pontife**. Là elles exposaient leur difficulté et le pontife, gardien des secrets du droit et de la procédure, décidait s’il ouvrait ou non un procès. Par la suite au début de la République est publiée la **Loi des XII Tables** et à partir de là, les parties en conflit se présentent devant un **consul**, qui, lorsque les conditions posées par la loi sont réunies, ne peut pas refuser d’ouvrir un procès, ce que les Romains appellent une **action**. Le préteur sera ensuite institué, à partir de 367.

Nous avons donc avec la Loi des XII Tables franchi une étape décisive, mais pour autant **les choses restent compliquées**, dans la mesure où **les droits que l’on peut faire valoir en justice** énoncés par la Loi des XII Tables restent **peu nombreux**, et dans la mesure également où les parties n’ont que **cinq actions**, cinq formes de procédure, à leur disposition pour faire valoir leur droit. Quatre sont présentes dans la loi des XII Tables, une est ajoutée par la suite. Ces cinq actions portent le nom **d’actions de la loi**, car elles sont **affectées à la défense de la loi**, à la protection des droits énoncés par la loi des XII Tables. **Si vous vous trouvez en dehors des cas prévus par la loi, et même si le sort que vous subissez est tout à fait injuste, il est impossible d’ouvrir un procès, de vous accorder une action**.

Parmi les cinq actions de la loi l’on trouve une action pour réclamer la **propriété**, une autre pour réclamer un **paiement**, une action en **partage** et **deux actions pour l’exécution** (saisie de la personne ou saisie d’un bien).

Par exemple, vous êtes un citoyen romain, et l’un de vos **esclaves** vous a été volé. **Le droit protège alors le propriétaire qui a été dépossédé**, et met à sa disposition une action de la loi, que l’on appelle le ***sacramentum in rem***, qui permet à ce propriétaire de se présenter devant le consul pour revendiquer son esclave, pour en réclamer la propriété, face au voleur qui conteste le vol et qui affirme que la chose (l’esclave) est à lui.

Les parties doivent alors suivre une **procédure extrêmement rigoureuse**, celle du *sacramentum in rem*, qui exige **qu’elles se présentent en personne devant le consul**, qu’elles formulent les **bonnes paroles** et accomplissent les **bons gestes**. Le **consul** **vérifie que toutes les formalités requises ont bien été accomplies** et si c’est le cas, il désigne un juge, généralement un simple citoyen sans connaissance juridique particulière, qui va examiner les preuves et trancher le litige, en disant ici à qui l’esclave appartient.

Un tel procès présente des différences évidentes avec notre système juridique actuel. 1° **Il se déroule en deux phases,** l’une devant le magistrat et l’autre devant le juge, alors qu’aujourd’hui, tout se passe devant le juge qui a à peu près la même autorité que le magistrat romain, dans le sens où il exerce une mission publique, rendre la justice. De plus, 2° **les juges actuels sont des juristes**, qui examinent les prétentions des parties et jugent de leur bien-fondé, sans se contenter d’examiner les preuves, simples faits.

A partir de 367 ce n’est plus le consul mais le **préteur** qui a la charge de la justice. **Ce système des actions de la loi perdure même après l’institution du préteur**. C’est alors **ce magistrat qui remplace le consul** : il **écoute** les parties, examine si les **conditions posées par la loi** sont remplies, **ouvre le procès** lorsque c’est le cas, et contrôle le bon accomplissement de toutes les **formalités**, avant de désigner le **juge**.

Ce système fonctionne bien au départ car **il suffit à régler les problèmes juridiques qui se posent entre les citoyens romains**. Quelques droits protégés et cinq actions de la loi suffisent dans l’immense majorité des cas, lorsque **la vie juridique romaine est encore peu développée**. Mais ce système va devoir évoluer.

###### 2. La conquête et l’ouverture du droit romain.

Au cours du IVe siècle, la petite cité romaine des origines qui a déjà considérablement agrandi son territoire, se lance dans une politique de **conquête** à grande échelle, **au-delà de la péninsule italienne et dans le bassin méditerranéen**. Les batailles que mène Rome à cette époque sont victorieuses et **la République romaine parvient ainsi à accroître considérablement son territoire**, ce qui amène de **profonds bouleversements** politiques, économiques et même juridiques. Notamment, les **étrangers**, que l’on appelle à Rome des **pérégrins**, sont de plus en plus nombreux sur le territoire romain, et ils font des affaires avec des citoyens romains. Tout cela crée des **besoins juridiques nouveaux**, des **litiges nouveaux**, que le vieux droit civil ne permet plus de résoudre. **Si Rome veut demeurer riche et puissante**, si elle veut continuer de favoriser le commerce et donc la présence d’étrangers sur son territoire, **elle doit d’abord faire évoluer la fonction du préteur lui-même**,dont l’accès n’est réservé qu’aux seuls citoyens. Pour répondre aux besoins nouveaux, Rome institue en **242** av. notre ère un autre préteur, le **préteur pérégrin**, compétent pour tous les litiges qui intéressent les étrangers (l’autre préteur, le premier, prend alors le nom de préteur urbain). Ce préteur est à l’origine du ***jus gentium***, dans lequel le préteur pérégrin intègre des solutions au cas par cas.

###### 3. La procédure formulaire et la création de droits nouveaux.

**Rome doit aussi et surtout faire évoluer son droit**. C’est ce que fait la République en accordant de **nouveaux pouvoirs au préteur**, en **150 av. notre ère**. A cette date, une nouvelle procédure est créée, qui remplace celle des actions de la loi et que l’on appelle la **procédure formulaire**.

**Cette** **procédure est désormais écrite**. En effet **le préteur rédige une courte formule écrite**, dans laquelle il reprend les prétentions des parties, leur demande, et dans laquelle il donne l’ordre au juge de juger. Dans cette formule, le préteur n’est plus tenu par le droit civil et les cinq actions de la loi. Il a la possibilité **d’innover**, de demander au juge dans sa formule de statuer sur des **faits nouveaux, qui n’étaient pas jusque-là protégés par le droit**, qui **une fois l’action ouverte deviennent des droits nouveaux** parce qu’ils sont **désormais protégés en justice**.

C’est donc dans ce système **l’action qui crée le droit**. C’est parce qu’une action a été accordée, qu’un procès a été ouvert, qu’un nouveau droit, parce qu’il est désormais sanctionné, protégé en justice, peut exister. **Le droit existe par sa sanction en justice, et non par la création législative**. **Le droit ne préexiste pas**. **Le préteur crée du droit en accordant des actions en fonction des besoins** **pratiques**.

Il s’agit là d’un **processus tout à l’opposé de notre système actuel**. Aujourd’hui au contraire, dans toute l’Europe continentale, **le droit préexiste**. Il est **créé par le législateur**. Et le juge qui tranche un litige ne fait qu’interpréter et appliquer ce droit. **Le droit vient d’en haut**, en quelque sorte, et le juge, placé dans la hiérarchie plus bas que le législateur, se contente de l’appliquer. Au contraire à Rome **dans le système de la procédure formulaire le droit vient d’en bas**, en quelque sorte, **des problèmes que rencontre la pratique**, que rencontrent les parties au quotidien.

C’est un système qui ressemble alors par certains traits à celui des pays de ***Common law***, comme l’Angleterre ou les États-Unis. Ces pays n’ont **pas de code**, leur droit n’est pas codifié pour l’essentiel (il y a des exceptions selon les domaines), et **il évolue sans cesse en fonction des décisions rendues par les juges**. Bien sûr les **juges** des pays de *Common law* n’ont **pas grand-chose de comparable avec le préteur**, qui est un homme politique élu. Ce sont là les **limites de la comparaison**, mais malgré tout **dans le processus de création du droit, les deux systèmes sont assez comparables**. Il faut noter toutefois une différence : à Rome ce qui compte ce n’est pas le jugement mais **l’ouverture d’une action**. C’est elle qui suffit à protéger le droit, c’est elle qui suffit à le faire naître. Le jugement lui-même est indifférent.

###### 4. Actions civiles et actions prétoriennes.

Au commencement, à partir de 150 (Lex Aebutia), le préteur va agir avec prudence.

- D’abord il va **reprendre les anciennes actions de la loi mais dans le cadre de la procédure nouvelle**, la procédure formulaire. Ces actions existent, il ne va pas se priver de continuer à les utiliser, et dans la nouvelle procédure, ces anciennes actions de la loi modernisées en quelque sorte vont prendre le nom **d’actions civiles**, parce qu’elles sont fondées sur le vieux droit civil. Ainsi par exemple le préteur va reprendre le ***sacramentum in rem*** et va rédiger une formule d’action civile pour cette action.

- Mais aux côtés de ces actions qui restent traditionnelles, si ce n’est dans la procédure, le préteur va aussi ouvrir des procès dans des cas nouveaux, créer des actions nouvelles, que l’on appelle des **actions prétoriennes**. Là, le préteur qui n’a pas nécessairement de connaissances juridiques très approfondies reçoit **l’aide des jurisprudents**. Ces actions sont plus ou moins nouvelles. L’on peut à titre d’exemple distinguer deux catégories d’actions prétoriennes :

. **Certaines s’inspirent des actions de la loi**. Par exemple imaginons qu’un pérégrin se fasse voler son esclave et qu’il veuille en réclamer la propriété en justice. Ce cas était bien prévu par le droit civil, mais un problème se pose ici : **la victime du vol n’est pas un citoyen mais un étranger**, le droit civil ne lui est donc pas accessible. **S’inspirant du droit civil**, le préteur a tout de même le pouvoir d’accorder ici une action. Toutes les conditions sont ici remplies pour que le droit civil s’applique, sauf une : la citoyenneté. Le préteur va alors utiliser le procédé de la **fiction**. Il va demander au juge, dans sa formule, de **juger comme si le pérégrin était un citoyen**. Nous avons là une action prétorienne que l’on appelle fictice, car elle repose sur une fiction.

. Mais **certaines actions prétoriennes sont totalement nouvelles**, n’ont absolument rien à voir avec le droit civil… On les appelle alors les **actions *in factum***, parce qu’elles reposent sur de **simples faits**, ignorés du droit, qui **deviennent** toutefois **du droit une fois l’action ouverte**, nous le savons désormais. Exemple de la reconnaissance du contrat d’échange.

###### 5. L’édit du préteur.

Ainsi le préteur reconnaît sans cesse des droits nouveaux, grâce à la procédure formulaire. Se pose toutefois un **dernier problème** : comment les citoyens et les pérégrins peuvent **être avertis** de ces droits nouveaux que reconnaît le préteur en ouvrant des actions ? **Comment garantir la même connaissance du droit qu’avec la publication de la Loi des XII Tables ?** Chaque année, à son entrée en charge, le préteur publie un document officiel, source du droit absolument essentielle, que l’on appelle **l’édit du préteur**. Cet édit reprend **la liste des actions qui ont été accordées par le préteur précédent** (la liste des droits nouveaux qu’il a protégés) et cet édit est **complété au fur et à mesure**, pendant l’année où le préteur exerce ses fonctions, par la liste des actions nouvelles qu’il accorde à son tour. Le préteur suivant reprendra cette même liste et la complètera à son tour, et ainsi de suite… Cet édit est diffusé sur tout le territoire dominé par Rome, y compris dans les provinces. Il est abondamment commenté par les jurisconsultes.

**Conclusion**. Ainsi se forme le droit prétorien, l**a source du droit la plus importante sous la République, avec la jurisprudence** même si celle-ci n’en est encore qu’à ses débuts. Nous l’avons dit, le système du droit prétorien et de la procédure formulaire est tout à fait à l’opposé du nôtre. Pourtant, notre **vocabulaire** a gardé trace de l’importance de ce système. Aujourd’hui, quand les juges de notre juridiction la plus haute, la Cour de cassation, innovent sur un point, qu’ils reconnaissent un droit nouveau (le droit d’être indemnisé en cas de préjudice écologique, pour prendre un exemple récent), l’on parle de **création prétorienne**.

Après la Royauté et la République, l’Empire, 3ème période de l’histoire romaine.

### 

### Section III. L’Empire.

Étudions les institutions impériales (§ 1) puis les sources du droit à l’époque impériale (§ 2).

#### § 1. Les institutions impériales.

Après la mort de César en 44 av. notre ère s’ouvre une terrible crise de la République, crise animée par deux hommes qui revendiquent l’héritage de Jules César : d’une part le jeune **Octave**, 19 ans, fils adoptif de César, d’autre part l’un de ses plus proches généraux, plus expérimenté et plus âgé, **Marc-Antoine**, 39 ans. Marc-Antoine se perdra en **Égypte**, après être tombé amoureux de la reine Cléopâtre, voudra faire de l’Égypte le nouveau centre de l’Empire romain, et finira par perdre une bataille décisive contre Octave, la bataille **d’Actium** en 31 av. notre ère. Il se suicidera finalement, avec Cléopâtre, tandis qu’Octave se verra confier l’ensemble des pouvoirs par le Sénat, en 27 av. notre ère, année qui marque le début d’une nouvelle période politique que l’on appelle l’Empire.

L’Empire se subdivise en deux périodes :

- de 27 av. notre ère à 284 de notre ère, c’est la période du **Haut-Empire** ou encore du **principat**. L’empereur n’est encore qu’un ***princeps***, que le premier d’entre tous les citoyens D’ailleurs, théoriquement, la République est maintenue, elle est censée toujours exister, alors que l’Empereur concentre tous les pouvoirs entre ses mains (A). L’Empereur est alors salué par la ***salutatio***, « Ave Augustus ».

- puis de 284 à 476 pour l’Occident, c’est la période du bas-Empire ou encore du Dominat. L’empereur est désormais le maître et il exerce un pouvoir beaucoup plus centralisé, autoritaire et sans partage (B). L’Empereur est alors salué par l’***adoratio*** : celui qui le salue s’agenouille devant lui. Il s’agit d’une période de crise et d’autoritarisme.

##### A. Le haut-Empire.

Le Haut-Empire conserve de manière fictive **l’apparence de la République**, si bien que les institutions républicaines (Sénat, comices, magistrats) sont maintenues. L’Empereur n’apparaît que comme le premier d’entre tous, le ***princeps***.

En réalité, en 27 av. notre ère, le Sénat lui a confié des pouvoirs importants. Trois pouvoirs caractérisent le passage à l’Empire. L’Empereur reçoit :

- ***l’imperium*** des magistrats, mais sans limite de temps ni limites géographiques (l’on appelle cet imperium l’imperium proconsulaire).

- la **puissance tribunicienne**, soit le pouvoir qu’avaient les tribuns de la plèbe d’empêcher l’exécution des décisions des magistrats, en faveur du peuple, pour la défense du peuple,

- enfin ***l’auctoritas***, le pouvoir du Sénat, qui permet d’augmenter la valeur des actes juridiques, et qui s’incarne dans un titre que reçoit l’empereur, le titre d’*Auguste*. C’est la première fois qu’un seul individu, et non une institution tout entière, reçoit un tel pouvoir. Même le roi ne l’avait pas.

Doté de tels pouvoirs, l’empereur vide les institutions républicaines de leur substance :

- les **magistratures** deviennent seulement honorifiques, sans réel pouvoir, et l’Empereur préfère s’appuyer sur une administration dévouée. Seuls les candidats de l’Empereur sont élus, par les comices puis très vite par le Sénat.

- les **comices** ne sont plus réunis, ou quasiment plus, dès après le règne d’Auguste ;

- seul le **Sénat** conserve une certaine importance, une certaine influence morale, mais c’est **l’empereur** qui choisit les sénateurs et qui peut donc compter sur un Sénat particulièrement docile. A titre d’exemple, le Sénat vote l’équivalent de la loi votée de l’époque républicaine, appelé *senatus consulte*, mais le texte est rédigé par l’Empereur et il indique aussi comment voter lors du discours introductif, l’*oratio principis*. L’on voit ainsi le pouvoir législatif passer progressivement des comices au Sénat, lequel Sénat est contrôlé par l’Empereur.

Dotée d’une telle organisation, beaucoup mieux adaptée à l’immensité du territoire qu’elle domine, Rome connaît une **période d’apogée, jusqu’à la fin du IIe siècle**. Plusieurs dynasties impériales se succèdent, et l’âge d’or de Rome se situe précisément sous le règne des Antonins, de 96 à 180, avec des empereurs comme **Trajan** (98-117), sous le règne duquel l’apogée de l’extension territoriale est atteinte ; **Hadrien** (117-138) ou **Marc-Aurèle** (161-180). Les richesses engrangées par Rome sont alors telles qu’Hadrien décide la fin de la politique de conquête, et l’établissement de la ***pax romana***.

Par la suite Rome connaît une **période de crise**, à partir du **IIIe siècle**, pour des raisons multiples. On peut en citer **trois** essentielles :

- La *pax romana* n’a pas eu que d’heureuses conséquences car **la guerre et la conquête étaient les moteurs de l’économie romaine**. Rome entre donc dans une **période de grave crise économique** dont elle ne se relèvera pas, du moins en Occident,

- Même si Hadrien, lorsqu’il décide la *pax romana*, renforce la protection des frontières de l’Empire, parfois au moyen de fortifications (***limes***), cela ne suffit pas et Rome doit faire face à des menaces aux quatre coins de l’Empire, voire à des **invasions barbares**. Exemple des Wisigoths qui mettent à sac la ville de Rome en 410.

- Les empereurs ne sont jamais parvenus, depuis les débuts de l’Empire, à régler le problème de leur **succession**. Bien souvent, ils ont fait le choix **d’adopter celui qu’ils considéraient comme le meilleur**, le plus apte à leur succéder, mais **jamais aucun principe n’a été posé de manière ferme**, si bien qu’à la mort d’un empereur s’ouvre une période **d’incertitude**, de **contestation**, qui débouche parfois sur une grave **crise** politique. Ainsi au cours du IIIe siècle, après la mort du dernier empereur issu de la dynastie des Sévères, **Sévère Alexandre, en 235**, s’ouvre la plus grave crise de succession de l’Empire : **des empereurs s’auto-proclament** un peu partout dans l’Empire et il n’y a plus de pouvoir légitime ni même effectif. Cette situation dure jusqu’à ce qu’un nouvel empereur parvienne à restaurer l’autorité impériale : l’empereur **Dioclétien**, qui inaugure à partir de **284** une nouvelle période de l’Empire, le Bas-Empire.

##### 

##### B. Le bas-Empire.

Pour restaurer son autorité, l’Empereur ne se présente plus désormais comme le premier d’entre tous mais comme le ***dominus***, le maître. Non seulement son pouvoir devient nettement **plus autoritaire**, et les institutions sont réorganisées en ce sens, mais surtout il change de nature, devenant **sacré**, comme si l’empereur était un dieu de son vivant. L’on voit là **l’influence des monarchies orientales**, notamment égyptienne.

Toutes les institutions républicaines qui avaient survécu au principat perdent définitivement leur importance, même le Sénat, et l’Empereur préfère désormais s’appuyer sur une **administration**, sur des fonctionnaires sans autorité propre sinon celle qu’il leur délègue, choisis par lui, librement révocables et dévoués, qui ne font qu’exécuter ses volontés.

Il faut surtout retenir de cette période, outre ces considérations générales, deux faits marquants, que l’on doit à l’empereur **Constantin (306-337)** :

- Constantin est le premier empereur de Rome à **se convertir au christianisme**, et sous son règne le christianisme devient **religion autorisée, *religio licita*, à partir de 313** (Edit de Milan), puis les progrès du christianisme sont tels qu’il devient même **la seule religion autorisée sous l’Empire à partir de 380 (Edit de Thessalonique), sous le règne de l’Empereur Théodose Ier**.

- Sous le règne de Constantin, **l’Empire amorce également son partage**, car en **324**, Constantin crée une nouvelle ville, **Constantinople**, sur les terres de l’ancienne cité grecque de Byzance (aujourd’hui Istanbul). Cette cité deviendra la **nouvelle capitale de l’Empire romain d’Orient**, le partage entre empire romain d’Orient et d’Occident devenant définitif en **395**. Les deux empires connaîtront un destin très différent puisque l’Empire d’Occident cesse d’exister en **476**, lorsque le dernier empereur romain est assassiné par un chef barbare ; tandis que l’Empire romain d’Orient perdurera encore 1000 ans, jusqu’en **1453** et son invasion par les Turcs.

#### § 2. Les sources du droit à l’époque impériale.

L’évolution du pouvoir sous l’Empire marque profondément les sources du droit. **Les sources anciennes ne disparaissent pas complètement**, mais elles perdent de leur importance, car au **triomphe de l’absolutisme impérial** dans le domaine politique répond le **quasi monopole législatif de l’Empereur**. Ainsi la ***lex rogata***, parce que rapidement les assemblées populaires ne sont plus réunies, et **l’édit du préteur** qui n’évolue plus à partir du IIème siècle, perdent leur importance, tandis que **les autres sources sont marquées par l’influence impériale**.

Demeurent **4 sources principales** : la coutume (A), la jurisprudence (B), les senatus consultes et les constitutions impériales (C), enfin la compilation du droit romain ordonnée par l’Empereur Justinien (D).

##### A. La coutume.

Si l’Empereur devient la source essentielle du droit, la coutume ne perd toutefois pas toute son importance. On la trouve encore **appliquée localement, à titre d’usage ancestral des familles, des peuples vaincus**, et à la condition qu’elle **respecte les principes du droit de la cité romaine**, du droit civil, du droit prétorien, du droit issu de la loi, principes qui lui sont **supérieurs**.

Surtout, la coutume fait l’objet d’une **théorie** au Bas-Empire, qui sera redécouverte au **Moyen âge** et qui reste à la **base de nos réflexions modernes sur l’application d’un droit coutumier**.

Cette théorie élaborée au Bas-Empire permet **d’expliquer** la **force obligatoire** des usages souvent répétés qui forment la coutume. Plusieurs arguments sont avancés :

- **l’ancienneté** de la coutume (*vetustas*), sans que les auteurs précisent combien de temps ni combien d’actes étaient nécessaires pour établir cette ancienneté,

- le **consentement des intéressés**, car les actes répétés supposent le **consentement de ceux qui les accomplissent**, et **l’acceptation tacite** de ceux qui les laissent faire. Il y a donc à la base de la coutume un **consentement général** (*consensus omnium*), idée mise en avant par Aristote et Cicéron, reprise au Bas-Empire.

- Pour recevoir force obligatoire la coutume doit être **rationnelle**, **raisonnable**.

Dotée de telles caractéristiques, la coutume doit recevoir **force obligatoire** et va parfois devoir se combiner avec d’autres sources du droit, la **loi** notamment. Dans les rapports entre la loi et la coutume, l’on peut distinguer **deux hypothèses** :

- La coutume est **bien acceptée** en tant que source du droit quand elle précise un point que la loi avait laissé silencieux, autrement dit, **quand elle comble une lacune législative** (on dit alors qu’elle est *praeter legem*). Ainsi quand la loi ne dit rien on s’en refère aux usages.

- En revanche la question est plus délicate lorsque **la coutume va à l’encontre de la loi** (lorsqu’elle est *contra legem*). Les **juristes du début du bas-Empire** rappellent alors que la **loi est une source du droit supérieure** et que la coutume ne peut la vaincre. Car la loi traduit une volonté supérieure, celle de la cité tout entière puis celle de l’Empereur, et **elle ne saurait donc être écartée par un simple usage contraire, pratiqué par quelques-uns**.

**Puis au cours du Bas-Empire** est avancée l’idée, fondée sur la pensée d’Aristote, reprise par Cicéron, selon laquelle **la coutume reposait elle aussi sur un consentement général** (le consentement exprès de ceux qui pratiquent l’usage en question et l’acceptation tacite des autres). Alors, **coutume et loi ont** en effet **le même fondement, la volonté populaire**, exprimée formellement par la loi et tacitement par la coutume. Pourquoi dès lors reconnaître une autorité supérieure à la loi et ne pas admettre que la coutume puisse la vaincre, notamment **lorsque la loi est tombée en désuétude**, demandent les auteurs ?

Les auteurs n’apportent **pas de réponse claire ni définitive** à cette question, et il faut donc surtout retenir de ce débat que nous avons là **idée-clé de la réflexion politique**, qui permet d’expliquer le partage entre **deux conceptions de la production du droit** : entre 1° le droit « venu d’en haut », produit du législateur, marqué par toute la puissance de l’État, droit qui s’incarne dans la loi, qui s’impose aux citoyens et qui peut se montrer parfois écrasant ; et 2° le droit « venu d’en bas », des citoyens, de la pratique, un droit moins « lourd », quand l’État se veut régulateur avant tout, et ne tend pas à s’imposer dans tous les aspects que peuvent revêtir les relations sociales.

Deuxième source après la coutume :

##### 

##### B. La jurisprudence.

La jurisprudence, qui était apparue à la fin de la République, se développe encore. Elle reste fidèle à sa **méthode**, préoccupée autant de pratique que de théorie (1). Cette jurisprudence a une autorité importante (2).

###### 1. La méthode des jurisconsultes.

Les jurisprudents poursuivent en effet leur activité de **praticiens** (ils donnent des consultations, rédigent des actes comme des contrats, aident les parties, les avocats et les juges pendant les procès) et **composent des œuvres doctrinales**. Nous savons que ces œuvres ont été nombreuses mais seules les *Institutes* de Gaius (IIe siècle) nous sont parvenues.

- C’est par leur travail qu’apparaissent les **premières définitions** de ce qu’est le droit, définitions teintées de morale (notion d’équité), comme celle que livre **Celse**, au début du IIe siècle, affirmant que le droit est l’art de ce qui est bon et équitable : **« *Ius est ars boni et aequi* »**. Au siècle suivant, Ulpien livre ce qu’il appelle les trois préceptes fondamentaux du droit : vivre en honnête homme (*honeste vivere*), ne pas causer de tort à son prochain (*alterum non laedere*) et attribuer à chacun ce qui lui est dû (*suum cuique tribuere*), ce dernier précepte correspondant à la mise en œuvre du principe d’équité.

- C’est aussi par leur travail qu’apparaissent les **premières règles d’interprétation du droit**. Il est ainsi possible d’interpréter le droit selon sa **lettre** (selon ses *verba*) ou selon son **esprit** (selon l’esprit de la loi, *sententia legis*). Le juriste peut aussi ne suivre ni l’un ni l’autre et se livrer à une **interprétation créatrice**, sur le fondement de **l’équité** le plus souvent, ce qui ne va pas sans danger et peut aller jusqu’à la dénaturation du texte. Nous verrons au cours de l’histoire les juges souvent revendiquer ce pouvoir, et l’État chercher à le leur enlever.

Ainsi dans leurs écrits et leurs consultations, les jurisconsultes ont **complété la loi et l’édit du préteur** par leurs interprétations, en même temps qu’ils ont posé des **règles nouvelles**, en cas de silence de la loi ou de l’édit du préteur. **Comment de telles solutions émanant de simples particuliers ont-elles pu devenir source du droit ?**

###### 2. L’autorité de la jurisprudence.

D’abord parce que les premiers à avoir interpréter la « loi » ont été les **pontifes**, et qu’un grand prestige était attaché à leurs fonctions, **prestige** dont bénéficient ceux qui par la suite, n’étant plus pontifes, se livrent à la même activité. De plus, les premiers jurisconsultes sont issus de l’aristocratie romaine, ont souvent occupé des magistratures prestigieuses, sont connus et respectés, ce qui ajoute du **prestige social** à celui lié à leur activité.

Pour ajouter à cette autorité naturelle, en quelque sorte, Auguste crée en faveur de quelques auteurs ce que l’on appelle le ***jus publice respondendi***, leur accordant de donner des **consultations en vertu de l’autorité du Prince**, *ex auctoritate principis*. Ses successeurs ont renouvelé la mesure et ainsi, sous le haut-Empire, une trentaine d’auteurs ont obtenu ce privilège, soit à peu près la moitié des jurisconsultes connus de l’époque. Les opinions de ces auteurs n’avaient pas alors la même valeur que le droit impérial, n’avaient pas d’autorité officielle mais elles avaient tout de même une **grande autorité de fait**, à tel point que les juges s’y conformaient souvent lors des procès (mais ce n’était pas encore une obligation).

Ce système marque une **première étape** vers **la mainmise de l’Empereur sur la jurisprudence**. En effet à partir de là il y a des **juristes officiels**, dont les opinions s’imposent en vertu de l’autorité, non pas des jurisprudents, mais de l’Empereur. C’est un **premier stade vers l’unification des sources** du droit au profit de l’Empereur. Malgré tout, la jurisprudence garde pendant toute la période du Haut-Empire **une grande influence** et une grande force créatrice, surtout du fait du **déclin de l’édit du préteur**, qui n’évolue plus guère et qui perd donc son importance, d’autant plus que la procédure est réformée pendant l’Empire, la majorité des procès n’étant plus réglée par le préteur mais par un fonctionnaire délégué de l’Empereur. Et d’ailleurs au Bas-Empire la nouvelle procédure, dite ***extra ordinem***, a définitivement remplacé l’ancienne.

La deuxième étape est marquée par **l’intégration des juristes dans les bureaux de l’administration impériale**. Celle-ci se fait progressivement mais devient tout à fait certaine dès les débuts du Bas-Empire (fin de l’époque classique). La jurisprudence devient alors **anonyme**, apparaissant comme l’œuvre de l’Empereur (dans la législation impériale) alors qu’elle reste celle des jurisconsultes. Nous n’avons ainsi pas conservé de noms d’auteurs juridiques importants depuis le début du IVe siècle.

Conséquence de l’appropriation par l’Empereur de la doctrine : cette mainmise de l’Empereur sur la jurisprudence marque la **fin de la jurisprudence dite classique**, celle de l’âge d’or du droit romain.

Les empereurs poursuivent encore ce mouvement de mainmise, de contrôle, lors d’une 3e étape où ils fixent encore **l’autorité de la jurisprudence** classique. Le *jus publice respondendi*  est ainsi complété, en 426, par la **loi des citations**. Elle confirme l’autorité accordée à certains jurisconsultes classiques, mais à seulement 5 d’entre eux : **Gaius, Papinien, Paul, Ulpien et Modestin**, les seuls dont les œuvres pourront faire autorité devant les tribunaux, et même s’imposer au juge quand la **majorité** de ces 5 auteurs sont du même avis. La loi des citations substitue donc à la libre appréciation des opinions par le juge un système automatique fondé sur la majorité. Un tel système est évidemment **déplorable** car **la valeur d’une opinion juridique n’est pas fonction du nombre de ceux qui y souscrivent**. La solution adoptée constitue alors un **aveu de la médiocrité du personnel judiciaire** à qui l’on ne pouvait laisser le soin de décider par lui-même de la valeur d’une opinion. C’est aussi le signe de ce que la jurisprudence classique a été oubliée.

La mainmise de l’empereur sur la jurisprudence se confirme encore avec le développement d’une autre source du droit : les senatusconsultes et les constitutions impériales.

##### C. Les senatusconsultes et les constitutions impériales.

**Les constitutions impériales sont une nouvelle forme de loi, issue de la volonté de l’empereur. Elles vont progressivement remplacer la lex rogata**, dans la mesure où les assemblées populaires qui votaient la loi sous la République ne sont progressivement plus réunies sous l’Empire. Dans ce processus, les senatus consultes constituent une étape intermédiaire entre la lex rogata et la loi impériale.

1° Les senatus consultes. 2° Les constitutions impériales. 3° Les premiers « codes ».

**1° Les senatus-consultes.**

Bien sûr au départ **Auguste agit avec prudence** et même s’il ne réunit plus les assemblées populaires pour le vote de la loi, il **refuse de se placer au-dessus du Sénat**, puisque la fiction républicaine est maintenue. Les décisions du Sénat, les **sénatus-consultes**, ont alors une certaine importance, à ceci près que les sénateurs sont choisis par l’Empereur et qu’il prononce, avant le vote de toute mesure législative, un discours, l’*oratio principis*, un discours qui oriente à tel point le vote du Sénat que celui-ci ne contrarie jamais les projets de l’Empereur et vote le texte soumis par lui. D’où le rapprochement avec les constitutions impériales : **les senatus consultes sont du droit impérial**.

**2° Les constitutions impériales.**

Peu à peu, au fur et à mesure que grandit l’autorité impériale, les constitutions impériales s’imposent et finissant par remplacer la loi, vers 200. Il arrive donc parfois que l’on parle de **loi** pour faire référence à ces constitutions impériales, car même si **leur source n’est pas du tout la même** (une assemblée populaire contre la volonté unique de l’Empereur), **leur autorité devient progressivement tout à fait comparable**.

Pour expliquer cette autorité des constitutions impériales qui ont la même force que la loi votée, il faut évoquer l’autorité grandissante de l’Empereur et ajouter une justification juridique que l’on doit au jurisconsulte Ulpien, qui écrit à la fin du IIe siècle et au début du IIIe siècle.

**Ulpien** : **« *Quod principi placuit legis habet vigorem* »**, ce qui plaît au Prince a force de la loi, la volonté du Prince (autrement dit, les constitutions impériales) ont la même force que la loi. Comment l’expliquer ? **Comment la volonté d’un seul, fût-il empereur, peut avoir autant de force que la volonté de l’ensemble du peuple ?** Ulpien, pour expliquer sa formule, développe un argument : si le Prince peut faire la loi, c’est parce que **le peuple romain, autrefois détenteur du pouvoir législatif, lui en a délégué le pouvoir** par l’intermédiaire du **Sénat**, au moment de l’investiture de l’Empereur, lorsqu’est précisément votée la ***lex de imperio*** par laquelle le Sénat investit l’Empereur et lui confère ses pouvoirs. Cet argument politique sera sans cesse repris au cours de l’histoire pour **justifier le pouvoir législatif des princes, des rois, d’un seul individu**, et d’ailleurs **le roi de France** au Moyen âge, sur les conseils de ses légistes formés au droit romain, utilisera la formule d’Ulpien afin d’imposer son autorité et son pouvoir législatif.

Cette interprétation permet alors de livrer une **nouvelle définition de la loi**, comme étant la norme obligatoire émanant d’un seul individu, sur délégation du peuple.

En vertu de cet argument, les constitutions impériales deviennent ainsi peu à peu la **source essentielle voire exclusive du droit**. Le niveau de production devient tel que l’on distingue ces constitutions suivant leur portée :

- les **édits**, à portée générale, applicables à tout l’Empire,

- les **décrets**, qui s’adressent à quelques citoyens seulement, qui précisent la solution voulue par l’empereur afin de régler une affaire particulière, dans le cadre d’un procès,

- les **rescrits**, qui sont des réponses à des consultations demandées par des particuliers ou des fonctionnaires, en dehors de tout procès.

- enfin les **mandats**, instructions à caractère administratif.

Tous ces textes ne sont pas préparés par l’empereur lui-même mais par **l’administration impériale**, et plus précisément par des **juristes fonctionnaires**. Au Bas-Empire, ces juristes sont souvent ces **jurisconsultes** qui animaient une jurisprudence féconde à l’époque précédente, sous le Haut-Empire, et qui sont désormais le plus souvent employés par l’administration. Ainsi leur nom nous échappe et leurs personnes s’effacent en quelque sorte derrière celle du *Dominus*.

**3° Les premiers « codes ».**

Les constitutions impériales sont rapidement si nombreuses que l’idée fait son chemin de **les rassembler dans des recueils**. Ce sont **les premiers « codes »** qui paraissent à Rome.

Le terme de **Code** ne désigne pas à l’époque un recueil juridique mais une **forme de présentation de livre**. Les écrits ne sont plus présentés sous forme de **papiers enroulés** (forme peu pratique, qui obligeait à dérouler tout le texte puis à l’enrouler à nouveau, une fois la lecture achevée), mais sous la forme que nous connaissons aujourd’hui, de **pages cousues entre elles et reliées par leur milieu**, forme beaucoup plus pratique qui permet **d’accéder rapidement à n’importe quelle partie du texte**.

A la fin du IIIe siècle deux auteurs, **Gregorius** et **Hermogenianus,** rassemblent ainsi des rescrits impériaux concernant le droit privé (**Code Grégorien**, vers 291, et **Code Hermogénien**, censé le compléter, au début du IVe siècle). Le but de ces recueils est alors de **mettre à la disposition des juristes des textes importants**, et de **fournir directement le texte applicable, plutôt que son analyse ou son commentaire** que l’on trouvait dans les ouvrages des jurisprudents. Là réside leur originalité. Mais ces recueils demeurent privés, établis par des particuliers. La version des textes qu’ils citent ne peut être considérée comme officielle et ces recueils ne confèrent donc pas aux textes qu’ils rapportent une autorité nouvelle. Subsiste donc le problème des copies.

Il s’agit de codes seulement pour la forme. Ils ne présentent aucun souci d’exhaustivité. Ainsi nous savons qu’Hermogenianus est haut-fonctionnaire sous Dioclétien. Il publie les constitutions impériales dont il est l’auteur. Ces œuvres sont aujourd’hui perdues.

Il en va différemment avec le **Code Théodosien**, en projet depuis 429, publié en **438**. Ce Code, voulu par l’Empereur Théodose II (408-450), déjà à l’origine de la loi des citations, veut mettre de l’ordre dans les trop nombreuses constitutions impériales, supprimer les contradictions entre les textes (plus anciens et plus récents), mieux diffuser le droit et permettre aux praticiens de le connaître avec certitude.

Ainsi une commission de hauts fonctionnaires est désignée en 435, avec pour mission de rassembler les constitutions impériales, les classer par matières et par ordre chronologique… Surtout, **les juristes reçoivent le pouvoir de changer la loi** en ce qu’ils peuvent **supprimer les développements** qui leur paraissent inutiles, **mettre fin aux contradictions**, **modifier ce qui ne leur paraît plus adapté** aux besoins de l’époque. Ce travail de modification du droit porte le nom **d’interpolation**. Les fonctionnaires reçoivent la mission **d’interpoler les textes** pour les mettre à jour. Achevé en 437, le Code Théodosien est publié en 438, c’est-à-dire qu’il est promulgué par l’Empereur. Il a donc **valeur officielle** et les dispositions qu’il contient peuvent être alléguées en justice, dans la forme que lui ont donnée les compilateurs.

**Destinées du Code**. En **Orient**, ce Code Théodosien va demeurer le **code officiel jusqu’à la nouvelle compilation ordonnée par l’Empereur Justinien** dont la publication commence en 529. Mais en **Occident**, il va connaître un destin bien différent car l’Empire romain d’Occident s’effondre en **476**, soit quelques années après la publication du Code Théodosien, et bien avant la compilation de Justinien. Ainsi **ce Code Théodosien va en Occident survivre à l’Empire**, et dans les **royaumes barbares** qui lui succèdent, il demeure la **source essentielle de la connaissance du droit romain**. Nous verrons en effet qu’une partie considérable du Code Théodosien est reprise par certains rois barbares pour leurs sujets anciennement romains mais tombés sous leur domination. **Par cet intermédiaire, le Code Théodosien restera la principale source du droit romain en Occident jusqu’à la renaissance juridique du XIIe siècle**.

##### D. La compilation de Justinien.

A l’avènement de **l’empereur Justinien en 527** (il règnera jusqu’en 565), la codification réalisée au Ve siècle se révèle déjà incomplète. De nouvelles constitutions impériales ont été adoptées et surtout, il paraît nécessaire de **mieux recueillir la doctrine de l’époque classique**, dont on a vu qu’elle avait progressivement été oubliée, pour ne retenir à peine que quelques noms… Une œuvre importante restait donc nécessaire, qui fasse à la fois appel à la **science des juristes** et à **l’autorité de l’Empereur**. La compilation justinienne répond à cette double exigence.

Reprenant le droit romain classique, celui de l’âge d’or de Rome, la compilation justinienne marque aussi le **souci de la restauration de l’autorité impériale et de la splendeur passée de l’Empire**, souci global, poursuivi tant à l’extérieur qu’à l’intérieur. Il s’agit pour Justinien de **marquer la supériorité de la tradition romaine sur l’hellénisation de la culture**.

- A l’extérieur, **tentant de restaurer l’unité impériale** de l’âge d’or de l’Empire romain, Justinien s’attache en effet à faire la **reconquête de certaines terres d’Occident**, contre les tribus barbares qui ont succédé à l’Empire romain : il reprend ainsi **l’Afrique** aux Vandales (534), **l’Italie** et la **Sicile** aux Ostrogoths (535-554), une partie de **l’Espagne** aux Wisigoths (550-554). La domination de l’Empire romain d’Orient sur ces terres ne sera que de courte durée mais elle montre bien une volonté de restaurer l’autorité de Rome sur tout le monde méditerranéen.

- **Le même souci inspire l’œuvre intérieure de l’Empereur**, qui réorganise le gouvernement de l’Empire, l’administration des provinces, qui redéfinit les relations avec l’Église catholique. C’est dans cet ensemble qu’il faut situer le **travail juridique** considérable effectué sous son impulsion, travail destiné à assurer la **pérennité** du droit romain et à **restaurer son prestige**.

Justinien choisit pour mener à bien cette entreprise un **professeur de l’École de droit de Constantinople**, **Tribonien**, devenu haut-fonctionnaire, lequel s’entoure de juristes, professeurs, avocats, hauts-fonctionnaires, avec qui il mène à bien à partir de 528 un énorme travail de compilation, soit de remise en ordre du droit existant.

L’Empereur fait d’abord rassembler les constitutions impériales dans un ***Code*** (1), puis il fait réunir ce qui dans la jurisprudence classique peut donner matière à un grand traité de droit privé et de droit pénal, ce qui aboutira au ***Digeste*** (2). Un manuel destiné aux étudiants, les ***Institutes***, complète le travail (3). Mais après la publication du Code, Justinien promulgue encore de nombreuses constitutions, dont les plus importantes prennent place dans un dernier recueil, les ***Novelles*** (4). Ces quatre recueils forment un ensemble : la compilation de Justinien, que l’on désignera au Moyen âge sous le nom de *Corpus juris civilis*.

###### 1. Le Code.

Depuis la dernière œuvre du même genre, **le Code Théodosien de 438**, de nombreuses constitutions impériales importantes ont été prises, ce qui justifie la reprise du travail déjà accompli.

La commission présidée par Tribonien commence à travailler en **528**, et travaille vite car elle **bénéficie des codes antérieurs**, Grégorien, Hermogénien et Théodosien, dont elle s’inspire pour sélectionner les textes anciens et ne retenir que les plus importants, tout en les **modifiant**, en les **interpolant** pour les mettre en harmonie avec le droit du VIe siècle. La compilation de Justinien marque en effet le **refus d’un droit historique et veut présenter le droit, même ancien, comme actuel**. Il a fallu aussi **ajouter les constitutions importantes** depuis le Code théodosien. Le Code correspond ainsi à un recueil de constitutions impériales dont les plus anciennes remontent à Hadrien et dont les plus récentes sont de Justinien.

Le Code est publié une première fois en **529**, puis réédité en **534** (ajout de nouvelles constitutions). Le Code est composé de douze livres, hommage aux XII Tables. Il est divisé par **matières**, les constitutions étant présentées par ordre chronologique. Il s’agit d’un recueil officiel, qui fait foi devant les tribunaux.

###### 2. Le Digeste.

Le Digeste, nom qui signifie **bien ordonné, bien composé**, connu également sous son nom grec de **Pandectes** (de pan-, tout, et dectes, recueil), est une compilation d’extraits de jurisconsultes classiques. C’est une œuvre plus considérable que le Code, qui a demandé un immense travail, pour 3 raisons :

- Il n’existait **aucune œuvre antérieure du même genre** dont on pouvait s’inspirer.

- De plus, la **masse de la jurisprudence est énorme**, s’échelonnant essentiellement du IIe s. av. notre ère au IIIe s. ap., soit pendant 5 siècles, et les œuvres étaient difficiles à connaître. Ce à quoi il faut ajouter le problème des copies.

- Tant d’œuvres d’époques, d’auteurs, de genres si différents contenaient des points de vue divergents, des contradictions, des solutions vieillies et dépassées. **Elles ne sont pas le produit de sociétés identiques** : libéralisme à la fin de la République, autoritarisme grandissant avec l’Empire.

Faire un choix pour ne conserver que l’essentiel et le meilleur, fournir ainsi une somme du droit romain, adapter des textes vieillis à la société du VIe siècle paraissait une entreprise si impossible que personne ne s’y était risqué jusque là. Justinien lui-même n’a osé qu’après avoir constaté que le Code ne suffisait pas à remplir la tâche qu’il s’était assigné.

Ainsi le **15 décembre 530, par la constitution *Deo auctore***, Justinien charge Tribonien et ses collaborateurs (quatre professeurs et onze avocats) de la préparation du Digeste. La constitution précise le but à atteindre et les moyens à employer. Trois objectifs sont posés :

- La commission doit rassembler **l’immense masse de la jurisprudence classique**, 1400 ans de droit romain, dit Justinien, soit quelques 1500 recueils d’une quarantaine d’auteurs différents (en réalité il y a bien moins de recueils à consulter).

- Les commissaires doivent aussi faire cesser les contradictions, corriger les textes, éliminer les solutions désuètes, en pratiquant des interpolations. On trouve le même **souci d’harmonisation, d’actualisation**.

- Les commissaires doivent aussi grouper les textes par **matières**, lesquelles seront subdivisées en **livres**. Ce rangement correspond au **travail de compilation**. Le Digeste sera ainsi divisé en **cinquante livres**.

Il est enfin précisé que l’œuvre aura autorité de loi impériale. Elle est publiée en **533**, par la constitution ***Tanta***.

Plutôt que d’écrire un traité de droit romain, de produire un texte nouveau, il a été jugé préférable de citer des fragments, des **extraits de la jurisprudence classique**, sûrement par admiration pour elle. Les auteurs les plus cités sont ainsi **Gaius, Paul, Papinien et Ulpien**. Pour autant, ces extraits sont agencés de telle manière, corrigés, qu’ils ne sont pas désuets. Ils ne sont **pas que le souvenir du droit ancien**. Même si toutes les solutions que contient le Digeste ne sont plus toutes applicables (cf. tous les développements sur la procédure formulaire qui n’est plus en vigueur depuis le IIIe siècle), que certaines ne sont là que pour se souvenir de la tradition, que pour la compréhension du droit également, les extraits cités forment bien une **œuvre pratique donnant le droit actuel**, tout en mettant en avant les **grands principes du droit romain**. Le Digeste marque là encore le désir de produire un droit sans histoire, qui ne s’inscrit pas dans le passé.

Malgré tout, le Digeste n’a pas immédiatement connu un grand succès auprès des praticiens, apparaissant plutôt comme un **livre d’école**. Le Digeste apparaît en effet comme la victoire de l’École sur les Praticiens. Il contient un droit qui paraît anachronique, remontant aux IIe et IIIe siècles. En raison de ce faible succès les manuscrits en seront très rares. Il en ira différemment au moyen âge.

###### 3. Les Institutes.

Si le Digeste constitue une œuvre d’ensemble, les Institutes sont un bref manuel d’enseignement (de *Instituere*, instruire) que rendaient nécessaires la compilation du Code et du Digeste.

Ce manuel est préparé en même temps que le Digeste, par Tribonien assisté de deux autres juristes, tous deux professeurs de droit (Dorothé, professeur à Beyrouth et Théophile, professeur à Constantinople). L’ouvrage emprunte beaucoup aux *Institutes* de Gaius, pour le plan notamment (personnes, biens, obligations), mais pour le contenu, il résume le Digeste, sous la surveillance de Tribonien.

Il s’agit là d’une **œuvre écrite par des professeurs et faite pour l’enseignement**. Les Institutes sont donc plus simples que le Digeste et plus théoriques que le Code. Les notions générales, les **définitions, les classifications** sont nombreuses, et les **controverses doctrinales** ne sont pas oubliées car les Romains les considéraient comme excellentes pour la formation de l’esprit juridique.

Le recueil est publié en **novembre 533**, un mois avant le Digeste, et entre en vigueur comme manuel d’enseignement en même temps que lui, en décembre 533. Beaucoup plus simple que le Digeste, il connaît un grand succès.

###### 4. Les Novelles.

La seconde édition du Code en 534 n’arrête pas l’activité législative de Justinien, et de nombreuses constitutions, dont certaines sont importantes, sont promulguées entre 535 et 565. Ces constitutions nouvelles sont désignées sous le nom de Novelles, et sont finalement publiées sous ce nom.

Nous ne retrouvons pas le même plan méthodique, par matières, que dans les autres recueils, les constitutions étant simplement présentées dans l’ordre chronologique.

**Conclusion** sur la compilation de Justinien. Trois points sont à retenir.

1er point, la compilation justinienne apparaît comme une œuvre de synthèse et de fixation du droit :

- Oeuvre de **synthèse** car le Code, le Digeste et les Institutes réunissent en effet tout ce qui était important dans la jurisprudence classique, et ajoutent l’apport du droit post-classique et des réformes prises par Justinien. Malgré tout, **la tradition classique occupe la majeure part de la compilation**, comme si Justinien avait souhaité restaurer cet âge d’or du droit romain, ce qui traduit surtout l’admiration pour ce droit, pour ce niveau atteint par la science juridique, jamais égalé par la suite.

- Oeuvre de **fixation** du droit car les textes recueillis ont valeur officielle, ne peuvent plus être contestés, sont figés dans une forme authentique et certaine.

Nous avons là l’expression d’un **système juridique très évolué**, avec une compilation contenant un **droit dépourvu de son formalisme le plus archaïque**, à la fois **simple** et d’une **technique très sophistiquée**. Ses qualités expliquent qu’à partir de sa « découverte » au XIIe siècle il soit devenu la **base des droits occidentaux** et qu’aujourd’hui encore il inspire nombre de solutions des codes modernes. La compilation revêt ainsi une immense importance pour toute l’histoire des droits européens jusqu’à nos jours.

2ème point, il faut aussi remarquer que **la compilation justinienne achève le mouvement de main mise de l’Empereur sur le droit et plus encore sur la jurisprudence**. Il s’agit ainsi de la **4ème et dernière étape** après le *jus publice respondendi*, l’intégration des juristes dans l’administration et la loi des citations. La compilation est en effet officielle, reçoit force obligatoire, parce qu’elle émane de la volonté impériale. Elle consacre ainsi le **triomphe de la loi, au sens de la loi impériale**.

L’empereur parvient ainsi à **affirmer son entier monopole sur le droit**, puisque **toutes les sources du droit sont reprises dans la compilation impériale**. Également, l’Empereur se réserve seul la possibilité **d’interpréter** le droit contenu dans la compilation, au cas où un doute subsisterait. Proclamant cela, **l’Empereur interdit tout pouvoir d’interprétation à ses juges**, et c’est là une caractéristique traditionnelle lorsque le pouvoir législatif impose toute sa puissance, lorsque la loi doit triompher, caractéristique que nous retrouverons en France à la fin de l’Ancien Régime, sous la Révolution et à la suite de la codification napoléonienne.

3ème point, la compilation justinienne règle définitivement la question, que nous avons peu abordée, **des rapports, de la hiérarchie entre l’Empereur et la loi**. Tant qu’il était seulement *Princeps*, le premier d’entre tous, l’Empereur entendait demeurer soumis à la loi, et nous avons vu qu’Auguste ne voulait pas, du moins au départ, faire la loi, voulant laisser le Sénat remplir la fonction législative, comme si l’Empereur se soumettait à la puissance sénatoriale, refusant d’apparaître supérieur.

Nous avons vu aussi que peu à peu, les empereurs ne prennent plus cette peine et **qu’à la fin du IIe siècle**, **ils édictent eux-mêmes le droit, la loi**, qui n’est plus l’expression de la volonté générale. C’est justement au tout début du IIIe siècle, vers 200, que sont définis les rapports entre l’Empereur et la loi, et qu’est réglée la question de la soumission de l’Empereur à la loi. **Si l’Empereur a le pouvoir de créer la loi, y est-il pour autant soumis ?** Cette soumission, soumission par exemple aux lois édictées par les empereurs antérieurs, viendrait **alors limiter son pouvoir créateur**, son pouvoir législatif. Est-ce acceptable ? Est-ce le sens que l’Empereur entend donner à son autorité ? Clairement non, et c’est **Ulpien** qui à la fin du IIe siècle formule l’idée fondamentale selon laquelle le Prince est dispensé, délié des lois, ***Princeps legibus solutus est***. Cette idée sera riche de conséquences pour la réflexion politique. Sur cette formule et sur le terme *solutus* sera en effet forgée la notion d’absolutisme, en France et ailleurs en Europe, à la fin de l’Ancien Régime, **l’absolutisme signifiant au sens strict que le roi n’est pas soumis aux lois**.

Ainsi nous achevons l’étude des sources du droit romain, qui ont tellement compté dans la construction de notre droit et des droits européens. L’importance du droit romain commence à apparaître, elle se mesurera encore davantage tout au long des études de droit mais d’ores et déjà, nous pouvons, au travers de **quelques exemples précis**, présenter rapidement, dans un chapitre beaucoup plus bref que le précédent, l’influence du droit romain sur notre droit.

## Chapitre II. L’influence du droit romain sur notre droit.

De manière générale, les Romains vont nous transmettre **l’idée de ce qu’est le droit** ainsi que la **notion d’Etat**, qui vont survivre à l’Empire. Pour ne choisir que deux exemples plus précis, nous avons essentiellement retenu du droit romain une **méthode**, laquelle explique pourquoi, alors que le droit romain n’est plus appliqué, il est toujours enseigné dans les pays d’Europe continentale. Nous prendrons l’exemple de la **méthode de classification** (Section I). Nous devons aussi aux Romains (qui ont beaucoup repris la philosophie grecque sur cette question) la détermination de la finalité du droit, du but qu’il poursuit, au travers de la **définition de l’idéal de justice** (Section II).

### Section I. La méthode romaine de classification.

Cette méthode est d’abord celle des **classifications**. Quand les jurisconsultes romains se mettent à définir les concepts juridiques, ils prennent aussi soin de les classer entre eux, c’est-à-dire, comme nous l’avons vu pour les sources du droit, d’établir une **hiérarchie**.

Les jurisconsultes, inspirés par la philosophie grecque, ont ainsi **distingué les règles de droit suivant les sujets de droit**, ceux auxquels elles sont destinées. Nous savons qu’à l’origine les seuls sujets du droit romain étaient les **citoyens**. **Le droit civil** forme donc un premier corps de règles. Nous avons conservé l’expression pour désigner une branche du droit qui comprend les règles relatives aux personnes et à la famille, aux biens et aux obligations, aux contrats (le contrat est le principal fait générateur de l’obligation).

Mais les auteurs romains ont rapidement dû dépasser le cadre du seul droit civil car du fait de la politique de **conquête** menée par Rome au IVe siècle, les **étrangers** affluent massivement sur le territoire romain. Ces étrangers n’étant pas citoyens, et si Rome veut favoriser le commerce notamment, avec ces étrangers qui sont essentiellement des commerçants, elle doit leur ouvrir son droit, protéger leurs activités. Nous avons vu qu’elle le faisait en instituant notamment un **préteur pérégrin**, en 242, compétent pour tous les litiges qui intéressent des étrangers. Ce préteur ne pouvant pas appliquer aux étrangers le droit civil, il va, aidé par les jurisconsultes, créer de nouvelles règles de droit, lesquelles vont former un corps nouveau de principes, corps nouveau que l’on appelle le ***jus gentium***, littéralement le droit des gens, ou plutôt, **le droit commun à tous les hommes, par-delà leurs différences politiques et juridiques**. Il s’agit là de droits élémentaires qui permettent la vie des affaires, puisque la protection du commerce est le but premier de ce droit. Relèvera par exemple du *jus gentium* le contrat le plus répandu dans la vie des affaires romaine : le contrat de **vente**, ou encore le contrat de **société**.

Comme pour le droit civil, **nous avons conservé là encore la même expression** de *jus gentium*, quasiment toujours traduite par celle de droit des gens. Le sens de l’expression a toutefois évolué puisqu’elle fait plutôt référence à ce que l’on appelle aujourd’hui **le droit international public**, les règles qui s’imposent aux États dans la vie internationale, par exemple en temps de guerre, pour la protection des civils, des villes, des biens culturels, etc.

Enfin, les jurisconsultes romains ont défini un dernier corps de règles, inspiré de la philosophie d’Aristote et qu’ils appellent **le droit naturel, *jus naturale***. Il s’agit là du droit commun non plus aux citoyens, non plus aux hommes mais à tous les êtres vivants. **Ce sont toutes les lois que la nature leur dicte**. Certaines tiennent à **l’organisation de la famille** : l’union des couples en vue de la procréation, l’éducation des enfants… D’autres tiennent à **l’organisation de la vie sociale** : le fait de s’organiser en société, le fait de se doter d’un chef… Nous avons là encore conservé ce concept de droit naturel, avec le même sens que lui donnaient les Romains.

Notons enfin l’idée de **hiérarchie** qui s’impose, hiérarchie suivant le nombre de sujets de droit concernés : le droit naturel est supérieur, forme un ensemble, le droit des gens étant un sous-ensemble, pour les hommes seulement, le droit civil étant encore un sous-ensemble, pour les citoyens seulement.

### Section II. La définition de l’idéal de justice, finalité du droit.

**1ère étape : la religion romaine**. Nous avons vu qu’aux origines, le droit romain est un droit religieux, le ***fas***, les règles de droit étant, quand elles n’étaient pas coutumières, inspirées par les dieux aux pontifes qui étaient seuls susceptibles de les interpréter. **La règle de droit n’avait pas alors spécialement à être juste**, la question ne se posait pas. Il suffisait qu’elle soit inspirée par les dieux pour s’imposer sans discussion. En effet **un commandement divin ne se discute pas.** Il est forcément bon, juste par nature.

**2ème étape : la morale**. Nous avons vu qu’ensuite la **Loi des XII Tables** marque une étape décisive vers la laïcisation du droit, et que désormais, le pontife n’est plus le maître du procès, remplacé par un magistrat, le consul puis le préteur.

Nous avons vu alors que **si le droit se détache de la religion**, il s’appuie, à partir du IIe siècle notamment, alors que Rome achève la conquête de la Grèce, sur des notions non plus religieuses mais **morales**, des règles de conduite détachées de toute croyance, et notamment sur le concept **d’équité**. Dans les deux définitions du droit que nous livrent les auteurs, l’on retrouve cette idée d’équité : le droit est l’art du bon et du juste, ars boni et aequi, écrit **Celse** au IIe siècle, tandis **qu’Ulpien** écrit au IIIe siècle que le droit doit tendre à attribuer à chacun ce lui revient, *suum cuique tribuere*. Cette notion d’équité qui apparaît comme **la fin du droit**, le **but poursuivi par la règle de droit**, correspond à un idéal moral de **justice**.

Aristote puis les jurisconsultes romains appliquent l’équité **pour corriger la règle de droit**. Aristote explique ainsi, et les auteurs romains reprennent son analyse, que **la règle de droit étant rédigée pour l’ensemble des sujets**, elle est **édictée en des termes très généraux**, elle n’est pas spécialement adaptée au cas particulier. Ainsi quand il s’agit d’appliquer la règle de droit à un problème spécifique, il se peut qu’elle produise des conséquences injustes.

Prenons le cas d’une loi romaine qui affirme que celui qui ne paie pas ses dettes dans le délai convenu finit par tomber sous la puissance de son créancier, qui peut le vendre, le faire travailler comme esclave ou le mettre à mort. **Cette loi a vocation à inciter les débiteurs à honorer leurs engagements**. Elle ne prend pas en compte les nombreuses exceptions que l’on pourrait admettre, par exemple quand le débiteur est empêché, parce qu’il est retenu à la guerre. Imaginons justement qu’un créancier réclame en justice le paiement d’une dette pour laquelle le débiteur est très en retard. Si l’on applique la loi telle quelle, le débiteur doit être condamné, et peu importe qu’il ait une bonne raison pour ne pas avoir honoré son engagement dans les délais. **Une telle application, quasi mécanique, aboutit bien à une conséquence injuste**. *Dura lex sed lex*, ou encore *Summum jus, summa injuria*. Cette dernière maxime est forgée par Cicéron : l’application excessive, rigoureuse du droit peut conduire à l’injustice. Portalis dira ensuite « Une excessive rigueur dans l’administration de la justice aurait tous les caractères d’une tyrannique oppression. Le bien se trouve entre deux limites : il finit toujours où l’excès commence ».

Aristote et les auteurs romains nous expliquent alors qu’il est possible de **corriger une telle disposition au moyen de l’équité**. L’équité, la justice en tant qu’idéal commandent en effet de **ne pas sanctionner celui qui n’a pas pu payer sa dette parce qu’il ne pouvait être à Rome le jour où il aurait dû payer**, a fortiori si ce débiteur était retenu à la **guerre**, pour la défense de la cité romaine, **intérêt supérieur** qui doit prévaloir sur la loi, même si elle ne l’a pas prévu. On doit ainsi **interpréter**, appliquer la règle **en fonction du but poursuivi, du résultat auquel on veut aboutir : la justice.**

Cette équité explique Aristote, **il revient au juge de la mettre en œuvre**, car le juge doit appliquer la loi, laquelle doit demeurer générale, au cas particulier. Ce travail ne doit pas incomber au **législateur qui raisonne pour la masse** mais au **juge qui raisonne pour le particulier**.

Cette notion d’équité est donc d’une grande importance, et recèle un **grand pouvoir potentiel**, celui de modifier la règle de droit, voire de l’écarter, pouvoir qui peut être exercé **dangereusement** et **pas toujours dans un but de justice**. Nous l’avons dit, nous verrons dans la France d’Ancien Régime les juges revendiquer le droit de juger en équité, de corriger la loi quand elle aboutit à des conséquences injustes, tandis que le roi, cherchant à s’affirmer comme le seul législateur, voudra le leur refuser.

**3ème étape : le christianisme**. Au-delà de la morale, le christianisme va encore préciser le but que doit atteindre le droit, ce qu’est l’idéal de justice, et nous allons retrouver cet idéal à la fin de l’Empire romain devenu chrétien.

En effet l’empereur lorsqu’il fait la loi, et même si son pouvoir est absolu, doit se soumettre à des **principes de nature supérieure**, qui sont des principes chrétiens. Ainsi, bien que détenteur d’un pouvoir absolu, l’Empereur ne peut cependant pas faire n’importe quoi, gouverner selon son caprice. L’idée n’est pas nouvelle. Il a toujours été affirmé que **les magistrats, ensuite l’Empereur devaient gouverner conformément au bien commun**, dans l’intérêt de tous ; mais cette **idée est renforcée par le christianisme** : l’Empereur doit se conformer aux commandements divins.

Cette idée produit une double conséquence :

- Elle renforce le pouvoir impérial qui apparaît comme légitime. Lorsque le pouvoir est juste, il est d’autant plus obéi.

- Mais elle le fragilise en même temps car si l’Empereur doit se soumettre aux commandements divins, cela signifie que Dieu représente une autorité supérieure. Quand il aura un représentant terrestre, le Pape, celui-ci ne manquera pas de s’affirmer supérieur à l’Empereur.

# Deuxième partie. L’héritage médiéval.

Notre droit contemporain comme les droits de l’Europe continentale sont héritiers d’une **double tradition** : d’une part **romaine**, que nous venons d’étudier, et d’autre part d’une tradition que l’on appelle « **germanique** ». Pour les droits des pays de l’Europe continentale, l’on parle ainsi de pays de droit romano-germanique. Que recouvre ce terme de **germanique** ? Il fait référence aux usages germaniques qui se sont immédiatement imposés après la chute de l’Empire romain, puis aux très nombreuses coutumes locales qui sont progressivement nées de ce droit. Nous verrons que les usages germaniques d’abord puis les coutumes locales ont une caractéristique commune : leur **diversité**.

En effet même si une seule tribu barbare prend le bas sur les autres, la tribu des Francs, nous verrons que le pouvoir des Francs, leur domination politique ne va pas de pair avec le fait de rendre obligatoire le droit des Francs. Nous sommes là à une période tout à fait particulière où **nous voyons disparaître le lien entre domination politique de l’Etat et force obligatoire du droit de l’Etat**. A **Rome** ce lien était déjà fort puisqu’à l’exception de quelques domaines (la famille notamment) encore régis par le droit coutumier, la **République** romaine puis **l’Empire** ont imposé leur droit à tous les peuples soumis. **Aujourd’hui ce lien est encore plus fort** car c’est le pouvoir politique, parce qu’il fait la loi, qui dicte tout le droit applicable. Nous vivons aujourd’hui dans cette conception d’un **droit venu d’en haut**, construit par un **État qui se veut autoritaire** et dont le **pouvoir législatif** marque la **puissance**. Au contraire **après la chute de l’Empire romain** nous voyons, pour des raisons diverses qui tiennent essentiellement au fait que **l’État n’existe pas encore**, se **multiplier les droits applicables**, lesquels sont **inspirés des coutumes germaniques** mais se forment aussi rapidement, par la **répétition d’usages locaux**, donnant naissance à ce droit venu d’en bas, de la pratique, qui se caractérise par sa **grande diversité** (Section I).

Mais ce n’est pas tout, car si les pays de l’Europe continentale sont héritiers d’une double tradition, à la fois germanique et romaine, **il faut bien que le droit romain**, oublié après la chute de l’Empire, **renaisse de ses cendres**. C’est cette renaissance que nous étudierons ensuite, laquelle se produit **à la toute fin du XIe siècle**, lorsqu’un manuscrit du **Digeste** est découvert (c’est-à-dire reconnu, identifié comme tel) dans une bibliothèque italienne, par un moine de Bologne. **Le fait que ce soit un moine** qui soit à l’origine de cette découverte ne doit rien au hasard. Nous savons que l’Empire romain est devenu chrétien au IVe siècle, et nous savons aussi que **l’Église en tant qu’organisation, en tant qu’institution, survit à la chute de l’Empire romain**. Sur les terres de l’ancien Empire romain d’Occident, l’Église va ainsi demeurer **le seul sanctuaire, le seul vecteur de la culture et du droit romains**, qu’elle ne cessera de transmettre au moins à quelques-uns. C’est donc **par l’Église que nous recevons l’héritage de Rome**, et c’est grâce à l’enseignement dispensé par l’Église qu’un moine parvient à identifier **le seul exemplaire du Digeste présent en Europe**, que **Justinien** avait pris la peine de faire envoyer, malgré la chute de l’Empire romain d’Occident, dans l’espoir de reconquérir quelques terres de cet empire et de restaurer le prestige du droit romain.

La découverte de ce texte est à l’origine d’une **véritable révolution juridique**. A partir de là, les lettrés, qui sont tous des ecclésiastiques, des membres de l’Église, se penchent sur le droit romain, tentent de le comprendre, **l’enseignent aux premiers étudiants**, d’abord en Italie puis dans toute l’Europe. Et **ainsi le droit romain se diffuse**… Et l’Église, stimulée par cette reconnaissance intellectuelle, décide rapidement de donner le même élan à son propre droit, le droit canonique, qui s’applique aux Chrétiens. Ce droit est aussi enseigné, collecté et mieux présenté dans des recueils… Ces deux droits, romain et canonique, ont enfin cette particularité d’être **écrits**, contrairement aux coutumes qui sont orales. Ils forment donc, en raison de leur prestige, de leur ancienneté, de la richesse de leur contenu, du fait qu’ils soient écrits, ce que l’on appelle « **les droits savants** », droits qui largement diffusés, deviennent le **droit commun de l’Europe continentale** à partir du XIIe siècle (Section II).

### Section I. La diversité des sources du droit médiéval.

A la domination de l’Empire romain succèdent celles de **différentes tribus barbares** installées sur tout le territoire de la Gaule. Du point de vue des sources du droit, chacune de ces tribus appliquent un **droit qui diffère selon l’origine ethnique des populations**. Il existe donc une multitude de droits applicables, que l’on appelle des « **lois** », au sens large (**il ne s’agit plus de la loi votée par les citoyens**, au sens romain du terme, de la loi epression de la volonté nationale) : lois romaines, applicables aux sujets gallo-romains, et lois barbares, applicables aux sujets barbares des différentes tribus. Ces lois sont ainsi dites **personnelles** car elles varient en fonction de l’origine ethnique des sujets. Ces lois personnelles marquent d’abord le droit du haut Moyen âge, du Ve au IXe siècle (§ 1). Puis à partir du IXe siècle nous basculons vers un autre système où l’on voit peu à peu le droit s’appliquer à des territoires plutôt qu’à des personnes. Nous évoluons vers un **système de territorialité du droit**, plutôt que de personnalité des lois. Ce droit territorial n’en reste pas moins très divers. Le droit change en effet d’un petit territoire à l’autre. C’est ainsi que se forme des coutumes, qui marquent la période suivante, à partir du IXe siècle, jusqu’à la renaissance des droits savants (§ 2).

#### § 1. Les « lois » personnelles du haut moyen âge.

Pour comprendre comment les sources du droit évoluent après la chute de l’Empire romain et comment l’on passe à un système de personnalité des lois, il faut d’abord expliquer **comment les Barbares se sont installés** sur les terres de l’Empire romain d’Occident et **comment ils ont organisé leur pouvoir** (A). Une fois ces points précisés, il faut étudier les **différentes « lois barbares »** que ces peuples ont préparé puis appliqué tant à leurs **sujets barbares** qu’aux **gallo-romains** tombés sous leur domination (B).

##### A. L’installation des Barbares sur les terres de l’Empire romain d’Occident.

Il nous faut d’abord voir comment les populations de barbares germaniques se sont installées sur les terres de l’Empire romain d’Occident (1) puis comprendre comment l’un des chefs barbares, Clovis, roi des Francs, est parvenu à dominer ce monde barbare (2).

###### 1. Les invasions barbares et la fin de l’Empire romain d’Occident.

L’Empire romain était **entouré de différentes tribus barbares** (littéralement, ceux qui ne parlent pas le grec puis par extension, ceux qui ne parlent pas la même langue) qui vivaient à ses frontières, en **Europe centrale et en Europe occidentale**. Au IIIe siècle, ces tribus font de fréquentes incursions en territoire romain mais c’est **au IVe siècle que commencent les grandes invasions barbares**, causées par l’avancée des **Huns**, tribu barbare venue d’Asie et à la réputation guerrière redoutable (la légende a conservé le souvenir d’Attila, roi des Huns au milieu du Ve siècle. Il se lance en effet dans la conquête de la Gaule en 451… Pratiquant la politique de la terre brûlée, là où ses nombreuses troupes à cheval ne laissent pas les terres ravagées pour longtemps, l’on dit que l’herbe ne repousse jamais sur son passage). Fuyant ces guerriers, les tribus installées jusque là en Europe centrale sont repoussées vers **la partie la plus à l’Ouest de l’Europe**, vers l’Océan atlantique, soit sur les terres actuelles de la France, de l’Espagne, de l’Italie… Beaucoup de ces barbares cherchent alors à se réfugier derrière les frontières de Rome :

- les **Wisigoths** les premiers franchissent le Danube en 376, puis continuent leur progression vers l’Italie, mettant la ville de Rome à sac en 410, sous le commandement d’Alaric. Ils continueront leur progression et s’installeront finalement dans le Sud-Ouest de la France ainsi qu’en Espagne (ceux qui resteront à l’Est, en Italie où ils fonderont un royaume, prendront alors le nom **d’Ostrogoths**, goths de l’Est, bien que l’origine de ce nom reste encore discutée)…

- Après eux, ce sont les **Vandales**, accompagnés des Alains et des Suèves qui franchissent le Rhin gelé, dans la nuit du 31 décembre **406**. Ils traversent la Gaule, l’Espagne, franchissent le détroit de Gibraltar en 429 et de là s’installent en Afrique. Ils finissent par faire de Carthage (Tunisie) leur capitale.

- Au début du Ve siècle, les **Burgondes** passent aussi les Alpes et s’installent dans le centre-est de la France, vers Dijon, Lyon et Vienne…

- Autour du Rhin, sur les terres la Belgique et d’une partie de l’Allemagne actuelles s’installent aussi deux tribus extrêmement puissantes : les **Alamans** et les **Francs**.

Ces invasions font qu’au Ve siècle**, l’Occident est devenu bien plus barbare que romain, au moins dans les faits**. Mais **même en droit** l’Occident tend à devenir plus barbare que romain, puisque Rome négocie avec les chefs de ces tribus barbares, signe avec eux des **traités** (le *foedus*) qui donnent à certaines tribus barbares comme les Wisigoths, les Burgondes puis les Francs le statut de *federati*, de **fédérés**. Les Barbares reçoivent des terres prises sur l’Empire, **terres** qu’ils peuvent cultiver, et en échange ils acceptent de participer à l’armée romaine. Les chefs des tribus barbares alliées de Rome prennent donc le **commandement de troupes** composées essentiellement de barbares (de leurs sujets barbares) mais aussi de quelques gallo-romains, pour la défense de l’Empire romain dont ils sont bien souvent **admiratifs**, même s’ils en ont une **image mythique** qui ne correspond plus à la réalité.

Justement, en 475, le chef barbare des Hérules, Odoacre, demande à l’empereur romain d’Occident nouvellement désigné, Romulus Augustulus, de lui accorder à son tour le statut de fédéré. Romulus Augustulus refuse et en 476, Odoacre parvient à déposer l’empereur, renvoyant à Constantinople les insignes du pouvoir impérial, devant désormais être considéré comme vacant en Occident. Odoacre se fait alors proclamer « roi des peuples barbares », titre qui ne correspond pas à la réalité mais qui montre bien **qu’en droit cette fois et non plus seulement dans les faits**, l’Occident romain est devenu l’Occident barbare. 476 est donc la date retenue pour marquer la fin de l’Empire romain d’Occident.

A la chute de l’Empire romain, les différentes tribus barbares installées sur ses terres forment peu à peu des **royaumes indépendants**. Nous trouvons ainsi, sur le territoire de la Gaule : au Nord, plutôt vers l’Est, le royaume des **Francs**, vers Lyon les **Burgondes**, dans le Sud-Ouest les **Wisigoths**, qui s’étend jusqu’en Espagne. Il faut ajouter à cela le territoire dominé par le général romain **Syagrius**, autour de Paris, qui prend aussi le nom de royaume mais se veut une sorte de province romaine autonome… Le royaume franc est le plus petit de tous, et pourtant son roi, Clovis (il règne à partir de 481), va progressivement dominer tous les autres royaumes.

###### 2. Le royaume franc et sa domination.

**Clovis** (littéralement, illustre au combat) devient roi des Francs en **481**. Il est le fils du roi **Childéric** (littéralement, puissant à la guerre), **chef d’une armée fédérée**, soit d’une armée barbare passée au service de Rome… Tous deux descendent d’un ancêtre mythique, **Mérovée**, et sont donc les fondateurs de la première dynastie qui règne sur la Gaule, celle des **Mérovingiens**. Sans entrer plus avant dans des détails qui appartiennent au cours d’Histoire des institutions du second semestre, il faut tout de même souligner que Clovis se trouve donc être **l’héritier d’une double tradition**, à la fois barbare et romaine.

Une fois **issé sur le pavois**, le bouclier des Francs, Clovis entreprend très vite la conquête de l’ensemble de la Gaule. Il commence par vaincre son ennemi géographiquement le plus proche, le général **Syagrius**, en **486** près de Soissons. Il préfère s’allier avec les **Burgondes** en **492**, en épousant Clotilde, alors nièce ou fille du roi Gondebaud (les terres burgondes seront conquises par les fils de Clovis en 530). Puis il vainc les **Alamans** à Tolbiac (près de la ville allemande de Cologne) en **496**. Enfin il combat les Wisigoths à Vouillé (près de Poitiers).

Clovis est alors maître de toute la Gaule, d’un royaume qui s’étend en diagonale du Rhin aux Pyrénées. Il domine alors des populations très différentes : différents sujets barbares mais aussi des sujets gallo-romains, surtout majoritaires dans la moitié sud de la France. Pour que ces populations, et surtout la dernière, acceptent sa domination et se soumettent à son pouvoir, Clovis va avoir un **coup de génie politique** : il va se faire **baptiser** et ainsi se **convertir au christianisme**… En effet les populations gallo-romaines sont chrétiennes, et elles sont donc essentiellement concentrées dans la **moitié Sud de la France**, dans des terres dominées par les **rois wisigoths et burgondes** dans une moindre mesure. Or ces rois wisigoth et burgonde sont aussi devenus chrétiens, bien avant Clovis, mais ils ont opté pour une forme particulière du christianisme, **l’arianisme**, forme condamnée par l’Église (pour simplifier, cette doctrine conteste la nature divine du Christ, qui ne serait qu’un homme). Fort de cette pensée, le roi wisigoth a même déclenché des **persécutions** contre ses sujets chrétiens (gallo-romains) croyant en la doctrine admise par l’Église.

Clovis comprend donc ce qu’il peut gagner en se convertissant au christianisme traditionnel. Il commence d’abord par épouser la princesse **Clotilde**, qui est chrétienne et qui presse son époux de se convertir à son tour. Puis Clovis reçoit le **baptême** le 25 décembre 498 ( ?). Sa conversion lui apporte un **soutien précieux** : celui des **gallo-romains** et donc de la majorité de la population méridionale, celui de **l’Église** également qui demeure une institution puissante. C’est fort de ce soutien que Clovis se lance dans une **guerre contre le roi des Wisigoths Alaric II**, l’ennemi à qui il veut prendre les terres mais aussi un **roi hérétique** qui doit être vaincu, ce que Clovis accomplit donc à Vouillé en 507.

La conversion de Clovis et sa victoire vont lui apporter durablement l’appui des élites gallo-romaines et de l’Église, vont **faire de lui pour une part l’héritier d’une certaine tradition romaine…** Mais pour l’instant, Clovis règne sur un territoire certes unifié sous sa domination, mais dans lequel coexistent des populations d’origine différente et aux traditions diverses. Clovis organise donc le droit de manière à prendre en compte cette situation.

##### B. Les lois barbares.

Le système qui consiste à laisser à chaque population la possibilité de relever de son propre droit, selon son origine ethnique, et ce quelque soit l’endroit où se trouvent les sujets de droit, porte le nom de personnalité des lois. Il nous faut d’abord expliquer ce système et la juxtaposition de droits qu’il autorise (1). Puis nous verrons que de toutes les lois barbares qui s’appliquent, l’une d’entre elles est la plus importante, celle des Francs précisément : la loi salique (2).

###### 1. La personnalité des lois.

La personnalité des lois n’est pas spécialement franque. Nous avons connu un système tout à fait comparable en France, à d’autres époques (notamment à l’époque de **l’empire colonial**), et la question demeure en **droit international privé**.

Pour comprendre la personnalité des lois, il faut expliquer que deux systèmes peuvent s’appliquer quand il s’agit de déterminer le droit applicable à un individu :

- soit le **système de la personnalité des lois** : l’on regarde d’où vient cet individu, son origine… Ainsi un Franc va se voir appliquer le droit franc, même s’il est en territoire burgonde… Ainsi un Chinois va se voir appliquer le droit chinois, même s’il est en France.

- soit le **système de la territorialité des lois** : l’on regarde cette fois où est cet individu, peu importe son origine. Ainsi un Franc en territoire burgonde se verrait appliquer le droit burgonde. Et un Chinois en France continuerait de relever du droit chinois.

Les Francs comme les autres barbares font donc le choix du premier de ces systèmes. Ainsi pour déterminer le droit applicable en justice, tous les procès commencent de la même manière, par la question posée par le juge : « ***Sub qua lege vivis ?***», *sous quelle loi vis-tu ?* Et le plaideur répond : « *Mon père et mes ancêtres vivaient sous telle loi* ». Ainsi l’on sait quelle est la loi personnelle applicable. La situation pouvait bien sûr se compliquer lorsque les deux parties ne relevaient pas de la même loi, hypothèse qui se présentait assez peu, au moins au début, car les populations ne se mêlaient pas et les conflits avaient donc toutes les chances du survenir au sein d’une même groupe. Alors des **règles de conflit** s’appliquaient, comme la loi du défendeur par principe, la loi du débiteur en matière contractuelle, etc…

L’on distinguait ainsi d’abord **deux grands groupes de lois**, des lois applicables aux sujets romains et des lois applicables aux sujets barbares. Pour les barbares, ces lois se substituent aux coutumes restées orales jusque-là. Par admiration du droit romain, les chefs barbares font en effet **mettre par écrit** les dispositions qu’ils entendent voir appliquer à leurs sujets.

Parmi les lois romaines, même si chaque royaume a eu sa loi pour ses sujets romains et que l’on connaît par exemple aussi le droit burgonde rédigé pour les Romains (le **Papien**, nom donné suite à une mauvaise lecture du nom de Papinien), l’on trouve surtout la loi rédigée à la demande du roi wisigoth Alaric II en 506, loi que l’on appelle le **Bréviaire d’Alaric**. Bréviaire parce qu’il s’agit d’un résumé du droit romain alors connu, soit essentiellement le Code théodosien de 438, augmenté de commentaires qui ont paru ensuite, de quelques constitutions impériales postérieures également, et de quelques extraits de la jurisprudence classique. Il s’agit donc d’un **ensemble disparate, rédigé hâtivement**, **sans plan véritable**, peut-être par souci de plaire aux gallo-romains, quelques années après la conversion de Clovis. Malgré sa piètre qualité, ce Bréviaire va avoir une grande importance car après la victoire de Clovis contre les Wisigoths à Vouillé en 507, Clovis décide d’appliquer le Bréviaire à **tous les sujets gallo-romains de Gaule**. Ainsi le Bréviaire s’appliquera jusqu’au XIe siècle, tout en étant de moins en moins compris et donc en étant adapté localement, voire modifié…

Parmi les **lois barbares**, rédigées par les chefs barbares à l’intention de leurs sujets barbares, l’on trouve :

- la loi des Wisigoths, le **Code d’Euric**, en 476, le passage de l’oral à l’écrit ayant permis une amélioration du droit, l’intégration des édits royaux ainsi qu’une certaine influence du droit romain et de l’Église,

- la loi des **Burgondes**, rédigée à la demande de Gondebaud en **502**, portant le nom de loi Gombette. Elle aussi a été améliorée mais elle présente une influence romaine moins grande que la loi des Wisigoths.

- l’on trouve surtout la loi des Francs, la **loi salique**, qui mérite que l’on s’y arrête davantage.

###### 2. La loi salique.

La loi salique est la loi rédigée à la demande de Clovis, chef des **Francs saliens** à l’origine, pour tous ses sujets barbares (Francs saliens et Francs ripuaires). Nous ne connaissons pas la date exacte de sa rédaction mais nous savons qu’elle date de la fin du règne de Clovis, **entre 507 et 511**, soit après la conversion de Clovis au **christianisme** et après sa victoire sur le roi hérétique Alaric II.

La loi salique contient essentiellement des **dispositions pénales**, prévoyant toute une série **d’infractions**, de délits, et le **montant de la composition pécuniaire** que la victime ou sa famille devra accepter plutôt que de se venger. Ces compositions ressemblent ainsi beaucoup à nos **amendes** actuelles, à ceci près qu’elles n’en sont pas puisque ce n’est pas l’État, le roi franc qui perçoit l’essentiel de ces sommes d’argent mais la victime elle-même. Le roi franc intervient ici simplement pour **obliger les victimes à renoncer à se venger** (le système antérieur à celui de la loi salique, celui de la *faida*, de la vengeance privée, était en effet destructeur pour la société franque) et **pour fixer la somme qu’elles doivent accepter** en **réparation du dommage causé**, afin là encore d’éviter tout conflit et toute discussion interminable pouvant dégénérer sur le montant de la **réparation**. Il perçoit tout de même un petite part de la composition, généralement le **tiers**, qui montre bien que **l’aspect punitif de la composition pécuniaire est tout à fait secondaire**.

Sans entrer dans les détails mais pour donner tout de même quelques exemples, la loi prévoit ainsi le prix qui doit être payé pour un **homicide**, un meurtre, le montant de la composition variant **suivant la qualité de la victime** : **200** sous pour un **Franc** ordinaire, **600** sous pour un Franc placé sous la protection du roi, tandis qu’un romain « simple » vaut **100** sous, tarif qui passe à **300** sous pour le meurtre d’un romain placé sous la protection royale. Quant au tarif des **blessures**, il varie plutôt en fonction de la **gravité** de l’atteinte : une **main** coupée et complètement séparée du corps vaut 4000 deniers soit 100 sous ; si la main pend encore le tarif passe à 2500 deniers (62,5 sous) ; le **pouce** séparé vaut 1800 deniers (45 sous), et s’il pend encore 1200 deniers (30 sous), etc…

Lorsque l’on s’arrête à cette lecture de la loi, l’on peut la considérer comme **l’expression d’une phase archaïque du droit et particulièrement du droit pénal**, essentiellement parce que les tarifs montrent que **l’on s’intéresse au résultat matériel de l’infraction** et non à l’intention de l’auteur de l’acte dommageable. Pourtant, cette loi salique marque un grand progrès par rapport au droit germanique antérieur, progrès qui est dû tant à l’influence de l’Église qu’à l’influence du droit romain sur ce texte . Malgré cette double influence et le progrès que représente la loi, elle demeure tout de même empreinte sur certains points de l’esprit des coutumes germaniques.

- 1° **Quant à l’influence de l’Église** d’abord, **la loi salique abandonne l’idée de vengeance au profit de l’idée de paix et de pardon**. En effet dans le droit germanique antérieur, lorsqu’un délit était commis, la victime et sa famille avaient le droit de se venger, d’exercer la ***faida***, la vengeance privée, jusqu’à ce que leur ressentiment soit épuisé, sans même avoir à respecter la traditionnelle limite du talion. La loi salique marque **l’abandon de cette conception** proprement germanique et archaïque, **au profit de l’idée de pardon, de la volonté de rétablir la paix**, idée qui est certainement inspirée par les **hauts dignitaires ecclésiastiques** (des évêques essentiellement) qui conseillent Clovis. Ainsi la loi ne peut pas non plus tout faire et **ne pas ordonner à la victime de pardonner sincèrement le coupable**, mais elle parvient tout de même à **obliger la victime à renoncer à la vengeance et à accepter en échange le paiement d’une composition pécuniaire** dont le montant est très précisément fixé.

- 2° Quant à **l’influence du droit romain** ensuite, la loi salique prend la **forme juridique d’un pacte**. Son nom officiel est d’ailleurs : ***Pactus legis salicae***. Or un pacte est un acte juridique du droit romain, un accord qui marque la rencontre de plusieurs volontés. Ainsi la loi salique se veut non pas l’expression de la volonté d’un seul mais un **accord de volontés entre le roi franc et son peuple**. Tous s’entendent pour « couper court à l’enchaînement sans fin des violences », dit le prologue de la loi. L’on suppose d’ailleurs que la loi a été rédigée par des conseillers du roi, en sa présence, et qu’elle a ensuite été approuvée par l’assemblée des hommes libres du peuple franc.

- 3° Pour autant, cette loi reste profondément marquée par l’esprit germanique, comme le montre ce qui se passe lorsque le coupable ne peut pas payer la composition. Dans ce cas, le coupable doit transmettre sa terre et sa maison, les seules choses qu’il possède et qu’il ne peut pas vendre, car elles doivent rester dans la famille, à sa famille justement, afin que ses proches paient à sa place. La solidarité familiale tient en effet une place essentielle dans les coutumes germaniques. Pour transmettre ses biens, le coupable doit se livrer à une cérémonie particulière que l’on appelle la *chrenecruda*. Il jure d’abord qu’il ne possède rien, aucun bien qu’il aurait pu vendre, puis il abandonne sa terre en les transmettant à ses proches : il jette sur eux des mottes de terre puis quitte son champ en sautant par-dessus l’enclos de

sa maison. La dette est ainsi transmise aux parents du coupable, qui doivent acquitter le montant de la composition pécuniaire à sa place.

Cette loi salique sera **sans cesse réformée**, améliorée. Sa dernière version a été élaborée sous le règne du roi carolingien Charlemagne, en **768**. C’est précisément sous le règne des **Carolingiens** que les choses changent et que l’on voit se substituer peu à peu, à une logique personnelle, une **logique territoriale de l’application du droit**.

#### § 2. Le droit territorial du haut moyen âge : vers la formation des coutumes.

Il nous faut étudier ce double mouvement vers la territorialité du droit, à partir du VIIIe siècle (A), puis vers la formation des coutumes, à partir du IXe siècle (B), avant d’étudier le droit coutumier proprement dit (C).

##### A. L’évolution vers la territorialité du droit.

Après les Mérovingiens règnent les **Carolingiens**, à partir de **751**. C’est sous leur règne, dont il faut d’abord dire quelques mots (1), qu’apparaît un droit d’application territoriale, contenu dans des capitulaires (2).

###### 1. La dynastie des Carolingiens.

Il s’agit là encore d’une **dynastie franque**, qui occupait de **hautes fonctions administratives** sous les Mérovingiens puis qui a fini par confisquer le pouvoir à son profit. En 751, **Pépin le Bref**, fondateur de la dynastie, devient ainsi le nouveau souverain régnant sur la Gaule, avec l’appui du **Pape** Zacharie qui estime que c’est Pépin qui détient le pouvoir effectif et que c’est donc lui qui doit être officiellement considéré comme roi des Francs, tandis que **le dernier prétendant mérovingien est enfermé dans un monastère**, pour faciliter les choses. Pépin le Bref règne de 751 à 768.

Après Pépin, le souverain le plus important de cette dynastie est sans nul doute son fils **Charlemagne**, roi des Francs mais pas seulement puisqu’il va aussi restaurer l’Empire romain d’Occident, en se faisant couronner empereur en l’an 800. Il règne de 768 à 814. Après Charlemagne, il faut aussi retenir le nom de son fils, **Louis le Pieux**, qui règne de 814 à 840. **Tous sont animés par une haute idée de leur mission**, de ce que leurs conseillers appellent le ***ministerium regis***, la fonction royale.

Les Carolingiens présentent des différences avec leurs prédécesseurs, qui vont se ressentir sur les sources du droit.

- D’abord **l’alliance entre le pouvoir et l’Église est encore plus étroite**. Les ecclésiastiques sont les premiers conseillers des Carolingiens. Ils leur doivent leur pouvoir, ils reçoivent le **sacre**, qui fait des rois carolingiens les émissaires de Dieu sur terre, et lorsque Charlemagne veut restaurer l’empire romain en 800, il ne s’agit pas que de cela. Il s’agit aussi de fonder un **empire chrétien**. Les évêques qui conseillent l’empereur vont ainsi assigner un but à son gouvernement : conduire son peuple vers le Salut, au sens divin du terme.

- Ensuite les Carolingiens sont, par rapport à leurs prédécesseurs, davantage préoccupés par **l’idée d’Etat**, de bien commun, d’intérêt public, idée dont les mérovingiens, qui restaient avant tout des chefs militaires, se préoccupaient assez peu. Ainsi Louis le Pieux va-t-il vouloir ne pas partager son empire entre tous ses fils, comme cela se passerait pour n’importe quel bien privé, mais au contraire le transmettre intégralement à son fils aîné, volonté qui ne sera pas suivie d’effets. Surtout, **les rois carolingiens vont ainsi vouloir légiférer au nom du bien commun, dans l’intérêt de tous.**

- Les deux caractéristiques précédentes expliquent **l’idéal d’unité** poursuivi par les Carolingiens. Par-delà les origines différentes entre leurs sujets, ils veulent voir en eux des traits communs, notamment le **christianisme**, comme si le christianisme était une caractéristique première, plus importante que d’autres, permettant l’unité du peuple, par-delà les différentes origines. Le peuple doit ainsi être suffisamment uni, unifié, **pour qu’un intérêt commun puisse exister**. Cet idéal d’unité, à la fois chrétien et public, fait que les Carolingiens vont vouloir un **droit unifié, identique pour tous**, puisque tous les sujets ont quelque chose de commun, d’identique en eux… Ce droit est contenu dans les capitulaires.

###### 2. Les capitulaires.

L’aboutissement de cette volonté est incarné dans des textes juridiques que les Carolingiens prennent en vertu de leur pouvoir législatif, et pour l’ensemble de leurs sujets, textes qui ont vocation à **s’appliquer sur l’ensemble des terres de l’Empire carolingien**, lequel dépasse largement les frontières de la France. Il s’agit donc là d’un **droit territorial**, comme l’était celui de Rome, **qui se superpose aux différentes lois personnelles**, lesquelles ne disparaissent pas.

Ces textes prennent le nom de **capitulaires**, parce qu’ils sont divisés en **courts chapitres**, *capitula* en latin. Ils contiennent des **règles de droit**, des principes obligatoires qui sont **issus de la volonté royale** ou impériale, **après discussion au sein de l’assemblée des hommes libres** (des guerriers proches du roi et des conseillers ecclésiastiques). Il y a donc des domaines du droit où les lois personnelles s’appliquent encore (d’ailleurs Charlemagne continue de réformer ces lois personnelles, notamment la loi salique), et d’autres domaines du droit où c’est ce droit territorial qui prévaut : essentiellement pour le droit public, le droit pénal, la procédure… Les textes relatifs à l’Église sont également très nombreux. Les capitulaires sont **portés à la connaissance des sujets** au moyen de lectures publiques organisées partout sur le territoire.

Un peu comme sous l’Empire romain, à ces capitulaires à portée générale qui correspondent à la catégorie des édits du droit impérial, s’ajoutent **d’autres capitulaires qui ont une portée restreinte et qui ne contiennent que des instructions administratives**, un peu comme les mandats du droit impérial.

Ce système est dans un premier temps efficace, d’autant plus que **les différentes lois personnelles tendent progressivement à tomber en désuétude**. Les sujets oublient d’où ils viennent, au fur et à mesure des générations, pour se présenter comme **Francs**, c’est-à-dire habitants du **territoire** de la Gaule, soumis politiquement au pouvoir des Carolingiens. **L’origine ethnique perd ainsi de son sens**, d’autant plus que les sujets se sont beaucoup **mélangés** entre ethnies diverses, par le mariage notamment, phénomène encouragé par l’Église au nom de **l’unité du peuple chrétien**. C’est ainsi qu’au IXe siècle, nous voyons les mots changer de sens. L’empereur carolingien porte le titre de ***rex Francorum***, ce qui signifie moins roi des Francs que roi des Français. Et il règne sur un territoire que l’on n’appelle plus *Gallia* mais ***Francia***, à partir du IXe siècle.

Mais rapidement, la **décadence de l’Empire entraîne la disparition des capitulaires**. Cette décadence commence à la **mort de Louis le Pieux en 840**, lorsque ses trois fils se disputent le trône impérial puis finissent par se partager l’Empire en **843**, lors du **partage de Verdun**. C’est **Charles le Chauve**, fils de Louis le Pieux, qui nous intéresse alors car c’est lui qui règne sur la part la plus occidentale de l’empire, la ***Francia occidentalis***… Le titre impérial disparaît ainsi pour quelques temps tandis que le dernier capitulaire est pris en **884**. Ensuite, jusqu’au XIIe siècle, **il n’existera plus de pouvoir législatif** (il faut attendre que Louis VII en 1155 prenne un nouveau texte à portée générale). La **coutume** peut ainsi se développer librement.

##### B. L’évolution vers la formation des coutumes.

L’apparition de la coutume comme source nouvelle du droit marque une **nouvelle étape vers la territorialisation du droit**. Nous venons de voir que brièvement, le droit contenu dans les capitulaires s’est appliqué à un vaste territoire, celui de l’Empire carolingien. Nous allons voir maintenant le droit s’appliquer à des **territoires de plus en plus petits**, et **varier d’un territoire à l’autre**. Cette évolution est le résultat de ce que l’on appelle le **morcellement territorial** (1). Il permet aux coutumes de **naître** (2).

###### 1. Le morcellement territorial.

Ce phénomène sera davantage étudié au second semestre, mais il faut en dire quelques mots pour comprendre comment a pu apparaître le droit coutumier.

Ce morcellement territorial commence avec le partage de l’Empire carolingien en 843. Ce partage marque un **affaiblissement de l’autorité des souverains** dans chacune des trois parties de l’Empire, et donc un affaiblissement de l’autorité de Charles le Chauve dans la *Francia occidentalis*.

De plus, de **grandes invasions** se produisent à nouveau, venues du **Nord** (invasion des Normands, des vikings, qui arrivent de Scandinavie et pénètrent dans le territoire de la France par les fleuves), venues de **l’Est** (invasion des Hongrois, descendants des Huns), et venues du **Sud** (incursions des Maures ou Sarrasins). Ces invasions entraînent une grande **insécurité** et un repli économique, car les routes et les voies navigables ne peuvent plus être empruntées sans danger.

Le roi affaibli semble impuissant à assurer la défense de ses sujets, qui préfèrent se placer sous la **protection de chefs locaux**, dont la plupart sont des **fonctionnaires** de l’administration carolingienne qui exercent les mêmes pouvoirs que le roi, toutefois dans un cadre local beaucoup plus restreint. **Ces chefs locaux s’émancipent peu à peu** de la tutelle royale et exercent leurs pouvoirs non plus en son nom mais **en leurs propres noms**. Ce sont des **usurpateurs**, dont l’autorité et la force reposent sur le ralliement des populations locales.

Au commencement de ce mouvement, les terres qui deviennent autonomes sont **encore vastes**. Il s’agit de grandes provinces plutôt situées aux frontières du royaume. Puis peu à peu, le morcellement territorial atteint des **territoires de plus en plus petits**, organisés de la même manière mais à plus petite échelle, avec un **chef**, le seigneur, un **château**, dans lequel la population se réfugie en cas de danger, une **armée** privée, personnelle, qui assure la défense du domaine et entreprend aussi des guerres contre les domaines voisins, et des **terres cultivées par des paysans** et dont sont tirées toutes les ressources nécessaires, car ces domaines, que l’on appelle des seigneuries, vivent en **autarcie**, repliés sur eux-mêmes.

L’autorité du roi de France se trouve progressivement complètement diluée dans ce système. Le pouvoir des Carolingiens s’affaiblit à tel point qu’une nouvelle dynastie les remplace, celle des **Capétiens**, à partir de 987. Pour autant, même ce nouveau roi n’est à l’origine qu’un seigneur parmi les autres, dominant un territoire aux dimensions restreintes, le domaine royal, autour de Paris.

Ce morcellement territorial permet la naissance du droit coutumier.

###### 2. L’origine du droit coutumier.

Comment les coutumes peuvent-elles naître de ce morcellement territorial ? Deux raisons l’expliquent.

- D’abord les **seigneurs** sont d’anciens fonctionnaires de l’empereur carolingien qui à l’origine ont reçu une **délégation de pouvoir** de la part du souverain. Ils ont ainsi, en principe au nom du roi, le droit de prendre des mesures législatives, en vertu de leur pouvoir de **ban**, mais qui ne sont applicables **qu’à l’intérieur de leur circonscription**. Nous savons aussi que peu à peu, les seigneurs utilisent leurs pouvoirs en leur nom propre, de leur propre autorité. Sur le fondement de ce même pouvoir de ban, ils continuent donc de **légiférer sur leurs terres**. Très certainement, ce droit seigneurial a été **à l’origine extrêmement contraignant**, extrêmement sévère pour les hommes qui s’étaient placés sous la protection du seigneur et qui lui devaient allégeance. Puis rapidement un **équilibre a dû être trouvé entre violence et efficacité**, et le droit qui s’est imposé a fini par marquer une limite aux pouvoirs du seigneur, à son arbitraire. Ainsi l’organisation seigneuriale contribue-t-elle à la formation de **coutumes locales**.

- Ensuite **les droits anciens**, que sont principalement la **loi salique**, appliquée surtout au Nord où la majeure partie de la population est franque, puis le **droit romain**, appliqué surtout au Sud où la majorité de la population demeure gallo-romaine, finissent par être peu à peu **oubliés**, parce qu’ils sont **de moins en moins compris**, parce **qu’ils n’évoluent pas** (ils ne bénéficient pas des interprétations d’une doctrine créatrice comme l’était la jurisprudence romaine) et qu’ils ne correspondent plus, sur certains points, à l’évolution des mentalités. Les solutions que contenaient ces droits sont ainsi **peu à peu modifiées** par les pratiques locales, tandis que dans certains domaines, ce sont **des usages totalement nouveaux** qui se mettent en place…

Ainsi **au niveau local**, ici sur le territoire d’une seigneurie, là dans une ville, s’élaborent des usages, qui **s’imposent presque immédiatement** quand ils ont été décidés par le **seigneur** et qui **ailleurs s’imposent progressivement**, par la **répétition** (« une fois n’est pas coutume »). Ainsi naît le droit coutumier, applicable aux habitants d’un territoire donné, généralement de dimensions assez étroites, généralement une **seigneurie**.

##### C. Le droit coutumier.

Le droit coutumier devient à la fin du IXe siècle la **seule source de droit**, puisque plus aucun roi n’a suffisamment d’autorité pour prendre un capitulaire, puisque même le **roi** est **obligé de légiférer pour son seul domaine** et n’a plus d’autorité reconnue hors de ses terres.

Seule la coutume a donc force obligatoire et l’on dit que règle ne devient contraignante que lorsqu’elle est « passée en coutume ». La coutume régit plusieurs domaines du droit (1), sa définition se précise peu à peu (2) puis elle finit par faire l’objet des recueils (3).

###### 1. Les domaines d’application de la coutume.

La coutume régit essentiellement deux domaines du droit :

- d’abord le **droit seigneurial** : nous l’avons dit, le droit seigneurial a dû trouver un juste équilibre entre violence et efficacité, et les coutumes marquent généralement des limites à l’autorité ou à l’arbitraire du seigneur. La **coutume** fixe ainsi les **taxes** que prélève le seigneur (c’est d’ailleurs **le sens premier du mot coutume**, ***consuetudo***, à une époque où le sens romain du terme est complètement oublié), les **journées de travail** que lui doivent les habitants de la seigneurie… Parfois, les habitants d’une seigneurie obtiennent la **dispense d’une obligation exigée par le seigneur** : on appelle ces concessions des **franchises**. Ce sont aussi des coutumes, mais elles ont un nom particulier car elles marquent un affranchissement par rapport au droit seigneurial. Nous verrons que **les villes renaissent** au XIIe siècle en obtenant de tels aménagements du droit seigneurial.

- ensuite le **droit privé** : le droit de la famille (à l’exception du mariage, régi par le droit canonique), le droit des biens, le droit des successions et le droit des obligations, le droit des contrats, sont régis par des coutumes locales et territoriales. Si les différences sont importantes d’une seigneurie à l’autre, il n’en reste pas moins que l’on distingue des **groupes de coutumes** (ici l’on avantage le fils aîné, ailleurs l’on partage les héritages à égalité entre tous les enfants), ainsi que des institutions coutumières qui sont connues dans tout le royaume, comme la saisine héréditaire, le droit que reçoit l’héritier sur les biens du défunt, immédiatement à la mort de celui-ci. Ces ressemblances, ces points communs, sont **le souvenir du droit franc ou du droit romain**, avant les adaptations et variations locales…

Ainsi, les coutumes forment les **privilèges**, littéralement les **lois particulières** (*privata lex*) dont profitent **certains territoires** (certaines villes, certaines communautés locales…), **certains groupes d’individus** (ceux qui exercent le même métier, les étudiants de telle université), **certains groupes sociaux** enfin (ceux qui prient, le clergé ; ceux qui combattent, la noblesse et ceux qui travaillent, le tiers-état). Nous avons là une particularité essentielle de la société d’Ancien Régime : celle d’être constituée en **corps** (telle ville, tel corps de métiers) et en **ordres** (le clergé, la noblesse et le tiers-état). La mentalité d’Ancien Régime

pense au groupe plutôt qu’au sujet individuel, comme nous le faisons aujourd’hui. Bien sûr le roi accorde parfois un privilège à un seul individu, mais dans l’immense majorité des cas, c’est **un groupe que le droit considère**.

Ainsi l’Église (le **clergé** est le premier des trois ordres) obtient-elle le privilège d’avoir son propre droit (le droit canonique), appliqué par ses propres juridictions (les officialités). Ainsi la **noblesse** obtient-elle le droit de porter des armes… Il s’agit là aussi de **coutumes**.

Ces coutumes sont donc extrêmement diverses… Pourtant l’on peut dégager des traits communs, une définition de la coutume.

###### 2. La définition de la coutume.

La coutume se définit comme un usage (1°) oral (2°), consacré par le temps (3°) et accepté par la population (4°) d’un territoire déterminé (5°).

- Ainsi 1ère caractéristique, la coutume est d’abord un **usage**. Elle naît de la répétition d’un acte, comme le prouve la formule « Une fois n’est pas coutume ». Il peut s’agir d’un usage imposé par le seigneur, ou d’un usage né spontanément parmi les habitants d’une seigneurie, comme la coutume du pain de l’ours à Ardres (Nord de la France, près de Calais et Dunkerque). Le seigneur des lieux avait un ours dont les combats contre des chiens distrayaient la population locale, si bien que les habitants de la seigneurie avaient proposé de nourrir l’ours, en contrepartie du spectacle. A la mort de l’ours, le seigneur continua d’exiger la nourriture, car la prestation fournie par les habitants était passée en coutume. Ainsi les parties prennent-elles parfois le soin de préciser, quand elles passent un acte juridique par exemple, qu’il a un caractère exceptionnel et qu’il ne formera pas un précédent (clause de non-préjudice).

- La coutume est ensuite 2ème caractéristique un **usage oral**, à une époque où la population est illettrée dans son immense majorité. Ces usages oraux sont rapidement mis sous forme d’adages, de proverbes, afin de faciliter leur mémorisation (comme « le mort saisit le vif »). En revanche, les dérogations à la coutume, les exemptions sur des points particuliers font très tôt l’objet de rédaction sous forme de chartes (chartes de franchises obtenues par les villes).

- La coutume est encore 3e caractéristique un **usage consacré par le temps**, qui est le grand régulateur de la vie sociale médiévale. Généralement, l’écoulement du temps consolide les droits d’un individu et les mentalités médiévales montrent la plus grande hostilité envers tout ce qui est nouveau, les novelletés. Sans que l’on n’ait jamais précisé au bout de combien de temps un usage devenait coutume, l’on dit au moyen âge que la coutume est immémoriale, c’est-à-dire que personne ne se souvient d’un usage contraire. A cette coutume immémoriale, Beaumanoir oppose la « fausse coutume » dont on connaît le point de départ, qui n’est donc pas immémoriale et ne peut avoir de force obligatoire.

- La coutume est également 4e caractéristique un usage accepté par les populations. C’est cette acceptation, expresse de la part de ceux qui appliquent l’usage, et tacite de la part de tous les autres qui laissent faire, qui donne sa force obligatoire à la coutume. Une fois un usage passé en coutume, tous doivent en effet le respecter : tous les individus mais aussi

. le **seigneur**, qui ne peut que confirmer les bonnes coutumes mais qui a le pouvoir de faire disparaître les **« mauvaises » coutumes**, celles qui ne sont pas conformes à la religion, puis, lorsque l’influence du droit romain se fera sentir, celles qui ne sont ni rationnelles ni raisonnables et celles qui sont contraire au droit naturel ;

. le **juge**, dont les décisions confirment la coutume (d’autant plus que le contenu de la règle coutumière applicable aura généralement été prouvé en justice, suite à une enquête). La coutume prouvée en justice et appliquée par le juge devient ainsi **reconnue**, et lorsqu’elle n’est plus contestée en justice, elle devient même **notoire**, le juge pouvant alors l’appliquer d’office, même si elle n’est pas alléguée par les parties.

- Enfin 5e caractéristique, la coutume s’applique à un territoire déterminé, que l’on appelle le **détroit**, du terme romain *districtus*, ou encore le **ressort** (ce terme s’appliquera par la suite au territoire de compétence d’un tribunal, et l’on parle aujourd’hui encore de **ressort judiciaire** dans ce cas). On parle de la coutume du pays pour désigner celle applicable à un territoire donné, et l’on dit aussi que les coutumes sont réelles, attachées à la terre (par opposition aux lois personnelles).

Les limites des détroits coutumiers se fixent au XIIe siècle et elles sont soit judiciaires soit politiques.

- Le détroit coutumier peut en effet correspondre à un **ressort judiciaire**, le territoire de compétence d’une juridiction (le **bailliage** le plus souvent, ou la châtellenie, au niveau inférieur), en raison du rôle que joue le juge dans la reconnaissance de la coutume.

- Le détroit coutumier a des limites politiques lorsqu’il correspond au territoire d’une seigneurie. Il arrive ainsi que l’on trouve la même coutume dans une **vaste seigneurie**, quand se trouve à sa tête un seigneur puissant, son autorité contribuant à l’unification du droit coutumier sur ses terres (comme dans le duché de Normandie, le duché de Bretagne, le comté de Champagne), alors qu’au contraire, la faiblesse de l’autorité politique provoque la multiplication des coutumes locales. Il arrive enfin que le ressort coutumier soit une **ville** seulement (lorsque les villes renaissent au XIIe siècle), comme c’est souvent le cas dans le Midi de la France.

Ainsi défini, le droit coutumier présente un avantage essentiel : sa souplesse. Il n’est pas figé et peut évoluer sans cesse, en fonction des besoins. Dans le même temps, il présente un défaut très gênant en pratique : il est difficile d’en connaître précisément le contenu, tant parce que la coutume est orale que parce que l’on ne s’entend pas toujours sur les usages en qui ont cours au moment où un problème se pose. Pour régler cette difficulté, il paraît peu à peu nécessaire de mettre les coutumes par écrit.

###### 3. La mise par écrit des coutumes.

Ce mouvement de mise par écrit des coutumes s’inscrit dans un contexte plus général de renaissance intellectuelle, à partir du XIIe siècle, mouvement qui ne concerne plus les seuls ecclésiastiques et qui gagne aussi le monde laïque. Cette renaissance intellectuelle entraîne la diffusion de l’écrit, et ce ne sont pas seulement les autorités publiques qui font constater leur droit par écrit, mais aussi les individus, pour les actes de la pratique, qui sont autant de témoignages précieux du droit médiéval. Ce mouvement de rédaction du droit coutumier doit donc être replacé dans ce contexte de renaissance intellectuelle, mais aussi de renaissance des droits savants : le droit romain est redécouvert à la toute fin du XIe siècle, le droit canonique fait l’objet de la première compilation importance en 1140 (Décret de Gratien). L’idée de rédiger les coutumes se fait jour peu à peu, d’abord dans les régions qui ont été le berceau de la renaissance juridique, en Italie puis dans le Midi de la France. Ainsi **les plus anciens documents officiels qui livrent le contenu du droit coutumier** sont les **chartes** (documents écrits qui constatent les libertés acquises par les habitants, contre leur seigneur)des grandes **villes du Midi**, et l’on peut citer la coutume de Montpellier, rédigée en 1204, ou celle de Toulouse (1286).

L’on dispose encore de quelques documents officiels pour connaître la coutume, comme les **cartulaires**, souvent tenus par des établissements ecclésiastiques, où sont copiés des actes de la pratique fondés sur des dispositions coutumières. Quant aux **décisions de justice**, elles ne sont mises par écrit et conservées qu’à partir du XIIIe siècle (d’abord en Normandie puis à Paris, pour le Parlement, la juridiction supérieure du royaume). C’est dans le sillage de ce mouvement que des juges, comme **Philippe de Beaumanoir**, bailli du comte de Clermont en Beauvaisis, vont rédiger leurs propres recueils coutumiers, afin de se souvenir de la coutume. A la différence des coutumes des villes du Midi, ces recueils restent privés, rédigés par des particuliers n’ayant pas d’autorité officielle, et ne peuvent donc pas faire preuve en justice. Pourtant, ils sont très importants, même si leur intérêt dépend étroitement de la qualité de leur auteur.

L’on trouve les premiers recueils de ce genre en Normandie (dans une région unifiée politiquement sous l’autorité des ducs de Normandie), comme le ***Très ancien coutumier de Normandie***, rédigé au début du XIIIe siècle. Il contient quelques règles de droit privé et de droit pénal mais donne surtout les règles de procédure qui doivent être suivies en justice. Il s’agit encore d’un ouvrage qui se contente de rappeler les dispositions coutumières utiles aux praticiens, sans s’aventurer encore vers la théorisation du droit coutumier.

L’on trouve ensuite des recueils qui témoignent d’une certaine influence du droit romain qui commence à peine à se diffuser. C’est le cas du recueil intitulé ***Le conseil à un ami***, de **Pierre de Fontaines**, rédigé vers 1250. L’auteur explique qu’il écrit ce livre pour un ami qui lui a commandé un manuel pour l’instruction de son fils, d’où son titre particulier, et son niveau déjà plus élevé puisque l’ouvrage n’a pas vocation à s’adresser en premier lieu aux praticiens. Pierre de Fontaines est un juriste, et plus précisément un juge royal qui a été **bailli du comte de Vermandois (Picardie)** et qui a siégé au **Parlement**. Il dit s’inspirer des **coutumes approuvées** comme de la **loi écrite**, soit le droit romain. L’auteur donne en effet des règles coutumières et cite des extraits du Digeste ou du Code, qu’il trouve en rapport, en se contentant de traduire ces extraits sans chercher à les expliquer (mais Pierre de Fontaines donne de précieuses indications sur les concepts coutumiers qui correspondent aux concepts romains : là où le droit romain parle de prescription, l’auteur traduit par « tenue de long temps » ; il traduit possession par saisine, restitution par resaisine, transaction par paix…). Il regrette que **le droit romain, réputé parfait, vienne parfois contredire la coutume**, mais il s’efforce de rechercher une certaine **concordance** entre les droits, quitte parfois à procéder à des associations un peu forcées. Il tente aussi **d’acclimater le droit romain en France**, en attribuant ses dispositions non pas à tel ou tel empereur totalement inconnu mais au roi de France ou à ses officiers, pour lui donner davantage d’autorité.

A un niveau encore supérieur l’on trouve enfin le plus grand recueil de droit coutumier, dû à Philippe de Beaumanoir, également bailli du roi, qui rédige vers 1283 *Les coutumes de Beauvaisis*, recueil qui contient la coutume de la seigneurie de Clermont-en-Beauvaisis, détenue par la famille royale.

Cette œuvre, écrite dans une très belle langue, surpasse tous les autres recueils coutumiers et est considérée comme le sommet de la production juridique de son temps, car l’auteur n’a pas composé un simple recueil de droit coutumier destiné à guider les praticiens, mais un véritable traité.

Beaumanoir y suit un plan traditionnel : il décrit le déroulement d’un procès, et traite au passage des questions de fond que doivent régler les juges.

Sa différence vient de ce que l’ouvrage veut exclusivement prendre le droit coutumier comme objet. Pour autant, Beaumanoir n’ignore pas le droit romain qu’il a sûrement étudié à Orléans auprès des maîtres français Pierre de Belleperche et Jacques de Révigny. Simplement, contrairement à ses prédécesseurs, il a parfaitement assimilé la matière, laquelle a contribué à la formation de son esprit juridique, et il entend étudier seulement le droit coutumier, selon une méthode nettement améliorée.

Ainsi Beaumanoir indique travailler à partir des jugements rendus et des coutumes observées dans sa région, ensuite à partir des décisions rendues par les juridictions voisines, enfin « **sur le droit qui est commun à tout le royaume de France** ». Cette expression ne cesse pas d’étonner, proclamée en plein règne du droit coutumier, par définition divers. L’on s’est longtemps interrogé sur son sens : certains ont pensé que Beaumanoir faisait là référence au droit romain, compris comme une sorte de coutume générale du royaume, applicable en cas de silence des droits coutumiers locaux ; d’autres ont pensé que Beaumanoir faisait référence aux premières ordonnances royales, mais à tort car celles-ci contiennent très peu de dispositions de droit privé et elles ne sont reçues, appliquées que très difficilement. Il faut donc comprendre cette expression comme la référence au droit coutumier et à certains de ses principes généraux (ce que l’on appelle les **coutumes générales du royaume**), que l’on retrouve appliquer partout dans le royaume. A l’époque où écrit Beaumanoir, ces coutumes générales sont tout à fait exceptionnelles, mais l’on commence tout de même à dégager quelques principes communs, comme la règle : **le mort saisit le vif**, qui signifie qu’un héritier se trouve immédiatement pourvu des mêmes droits que son auteur qui vient de décéder, instantanément, sans avoir à accomplir aucune formalité particulière. Ou encore le droit de bâtardise, droit de s’attribuer les biens des enfants nés hors mariage, à leur décès, droit qui profite au seigneur d’abord puis que s’attribue le roi de France. Le fait de parvenir à **dégager de tels principes communs** démontre une fois encore la hauteur de vue dont parvient à faire preuve Beaumanoir.

Ainsi l’auteur ne cite pas d’extraits du droit romain bruts comme pouvait le faire encore Pierre de Fontaines, mais expose les solutions coutumières, qu’il complète parfois en rappelant certaines règles romaines à condition que les mêmes solutions prévalent en droit canonique (pour les testaments par exemple). Le droit romain n’est ainsi pas restitué en tant que tel, mais de manière intelligente, en étant intégré à la matière coutumière.

D’autres recueils privés suivront, qui n’atteindront pas le même niveau que celui de Beaumanoir. Surtout, demeurant privés, ils ne permettront toujours pas de faire la preuve du contenu de la coutume en justice. Pour cela, les juges sont toujours obligés de procéder à des enquêtes que l’on appelle par « turbe », soit d’en appeler aux conseils de dix sages ou prud’hommes, dont l’avis unanime lie le tribunal. Les rois organisent ce système par des ordonnances mais il demeure trop compliqué à mettre en œuvre et il apparaîtra nécessaire de procéder à des rédactions officielles de coutumes. Le roi Charles VII ordonne les premières par l’ordonnance de Montils-les-Tours en 1454.

### Section II. Les droits savants, droit commun de l’Europe médiévale.

Les droits savants sont tant le **droit romain** (§ 1) que le **droit canonique** (§ 2). Seul le premier est redécouvert à la fin du XIe siècle, tandis que le second n’a jamais cessé d’exister. Mais la renaissance du droit romain entraîne dans son sillage celle du droit canon. Renaissent ainsi ces deux droits écrits que l’on appelle les droits savants, et qui vont former le droit commun de l’Europe médiévale. Et ce n’est que l’une des **conséquences** de la diffusion de ces droits (§ 3).

#### § 1. Le droit romain.

Le droit romain commence par être « découvert » (A), puis il fait l’objet d’un enseignement (B), qui permet sa diffusion (C).

##### A. La « découverte » du droit romain.

Le droit romain n’a pas été totalement été oublié en Occident à la chute de l’Empire. Les populations du Midi de la France surtout, où les gallo-romains, ont gardé dans une certaine mesure le souvenir du droit romain contenu dans le **Code théodosien**, d’autant plus que ce Code a été repris en partie dans le **Bréviaire d’Alaric**, qui leur était applicable. Ce droit romain a été peu à peu adapté, modifié, et a donné lieu dans le Midi à des règles coutumières, dans lesquelles l’on retrouve parfois le souvenir, plus ou moins estompé, de ce droit. Il y a en tout cas dans le Midi de la France, plus que dans le Nord, un terreau favorable à la renaissance du droit romain, si bien que sa découverte au XIIe siècle va produire des conséquences différentes dans le Midi et dans le Nord de la France.

Le droit romain qui renaît, qui est découvert à proprement parler, c’est **le droit de Justinien**. Mais même ce droit compilé après la chute de l’Empire romain d’Occident n’était pas resté tout à fait ignoré en Europe, **d’une part** parce que Justinien avait fait la **reconquête de la Sicile** et d’une partie du Sud de l’Italie, ce qui a sûrement permis la connaissance de ce droit, lequel aurait pu ensuite gagner la **Normandie**, après que les Normands ont à leur tour fait la conquête des terres siciliennes (à partir de 1060). **D’autre part** parce **qu’Ives de Chartres**, grand canoniste français du XIe siècle, cite des extraits du Digeste dans ses œuvres.

Malgré tout, le droit de Justinien reste encore globalement inconnu en Occident, jusqu’à la découverte d’un manuscrit du Digeste, certainement dans la bibliothèque d’une abbaye italienne, découverte que l’on droit à un moine de Bologne appelé **Irnerius**. Il est le premier qui parvienne à reconnaître, à identifier ce monument du droit romain, l’un des seuls exemplaires encore présents en Europe, que Justinien avait à l’époque pris le soin de faire envoyer dans le but de restaurer l’unité de l’Empire et le prestige de son droit. Nous savons ainsi que le Digeste est connu à Bologne en 1070. La découverte d’Irnerius marque le début de la renaissance du droit romain, qui va être enseigné puis diffusé dans l’Europe entière.

Le fait que cette découverte ait eu autant de succès, qu’elle ait pu provoquer une véritable révolution juridique ne doit rien au hasard. En effet dès le **XIe siècle le retour d’une certaine sécurité** permet la renaissance des **échanges commerciaux**, et les **villes**, lieux d’échanges, renaissent. Les habitants des villes, les bourgeois, s’organisent pour se livrer le plus librement possible à leurs activités commerciales, et pour cela ils ont besoin d’obtenir des **libertés** de la part de leur seigneur (d’où les **chartes de franchise**, dans lesquelles ces libertés sont consignées). L’autorité seigneuriale se trouve affaiblie par ce mouvement, mais certains seigneurs comme le roi de France savent en profiter… Quoiqu’il en soit, l’autorité seigneuriale est en pleine mutation.

Toute cette évolution crée des **besoins juridiques nouveaux**. Les marchands surtout ont besoin d’un **droit plus sûr**, mieux **établi**, plus **rationnel** que le droit médiéval, marqué par trop de diversité et de formalisme. Pour **s’émanciper de la tutelle seigneuriale**, les habitants ont également besoin d’avoir le droit de leur côté, un droit plus individualiste, qui permette de contrer la force militaire du seigneur. Le droit romain survient alors à point nommé.

Il commence à se diffuser par le biais de l’enseignement.

##### B. L’enseignement du droit romain.

Il faut distinguer les acteurs de la renaissance du droit romain (1) de leur méthode d’enseignement (2).

###### 1. Les acteurs de la renaissance du droit romain.

Le premier acteur de la renaissance du droit romain est **Irnerius**, le premier qui enseigne le droit romain à Bologne. Irnerius est un **grammairien**, capable donc d’expliquer les textes, et il est également **juge**, d’où son intérêt pour le droit. Ainsi se livre-t-il aux premières lectures publiques du Digeste, à Bologne, premier foyer de l’enseignement du droit romain. Il cesse son activité au début du XIIe siècle, vers **1125-1130**, après avoir formé quatre élèves, que l’on appelle les **quatre docteurs de Bologne**: Bulgarus, Martinus, Hugo et Jacobus. Ils perpétuent l’enseignement du droit romain, à Bologne, où viennent étudier des élèves de toute l’Europe, qui délaissent ainsi les traditionnelles études de théologie, discipline classiquement enseignée jusque là, au profit du droit romain. Le droit romain attire tant d’étudiants pour son intérêt scientifique, mais pas seulement. Il les attire aussi parce qu’il leur ouvre des perspectives de carrières prestigieuses, intéressantes et fort bien rémunérées, en tant que conseillers auprès des villes, des princes et des rois, voire de l’Empereur.

L’on ne sait pas grand-chose de leur vie, mais les quatre docteurs sont déjà suffisamment connus et prestigieux pour que l’empereur Frédéric Barberousse (empereur romain germanique de 1155 à 1190) fasse appel à eux en 1158 à Roncaglia en Italie, pour qu’ils le renseignent sur l’étendue de son pouvoir, notamment en matière législative (les quatre docteurs disent alors à l’empereur qu’il est la « loi animée », et qu’en cela il peut promulguer des lois, y soumettre les uns, en dispenser les autres).

L’on sait aussi que les quatre docteurs se livrent aux premières interprétations du droit romain, et ne sont d’ailleurs pas toujours d’accord sur le sens à donner aux principes romains. Ces querelles renaissantes, qui ont existé à Rome, marquent la renaissance de la doctrine.

Les quatre docteurs meurent tous vers 1170. Ils forment avec Irnerius la première génération de romanistes ou de civilistes.

Par leur action, l’enseignement du droit romain se diffuse partout en Europe, ce qui témoigne de l’intérêt pour cette découverte. Les premiers étudiants formés en Bologne reviennent en effet dans leur pays d’origine, après leurs études, et ouvre une école, un *studium*, pour faire des lectures de droit romain. L’on sait ainsi que le droit romain est enseigné dans le Midi de la France, en Provence et en Languedoc, vers 1120-1130, soit pendant que les quatre docteurs sont encore à Bologne. Vers 1140 il est enseigné en Angleterre, par Vacarius. En 1170 l’un des maîtres de Bologne les plus célèbres, **Placentin**, enseigne le droit à Montpellier, pour un temps assez court, mais là se trouve l’origine de la faculté de droit de Montpellier. Toutes ces écoles de droit sont d’ailleurs éphémères (à l’exception de celle de Bologne), ouvrent à l’initiative d’un professeur de passage, et ferment avec lui.

Des écoles de droit véritablement dignes de ce nom apparaissent en France un peu plus tard, vers 1250, à Montpellier, et surtout Orléans, qui tend alors à supplanter Bologne. A cette époque, **Azon**, qui enseigne à Bologne puis dans le Midi de la France, et **Accurse**, son élève, sont les plus illustres successeurs des premiers maîtres.

Tous ces maîtres se caractérisent par une même méthode d’enseignement : la glose.

###### 2. La méthode d’enseignement : la glose.

D’après la manière d’enseigner des auteurs et les deux générations qui se sont succédées, il faut distinguer la glose d’abord (a) de la méthode du commentaire déployée par les post-glossateurs (b).

a. La glose.

Au commencement, les premiers maîtres qui sont des grammairiens se livrent à de simples **lectures** du droit romain, se contentant **d’expliquer quelques mots de vocabulaire**. Ces explications portent le nom de **glose**, du mot grec *glossa* qui signifie à la fois langue et mot. Ces gloses sont d’abord **orales**, puis elles sont notées en marge des textes de la compilation justinienne, soit par les **maîtres** eux-mêmes, qui laissent leurs initiales, soit par une sorte de **greffier**, soit enfin par les **étudiants** qui ont chacun les textes de la compilation à leur disposition. En effet les étudiants en droit devaient acheter chaque année une partie du *Corpus*, et disposaient ainsi de l’ensemble à la fin de leurs études. Ces manuscrits coûtaient fort cher, mais les carrières juridiques étaient aussi fort lucratives. Il arrivait aussi fréquemment que les universités mettent un manuscrit à la disposition des étudiants les plus pauvres, le *Liber pauperum*.

Au fur et à mesure, de générations en générations, ces manuscrits se transmettent et les **premières gloses sont ainsi complétées par d’autres**. Chaque génération de maîtres enrichit son approche du droit romain et au fur et à mesure la glose est complétée par des explications plus approfondies (***quaestiones***), par des explications de cas, d’exemples (***casus***), par des comparaisons que les maîtres parviennent peu à peu à établir (***apparatus***). Quoiqu’il en soit, progressivement, les explications notées en marge deviennent plus volumineuses que le texte lui-même ! Il paraît alors nécessaire de mettre de l’ordre dans ces commentaires et c’est le travail auquel se livre **Accurse**, l’un des maîtres de Bologne de la deuxième génération, qui entreprend de classer tous les commentaires antérieurs et qui cherche même à les concilier lorsqu’ils sont divergents. Son travail porte le nom de ***Grande glose* ou *Glose ordinaire***. Elle est achevée vers 1230.

Par la glose, un immense travail est ainsi accompli, mais qui a ses limites. Les glossateurs trouvent dans les textes romains des **solutions contraires** et ne parviennent pas souvent à expliquer pourquoi. Ils ne maîtrisent pas encore suffisamment l’histoire romaine pour **distinguer les solutions qui ont été adoptées à différentes époques**, et ne comprennent pas que celles adoptées sous la République, plus libérale, diffèrent nécessairement de celles adoptées plus tard, sous l’Empire devenu autoritaire. Si bien que les glossateurs se livrent parfois à des **efforts de conciliation des règles contraires qui sont aussi considérables que vains**.

Il faut donc encore perfectionner la méthode, ce que l’on doit aux post-glossateurs, deuxième génération de civilistes qui apparaît à Orléans.

b. Les post-glossateurs et l’école d’Orléans.

Au cours du **XIIIe siècle**, une autre génération de romanistes apparaît, avec une méthode améliorée. Ces auteurs sont davantage intéressés par le **commentaire** que par la simple explication de texte, qu’ils délaissent. De plus, ils ne veulent pas seulement étudier le droit romain en tant que tel, mais aussi **proposer des solutions aux praticiens**, trouver dans le droit romain des réponses aux problèmes de leur temps. Ainsi les auteurs tentent de dégager des **principes généraux**, cherchent à **adapter le droit romain** au droit coutumier afin de proposer des solutions pratiques, qui ne soient pas purement théoriques. Ils mènent ainsi un important travail d’adaptation du droit romain qui va parfois jusqu’à prendre beaucoup de distance avec les sources justiniennes, ce qui témoigne de leur hauteur de vue à l’égard de ce droit.

Tous ces auteurs portent le nom de **post-glossateurs** pour les distinguer de leurs prédécesseurs. Les premiers, nous l’avons dit, ne sont pas italiens mais enseignent à Orléans : il s’agit des français Jacques de Révigny et Pierre de Belleperche.

Le fait que ce mouvement commence à Orléans tient à une histoire particulière. En **1219**, le pape **Honorius III** a en effet décidé, par la décrétale ***Super speculam***, d’interdire l’enseignement du droit romain à Paris et dans les lieux voisins. Pour quelle raison ? Le roi de France **Philippe le Bel** a avancé un siècle plus tard, en **1312**, une explication : il a affirmé que le pape avait agi ainsi **sur ordre de son ancêtre Philippe-Auguste** qui règne de 1180 à 1223, qui aurait voulu **que la théologie prospère à Paris**, et pour cela, il fallait exiler l’enseignement du droit romain que les étudiants pouvaient préférer aux études classiques. Philippe-Auguste aurait ainsi voulu **faire plaisir au pape** et aurait surtout **voulu diminuer l’influence du droit romain**, que venait d’utiliser Frédéric **Barberousse**, en 1158, avec l’aide des docteurs de Bologne, pour affirmer sa puissance, pour se comparer à l’empereur romain et pour déclarer qu’il détenait le ***dominium mundi***, qu’il était donc maître du monde, pour le dire autrement, et à ce titre le **supérieur du roi de France** (rappelons que Barberousse meurt en 1190). Un tel droit (le droit romain) qui vient au secours de l’empereur et qui risque d’affaiblir l’autorité du roi de France ne peut être qu’accepté avec **la plus grande réserve du royaume**, d’où l’interdiction de son enseignement à Paris.

**Voilà pour la thèse officielle, qui est en fait fausse !** Le roi de France depuis Louis VII, le père de Philippe Auguste (il règne de 1137 à 1180), fait lui-même fréquemment appel à des **juristes formés au droit romain** pour le **conseiller**, et l’influence des romanistes va même en augmentant sans cesse auprès du roi de France, qui ne montre donc aucune hostilité à l’égard de ce droit. De plus, Philippe-Auguste venait d’infliger quelques années auparavant, en **1214**, à la bataille de **Bouvines**, une cinglante défaite à l’empereur romain germanique, et en 1219, c’est le roi de France qui est au sommet de sa puissance, bien plus que l’empereur romain germanique, et il n’a donc rien à craindre de lui.

Quelles sont alors **les véritables raisons de cette interdiction** ? Le pape Honorius III entendait tout simplement **protéger l’enseignement de la théologie** à Paris, alors que les étudiants délaissaient trop souvent les bancs de la faculté au profit des facultés de droit romain, pour les raisons que nous avons déjà évoquées : son intérêt propre et la perspective de carrières lucratives.

Reste encore à savoir **pourquoi Philippe le Bel a menti en 1312**, a avancé de fausses raisons pour expliquer la décrétale *Super speculam*. Tout simplement pour contrer, un siècle plus tard, la puissance impériale. En juillet 1312 Philippe le Bel reçoit en effet une lettre qu’il trouve quelque peu prétentieuse du nouvel empereur germanique, Henri VII, qui souhaite ainsi annoncer aux princes d’Europe son couronnement, et dans laquelle Henri VII se présente comme leur supérieur à tous, comme le *dominus mundi*. Philippe le Bel tient donc à **recadrer les choses** en 1312 : **ce sont les rois qui décident du droit applicable en France, et le droit romain n’est appliqué qu’à condition qu’ils le veuillent bien**. Il s’agit là d’une tradition affirme Philippe le Bel, remontant à Philippe-Auguste, qui a souhaité bannir l’enseignement du droit romain de la capitale. Voilà comment l’histoire est réécrite au service de la propagande royale, contre l’empereur.

Ainsi l’enseignement du droit romain commence à Orléans vers 1230 et **Jacques de Révigny et Pierre de Belleperche** y enseignent vers 1250, selon la méthode du **commentaire**, beaucoup plus riche et beaucoup plus porteuse. Des étudiants viennent à nouveau de l’Europe entière suivre l’enseignement de ces maîtres, et parmi eux, des italiens, qui rapportent à Bologne la méthode des post-glossateurs.

Après les maîtres français ce sont ainsi des maîtres de Bologne qui prennent la relève, notamment **Bartole**, qui meurt en 1357, en laissant des commentaires sur le *Corpus juris civilis* ainsi que des traités portant sur des matières particulières ; puis son élève, **Balde**, qui meurt vers 1400.

Les analyses auxquelles s’est livré Bartole notamment sont si riches qu’elles sont à l’origine de nombreuses théories, notamment celle du droit commun, qui correspond essentiellement au droit romain mais pas seulement, sur laquelle nous reviendrons.

Il faut enfin préciser que tout ce mouvement d’enseignement du droit romain n’aurait pas été possible sans les **universités**, qui **apparaissent en Europe au XIIIe siècle**. Les écoles ne sont plus alors des monastères, comme auparavant, mais des centres intellectuels, souvent créés à l’initiative du Pape, où l’on apprend la **théologie**, comme auparavant, mais surtout la philosophie et le droit canonique, qui deviennent des sciences autonomes, enfin le droit romain. L’université de Paris est ainsi créée en 1200 (et l’on sait donc que le droit romain y a été interdit à partir de 1219), celle de Montpellier en 1289.

L’enseignement ainsi organisé permet la diffusion des règles romaines dans toute l’Europe, non pas exactement du droit de Justinien mais du droit tel que compris, interprété, adapté par les romanistes. Les règles romaines ainsi transformées sont reprises par les praticiens, et s’imposent auprès des populations à des degrés divers.

##### C. La diffusion et la pénétration du droit romain.

Il faut distinguer l’influence du droit romain à deux niveaux : d’une part sa diffusion, c’est-à-dire le fait que les praticiens formés au droit romain répètent les solutions que contient ce droit (1) ; d’autre part sa pénétration, afin de voir si réellement les populations appliquent ce droit (2).

###### 1. La diffusion du droit romain.

La diffusion du droit romain a toujours été assurée, avant même sa renaissance, par l’Église. Le droit de l’Église, le droit canon, a en effet toujours beaucoup emprunté au droit romain, notamment en matière de droit des obligations. La procédure suivie devant les juridictions ecclésiastiques, les officialités, empruntaient aussi pour une large part à la procédure romaine.

Mais la diffusion du droit romain commence surtout avec sa redécouverte et avec son enseignement. Les étudiants qui vont à l’université et qui suivent généralement l’enseignement des grands maîtres voyagent partout en Europe, avant de s’installer soit comme professeurs, à leur tour, afin de former localement d’autres étudiants et futurs praticiens, soit comme juges, avocats, notaires… Dans leur activité de praticiens, ils sont tous si fiers du savoir acquis à l’université, tous si convaincus de la supériorité du droit romain, qu’ils veulent appliquer ses solutions plutôt que les solutions coutumières.

En effet, la **supériorité du droit romain** sur le droit coutumier est incontestable. Face à des coutumes **orales** et donc **incertaines**, **diverses**, **fragmentaires**, attachées à des **territoires** plus ou moins étendus, le droit romain se présente comme un ***corpus écrit,* complet et d’application universelle**. Il fait en outre l’objet **d’études scientifiques** et d’un **enseignement**. Les praticiens se montrent donc attachés à ce droit, dont la maîtrise leur confère prestige et perspective de profits matériels.

Tous les praticiens contribuent donc à la diffusion de ce droit, et en particulier les **notaires**, qui rédigent les actes de la pratique (contrats, contrats de mariage, testaments). Bien sûr ils ne le comprennent pas toujours, commettent des erreurs, peuvent parfois inciter les parties à insérer dans leurs actes des **clauses de renonciation** au droit romain sur certains points, quand il paraît trop compliqué, trop sophistiqué, quand il paraît permettre trop facilement la remise en cause de l’acte, mais globalement, ils jouent un rôle essentiel dans la diffusion de ce droit.

Pour autant, il faut encore se demander jusqu’à quel point le droit romain va pénétrer les usages et s’imposer auprès des populations.

###### 2. La pénétration du droit romain.

La pénétration du droit romain que souhaitent les praticiens doit être nuancée, car les populations ne montrent pas toujours le même enthousiasme à l’égard du droit romain.

Pour mesurer l’accueil réservé au droit romain, il faut distinguer, car lorsque les détroits coutumiers se forment au cours du XIIe siècle, la pénétration du droit romain paraît bien plus forte dans le Midi que dans le Nord de la France.

- Dans le **Midi**, où la population gallo-romaine a toujours été plus nombreuse, où les Wisigoths puis les Burgondes ont voulu appliquer le droit romain , l’examen des actes de la pratique semble indiquer qu’à partir du XIIe siècle, le droit romain est en train d’influencer considérablement el droit coutumier, au point parfois de le supplanter.

Mais si l’on regarde les choses de plus près, l’on réalise que cette pénétration doit être tout à fait nuancée. A partir du XIIe siècle ce qui change surtout c’est le **vocabulaire** juridique, emprunté au droit romain (l’on parle à nouveau de testament pour transmettre ses biens, par exemple), ainsi que la **forme des actes**, elle aussi empruntée au droit romain (par exemple, là où le droit médiéval ne distinguait pas et confondait la vente, la donation et l’échange, nous voyons les catégories bien distinctes du droit romain réapparaître).

Mais dans le même temps, il ne faut pas perdre de vue que **les populations restent attachées à leurs coutumes**. En effet la rédaction des coutumes des villes au cours du XIIIe siècle démontre une **volonté de graver la coutume dans le marbre**, afin qu’elle résiste mieux à l’influence du droit romain. Cela n’empêche pas les coutumes des villes du Midi de subir l’influence du droit romain. La coutume de Montpellier par exemple s’inspire du droit romain sur certains points, mais sur d’autres indique aussi que le droit romain ne doit pas être suivi, et que la règle coutumière doit être préférée. Enfin, il est souvent précisé, à Montpellier comme ailleurs, que lorsque la coutume est silencieuse, l’on peut se référer au droit romain, qui forme ainsi un **droit supplétif**.

Quant aux **actes de la pratique**, nous avons vu que les notaires incitent les parties à insérer dans leurs actes des clauses de **renonciation** au droit romain. Et quand ils ne le font pas, ce sont les parties qui le leur demandent. Ainsi voit-on la **femme mariée** renoncer à la protection que lui accordait le droit romain (notamment l’inaliénabilité de la dot).

Tout ceci permet de nuancer la pénétration du droit romain dans le Midi de la France, et surtout de préciser que les coutumes ne tombent pas en désuétude au XIIe siècle, quand le droit romain est redécouvert. Il faut attendre le XIVe siècle pour voir les coutumes du Midi tomber en désuétude, tandis que l’on considère que la romanisation totale des pays du Midi n’intervient pas avant le XVIe siècle.

- L’accueil réservé au droit romain n’est donc pas si enthousiaste dans les pays du Sud de la France. Il l’est encore moins dans las pays du **Nord** de la France, où le droit coutumier résiste encore davantage, du fait de **l’attachement** encore plus grand des populations à leur droit coutumier et du fait de **l’absence de tradition romanisante**.

Un ouvrage célèbre du XIIe siècle, l’un des premiers traités juridiques, les *Exceptiones Petri*, distingue ainsi les pays qui appliquent le droit romain (même si nous venons de voir que cette idée doit être sérieusement nuancée) de ceux où les lois romaines sont inconnues. Et en 1219, lorsque l’enseignement du droit romain est interdit à Paris, la bulle *Super specula* avance comme raison le fait que dans l’Ile-de-France l’on n’applique pas le droit romain.

Cette pénétration différente du droit romain prépare la distinction entre pays de droit coutumier, situés au Nord d’une ligne entre la Rochelle et Genève, et les pays de droit écrit, situés au Sud de cette ligne, qui appliquent le droit romain, distinction que ne connaîtra pas le moyen âge et qui date seulement du XVIe siècle.

Nous savons pourtant que le Nord n’a pas été totalement imperméable à l’influence du droit romain, comme nous l’avons vu en étudiant la rédaction du droit coutumier. Simplement, la méthode suivie par Beaumanoir l’illustre bien, **le droit coutumier restera toujours premier**, et le droit romain n’est utilisé que pour éclairer son sens, établir des rapprochements, chaque fois que cela est possible. Quant aux actes de la pratique, ils contiennent aussi de nombreuses **renonciations** au droit romain, encore davantage que dans les pays du Midi, toujours dans le même souci d’assurer la **stabilité** des contrats en mettant hors jeu un droit subtil, prestigieux, qui pourrait être à la source de contestations et de procès coûteux et interminables.

Mais le droit romain n’est pas le seul droit savant. A ses côtés se développe le droit de l’Église : le droit canon.

#### § 2. Le droit canon.

Il faut rappeler son importance (A) avant de détailler les compilations canoniques (B).

##### A. L’importance du droit canon.

Le droit canon est important car il régit nombre d’individus (compétence ***ratione personae***) et nombre de matières de la vie juridique (compétence ***ratione materiae***) :

**Ratione personae**, le droit canon s’applique :

- aux **ecclésiastiques**, au personnel de l’Église, encore appelé le **clergé**, tant **séculier** (qui vit dans le siècle, comme les évêques, à la tête d’églises) que **régulier** (les moines et les abbés, qui vivent retirés du monde, dans des abbayes).

- aux **clercs**, individus qui se placent sous la protection de l’Église mais qui ne prononce pas des vœux aussi contraignants que les évêques ou les moines. S’ils doivent se conduire honorablement, ils ne font pas vœu de chasteté par exemple. Ces individus sont très nombreux dans la société médiévale, car ce statut leur permettait de bénéficier du **privilège du for**, soit de dépendre des officialités, les juridictions de l’Église, réputées plus clémentes, et qui prononcent des peines moins sévères (elles ne prononcent pas la peine de mort en vertu du principe *Ecclesia abhorret a sanguine*, mais elles remettent le prévenu aux juridictions laïques quand il mérite une peine corporelle). Les **croisés** et les **étudiants** dépendent aussi de ce statut.

- aux ***miserabiles personae***, soit les veuves, les pauvres et les orphelins.

Ratione materiae, le droit canon régit plusieurs domaines du droit :

- L’Église a une compétence exclusive en matière de **mariage**, puisqu’il s’agit d’un **sacrement**, et par-delà, par extension des **conséquences du lien matrimonial**, comme les fiançailles, l’existence ou la validité du mariage, les avantages matrimoniaux que se consentent les époux (la dot notamment), la séparation de corps, la filiation, la légitimation des enfants, enfin les délits de mœurs comme l’adultère.

- Le droit canon régit aussi **tous les actes qui peuvent se rattacher à la religion** plus ou moins directement (**compétence concurrente** avec les juridictions royales), notamment les **testaments**, quand ils contiennent des legs pieux, et les **contrats**, quand ils sont accompagnés d’un serment afin de leur donner force obligatoire.

- Enfin, le droit canon interdit et punit plusieurs **comportements criminels** qui sont autant d’atteinte à la foi, comme l’hérésie, la sorcellerie, les crimes dans les lieux de culte.

##### B. Les sources du droit canon et les compilations canoniques.

Les sources du droit canon sont nombreuses : il s’agit de **l’Ancien et du Nouveau testament**, des **écrits des Pères de l’Église** (comme Saint-Augustin, évêque d’Hippone, aujourd’hui Annaba en Algérie, au début du Ve siècle [Saint-Augustin meurt en 430]), les **décrétales**, soit les lettres des papes en réponse à des questions particulières posées sur le droit canon, également les décisions des conciles (réunions d’évêques), qui portent précisément le nom de **canons**.

L’idée de **rassembler les textes du droit canon** dans des recueils, dans des compilations, survient assez tôt, bien avant la renaissance du droit romain. Ainsi sous les Carolingiens déjà, au **IXe siècle**, des compilations privées apparaissent (les ***collections canoniques***), mais elles contiennent des faux. Par la suite au **XIe siècle**, alors que l’Église entreprend une vaste réforme (réforme grégorienne, du nom du Pape Grégoire VII, 1073-1085) dans le but de restaurer son autorité et sa puissance, les textes les plus importants sont à nouveau rassemblés dans les ***collections grégoriennes***.

Mais les grandes collections canoniques sont plus tardives et comment à être rassemblées au XIIe siècle, et ce mouvement s’explique tant par la **réforme grégorienne**, que par la **renaissance intellectuelle** de l’époque, enfin par la **redécouverte du droit romain**.

La première compilation date de **1140** et porte le nom de **Décret de Gratien**, du nom du moine de Bologne qui en est l’auteur. Gratien présente les textes les plus importants et tente de résoudre les contradictions qu’ils présentent, d’où le nom exact de son œuvre, *Concordia discordantium canonum*, **la concorde, l’accord des canons discordants**. Ce décret est une œuvre privée, qui remporte toutefois un grand succès et qui est immédiatement acceptée par l’Église. Le décret fait l’objet d’un enseignement et d’une glose. Ceux qui étudient ce texte et l’enseignent portent le nom de **décrétistes**. Signalons que même s’ils étudient le droit canonique, ils ne se montrent pas hostiles au **droit romain**, qu’ils admettent comme **droit supplétoire** en cas de silence du droit canonique sur un point précis. Leur travail marque le début de la cohabitation des droits savants, les deux composantes du futur ***jus commune***.

Un deuxième recueil est ensuite composé : les **Décrétales de Grégoire IX**, du nom qui pape qui en ordonne la rédaction (car **le pape depuis la réforme grégorienne revendique un pouvoir législatif exclusif**), laquelle est achevée en **1234**. Il s’agit surtout ici de rassembler les nouvelles décrétales, nombreuses, prises par les papes aux XIIe et XIIIe siècle. Ce recueil fait encore l’objet d’études théoriques, de la part des **décrétalistes**, et d’un enseignement qui donne lieu à une glose, laquelle est rédigée sous le nom de glose ordinaire par Bernard de Parme au XIIIe siècle.

Après ces deux recueils essentiels, trois collections nouvelles apparaissent encore : le ***Sexte***, promulgué par le Pape Boniface VIII en 1298 ; les ***Clémentines***, du nom du pape Clément V qui en ordonne la rédaction en 1317 ; enfin les ***Extravagantes***, qui rassemblent des textes extérieurs aux recueils précédents, car plus récents (il s’agit littéralement des *extra Decretum vagantes*, qui se promènent hors du Décret). Elles sont postérieures de quelques années aux Clémentines.

Ces cinq œuvres n’avaient aucun lien entre elles. Elles ont été rassemblées au XVIe siècle sous le nom de *Corpus juris canonici*, et en 1582, le pape Grégoire XIII a donné à tous ces textes valeur officielle. Ce *corpus* est resté en vigueur dans l’Eglise jusqu’en 1917.

#### § 3. Les conséquences de la diffusion des droits savants.

A. La formation du droit commun de l’Europe médiévale. B. Le renouveau du droit public. C. Le renouveau du droit privé.

##### A. La formation d’un droit commun de l’Europe médiévale.

L’idée de droit commun naît du rapprochement entre le droit romain et le droit canon (1). Ce droit commun a une définition et un contenu particuliers (2). Il faut enfin mesure son influence en Europe (3).

###### 1. Le rapprochement entre droit romain et droit canon.

**Différences**. Le droit romain et le droit canon sont au départ différents. Ils ne s’appliquent pas aux mêmes personnes, ne régissent pas les mêmes domaines du droit, et s’opère entre eux une sorte de partage : au droit romain il revient de régir le **corps**, au droit canon **l’âme**. Au droit romain il revient de régir tout ce que s’inscrit dans le **temporel**, l’action de l’homme, qui s’inscrit dans le temps, tandis qu’au droit canon il revient de régir le **spirituel**, tout ce qui relève de la foi. La ligne de partage est donc bien établie et les auteurs rappellent souvent que **ni l’une ni l’autre des autorités compétentes ne peut s’immiscer hors de son domaine** : « car le pape ne doit pas s’immiscer dans les affaires temporelles, ni l’empereur dans les affaires spirituelles », écrit par exemple Accurse. Nous verrons toutefois qu’en pratique et tout au long du moyen âge, les conflits seront nombreux, car les rois affirmant tenir leur pouvoir de Dieu, ils entendent aussi régir le spirituel, tandis que le Pape, s’affirmant comme le premier envoyé de Dieu sur terre, veut parfois dicter leur conduite aux rois.

**Le rapprochement**. Différents, ces deux droits se rapprochent pourtant au XIIe siècle, chaque discipline s’ouvrant à l’autre. Du côté des canonistes, ils n’ont jamais cessé d’étudier le droit romain, et cet enseignement ne fait que se diffuser davantage parmi eux à partir du XIIe siècle, tandis que les romanistes se mettent aussi à s’intéresser au droit canon. Ces deux droits ont en effet en commun d’être écrits, sont pareillement enseignés et d’abord à Bologne, en suivant la même méthode de la glose puis du commentaire savant. Cela crée entre eux une identité commune qui fait que l’on désigne rapidement ces deux droits par une seule expression, **l’*utrumque jus***, l’un et l’autre droit, et les auteurs, surtout ceux de la deuxième génération, et encore davantage Bartole et Balde (les post-glossateurs) puisent volontiers à l’une et l’autre source.

###### 2. La définition et le contenu du droit commun.

**Le droit commun**. Ainsi à partir du XIIIe siècle, les auteurs dégagent cette notion de droit commun, de *jus commune*, à une époque qui paraît plutôt être celle du **foisonnement des normes**, tant s’appliquent de nombreuses coutumes territoriales, des statuts municipaux, des lois royales et princières… Ces normes différentes autant par leur origine que par leur solution conduisent les auteurs, la doctrine médiévale, à rechercher un élément de cohésion, et cet élément est essentiellement **le droit romain, complété du droit canon**, bien plus riche et complet que les autres droits, et dont l’aire géographique dépassait de beaucoup les ressorts territoriaux encore restreints de l’époque.

**Le contenu**. Ainsi défini, ce *jus commune* a un contenu qui est à la fois en-deçà et au-delà du droit romain :

- d’abord il ne s’agit pas de tout le droit romain mais du **droit contenu dans la compilation de Justinien**, dans les quatre parties de cette compilation, qui prennent au moyen âge le nom de *Corpus juris civilis*.

- ensuite, les auteurs ne reprennent pas non plus l’ensemble du *Corpus*, abandonnant les solutions qui n’ont plus d’intérêt pratique et ne conservant que celles qui peuvent servir à régler les problèmes de leur temps.

Le droit commun représente donc moins que le droit romain et dans le même temps va au-delà puisque :

- le droit canonique est aussi intégré à ce droit commun, essentiellement le droit contenu dans les deux premières compilations (Décret de Gratien et Décrétales de Grégoire IX),

- les auteurs ajoutent encore **certaines règles des droits locaux***,* par opposition au *jus commune*, quand elles se trouvent conformes au droit romain et qu’elles contribuent même à en éclairer le sens et à en faciliter l’application.

- s’ajoutent enfin les **commentaires des auteurs**, notamment ceux de Bartole et Balde, sur les règles romaines surtout, et dans une moindre mesure sur les règles canoniques. Cet élément ici est essentiel : les règles du droit savant qui sont retenues ne le sont pas telles quelles, dans l’état de leur rédaction, mais ce sont les règles complétées par les analyses, les interprétations des docteurs, par ce que l’on appelle **l’opinion commune des docteurs** (*communis opinio doctorum*). **Les interprétations de la doctrine sont aussi importantes que le droit romain lui-même et forment tout autant que lui le droit commun**, ou plutôt, pour le dire autrement, le droit romain qui s’impose comme **droit commun est-il un droit réinterprété par les auteurs**, à tel point que l’on se demande parfois s’il s’agit encore de droit romain ??? Quoiqu’il en soit, le ***jus commune* est donc avant tout une construction intellectuelle, un droit fait par des juristes**.

Cette caractéristique autorise une grande **liberté** quant au contenu de ce droit, qui ne constituera jamais un carcan mais demeurera un **cadre souple et malléable**.

**Un droit commun qui ne se veut pas unique**. Ce droit est ainsi commun à tous les pays d’Europe où exerce la même communauté de juristes. Mais c’est un droit commun qui ne se veut pas pour autant un droit unique. Bartole fixe ainsi la grande distinction entre droit commun, *jus commune*, et droit propre, *jus proprium* ou plutôt *jura propria* au pluriel car ces droits (lois, statuts des villes, coutumes) sont par définition multiples. Le droit commun ne **fixe que les grands principes** ; et l’on trouve au-dessous, ces droits particuliers, qui consacrent une grande variété de situations et qui expriment le pluralisme institutionnel de l’ancienne Europe.

Il existe ainsi une **supériorité** du droit commun, qui représente **l’ordre, l’unité, la rationalité**, au-dessus de la masse des statuts particuliers. C’est un **guide intellectuel**, qui permet d’appliquer de manière plus rationnelle les droits les plus divers, et de surmonter les conflits entre eux.

La théorie des statuts de Bartole le montre bien. Il tire du droit romain surtout toute une série de règles qui permettent de résoudre les conflits de coutumes.

La territorialité des coutumes posait en effet une difficulté, car un même sujet de droit pouvait se voir appliquer un droit différent d’un territoire à l’autre. Ainsi une **femme mariée pouvait-elle être capable dans une seigneurie**, où elle **vivait** par exemple, et **incapable dans une seigneurie voisine** où elle pouvait posséder des **biens**. Quand un conflit portait sur l’un de ses biens, **comment savoir quelle coutume appliquer ?** Celle de du lieu de résidence de la propriétaire ou celle du lieu de l’immeuble ? Existaient ainsi des conflits entre les droits coutumiers, que Bartole a voulu résoudre en posant des règles, lesquelles sont encore essentiellement retenues dans le **droit international privé**. C’est lui qui le premier distingue **le statut réel**, le statut des biens, du **statut personnel**, pour tout ce qui touche à la personne. Il décide ainsi que les **immeubles** sont régis par la **coutume de leur lieu**, sans tenir compte du domicile des parties en cause, tandis que tout ce qui touche **à l’état ou à la capacité d’une personne** sera réglé par la **coutume du lieu du domicile** de cette personne.

Le droit commun sert donc avant tout de **guide**, permet d’élaborer une **méthode**. Ainsi conçu, quelle est son influence ?

###### 3. L’influence du droit commun.

**L’influence du droit commun**. Concept élaboré au XIIIe siècle et surtout au XIVe siècle par Bartole et Balde, cette notion de droit commun ne va pas avoir la même influence partout en Europe. Dans les pays qui n’ont pas encore dégagé leur propre droit commun, national, à cette époque, l’influence sera grande : c’est le cas de l’Allemagne, de l’Italie, de la France et de l’Espagne.

Pour reprendre l’exemple de la France, il faut encore distinguer, car si dans la moitié **Sud** de la France, où la tradition romanisante est plus forte, le droit romain supplantera peu à peu les droits locaux, du fait de l’action des juristes sortis des facultés de Toulouse, Montpellier, Aix, et du fait de l’action des parlements de Toulouse, Bordeaux, Aix encore, qui sont installés au cours du XVe siècle. Ainsi le droit romain devient sous le nom de droit écrit la « **coutume générale** » des pays du Midi.

Dans le **Nord** en revanche la réception du droit romain est moins forte. Il ne va pas s’appliquer dans la vie quotidienne, régie par les nombreuses coutumes locales, et pourtant il est bien enseigné à l’université et les auteurs y font référence en tant que raison écrite, ***ratio scripta***, une **clé pour raisonner juste sur le droit**. C’est à ce titre que dépassant le rôle de simple outil intellectuel, le droit romain constitue aussi une réserve de solutions juridiques, pour tous les cas où les coutumes sont muettes. Il joue donc aussi le rôle d’un droit **supplétif**.

En revanche, dans les pays qui sont en train d’élaborer leur propre droit commun, l’influence du jus commune médiéval est quasi-nulle. C’est le cas de l’Angleterre qui depuis le XIIIe siècle cherche son droit national et qui s’appuie sur ses juges pour y parvenir. Cela ne signifie pas que les principes romains n’ont pas d’influence en Angleterre, au contraire (nous avons d’ailleurs vu que le droit romain a été enseigné à Oxford au XIIe siècle), mais c’est plutôt cette idée médiévale de *jus commune* qui n’en a aucune, puisque l’Angleterre est en train d’élaborer son propre droit commun, sa *Common law*.

Ailleurs, il nous faut dire quelques mots de ce que l’influence du droit commun, du droit romain tel que compris par la doctrine, a changé.

##### B. Le renouveau de l’idée d’État.

Avec le droit romain apparaît le renouveau de l’idée d’État. Le droit romain livre en effet une conception de l’État qu’avait bien transmis l’Église depuis la chute de Rome, mais qui avait été culturellement oublié, les seigneurs locaux usurpant les pouvoirs du roi partout dans le royaume.

- L’on trouve d’abord en droit romain une **définition de l’État**, ce que les Romains appellent le statut de la chose publique, *status rei publicae*. C’est de ce mot de statut, qui signifie ce qui est debout, ce qui est stable, ce qui dure, que sera ensuite tiré le mot État.

- L’idée de durée, d’éternité est ici essentielle et permet de **distinguer** l’État lui-même, l’institution, de l’homme qui occupe la position de chef de l’État, mortel, par définition, qui **ne reçoit donc la charge de l’État** que pour un temps. Ainsi **l’on distingue la personne du Prince**, éphémère, passagère, **de sa fonction**, éternelle, laquelle ne meurt jamais, répètent les auteurs, tant pour le **Pape** d’abord que pour **l’empereur** et le **roi**. Et l’on en arrivera à dire à la fin du moyen âge que **le roi a deux corps** : un corps physique et un corps mystique, seul le premier étant mortel, le second perdurant sous les apparences changeantes des princes qui se succèdent au pouvoir. C’est la **célèbre théorie des deux corps du roi**.

- La définition des pouvoirs du prince. Le droit romain permet d’affirmer aux quatre docteurs de Bologne, en 1158, que Barberousse détient le *dominium mundi*, la domination du monde.

. Au-delà de cette anecdote, le droit romain contient des principes qui permettent de préciser les pouvoirs des princes européens, et notamment **l’étendue de leur pouvoir législatif**. Comme l’empereur romain, l’empereur du saint-Empire romain germanique et les rois européens prétendent qu’ils peuvent faire la loi, que leur volonté fait la loi : *Quod principis placuit legis habet vigorem*, reprennent leurs conseillers, ce qu’avait affirmé Ulpien.

. Nous savons aussi que pouvant faire la loi, **les princes ne sont pas soumis aux normes qu’ils édictent** : *princeps legibus solutus est*, le prince est délié des lois, répètent aussi les auteurs en s’appuyant sur le droit romain.

. Les auteurs tirent enfin des textes romains l’idée selon laquelle **la volonté des princes est même la seule qui puisse créer du droit**. Les princes portent tout le droit dans l’archive de leur poitrine, disent les docteurs de Bologne, tandis que les quatre docteurs affirment à Frédéric Barberousse qu’il est la loi animée, la *lex animata*, celui qui donne vie à la loi. Le même raisonnement sera appliqué au Pape.

Dans un contexte féodal où les pouvoirs des rois ont été usurpés par des seigneurs locaux qui légifèrent sur leurs terres, en vertu de leur pouvoir de ban, il pouvait être utile de le rappeler. Même si ces idées ne correspondent pas à la réalité au moment où elles sont affirmées, elles contribueront à faire évoluer les mentalités et à imposer le pouvoir législatif du roi.

- **La limitation des pouvoirs du roi**. Ainsi utilisé, le droit romain paraît conférer aux princes des pouvoirs absolus. En réalité il contient aussi nombre de principes qui permettent de limiter son pouvoir.

. La loi *Digna vox* indique par exemple que le prince doit se déclarer soumis à la loi, que cela est digne de sa majesté impériale. Mais alors comment concilier ce texte avec le principe d’après lequel le prince est *ab legisbus solutus*? Une étude plus approfondie des textes romains montre que l’empereur romain avait reçu un pouvoir législatif étendu parce que le peuple romain lui avait délégué une telle autorité, par une loi (la *lex de imperio*). L’empereur et les autres princes sont donc au moins soumis à cette norme, à cette délégation. Le prince tient donc son pouvoir du peuple et certains en déduiront que le peuple peut avoir son mot à dire. Nous verrons cette prétention revenir souvent dans l’histoire de France, émanant des Etats généraux ou des parlements.

. Surtout, le droit romain et le droit canon assignent un but à la mission royale, qui constitue sa limite. Si étendus que soient ces pouvoirs, le roi doit gouverner au nom du bien commun, en respectant la morale, naturelle et religieuse, dont il ne peut jamais être délié, contrairement aux lois édictées par les hommes (différence entre la loi naturelle et la loi positive).

Comme la fin du droit est la justice, le but du gouvernement royal est aussi la justice, et au moyen âge, le roi de France est appelé souverain justicier, pour souligner l’importance, le caractère premier de cette mission de justice, qui permet de ne pas confondre l’exercice de son pouvoir avec le caprice et l’arbitraire, de justifier aussi l’obéissance qui lui est due.

##### C. Les idées nouvelles qui s’imposent en droit privé.

Tous les domaines du droit privé se sont trouvés marquer par l’influence du droit romain et du droit canon, à des degrés divers toutefois, selon que l’on se trouve dans la moitié Nord ou Sud de la France. Prenons trois exemples : le droit de la **famille**, le droit des **biens** et le droit des **obligations**. Dans ces trois domaines l’on constate à peu près la même évolution : **là où les coutumes germaniques attachaient une grande importance aux faits, à la matérialité, à l’apparence, les droits savants amènent à considérer davantage la volonté et le droit**.

- La **famille** : le mariage se trouve notamment profondément transformé par la renaissance des droits savants. Alors que les coutumes germaniques accordaient une grande importance à l’union sexuelle dans la formation du mariage (« au coucher gagne la femme son douaire »), le **droit romain** amène l’idée que c’est le **consentement** qui compte par-dessus tout, et le **droit canon** ajoute : le **consentement des seuls époux**, et non celui de leurs parents. L’Église accorde à ce mariage conclu ainsi, du seul consentement, libre, des époux, des effets importants : il s’agit d’un sacrement et le lien marital est absolument indissoluble. Tout divorce est impossible.

- Le **droit des biens** : les coutumes germaniques avaient imposé la notion de **saisine**, de maîtrise matérielle du bien, laquelle ne correspondait à aucune catégorie du droit romain, n’étant ni la possession ni la propriété. Lorsque le droit romain renaît, la notion de saisine, qui correspond à une appréhension matérielle du bien, et qui se renforce par l’écoulement du temps, tend à se rapprocher de la possession romaine, tandis qu’au-dessus le droit romain impose la renaissance du droit de propriété, droit exclusif (un seul titulaire) et absolu (droit d’user, de recueillir les fruits et de vendre).

- **Le droit des obligations** : dans le droit des obligations, jusque-là, les mentalités s’intéressaient avant tout à la **matérialité de l’acte**, et n’accordaient pas d’importance à la **volonté**, qui était tout à fait impuissante pour créer l’engagement. Nous avons déjà rencontré cette idée dans la **loi salique** qui de la même façon ne s’intéresse qu’au résultat du délit sans rechercher l’intention de l’auteur. En droit des contrats, la même idée avait donc prévalu et avait imposé le principe du **formalisme**. Pour naître, l’engagement doit nécessairement s’incarner dans des formes particulières. Au contraire, avec la renaissance des **droits savants**, le droit romain et le droit canon permettent de considérer davantage la **volonté des parties**, et ainsi va progressivement s’imposer dans notre droit le principe du **consensualisme**, d’après lequel c’est l’accord de volontés qui forme le contrat. Le consensualisme s’imposera progressivement, tant dans le Nord que dans le Sud de la France, et **Loysel** le résumera au XVIIe siècle grâce à la formule : « On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles ».

Les droits savants ont ainsi **complètement renouvelé la pensée juridique** et ont provoqué une **véritable révolution culturelle**. Leur influence sera durable, mais l’idée qui les a portés, celle de droit commun, va tendre quant à elle à s’effacer progressivement. Nous avons vu que cette idée ne s’était pas imposée en Angleterre car depuis le XIIIe siècle ce pays élaborait son propre droit commun, national. A la fin du moyen âge, c’est maintenant au tour de la France (et d’autres États européens comme l’Espagne) de rechercher leur droit national, au moment où les États-Nations sont en pleine construction et où le droit participe de cette construction (dans une bien moindre mesure cependant dans les pays d’Empire, Allemagne et Italie). Il faut alors bien distinguer : le contenu des droits savants continuera d’avoir une très grande importance et d’influencer notre droit, mais l’idée du *jus commune* européen est en recul, au profit de l’idée de droit national, et pour nous, de droit français.

# Troisième partie. Vers la naissance du droit français.

A la fin du moyen âge, **l’État** français est en pleine **construction** et le roi tente de faire la **reconquête de ses pouvoirs** qui ont été usurpés par les seigneurs, notamment son **pouvoir législatif**. Nous avons vu les principes qu’il peut utilement tirer du droit romain pour y parvenir. Parce que l’État se construit, parce que les pouvoirs du roi s’affirment, nous allons assister à un double phénomène : d’une part **la loi décidée par le roi**, issue de la volonté royale **prend à nouveau une grande importance, dès le Moyen âge** (Section I) ; d’autre part, **le roi tente de s’approprier les autres sources du droit que sont la coutume et les droits savants**, le droit romain surtout (Section II). Cette affirmation de l’autorité législative du roi est encore plus profondément marquée à partir de **l’époque moderne**, où **les ordonnances royales prennent une autre dimension** (Section III). Elles constituent en partie une **entreprise d’unification du droit**, qui combinée à **l’appropriation par le roi des autres sources du droit**, et avec le **soutien de juristes et auteurs français**, permet finalement **l’émergence d’un droit proprement français**, d’un droit propre, un ***jus proprium*** qui ne se limite plus à une ville ou à une seigneurie, mais **à l’ensemble du royaume** (Section IV).

### Section I. La renaissance du pouvoir législatif royal au Moyen âge.

Examinons la situation de la « loi » entre 884 et 1155, alors que le pouvoir législatif du roi est en sommeil (Paragraphe 1). Puis voyons la reconquête par le roi de son pouvoir législatif (Paragraphe 2). Enfin étudions la conséquence de cette reconquête : les lois du roi au Moyen âge (Paragraphe 3).

#### § 1. Les mesures « législatives » prises entre 884 et 1155.

Nous savons que le dernier acte législatif émanant du roi est un **capitulaire** carolingien de **884**. Après cette date, le pouvoir royal de légiférer issu des conceptions germaniques, le pouvoir de **ban**, a été **usurpé** par des **seigneurs** locaux qui ne légifèrent plus au nom du roi sur les terres qu’ils administrent en tant que fonctionnaires, mais **qui légifèrent en leur propre nom et dans leur propre intérêt**, dans les **limites** souvent étroites de leurs **seigneuries**.

Dans un tel contexte, le roi capétien (qui remplace le roi carolingien en 987) est incapable de prendre toute mesure législative véritable, c’est-à-dire une **mesure de portée générale et d’application durable** jusqu’en 1155 (ordonnance de Louis VII). **Entre 884 et 1155, le pouvoir législatif du roi est donc mis en sommeil**.

Mais il existe tout de même des **mesures dites « législatives »** qui sont prises **entre 884 et 1155**. Elles sont la **première étape de la renaissance d’un pouvoir législatif, même si ces mesures ne sont pas dues au roi de France**. En effet le roi n’apparaît alors que comme un **seigneur** parmi les autres, et il n’est pas le seigneur le plus puissant du royaume. Si bien que d’autres grands princes, avant lui, prennent des mesures législatives d’importance, c’est-à-dire **générales et permanentes**. Ces mesures prises par de grands princes territoriaux portent alors le plus souvent le nom **d’établissements**, terme qui vient encore de *status* et qui signifie leur **stabilité**, 1ère caractéristique de la loi renaissante.

Il arrive aussi parfois que l’on désigne également ces mesures par le terme **d’ordonnances** (terme que se réservera bientôt le roi), qui signifie **l’ordre à la fois 1° au sens de commandement**, fondé sur le pouvoir de **ban**, pouvoir issu de la tradition germanique, et **l’ordre 2° au sens d’organisation**, le texte venant mettre de l’ordre là où régnait auparavant le désordre. Les ordonnances sont ainsi **obligatoires**, elles sont des ordres obligatoires, en vertu du pouvoir de ban détenu par celui dont elles émanent, et là est la **2e caractéristique de la loi**. **Elles mettent enfin de l’ordre**, elles organisent, et telle est **la 3e caractéristique de la loi**.

**Une loi stable, obligatoire et ordonnatrice existe ainsi entre 884 et 1155**, mais pourtant elle n’est **pas encore tout à fait la loi**. Bien que dotée de certaines de ses caractéristiques, il lui en manque encore une, essentielle : **ces mesures législatives prises d’abord par les grands princes territoriaux ne valent qu’à l’intérieur des terres qu’ils commandent directement**. Même le roi lorsqu’il légifère en tant que seigneur se heurte au même obstacle : du fait de sa faiblesse, **il a perdu toute autorité directe sur ses sujets en dehors de son domaine**, et **les princes, grands ou petits, font écran** en quelque sorte, entre l’autorité royale et les habitants du royaume.

Mais le roi commence la reconquête de ses prérogatives et peut à nouveau ordonner à partir de 1155.

#### § 2. La reconquête du pouvoir législatif royal.

A partir de 1155, le roi légifère à nouveau mais **ce n’est que lentement qu’il affirme son pouvoir législatif** et qu’il en opère la reconquête, car **pendant un certain temps le roi doit recueillir l’accord des seigneurs locaux** pour que sa loi soit appliquée. **Le pouvoir législatif royal reste donc indirect pendant un temps** (A). Mais dans la reconquête de son pouvoir, le roi peut compter sur le soutien des auteurs, de la **doctrine**, qui travaillent à **l’affirmation d’un pouvoir royal direct** (B).

##### A. La loi à partir de 1155 : l’exercice d’un pouvoir législatif royal indirect.

La première ordonnance royale, celle prise par Louis VII en 1155, a pour but d’imposer pour **dix ans la trêve de Dieu**, une paix générale dans le royaume. Elle présente des **caractéristiques particulières** qui contrastent avec le droit en vigueur à la même époque : 1° il s’agit d’un **acte d’initiative purement royale**, 2° qui introduit des **nouveautés** (alors que le droit se forme plutôt par la tradition, par la répétition des usages, par l’influence du droit ancien qu’est le droit romain), et surtout 3° **qui est applicable dans tout le royaume** et pas seulement dans les limites étroites du domaine royal.

Pour parvenir à ce résultat, le roi ne peut encore en 1155 imposer directement son autorité à tous ses sujets. Et il a dû **réunir les grands seigneurs de son royaume qui ont approuvé le texte et se sont engagés à l’appliquer, condition nécessaire pour que le texte soit appliqué au-delà du seul domaine royal**. Le texte de l’ordonnance précise bien en effet que la paix a été ordonnée « à la demande des **évêques** et **avec l’accord des barons** », ce terme désignant les grands seigneurs proches du roi.

Encore faut-il préciser deux choses : 1° le roi a dû recevoir un **accord unanime** de leur part. Celui qui refuse de s’engager ne peut pas encore être contraint par l’avis de la majorité. Chacun doit bien donner son consentement personnel. De plus 2° l’on suppose que les **barons** qui ont accepté d’appliquer l’ordre royal ont dû, de retour sur leurs terres, à leur tour **convoquer leurs hommes, des seigneurs moyens**, qui ont dû formuler le même engagement, et qui à leur tour ont réuni leurs hommes, **les seigneurs les plus petits**, qui se sont pareillement engagés pour que le texte puisse trouver application sur l’ensemble du royaume. A son niveau, chacun a dû donner son accord. **C’est bien alors du fait de l’autorité de chaque seigneur que la loi est applicable, et non du fait de l’autorité du roi**.

Par la suite, **le roi ne va pas cesser de s’affranchir du contrôle des grands seigneurs** pour retrouver un véritable pouvoir législatif. Au **XIIIe siècle**, sous les règnes de Philippe II dit Auguste (1180-1223), Louis VIII (1223-1226), Louis IX dit Saint-Louis (1226-1270) et Philippe III dit le Hardi (1270-1285), le roi continue de recueillir l’accord de ses barons mais se contente de l’accord de la **majorité** d’entre eux. C’est là une étape importante car 1° **ceux qui ont refusé d’appliquer le texte** sont ainsi tout de même liés, et le roi estime même 2° que **ceux qui n’ont pas répondu à la convocation royale**, qui ne se sont pas rendus à la cour du roi, sont liés de la même manière.

Mais au cours de cette 2e étape, le roi prend soin d’agit avec **la plus grande prudence** : les ordonnances pour lesquelles l’avis de la majorité oblige l’ensemble des barons sont **rares**, et **le plus souvent, le roi continue de légiférer pour son seul domaine**. C’est ainsi qu’en **1258**, lorsque Saint-Louis décide d’interdire la preuve par le **duel judiciaire**, il ne le fait **délibérément que pour le domaine royal**. Il sait là qu’il touche à un privilège essentiel des nobles, **la possibilité de prouver son droit par les armes, par l’épée**, et **qu’il n’a pas les moyens d’imposer une telle mesure hors de ces terres, quelles que soient les précautions** qu’il prendrait. D’ailleurs **même dans son domaine**, la mesure suscite des réactions hostiles très violentes.

Ainsi à la fin du XIIIe siècle, **le pouvoir législatif du roi apparaît encore bien limité**. Le roi va recevoir l’appui de la **doctrine**, des auteurs, tant formés au droit coutumier qu’au droit savant, pour pourvoir aller plus loin.

##### B. La doctrine et la défense d’un pouvoir législatif direct.

Le pouvoir législatif du roi est bien décrit par **Beaumanoir** à la fin du XIIIe siècle. L’auteur distingue le pouvoir du roi en temps de paix et en temps de guerre :

- en temps de **paix**, le roi n’a quasiment pas de pouvoir législatif et reste tenu par les **coutumes et les usages**, ainsi que par la *lex de imperio*, par la loi divine et naturelle…

- en temps de **guerre** en revanche, **le roi peut et doit même légiférer**, à condition de respecter certaines **conditions** :

. La mesure nouvelle doit assurer le **« commun profit »**, être prise dans l’intérêt général, notion issue de la philosophie d’Aristote, reprise pas les romains puis par Saint-Thomas d’Aquin, qui enseigne à Paris jusqu’en 1274 et qui est donc un contemporain de Beaumanoir.

. La mesure nouvelle doit également être **raisonnable**, conforme à la raison naturelle, divine, ainsi qu’à la raison humaine (elle doit respecter les bonnes mœurs).

. Enfin la mesure nouvelle doit être **délibérée à grand conseil** écrit Beaumanoir, le roi devant préalablement avoir pris soin de recueillir l’accord de ses barons.

L’auteur coutumier contribue donc à l’affirmation du pouvoir législatif royal, mais à des conditions strictes. Le roi reçoit ensuite et surtout **l’appui de l’Église et des civilistes**, qui contribuent davantage, par leurs analyses, à faire que le droit issu de la volonté royale reçoive **force obligatoire directement**, sans que le roi ait besoin de passer par l’intermédiaire des barons. Précisons qu’à partir du XIIIe siècle surtout, **les légistes formés au droit romain prennent une grande importance puisqu’ils s’imposent à la Cour du roi**, deviennent ses conseillers. Leurs idées ne s’imposeront donc que davantage. Ces auteurs mettent en avant **trois arguments** :

- Le roi est d’abord titulaire d’une **mission**, depuis les Carolingiens, mission définie par l’Eglise. Recevant le **sacre**, devant l’envoyé de Dieu sur terre, il ne peut pas gouverner selon son bon plaisir mais doit respecter le but de sa mission, de son ***ministerium* *regis* (idée d’une fonction confiée par un supérieur)**, en conduisant son peuple vers le salut. Cette idée semble limiter les prérogatives royales mais les **renforce** en réalité car un pouvoir ainsi défini est légitime, doit être obéi, reçoit force obligatoire. Le roi doit accomplir une **mission générale de justice**, et il doit pouvoir légiférer dans ce but.

- Le roi est **le seul qui prenne des décisions pour le bien commun**, que l’on appelle au moyen âge le « commun profit » ou encore « l’utilité publique », soit l’intérêt général. Au XIIIe siècle, avec l’aide de ses conseillers, le roi se présente ainsi comme **très différent des seigneurs**. Ces derniers ne peuvent légiférer au nom de l’intérêt général puisqu’ils ne prennent des décisions que pour quelques-uns, les habitants de leur seigneurie. **Au contraire le roi qui légifère pour l’ensemble du royaume, l’ensemble des sujets a seul la charge du bien commun**. Là encore, animée par un tel but, la législation royale ne peut que recevoir force obligatoire.

- Les auteurs rappellent les **formules romaines** qui justifient le pouvoir législatif du roi : la **force obligatoire de sa volonté** (ce qui plaît au Prince a force de loi, *Quod principi placuit legis habet vigorem*), et **le fait que lui-même ne soit pas tenu par la loi**, qu’il soit *ab legibus solutus*, expression qui revient cependant moins souvent car **elle gêne les auteurs, notamment coutumiers**, pour qui il reste bien entendu que le roi est tenu par la coutume. Le sens précis de cette dernière formule ne sera précisé qu’au XVIe siècle.

La doctrine est donc nettement et fortement établie en faveur du pouvoir législatif du roi, mais **la pratique est bien en-deçà de ces affirmations**, car le roi continue d’agir avec prudence, progressivement, et les doctrines développées servent avant tout à **préparer** son action plutôt qu’à l’imposer directement. C’est tout de même fort de ce soutien qu’au Moyen âge le roi prend **d’importantes mesures législatives**, appelées **lois du roi**, pour les distinguer des lois du royaume, auxquelles le roi est soumis.

#### 

#### § 3. Les lois du roi au Moyen âge.

Il faut d’abord préciser la procédure législative (A) avant de dire quelques mots des ordonnances du moyen âge, qui touchent essentiellement la police du royaume (B).

##### A. La procédure législative.

Les lois du roi portent généralement le nom **d’ordonnances**, porteuses à la fois d’un **commandement obligatoire** et **d’organisation**. Comme au temps de l’Empire romain, il faut **distinguer en réalité suivant la portée de l’acte législatif** issu de la volonté royale. L’on distingue ainsi trois catégories :

- les **ordonnances** proprement dites, qui sont des lois à portée générale et qui recouvrent de matières très diverses,

- les **édits**, qui ont un objet plus restreint, qui sont applicables à une seule matière ou alors qui doivent recevoir application dans une partie seulement du royaume,

- les **déclarations**, qui viennent préciser ou interpréter un point précis d’une ordonnance ou d’un édit.

Ces textes sont rédigés par la **chancellerie royale** (le secrétariat du roi qui a la charge de la justice) et prennent la forme de **lettres patentes**, qui demeurent **ouvertes** (du latin *patere*, être ouvert, **contrairement aux lettres de cachet**, lettres fermées dont le contenu doit être connu du seul destinataire). Il s’agit donc de lettres publiques, adressées à tous.

Ces **lettres patentes** sont **signées par le roi puis transmises au chancelier**, qui **contrôle la régularité des ordonnances** (c’est un aspect du **devoir de conseil**, souvenir du temps où le roi était un seigneur et où ses obligés lui devaient ce devoir de conseil). A cette occasion le chancelier peut présenter des **remontrances** au roi (suggestions de modification). Enfin le chancelier appose le **sceau royal** dont il a la garde (le chancelier est en effet aussi **garde des sceaux**, et lorsque le roi voudra conférer à son chancelier une **fonction seulement technique**, et non politique, il lui retirera la chancellerie et lui laissera seulement la **garde des sceaux**, ou alors attribuera ces deux fonctions à deux individus distincts). **Le sceau royal représente le roi en majesté**, assis sur le trône, **tenant la fleur de lys et la main de justice**. Le sceau est **vert** pour les ordonnances et les édits, qui sont toujours de grandes lettres patentes, tandis que le sceau est **jaune** pour les déclarations, toujours sous la forme de petites lettres patentes.

Pour que **les magistrats puissent en tenir compte et les appliquer**, ces lettres patentes sont enfin **envoyées par le chancelier au nom du roi**, **à toutes les juridictions souveraines** du royaume, les parlements. A réception, ces cours doivent **retranscrire les ordonnances dans des registres**, et littéralement, **les enregistrer**, ce qui est une **façon de les publier et de les rendre applicables** dans le ressort de juridiction. C’est par ce biais que les cours souveraines sont associées au processus législatif, nous y reviendrons.

En suivant cette procédure, le roi promulgue au Moyen âge plusieurs ordonnances, qui restent limitées à un domaine, en raison de la prudence royale : la police du royaume.

##### B. Les lois du roi au moyen âge : la police du royaume.

Au moyen âge et d’ailleurs jusqu’à la fin de la monarchie, le roi intervient **assez peu dans le domaine du droit privé, qui reste essentiellement régi par les coutumes**, lesquelles apparaissent comme des **privilèges** sur lesquels le roi ne peut revenir. Au moyen âge, les ordonnances royales portent donc essentiellement sur ce que l’on appelle la **police** du royaume, l’administration du royaume, le droit public. Le roi intervient donc essentiellement en matière de **procédure et de droit pénal**.

Les ordonnances que prend le roi en la matière ne paraissent pas encore très bien ordonnées. Elles portent le plus souvent **des mesures ponctuelles sur des points très divers**, car le roi ordonne non pas tant pour innover (et n’est donc pas guidé par un plan d’ensemble) que pour « **réformer les abus** », but avoué des ordonnances médiévales et qui permet de les qualifier **d’ordonnances de réformation**. Il s’agit avant tout de **corriger** ce qui ne fonctionne pas, d’éviter les **injustices**, de lutter contre les **comportements abusifs** des agents du roi, et donc bien souvent de **rétablir la situation antérieure, plutôt que d’innover**.

La première grande ordonnance de ce type est prise par Louis IX (1226-1270) en **1254**, au retour de la Croisade, après que le roi a été vaincu et capturé par les musulmans d’Égypte. De retour en France, le roi interprète son échec comme une sanction divine, **sanction de son mauvais gouvernement et des péchés nombreux qu’il laisse commettre dans le royaume**. En 1254, Louis IX cherche donc à **corriger les abus** en imposant un **serment**, sorte de code de déontologie, aux agents royaux que sont les **baillis** (au Nord) et les **sénéchaux** (au Sud), lesquels ont des fonctions judiciaires mais aussi des fonctions administratives.

Par la suite, les ordonnances de réformation sont souvent prises à la demande des **États généraux**, assemblées des trois états de la société d’Ancien Régime et prolongement du conseil du roi, qui font part de leurs **doléances** au souverain. En réponse, celui-ci prend généralement une ordonnance pour **réformer les abus portés à sa connaissance**, dans les domaines les plus divers. Le but demeure le même : **corriger et revenir à la situation antérieure plutôt que d’innover**. Mais nous verrons que parfois, de telles ordonnances cachent des innovations d’importance, comme lorsque le roi ordonne la rédaction des coutumes par l’ordonnance de Montils-les-Tours en 1454. Justement, en même temps qu’il affirme sa puissance législative, **le roi s’approprie les autres sources du droit en les contrôlant**.

### Section II. L’appropriation par le roi des droits coutumiers et savants.

§ 1. Le roi et les coutumes. § 2. Le roi et les droits savants.

#### § 1. Le roi et les coutumes.

Le roi doit garder les bonnes coutumes (A) et abolir les mauvaises (B). Afin de mieux contrôler le droit coutumier, le roi en ordonnera finalement la rédaction (C).

##### A. Le roi gardien des bonnes coutumes.

Comme les seigneurs, **le roi doit garder les coutumes**, c’est-à-dire **les faire respecter**, par **ses sujets**, par **ses juges**, par les **seigneurs** qui dépendent de lui, et **les respecter lui-même** (voilà pourquoi les **auteurs coutumiers sont gênés par cette idée de roi *ab solutus legibus***, dans la mesure où s’il n’est pas tenu par certaines lois, il demeure tenu par les coutumes). Les auteurs coutumiers le répètent sans cesse, notamment **Beaumanoir**, et le roi lui-même le reconnaît, par exemple **Louis IX** en 1254 quand il fait obligation à ses baillis de juger « selon les droits, usages et coutumes approuvés dans chaque lieu), ou encore **Philippe le Bel** dans une ordonnance de 1302, dans laquelle il affirme qu’il doit s’assurer que ses barons font bien appliquer les coutumes sur leurs terres.

Le rôle de **gardien des coutumes** que joue le roi produit deux conséquences :

- **1ère conséquence, d’ordre législatif** : le roi étant gardien des coutumes, étant lui-même tenu par les coutumes, **il s’interdit par principe de légiférer dans des domaines régis par le droit coutumier**, essentiellement le **droit privé**, car ces coutumes apparaissent comme **les privilèges, la propriété** des territoires et des individus auxquels elles s’appliquent. Le roi doit donc les respecter (il promet lors de son **sacre** de respecter ses sujets « en leurs bonnes lois et coutumes anciennes »), même si nous avons vu qu’il intervient progressivement de plus en plus dans le domaine du droit privé, et les respecter à condition qu’elles soient **bonnes**, c’est-à-dire raisonnables et conformes au bien commun.

**- 2ème conséquence, d’ordre essentiellement judiciaire** : le roi est fréquemment appelé à **confirmer les dispositions coutumières**. Il confirme ainsi les coutumes applicables aux **églises locales**, car en vertu de la promesse qu’il fait lors de son **sacre**, le roi est le protecteur des églises, en plus d’être le gardien du droit coutumier. Des corps de **métiers** lui demandent également confirmation, comme des **villes**… Quel est le sens de cette confirmation ? Il ne s’agit **pas de reconnaître au roi un pouvoir législatif qui permettrait de conférer force obligatoire à la coutume**. Il est bien entendu que **les coutumes ont force obligatoire par elles-mêmes, elles existent de leur propre autorité**. Il s’agit plutôt de **garantir le contenu de la règle coutumière**, afin de faciliter sa **preuve** en justice.

Il arrive aussi que **le roi confirme les coutumes à l’occasion d’un procès, directement dans le cadre de la justice retenue,** ou **indirectement dans le cadre de la justice déléguée**. Tous les juges ont l’obligation de respecter les coutumes, mais s’ils ne le font pas, les parties peuvent en appeler au roi porter leur affaire devant la juridiction supérieure du royaume, le **Parlement**. Les parlements peuvent en effet confirmer les coutumes, tandis que **les juges inférieurs**, en appliquant simplement le droit coutumier, **approuvent son existence et contribuent ainsi à sa garde**, à sa conservation.

##### B. Le roi abolit les mauvaises coutumes.

Le roi peut aussi comme les seigneurs abolir les mauvaises coutumes, les **mauvais usages** (*malae consuetudines*). Le pouvoir d’abolition vient ici de que les coutumes doivent être, depuis le bas-Empire romain, **raisonnables, rationnelles**. **L’Église** ne cesse de rappeler cette idée en affirmant que les coutumes doivent être conformes à la **raison tant naturelle que religieuse**.

Les seigneurs puis le roi interviennent donc pour décider de la suppression **d’usages injustes ou irrationnels**, mais le roi intervient encore davantage, car en tant que **souverain justicier**, il lui appartient de garantir à ses sujets **le bon droit**, et même si les coutumes, bonnes ou mauvaises, sont la propriété, le privilège des sujets, le fait qu’elles soient mauvaises l’emporte ici, pour permettre au roi de les abolir.

**Le roi intervient à trois occasions** :

- Lorsqu’on lui demande de **confirmer une coutume**, il arrive fréquemment que le roi **confirme seulement en partie** la coutume, et **en profite pour écarter** certaines dispositions, qui tombent ainsi rapidement en désuétude. Exemple de la coutume de Toulouse en 1286.

- Il arrive aussi que le roi intervienne **à la demande de certains de ses sujets**, qui lui demandent d’abolir un usage injuste. Par exemple les habitants d’une seigneurie se plaignent de **perdre leur liberté en faisant l’acquisition d’une tenure servile**, et demandent au roi d’abolir cet usage.

- Enfin, il arrive encore que **ce soient les juges royaux** qui abolissent les mauvaises coutumes à l’occasion d’un **procès**. En 1257 le parlement de Paris abolit la coutume d’après laquelle le paysan qui renverse sa charrette et la relève sans la permission du seigneur lui doit une amende.

Le roi et ses juges font là encore preuve de **prudence**. Ils abolissent les mauvais usages **d’abord à l’intérieur du domaine royal**, comme **Saint-Louis qui intervient dès 1258** pour interdire dans le domaine royal la preuve par le **duel judiciaire**, preuve irrationnelle, contraire à la loi de Dieu et de nature. Ou encore lorsque **Saint-Louis en 1260** oblige ses juges, dans son domaine, à **ne plus appliquer la coutume qui prononce la peine de l’amputation de la main pour le vol d’un pain**.

**Puis à la fin du XIIIe siècle**, le roi abolit de mauvaises coutumes pour **l’ensemble du royaume**, même à l’extérieur de son domaine, pouvoir que confirme une ordonnance de 1302 prise par Philippe le Bel. **Les exemples d’intervention sont alors plus nombreux**. **En 1280, Philippe III le Hardi** interdit en Gascogne le **serment purgatoire**, par lequel l’accusé pouvait se purger d’une accusation en jurant sur les livres saints qu’il n’était pas coupable, preuve qui apparaît là encore irrationnelle. C’est encore lui qui la même année et toujours pour la Gascogne abolit la coutume des **compositions pécuniaires payables en cas d’homicide volontaire**, considérant qu’elles ne sont plus assez dissuasives, et imposant à la place la peine de mort. Louis XI intervient encore en **1463** pour interdire la **peine de la course**, subie par l’épouse adultère et son complice, surtout parce qu’elle est indécente et contraire aux bonnes mœurs. Les rois interviennent donc essentiellement en **matière pénale**, matière qui touche à l’ordre public et qui peut donner lieu aux excès les plus divers.

Transition. En tant que gardien des coutumes, l’on a vu que le roi était souvent appelé à confirmer le contenu de la règle coutumière. Toujours dans le souci d’assurer une meilleure connaissance du droit coutumier, le roi, souverain justicier, et donc garant de l’application d’un bon droit, d’un droit sûr, va finalement **ordonner la rédaction des coutumes**, ce qui sera un **bon moyen pour la royauté de contrôler le droit coutumier**.

##### C. La rédaction officielle des coutumes.

L’on se souvient que si les **coutumes des villes du Midi de la France** avait très tôt fait l’objet de **rédactions officielles**, dès le XIIIe siècle, il n’en allait pas de même dans le **Nord** où les nombreuses coutumes locales avaient été consignées à la même époque dans des **recueils simplement privés**, dont le contenu ne pouvait pas faire preuve en justice. Ce défaut avait entraîné le **développement de l’enquête par turbe** (où les juges s’en réfèrent à des sages qui vont les éclairer sur le contenu de la règle coutumière), procédé lourd à mettre en œuvre. D’où également les demandes fréquemment adressées **au roi pour qu’il confirme** les coutumes.

Malgré ces **solutions ponctuelles**, la **preuve** de la coutume demeure un problème, si bien que dès le début du XVe siècle, **quelques provinces du Nord prennent l’initiative de procéder aux premières rédactions officielles**, notamment l’Anjou, le Maine, le Poitou, le Berry, où les autorités judiciaires rédigent les coutumes locales, aidées de quelques praticiens. Mais ce mouvement de rédaction officielle demeure encore limité et il revient au roi, en tant que gardien des coutumes, de lui donner une impulsion plus générale. Examinons l’initiative royale (1) puis les conséquences immédiates de la rédaction (2).

###### 1. L’initiative royale et la première rédaction.

Le roi Charles VII ordonne la rédaction des coutumes par une première ordonnance donnée à **Montils-les-Tours en avril 1454** (art. 125), au nom de la **réformation de la justice** : ce sont en effet les inconvénients supportés par les plaideurs, du fait **des difficultés de preuve** des coutumes et du **coût de la preuve** (puisque les témoins, les prud’hommes, sont produits aux frais des parties, et qu’ils sont nombreux, 10 à l’origine puis 20) qui motivent la décision royale. Il s’agit donc seulement **d’établir avec certitude le contenu des coutumes** afin de dispenser les parties d’en rapporter la preuve, et non d’établir une législation royale qui reprendrait les coutumes. Il est bien entendu que **le droit coutumier doit demeurer un droit populaire et ne doit pas devenir un droit royal**. Le roi souverain justicier veut ainsi permettre une **justice plus sûre, plus rapide et moins coûteuse**.

En 1454, le roi retient une **première méthode de rédaction, complexe**, qui fait qu’une seule coutume est rédigée : la coutume de Bourgogne, en 1459. Pour relancer le mouvement, c’est ensuite à Charles VIII qu’il revient de prendre une nouvelle ordonnance, en 1498 (ordonnance de Blois), laquelle pose une **nouvelle procédure plus respectueuse des susceptibilités locales**. La procédure retenue en 1498 **associe ainsi l’autorité royale et le consentement populaire**, ce qui préserve cette idée qu’une règle devient coutumière parce qu’elle reçoit le consentement général de la population. **La coutume demeure bien ainsi un droit populaire et ne devient pas un droit royal**.

La procédure suivie peut être rapidement décrite en **5 étapes** :

- 1° Le **roi** adresse ainsi **l’ordre de rédaction**, sous forme de **lettre patente**, au **bailli** généralement. La rédaction se fait donc le plus souvent au niveau du bailliage, dont nous avons vu qu’il correspondait souvent à un ressort coutumier, en raison du rôle joué par le juge dans la reconnaissance de la coutume.

- 2° Ensuite **le bailli (juge royal) est chargé de rédiger un avant-projet** avec l’aide de quelques praticiens de son siège.

- 3° Le projet est corrigé par **deux commissaires royaux**, juges parlementaires du ressort. Les commissaires sont des commis, nommés par le roi pour remplir une mission spéciale et ponctuelle. Ils sont issus du même Parlement mais il y a des commissaires différentes par bailliages.

- 4° Des **représentants des trois ordres** réunis au niveau du bailliage délibèrent séparément sur le projet. Si les trois ordres émettent chacun un avis favorable sur une disposition coutumière, celle-ci est « **accordée** ». En revanche s’ils émettent un avis différent, la disposition coutumière est « **discordée** » et c’est ensuite le parlement qui décide souverainement, après avoir entendu les parties.

- 5° Enfin des **lettres patentes de confirmation** viennent sanctionner la coutume ainsi rédigée.

L’on remarquera ainsi que **les agents du roi jouent un rôle fondamental** dans la rédaction de la coutume. 1° Les représentants des États délibèrent sur un projet qu’ont élaboré baillis et parlementaires, et leur demandent fréquemment **conseil**, car ce sont des juristes particulièrement compétents. 2° C’est enfin le **parlement**, donc les juges royaux, qui tranche les conflits entre les trois ordres.

Prévue pour l’ensemble du pays, l’ordonnance de 1498 n’est pas appliquée partout. Notamment, **elle ne l’est pas dans la majorité des pays du Midi**, à l’exception des coutumes du ressort du Parlement de **Bordeaux**. Dans les ressorts des autres parlements méridionaux la romanisation du droit se poursuit donc, **d’autant plus facilement que le droit romain ne se heurte à aucune coutume rédigée**. Ailleurs et surtout dans le Nord, suivant cette procédure prévue par l’ordonnance de 1498, de nombreuses coutumes font l’objet d’une **première rédaction** au début du XVIe siècle, comme les coutumes d’Anjou et du Maine en 1508, d’Orléans en 1509, de Paris en 1510, de Poitou en 1514, de Bordeaux en 1521, du Nivernais en 1534, de Bretagne en 1539…

###### 2. La réformation des coutumes (2ème rédaction).

Puis en **1576**, les États généraux réunis à Blois (origine de l’ordonnance de Blois de 1579) demandent que les coutumes déjà rédigées soient révisées, car **les tribunaux et la doctrine** ont déjà révélé les défauts issus du premier mouvement de rédaction. La découverte de **l’imprimerie** permet en effet une meilleure diffusion des textes coutumiers, et des **comparaisons** entre eux. Ainsi l’on s’aperçoit que les **dispositions désuètes** avaient trop souvent été intégrées aux coutumes rédigées. Également, il existe des **contradictions** importantes entre les textes, et les juges peuvent appliquer un droit différent d’un village à l’autre. De tels défauts doivent être supprimés, dans le **contexte de rationalité accrue** qui est celui du XVIe siècle, dans la mesure aussi où les populations se déplacent davantage.

Ainsi, à l’initiative des **parlementaires** et des **auteurs** qui reprennent le souhait formulé par les **États**, un second mouvement de rédaction est lancé, non plus tellement pour rendre les coutumes certaines mais plutôt pour **les améliorer, les corriger**, et l’on parle alors plutôt de **réformation** des coutumes pour qualifier cette seconde rédaction.

Pour procéder à cette réformation, la procédure suivie est à peu près la même que précédemment, à cette différence près que **les mêmes commissaires royaux sont choisis pour réformer toutes les coutumes d’un même ressort de parlement**, et que le roi n’envoie donc plus des commissaires différents par bailliage. C’est ainsi que ces commissaires procèdent inévitablement dans le sens de **l’uniformisation du droit**, en **rapprochant les dispositions contraires** dans un même ressort, afin de réduire au maximum les conflits de coutumes qui demeuraient gênants en pratique, malgré la théorie des statuts élaborée par Bartole au XIVe siècle.

Dans le cadre de la réformation, globalement, les propositions qu’ils formulent sont **meilleures** que les textes anciens, pour 4 raisons : 1° Elles portent la **modernisation** de la langue coutumière. 2° Elles permettent de **mieux ordonner les textes, et de réduire leur nombre**, la coutume de Paris passant ainsi de 685 articles à 362. 3° Elles permettent **d’écarter les solutions apparaissant encore les plus injustes ou les plus radicales**. 4° Elles permettent enfin de livrer une **rédaction beaucoup plus savante**, qui intègre les autres sources du droit, et notamment la jurisprudence des parlements.

Ainsi les trois ordres approuvent pratiquement toujours les changements proposés et sont ainsi adoptées de **nouvelles coutumes** (NC) : nouvelle coutume de Paris ou de Bretagne en 1580. La coutume de Paris est alors celle qu’il faut retenir, en raison de sa qualité, de l’importance de la ville de Paris bien sûr, et aussi de son commentaire, œuvre de l’un des plus grands juristes de son temps : Charles **Dumoulin** (il publie son commentaire en 1539, lequel marque un certain refus de l’influence du droit romain, commentaire qui va servir à la réformation)…

###### 3. Les conséquences immédiates de la rédaction des coutumes.

La rédaction puis la réformation des coutumes produisent quatre conséquences immédiates.

**Première conséquence** : les coutumes sont désormais **fixées**. Elles deviennent de véritables lois écrites. Théoriquement pour les modifier, il faut suivre la même procédure que pour leur rédaction, qui est tout de même assez lourde, si bien **qu’elles ne changeront plus jusqu’à la Révolution française**.

**Quant aux coutumes qui n’ont pas été rédigées suivant la procédure officielle**, elles ne sont plus reconnues, et il est défendu aux avocats des les alléguer comme aux juges de les appliquer. La coutume traditionnelle, orale, ne peut plus être invoquée sauf pour combler les lacunes du texte rédigé. Logiquement, l’enquête par turbe finit par tomber en désuétude, puis est finalement abolie, par l’ordonnance civile de 1667.

**Deuxième conséquence** : les coutumes acquièrent une force, une autorité beaucoup plus grandes et la question se pose de la **hiérarchie** entre les coutumes et les autres sources du droit, notamment les lois royales. Les tribunaux semblent faire prévaloir les coutumes rédigées sur les ordonnances royales, même si les auteurs ne sont pas d’accord sur ce point.

**Troisième conséquence** : la **diminution du nombre des coutumes**. Globalement, les coutumes diminuent, et celles qui subsistent ont un **ressort d’application plus vaste**. Se dégagent en effet des **coutumes générales**, qui tendent à faire disparaître les coutumes locales. Celui qui entend se prévaloir en justice d’une coutume locale différente de la coutume générale doit en rapporter la preuve en justice, ce qui sera très difficile lorsque la coutume locale n’aura pas été rédigée, ce qui sera souvent le cas… Ainsi les coutumes diminuent : à la veille de la Révolution l’on dénombre environ **64 coutumes générales et 300 coutumes locales**.

**Quatrième conséquence** : la rédaction et la réformation ont permis d’introduire des **modifications de fond dans les droits coutumiers**, modifications que l’on doit souvent aux commissaires royaux, lesquels étaient animés de la triple volonté :

- 1° **réduire le droit coutumier à quelques grands principes**, ce qui aboutira à la réduction du nombre de coutumes ;

- 2° imposer des principes nouveaux justifiés par le bien commun, faire prévaloir la volonté royale sur certains usages, comme le fait de ne pas permettre au conjoint veuf de se remarier librement et d’avantager son second conjoint au préjudice des enfants de son premier mariage. Le roi avait en effet pris un édit sur cette question, l’édit des secondes noces, en 1560, et les commissaires royaux imposent l’idée lors de la rédaction ou la réformation des coutumes.

- 3° permettre une certaine **influence du droit romain**. Ainsi 1er exemple le président Lizet (premier président du Parlement de Paris) fait-il admettre des **principes romains lors de la rédaction de la coutume du Berry** (province du centre de la France) comme l’institution d’héritiers par testaments, la fixation de la majorité à 25 ans, etc. Ainsi 2e esxemple **Tiraqueau** juriste très anti-féministe du XVIe siècle utilise-t-il le droit romain dans laquelle figure l’expression *imbecillitas sexus*, d’après laquelle les femmes sont physiquement plus faibles que les hommes, pour faire prévaloir **l’incapacité de la femme mariée dans la coutume de Paris réformé**e. Pour autant, **il ne faut pas faire des exceptions le principe et il faut bien garder à l’esprit que même si elles subissent l’influence du droit romain sur certains points, les coutumes rédigées, et du fait même qu’elles sont rédigées, permettent de sauver l’héritage juridique des provinces, en faisant prévaloir des règles qui ne sont pas romaines dans leur immense majorité**.

Mais le roi ne se positionne pas seulement à l’égard du droit coutumier. Il prend également position à l’égard des droits savants que sont le droit romain et le droit canon, qui là encore ne sont applicables dans le royaume que sous son contrôle.

#### § 2. Le roi et les droits savants.

Au moyen âge, nous avons vu que le droit romain et le droit canon sont tous deux appliqués en France, **le droit romain** dans les pays du Midi et le **droit canon** parce qu’il s’applique à certaines personnes et à certains domaines du droit. Or l’applicabilité de ces deux droits doit être précisée à partir du moment où le roi affirme son **pouvoir législatif et sa souveraineté**, car **ces deux droits paraissent servir deux puissances politiques qui sont les concurrentes**, voire les ennemis du roi de France : le Saint-Empereur romain germanique d’une part, le Pape d’autre part. Le roi de France a donc l’occasion **d’affirmer son indépendance à l’égard de l’une et l’autre de ces puissances et de préciser que si le droit romain (A) et le droit canon (B)** s’appliquent dans le royaume, c’est **uniquement parce qu’il le veut bien**.

##### A. Le Saint-Empire romain germanique et le droit romain.

Le roi de France affirme d’abord son **indépendance à l’égard du Saint-Empereur romain germanique**, empire qui a été restauré en 962 par la papauté et qui se veut l’héritier d’une double tradition : celle de **l’Empire romain d’Occident et celle de l’Empire carolingien**. Or relativement à cet Empire, trois éléments paraissent aller contre le roi. 1° **Le roi de France ne règne que sur une petite partie de l’Empire carolingien**, qui s’est trouvée détachée à partir de 843 et du partage de Verdun (fils de Louis le Pieux). De plus, 2° **le titre d’empereur est un titre supérieur** à celui de roi, comme l’ont rappelé les quatre docteurs de Bologne quand ils ont affirmé en 1158 que Frédéric Barberousse pouvait se prévaloir du *dominium mundi*. Enfin**, 3° le droit romain est le droit du Saint-Empire**. Ainsi se pose la question de savoir **jusqu’à quel point les sujets du roi de France qui se soumettent au droit romain n’ont pas pour supérieur hiérarchique indirect, pour véritable souverain le Saint-empereur ?** L’application du droit romain paraît entraîner la soumission politique au St-Empereur comme les habitants de l’Empire romain étaient soumis à l’Empereur, même s’ils étaient immédiatement commandés par un gouverneur de province.

Le roi de France n’a donc de cesse de rappeler **les principes qui fondent son indépendance**, tant politique que juridique.

- Son **indépendance politique** est ainsi assurée par l’action de ses légistes qui répètent depuis le XIIIe siècle que le roi de France « ***imperator est in regno suo*** », qu’il est empereur en son royaume. Le Pape Innocent III lui aussi vient à l’appui de cette affirmation, reconnaissant de manière tout à fait incidente en 1202, par la décrétale *per venerabilem* que « **le roi de France ne reconnaît aucun supérieur au temporel** », dans l’exercice du pouvoir.

Le principe est ainsi affirmé de manière tout à fait incidente car la souveraineté du roi de France n’était absolument pas l’objet de la lettre. En effet cette lettre est surtout une **réponse à une demande formulée par Guilhem VIII**, seigneur de Montpellier, qui souhaite faire **légitimer les enfants naturels** qu’il avait eus avec Agnès de Castille, afin qu’ils puissent lui succéder.

Afin d’appuyer sa demande, **Guilhem VIII cite l’exemple du roi de France Philippe II Auguste**, qui après avoir renvoyé sa première épouse Ingeburg, a eu des enfants naturels avec une autre femme, Agnès de Méran, lesquels ont ensuite été légitimés par le Pape, à la mort de leur mère. Guilhem VIII souhaite donc que le souverain pontife fasse la même chose pour ses enfants.

Le Pape refuse et plus généralement, **le Pape refuse absolument la comparaison entre la situation du roi de France et celle du seigneur de Montpellier**, et il énonce deux différences qui lui paraissent essentielles :

- Le roi Philippe II a dû renvoyer sa femme parce qu’elle était **d’une parenté trop proche de la sienne**, qu’elle était parente à un degré tel que le mariage ne pouvait pas être reconnu comme valide aux yeux de l’Église (l’Église a d’ailleurs annulé ce mariage), et que c’est donc pour cette bonne raison que **Philippe II avait eu une liaison avec une autre femme** dont sont nés plusieurs enfants, que le Pape a en effet légitimé à la mort de leur mère. Au contraire souligne le Pape, **le seigneur de Montpellier a délaissé sa première femme, Eudoxie, la nièce de l’empereur romain d’Orient, sans raison**, au mépris des règles de l’Église, et a donc vécu ensuite avec Agnès de Castille, sa compagne, en union illégitime. Or l’union étant illégitime, il est impensable de légitimer les enfants.

- De plus fait remarquer le Pape, **le roi de France a pu s’adresser directement au Pape** pour **faire légitimer ses enfants** car **il n’a aucun supérieur au temporel**. Il s’est donc tourné vers une autorité spirituelle. Au contraire le seigneur de Montpellier aurait dû épuiser les voies temporelles avant de le déranger, et aurait dû ainsi plutôt s’adresser au roi de France, son supérieur au temporel, plutôt qu’à lui.

Telles sont les circonstances de ce texte important dont on tire l’un des arguments majeurs en faveur de la souveraineté du roi de France, constamment rappelé, alors même que la décrétale n’avait pas pour objet de justifier l’autorité royale.

**- L’indépendance juridique** du roi de France est aussi assurée par trois arguments qui expliquent l’application du droit romain en France. 1° **le droit romain n’est pas appliqué en vertu de sa propre autorité**, par sa seule force, car il est bien entendu qu’il n’a aucune valeur législative dans le royaume de France. 2° Il s’applique donc seulement en tant que **« coutume générale »**, parce que **les populations veulent en faire usage** et qu’elles sont attachées à cet usage depuis longtemps. 3° Et encore le roi précise-t-il depuis la lettre de Philippe le Bel de 1312 que le droit romain est admis dans le royaume en tant que droit coutumier **uniquement parce que le roi le veut bien**. Ainsi le roi de France, en tant que gardien des coutumes, ne doit pas respecter le droit romain en tant que tel mais seulement **les usages qui sont nés de l’adaptation du droit romain**. C’est aussi pour cette raison que le roi admet l’enseignement du droit romain dans le royaume (sauf à Paris).

##### B. Le Pape et le droit canon.

Nous avons vu que pendant plusieurs siècles**, l’Église n’a pas eu vocation à investir le domaine du temporel, se limitant au domaine spirituel**. Elle n’avait donc pas vocation à exercer une autorité politique, par le biais de son chef, le Pape, et elle recommandait même aux Chrétiens l’obéissance aux puissances temporelles comme celle du roi.

Mais tout change avec la **réforme grégorienne**, opérée au XIe siècle, qui tend à restaurer le prestige de l’Église, et qui tend également à restaurer l’autorité du Pape. Grégoire VII, le Pape qui donne son nom à la réforme, affirme ainsi que le **Pape**, en tant que premier envoyé de Dieu sur terre, est **supérieur à tous les princes**, et que non seulement il peut contrôler leur vie spirituelle, mais qu’il peut aussi leur donner des ordres au temporel, dans le domaine politique. Grégoire VII s’appuie sur un argument tiré de la Bible et qui selon lui vient à l’appui de sa démonstration : la **théorie des deux glaives** (Évangile selon Luc, 22, 38), théorie d’après laquelle Dieu a confié deux glaives au Pape, le glaive spirituel, qu’il garde, et le glaive temporel, qu’il veut bien donner, déléguer aux princes, lesquels tiennent donc leur pouvoir indirectement de Dieu mais directement du Pape !

**- Le Saint-empereur romain germanique** a réagi contre cette prétention, mais aussi, et c’est ce qui nous intéresse ici, **le roi de France**, et particulièrement **Philippe le Bel**, qui au cours de l’année **1302** s’oppose au Pape **Boniface VIII**, alors que **le roi de France avait eu jusque là de bonnes relations avec la papauté** (comme le prouve la décrétale *per venerabilem*). Le conflit a pour cause immédiate le problème de **l’impôt** : **Philippe le Bel prétend, en tant que souverain au temporel, pouvoir imposer directement**, de sa seule autorité, les membres du clergé français, alors que **le Pape prétend**, en tant que supérieur du roi, celui qui a bien voulu lui déléguer le glaive temporel, que **le roi de France ne peut agir ainsi sans son accord**. Le conflit s’achève en **1303** lorsque le roi de France envoie deux de ses conseillers, dont le légiste montpelliérain Guillaume de Nogaret, signifier à Boniface VIII qu’il le convoque en justice. Là dans la confusion générale, alors que la population locale entend protéger le Pape, des coups sont échangés, et le Pape reçoit une **gifle**, peut-être donnée par Guillaume de Nogaret. Il meurt un mois plus tard (attentat d’Anagni, septembre 1303).

Cet épisode marque en tout cas le début du **gallicanisme**, théorie d’après laquelle **le roi de France est le chef de l’Église de France**, **son chef au sens politique**, car du point de vue de la foi, **du point de vue strictement spirituel, il n’y a pas de rupture entre l’Église de France et l’Église catholique romaine**. Là est la différence avec **l’anglicanisme**, mouvement d’indépendance de l’Église d’Angleterre initié par **Henri VIII vers 1520**. Il décide lui aussi de se proclamer chef de l’Église anglicane, parce que **le pape tarde à annuler son mariage avec Catherine d’Aragon** (elle a auparavant été la femme de son frère, Henri VII, mort six mois après. De ce mariage n’est pas né d’enfant, et le Pape a même délivré un **certificat de virginité**, affirmant que le premier mariage n’avait pas été consommé, pour que l’alliance voulue par l’Angleterre avec l’Espagne puisse se concrétiser enfin, par le mariage de la même Catherine d’Aragon avec Henri VIII cette fois, alors que le roi veut épouser Anne Boleyn). Mais la **rupture est ici tant politique que spirituelle**, l’anglicanisme s’éloignant de la foi catholique au profit de la foi protestante. Le roi de France n’est donc pas allé aussi loin.

- Ayant pris son indépendance politique à l’égard du Pape, le roi de France prend aussi son **indépendance juridique**, et **refuse que le droit canon soit d’application immédiate**, de sa propre autorité, dans le royaume. C’est donc au roi qu’il revient de légiférer dans les domaines autrefois régis par le droit canon, et il reprendra les solutions portées par ce droit seulement s’il le veut bien.

Affirmant toujours davantage sa volonté, ayant fait la reconquête de son pouvoir législatif, contrôlant désormais les sources du droit concurrentes, le roi parvient, une fois le Moyen âge achevé, à **déployer sa puissance législative dans de bien plus grandes proportions**.

### Section III. L’expression du pouvoir législatif royal à l’époque moderne.

A l’époque moderne l’exercice du pouvoir législatif par le roi aboutit à des ordonnances différentes de celles du Moyen âge, car elles concernent non seulement la police du royaume mais aussi **le droit privé désormais (§ 1)**. Ces ordonnances sont le signe d’une **plus grande souveraineté royale**, mais le roi est gêné dans l’exercice de ses prérogatives par les cours souveraines, les **parlements** du royaume, qui s’immiscent dans l’exercice du pouvoir législatif **(§ 2**).

#### § 1. Les lois du roi à l’époque moderne (XVIe-XVIIIe siècles) : police du royaume et droit privé.

Au XVIe siècle, des auteurs interviennent à nouveau, dans le contexte des **guerres de religion**, pour définir les pouvoirs du roi. Ils écrivent particulièrement sur la **souveraineté royale**, le fait que **le roi soit sans supérieur et puisse toujours avoir le dernier mot**. Alors que le roi est accusé par les protestants d’être un **tyran**, que des institutions qui veulent défendre le catholicisme comme le **parlement de Paris** prétendent gouverner avec lui, ces auteurs et notamment Jean Bodin, auteur des *Six livres de la République* en 1576, interviennent pour préciser **l’étendue du pouvoir législatif royal**. Ils reviennent sur la formule d’après laquelle le roi est ***ab legibus solutus***, n’est pas tenu par les lois, et indiquent plus précisément de quelles lois il s’agit : **toutes, y compris les coutumes**, à l’exception de la loi de Dieu et de la loi de nature, écrit Jean Bodin. A la fin du XVIe siècle, la position de cet auteur sur ce point est encore **isolée**, et le roi continue donc d’agir avec **la plus grande prudence**, mais le pas est franchi, et le roi intervient de plus en plus dans le domaine du droit privé, en plus de son domaine d’action traditionnel, la police du royaume. Il faut distinguer quatre étapes au cours desquelles le roi se mêle de plus en plus de droit privé en prenant quatre grandes ordonnances royales : Villers-Cotterêts (1539), Blois (1579), les ordonnances de codification prises par Louis XIV, les ordonnances de D’Aguesseau.

###### 1. L’ordonnance de Villers-Cotterêts et l’état civil (1539).

Pour donner des exemples d’une époque où le roi commence seulement à approcher la sphère du droit privé, l’on peut citer l’ordonnance de **Villers-Cotterêts de 1539**, prise par **François Ier**, qui sous couvert de **réformer** la **police générale du royaume et la procédure**, touche aussi au **droit privé**. C’est cette ordonnance par exemple qui crée **l’état civil** en ordonnant aux curés de tenir des registres de **baptême**, afin de permettre de prouver l’âge des personnes et de déterminer si elles sont mineures ou non (art. 51), ainsi que des **registres de sépulture**, afin de prouver le moment de la mort (art. 50). Ces dispositions sont inspirées par un **souci d’ordre public : constituer la preuve de certains éléments afin d’éviter ou tout au moins d’abréger les procès**. Elles n’interfèrent donc pas directement dans les rapports de droit privé : ainsi l’âge de la majorité demeure variable selon les coutumes et l’ordonnance ne cherche pas à l’uniformiser. Mais de manière incidente le roi commence tout de même à intervenir dans les rapports entre particuliers.

C’est cette même ordonnance qui décide que **le français doit devenir la langue du droit**, et non plus le latin, dans le souci de clarifier le contenu des actes juridiques et ainsi d’éviter les procès (art. 110 et 111).

###### 2. L’ordonnance de Blois et le mariage (1579).

L’on peut encore citer **l’ordonnance de Blois donnée par Henri III en 1579**, sur la base de doléances présentées par les États généraux en 1576, qui, bien qu’étant encore une ordonnance de **réformation**, cette fois s’approche davantage du droit privé puisqu’elle introduit des dispositions essentielles en matière de **mariage**.

Quelques années plus tôt (entre 1545 et 1563), les évêques réunis en concile dans la ville italienne de **Trente** avaient réglé un certain nombre de questions et fait évoluer le droit canonique en la matière. Le problème essentiel venait de ce que l’Église comme le droit romain considéraient que le **consentement** formait le lien marital, l’Église ayant insisté sur le fait que ce **consentement** devait être **libre** et donc émaner des seuls époux, et non de leurs parents. Or ce beau principe avait posé d’énormes problèmes en pratique et entraîné nombre de **mariages clandestins**, dont le plus célèbre est celui, inspiré d’un conte italien et repris par Shakespeare, célébré en secret entre **Roméo et Juliette**, alors que leurs familles, les Montaigu et les Capulet se détestent cordialement et n’auraient jamais donné leur accord à une telle union.

Du point de vue du droit canonique, de tels mariages secrets sont valables, mais posent des problèmes pratiques : **comment savoir si les individus sont mariés ou non**, s’ils vivent en mariage légitime ou s’ils sont simplement concubins ? Comment éviter la polygamie ? Comment savoir si les enfants sont naturels, nés hors mariage, ou légitimes, nés pendant le mariage de leurs parents ? Le concile de Trente impose donc pour la première fois des **formalités** pour que le mariage soit valable, que le mariage fasse l’objet d’une **publicité** préalable (publication des bans) et que **l’échange des consentements** se fasse devant le curé et devant témoins.

Au XVIe siècle, puisque le roi refusant **que le droit canon soit d’application immédiate dans les limites de son royaume**, il reprend les **dispositions du concile de Trente** dans l’ordonnance de Blois afin qu’elles reçoivent application dans le royaume, de son autorité. Il ajoute au passage que les **parents des époux** devront aussi donner leur consentement (art. 40).

Ici encore, si la loi touche au droit du mariage, c’est seulement dans la mesure où il intéresse l’ordre public, et plus précisément encore **l’ordre des familles**. Les aspects purement privatistes de la relation matrimoniale (comme les rapports pécuniaires entre époux) sont laissés aux coutumes et au droit romain. Mais tout de même, par le biais de l’ordre public, l’on voit encore un peu plus le roi s’ingérer dans la sphère privée des familles.

Reste à savoir si ce mouvement se poursuit au XVIIe siècle, avec les ordonnances dites cette fois de codification dont Louis XIV ordonne la rédaction ?

###### 3. Les ordonnances de codification de Louis XIV (fin du XVIIe siècle).

Une étape, certes ténue, est encore franchie au XVIIe siècle, sous le règne de Louis XIV, qui ordonne la rédaction de six grandes ordonnances à son plus proche collaborateur, Colbert (contrôleur général des finances), ordonnances qui ont une portée plus ample que les ordonnances de réformation précédentes et que l’on appelle donc plutôt des ordonnances de **codification**, puisqu’elles ont vocation à unifier le droit dans certaines domaines. **Elles innovent donc, et ne font pas que corriger des abus**.

L’on peut les citer: l’ordonnance **civile** en avril **1667**, l’ordonnance **criminelle** en août **1670**, l’ordonnance sur le **commerce** en mars **1673**, l’ordonnance sur la **marine** en août **1681**. Louis XIV ordonne encore la rédaction de deux ordonnances : ordonnance sur les **eaux et forêts** en août **1669** et le **Code noir**, pour les colonies françaises d’Amérique et plus précisément pour leurs esclaves, en mars **1685**, mais nous les laissons de côté car elles ne portent pas une entreprise de codification du droit.

- La **méthode** de rédaction de ces ordonnances n’est plus la même qu’auparavant, car le roi ne fait pas que corriger les abus sur les points présentés par les États généraux. Ces ordonnances sont en effet élaborées suivant un **plan d’ensemble**, décidé en premier lieu, et dont elles découlent. Ainsi les ordonnances sont-elles préparées 1° par des **spécialistes** de la matière rassemblés dans une **commission**, puis 2° le texte est examiné par le **conseil de justice**, qui rassemble des collaborateurs proches du roi en charge de la justice. Enfin 3° le texte est discuté devant une assemblée plus large où ont été conviés **quelques membres du parlement de Paris**, les juges les plus puissants de cette juridiction supérieure du royaume, qui n’interviennent qu’en dernier lieu car Louis XIV n’a de cesse de leur rappeler qu’il est le seul maître, le seul souverain (souvenir de la Fronde parlementaire).

Le **contenu** de ces ordonnances en revanche **n’est pas si moderne** car même si l’ambition de départ consistait à rédiger un **véritable code de droit privé**, et ainsi **d’unifier la législation du royaume**, ce qui ne sera fait qu’avec la **Révolution française** pour l’unification du droit et seulement en **1804** avec le Code civil pour la codification du droit, Louis XIV préfère renoncer à cette ambition quelque peu démesurée et se limiter à des **ordonnances de procédure**. Les ordonnances civile et pénale sont donc en fait des « **codes**» (le mot est un peu fort, car elles ne contiennent pas tout le droit, ne sont pas exhaustives) de procédure civile et pénale… Mais encore ont-elles le **mérite d’unifier la procédure** dans ces deux domaines, alors qu’auparavant, chaque parlement avait son style, ses usages propres.

Les deux ordonnances suivantes, sur le **commerce** et la **marine**, sont **plus importantes du point de vue de la codification du droit**, car elles ne contiennent pas que des règles de procédure. Il faut dire que dans ces deux domaines, il était moins difficile d’unifier le droit car les marchands depuis le moyen âge ont développé des **usages propres au commerce**, la *lex mercatoria*, qui étaient reconnus et appliqués par tous les marchands européens, afin qu’ils puissent commercer ensemble, et le même phénomène existait dans le droit du commerce maritime, objet essentiel de l’ordonnance sur la marine de 1681. En matière de commerce, il n’y avait **pas ou très peu de disparités régionales**, et les coutumes territoriales ne régissaient pas ces domaines du droit. Ainsi Colbert n’a-t-il pas trop de peine à **ordonner les usages commerciaux terrestres et maritimes** et à les intégrerdans les lois du roi…

###### 4. Les ordonnances du chancelier d’Aguesseau (XVIIIe siècle).

La dernière étape, au cours de laquelle le roi se permet de véritablement intervenir en matière de droit privé n’est franchie que par la suite, au XVIIIe siècle, à l’initiative du **chancelier d’Aguesseau**, sous le règne de **Louis XV**. Pour la première fois, le droit privé se trouve unifié dans certains domaines seulement : en matière de **donations** (ordonnance de 1731) et les **testaments** (1735), et dans ces domaines, la loi s’impose contre les coutumes. Et encore l’unification n’est pas totale, car après cinq ans de discussions interminables, **l’ordonnance sur les testaments admet deux formes**, une pour le Nord, l’autre pour le Sud ! Encore **les modèles étaient-ils réduits à deux**, ce qui était déjà un progrès considérable…

Ainsi s’affirme le pouvoir législatif du roi, dont il faut conserver à l’esprit tant **l’importance politique** qu’il revêt que son ambition : **préparer l’unification du droit**.

Il faut enfin terminer en précisant que dans l’exercice du pouvoir législatif, le roi n’intervient pas tout à fait seul. Son action est complétée par le **rôle des parlements**.

#### § 2. Le rôle des parlements dans l’exercice du pouvoir législatif.

Sans déborder sur l’histoire des institutions qui sera étudiée au 2nd semestre, l’on peut déjà revenir sur un problème que nous avons évoqué plusieurs fois : **celui de la connaissance du droit. Comment porter les lois du roi à la connaissance des sujets ?**

Très tôt, le roi s’appuie pour cela sur sa justice, et notamment sur la juridiction supérieure du royaume : le **parlement**. Ce parlement est institué sous le règne de Louis IX (1226-1270), ou plutôt il se détache alors de la *curia regis*, la fonction judiciaire devenant autonome. Ce parlement est fixé à **Paris**, puis d’autres sont ensuite installés dans de grandes villes de province. Le premier est le parlement de **Toulouse**, institué en 1420, en pays où l’on applique plutôt le **droit romain**, puis peu à peu, dix autres parlements sont institués (soit douze en tout), ainsi que **quatre conseils souverains** dans les provinces les plus récemment rattachées à la Couronne, en Alsace, en Roussillon à la fin du XVIIe siècle, la Corse à la fin du XVIIIe siècle.

Tous ces parlements reçoivent une double compétence :

- **compétence judiciaire** : ils interviennent en dernier ressort, recevant les appels de toutes les juridictions inférieures du royaume, ce qui justifie leur nom de cours souveraines, qui se prononcent en dernier lieu, qui ont le dernier mot ;

- **compétence législative**, celle qui nous intéresse ici, car le parlement doit **enregistrer** les lois du roi, les consigner dans les registres, afin de les **publier** dans son ressort, de les porter à la connaissance tant des juges que des sujets. Il s’agit à l’origine d’une simple **prérogative technique**, mais soucieux de **gouverner par conseil**, le roi demande aux juges du parlement **ce qu’ils pensent de la loi avant de l’enregistrer**, et il leur permet, un peu comme les **États généraux** formulent des **doléances**, de formuler des **remontrances**, des propositions de modifications, comme le fait d’ailleurs en amont le chancelier.

A l’origine, ces remontrances sont des observations purement techniques qui ont pour seul objectif l’amélioration purement formelle du texte, mais à partir du XVe siècle, le Parlement de Paris ne se contente plus d’un simple contrôle technique, formel, et s’arroge un **véritable contrôle d’opportunité**, critiquant le fond même de la décision royale. A partir du XVIe siècle, dans le contexte des **guerres de religion**, il arrive de plus en plus souvent que les parlements utilisent cette prérogative des remontrances pour s’opposer au roi, notamment **lorsqu’Henri IV** soumet aux parlementaires le texte de l’édit de Nantes, qui accorde des libertés aux protestants, en **1598**, ce que les parlementaires, issus de la noblesse et attachés au catholicisme, n’admettent pas. Ils **saisissent alors l’occasion des remontrances pour ne pas enregistrer les textes, tant que le roi n’a pas modifié les points qui ne leur convenaient pas**. Bien sûr, **le roi a les moyens d’obliger** les parlements à enregistrer, en adressant d’abord des lettres de jussion donnant aux parlementaires l’ordre d’enregistrer, puis **en suspendant la délégation** de pouvoir et en enregistrant lui-même, ce qui se passe lorsqu’il se rend au parlement pour tenir un **lit de justice**, mais il s’agit là de procédures lourdes.

En réalité, seul Louis XIV (1643-1715) parvient à mater les parlements en modifiant la procédure d’enregistrement de la loi, par l’ordonnance civile de 1667, et en obligeant les parlements à présenter **leurs remontrances après l’enregistrement de la loi**. Peu importe dès lors que le souverain en tienne compte ou non : la loi a été enregistrée, il est trop tard pour que les parlements puissent exercer une quelconque pression par le biais des remontrances.

C’est aussi ce même roi qui décide, toujours dans l’ordonnance de 1667, que lorsqu’il y a une **difficulté d’interprétation** sur le sens à donner à une loi du roi, il faut **s’en référer directement à lui** (ou plutôt à son conseil), et non aux juges des parlements.

C’est enfin ce même roi qui refuse que l’on continue d’appeler les parlements des cours souveraines, et veut qu’on les appelle plutôt des **cours supérieures**, car si elles sont bien les juridictions supérieures du royaume, au sommet de la justice déléguée, il est le seul souverain, le seul qui ait le dernier mot, qui exerce un pouvoir sans partage.

Malheureusement, à la mort de Louis XIV en **1715**, le **régent** (le duc d’Orléans, car le petit Louis XV, arrière petit-fils de Louis XIV, n’a que 5 ans quand meurt son arrière-grand-père) qui a besoin de **l’appui de la noblesse** pour gouverner rendra toutes leurs prérogatives aux parlements, qui continueront de s’opposer au roi sous les règnes de Louis XV et de Louis XVI surtout, refusant obstinément toute réforme, alors que face à un important déficit de l’État, Louis XVI souhaitait imposer la noblesse. C’est pour les court-circuiter que Louis XVI convoquera finalement les **États généraux**, espérant pouvoir compter sur le soutien de cette institution. Leur réunion emportera finalement la monarchie.

Avant d’en arriver là, cette position des parlementaires à l’égard de la loi est très importante pour comprendre la suite. A partir du XVIe siècle, les rois ne cessent de manière ininterrompue de se méfier des juges, même s’ils n’ont pas le courage de leur enlever définitivement leurs prérogatives les plus gênantes, celles qui sont politiques. **C’est ce qui explique pourquoi la Révolution et Napoléon ensuite, au moment de la codification, attacheront autant d’importance à la loi**, parce qu’issue de la seule volonté du législateur, et voudront abaisser le pouvoir judiciaire, afin d’empêcher le retour de ce que l’on appelle encore aujourd’hui le gouvernement des juges.

**Transition**. Ainsi, du fait de l’affirmation de l’autorité royale, **les sources du droit se rapprochent, précisément sous l’autorité du roi**. C’est le souverain qui contrôle l’application des coutumes et des droits savants, c’est le souverain qui est le maître de la loi, et le seul maître, malgré l’opposition plus ou moins vive des parlements. Le roi impose donc la **primauté de son pouvoir législatif sur les autres sources du droit** et ce faisant, **contribue au rapprochement des différentes sources entre elles**. Ce rapprochement favorise l’émergence d’une notion qui met définitivement en échec le *jus commune* médiéval, celle de **droit français**, droit propre au royaume de France, à partir du XVIe siècle.

### Section IV. L’émergence d’un droit propre au royaume : le droit français.

La notion de droit français existe d’abord en raison de rapprochements, d’un **phénomène d’unification au sein des différentes sources du droit** d’abord (§ 1). Vient ensuite l’idée nationale et donc moderne d’un droit proprement français, idée que l’on doit à la doctrine (§ 2).

#### § 1. L’unification au sein des différentes sources du droit.

Au sein des sources du droit médiévales existent de puissantes tendances à l’unification qui sont anciennes mais qui portent leurs fruits au XVIe siècle :

- ainsi du **droit coutumier** : **Beaumanoir** recherchait déjà au XIIIe siècle les coutumes générales, soit les grands principes coutumiers communs à plusieurs coutumes, comme la saisine héréditaire. Au XVIe siècle l’action des **commissaires du roi** accentue encore ce rapprochement entre les coutumes et du fait de la diffusion des coutumes rédigées grâce à l’imprimerie, la doctrine parvient également à dégager plus facilement des règles communes.

- ainsi du **droit royal**, qui intègre le droit canon, et qui tend à l’unification du droit à partir du XVIe siècle.

- ainsi du **droit romain**, qui influence les pays du Midi mais qui supplante définitivement les droits coutumiers locaux au XVIe siècle, le droit romain devenant alors la coutume générale des pays du Midi, même si subsistent des variantes locales.

C’est ce dernier droit qui continue toutefois de poser problème.

#### § 2. L’idée doctrinale d’un droit proprement français.

Au XVIe siècle, dans le contexte intellectuel de la Renaissance, très portée vers l’Antiquité romaine, apparaît par réaction un **fort courant anti-romain**, qui vise à condamner tant l’Église catholique romaine (ce que font les protestants) que le droit romain et le latin.

Le droit romain commence à apparaître comme un **droit étranger**, qui en tant que tel ne doit pas être appliqué dans le royaume. D’où vient cette défiance, après des siècles d’admiration ?

Elle s’explique d’abord par des **raisons politiques**, car les relations entre le roi de France et le Saint-Empereur romain germanique se dégradent à nouveau au XVIe siècle. En effet **un conflit de personnes oppose le roi de France François Ier (1515-1545) et son ennemi, le Saint-empereur Charles Quint (1519-1555)**. François Ier a été **candidat au trône** du Saint-Empire, et il a échoué finalement, au profit de Charles Quint. De plus, par le jeu des alliances familiales, Charles Quint règne sur un **immense empire**, assis sur l’Allemagne actuelle, l’Italie (au moins le Nord) et l’Espagne, un empire sur lequel le soleil ne se couche jamais dit-on). Le roi de France se sent donc encerclé et ne peut pas compter sur le fait que son adversaire demeure dans les limites pourtant vastes de son empire car sa devise est **« plus oultre »** ou « toujours plus oultre », toujours plus loin. Le roi et l’empereur se font donc souvent la **guerre**, dans le **Nord de la France**, en Artois et en Flandre, en **Bourgogne**, en **Italie du Nord** (dans la région du Milanais) en **Provence** également, et les combats ne tournent pas souvent à l’avantage du roi de France, qui est même fait prisonnier à Pavie dans le nord de l’Italie en 1525. Charles Quint le contraint alors à signer un traité très humiliant, le **Traité de Madrid en 1526**, par lequel François Ier se trouve obligé de renoncer à la Bourgogne et au Milanais notamment pour recouvrer sa liberté.

En réponse à ce conflit, les auteurs réagissent :

- Certains auteurs littéraires ou philosophes écrivent ainsi une **mythologie nouvelle**, prétendant que les Francs descendent eux aussi des Grecs. L’on se souvient en effet que d’après le mythe de la fondation de Rome, le troyen Enée aurait fuit la ville de Troie du fait de la guerre et aurait fondé Albe, puis ses descendants auraient fondé Rome. De la même manière, les auteurs français du XVIe siècle affirme que c’est l’un des frères d’Enée, **Francion**, qui aurait fondé la dynastie des Francs. **Ainsi les Francs et les Romains ont la même histoire prestigieuse, et les Francs sont les égaux des Romains, ou pour le dire autrement, le roi de France est l’égal du Saint-Empereur**.

- D’autres, les juristes, craignent aussi que **le droit romain ne devienne le droit commun du royaume, y compris dans les pays de coutumes**. En effet déjà dans les pays de coutumes le droit romain est enseigné et considéré comme **raison écrite**. De plus, il est déjà reconnu comme un **droit supplétoire**, qui s’applique dans le silence des règles coutumières. Enfin, **le droit romain est supérieur en tant que droit commun**, aux nombreux droits locaux qui sont des droits propres, d’application limitée. Or au XVIe siècle, alors que le mouvement intellectuel est à la recherche de principes communs, il aurait pu être tentant de **trouver ces principes dans le droit romain** plutôt que dans les différents droits coutumiers. Il était donc à craindre que **le droit romain supplante les coutumes** comme il l’avait fait lentement mais sûrement depuis le XIIIe siècle dans le Midi.

C’est surtout **Charles Dumoulin (1500-1566)**, le commentateur de la coutume de Paris, qui s’élève contre cette idée. Il affirme qu’il serait « **stupide** » de reconnaître au droit commun le rôle de droit commun en pays coutumiers, car le droit romain est un « **droit étranger** », et que les coutumes ne sont en rien un droit inférieur, puisqu’elles forment déjà un droit commun. En effet en cas de contradiction ou de silence, c’est dans les coutumes elles-mêmes, dans les coutumes générales qu’il faut rechercher les solutions, dans un **droit commun coutumier**.

Après Charles Dumoulin intervient **Guy Coquille** (1523-1603), avocat, formé au droit romain en Italie, partisan du gallicanisme. Il compose une *Institution au droit des Français ou Conférence des coutumes de France* publiée après sa mort en 1607. Il écrit notamment : **« nos coutumes sont notre droit civil**… dans la France coutumière, le droit civil romain n’est pas le droit commun, il n’a pas force de loi, il sert seulement pour la raison, et nos coutumes sont notre vrai droit civil ».

C’est enfin Antoine Loysel (1536-1617) qui contribue **à donner son contenu à cette notion de droit français**. Cet auteur est avocat au Parlement de Paris et il s’efforce de recueillir les principales règles coutumières qu’il présente sous forme d’adages, dans ses *Institutes coutumières*, publiées également en 1607, s’inspirant essentiellement de la **coutume de Paris**.

Ainsi il apparaît peu à peu que le droit français correspond au droit commun coutumier, et essentiellement au **droit contenu dans la coutume de Paris**, grâce à la qualité de ce texte et au commentaire qu’en a livré Dumoulin. Cette idée d’après laquelle la coutume de Paris forme le droit commun du royaume finit même par gagner le Midi, où **Claude Serres**, professeur à la faculté de droit de Montpellier vers 1750, l’enseigne à ses étudiants.

Tous les auteurs qui ont permis cette évolution, notamment Coquille et Loysel, regrettent alors que le droit commun coutumier ou droit français ne soit pas enseigné à l’université, contrairement aux droits romain et canon. En réponse à leurs vœux, Louis XIV créera les premières chaires de droit français, par **l’édit de Saint-Germain d’avril 1679**. A cette occasion, **le roi précise d’ailleurs ce qu’est pour lui le droit français** : « celui contenu dans nos **ordonnances** et dans les **coutumes…** ainsi que **dans les principes de la jurisprudence française** », soit les grands principes dégagés par les juges, en interprétation des coutumes, du droit romain et des ordonnances royales. **Ces décisions n’ont jamais fait jurisprudence**, au sens où nous employons l’expression aujourd’hui. Une fois rendues, elles ne permettaient pas aux plaideurs se trouvant dans les mêmes circonstances de s’en prévaloir. Mais tout de même, les arrêts des cours souveraines étaient souvent utilisés pour **mieux saisir le contenu de la règle de droit dans son application à des cas particuliers**.

Ainsi le droit français devient, avant même d’être enseigné à l’université, **une véritable science, avec ses maîtres**. L’on peut en citer deux dont les écrits ont considérablement inspirés les auteurs du Code civil : **Domat** (1625-1696) auteur des *Lois civiles dans leur ordre naturel*, ouvrage dans lequel il confronte toutes les sources du droit pour dégager de grands principes dits de droit naturel, qui sont communs en réalité ; et **Pothier** (1699-1772), professeur de droit français à Orléans, et auteur de nombreux traités (aussi nombreux qu’il y a de livres au Digeste) qui exposent le droit français.

Transition. Le droit commun coutumier, le droit français préparent ainsi, sans y parvenir totalement car tel n’est pas l’esprit de l’Ancien Régime, **l’uniformisation du droit**. Celui qui a manifesté **la plus forte volonté politique** d’unification du droit dans un cadre national est bien sûr **Louis XIV**, même s’il a dû renoncer à cette ambition. Malgré cela, le souverain se situe en amont d’un mouvement qui se poursuit et prend encore davantage d’ampleur après lui, avec la Révolution française et la codification napoléonienne.

# Quatrième partie. Vers la naissance du droit contemporain.

**Trois idées sont à retenir** qui marquent cette période qui commence avec la Révolution française en 1789 (en réalité un peu avant) et qui s’achève sous le règne de Napoléon Bonaparte, après la codification (le dernier code napoléonien, le Code pénal, entre en vigueur en 1810), période au cours de laquelle s’imposent des **conceptions politiques et philosophiques nouvelles**, qui aboutissent à une entreprise nouvelle, la **codification**, autant de facteurs d’évolution qui permettent la naissance de notre droit contemporain.

**1ère idée** : l’Europe du XVIIIe siècle, encore exclusivement monarchiste mais de plus en plus marquée par la philosophie des Lumières, adopte peu à peu une nouvelle conception du droit. Nous savons déjà que les pays européens sont à la recherche d’un **droit uniforme**, identique pour tous, dans un souci de **rationalité**. Cette idée ne cesse de se renforcer car **à la recherche d’un droit proprement national** s’ajoute l’idée **d’égalité** chère aux philosophes des Lumières et qui sera proclamée par la Révolution française : les sujets, les citoyens bientôt, doivent se voir appliquer le même droit.

2ème idée : pour que le droit soit le même pour tous, il doit aussi désormais être **unique**. Les nombreuses sources du droit de l’Ancien Régime vont disparaître, et un droit va s’imposer sur tous les autres : la loi, car depuis le 17 juin 1789, depuis les États généraux se sont proclamés Assemblée nationale, mais aussi depuis le 9 juillet, depuis qu’ils se sont proclamés Assemblée nationale constituante, **la loi est nécessairement la meilleure source du droit, puisqu’elle est issue de la volonté populaire**. Or **qui désormais pourrait se prétendre supérieur à la masse des citoyens ?** **Personne, et surtout pas le roi**, qui semble justement ne pas assez le comprendre, au point que c’est l’assemblée des citoyens (la Convention nationale) qui organisera son procès et ordonnera son exécution le 21 janvier 1793.

3ème idée : La Révolution française surtout entend faire table rase du passé, elle veut imposer une rupture complète avec ce qu’elle nomme désormais l’Ancien Régime. Elle ambitionne de régénérer la société et entend y parvenir par le droit. Elle va ainsi vouloir imposer un **droit totalement nouveau**, non pas un droit qui se forme par la sédimentation, par la répétition des usages, mais un droit nécessairement en avance sur son temps. Alors que le moyen âge se méfiait des *novelletés* et ne donnait force contraignante à un principe que lorsqu’il était passé en coutume, au contraire les Révolutionnaires abolissent les anciens usages et veulent refonder le droit, pour refonder la société et le citoyen. Par la suite, **Napoléon Bonaparte ne proclame pas tout à fait la même ambition** car l’entreprise de codification qu’il lance se veut une œuvre de compromis entre le droit de l’Ancien Régime et le droit révolutionnaire. Malgré tout, il y a dans cette idée de codification l’idée de réécriture du droit, de recomposition du droit, qui le rend nouveau du seul fait qu’il figure dans un code. L’autorité de l’empereur permet ainsi, par le Code, l’instauration d’un nouveau droit, même si ce droit n’entend pas marquer une rupture aussi nette avec le passé que le droit révolutionnaire.

Pour étudier ces trois idées qui sont déjà présentes dans la pensée philosophique et politique de l’Ancien Régime, il faut commencer par une section consacrée aux idées nouvelles (Section I), puis voir comment ces idées nouvelles sont mises en œuvre par la Révolution française (Section II) puis par Napoléon au moment de la codification (Section III).

### Section I. Les idées nouvelles : vers la toute-puissance de l’individu et de la loi.

La loi devient la source exclusive du droit à partir de la Révolution française, et Napoléon Bonaparte ne remettra pas en cause ce postulat, bien au contraire.

Pour comprendre comment la loi a pu ainsi s’imposer comme source exclusive du droit, il faut saisir que la loi est le produit d’une philosophie nouvelle, qui place l’homme plutôt que Dieu au centre de son système (§ 1). Il faut voir ensuite l’influence de cette pensée nouvelle sur le droit (§ 2).

#### § 1. Une philosophie nouvelle, dans laquelle l’homme remplace Dieu.

A partir du XVIe siècle mais surtout du XVIIe et du XVIIe siècle, s’imposent deux idées nouvelles qui contribuent à affirmer la toute-puissance de l’individu : d’abord il existe un ordre humain, propre aux hommes, qui n’est pas l’ordre divin comme on l’a cru jusque-là (A). Ensuite toute sa puissance est rendue à l’individu puisque l’homme devient à lui-même sa propre référence, puisque la puissance de la raison humaine est affirmée (B).

##### A. L’ordre humain plutôt que l’ordre divin.

A partir du XIVe siècle mais surtout du XVIe siècle et encore davantage au XVIIIe siècle s’exprime l’idée suivant laquelle il n’est plus nécessaire, justifié de suivre l’ordre divin, mais qu’il faut plutôt considérer l’homme comme étant sa propre référence.

Pour exprimer ce changement et pour rester dans le domaine du droit, l’on peut reprendre l’idée d’ordonnance et comprendre le glissement qui va s’opérer de l’ordonnance à la loi, deux sources du droit qui peuvent être comparées car elles sont toutes deux issues de la volonté souveraine : l’ordonnance de la volonté du roi, souveraine sous l’Ancien Régime, et la loi de la volonté du peuple, souveraine depuis la Révolution française.

Le terme **d’ordonnance** signifiait en effet à la fois un ordre donné par le roi, mais aussi une **remise en ordre** : l’ordonnance n’avait pas vocation à innover mais plutôt à **réformer les abus, à corriger** ce qui n’allait pas et donc à **rétablir l’ordre ancien**. C’était surtout vrai pour les **ordonnances dites de réformation**, à partir du XIIIe siècle, mais même les **ordonnances de codification** prises à partir de Louis XIV viennent mettre de l’ordre dans certains domaines du droit, où la confusion règne du fait du trop grand nombre de sources.

La remise en ordre du droit par l’ordonnance signifie donc qu’**un ordre préexiste**, que le souverain ne crée pas et qu’il ne fait que rétablir. Dans la pensée politique et philosophique, cet ordre préexistant, c’est celui voulu par Dieu (loi divine) ou par la Nature (loi naturelle), ce qui revient à peu près au même, et la loi positive, l’ordonnance donnée par la personne du roi ne peut rien changer à cet ordre, se contente donc de le suivre, de le proclamer, de le rétablir quand il a été troublé. **L’ordre du monde s’impose alors au souverain qui n’est pas capable de construire son ordre propre, étant soumis à Dieu à et à la loi naturelle**. C’est aussi pour cette raison que le roi doit respecter le droit coutumier, qui n’est que les usages répétés, les principes nés de l’ordre du monde auquel le souverain doit se soumettre.

Cette idée d’un ordre préexistant est précisément combattue par tout un courant philosophique qui naît au XIVe siècle mais qui s’épanouit surtout au XVIe siècle, avec **l’École du droit naturel**. Cette école de pensée, qui naît en Hollande en pleine réforme protestante, veut avant tout affirmer la **liberté religieuse du sujet**, de **l’individu**, mais faisant cela, elle développe un **système global de pensée** qui sera repris par les Lumières et qui va amener à terme la destruction de la monarchie. Pour simplifier et pour résumer, cette école place la toute-puissance non plus en Dieu ou dans la Nature, mais dans l’individu lui-même. **Il n’y a donc plus d’ordre préexistant qui s’impose au souverain**. Il n’y a **qu’un ordre créé par des individus qui ont bien voulu s’associer ensemble et fonder une société** (c’est le contrat social dont traitera Rousseau au XVIIIe siècle), **lequel ordre leur appartient**. Ils ont donc le **pouvoir de le changer**.

Plus que le roi (même si Jean Bodin affirme à partir de 1576 sa toute-puissance législative), ce sont **les citoyens qui vont profiter de cette idée**, dans la mesure où l’École du droit naturel affirme la toute-puissance de l’individu et la force de la volonté individuelle. Les citoyens réunis en assemblée nationale (17 juin 1789) puis en assemblée nationale constituante (9 juillet 1789) vont ainsi donner libre-cours à la toute-puissance de leur volonté et faire la loi, et même changer le monde par la loi. **C’est la souveraineté du peuple qui dicte désormais l’ordre du monde**.

Ainsi l’ordre humain se substitue à l’ordre divin, et ce d’autant plus qu’est affirmée la supériorité de la raison humaine sur la raison divine.

##### B. La raison humaine plutôt que la raison divine.

L’homme est doué de raison, et c’est même ce qui le distingue de l’animal. Mais qui lui donne cette raison ? Les philosophies traditionnelles conçoivent que l’homme, créature de Dieu, a été doté de raison par Dieu, et sa raison a pour idéal la raison divine, qui sait discerner le bien du mal, qui sait quelle conduite adopter, etc. Cet idéal, l’homme peine à le poursuivre et ne cesse de commettre des erreurs, des péchés, qui marquent son infériorité ou plutôt l’infériorité de sa raison par rapport à celle de Dieu.

A partir du XVIe siècle, du fait une fois encore du conflit religieux qui déchire l’Europe, les penseurs prennent leurs distances à l’égard de la référence divine, et plaçant l’homme au centre de leur système de réflexion, ils tendent à affirmer que l’homme est à lui-même son propre référent, et que la raison humaine n’est en rien inférieure à la raison divine. Voilà pourquoi Dieu est un mystère que l’homme ne peut pas comprendre totalement.

Plus que par foi en les vertus de l’homme, en sa sagesse, c’est **à un rejet de la religion** que nous assistons. Dans un contexte marqué par les guerres de religion, par la Renaissance artistique et intellectuelle, par une meilleure compréhension du monde, par les progrès de la science, **la religion apparaît en effet de plus en plus comme une absurde superstition**.

Par conséquent, la raison humaine est supérieure, et elle est même souveraine, rien ne pouvant se situer au-dessus d’elle. Certes l’homme ne sait pas tout, ne comprend pas tout, mais il n’y a pas dans le monde de mystère qui puisse lui échapper. Il n’y a que de l’ignorance, laquelle reculera sans cesse du fait de l’action de la raison humaine, du fait de la science et du progrès. La philosophie des Lumières postule en effet cette valeur suprême de la raison humaine et une foi totale dans le progrès. Ainsi tout doit pouvoir être compris, classé, organisé par l’homme, et l’Encyclopédie de Diderot et d’Alembert est bien le signe de cette prise nouvelle et totale que l’homme prétend avoir sur son monde.

Cette philosophie nouvelle ne manque pas de bouleverser le droit.

#### § 2. L’influence des idées nouvelles sur le droit.

Les idées nouvelles amènent tant à rejeter tout ce qui est ancien (A) qu’à poser en principe la supériorité d’une source nouvelle du droit : la loi (B).

##### A. Le rejet de l’ancien.

La pensée développée par l’École du droit naturel puis par les Lumières va amener à rejeter tout ce qui est ancien, et que l’on appellera bientôt l’Ancien Régime (période qui englobe donc non pas seulement les trois derniers siècles de la monarchie mais aussi le moyen âge, tout ce qui précède la rupture évolutionnaire).

**Première institution ancienne qui doit être rejetée : la monarchie de droit divin**. Dans un monde intellectuel où **Dieu cesse d’être la référence** et où la religion est rejetée comme **superstition**, il devient absurde de considérer encore que le roi tient son pouvoir de Dieu, et que ce pouvoir divin lui est donné au moment du sacre, au moment de cette cérémonie où le roi devient aussi un envoyé de Dieu sur terre, et au moment où un peu comme le Christ, il peut à son tour accomplir des miracles en devenant thaumaturge, en guérissant les écrouelles. Son fondement du pouvoir royal est totalement remis en cause, et les philosophes des Lumières se montrent plutôt admiratifs de souverains qu’ils considèrent comme éclairés, raisonnables, dont **le pouvoir s’impose parce qu’il est fondé sur la raison** et non sur d’absurdes superstitions. Ainsi Voltaire et Mirabeau sont proches de Frédéric II de Prusse (1740-1786), tandis que Diderot est proche de Catherine II de Russie (1762-1796). Le roi Gustave II de Suède (1771-1792) apparaît aussi comme l’un de ces despotes éclairés vantés par les Lumières. Les souverains d’Europe étant plus sensibles aux idées nouvelles, certains connaîtront d’ailleurs un mouvement de **codification** de leur droit bien avant la France (vers 1750 pour la Bavière et en 1794 pour la Prusse), nous y reviendrons.

**Deuxième institution qui doit être rejetée : le pluralisme juridique de l’ancienne France**. Ce pluralisme juridique doit rejeté pour trois raisons : parce qu’il est absurde, parce qu’il est inefficace et parce qu’il est injuste.

- Il est en effet absurde que **l’on puisse se voir appliquer un droit différent d’un village à l’autre**. Cet argument est rappelé de plus en plus souvent depuis le XVIe siècle, et nous avons vu qu’il a déjà permis une certaine uniformisation du droit. Cependant, au XVIIIe siècle, cette uniformisation n’est pas encore suffisante et Voltaire se moque en disant qu’en France, lorsqu’on voyage, on change plus souvent de lois que de chevaux. Ainsi surtout les penseurs dénoncent le fait que l’âge de la majorité change d’une coutume à l’autre, et demande en quoi l’individu change, s’il devient soudainement plus mature juste en franchissant quelques kilomètres.

- **Il est inefficace du point de vue économique surtout**, car le morcellement territorial subsiste, la France est divisée en de nombreuses petites seigneuries qui conservent surtout une importance économique plus que politique. Ainsi des taxes sont prélevées par le seigneur à l’entrée de son domaine, tant sur les personnes que sur les marchandises. Ainsi chacun a son propre système de poids et mesures. Tout ceci ne facilite pas les échanges commerciaux, et le mouvement physiocrate plaide pour une uniformisation du système, afin de faciliter les échanges et par-delà d’enrichir le pays. C’est encore Voltaire qui plaide pour « qu’il n’y ait qu’un poids, qu’une coutume, qu’une mesure ».

- Il est enfin **injuste**. Il s’agit là d’une idée tout à fait nouvelle qui donne un tout autre sens au mot de privilège. Jusque-là le privilège était la loi particulière applicable à un groupe, ordre ou corps, puisque la société d’Ancien Régime est organisée en petits groupes d’individus et qu’elle n’appréhende jamais le sujet directement. Ces lois particulières applicables aux ordres, le fait que le droit ne soit pas le même d’un groupe à un autre n’a pendant plusieurs siècles choqué personne, essentiellement parce que ces lois particulières se justifiaient. Ainsi le clergé priait pour le salut de l’âme de tous les sujets, assumait toute une série de tâches administratives comme l’éducation, l’état-civil, et il paraissait normal qu’il n’acquitte aucun impôt. De même la noblesse combattait et supportait financièrement le poids de la guerre, si bien qu’il paraissait tout à fait justifié qu’elle ne soit pas davantage soumise à l’impôt par exemple. Mais à la fin de l’Ancien Régime les privilèges dont profitent les uns et les autres paraissent de moins en moins justifiés : les ecclésiastiques sont trop riches et vivent trop fastueusement, sans se comporter moralement comme leur état l’exige. De même les nobles ne vont plus si souvent à la guerre, puisque la monarchie a fini par organiser une armée permanente, rémunérée, à laquelle la noblesse continue de fournir ses cadres mais la justification ne tient plus. Alors que les finances de l’État sont au plus bas, que le peuple travaille durement et connaît même la famine au XVIIIe siècle, les privilèges prennent de plus en plus un sens péjoratif et apparaissent comme des faveurs injustifiées et insupportables.

Ce rejet d’un droit absurde, inefficace et injuste va amener à l’idée selon laquelle le droit doit être **uniforme**, **identique** pour tous, et pour cela, **le droit doit être unique**, ou plutôt il ne doit plus y avoir **qu’une seule source du droit, issue de la volonté de l’individu**, de l’homme, du citoyen puisque c’est lui désormais qui se trouve au centre de toute pensée et dont la toute-puissance est affirmée. **Cette source du droit qui permet l’uniformité et l’unicité, tout en correspondant à l’idée de supériorité de l’homme sur Dieu, c’est la loi**.

##### B. La supériorité par essence de la loi.

L’individu devient supérieure, la norme issue de la sa volonté est elle aussi supérieure, par essence, par nature.

Les auteurs d’Ancien Régime posent tout de même certaines conditions qui permettent de conclure à la supériorité de la loi :

- ainsi pour **Montesquieu**, magistrat au Parlement de Bordeaux et défenseur de la loi dans son ouvrage l’Esprit des lois (1748), il faut tout de même que soit posée **la séparation entre la fonction, législative, supérieure, et la fonction exécutive**. Ceux qui appliquent la loi ne doivent pas être ceux qui la donnent, car autrement la loi serait le moyen de l’exercice d’un pouvoir arbitraire, tyrannique.

- ensuite pour **Rousseau**, dans le Contrat social (1762), la loi n’est bonne que si elle est **l’expression de la volonté générale**, de la volonté de l’ensemble des citoyens. Bien que favorable à la démocratie directe, Rousseau reconnaît qu’elle n’est pas applicable partout, et que l’ensemble du peuple ne peut pas réellement faire la loi, si bien que les citoyens doivent se doter de représentants, d’une sorte d’élite, qui fera les lois à leur place. C’est sur ce modèle que naîtront les futures assemblées nationales.

A ces conditions, la loi devient toute-puissante : non seulement elle contient nécessairement le **meilleur droit**, **le droit le plus juste**, puisqu’il n’y a rien de supérieur aux citoyens, que la masse ne peut pas se tromper ni vouloir ce qui est mal pour elle. Mais de plus elle dispose d’une **force créatrice** qu’elle n’avait pas auparavant, puisqu’il revient aux hommes de changer l’ordre de leur monde. Ainsi la loi peut-elle **investir tous les domaines**, tant celui du droit public que celui du droit privé, et devenir la **source unique du droit**.

Une telle conception de la loi constitue aussi une critique contre la monarchie, dont la puissance législative apparaît arbitraire, puisque le roi décide seul, et peut aussi juger seul, ce qui rend imprévisible le contenu des actes qu’il prend.

La supériorité de la loi implique enfin **la soumission du juge**. Aux parlementaires qui prétendent conserver toute leur liberté de juger et d’interpréter la loi, voire de participer à l’exercice du pouvoir législatif, les auteurs répondent par la raison, le progrès et la puissance de la volonté nationale :

- La **raison** veut que la règle générale soit supérieure aux cas particuliers, lesquels sont réglés par le juge  dont la mission est inférieure à celle du législateur.

- Le **progrès** veut que le législateur fasse des lois sans cesse meilleures, qui ne poseront pas de difficultés d’application, que les juges n’auront qu’à suivre docilement, sans avoir besoin de les interpréter.

- enfin, et nous devons ici l’argument à Montesquieu, pourtant juge parlementaire, **lorsque la loi est faite par l’ensemble des citoyens, lorsqu’elle est l’expression de la volonté générale**, comme c’est le cas dans une forme républicaine de gouvernement (Montesquieu compare alors la France, monarchique, avec l’Angleterre, monarchie constitutionnelle qui ressemble à la République au sens romain du terme), le juge doit s’y plier, car **il ne peut pas mettre sa volonté au-dessus** de celle de tous les citoyens, et il porterait atteinte à la **liberté** des citoyens s’il allait contre ce qu’ils ont décidé.

Forte de ces idées nouvelles qui marquent la fin de l’Ancien Régime, c’est à la Révolution de les mettre en œuvre, en imposant un droit nouveau, uniforme, identique pour tous, et unique. Mais la Révolution échouera sur un point : jamais elle ne parviendra à rassembler ce droit dans un code, notamment civil. C’est sur ce dernier point que la volonté politique de Napoléon Bonaparte triomphera.

### Section II. Le droit révolutionnaire.

**Repères chronologiques**. La Révolution commence lorsque Louis XVI, en butte à l’opposition systématique des Parlements, ressuscite la vieille institution des États généraux qui n’ont plus été réunis depuis 1614, dans l’espoir que le Tiers-État et une partie des députés des deux autres ordres, notamment le bas-clergé, plutôt pauvre, l’aideront à faire passer les réformes fiscales nécessaires. En effet les députés des États qui devaient en principe voter séparément, par ordre, sur les mesures proposés par le roi, se rassemblent et se proclament, sur proposition de Sieyès, Assemblée nationale le 17 juin 1789, par 491 voix contre 90. La première décision provisoire de l’assemblée est d’autoriser la perception provisoire des impôts. Louis XVI se réjouit, sans comprendre que l’Ancien Régime et sa société d’ordres sont en train de disparaître, puisqu’il n’y a plus d’États généraux, représentation des ordres distincts, mais une Assemblée nationale, représentation de la nation unique. Cette assemblée nationale devient même Assemblée nationale constituante le 9 juillet 1789, ce qui revient à transférer la souveraineté (et non plus seulement le pouvoir législatif) du roi à la Nation, représentée par l’Assemblée. Le roi ne règne plus alors par droit divin dynastique, mais par la force de la loi, expression de la volonté nationale. Juridiquement, la révolution est faite.

Cette assemblée prépare ainsi une constitution, la première constitution écrite de la France, et proclame très rapidement son préambule : la Déclaration des Droits de l’homme et du citoyen, le 26 août 1789. Puis la Constitution est finalement proclamée les 3-14 septembre 1791. Cette Constitution entraîne l’installation d’une nouvelle assemblée, l’assemblée nationale législative cette fois, puisque la Constituante vient d’achever ses travaux, laquelle est élue en septembre 1791 et officiellement installée le 1er octobre 1791. La Constitution met aussi en place une nouvelle organisation politique, une monarchie constitutionnelle qui ne dure que quelques mois, jusqu’à ce que le roi soit suspendu le 10 août 1792 parce qu’il est suspecté de trahir la cause nationale et de comploter avec l’ennemi, notamment autrichien, pour le rétablissement de ses pouvoirs, alors que la France révolutionnaire est précisément en guerre contre les monarchies européennes depuis avril 1792. La Révolution se sent alors doublement menacée : par les ennemis de l’extérieur, les pays européens en guerre, mais aussi par les ennemis de l’intérieur, les contre-révolutionnaires, plus difficiles à identifier et à combattre.

C’est ce qui explique qu’une nouvelle assemblée soit élue pour élaborer une nouvelle constitution : la Convention nationale, qui siège à partir du 21 septembre 1792, et qui ce jour-là abolit la royauté pour instaurer la Ière République. Cette assemblée est la plus radicale qu’ait connue la Révolution, et il faut soigneusement distinguer les lois qu’elle adopte de celles votées par les assemblées précédentes. C’est cette assemblée qui instaure la Terreur à partir du printemps 1793, laquelle va durer jusqu’à la chute de Robespierre, à la fin du mois de juillet 1794 (27 juillet 1794, 9 thermidor an II). La Convention perdure après sa chute, mais animée par une autre majorité, plus modérée, si bien que l’on parle de Convention thermidorienne. Cette Convention modérée poursuit la tâche assignée à la Convention et prépare une nouvelle constitution, adoptée le 22 août 1795, qui et en place un régime nouveau appelé Directoire. Il perdure jusqu’au coup d’État du 18 brumaire an VIII (9 novembre 1799) fomenté par Napoléon Bonaparte, lequel met officiellement fin à la Révolution.

Les différentes assemblées révolutionnaires vont voter de nombreuses lois, plus de 14000, qui ont une double ambition : publique, soit la régénération de l’État et du citoyen (§ 1) et privée, par d’importantes innovations introduites par la loi en la matière (§ 2).

#### § 1. La régénération de l’État et du citoyen par le droit.

Pour comprendre comment le droit peut permettre la régénération de l’État et du citoyen, il faut saisir d’abord **comment s’impose l’idée nouvelle de souveraineté nationale**, qui remplace celle de la souveraineté royale (A). Puis il faut saisir **comment la Nation exprime sa volonté, par la loi** (B). L’on pourra s’attarder ensuite sur le texte qui constitue le programme de la Révolution : la **Déclaration des Droits de l’homme et du citoyen** (C).

##### A. La souveraineté nationale.

1. La formation de la Nation souveraine. 2. L’Assemblée représentative de la Nation. 3. Le Gouvernement de la Nation.

###### 1. La formation de la Nation souveraine.

L’idée de souveraineté nationale est affirmée dès le 17 juin 1789, dès que les États se proclament Assemblée nationale. Cette proclamation a été soufflée par Siéyès, homme d’Église mais député du Tiers aux États généraux, et la Nation est alors essentiellement incarnée par le Tiers-État, qui représente à peu près 96 % des habitants du royaume. Deux jours plus tard, le 19, le clergé décide de rejoindre le Tiers. La noblesse, refusant de se joindre aux deux autres ordres, en appelle alors au roi, qui prononce un célèbre discours le 23, dans lequel il admet l’égalité fiscale, la liberté de conscience et la liberté de la presse, mais il ne lâche rien sur la structure politique du royaume, refusant que le vote se fasse par tête et non par ordre, alors qu’il vient d’admettre le doublement des députés du Tiers, refusant surtout que les trois ordres votent ensemble. Le 23, il leur ordonne de siéger à nouveau dans des chambres séparées, et alors que le marquis de Dreux-Brézé vient signifier cet ordre royal aux États généraux, Mirabeau aurait répondu : « Je déclare que si l’on vous a chargé de nous faire sortir d’ici, vous devez demander des ordres pour employer la force : car nous ne quitterons nos places que par la puissance des baïonnettes ». Le 23 juin marque en tout cas le dernier acte d’autorité de l’Ancien Régime, car le 27 juin, le roi se résout à la fusion des trois ordres, enregistrant de la sorte le coup d’État du 17 juin. **Les trois ordres fusionnés sont donc désormais l’incarnation de la Nation souveraine**.

###### 2. L’assemblée représentative de la Nation.

Les députés commencent alors à faire évoluer leur mandat. Ils étaient députés aux États généraux et avaient reçus de leurs électeurs un **mandat impératif**. Ils sont désormais députés de la nouvelle assemblée nationale autoproclamée en vertu d’un **mandat représentatif**. Jusque-là en effet, les députés aux États généraux étaient tenus par les limites de leur mandat impératif. Ils ne représentaient que leurs électeurs et ne pouvaient faire plus, aller au-delà de la mission qui leur avait été confiée par ces mêmes électeurs.

Dès le **8 juillet**, l’Assemblée adopte une Déclaration, là encore soufflée par Siéyès, qui rompt avec cette logique d’Ancien Régime.

1°- Elle affirme d’abord que « **la Nation française est tout entière légitimement représentée par ses députés** ». Tous les députés, le corps des députés, l’Assemblée représentent donc l’ensemble des Français. L’Assemblée rompt avec la logique qui voulait qu’un député ne représente que ceux qui l’avaient élu.

2° - **Elle rejette ensuite les limites** que l’on aurait pu lui opposer : « ni les mandats impératifs, ni l’absence de quelques membres, ni les protestations de la minorité ne peuvent arrêter son activité ni atténuer la force de ses statuts ».

. **Les députés ne s’estiment plus liés par les mandats qu’ils ont reçus** de leurs électeurs, par la mission précise que portaient ces mandats (il faut rappeler que les députés ont été élus pour éventuellement consentir au paiement de nouveaux impôts), et ils s’octroient le pouvoir d’aller plus loin si c’est nécessaire. C’est là faire preuve de beaucoup d’audace. Un élu de la noblesse, Cazalès, exprime parfaitement cette idée : « Nous ne pouvons nous dissimuler qu’emportés par l’amour de la liberté, nous avons dépassé les pouvoirs qui nous avaient été confiés. Le succès de nos opérations, le bonheur qui naîtra sans doute d’une constitution égale et libre, seront notre excuse ».

. Si quelques députés sont absents, peu importe. **C’est bien l’Assemblée en tant que corps qui représente la Nation**, et non chacun de ses membres. Peu importe donc qu’il y ait des absents.

. Les protestations d’une minorité ne pourront entraver l’action de l’Assemblée, car c’est la volonté de la **majorité** qui s’imposera.

3° - Elle déduit enfin qu’en tant que souveraine, elle dispose d’une **puissance législative** qui s’étend sur toutes les parties de la nation et des possessions françaises. **Tous devront donc se soumettre aux commandements de l’Assemblée Nationale, représentante de la Nation**.

Forte de ces principes, l’on remarquera d’abord que **c’est l’Assemblée elle-même qui définit sa tâche** : « fixer la constitution du royaume… opérer la régénération de l’ordre public et maintenir les vrais principes de la monarchie ». Ce but est conforme au **serment du Jeu de Paume** prêté quelques jours plus tôt, le 20 juin, par lequel les députés ont juré de rester réunis « jusqu’à ce que la constitution du royaume soit établie et affermie sur des fondements solides ». L’on remarquera donc aussi que **les députés ne s’engagent plus à l’égard de leurs électeurs, mais entre eux**, ce qui révèle le changement intervenu du point de vue de la représentation.

Logiquement, le 9 juillet, l’Assemblée nationale se déclare constituante, ce qui achève la Révolution juridique, le 14 juillet n’étant qu’un complément populaire de ce qui vient de s’accomplir.

C’est enfin l’article 3 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen qui résume le changement qui vient de s’opérer, affirmant : **« le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation »**. La Déclaration achève ainsi de valider le transfert de souveraineté qui s’est opéré du roi à la Nation.

###### 3. Le gouvernement de la Nation.

C’est donc désormais le peuple, par l’intermédiaire de ses représentants, qui gouverne. Si l’on reprend les trois fonctions classiques :

- c’est en effet le peuple qui confie le **pouvoir exécutif au roi**, lequel gouverne non plus en vertu de la loi divine mais en vertu et en étant soumis à la souveraineté nationale,

- c’est aussi le peuple qui élit les juges, qui assurent la **fonction judiciaire**.

- c’est enfin le peuple en effet le peuple qui assure la fonction législative, puisque l’Assemblée nationale exprime la volonté de la Nation par la loi.

Les Révolutionnaires tiennent à cette séparation, comme le montre l’article 16 de la Déclaration des Droits de l’Homme et du citoyen : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution ». **La séparation des fonctions est dont l’un des fondements de la régénération de l’État**.

L’influence des idées de Rousseau est ici grande, même si Rousseau prônait plutôt le modèle de la démocratie directe, alors que les Révolutionnaires ont préféré opter pour le système représentatif.

Il faut enfin préciser que ce n’est pas non plus tout le peuple qui gouverne réellement, car le suffrage n’est pas universel mais **censitaire**. Les Révolutionnaires en effet sont tous plutôt élitistes, et ne sont pas démocrates. Ils se méfient du peuple, de la masse, globalement illettrée, très peu éduquée, qui se laissera manipuler facilement. D’après la constitution de septembre 1791, ne votent en effet que les citoyens âgés de 25 ans ou plus, et qui paient un impôt correspond à trois journées de travail, cens assez faible qui exclut tout de même un tiers des citoyens. Encore **le suffrage est-il indirect**, ces électeurs désignant seulement des électeurs du second degré devant remplir des conditions de fortune supérieures (cens de dix journées de travail).

##### B. L’expression de la volonté nationale : la loi.

Votée par l’Assemblée nationale, étant l’expression de la volonté générale, la loi révolutionnaire présente trois caractéristiques :

- **La loi régit absolument tous les domaines du droit**, car aucun domaine ne résiste à l’action de la volonté générale. Rien ne s’impose au jeu de la raison humaine, rien ne lui est supérieur. Ainsi la loi va-t-elle régir aussi bien le droit public que le droit privé, sans restriction.

- **Elle devient la source du droit essentielle**, nécessairement supérieure aux autres, et qui tend à faire disparaître les autres sources du droit.

. Les **coutumes** sont rejetées parce qu’elles empêchent les progrès du droit, parce qu’elles appartiennent au passé, parce qu’elles sont trop nombreuses.

. Le **droit écrit** est également rejeté, comme n’étant pas le droit issu de la volonté nationale.

. Enfin, la **jurisprudence** est également refusée, car les juges sont tout entiers soumis à la puissance de la loi, deviennent la bouche de la loi. Ils n’ont absolument plus le droit d’interpréter la loi, et en cas de doute, ils doivent s’adresser à l’Assemblée (procédure du référé législatif), d’après la loi des 16-24 août 1790 (art. 12 du titre II). Finalement, seul un **droit national s’impose, entièrement contenu dans la loi**, à tel point que la loi et le droit sont quasiment synonymes.

Ces deux caractéristiques font de la loi révolutionnaire un **droit unique**.

**- La loi est la même pour tous**, comme l’affirme l’art. 6 de la DDHC. Cette affirmation consacre la disparition de la société d’ordres et de privilèges, fondements de l’Ancien Régime, les privilèges ayant été abolis au cours de la nuit du 4 août 1789.

Cette dernière caractéristique rend la loi révolutionnaire nécessairement **uniforme**.

Parée de telles vertus, la loi devient la référence exclusive et absolue, à tel point que l’on parle de **légicentrisme** pour désigner cette place nouvelle de la loi. On a même pu parler de tyrannie de la loi, ou au moins de sa toute-puissance, dans la mesure où **venant des citoyens, elle contient nécessairement le meilleur droit**.

Parmi les lois révolutionnaires, il y en a une, prise au tout début de la Révolution, qui doit être spécialement étudiée tant elle contient à la fois le programme révolutionnaire et de grands principes universels : la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen.

##### C. La Déclaration des droits de l’homme et du citoyen (26 août 1789).

Ce texte fera l’objet d’un commentaire en travaux dirigés et il s’agit ici de donner simplement les grandes lignes.

Soulignons aussi que l’intérêt de ce texte dépasse amplement le champ de l’histoire puisque depuis la décision du Conseil constitutionnel en date du 16 juillet 1971, la DDHC fait partie intégrante du bloc de constitutionnalité.

L’on peut faire quatre remarques à propos de ce texte :

1° D’abord à propos du **nom** donné à ce texte, destiné à servir de préambule à la future constitution : les droits de l’homme y sont déclarés. Le législateur révolutionnaire innove bien sûr mais ce n’est pas ainsi que se présente le texte, dans lequel le législateur affirme reprendre des droits préexistants, ceux reconnus à tout individu par le droit naturel. Ce courant philosophique ayant affirmé la puissance de l’individu, il a pour conséquence l’émergence de l’individualisme et l’affirmation de droits naturels, au pluriel cette fois, attachés à l’homme en raison de sa nature.

2° Ensuite ce texte consacre des droits individuels.

Ces droits sont essentiellement au nombre de deux : la liberté et l’égalité, comme le souligne l’art. 1er, qui affirme « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit ».

La **liberté** est le thème quantitativement le mieux représenté, celui qui est énoncé dans le plus grand nombre d’articles. Des **garanties de liberté individuelle** sont d’abord posées, comme la **présomption d’innocence** : « Tout homme est présumé innocent jusqu’à ce qu’il ait été reconnu coupable » (art. 9), ou encore **l’interdiction de la rétroactivité de la loi** (art. 8). Ensuite, le texte glisse vers la **liberté de pensée** : « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu qu’elles ne troublent pas l’ordre public » (art. 10). La **liberté de culte** se trouve ainsi incluse dans la liberté de pensée. Dans le prolongement de la liberté d’opinion est reconnue la **liberté de la presse** (art. 11). La liste des libertés se clôt par la reconnaissance de la **propriété**, droit inviolable et sacré (art. 17).

Vient ensuite **l’égalité**. **L’égalité fiscale** est proclamée à l’art. 13, les inégalités de l’Ancien Régime ayant été sur ce point très durement ressenties. L’article 6, qui définit la **loi**, est en la matière le plus important. **Tous les citoyens ont le droit de concourir à son établissement**. **L’égalité judiciaire** est aussi proclamée, puisque la loi doit être la même pour tous. Enfin, les citoyens doivent être également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, « selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents » (art. 6).

3° Également, la DDHC révèle une tension entre loi naturelle et loi positive.

Le texte cherche en effet à concilier la qualité d’homme et les droits naturels qui y sont attachés, avec la qualité de citoyen et la soumission à la loi positive qu’elle impose.

A de nombreuses reprises en effet, le texte émet l’idée que **les droits naturels peuvent être limités par la loi**, qu’ils devront céder devant les exigences de l’ordre public. Ainsi l’abus de liberté sera sanctionné dans les cas déterminés par la loi (art. 11), ou encore la propriété, bien que droit inviolable et sacré, peut être retirée à un individu lorsque la nécessité publique l’exige (art. 17).

Pour autant **la référence à la loi ne doit pas couvrir des abus**, ne doit pas permettre de trop limiter les droits naturels. Le texte pose une **exigence de mesure** quant à l’action de la loi positive. Ainsi à l’article 5 : « La loi n’a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société ». Ou encore à l’article 8 : « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires ».

Malgré tout, des contradictions subsistent, que les Révolutionnaires ne parviennent que difficilement à surmonter.

. Ainsi l’article 2 proclame que parmi les droits naturels et imprescriptibles de l’homme, l’on trouve la **résistance à l’oppression**. Ainsi en cas d’oppression, face à un pouvoir tyrannique, **la Nation reprendrait ses droits et exercerait à nouveau son pouvoir constituant, conformément à la loi naturelle**. Il s’agit là d’une conception protectrice de l’individu face à l’État qui est celle de nombre de révolutionnaires en 1789.

. Mais pour autant, la Déclaration ne tranche pas nettement en faveur de ce droit, car **l’article 7** semble le contredire, lequel exprime en réalité toute la gêne des Constituants : « Tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l’instant : **il se rend coupable par la résistance** ». Car en effet le droit de résistance, acceptable pour la plupart à l’état de nature, pose de sérieuses difficultés une fois transposé dans l’ordre social et politique, dans le droit positif. Il faut en effet pouvoir imposer l’autorité de l’État contre le désordre.

La contradiction peut en fait être levée quand on relit plus attentivement l’article 7 et que l’on réalise que le citoyen se rend coupable de sa résistance à la loi. L’article 7 exprime en effet **sa totale confiance envers le Législateur**, tandis que le droit à la résistance manifeste **une défiance à l’égard du pouvoir exécutif**. Faut-il encore savoir qui fait la loi…

4° Les orientations constitutionnelles.

- L’une des orientations essentielles est donnée par l’article 16 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution ». Cette séparation des pouvoirs n’est pas inspirée de Montesquieu, comme on le lit trop souvent, car Montesquieu, comme ses contemporains des Lumières, était convaincu de la supériorité de la fonction législative et n’a donc pas pensé la séparation des pouvoirs en des termes modernes, laquelle pense à l’égalité entre les différentes fonctions étatiques.

L’article 16 ne fait donc que refléter l’opinion commune au XVIIIe siècle, selon laquelle une même autorité ne doit pas cumuler entre ses mains toutes les fonctions de l’État. L’article 16 se contente ainsi de reprendre des idées courantes : un gouvernement despotique est un gouvernement sans constitution. Le gouvernement doit donc se soumettre à des règles, parmi lesquelles la séparation des pouvoirs.

- Une autre orientation essentielle est donnée par l’article 3 : « Le principe de toute souveraineté réside dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d’autorité qui n’en émane expressément ». Il s’agit là de rendre légal après coup, a posteriori, le coup d’État du 17 juin 1789. Il s’agit aussi de rappeler que le roi comme l’Assemblée, qui exercent l’autorité, tiennent leur pouvoir de la Nation, et non d’eux-mêmes.

- Enfin, une dernière orientation est donnée par l’article 6 : « La loi est l’expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation ». La loi expression de la volonté générale, l’idée est empruntée à Rousseau pour qui la loi ainsi définie est le meilleur rempart contre l’arbitraire. C’est de la participation de tous que naît la garantie que la loi respectera la liberté de chacun. C’est enfin à la demande de Sieyès qu’a été ajoutée l’incise à propos des représentants.

Ainsi le droit révolutionnaire bouleverse rénove complètement l’État et le citoyen. Mais voulant régénérer la société tout entière, il investit aussi le domaine du droit privé.

#### § 2. Les innovations révolutionnaires en matière de droit privé.

A. L’uniformisation préalable du droit privé. B. L’exemple du droit de la famille.

##### A. L’uniformisation préalable du droit privé.

En matière de droit privé, la Révolution va pour la première fois imposer un **droit uniforme** et **unique**, tout entier contenu dans la loi votée par l’Assemblée représentative de la Nation.

La Révolution commence en effet par abolir les privilèges, les lois particulières dont profitaient les individus, dans la nuit du **4 août 1789**, puis elle précise par le **décret des 5-11 août 1789** que les privilèges territoriaux des provinces et autres communautés d’habitants, y compris ceux des corporations de métiers qui sont supprimées, « sont abolis sans retour et demeureront confondus dans le **droit commun des Français** », et **cette expression de droit commun change alors de sens** car elle ne désigne plus un corps de grands principes généraux laissant subsister des droits propres, mais un **droit unique, qui ne laisse subsister aucun droit spécial**, aucun droit particulier. Ainsi est assurée l’égalité de tous devant la loi.

Logiquement, le projet de fonder un droit à la fois uniforme, unique et nouveau amène à la volonté de codifier ce droit, de le présenter dans un **Code**, entreprise nouvelle qui aurait permis de **célébrer la puissance législative de la Nation**. La volonté de codifier le droit révolutionnaire est énoncée dès la **loi du 5 juillet 1790** : « *Il sera fait un Code général de lois simples, claires et appropriées à la Constitution* », tandis que la **loi du 2 juillet 1791** manifeste la même volonté à propos du **Code civil** plus précisément : « *Il sera fait un Code de lois civiles communes à tout le royaume* ».

En réalité, la Révolution ne parviendra à codifier que le droit pénal, puisque le premier **Code pénal français** est promulgué les **25 septembre-6 octobre 1791**. Mais la Révolution essaiera surtout, même en vain, de codifier le droit civil. C’est un juriste montpelliérain, **Président du Comité de Législation au sein de l’Assemblée nationale, Jacques-Jean Régis (de) Cambacérès** qui présentera **trois projets successifs**, en **août 1793** (sous la Convention d’avant la chute de Robespierre), puis en **septembre 1794**, sous la Convention thermidorienne, enfin en **juin 1796**, devant les deux assemblées du Directoire (Conseil des Cinq-Cents et Conseil des anciens). Aucun de ces projets n’aboutira, essentiellement parce que chacun contient des **dispositions très novatrices**, très en avance sur la société, parfois trop. Chacun de ces projets de code contient des **lois de combat** qui veulent **changer l’homme et régénérer la société**, si bien que leur présentation suscite de longues discussions et les assemblées étaient préoccupées par les événements politiques qui ponctuent la Révolution, aucun de ces projets n’est voté finalement.

Malgré tout, il en reste quelque chose car **des pans entiers** de ces projets de code sont **votés séparément par les assemblées**. Ainsi la Révolution a permis le vote de **quelques grandes lois**, très marquées par l’idéologie révolutionnaire, **qui bouleversent essentiellement le droit de la famill**e, que l’on peut donc prendre à titre d’exemple.

##### B. L’exemple du droit de la famille.

La Révolution va bouleverser le droit du mariage, en lien avec la réforme de l’Église catholique (1), ainsi que le droit des successions (2).

###### 1. L’évolution du mariage et le nouveau statut de l’Église catholique.

D’abord, **la Révolution sécularise le mariage**, le fait entrer dans le siècle, dans le temps des hommes, et non plus seulement dans le temps de Dieu. Le mariage était jusque là l’un des sept **sacrements** de l’Église catholique. Il devient un **contrat civil**, d’après **la loi du 20 septembre 1792** (la dernière votée par l’Assemblée nationale législative), célébré à la mairie devant un officier d’état civil.

Plus globalement, c’est **tout le droit de la famille** qui se trouve transformé par **cette loi** qui confie la tenue des **registres d’état civil** non plus à l’Église mais à **l’officier d’état civil**, qui tient donc désormais un registre des naissances et des décès.

C’est aussi cette loi qui tirant toutes les conséquences de ce que le mariage est désormais pensé comme un contrat, autorise la **dissolution du mariage**, autrement dit le **divorce**, pour la première fois dans notre droit. Le divorce peut ainsi être **demandé par les deux époux**, qui mettent ainsi fin, d’un commun accord, à leur contrat de mariage (divorce par consentement mutuel). Le divorce peut aussi être **demandé par un seul époux**, soit pour une **raison grave** (sévices, coups, injures, dérèglement de mœurs), et alors l’officier d’état civil se contente de le constater ; soit pour **simple incompatibilité d’humeur**, et dans ce cas les époux doivent au préalable tenter de se réconcilier devant une assemblée de famille (tribunal de famille), et ce n’est qu’en cas d’échec de cette conciliation que l’officier d’état civil constate le divorce.

L’Église catholique voit donc son domaine traditionnel d’action lui échapper. La réforme s’inscrit ici tout à fait dans la droite ligne du **principe de liberté des cultes** qui a été proclamée le **26 août 1789** dans la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen, et qui a pour conséquence de **faire perdre au catholicisme son caractère de religion d’État**. S’il y a **plusieurs cultes autorisés** en France, il n’est pas possible que l’Église catholique conserve le monopole de l’état civil et de la célébration du mariage. Il s’agit là d’une évolution qui était en réalité **en germe avant même la Révolution** française, puisqu’en **1787** déjà Louis XVI avait par un **édit de tolérance** accordé la liberté religieuse aux protestants et reconnu **que leur mariage contracté devant un pasteur protestant était valable** (plus globalement les protestants reçoivent à ce moment-là un état civil particulier). Il était donc logique que le monopole de l’Église catholique finisse par céder, **d’autant plus que la Révolution y ajoute un anticléricalisme grandissant**.

Si les premiers révolutionnaires se contentent de proclamer la liberté des cultes, ils sont rapidement amenés à prendre des décisions qui vont entraîner une rupture avec le Pape. Ainsi **le 4 août 1789 le clergé perd ses privilèges** : ses membres peuvent désormais être imposés, tandis que les impôts prélevés sur le tiers-état en faveur de l’Église, comme la dîme, sont supprimés. A partir de **février 1790**, ce sont les **biens du clergé régulier** qui sont **nationalisés** et qui sont vendus par l’État pour combler la dette publique. Également, la **Constitution civile du clergé** est adopte le **24 août 1790**, qui dans la droite ligne du gallicanisme, soumet encore plus étroitement qu’auparavant l’Église de France à l’autorité de la Nation souveraine. Ainsi les évêques et les curés sont-ils **élus** par la population, d’après ce texte, et doivent-ils prêter un **serment de fidélité à la Nation, à la loi et au roi**.

Or nombreux sont ceux qui refusent de prêter un tel serment, si bien que d’un côté le Pape Pie VI soutient les réfractaires et condamne la Constitution civile du clergé en mars 1791; tandis que d’un autre côté l’Assemblée nationale prend à partir de mai 1791 des mesures sans cesse plus dures contre ces mêmes réfractaires, ordonnant leur détention, leur expulsion du territoire, laissant les prêtres se faire massacrer par la foule… Ces événements dressent un peu plus le roi contre la Révolution, ainsi que les départements de l’Ouest de la France (Vendée et Poitou essentiellement)… La rupture était donc déjà bien consommée lorsque les révolutionnaires retirent l’état civil à l’Église, sécularisent le mariage et permettent la dissolution du lien matrimonial, en septembre 1792.

Cette rupture ne cesse de se poursuivre par la suite. Le lendemain de la loi sur le mariage commence ainsi un **nouveau calendrier révolutionnaire**, appelé **républicain**, afin de ne plus suivre un découpage chrétien du temps comme dans le calendrier traditionnel (appelé calendrier grégorien) auquel nous sommes finalement revenus en 1805.

- Ainsi l’année ne commence pas quelques jours après la naissance du Christ mais le jour de l’équinoxe d’automne, le 21 septembre 1792, qui est aussi le premier jour de la République.

- L’année demeure découpée en **12 mois de trente jours** (plus 5 jours appelés complémentaires), mais **les anciens noms de mois**, pourtant hérités du paganisme antique (août pour Auguste, janvier pour Janus, le dieu de la guerre) sont remplacés par des **noms plus poétiques** : noms en –aire pour **l’automne**, avec vendémiaire pour le mois des vendanges, en septembre-octobre, brumaire, le mois des brumes pour octobre-novembre, frimaire le mois des frimas pour novembre-décembre. Noms en –ose pour **l’hiver**, avec nivôse le mois de la neige pour décembre-janvier, pluviôse et ventôse. Noms en –al pour le **printemps** : germinal, floréal, prairial. Enfin noms en –or pour **l’été** : messidor, thermidor, fructidor.

- **Le découpage des mois est lui aussi destiné à faire disparaître le dimanche chrétien**. Chaque mois est ainsi divisé en trois groupes de dix jours (**décades**), et les jours changent de nom : primidi, duodi, tridi, quartidi, etc, jusqu’à **décadi, le dernier jour de la décade et le seul jour chômé**. Le monde des travailleurs y a donc beaucoup perdu, d’autant plus que ce jour-là il fallait se réunir pour procéder à des **célébrations patriotiques** (pour la Justice, la République, la Pudeur, la Frugalité, la Foi conjugale, l’Age viril, l’Agriculture, l’Industrie).

- Les noms des **saints** qui marquaient chaque jour sont aussi remplacés par des noms de plantes, d’animaux domestiques ou d’instruments agricoles. Le 31 janvier (12 pluviose) est ainsi le jour du **brocoli**, le 5 mars (15 ventôse) le jour de la **chèvre**, le 28 juillet (10 thermidor) le jour de **l’arrosoir**… Plus globalement, ce sont alors **tous les noms qui changent** : noms de **communes**, noms de **rues**… La ville de **Lyon** s’appelle désormais Commune-affranchie, la ville de **Marseille** s’appelle désormais Sans-nom. Les **citoyens** aussi veulent changer de nom, abandonner leur prénom chrétien au profit de **prénoms révolutionnaires**. Certains adoptent ainsi les **prénoms du nouveau calendrier républicain**, se prénommant ou prénommant leurs enfants Orange, Sureau, Tulipe, Chou-fleur… Encore plus nombreux sont les **prénoms patriotiques** comme Marie-Egalité, ou Marie-Patriote-Républicaine, encore trop marqués, ou Liberté-Chérie, ou encore Montagnard sans culotte. De nombreux citoyens s’inspirent aussi **des prénoms de l’Antiquité**, notamment de Brutus, prénom le plus répandu, du nom de l’assassin de César, celui qui se prenait pour le roi de Rome.

Après l’adoption de ce calendrier, la Révolution érige de **nouveaux dieux** : la déesse **Raison**, puis **l’Être suprême**, idée que l’on doit à Robespierre qui craignait qu’une déchristianisation trop profonde ne fasse disparaître la morale. **Si bien que l’Église et l’État se séparent finalement, au cours de l’année 1795**, séparation de courte durée puisque Napoléon Bonaparte se réconciliera avec l’Église catholique, mais essentielle car elle préfigure celle sur laquelle nous vivons depuis 1905.

###### 2. Le droit des successions.

Le droit des successions est lui aussi profondément bouleversé, du fait de **l’idéologie révolutionnaire** et du principe **d’égalité** plutôt que de l’anticléricalisme.

**Jusque là**, le droit des successions permettait la mise en œuvre de **stratégies familiales** afin de **conserver les biens au sein d’une même famille et d’éviter de trop les diviser**. Ainsi les biens immeubles ne pouvaient être cédés, surtout dans le Nord, sans l’accord des membres de la famille (**retrait lignager**), et celui qui organisait sa succession pouvait avantager l’un de ses enfants, généralement le fils aîné (**droit d’aînesse**).

**La passion révolutionnaire pour l’égalité** amène nécessairement à la condamnation de tels principes, notamment par la **Convention** qui prend en la matière les décisions les plus radicales et les plus avancées : ainsi **elle reconnaît les enfants naturels**, à égalité avec les enfants légitimes, **le 12 brumaire an II** (2 novembre 1793) puis le **17 nivôse an II** (6 janvier 1794) elle **proclame l’égalité successorale absolue entre tous les descendants**, naturels et légitimes, chacun devant recevoir une **part strictement égale de l’héritage** sans qu’il ne soit plus possible désormais d’avantager son fils aîné.

**Conclusion**. De ces lois de combat il en restera quelque chose :

. Le **mariage** demeure séculier et le **divorce** est autorisé, tandis que **le caractère contractuel du mariage ne cesse d’être accentué** (reconnaissance du divorce par consentement mutuel en 1975 et dépénalisation de l’adultère).

. **L’égalité successorale entre les enfants** demeure la règle (la réserve est la même pour chacun), même s’il est possible d’avantager l’un d’entre eux, pour une petite part de la succession (quotité disponible).

. **L’égalité entre les enfants naturels et légitimes** n’a été à nouveau proclamée dans notre droit qu’en **1972**.

Transition. L‘apport du droit révolutionnaire est donc tout à fait majeur. En dix ans, aux fondements de la société d’Ancien Régime, qui ne disparaissent pas totalement, s’ajoutent des idées nouvelles qui continuent de nous marquer profondément. Le droit est prêt pour la codification, tandis que la société est prête pour être dirigée par un homme nouveau qui fera la synthèse entre ces deux traditions : Napoléon Bonaparte.

### Section III. La codification.

§ 1. L’idée de codification en Europe à la fin du XVIIIe siècle. § 2. La codification napoléonienne. § 3. Son devenir.

#### § 1. L’idée de codification en Europe à la fin du XVIIIe siècle.

L’idée de codification n’est pas propre à la France. Elle apparaît en **Europe** dès la deuxième moitié du XVIIIe siècle : après avoir recherché leur **droit national** au XVIe siècle, **les mêmes États européens** veulent **codifier** ce droit et réaliser **deux ambitions** :

- **faire tenir tout le droit dans le Code**, faire en sorte qu’il n’y ait plus qu’un **droit uniforme**, le droit national, contenu dans une **source du droit unique**, le Code.

- faire entrer dans le Code un **droit nouveau**, car au XVIIIe siècle l’on différencie nettement la compilation de la codification. La **compilation** consiste en une **remise en ordre du droit**, comme le fut la compilation justinienne ou les grandes ordonnances de Louis XIV que l’on qualifie parfois à tort de codes (l’on parle notamment de Code Louis pour les ordonnances civile et criminelle). La **codification** se veut bien plus que cela et entend permettre la fondation d’un droit nouveau. C’est du moins l’ambition affichée par les souverains européens qui souhaitent codifier leur droit dans la deuxième moitié du XIXe siècle. En réalité, **c’est surtout l’entreprise qui est nouvelle, plutôt que la matière**. Mais **la matière ancienne se trouve tout de même considérablement transformée du fait de la codification** : les principes anciens sont relus, triés, agencés différemment, au regard des idées nouvelles. Ainsi à l’issue du processus de codification le caractère ancien d’un principe a été gommé et il apparaît comme **neuf, sans origine, sans histoire, sans passé**.

Sur les terres du **Saint-Empire romain germanique** les travaux de codification commencent dès **1751** pour codifier le droit pénal et dès **1753** pour codifier le droit civil.

**En matière pénale, la codification pose peu de difficultés**, si bien que les souverains parviennent à promulguer différents textes : code bavarois de 1751, Constitution criminelle de Marie-Thérèse en 1769, code toscan en 1786. La Révolution française parviendra elle aussi à codifier le droit pénal avec le premier code pénal français promulgué par la loi des 25 septembre-6 octobre 1791.

**La codification du droit civil pose plus de difficultés**. En **1786** sur les terres du Saint-Empire romain germanique un Code civil général est adopté (ABG), mais il est incomplet et ne sera complété qu’en 1811. Également l’on peut citer le Code général des États prussiens (ALR) rédigé à l’initiative de Frédéric II de Prusse et qui ambitionne de contenir tout le droit, public comme privé. Il est promulgué en **1794**. Ce code représente la plus grande entreprise de codification avant la codification napoléonienne. Il restera en vigueur dans le royaume de Prusse jusqu’à la fin du XIXe siècle.

C’est donc en France que le mouvement de codification a eu les conséquences les plus abouties, avec la codification napoléonienne.

#### § 2. La codification napoléonienne.

Après les trois échecs successifs des projets présentés sous la Révolution, il revient à Napoléon Bonaparte de relancer le processus de codification du droit.

A. La volonté napoléonienne. B. Le Code civil. C. Les autres codes.

##### A. La volonté napoléonienne.

L’on peut dire quelques mots de la **personnalité de Napoléon Bonaparte** tant elle permet de comprendre la codification qu’on lui doit.

Bonaparte est un **jeune général corse** qui se fait connaître pendant les années de la Révolution. **Robespierre** lui confie ses premières missions militaires, alors qu’il n’a que 25 ans, et il se montre **proche des révolutionnaires les pus radicaux, Cambacérès par exemple**, ce qui lui vaut d’être **emprisonné** quelques jours à la chute de Robespierre à la fin du mois de juillet 1794. Le **Directoire** fait à nouveau appel à ses services, en tant que militaire, et il remporte d’importantes victoires en Italie et surtout en **Égypte**, d’où il rentre en 1799. Il se rapproche alors de l’un des cinq directeurs, **Sieyès**, et avec lui prépare le **coup d’Etat du 18 brumaire an VIII** (9 novembre 1799) qui met en place un nouveau régime, le **Consulat**.

Ce coup d’état du 18 brumaire an VIII marque la fin de la Révolution. Ceux qui en sont les acteurs, notamment **Siéyès**, qui avait aussi lancé la Révolution avec sa brochure sur le Tiers-État, et qui ont porté Napoléon Bonaparte au pouvoir veulent absolument conserver les **conquêtes civiles et sociales** de la première Révolution, la **Révolution bourgeoise de 1789-1792** : **libertés publiques, égalité civile, propriété libérée des droits seigneuriaux, tolérance religieuse**. Dans le même temps, ils sont conscients de **l’échec du Directoire**, régime trop marqué par la crainte d’un pouvoir tyrannique et qui a **trop multiplié les détenteurs du pouvoir**, en instituant deux assemblées au lieu d’une et en confiant le pouvoir exécutif à cinq directeurs ! Ainsi ils veulent désormais **placer ces conquêtes civiles et sociales sous la sauvegarde d’un militaire à poigne, d’une sorte de roi républicain**: le général Bonaparte, proche des révolutionnaires, brillant militaire, survient à point nommé pour incarner cet espoir. **Mais ceux qui l’ont porté au pouvoir ignoraient que le général Bonaparte deviendrait l’empereur Napoléon !**

Immédiatement après le coup d’État est préparée une **nouvelle constitution** (13 décembre 1799) qui met en place un nouveau régime, celui du **Consulat**. Bonaparte devient alors le Premier consul, ce qui lui assure la conduite du pouvoir exécutif pour dix ans, aux côtés de deux autres consuls dont les pouvoirs sont moindres. Alors qu’il n’était que le sabre d’un coup d’État préparé essentiellement par Siéyès, Napoléon manifeste donc très vite sa volonté **d’exercer seul** ou presque le pouvoir, en se présentant **comme l’artisan de la réconciliation nationale**, celui qui n’est ni trop à gauche (du côté des sans-culottes parisiens), ni trop à droite (du côté des aristocrates réactionnaires), comme l’exprime sa célèbre phrase : « **Ni bonnet rouge ni talon rouge, je suis national** ».

Pour y parvenir, d’un côté il reprend les principaux acquis de la Révolution, notamment la liberté civile, et il en assure le maintien. Ceux qui ont profité de la Révolution, notamment les bourgeois qui ont acquis des biens nationaux, lui en seront reconnaissants et constitueront son principal soutien, même si en échange Napoléon de la liberté civile reconnue Napoléon impose une forte diminution de la liberté politique. En effet d’un autre côté il fonde un nouvel édifice politique, administratif et juridique, nouvel édifice destiné à ramener l’ordre et qui emprunte aussi beaucoup à l’Ancien Régime, si bien que les royalistes vont pour partie se rallier à son pouvoir, d’autant plus qu’il saura se montrer sans cesse très conciliant avec ceux qui rallient sa cause, même sur le tard, tandis qu’il ne cesse de poursuivre de sa rancune ceux qui persistent à demeurer ses ennemis.

Napoléon Bonaparte parvient donc à faire la **synthèse entre l’Ancien Régime et la Révolution**, et il veut durer. Sur le plan politique, dès 1802 il se fait désigner **consul à vie** puis **empereur en 1804**, ce qui lui permet de transmettre son pouvoir à son héritier. Sur le plan juridique, il veut ajouter à ses succès militaires la gloire des **grands législateurs tels Lycurgue, Solon, Justinien** et dès 1800, il nomme une commission de quatre juristes chargés de rédiger le Code civil.

Ce Code, le plus important dans l’esprit de Napoléon Bonaparte, doit permettre la **refondation de la société**. Napoléon pense que la Révolution est allée trop loin dans l’individualisme, dans la destruction de tous les corps intermédiaires. Elle a fait des citoyens des « **grains de sable** » que plus rien ne vient lier entre eux. Pour lutter contre cet individualisme excessif, Napoléon veut restaurer ce qu’il appelle des « **masses de granit** », solides, durables, **des institutions entre l’État et les citoyens**. Parmi ces masses de granit il faut évidemment replacer le Code civil, pièce maîtresse de la codification napoléonienne.

##### B. Le Code civil.

Tel que rédigé à l’initiative de Napoléon, le Code apparaît à la fois comme une œuvre d’autorité (1) et de compromis (2), ce qui lui confère un contenu particulier (3).

###### 1. Une œuvre d’autorité.

La rédaction du Code civil commence en août 1800 et le processus suivi pour sa rédaction montre qu’il s’agit **d’une œuvre d’autorité**. La commission nommée par Bonaparte établit un premier projet en à peine quatre mois. Parmi les rédacteurs de ce projet l’on trouve quatre juristes choisis par Bonaparte en raison de leur **origine géographique**. Ils sont tous assez **âgés** (entre 50 et 80 ans) et ce sont donc aussi des **hommes d’expérience**, **fins connaisseurs du droit d’Ancien Régime qui sont aussi parvenus à traverser la Révolution**. Ils sont tous enfin plutôt favorables à la **monarchie**.

Ainsi l’on trouve deux bons connaisseurs du droit romain :

- le provençal **Portalis**, qui en plus du droit romain est aussi l’un des partisans du **droit naturel**, et qui assure la **direction morale de la rédaction**. Il a fait ses études de droit à Aix-en-Provence, est devenu **avocat au Parlement d’Aix** puis s’est affirmé sous la Révolution partisan de la **monarchie constitutionnelle**. Cette position lui vaut d’être emprisonné pendant la Révolution et surtout condamné à l’exil. C’est Bonaparte qui lui permet de rentrer d’exil après le coup d’État et les deux hommes demeureront très proches. Portalis livre un célèbre ***Discours préliminaire* au projet de Code civil qui en exprime tout l’esprit, la substance, qui est un guide précieux de compréhension du Code**.

- le périgourdin **Maleville**, qui connaît aussi les coutumes du Sud-Ouest (nous avons vu en effet que malgré la romanisation des pays du Midi, il subsistait des coutumes dans le ressort du Parlement de Bordeaux).

L’on trouve également deux bons connaisseurs du droit coutumier du Nord de la France :

- le parisien **Tronchet**, qui a défendu Louis XVI lors de son procès à la Convention et qui est un très bon connaisseur de la coutume de Paris,

- le breton **Bigot de Préameneu**, bon connaisseur de toutes les coutumes de l’Ouest, Bretagne et Normandie surtout.

Le projet préparé par cette commission est ensuite envoyé aux **tribunaux d’appel** ainsi qu’au **Tribunal de cassation**, pour avis (ces juridictions retrouveront leur nom d’Ancien Régime, leur nom de cours, sous l’Empire, en 1806).

Puis le projet arrive, avec les commentaires des juges, devant les **assemblées législatives mises en place par Napoléon**, qui sont au nombre de trois puisque Napoléon Bonaparte a voulu abaisser le pouvoir législatif au profit du pouvoir exécutif, rompant sur ce point avec la tradition révolutionnaire :

- d’abord devant le **Conseil d’État** qui **rédige le texte définitif**, au cours de 87 séances, en présence de Napoléon Bonaparte parfois (35 séances) et de Cambacérès bien souvent. Lorsqu’il est là, Napoléon, bien que non juriste, intervient sur de nombreux sujets. C’est par exemple à son intervention personnelle que l’on doit le maintien dans le Code du **divorce** et de l’adoption, car en 1802, lorsque le Code est discuté devant le Conseil d’État, **Napoléon Bonaparte est toujours marié à Joséphine de Beauharnais et n’a toujours pas d’enfant**. Il pense déjà à l’Empire et à la transmission de son pouvoir à un héritier, qu’il n’a pas encore. Il veut ainsi se réserver la possibilité de **sortir des liens nés de ce premier mariage**, ce qu’il fera en **1809**, pour se remarier l’année suivante avec Marie-Louise d’Autriche, qui lui donnera un fils l’année suivante, surnommé **l’Aiglon** et qui finalement ne succèdera pas à son père puisqu’en juin 1815, les monarchies européennes sont définitivement victorieuses de Napoléon Bonaparte, après la bataille de **Waterloo**, et imposent le retour des Bourbon au pouvoir, de Louis XVIII puis de Charles X, les deux frères de Louis XVI.

- Puis le texte arrive devant la deuxième assemblée, le **Tribunat (corps des bavards)**, qui n’a que le pouvoir de discuter le texte et qui commence à émettre les **premières critiques**,

- à tel point que la troisième assemblée, le **Corps Législatif (corps des muets)**, rejette le titre premier du Code.

Elle était sur le point de rejeter également le Second lorsque **Napoléon arrête la procédure**, **épure** le Tribunat et le Corps législatif d’une partie de leurs membres, **fait officieusement réécrire** par le Conseil d’État les articles qui posaient problème, si bien que tous les titres du Code civil sont finalement votés entre mars 1803 et mars 1804, par **36 lois successives**, qui sont enfin réunies sous le nom de **Code civil des Français, composé de 2281 articles, promulgué par la loi du 21 mars 1804**.

###### 2. Une œuvre de compromis.

Mais le Code civil est aussi **une œuvre de compromis**, car il a puisé son inspiration aux sources de l’ancien droit et du droit révolutionnaire. Il a **transigé** entre toutes ces sources, indique Portalis dans son *Discours préliminaire*.

Cette idée de **transaction avec les concessions réciproques** qu’elle implique n’est toutefois pas tout à fait exacte, car une source domine toutes les autres dans le Code : **l’ancien droit coutumier**, en particulier la Coutume de Paris réformée de 1580 qui fournit les dispositions sur **l’incapacité de la femme mariée**, la **puissance maritale** **et paternelle**, le **sort des biens entre époux** (la communauté des biens devient le régime légal), nombre de règles successorales. **L’autorité du père de famille** qui avait été affaiblie par la Révolution se renforce ainsi sur la femme (autorité maritale) et sur les enfants (autorité paternelle), car dans la **reconstitution des corps où doivent s’agréger les grains de sable, la famille joue le premier rôle, sous la conduite de son chef, le père de famille**. La famille devient en effet le **lieu d’apprentissage de l’organisation et de la soumission à l’autorité du chef**.

Viennent ensuite parmi les autres sources le **droit romain**, qui a surtout inspiré le droit des **obligations**, mais dans ce domaine, le droit romain s’était imposé partout contre le droit coutumier, y compris donc en pays de coutumes, si bien qu’il n’y a pas là de concessions faites par les juristes du Nord au profit du droit romain. **C’était déjà leur droit en matière d’obligations**, et ce droit a été systématisé par les grands auteurs de la fin de l’Ancien Régime qui l’ont présenté comme un droit français, notamment **Domat et Pothier**, dont les auteurs du Code civil copient souvent les œuvres en la matière. Le droit romain influence ensuite le domaine fondamental de la **propriété**, qui est présentée comme exclusive et absolue. Sur ce point encore, c’est en réalité moins la conception de la propriété romaine qui s’impose que **la conception révolutionnaire**, qui s’est servie de la définition romaine de la propriété pour faire échec aux prétentions des seigneurs. La seule véritable concession faite aux juristes du Sud est en réalité le **régime dotal**.

Les **ordonnances royales** (essentiellement celles de d’Aguesseau sur les donations et les testaments) et **le droit canonique** (pour le mariage) sont aussi des sources d’inspiration.

Enfin le **droit révolutionnaire** marque aussi le Code civil par quelques grandes idées : essentiellement **l’égalité**, maintenue en matière successorale, mais entre les seuls enfants légitimes (chacun reçoit une part minimum égale, que l’on appelle la réserve) ; également la **tolérance religieuse** qui implique la laïcité de l’État, du mariage civil et le maintien du divorce. Il s’agit là d’idées importantes qui vont faire que **le Code va apparaître partout en Europe comme le symbole de la Révolution**. Il représente plutôt un **alliage solide de la Tradition et de la Modernité**, au point d’assurer la **stabilité de la société nouvelle** voulue par Napoléon : sa célébrité et son prestige prouvent évidemment le succès de l’œuvre consulaire.

###### 3. Le contenu du Code civil.

Pour étudier le contenu du Code civil, l’on peut dire formuler d’abord quelques remarques formelles et dire quelques mots du **plan** et du **style** (a), puis passer au fond pour relever que le Code contient un **droit nouveau mais adapté à l’esprit de son temps** (b) ; et qu’il contient également **quelques grands principes qui devront nécessairement être interprétés** pour être mis en œuvre (c).

a. Pour la forme, le plan et le style du Code civil.

- Ayant été adopté non pas en entiers mais par grandes lois, les rédacteurs n’ont pensé au **plan** du Code qu’à la toute fin de la rédaction, et ce plan est d’ailleurs assez curieux. Il est directement inspiré des ***Institutes*** *de Gaius* publiées au IIe siècle de notre ère, les *Institutes* de Justinien les ayant elle-même pris pour modèle. Après un premier titre préliminaire portant des dispositions générales relatives à la loi, le Code est ainsi divisé en **trois livres** : le premier consacré aux **personnes**, le deuxième aux **biens** et le troisième, le plus étrangement dénommé, **aux différentes manières dont on acquiert la propriété**, c’est-à-dire le droit des obligations.

**- Le style de l’écriture** que l’on doit essentiellement à Portalis et à Cambacérès, est d’une grande qualité, si bien que même si les articles sont marqués par leur contexte, même si certains sont rédigés pour une société napoléonienne, ils sont tellement bien rédigés qu’ils pourront traverser les temps et **s’adapter à des mondes nouveaux**, ceux de **l’industrialisation** plutôt que de la propriété terrienne, ceux de la **libération de la famille et de la diminution des pouvoirs du père**. La qualité du style, concis, clair, ne disant que l’essentiel, ne se perdant pas en détails, sont loués par tous, notamment par **Stendhal** qui recommande aux jeunes gens désireux de former leur style la lecture du Code civil.

b. Un droit nouveau mais adapté à l’esprit de son temps.

Le Code se veut également porteur d’un droit nouveau mais d’un droit conforme à l’esprit de la société qu’il entend régir, tout à l’opposé sur ce point du droit révolutionnaire.

- Le Code est en effet porteur d’un **droit nouveau** (c’était l’ambition de départ) et il implique donc, le jour même où il entre en vigueur, le 21 mars 1804, abolition de tout le droit ancien, soit les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts.

- En réalité, ces différentes sources du droit sont intégrées dans les dispositions du Code, car Napoléon et Portalis surtout, comme il l’explique dans son Discours préliminaire, **ne voulaient pas produire un droit trop en avance sur son temps**, contrairement aux Révolutionnaires. Il ne s’agit pas de faire entrer dans le Code des lois de combat qui devront changer l’homme. Il faut au contraire tenir de ce qu’est déjà l’homme afin que le Code soit plus facilement appliqué. A ce sujet, Portalis a une formule célèbre dans son discours préliminaire : « Les lois ne sont pas de purs actes de puissance… [Le législateur] ne doit pas perdre de vue que **les lois sont faites pour les hommes**, et non les hommes pour les lois ; qu’elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites ».

Voulant se conformer à l’esprit de son temps, le Code est porteur d’une **idéologie autoritariste** car les codificateurs font preuve d’un **grand pessimisme sur la nature humaine**. Le Code ne doit pas laisser l’homme, ce grain de sable trop individualiste, totalement libre, car autrement il se laissera guider par sa vraie nature et ne fera des choix qu’en fonction des ses intérêts particuliers. Il faut donc pour éviter cela le soumettre à l’intérêt collectif, même de force. Portalis l’indique bien dans son *Discours préliminaire* : « **S’agit-il du droit, l’individu n’est rien, la société est tout** ». Voilà pourquoi notamment le Code impose le **modèle de la famille soumise à l’autorité du père et du mari**.

c. L’interprétation des grands principes contenus dans le Code.

Le Code se veut également **porteur de quelques grands principes**. Il n’entend **pas s’abaisser aux détails** et ne veut contenir que des règles générales. L’on doit cette caractéristique essentielle, qui explique le succès du Code et son adaptation à une société nouvelle, à **Portalis**, qui indique dans son Discours préliminaire toujours quel est le sens de la loi : « fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit … et non descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière ».

Le Code devra donc nécessairement être interprété, mis en œuvre, d’abord par le **juge** puis par la **doctrine**. C’est du moins le souhait affiché de Portalis.

- **Le Code et le juge**. Pour autant, les règles portées par le Code auront besoin d’être appliquées à des cas particuliers. Ce travail de mise en œuvre, explique Portalis, revient au **juge**. Portalis indique bien dans son Discours toute la **confiance** qu’il place dans la fonction judiciaire. **Le juge n’est plus la bouche de la loi**, ne doit plus appliquer la loi de manière automatique comme le juge révolutionnaire mais retrouve un **certain pouvoir d’interprétation de la règle de droit**, si bien que **le système du référé législatif**, qui obligeait les juges en cas de doute à interroger le législateur, est abandonné.

**Il faut déduire cet abandon de l’article 4** du Code civil qui porte que « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ». Si le juge est obligé de juger dans ces cas, c’est bien qu’il n’a plus à demander au législateur de préciser sa volonté.

Portalis aurait même voulu aller plus loin et permettre au juge **de juger en équité**, soit d’écarter la règle de droit chaque fois qu’elle aboutit à des conséquences injustes. Un article de l’avant-projet est en ce sens, et il est logique que Portalis ait voulu l’imposer car marqué par le droit naturel, **il pense que la loi positive doit céder lorsqu’elle est moins bonne que la raison, que l’équité**. Mais les juges surtout, les tribuns également se sont élevés contre une telle idée et Portalis a dû y renoncer.

Il n’en reste pas moins que le Discours préliminaire de Portalis manifeste toute la **confiance** retrouvée entre le pourvoir politique et sa justice**. Sur ce point il ne faut pas se laisser abuser et dire quelques mots rapides de la réforme napoléonienne de la justice pour comprendre à quel prix Napoléon autorise ses juges à interpréter le Code**.

. Toute l’organisation judiciaire est en effet réformée par Napoléon, et les juges sont désormais tous **nommés** par le pouvoir politique. En contrepartie, ils obtiennent la garantie de leur **inamovibilité**, mais Napoléon, sous les prétextes les plus divers, ne cesse de revenir sur ce principe **et épure régulièrement la magistrature** (à chaque nouvelle réforme constitutionnelle par exemple, en 1802 puis en 1804, puis après cette date il décide que l’inamovibilité n’est acquise qu’après une période probatoire de 5 ans). Il dispose ainsi d’un personnel judiciaire particulièrement **obéissant**, d’autant plus que **la carrière des magistrats** (l’avancement, la rémunération, les mutations) est soumise à l’appréciation de l’Empereur (du **Parquet** plus précisément, soit les magistrats qui défendent l’intérêt de l’État et l’ordre public lors des procès).

. De plus, même si le Code civil porte suppression du référé législatif tel que conçu par les Révolutionnaires, **il interdit aux juges de se mêler de pouvoir législatif**. Ainsi **l’article 5** interdit ce que l’on appelait sous l’Ancien Régime les arrêts de règlement : « *Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et règlementaire sur les causes qui leur sont soumises* ».

. Également, une loi votée en **1807** vient rapidement **restaurer une sorte de référé législatif au profit de Napoléon Bonaparte**, qui doit interpréter le Code en cas de désaccord persistant entre la Cour de cassation et les cours d’appel.

. Enfin, Napoléon ne donne pas une grande autorité aux arrêts de la Cour de cassation. En effet ceux-ci ne s’imposent pas aux juridictions inférieures. Il faut attendre la loi fondamentale du 1er avril 1837 pour que le pouvoir politique décide qu’en cas de 2e pourvoi en cassation et de 2e renvoi devant une cour d’appel, les juges d’appel sont obligés de s’incliner, ne peuvent plus résister à la Cour de cassation, ce qui constitue toujours notre système actuel.

Ce n’est donc qu’à ce prix que Napoléon restaure en effet la fonction judiciaire. Comme il affirme que **le Code contient nécessairement le meilleur droit**, il peut aussi dire, en complément, qu’une telle institution rend **la meilleure justice possible**, parce qu’elle juge sous **son autorité la plus étroite**.

De la même manière, dans la mesure où il a moins de prise sur elle, Napoléon répugne à ce que son Code fasse l’objet d’interprétations doctrinales.

- **Le Code et la doctrine**. Avec le Code civil renaissent les **facultés de droit dès 1808** (la Révolution les avait fermées pour les remplacer par des écoles centrales, où l’on ne faisait lecture que de la loi). Les étudiants suivent alors des cours **d’explication du Code civil** qui ressemblent un peu aux lectures du Digeste au XIIe siècle ! **Le Code est tellement parfait** que les professeurs n’ont qu’à le lire et à s’interrompre de temps à autre pour tout au plus expliquer le sens d’un terme juridique.

Napoléon accepte cet enseignement, le favorise même en ouvrant des facultés de droit dans de nombreuses villes, mais ne veut pas que **l’enseignement soit le prétexte pour interpréter voire même critiquer son Code**. Lorsqu’il apprend en 1805 que Maleville, l’un des quatre rédacteurs du Code civil, s’apprête à publier une *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil*, il se serait écrié : « **Mon Code est perdu** ! », l’empereur craignant que le commentaire ne tue la loi, et c’est pour cette raison qu’en **1807** il demande qu’on s’en réfère à lui pour interpréter le Code en cas de désaccord persistant entre la Cour de cassation et les juges d’appel.

Il faut donc surtout attendre la chute de l’Empereur en 1815 et la **Restauration** qui **conserve le Code civil**, à l’exception du **divorce**, supprimé par la loi du 8 mai 1816, pour que le Code commence à faire l’objet **d’interprétations**, **littérales** au départ, lesquelles se révèlent souvent très fécondes et donnent corps aux grands principes que contient le Code. C’est ce que l’on appelle la méthode de **l’exégèse**. **Aubry et Rau** notamment, tous deux professeurs à la faculté de droit de Strasbourg (Rau dès 1870, Aubry en 1873), et auteurs d’un *Cours de droit civil français*, vont se livrer à des analyses qui sont toujours aujourd’hui des guides précieux en matière de droit des obligations et de droit des biens. Nous devons à leurs analyses notamment la **théorie du patrimoine**.

D’autres auteurs également, qui appartiennent à **l’Ecole dite historique**, tentent de mieux comprendre le droit du Code civil en examinant aussi d’autres sources, **notamment le droit romain et le droit médiéval**, car ils font partie de notre héritage et que le Code doit être compris comme leur intégration dans notre système juridique.

A partir de 1837, c’est à la **Cour de cassation** qu’il reviendra enfin de compléter utilement le Code civil, par des analyses qui sont parfois de véritables créations prétoriennes.

Le Code civil est complété par quatre autres codes.

##### C. Les autres codes.

En même temps qu’avance la rédaction du Code civil, le gouvernement met en chantier, dès 1801-1802, d’autres codes.

- Dès 1802 Napoléon lance la rédaction d’un **code de procédure civile**, achevé en **1806**, qui reprend pour l’essentiel l’ordonnance de 1667. Il s’agit là d’une **œuvre très technique**, qui ne contient aucun grand principe de procédure, et qui reprenant l’ancien droit, a été critiquée comme un code assez **médiocre**.

- Dès 1801, une autre commission est réunie afin de rédiger un **Code de commerce**, très inspiré des ordonnances sur le commerce de 1673 et sur la Marine de 1681. Le Code est achevé en **1807**. Ce Code permet le **timide développement des sociétés de capitaux** et se montre d’une extrême rigueur à l’égard des **faillis**, deux points sur lesquels il fera rapidement l’objet de réformes.

- Le droit pénal fait l’objet de deux codes, comme le Code civil : **le Code d’Instruction criminelle en 1808 et le Code pénal en 1810**. Ces deux codes manifestent **l’autoritarisme** du pouvoir. Les peines prévues paraissent aujourd’hui très sévères, comme la peine du parricide, qui devait avoir le poing coupé avant d’être exécuté. Ils feront l’objet de **rapides réformes qui viendront les adoucir**.

#### § 3. Le devenir de la codification napoléonienne.

L’on peut se contenter là de prendre essentiellement l’exemple du **Code civil**. Il faut distinguer le devenir du Code civil hors de France d’abord, car du fait de la conquête napoléonienne, le Code civil est un modèle qui s’exporte ; puis en France.

- **Hors de France**, le Code civil est applicable aux **habitants de l’Empire** conquis par Napoléon : en **Belgique**, au **Luxembourg**, dans une partie de la **Suisse**, dans une partie de **l’Italie**, États qui passent directement sous le contrôle de l’Empereur et qui sont donc complètement intégrés à l’Empire, avec la même administration et le même droit.

Au-delà, Napoléon domine **aussi toute une série d’États** qui sont ses alliés mais qui demeurent indépendants. Ceux-là ne sont pas directement soumis à l’Empereur et conservent leur administration propre, mais bien souvent Napoléon aura placé des membres de sa famille, ses frères surtout, ou ses beaux-frères, à la tête de ces États. Napoléon en profite donc pour imposer aussi à ces terres le Code civil : c’est le cas dans le royaume de **Naples**, en **Hollande**, dans une partie de la **Pologne**…

Une fois l’Empire achevé après 1815, ces États européens deviennent pleinement indépendants et si certains États rejettent le Code civil comme le droit de l’occupant, un droit étranger, en Allemagne notamment, beaucoup conservent le Code civil français, comme la Belgique, et quand il est supprimé, il est remplacé par des codes locaux qui s’en inspirent largement, comme nombre de codes italiens et comme le Code civil du royaume d’Italie, publié en 1865, une fois l’Italie unifiée, comme certains codes des cantons suisses, comme certains codes sud-américains également. Cette diffusion du Code civil et son maintien hors de France aurait même fait dire à Napoléon alors relégué à Sainte-Hélène que « Ma vraie gloire, ce n’est pas d’avoir gagné quarante batailles … ce que rien n’effacera, ce qui vivra éternellement, c’est mon code civil ».

Il faut enfin signaler pour terminer sur la destinée du Code civil hors de France que le Code a aussi pu constituer un contre-modèle, un repoussoir, car l’idée même de codification a pu paraître **trop écrasante et trop rigide**. Au XIXe siècle contre le Code civil resurgit l’idée d’un droit qui ne soit pas imposé d’en haut, par un législateur autoritaire, mais qui naisse des pratiques, des usages, du peuple lui-même. Cette idée permet le maintien de la *Common law*, droit pour l’essentiel non codifié, en **Angleterre et en Amérique du Nord**. **L’Allemagne** quant à elle s’oriente vers la même idée, **en codifiant son droit** (le BGB est proclamé le 10 août 1896), mais le droit contenu dans le Code n’est pas un droit nouveau imposé par le législateur. Il s’agit au contraire essentiellement du **droit romain** (qui s’appliquait traditionnellement sur les terres de l’ancien Empire romain germanique) tel que **modifié par les usages du peuple**, et c’est la doctrine qui en a recueilli les principes pour les faire entrer dans un Code qui n’a donc pas grand-chose à voir avec le Code civil napoléonien.

- **En France**, le Code est vu avec la plus grande crainte et révérence sous le règne de l’Empereur, et il faut attendre la chute de l’Empire pour qu’il commence à bénéficier des interprétations vivifiantes et créatrices tant de la doctrine que de la Cour de cassation, à partir des **années 1830**. Ces interprétations font que **le Code a très peu besoin d’être réformé**. Certes en 1884 le divorce est réintroduit par la IIIe République, mais les grandes réformes du Code sont plus tardives et datent de **l’après-guerre**. Ainsi en raison du rôle joué par les femmes pendant la **Première guerre mondiale**, en l’absence de leurs maris qui combattaient sur le front, il a fallu reconnaître la **capacité de la femme mariée**, en 1938 et 1942, par exemple. La puissance maritale a ainsi fini par disparaître tandis que la **puissance paternelle s’est considérablement atténuée**.

Aujourd’hui, il est sans cesse question de réformer le Code en profondeur, et les projets abondent, surtout en droit de la famille et en droit des obligations. Ces projets viennent essentiellement de ce que les lois sont aujourd’hui sans cesse plus nombreuses, comme si le droit se faisait de plus en plus en dehors du Code. De fait de nombreuses lois ne viennent pas modifier des articles du Code mais s’ajoutent au Code, à tel point que l’on parle de décodification du droit. Ces projets qui visent à la refonte du droit civil ont donc pour ambition de mieux intégrer ces lois au Code. Il ne s’agit donc pas d’une remise en cause de la codification mais plutôt de l’intégration du droit nouveau à la codification. Il n’est toujours pas question aujourd’hui de la disparition du Code civil de Napoléon !

Au contraire, les autres codes, plus datés et de moindre qualité, ont tous été remplacés : un nouveau Code de procédure pénale en 1959, un nouveau Code de procédure civile en 1976, le Code pénal en 1994, un nouveau code de commerce en 2007.

Introduction 7

Première partie : l’héritage de l’Antiquité romaine. 14

Chapitre I. Les sources du droit romain et leur contexte politique. 14

Section I. La royauté. 15

§ 1. La fondation de Rome. 15

§ 2. L’organisation institutionnelle de la royauté et les sources du droit. 19

A. Les institutions de la royauté. 19

B. Les sources du droit. 21

Section II. La République. 22

§ 1. L’organisation institutionnelle de la République. 23

A. Patriciens et plébéiens. 23

B. L’organisation tripartite des institutions. 25

1. Les magistrats. 25

2. L’assemblée du peuple et le Sénat. 28

§ 2. Les sources du droit. 30

A. La coutume. 30

B. La loi. 31

1. Définition et élaboration de la loi. 34

2. La loi des Douze Tables. 31

C. La doctrine (la jurisprudence). 37

D. Le droit prétorien. 39

Section III. L’Empire. 46

§ 1. Les institutions impériales. 46

A. Le haut-Empire. 47

B. Le bas-Empire. 49

§ 2. Les sources du droit à l’époque impériale. 50

A. La coutume. 51

B. La jurisprudence. 53

C. Les constitutions impériales. 56

D. Les compilations de Justinien. 61

1. Le Code. 62

2. Le Digeste. 63

3. Les Institutes. 65

4. Les Novelles. 66

Chapitre II. L’influence du droit romain sur notre droit. 69

Section I. La méthode romaine de classification. 69

Section II. La définition de l’idéal de justice, fin du droit. 71

Deuxième partie. L’héritage médiéval. 75

Section I. La diversité des sources du droit médiéval. 77

§ 1. Les « lois » personnelles du haut moyen âge. 77

A. L’installation des Barbares sur les terres de l’Empire romain d’Occident. 77

1. Les invasions barbares et la fin de l’Empire romain d’Occident. 78

2. Le royaume franc et sa domination. 80

B. Les lois barbares. 82

1. La personnalité des lois. 82

2. La loi salique. 84

§ 2. Le droit territorial du haut moyen âge : vers la formation des coutumes. 87

A. L’évolution vers la territorialité du droit. 87

1. La dynastie des Carolingiens. 87

2. Les capitulaires. 89

B. L’évolution vers la formation des coutumes. 90

1. Le morcellement territorial. 91

2. L’origine du droit coutumier. 92

C. Le droit coutumier. 93

1. Les domaines d’application de la coutume. 94

2. La définition de la coutume. 96

3. La mise par écrit des coutumes. 99

Section II. Les droits savants, droit commun de l’Europe médiévale. 104

§ 1. Le droit romain. 104

A. La « découverte » du droit romain. 104

B. L’enseignement du droit romain. 106

1. Les acteurs de la renaissance du droit romain. 106

2. La méthode d’enseignement : la glose. 108

a. La glose. 108

b. Les post-glossateurs et l’école d’Orléans. 109

C. La diffusion et la pénétration du droit romain. 112

1. La diffusion du droit romain. 113

2. La pénétration du droit romain. 114

§ 2. Le droit canon. 117

A. L’importance du droit canon. 117

B. Les sources du droit canon et les compilations canoniques. 118

§ 3. Les conséquences de la diffusion des droits savants. 120

A. La formation d’un droit commun de l’Europe médiévale. 120

1. Le rapprochement entre droit romain et droit canon. 121

2. La définition et le contenu du droit commun. 121

3. L’influence du droit commun. 124

B. Le renouveau de l’idée d’État. 126

C. Les idées nouvelles qui s’imposent en droit privé. 128

Troisième partie. Vers la naissance du droit français. 131

Section I. Le pouvoir législatif du roi. 131

§ 1. La renaissance du pouvoir législatif royal. **Erreur ! Signet non défini.**

A. Les mesures « législatives » prises entre 884 et 1155. **Erreur ! Signet non défini.**

B. A partir de 1155, le roi légifère avec l’accord de ses barons. 133

C. L’appui de la doctrine. 135

§ 2. Les lois du roi. 137

A. La procédure législative. 137

B. Les lois du roi au moyen âge : la police du royaume. 139

Section II. L’appropriation par le roi des droits coutumiers et savants. 140

§ 1. Le roi et les coutumes. 140

A. Le roi gardien des bonnes coutumes. 141

B. Le roi abolit les mauvaises coutumes. 142

C. La rédaction des coutumes. 144

1. L’initiative royale. 145

2. Les conséquences immédiates de la rédaction des coutumes. 148

§ 2. Le roi et les droits savants. 150

A. Le Saint-Empire romain germanique et le droit romain. 151

B. Le Pape et le droit canon. 154

Section III. L’expression du pouvoir législatif royal à l’époque moderne. 156

§ 1. Les lois du roi à l’époque moderne (XVIe-XVIIIe siècles) : police du royaume et droit privé. 156

1. L’ordonnance de Villers-Cotterêts et l’état civil. 157

2. L’ordonnance de Blois et le mariage. 157

3. Les ordonnances de codification de Louis XIV. 159

4. Les ordonnances du chancelier d’Aguesseau. 161

§ 2. Le rôle des parlements dans l’exercice du pouvoir législatif. 161

Section IV. L’émergence d’un droit propre au royaume : le droit français. 164

§ 1. L’unification au sein des différentes sources du droit. 165

§ 2. L’idée doctrinale d’un droit proprement français. 165

Quatrième partie. Vers la naissance du droit contemporain. 169

Section I. Les idées nouvelles : vers la toute-puissance de l’individu et de la loi. 171

§ 1. Une philosophie nouvelle, dans laquelle l’homme remplace Dieu. 171

A. L’ordre humain plutôt que l’ordre divin. 171

B. La raison humaine plutôt que la raison divine. 173

§ 2. L’influence des idées nouvelles sur le droit. 174

A. Le rejet de l’ancien. 175

B. La supériorité par essence de la loi. 177

Section II. Le droit révolutionnaire. 179

§ 1. La régénération de l’État et du citoyen par le droit. 181

A. La souveraineté nationale. 181

1. La formation de la Nation souveraine. 181

2. L’assemblée représentative de la Nation. 182

3. Le gouvernement de la Nation. 184

B. L’expression de la volonté nationale : la loi. 185

C. La Déclaration des droits de l’homme et du citoyen (26 août 1789). 187

§ 2. Les innovations révolutionnaires en matière de droit privé. 191

A. L’uniformisation préalable du droit privé. 191

B. L’exemple du droit de la famille. 193

1. L’évolution du mariage et le nouveau statut de l’Église catholique. 193

2. Le droit des successions. 197

Section III. La codification. 198

§ 1. L’idée de codification en Europe à la fin du XVIIIe siècle. 198

§ 2. La codification napoléonienne. 200

A. La volonté napoléonienne. 201

B. Le Code civil. 203

1. Une œuvre d’autorité. 203

2. Une œuvre de compromis. 206

3. Le contenu du Code civil. 207

a. Pour la forme, le plan et le style du Code civil. 207

b. Un droit nouveau mais adapté à l’esprit de son temps. 209

c. L’interprétation des grands principes contenus dans le Code. 210

C. Les autres codes. 213

§ 3. Le devenir de la codification napoléonienne. 214