



Les Fiches de la Corpo

Les Fiches de la Corpo

Chers étudiants, ça y est, le semestre touche à sa fin. Mais pour bien profiter de l'été et éviter les rattrapages, la case des partiels semble inévitable !

Depuis maintenant 85 ans la Corpo Assas accompagne les étudiants dans tous les domaines de la vie universitaire, et vous propose notamment des Fiches de cours. Ces condensés de cours guideront, encadreront et rythmeront vos révisions des partiels. Ils ne sauraient évidemment se substituer aux exigences universitaires de recherche personnelle.

Effectivement, ces fiches sont là pour vous orienter, elles sont faites par des étudiants et ne remplacent pas une présence assidue en cours et en TD ainsi que l'apprentissage régulier et approfondi des différentes matières.

Si jamais il vous venait des questions, n'hésitez pas à nous envoyer un message sur la page Facebook Corpo Assas ou à contacter Iris de Laporte, Apolline Thevaux, Pauline Deslandes et Erykah Il.

➤ **Comment valider votre année ?** Pour les L1 :

Il faut tout d'abord rappeler que toutes vos notes se compensent. Pour valider de la manière la plus simple votre année, il vous faut valider vos blocs de matières fondamentales mais aussi vos blocs de matières complémentaires. Cependant, le calcul peut s'avérer plus complexe...

Chaque fin de semestre est marquée par des examens qui constituent l'épine dorsale de la validation de votre année. Bon nombre d'autres possibilités vous sont proposées pour engranger un maximum de points et limiter ainsi l'impact de vos partiels. Chacun de vos chargés de TD va vous attribuer une note sur 20 à l'issue du semestre. Vos TD de matières fondamentales comptent donc autant que l'examen écrit, lui aussi noté sur 20. Cet examen s'effectue en 3h et nécessite un exercice de rédaction. Sur un semestre, une matière fondamentale peut donc vous rapporter jusqu'à 40 points. Seuls 20 points sont nécessaires à la validation de la matière. Pour valider votre bloc de fondamentales, il vous faut donc obtenir 40 points en additionnant vos notes de TD et vos notes aux partiels. Si toutefois vous n'obtenez pas ces 40 points, vous repasserez en septembre,

lors de la session de rattrapage, la ou les matières que vous n'auriez pas validée(s).

Attention : le passage par septembre annule votre note de TD obtenue dans la matière. Pour les L2 :

Le principe est similaire, à la différence qu'il y a plus de matières fondamentales et plus de matières complémentaires.

Conclusion simple : travailler toutes les matières un minimum en mettant l'accent sur les TD et les matières fondamentales (les plus gros coefficients) vous permettra de maximiser vos chances de valider votre année du premier coup et ainsi éviter l'écueil des rattrapages de septembre.

➤ Système de compensation et session de septembre

Si, au sein même des unités d'enseignement, les matières se compensent, les blocs peuvent aussi se

compenser entre eux à la fin de l'année. Ainsi, si vous obtenez une moyenne générale sur l'année de 10/20, votre passage est assuré.

En cas d'échec lors des sessions de janvier et de juin, une seconde chance vous est offerte en septembre.

Attention, contrairement aux idées reçues, les rattrapages ne sont pas plus faciles, ils sont connus pour être notés plus sévèrement. Toutes les matières des blocs non validés où vous n'avez pas eu la moyenne sont à repasser. S'il s'agit d'une matière à TD, la note de TD est annulée (même si vous avez été défaillant), de sorte que la note obtenue en septembre compte double (8/20 revient à 16/40). Les points d'avance acquis lors de l'année (points au-dessus de la moyenne lors de la validation d'un bloc) sont valables après les rattrapages et permettent donc la compensation finale comme décrite précédemment.

A noter que le jury peut vous accorder quelques points pour l'obtention de votre année, notamment dans le cas d'un étudiant sérieux en TD... A bon entendeur !

Pour les L1, le passage en deuxième année peut aussi se faire en conditionnel, pour cela il vous faut valider les deux unités d'enseignement fondamental et une unité d'enseignement complémentaire tout en sachant que l'autre unité complémentaire sera à repasser en L2.

AVERTISSEMENT

Il est important de rappeler que les Professeurs et Maitres de conférence ne sauraient être tenus responsables d'une erreur ou d'une omission au sein des fiches de cours proposées, puisque ces dernières sont comme dit précédemment, réalisées, relues et mises en page par des étudiants appartenant à la Corpo Paris II.

Le Professeur dont le cours est l'objet n'en est pas l'auteur donc même s'il autorise sa diffusion, il ne cautionne en aucun cas son contenu. En conséquence de quoi, la Corpo Paris II ne certifie en aucun cas la concordance des fiches avec le cours d'amphithéâtre.

Seul le cours dispensé à l'oral en amphithéâtre est utilisé comme référence pour les examens, sauf précision donnée expressément par le Professeur. Il donc est impératif de ne manquer aucun cours magistral afin d'obtenir les meilleures notes possibles aux examens. Les fiches présentées ici ne sont qu'une aide et ne correspondent en aucun cas au cours complet.

REMERCIEMENTS

La Corpo Paris II souhaiterait remercier sincèrement l'intégralité des professeurs ayant permis et autorisé la diffusion de ces fiches de cours et d'avoir ainsi offert aux étudiants une aide précieuse à la réussite de leur examens.



Introduction historique au droit

Objet du cours	4
Aperçu de la tradition juridique antique	5
A) Un droit venu des Cieux	5
B) Du droit des Dieux au droit des hommes	8
Première partie - La naissance du droit : les racines romaines et germaniques	14
Chapitre 1 : L'apport romain	14
• Section 1 : L'ancien droit romain au II ^{ème} siècle avant notre ère	15
Paragraphe 1 - Le droit à l'époque royale (753-509 avant J-C)	15
A) Les sources de droit de la Rome primitive = qui ?	15
B) La coutume et les lois royales : sources archaïques du droit	16
Paragraphe 2 - Les sources du droit à l'époque républicaine	16
A) La loi des XII tables	16
B) La législation de la république romaine	17
C) Les débuts de la doctrine ou <i>iuris prudentia</i>	19
• Section 2 - Le droit classique romain (-II ^{ème} siècle / III ^{ème} siècle)	20
Paragraphe 1 : La doctrine, une source du droit en expansion	20
A) Le développement de la doctrine	21
B) La valeur de la doctrine : le <i>ius publice respondendi</i>	21
Paragraphe 2 : Le droit prétorien, une nouvelle source du droit	22
A) Le préteur romain, un créateur de droit, le droit honoraire	22
B) Une source du droit originale	22
Paragraphe 3 : La législation impériale, une source du droit en devenir	23
A) Les sénatus-consultes, expression officieuse du pouvoir législatif du princeps	23
B) Les constitutions impériales, expression officielle du pouvoir législatif du princeps	23
• Section 3 : le droit post classique (III ^{ème} / VI ^{èmes} siècles)	23
Paragraphe 1 : Le triomphe de la législation impériale.	24
A) L'empereur, source presque unique du droit	24
B) Des premières compilations aux premières codifications	25
1) Des œuvres privées	25
2) Le code Théodosien	27
Paragraphe 2 : La coutume et la doctrine, des sources du droit aux destins opposés.	27
A) La survivance de la coutume	27
B) Une doctrine sous influence	28



Paragraphe 3 : La compilation de Justinien	29
A) L'esprit de la compilation	29
B) Le contenu des compilations	30
Chapitre 2 : la contribution germanique	31
• Section 1 : La prééminence d'un droit ethnique	32
Paragraphe 1 : Un droit fondé sur le système de la personnalité des lois	32
A) Une tradition romaine	33
B) L'application du système dans le monde franc	33
Paragraphe 2 : Les lois des barbares	33
A) Les lois nationales des barbares	33
B) Les lois romaines des barbares	34
• Section 2 : L'apparition progressive d'un droit territorial	36
Paragraphe 1 : Le développement d'une législation commune	36
A) Une législation répondant à un idéal d'unité	36
1) Mérovingiens	37
2) Les carolingiens	37
B) Les capitulaires : forme d'expression de la législation du prince	38
Paragraphe 2 : Vers la réalisation de la territorialité du droit	39
A) Les causes du passage d'un système juridique à l'autre	39
B) L'avènement d'un droit fondé sur des usages locaux	40
Deuxième partie - Le morcellement du droit : la diversité des sources médiévales (Xe / XVe siècles)	40
Chapitre 1 : Le développement d'un droit territorial	41
• Section 1 : La formation des coutumes territoriales	41
Paragraphe 1 : L'avènement d'un droit coutumier territorial	41
A) La genèse des coutumes territoriales	41
B) Une géographie coutumière	43
C) Les conflits de coutumes	44
Paragraphe 2 : De la tradition orale à la mise par écrit de la coutume	45
A) La preuve de la coutume	45
B) Les premières rédactions de coutumes	45
• Section 2 : L'essor de la loi	47
Paragraphe 1 : La lente renaissance de la législation royale	48
A) Une émancipation progressive du système féodo-vassalique	48
1) Xe - milieu XIIe siècles	48
2) Milieu XIIe - fin XIIe siècles	48
3) Fin XIIe - fin XIIIe siècles	48



4) A partir de la fin XIIIe siècle	48
B) Les différentes formes de lois (XIIIe - XVe siècles)	49
Paragraphe 2 : Les fondements du pouvoir de faire la loi	49
A) Un pouvoir découlant du ministère royal	49
B) L'appel au droit romain	49
Paragraphe 3 : Les limites et les traits de la législation royale	50
A) Les contraintes de faire la loi	50
B) Caractères généraux de la législation	51
Chapitre 2 : L'émergence des droits savants	51
• Section 1 : Le développement simultané du droit romain et du droit canonique	51
Paragraphe 1 : La réception du droit romain	52
1) Un droit romain connu dans des œuvres	52
2) Un droit romain porté par l'Eglise	52
A) L'étude scientifique du droit romain	52
B) Les résistances au droit romain	53
Paragraphe 2 : Le renouveau du droit canonique	53
A) Le décret de Gratien	54
B) La formation du corpus <i>iuris canonici</i>	54
• Section 2 : L'impact considérable des droits savants sur la vie juridique	55
Troisième partie : L'unification du droit : la rationalisation des sources du droit (fin XVe - XVIIIe siècles)	55
Chapitre 1 : La mise sous tutelle des sources non législatives (XVe - XVIIIe siècles)	56
• Section 1 : L'assujettissement de la coutume	56
Paragraphe 1 : La "codification" du droit coutumier	56
A) La rédaction officielle des coutumes	56
B) Le mouvement de réformation	57
Paragraphe 2 : Les effets de la rédaction des coutumes	57
A) La consolidation et la pérennisation du droit coutumier	57
B) L'évolution vers un droit commun coutumier	57
• Section 2 : La subordination des droits savants	58
Paragraphe 1 : Le déclin du droit romain	58
A) Le refus du droit romain comme droit commun	58
B) Un droit romain abaissé au rang de simple modèle	58
Paragraphe 2 : La régression du droit canonique	59
A) Une application encadrée du droit canonique	59
B) L'intervention du pouvoir monarchique sur des matières traditionnellement régies par le droit canonique	59



• Section 3 : La domestication de la doctrine et de la jurisprudence	59
Paragraphe 1 : L'encadrement de la doctrine	60
A) L'essor de la doctrine coutumière	60
B) La reconnaissance officielle du droit français	60
Paragraphe 2 : Une jurisprudence sous influence	60
A) La jurisprudence générale	61
B) Les arrêts des Parlements	61
Chapitre 2 : L'avènement du règne de la loi (XVIe - XVIIIe)	61



INTRODUCTION HISTORIQUE AU DROIT

Objet du cours

Le mot “Source” provient d’un mot français médiéval “sorser”, du verbe “sourdre” qui signifie “jaillir” ou, plus rarement, “prendre sa source”.

A travers les sources du droit, on définit où le droit prend sa source, d’où il provient.

L’usage de cette notion n’est pas propre au droit. D’autres disciplines ont recours à cette métaphore : les journalistes avec leurs sources. Quant au droit, cette métaphore est utilisée depuis l’antiquité romaine.

Rappel : antiquité romaine 753 av J-C, 476 ap J-C.

Cette expression se retrouve sous la plume de juristes romains comme Cicéron qui utilise l’expression “*Fons legum et juris*” = source des lois et du droit dans son traité De Legibus, une des sources du droit. Elle est également utilisée par des historiens contemporains comme Tite-Live. Le fait de trouver cette métaphore en dehors de la sphère des juristes indique que celle-ci est connue, elle tend à s’imposer.

Il faudra attendre le XIX^{ème} siècle pour que cette expression soit un usage courant chez les juristes.

Aujourd’hui cette expression est remise en cause et son contenu varie sensiblement d’un auteur à un autre.

Les principales sources du droit sont la loi, coutume, jurisprudence et la doctrine.

Réfléchir sur les sources du droit, c’est s’interroger sur la provenance du droit.

Que peut-on mobiliser comme arguments juridiques dans une démonstration ?

Les sources du droit sont les topoi (les lieux) de l’argumentation juridique, où il faut aller puiser pour trouver le droit, lorsque l’on cherche une réponse à une question de droit. Le travail de tout juriste commence par la recherche des sources du droit car sur ces sources, il va construire son argumentation, par un syllogisme juridique.

Ex : majeure, mineure, conclusion.

Qui a formulé ces sources du droit ?

Des organes, autorités ou mécanismes ayant le pouvoir de créer des règles de droit, c’est-à-dire des règles obligatoires dont le respect sera assuré, si besoin est, par la contrainte étatique = Rémy Cabrillac.

Pourquoi ont-elles été créées ?

Ce sont des éléments ayant la faculté d’influer sur la création d’une règle de droit (ex : situation économique, sociale, religieuse).



Le droit évolue en fonction de la société, de l'idéologie, selon les gouvernants au pouvoir et la forme du régime politique, mais aussi en raison de circonstances concrètes, matérielles et contingentes.

A travers les distinctions entre les sources de droit et les sources du droit, on peut aboutir à la conclusion que le droit est un artefact, c'est-à-dire un **produit de l'industrie humaine**. Les hommes évoluant, le droit est aussi une **technologie** inventée dans des lieux et des moments différents.

“Technologie” = ensemble de termes techniques propres à un domaine.

Historique : quelles sont les sources du droit en France en 2021 ?

- La **hiérarchie des normes** de Hans Kelsen s'intéresse aux sources formelles du droit. Au sommet de cette pyramide, on trouve le bloc de constitutionnalité. En dessous, le bloc de conventionnalité (les traités internationaux, européens et conventions européennes)... Pour certains juristes, nous sommes face à une source récente du droit.

Depuis quand date le droit ?

“**Ubi societas, ibi jus**” (là où il y a une société, il y a du droit).

Cet adage est aujourd'hui sujet à controverses : H. Kelsen, A. Schiavone (L'invention du droit en Occident).

Le droit français actuel tient beaucoup du droit d'hier: ce sont des règles et des principes qui ont contribué à façonner notre droit actuel. Il est l'**héritier d'une longue histoire**.

Ex : le code civil de 1804 est un compromis entre le droit romain, le droit coutumier et la doctrine = “Ubi societas, ibi jus”.

Aperçu de la tradition juridique antique

Régissant des sociétés séculaires, le droit est indiqué comme donné par un dieu ou des dieux. Il s'imposerait aux hommes sans que ces mêmes hommes aient cru ou voulu le créer. Au cours de cette période, il s'applique sans qu'aucune réflexion juridique ne soit tenue, on considère que nous sommes donc face à un droit sans juristes, sans doctrine. On assiste à une **immixtion des hommes dans la création du droit**. Ils ne se contentent plus de transcrire ce droit, des lois dictées par les divinités : ils décident à leur tour de formuler du droit.

A) Un droit venu des Cieux

Deux illustrations :

- **Le droit mésopotamien** : l'Orient a donné à l'humanité ses premières grandes civilisations à partir du troisième millénaire avant notre ère : la Mésopotamie est le berceau le plus ancien de ces civilisations. Parmi celles-ci Babylone ou Ur. La Mésopotamie (du grec *méso* = au milieu et *potamos* = fleuve) = terre entre les fleuves où la fertilité de ces terres : elle est délimitée par le Tigre et l'Euphrate. L'écriture apparaît sous la forme **cunéiforme** (en forme de coins ou de clous) vers 3000 avant notre ère. Elle a été connue à travers des tablettes en argile découvertes au cours de fouilles archéologiques : beaucoup ont été trouvées ce qui signifie que la vie juridique



était bien présente (qui illustrent des ventes, des contrats de location...). Elles correspondent aux premières traces écrites majeures de contact entre l'homme et le droit = premier choc juridique de l'histoire. On doit aussi à cette période des codes :

- **Période des cités-États** (entre 3500 et 2334 avant notre ère) : territoire de la Mésopotamie est alors constitué par des cités états; il comprend la cité qui correspond à l'agglomération majeure (où se trouve le temple de la divinité la plus importante de la cité et de son épouse) et des villes et villages qui appartiennent aux divinités secondaires. Parmi ces cités-états, le royaume de Lagash. On a trouvé des textes que l'on appelle les réformes d'Urukagina (roi de Lagash qui porte ce nom entre 2380 et 2350 avant notre ère, considéré comme usurpateur car ne fait pas partie de la dynastie royale : a chassé les rois de cette dynastie). Ces réformes interviennent dans ce contexte : il aurait voulu mettre fin aux abus de la dynastie qui régnait : "il fit laver les domiciles des habitants de Lagash de l'usure (...) et il fit instituer la liberté" (réforme). C'est la mise en avant d'un souverain juste que l'on retrouvera dans les codes mésopotamiens ultérieurs.
- **Période akkadienne** (entre 2334 et 2154) : c'est un empire mais cette période n'est pas révélatrice d'informations pour le droit. Il y a cependant des tablettes qui nous sont parvenues et qui révèlent l'organisation administrative de l'empire.
- A partir de 2154 avant notre ère : l'**âge d'or des codes mésopotamiens**. Le code d'Ur-Nammu (également ur-namma) que l'on doit à Ur-Nammu qui signifie en sumérien "guerrier de la déesse Nammu" qui a régné de 2112 à 2095 : d'où le nom du code d'Ur-Nammu qui comporte 57 lois parvenues de manière très fragmentaire. Dans le prologue de ce code, Ur-Nammu fait étalage de sa puissance et indique être un "mâle fort, roi d'Ur, roi de Sumer et d'Akkad", il décrète également l'équité dans le pays. On est face à une volonté de **justice sociale**. On souligne également le caractère divin du pouvoir qui a une incidence sur le droit : le roi affirme faire resplendir le droit qu'il indique comme originaire de Namma, dieu-lune. Il s'inscrit lui-même comme le **traducteur et exécuteur de la volonté divine** : il édicte en quelque sorte la loi voulue par cette divinité. Les sociétés proches orientales antiques sont structurées autour d'un chef charismatique, élu par les dieux qui fait office d'intermédiaire entre les dieux et les hommes. Cette révélation divine confère à la loi son caractère obligatoire (ne pas respecter la loi revient à ne pas respecter les dieux). Dans ce code, on trouve essentiellement du droit pénal (passages de la sorcellerie, de coups et blessures, des fuites d'esclaves), droit matrimonial, ordalie du fleuve pour une femme accusée d'adultère, droit agraire (occupation abusive du champ d'un voisin). On trouve le code de Lipit-Ishtar dont on a plus d'informations : on le doit au roi qui, comme le code d'Ur-Nammu, souligne l'origine divine du pouvoir et la volonté/recherche de l'équité. Il est indiqué aussi que les rois ont été chargés par les dieux d'établir dans le pays, la justice pour "**extirper l'iniquité, briser le désordre et la malveillance et établir le bien-être**". Il contient des dispositions sur les adoptions, le régime successoral, droit matrimonial, droit pénal. Après cela, Eshnunna est promulgué un texte par le roi Dadoucha : on parle de lois d'Eshnunna (soixantaine de lois). Le texte n'est pas encadré ni par un prologue ni un épilogue. Ce n'est donc pas un code mésopotamien (caractéristique).
- Enfin, le document juridique le plus célèbre de l'antiquité mésopotamienne est le code de **Hammourabi** en 1750 avant notre ère. On peut dire que :
 - C'est le code le plus **complet** que l'on connaisse
 - Là où s'affirme le mieux le **lien entre droit et religion** : Hammurabi se proclame roi du droit, recevant ce droit du dieu-soleil Shamash. C'est un droit présenté comme objet d'une révélation, placé sous un



patronage divin et donné par un dieu, il n'est **pas destiné à être changé** : il a peu évolué et s'appliquait encore sur les terre babyloniennes et à l'étranger 1000 ans après la chute de l'empire d'Hammourabi.

- On doit ce code au Hammourabi roi de Babylone, 7ème roi de la première dynastie dont le règne était de 43 ans. Le roi avait une vision politique du code en voulant réunir ses conquêtes dans un **empire unifié** socialement et administrativement. Cette union ne peut passer que par le droit selon lui, qui s'appliquera à tous = vision politique. Ces codes mettaient l'origine divine en évidence qui était déjà une fin politique. A travers ce code, Hammourabi veut que ce droit s'applique à tous et réunir tous les peuples d'origine diverses sur lesquels il règne. Il y a donc deux fins politiques : expression de la toute-puissance du roi et un même droit pour tous. On va retrouver cela dans les entreprises de codification telle la compilation justinienne que l'on doit à Justinien (il faut des conquêtes, on veut restaurer la grandeur romaine et Rome).
- La nature du droit : caractère protecteur et justicier du droit : “faire en sorte que le fort n'opprime pas le faible”. Ce code d'Hammourabi est imprégné de **morale** et s'accorde même à une sorte de règlement de **paix**. Ce code se divise en 3 parties :
 - 1) Prologue qui rappelle l'investiture du droit, formation de l'empire, réalisations du roi. Le roi affirme ses obligations de justicier et protecteur mais invoque, comme les autres, l'autorité des dieux.
 - 2) Corps du texte qui comprend 282 paragraphes, des “sentences équitables” ou “jugements de droit” (termes mêmes). Depuis la première traduction par le père Scheil en 1902, les paragraphes sont des articles de loi. On détermine la place de chacun dans la société, on fixe des règles familiales, économiques, pénales, administratives. C'est un code qui touche tous les domaines du droit. Ces paragraphes sont courts et rédigés sous la forme casuistique : des cas concrets donnent la solution juridique (commence par les faits et se termine par la réponse).
 - 3) Épilogue qui résume l'œuvre juridique d'Hammourabi et qui prépare à la perpétuation du code même (pas d'évolution) et le code promet à ceux qui suivront la loi une récompense divine, à l'inverse, seront châtiés ceux qui la violent. Enfin, on trouve “Hammourabi, roi du droit, c'est moi auquel Shamash a fait présent des lois” ; il se présente comme étant le traducteur/vecteur des lois et affirmation de l'origine divine de ce code.

Chaque rôle est clairement établi : celui qui est à l'origine est la divinité et celui qui a soin d'appliquer la loi est le roi. Mais ce n'est pas un droit religieux même s'il y a le patronage des dieux : allusions aux temples, prêtres pour indiquer leur rang social et non les pratiques religieuses car le droit issu de ces codes est fait pour les hommes qui ont une religion mais le droit laisse la religion hors des propos : le droit mésopotamien est un **droit séculier d'origine divine**. Ce texte n'est pas véritablement un recueil de lois mais il s'agit de solutions juridiques apportées à des problèmes juridiques singuliers : ce sont des **sentences casuistiques qui ont valeur de modèle**.

Un code vient du latin *codex* qui signifie une forme de présentation d'un écrit. Les textes étaient avant sous rouleau puis sous cahiers reliés entre eux. Les premiers codes à Rome ont été qualifiés comme cela. J. Gaudemet indique qu'un code ressemble à un ensemble cohérent de dispositions juridiques qu'il s'agisse de la totalité d'une discipline juridique ou d'une matière déterminée. Parfois l'ambition est plus grande et tout le droit privé ou tout le droit public et l'essentiel d'autres domaines se retrouvent dans un même code, comme le Code Hammourabi ou il y a eu une volonté de réunir tout le droit pour un peuple déterminé. Pour d'autres auteurs tels que Jean Imbert, le nom même de code serait très inexact pour qualifier le code de Hammourabi.



Le droit hébraïque :

Ce qui confère au peuple d'Israël sa religion : monothéiste.

Trois grandes religions qui s'accordent pour connaître à la Bible un caractère divin. Il faut rechercher les sources du droit hébraïques dans le **Pentateuque**. Il apparaît comme le groupement l'éléments d'origine et de dates variés, qui comprend 5 livres :

- Genèse
- Exode
- Lévitique
- Nombres
- Deutéronome

Dans l'Exode et Deutéronome, on trouve les textes législatifs donnés par Dieu = c'est le décalogue. Yahvé aurait écrit sur deux tables de pierre et donné ses prescriptions à Moïse au Sinaï. On trouve aussi d'autres textes tels que le code de l'Alliance. Ces cinq livres du Pentateuque forment la loi : la **Torah** (en hébreu cela ne correspond pas à la loi moderne, elle signifie une direction, un enseignement dans le sens de guider, d'indiquer le chemin).

La loi a donc une origine divine, donnée par dieu et fait office de législateur dans une sorte d'alliance entre lui et le peuple. Cette alliance est comparée à une sorte de traité de vassalité entre le peuple et dieu. Donnée par dieu, la loi en devient immuable et le seul à pouvoir la modifier est Dieu. Elle échappe à toute décision humaine.

Le droit est étroitement lié à la religion : un droit qui s'efforce de donner la direction. La Torah insiste sur des notions comme la faute ou la responsabilité individuelle (*ex: décalogue "tu ne commettras pas d'adultère"...*)

Enfin, la Torah réunit dans un même ensemble normatif des principes juridiques mais aussi des règles morales et religieuses qui fixent les devoirs des membres du peuple d'Israël.

La volonté des hommes va prendre une place de plus en plus importante : l'homme veut être à l'origine du droit. On assiste à un transfert de la compétence d'élaborer le droit des dieux aux hommes.

B) Du droit des Dieux au droit des hommes

- La loi du roi dans l'Orient ancien

Rappel : dans les cités états de Mésopotamie, les lois sont dictées par les dieux mais écrites par les souverains. Le roi se présente comme le traducteur (il interprète) de la volonté divine. Avec le droit hébraïque, nous sommes dans une position similaire car une divinité est à l'origine du droit mais différente car on écrit les prescriptions sur deux tables de pierre données à Moïse sur le Sinaï : il n'y a pas ce travail d'interprétation, **Moïse** réceptionne directement le droit.

L'intervention est plus forte dans l'empire hittite. Cet empire se situe en **Anatolie**, en Asie mineure (actuellement la Turquie). Ce dernier a connu deux périodes de gloire : entre le 18e et le 16e siècle avant notre ère et entre milieu 15e fin 13e siècle. A partir de 1200, on n'a plus aucune information sur les hittites : ils ont été balayés par les invasions d'autres peuples. On connaît aujourd'hui encore assez peu ce peuple, mais beaucoup plus qu'au début du 20e siècle : des fouilles ont eu lieu sur sur l'emplacement de l'ancienne capitale et on a su où se situait l'ancien palais royal. On a découvert 13 000 tablettes issues des archives royales.



Parmi celles-ci, on trouve le recueil des **lois hittites** qui nous est parvenu sur deux tablettes d'argile très fragmentaires. La première tablette commence par "si un homme...", la seconde "si un vignoble..." Ces deux donnent l'impression de se suivre. Elles sont rédigées en écriture cunéiforme et contiennent une centaine d'articles chacune. Les articles sont également rédigés sous la forme casuistique et sont principalement des articles de droit pénal. La date de ce recueil est incertaine mais les auteurs retiennent des époques allant du 17^e au 14^e siècle av JC. Il aurait été formé à partir de dispositions d'époques différentes et donc, par couches successives : certaines dispositions utilisent un vocabulaire très ancien alors que d'autres montrent une certaine modernité dans la formulation. De même, parfois, les articles eux-mêmes font référence à des modifications du droit.

Ex : "autrefois, la peine de mort était prévue pour le voleur d'abeilles en ruches. Mais aujourd'hui c'est une amende de 6 cycles d'argent qui s'applique."

On atténue au fur et à mesure la peine pour montrer qu'on a évolué = **évolution de la société**.

Il y a des différences avec le code d'Hammourabi: il ne pouvait pas être contesté car il devait s'appliquer même après la mort d'Hammourabi. De plus, chaque paragraphe est séparé par des interlignes. De même, on a regroupé les matières dans le recueil : dans un premier temps, on vise toutes les atteintes à l'homme puis à la propriété de cet homme (animaux domestiques et biens immobiliers). Nous sommes face à un vrai **travail de construction et de réflexion**. Enfin, ce recueil ne semble pas avoir été réalisé sur ordre royal : nous n'avons pas le nom du roi à l'origine de ce recueil. Cependant, certaines dispositions se présentent comme étant la traduction de la **volonté du roi** (différence avec l'origine divine de la loi).

Ce recueil se démarque déjà des codes mésopotamiens car on sent la main de l'homme, le recueil est le fait de compilateurs.

- Le droit grec

Alors qu'il existait déjà dès le 3^e millénaire avant notre ère des lois écrites, les grecs ont tardé à mettre leurs lois par écrit.

On distingue trois périodes :

Le temps des poètes

Nous sommes à l'époque de la Grèce homérique et donc des poèmes homériques : L'Iliade et l'Odyssée. La datation même de ces poèmes est sujet à discussion. Il semble que ces poèmes s'inspirent d'autres poèmes plus anciens qui ont été cristallisés (pris une forme définitive) à des époques différentes. Le poème le plus ancien est L'Iliade qui se compose de 16 000 vers et a pris sa forme définitive aux environs de 800 avant notre ère. Il est traditionnellement attribué à Homère mais il semble être le fait d'un poète itinérant : Aède qui nous fait vivre dans une société des 10^e avant notre ère. L'odyssée prit sa forme définitive au VIII^e siècle avant notre ère.

Quels renseignements peut-on tirer de ces poèmes ?

On ne peut pas tenir ce qu'ils disent comme étant indiscutable. Tout de même, ils nous donnent une certaine idée de ce qu'était la société au IX^e/Xe siècles. Ces poèmes ont une grande valeur historique et témoignent de la consistance du pouvoir royal. Dans ces poèmes, le **roi a une origine divine** : il peut avoir comme ascendance Zeus ou Apollon. Le roi est également un **guerrier** qui doit mener son peuple aux conquêtes. Grâce à ses conquêtes, le roi a droit à la meilleure part du butin et peut exploiter ensuite les terres communes à tous ceux qui appartiennent à son autorité. Le roi est également **justicier** car il détient le **sceptre** qui lui aurait été remis par une divinité et qui lui permet de rendre la justice. Zeus a



voulu que le roi administre la justice : la **Thémis** qui est une référence à la déesse du même nom, épouse de Zeus et aujourd'hui allégorie de la justice.

Autres signes de justice : les yeux bandés, les genoux (plus un genou est développé, plus la personne était un grand justicier).

C'est à l'occasion de différends que le roi dit le droit en posant la loi. Le roi homérique est à la fois juge et législateur. Parce qu'il est juge, il est législateur : en effet, la loi est faite à travers les jugements. La Thémis est ainsi constituée de **précédents judiciaires** qui prennent le nom de **Thémistes**. Avant de prendre ces jugements, le roi a le devoir de prendre **l'avis de sages** et de le suivre. Ces sages forment un conseil appelé le conseil des compagnons : la **Boulè**. Celui-ci est composé de proches du roi, tous issus de la noblesse. Ce conseil **empêche ainsi toute décision arbitraire** du roi. Par conséquent, il limite également le pouvoir royal. En prenant ce conseil, le roi dit le droit mais donne surtout une solution juste "la **Dikè**".

Il faut signaler un autre lieu où s'exerce la justice : **l'Oikos**. C'est une maison dirigée par un chef de famille qui règne sur tous ceux qui vivent et travaillent au sein de cette maison. Il exerce un pouvoir de juridiction domestique sur son domaine. Le roi et ses compagnons ne gèrent que les affaires les plus graves qui peuvent porter atteinte à leur autorité. Pour les affaires les plus courantes, c'est le chef de famille qui dit le droit.

Donc la loi écrite n'existe pas encore et va apparaître au cours de la 2ème période :

6e siècle avant notre ère, la loi écrite apparaît : *Nomos* = partager/répartir

La loi est clairement une **création humaine**. Il faut remonter aux alentours du VIIIe siècle avant notre ère. Les monarques connaissent des difficultés et sont supplantés par des régimes aristocratiques qui s'appuient sur l'institution de la cité : la *polis*.

Ex : la cité d'Athènes

On dénombre 150 cités-états. La cité est alors un État communautaire. La cité athénienne se qualifie officiellement par l'expression "les athéniens".

Conséquence importante : de cette communauté découle une **solidarité** très forte. Chaque membre soutient un autre membre de cette communauté. Elle rejette les autres, c'est-à-dire des membres d'autres cités grecques ou des barbares.

Comment est gérée cette communauté ?

Le pouvoir appartient à divers organes qui assurent la vie de la cité : la *politeia*. L'exécutif est entre les mains de plusieurs **magistrats**. Réunis, ils forment ce qu'on appellera plus tard le **collège des archontes**. Ils détiennent l'ensemble des prérogatives que détenait auparavant le roi, les prérogatives royales. Ils sont au nombre de 9. Ils vont apparaître successivement. Le premier est un magistrat qui prend la place du roi, le roi est remplacé par un magistrat élu mais viager (à vie). Il s'appelle l'archonte roi. Il perd rapidement les prérogatives militaires qui sont confiées à un autre magistrat, qui porte le nom de **Polémarque**. Cela se fait quasi instantanément.

Chaque archonte porte un nom particulier et a donc une fonction particulière. Il apparaît aussi l'**archonte-éponyme** : il vide la fonction royale de toute substance. C'est à lui que sont confiées les anciennes prérogatives du droit. L'archonte-roi



ne dispose plus qu'alors de fonctions religieuses, il reste aussi juge de tous les crimes qui souillent la cité et le territoire. Il préside l'aréopage, qui juge ce type de crimes. Si on commet un assassinat, on s'en prend aux Dieux.

Autre évolution : alors que la fonction était alors viagère, cette magistrature va se limiter à 10 ans puis à **1 année**.

Les derniers magistrats à apparaître sont les **thesmothètes** : ceux qui établissent le droit en matière civile, comme à l'époque royale en rendant la justice. La loi écrite n'existe toujours pas. Ils sont 6. 1 an pour cette magistrature. Ils doivent assurer le respect de la loi : ils sont juges, législateurs et gardiens du droit.

Ces archontes sont **élus** par la "fraction la plus opulente de la cité" : les propriétaires fonciers. Ils le font au sein d'un conseil, dont la composition n'est pas forcément très établie, qui verra y entrer également les anciens archontes. Il prendra le nom **d'aréopage**. Il semble l'héritier direct du conseil des compagnons du roi. Il rend la justice et dit le droit en matière criminelle.

L'assemblée du peuple : elle existait dès la royauté, elle siégeait sur l'agora. Tous ceux qui n'étaient pas aux autres organes pouvaient siéger à l'assemblée. Les prérogatives de cette assemblée n'étaient pas très bien définies. Cette assemblée semble muette. On ne la voit pas clairement s'exprimer dans les textes. Par contre, il semble qu'elle serve, comme le conseil des compagnons du roi, de contrepoids au pouvoir royal (s'opposer à un roi qui prendrait une mauvaise décision)

Au moment où arrive cette aristocratie du pouvoir, l'assemblée du peuple n'évolue pas. Elle va former **l'Ecclésia**.

Le pouvoir n'est pas partagé, il est réservé aux plus riches. Les familles qui détiennent le pouvoir vont former ce qu'on appelle des **lignages nobles : Génos, c'est la victoire des Eupatrides**. Il y a une solidarité entre eux.

Problème : à partir des VIIIe/VIe siècles, on assiste à une grave crise sociale qui vient de ceux qui se sont enrichis. Avant, la richesse en Grèce ne reposait que sur la propriété foncière. Or, à partir de cette époque, la Grèce fait du commerce et ceux qui le pratiquent deviennent riches, parfois plus que les propriétaires fonciers, mais n'ont pas le pouvoir.

Les petits paysans perdent peu à peu la terre dont ils disposent. Les propriétaires prêtent de l'argent, les paysans ne peuvent pas rembourser donc les propriétaires prennent la terre. La population s'est appauvrie, elle n'a quasi plus de terres et plus de quoi se nourrir. On assiste à une **crise sociale à tous les étages** : ceux qui ont les richesses mais pas le pouvoir et les plus pauvres qui sont encore plus pauvres qu'avant.

Mesures prises face à cette crise : certaines cités vont avoir recours à des **expulsions**. Dans chaque famille, un frère sur deux est tiré au sort pour aller dans les colonies. S'il se rebelle, il est mis à mort. Dans d'autres cités, on assiste à des rébellions politiques qui se traduisent par la mise en place d'un pouvoir aux mains du **tyran**. Les tyrans ne sont pas des maîtres arbitraires. Cette tyrannie archaïque va même être appréciée par certains penseurs comme Aristote. C'est pour eux un **passage obligé entre une aristocratie dépassée et la démocratie**. Cette tyrannie met fin aux aristocraties tout en préparant le régime suivant.

Ces tyrans sont des chefs de partis qui réussissent à créer un parti car ils ont de l'argent. Ils se sont enrichis grâce au commerce. Ils sont chargés de sauver la cité, car il y a un risque, en la rénovant et en réformant son droit. La durée de



cette phase dure 1 siècle. Une fois le régime antérieur liquidé, le pouvoir confié à un seul homme est insupportable. Le tyran doit donc être remplacé par un autre système.

Certaines cités n'ont pas connu cette tyrannie. Elles ont conservé ce qui existait avec l'aristocratie, tout en ajoutant quelque chose. Tel est le cas à Athènes. On observe le même phénomène de rejet de ces privilèges nobles mais avec une réaction tout autre. Ils estiment que la justice est entre les mains des nobles et qu'elle leur est étrangère. On va voir émerger des hommes qui vont justement, à leur tour, intervenir :

- **Dracon le réformateur** : il publie le droit (surtout pénal) et ôte aux nobles le pouvoir le plus important dont ils disposaient. Il conserve par contre le cadre de la justice, il ne les chasse pas. Il indique quelles sont les peines, il faut qu'elles soient égales pour tous. Mais avec Dracon, la crise sociale ne s'enraye pas.
- **Solon, législateur d'Athènes**. Issu d'une famille aisée, il va refuser l'héritage paternel et met en évidence qu'il existe un déséquilibre dans la société. Les plus riches mènent celui lui une course effrénée aux gains, les peuples vivent dans la déraison, sont immatures et faibles. Pour Solon, il faut trouver un équilibre. L'un doit servir de contrepoids à l'autre. Il s'agit alors de fixer pour chacun des droits et des devoirs.

Le *nomos* a pour mission de fixer la **place qui revient à chacun dans l'organisation civique**. On est proche de la Constitution, tout en respectant la justice supérieure. Selon décrète le "rejet du fardeau". Il tient au passé (ceux qui, dans le passé, sont tombés en esclavage pour dettes doivent être immédiatement libérés), au présent (le débiteur qui avait une dette doit en être libéré, on doit lui rendre la terre) et au futur (il est désormais interdit tout engagement personnel pour tout débiteur et sa famille : on ne peut plus tomber en esclavage à Athènes). "J'ai rendu à Athènes, dans leur patrie fondée par les Dieux, bien des gens vendus plus ou moins justement."

Pour rétablir l'ordre politique et la paix sociale, Solon édicte ainsi des lois.

Un nouveau régime apparaît : la démocratie. Démocratie vient de *dêmos* (peuple) et *kratos* (pouvoir). Ce régime entraîne une nouvelle définition de la loi, elle va prendre toute sa mesure. On va suivre Athènes, cité qui exprime le mieux la démocratie. Cette démocratie s'est mise en place par étapes.

Il faut partir de Solon, qui indique que ses réformes ne tendent pas à instaurer une égalité de tous, notamment devant la loi. Solon ne cherche donc pas à instaurer un régime démocratique. Il n'est pas à l'origine même de la démocratie. Il a rendu le terrain propre à l'émergence de la démocratie.

Par diverses mesures, il a aidé à l'apparition de cette démocratie. Ces mesures, qu'on peut qualifier d'entre-deux, ne satisfont ni les aristocrates ni la population grecque, ce qui entraînera l'émergence de tyrans qui aideront à rendre un terrain fertile pour l'émergence de la démocratie.

Quelles sont les mesures prises par Solon ?

- 1) La mesure la plus importante : création d'un **tribunal, l'Héliée**. Ce tribunal est composé de citoyens civils tirés au sort par l'Ecclésiast. Ce tribunal marque la participation de tout le peuple à la justice. On peut qualifier ce tribunal de **tribunal populaire**. Il est compétent pour toute affaire et dessaisit tout magistrat et archonte.



- 2) Jusqu'à Solon, les archontes étaient désignés par l'aréopage, qui choisissaient ceux qui appartenaient à un lignage noble. Désormais, les **archontes sont élus par l'Ecclésia**, ce qui entraîne une modification de la composition de l'aréopage car y siègent les anciens archontes.. Mais Solon, dans sa réforme, introduit des conditions à l'éligibilité des archontes. Il faut appartenir à la classe des *pentacosiomédimnes* (=ceux dont les biens génèrent un revenu annuel de 500 *médimnes*) donc ceux qui ont la propriété foncière. Ce n'est donc pas encore une démocratie.
- 3) Désormais siègent au sein de l'**Ecclésia tous les citoyens**, même ceux appartenant à la classe sociale des Thètes, qui ne disposaient d'aucun pouvoir civique car ils étaient sans fortune. Tous les citoyens mâles jouissent de droits politiques. En sont exclus les femmes, les esclaves et les étrangers (métèques).

Ils sont 60 000 à y siéger (environ 450 avant notre ère). L'absentéisme y sera important, ce qui importe peu car siègent au sein de l'Ecclésia ceux qui estiment avoir assez de compétences pour aider à prendre une décision importante au sein de l'Ecclésia.

Problème : cet absentéisme devient de plus en plus important car il y a trop de sessions ; la démocratie est alors mise à mal.

Dans un 1er temps, on prend des mesures punitives : en cas d'absence, on reçoit une amende. Dans un second temps, on prend des mesures incitatives : récompense pécuniaire. Pour les affaires les plus importantes, il faut au moins 6 000 citoyens. Les 6 000 premiers arrivés touchent 3 oboles. Avec Solon, on n'est pas face à une rupture brutale du système. Les privilèges politiques des nobles commencent à être attaqués mais ces mesures ne vont pas satisfaire la population non plus. Elles vont **diviser** plutôt que rassembler.

En 507-501 avant notre ère, aux tyrans succède un citoyen Clisthène, considéré comme le père de la démocratie. Il va mettre l'Etat entre les mains du peuple.

Sa réforme se fait tout d'abord au niveau local : la cité est divisée en circonscriptions appelées des **dèmes**, il en existe alors une centaine. Ces dèmes disposent chacune d'une assemblée (**Agora** des dèmes) qui est chargée de gérer les affaires locales et désigne un représentant qu'on appelle un **démarque**. Chaque circonscription est elle-même regroupée au sein d'une **trittye** qui contient 4 ou 5 dèmes. Chaque trittye est regroupée au sein d'une **tribu**. Chaque tribu désigne tous les ans, à partir d'une liste établie par Agora des **dèmes**, ses représentants qui vont siéger au sein de la **Boulè**. La Boulè a alors connu une évolution importante également. On l'avait d'abord qualifié de conseil des compagnons des rois. Avec Clisthène, la Boulè est profondément modifiée dans le but de rogner sur les compétences de l'aréopage. On essaie de remettre le pouvoir non plus à des lignages mais à des circonscriptions. La Boulè est composée de 500 membres, siège en permanence et doit donner son avis sur toute décision, ce qui en fait le siège de la loi.

L'Ecclésia fait la loi, **tout citoyen peut présenter un projet de loi**. Dès lors que ce projet est présenté, une discussion s'ouvre. Après discussion, la Boulè est saisie. Si l'avis est favorable, la Boulè met en forme le projet qui est représenté devant l'Ecclésia. Si son avis est défavorable, elle indique dans un rapport transmis à l'Ecclésia "le demos se prononcera comme il le décidera". Dans les deux cas, l'Ecclésia ouvre le débat et chaque citoyen peut prendre la parole, le texte est voté article par article. Le vote se fait à **main levée** alors que précédemment il se faisait au moyen de cailloux. Le mode de vote par cailloux nous permet de qualifier un type de texte : les décrets. Le terme décret provient d'un terme grec signifiant caillou. Il existe une différence à Athènes entre la loi et le décret. Les deux sont votés par l'Ecclésia. Alors que les lois peuvent être considérées comme étant l'équivalent de nos principes constitutifs, les décrets interviennent dans tous les autres domaines (traités, dispositions fiscales...). Le décret doit respecter la loi, c'est le début de la hiérarchie des normes.



Un contrôle est exercé par l'Héliée.

- 1) Au cours du vote : si un citoyen se rend compte que le projet de décret est contraire à la loi, il arrête la procédure en accusant la mesure d'être illégale. Celle-ci est alors suspendue.
- 2) Pendant l'année qui suit la promulgation du texte, tout citoyen peut lancer une action d'illégalité contre l'auteur du texte.

L'Héliée siège composée de 2001 jurés + 6 archontes. Deux parties s'affrontent : l'accusateur et l'auteur du texte. Si l'accusateur triomphe, le projet est considéré comme **inconstitutionnel**, l'auteur du texte est condamné à une amende.

Si le décret est considéré comme valable, l'accusateur est désavoué, la procédure reprend devant l'Ecclésia où le décret s'applique directement. Celui qui portait l'accusation est condamné à une amende. S'il est condamné à plusieurs reprises, il risque également de quitter la cité. Le *nomos* peut connaître des modifications. Lorsqu'il fait des propositions devant l'Ecclésia, il est à l'abri de toute poursuite. L'Ecclésia se prononce alors pour ou contre la révision. S'il est pour, il y a un procès avec 5 avocats désignés pour défendre la loi existante. Ils plaident contre l'auteur de la proposition de révision. **L'Héliée prend alors le rôle de haute cour constitutionnelle.** Les jurés se prononcent à main levée, la loi relève alors bien du peuple.

La cité, même avec cette démocratie, ne parvient pas à s'affirmer à l'extérieur de ses frontières. La **démocratie s'effondre** à son tour, elle passe sous une ligne avec à sa tête Philippe puis Alexandre le Grand. La loi devient l'expression d'un seul homme, le monarque, qui fait figure de maître absolu au point d'être lui-même qualifié de loi vivante "*nomos empsychos*". Il est la source exclusive de la loi, la loi est animée, vivante et incarnée dans la personne du roi.

Première partie - La naissance du droit : les racines romaines et germaniques

L'apparition de la France définie en tant que **nation remonte au XIV^{ème} siècle**. La naissance du droit français est fixée au XVII^{ème} siècle. Cependant, notre système juridique est l'héritier de traditions juridiques plus anciennes.

On dénombre 2 principales traditions : **apport romain fondamental**. Rome peut être considérée comme le peuple du droit. Ensuite, **l'apport germanique** qui a grandement contribué à façonner le droit français. A côté de ces 2 traditions juridiques, il faut évoquer le rôle du **christianisme** sur la formation de notre droit. A l'origine, le christianisme a un objet tout autre que le droit jusqu'au milieu du I^{er} siècle. A partir de cette époque, la communauté chrétienne perçoit l'obligation de poser ses propres règles, de créer son droit. Le droit de l'Eglise s'appelle le **droit canonique/droit canon**. Il va s'étendre avec le développement de l'Eglise en Europe jusqu'à atteindre sa maturité au XII^{ème} siècle.

Il y a aussi l'émergence des **droits savants**. A l'origine, les droits sont indépendants les uns des autres. Ils vont peu à peu s'amalgamer, ce qui sera le point de départ de l'élaboration du droit français.



Chapitre 1 : L'apport romain

Rome constitue une expérience unique à la fois dans l'espace et dans le temps.

Dans l'espace : Rome est passée du statut de petit village à celui d'empire gigantesque.

Apogée : II^{ème} siècle de notre ère. Ses frontières vont de la Bretagne au Golfe persique, à l'Afrique du Nord, Mer noire...

Dans la durée : fondation de Rome en 753 avant notre ère pour finir en 476 de notre ère. L'empire romain d'orient persiste jusqu'en 1453.

L'empire romain s'arrête à la **mort de Justinien en 565** = plus de 10 siècles d'histoire où Rome a connu plusieurs régimes politiques : royauté, république et empire.

Dates politiques de Rome :

Royauté : fondation de Rome en 753 à 509 avant J-C.

République : 509 à 27 avant J-C.

Empire :

- **haut empire** (27 avant J-C / 284 après J-C)
- **bas-empire** (284 / 476 pour l'occident et 284 / 565 pour l'orient)

Cette période s'appelle également Antiquité tardive. Il n'y a pas de rupture brutale dès 476, la culture romaine se poursuit et survit à la disparition de l'empire romain d'Occident.

Le **droit a évolué** pour s'adapter à la société romaine, notamment aux conquêtes. Le droit s'est également construit sur plus de 10 siècles.

Périodes de l'évolution du droit :

- **ancien droit romain** (VIII^e / II^e siècles avant J-C). S'achève quand les romains mènent de grandes conquêtes avec une arrivée massive d'étrangers qui ne relèvent pas du droit romain → évolution.
- **droit classique romain** (II^e siècle av JC / III^e siècle ap JC). L'âge d'or du droit, développement des **jurisconsultes**, le roi développe sa propre législation. Le droit des romains est supérieur au droit grec. Cicéron "on ne saurait croire, en effet, à quel point règne dans le droit civil partout ailleurs que chez nous, une confusion presque ridicule". Cependant, le droit romain s'est inspiré du droit grec.
- **droit postclassique** (III^e / VI^e ap JC) = **bas empire**. Le droit ne change plus, voire il y a régression.

● Section 1 : L'ancien droit romain au II^{ème} siècle avant notre ère

Il correspond au droit d'une cité en formation, mais aussi au premier développement géographique de Rome.



Paragraphe 1 - Le droit à l'époque royale (753-509 avant J-C)

On va définir les traits majeurs de la vie politique de la Rome primitive puis on va analyser les sources du droit.

A) Les sources de droit de la Rome primitive = qui ?

Lien important entre droit et religion. A l'origine, à Rome, le droit plonge ses racines dans la religion. Ce droit est regroupé au sein de ce que les romains appellent le *fas* et le *jus* = deux manières de se prononcer sur la conformité d'un comportement :

- le *fas* désigne ce qui est permis ou ordonné par les dieux
- le *jus* désigne ce qui est permis ou ordonné par les hommes.

Durant l'époque royale, les mêmes interprètes expriment l'ensemble de ces prescriptions. Ce sont des **pontifes** appartenant au collège des pontifes que le roi président. Il est le seul apte à se prononcer sur la teneur du *fas* et du *jus*.

Le *fas* englobe tout le *jus*. On va alors assister à une émancipation du *jus* par rapport au *fas*.

Les hommes qui feront la loi qui pourront définir le *jus*. Mais durant l'époque royale, les **pontifes ont le monopole de la connaissance du droit** alors formaliste. Il est formaliste car **l'écrit est rare**, il faut inscrire les actes juridiques dans la mémoire des participants. Seuls les pontifes connaissent les formes à utiliser pour que l'acte soit valable.

L'historien Tite-Live dira que "le droit civil était caché dans le sanctuaire des pontifes".

Les pontifes connaissaient également le **calendrier judiciaire** (les jours fastes où il était possible d'avoir accès à la justice, de plaider). Ils connaissaient également les **jours néfastes**, où tout procès était interdit.

De plus, les pontifes appartiennent à la catégorie des **patriciens** (plus haute classe sociale à Rome devant les **plébéiens** et les esclaves).

B) La coutume et les lois royales : sources archaïques du droit

Le droit a commencé par être **coutumier**. La connaissance de cette coutume mais également son interprétation relève des pontifes. Une coutume est "un droit qu'un long espace de temps a rendu obligatoire par la volonté de tous sans intervention de la loi" selon Cicéron.

A l'époque royale, la coutume constitue la source essentielle, voire exclusive du droit. Le droit royal n'a jamais été formulé, défini, qualifié par une loi quelconque. L'idée même d'une loi d'émanation populaire, est inconnue des romains.

Selon une tradition romaine, des lois royales auraient été votées par une assemblée et promulguées par les sept rois légendaires de Rome. Ces lois sont surtout attribuées à Romulus et Numa. Elles visent les sacrifices, divers aspects du droit privé ou pénal. On connaît ces lois à travers des écrits que l'on doit à des auteurs latins ou historiens grecs, même si on indique qu'un **recueil** en aurait été fait à la fin de l'époque royale. Il porterait le nom de *jus papirianum*.

Ces lois posent problème : à l'époque royale n'existent pas de lois votées par une assemblée. De même, le droit n'est pas écrit. Ces lois royales ne seraient que certaines coutumes de la Rome primitive qui auraient été mises sous le patronage des rois légendaires de Rome. La coutume est désignée, au début de la république par l'expression **mos majorum** : la



façon d'être des anciens. Cette coutume comprend les règles issues de la Rome primitive, de la cité même. Elle s'est développée au cours de l'époque royale.

Paragraphe 2 - Les sources du droit à l'époque républicaine

La coutume conserve un rôle important. Mais, cette coutume est concurrencée par d'autres sources : tout d'abord par les lois. Une loi en particulier : la loi des XII tables qui est le monument juridique par excellence des romains. D'autres lois se développent, ce sont des actes émanant de l'autorité publique formulant des règles obligatoires de caractère général. Ces lois sont considérées comme insuffisantes ou obscures.

Une 3ème source émerge : la doctrine

A) La loi des XII tables

Cela correspond à la première expression certaine d'une législation romaine. Elle apparaît comme le plus prestigieux des monuments juridiques de Rome et est le **fondement du droit civil**. Le droit civil désigne alors le droit des citoyens romains. Résultat d'une crise interne qui menace la survie de la jeune république. Patriciens et plébéiens s'opposent car les plébéiens réclament des lois écrites. Pour les plébéiens, la connaissance du droit écrit permettrait la protection de tous, une certaine égalité et liberté. Les plébéiens vont demander la désignation d'une commission afin que les coutumes soient divulguées et mises par écrit. Une **commission est ainsi désignée** ; composée de 10 membres (**décemvirs**), dotée des pleins pouvoirs et chargée de rédiger des lois. 10 tables sont rédigées en 450, 2 en 451.

Cette loi constitue une **exceptionnelle réussite** car elle ne sera jamais abrogée. Elle restera en vigueur jusqu'à la compilation de Justinien au VIème siècle.

Il ne reste rien matériellement de cette loi. On dit qu'elle aurait été détruite lors du sacre de Rome par les gaulois en 390 avant notre ère.

En quoi consiste cette loi des XII tables ?

- son principal objet est de reconnaître certains **droits** et de donner aux citoyens les moyens de les faire sanctionner en justice.
- elle exprime un souci de rétablir la paix sociale. Les mesures répressives prévues contre les atteintes aux biens et aux personnes sont sévères.
- une place importante est donnée aux dispositions de caractère religieux, droit privé ou à la procédure civile.
-

Pour autant, cette loi ne forme pas un code au sens moderne de ce terme : elle ne constitue pas un recueil complet de tout le droit applicable. De plus, cette loi n'édicte pas de principes généraux parce qu'il n'y a pas de doctrine, uniquement des cas concrets.

Elle serait une **mise par écrit des anciennes coutumes les plus importantes** pour éviter les contestations.

Pourquoi cette loi des XII tables constitue-t-elle une étape importante dans l'histoire du droit romain ?

- la mise par écrit du droit permet de rendre certains des principes qui ne l'étaient pas



- elle s'applique à tous les citoyens, il n'y a plus de distinctions plébéiens/patriciens
- première étape vers la laïcisation du droit romain. Même si elle contient des éléments religieux, il y a des sanctions pénales et non religieuses pour certaines atteintes.
- la procédure d'adoption : une fois rédigée, la loi est votée par le peuple romain réuni en comices.

B) La législation de la république romaine

Après cette loi, le droit romain continue son **évolution**. Le peuple, réuni en comices, pourvoit. Le droit civil va prendre la forme de lois écrites en légiférant, le **peuple dit le droit** (il y a encore des coutumes).

La république est la conséquence d'une révolution aristocratique. Ceux qui détiennent le pouvoir sont des **magistrats**. Ils ont alors remplacé le roi. Magistrat vient du mot *magister* = celui qui est plus. Le magistrat a le pouvoir suprême. Les magistrats qui ont le pouvoir sont les **consuls** : en 509, la seule magistrature créée est celle des consuls. Ils détiennent ***l'imperium***, ils incarnent l'autorité de l'Etat. Ils sont désignés par d'anciens consuls avec l'accord du **Sénat**. Le Sénat est alors composé des membres de la **noblesse patricienne qui siègent de façon héréditaire** ; mais aussi des nouveaux qui siègent à titre personnel.

Les consuls se retrouvent dans la noblesse patricienne mais aussi dans les nouveaux. Mais les patriciens confisquent le pouvoir aux nouveaux venus. En -496, une crise va précipiter de nouveaux événements.

Alors que la République ne s'est mise en place (-509) que depuis quelques années, une crise politique et économique va précipiter les événements de -494.

La crise économique : liée à un phénomène de surendettement des plébéiens.

Comment est-elle née ? Ces plébéiens sont majoritairement de petits propriétaires terriens. Or, ils sont mobilisés pour l'effort militaire. Quand ils reviennent, ils trouvent leurs terres ravagées car personne n'a pu les cultiver à leur place. Ils sont dès lors obligés d'emprunter et ont de grosses difficultés pour rembourser. De plus, le **taux d'intérêt est sans limite légale**, le créancier peut imposer le taux qu'il veut.

A cette époque, la personne qui emprunte **s'engage elle-même**. A défaut de paiements, il se trouve placé sous la dépendance de son créancier. Le créancier peut le placer en **servitude** ou le mettre à mort.

La crise politique est liée à un phénomène de **déception**. Le pouvoir a changé de mains mais il est entre les mains d'une **minorité, l'aristocratie**. Certains romains aisés qui n'appartiennent pas à l'aristocratie se sentent lésés. Ils savent qu'à Athènes, tous les citoyens peuvent participer à la vie de la cité. En -494, la plèbe quitte Rome, elle fait **sécession**. Cette fraction de la cité se place en opposition à l'organisation patricienne. La plèbe est une réalité d'abord politique avant d'être sociale. Après s'être donné une sorte de Constitution en jurant l'union jusqu'à la mort, les plébéiens reviennent au sein de la cité et y installent leurs propres institutions. Le but n'est pas de créer un Etat dans l'Etat car on reconnaît encore les institutions en place. Le but est de mettre en place des institutions capables de dialoguer avec les institutions déjà en place dans lesquelles les patriciens dominent.

Deux innovations liées à -494 :

- **la création du tribun de la plèbe :**



A l'origine ils sont au nombre de deux, quatre puis 10 en 457. Ils sont élus chaque année en collégialité. Ils forment ce qu'on appellera le **tribunat de la plèbe**. Ces tribuns sont à l'origine élus par les comices curiates. A partir de 471, ils seront élus par le concile de la plèbe. La plèbe, au sein de ce concile, est réunie au sein de tribus. Il y a donc une rupture totale avec ce qui existait avant. Le rôle des tribuns de la plèbe est **l'auxilium**, aide. N'importe quel plébéen peut saisir un tribun s'il estime qu'une décision est contraire à ses droits de plébéens. Le tribun fait une sorte d'écran entre le plébéen qui vient de le saisir et l'autorité qu'il conteste. Le tribun saisi ainsi, en vertu de son pouvoir d'aide, paralyse l'activité du consul. Le tribun peut également viser à **préservé l'intérêt des plébéens** dans leur globalité. Comment ce tribun parvient-il à faire respecter cet écran mis en place entre la plèbe et les autorités officielles ? A travers **l'inviolabilité tribuciaire**. En 494 la plèbe a juré par loi sacrée de condamner à mort quiconque ne respecterait pas les institutions dont elle s'est dotée. En vertu de 494, le tribun est sacré. Au départ, ce caractère sacré ne s'applique qu'à la plèbe. Dès 449, cette inviolabilité est également reconnue par les patriciens à travers une loi qui indique que "Celui qui frappera les tribuns de la plèbe sera consacré à Jupiter, et ses biens seront vendus au profit de Cérès, Liber et Libera".

→ le concile de la plèbe

Présidé par un tribun de la plèbe contrairement aux autres assemblées (comices) qui sont présidées par des magistrats, notamment des consuls. Cette institution est importante car la loi va se faire peu à peu au sein de ce concile. A Rome, il existait de nombreuses assemblées : comices curiates / comices centuriates où tous les citoyens siègent. Ces citoyens sont répartis en fonction de leur richesse. Il existe, au sein de ces **comices centuriates**, 193 centuris. Chaque **centuri** a des obligations militaires et doit fournir la **même participation à l'effort militaire**. Mais chaque centuri ne comporte pas le même nombre d'individus. Plus une centuri est peuplée, plus la contribution militaire est légère pour chaque individu.

Chaque centuri appartient à une classe : la première classe regroupe les citoyens les plus aisés et 98 centuris. Les autres classes, de 2 à 5, contiennent, avec un sens dégressif, 90 centuris. Enfin, les hors classes sont au nombre de 5 centuris. On y trouve des artistes par exemple. C'est au sein de ces deux institutions que la loi, au départ, est réalisée.

Il faut ainsi distinguer les **lois de la cité et ce qu'on appelle les plébiscites**. Les lois de la cité relèvent des comices centuriates. On parle alors de lois ordinaires = **lex rogata**, c'est-à-dire les lois où le vote est demandé. Le vote de la loi est demandé par un magistrat qui soumet le texte aux comices. Le texte n'est alors pas immédiatement voté. On le porte à la connaissance de tous les citoyens par affichage pendant au moins 24 jours. Les citoyens tiennent alors des réunions informelles. Le magistrat peut alors modifier son texte, la procédure repart à 0. Ensuite on peut procéder au vote. Les citoyens qui siègent au sein de ces comices sont invités à se prononcer pour ou contre. Au départ, le vote a lieu à l'oral : on estime que le **peuple a besoin de guides** pour indiquer dans quel sens il faut voter. Peu à peu, on passe à un vote secret. Une fois que la majorité favorable à une loi est acquise, on peut arrêter le vote. Le magistrat promulgue alors ce texte par une déclaration solennelle, désigné par le nom du magistrat à l'origine du projet.

On a également l'intervention du Sénat : il faut que la loi votée par le peuple soit ratifiée par le Sénat, par **sénatus consulte**. Il donne alors son **auctoritas**. Si le Sénat n'en délivre pas, cela prive le vote de toute valeur. A partir de 339, le Sénat ne donnera plus qu'un avis sur la proposition de loi avant le vote. Il est exceptionnel qu'un projet de loi non vêtu de l'auctoritas passe devant les comices. Mais on trouve 6 cas où les magistrats se sont passés de l'auctoritas du Sénat.

Les **plébiscites** sont des "lois" votées par les assemblées de la plèbe, appelées conciles de la plèbe. On distingue deux temps :

- A partir de - 449, le plébiscite n'a aucune valeur normative, c'est uniquement un souhait de la plèbe. L'assemblée trouve une idée qui est synthétisée par le tribun de la plèbe. Il y a cependant une vraie valeur politique : à partir de ce plébiscite, on met la pression, notamment au Sénat, pour qu'il prenne un sénatus consulte dans le sens du plébiscite.



- 286 / 287 : nouvelle sécession de la plèbe. La Lex Hortensia assimile alors les lois et les plébiscites. Ils ont la **même autorité que les lois** et deviennent des **sources formelles du droit**. La plèbe doit encore obtenir l'auctoritas du Sénat : on est face à une assimilation et non une identification. Une disposition émanant d'un magistrat reste une loi et toute proposition émanant d'un concile de la plèbe reste un plébiscite. Dans la pratique, les citoyens les confondent.

Sur 5 siècles de République, les comices n'ont pas beaucoup légiféré. On ne dispose de ces comices que 800 textes. Sur ces 800 textes, une trentaine traitent de droit privé. Ce pouvoir législatif était donc extrêmement réduit.

On peut en conclure que "le peuple du droit ne fut pas ainsi le peuple de la loi", selon Fritz Schulz, historien du droit allemand.

C) **Les débuts de la doctrine ou *ius prudentia***

Doctrine = jurisprudence : réflexion fondamentale sur le droit qui justifie une activité de consultation.

Comment s'est développée la doctrine à Rome ?

La **coutume, mais également la loi sont considérées comme insuffisantes**. Il faut quelqu'un pour comprendre ce que la loi et la coutume impliquent. Ils vont alors recourir à des spécialistes pour **interpréter** le droit. Par cette interprétation, le **droit va évoluer**.

Dans un premier temps, les spécialistes du droit à Rome sont les pontifes qui ont le monopole du droit. Dans un second temps, on assiste à une laïcisation du droit romain qui va permettre de voir apparaître des spécialistes du droit laïc (à partir de la loi des XII tables). C'est surtout en 304 avec Cnaeus Flavius qui **divulgue les formules pour agir en justice** mais aussi le calendrier judiciaire qu'il met à jour. Ce scribe publie ce que les romains ont l'obligation de connaître pour agir en justice. Il y a une perte du monopole des pontifes. En 254, un plébéien, Tiberius Coruncanius est nommé pour la 1ère fois grand pontife, il est à la tête du collège des pontifes. Il innove en donnant des consultations juridiques avec des auditeurs à qui il explique pourquoi il interpréterait le droit dans ce sens. Beaucoup le considèrent comme le premier véritable jurisconsulte, peut-être le premier vrai professeur de droit, bien avant Gaius. On connaît désormais les règles de droit et la façon de s'en servir. Le **monopole des pontifes tombe car au cours du IIIème siècle**, apparition de juristes laïcs. Ils donnent des **consultations publiques** sur tous les aspects du droit.

Qui sont ces juristes ? Ce sont en général des candidats à des magistratures, qui espèrent, grâce aux consultations, gagner les élections. Ces consultations sont gratuites mais à titre privé : aucune attache avec l'Etat, ils le font à titre personnel. Lorsqu'ils sont consultés et qu'ils délivrent une réponse, on dit qu'ils exercent leur activité de **respondere**.

Deux autres activités : *cavere* (assistance juridique aux parties) ; *agere* (rédiger des actes juridiques).

Ces trois activités ont permis l'évolution du droit romain parce qu'on considère alors que le droit n'évolue pas selon les sources du droit, qui sont trop lentes. En interprétant la loi, ils vont viser d'autres situations extérieures à la loi : la loi évolue. En effet, la loi ne se renouvelant pas assez rapidement pour s'adapter aux nouvelles difficultés, grâce à leur interprétation, ils font évoluer le droit. Le droit romain, grâce à eux, est un **droit pragmatique** car il se découvre à l'occasion de cas concrets.

Cette jurisprudence contient deux rôles :



- 1) Ces juristes donnent des consultations, aident les parties dans la rédaction d'acte, la conduite à tenir lors de procès... Ce rôle de la jurisprudence leur permet d'avoir le titre de **jurisconsultes** (consultants en droit).
- 2) Sous l'influence de la Grèce, après la lecture de Platon, Aristote, ces juristes vont développer un autre rôle : ils théorisent le droit, publient leurs consultations, font des commentaires du droit. On considère alors que ce sont des **jurisprudents**.

• Section 2 - Le droit classique romain (-IIe siècle / IIIe siècle)

Pleine phase d'expansion de Rome avec l'arrivée **d'étrangers** qui n'ont pas la citoyenneté romaine. Le droit doit évoluer pour pouvoir notamment commercer avec ces étrangers.

Paragraphe 1 : La doctrine, une source du droit en expansion

A) Le développement de la doctrine

Au milieu du IIe siècle avant notre ère, Pomponius dit que le droit civil s'est développé sous l'influence des fondateurs du droit civil : Marius Manilius, Junius Brutus, Publius Mucius Scaevola qui publient des ouvrages de droit civil. Avec eux, le terme de **jurisconsultes est réservé aux seuls juristes laïcs**.

Entre le Ie siècle avant notre ère et le IIIe siècle avant notre ère s'ouvre l'âge d'or de la jurisprudence classique. Se développe la science du droit. Ces jurisconsultes dépassent les cas d'espèce pour développer un **raisonnement logique et rationnel**.

La **méthode** des juristes est posée :

- définir avec précision les opérations juridiques
- en donner une analyse rigoureuse
- les classer dans des catégories en fonction des ressemblances/dissemblances
- formuler des règles générales applicables à chacune de ces catégories.

C'est à la fois une activité de praticien et une activité de théoricien.

La **doctrine** va aller plus loin : elle **devient une source du droit**.

B) La valeur de la doctrine : le *ius publice respondendi*

Jusqu'alors, la valeur de la doctrine tenait au prestige social de celui qui en était à l'origine. La population, parce que l'activité juridique prend de l'importance, a plus recours à ces juristes. Le nombre de juristes augmente mais, pour certains, la **qualité diminue**. Selon Cicéron, on peut s'improviser jurisconsulte (environ 60 pendant le haut empire). Nous



sommes à l'époque d'Auguste où on accorde à certains juristes une sorte de permis : *ius publice respondendi*. C'est un privilège conféré par l'empereur à certains jurisconsultes.. Même ceux qui ont ce brevet, leurs décisions n'ont jamais la force impériale.

Ils sont une trentaine à bénéficier de ce privilège. Ceux qui ne sont pas brevetés peuvent encore composer des ouvrages, enseigner (*ex* : **Gaius**). Cette mesure sera renouvelée par les successeurs d'Auguste.

Cela a une valeur :

- **en théorie** : permet de donner des consultations qui sont revêtues de l'autorité du prince. Ils donnent des consultations *ex auctoritate principis*. Mais n'a pas de valeur officielle: juridiquement, elle ne lie pas le juge car elle reste l'œuvre propre du jurisconsulte.
- **en pratique** : les réponses du juriste ont une autorité quasi-officielle et poussent le juge à s'y conformer.

Cela va également dans l'intérêt de l'empereur : tout d'abord, cela lui permet de contrôler l'activité de ses jurisconsultes. Ils créent du droit, il faut qu'il veille à ce droit en organisant et contrôlant cette jurisprudence, source de droit. Il y a également un **rôle politique à ce brevet** : Auguste essaie de rallier au nouveau régime ces jurisconsultes que la population consulte et qui ont ainsi un vrai poids à peser sur le nouveau régime politique. Au moment de l'avènement de l'empire, certains ont fait part de leur antipathie à l'égard de ce régime (*ex* : **Labéon**). Le brevet attire ainsi les juristes dans l'orbite impériale.

Paragraphe 2 : Le droit prétorien, une nouvelle source du droit

Le **préture** est une magistrature judiciaire, les préteurs disposent de l'imperium. A l'origine ce sont les patriciens jusqu'en 336 où les plébéiens accèdent eux aussi à cette magistrature. En 242 : à côté du **préteur urbain apparaît le préteur pérégrin** chargé de la justice entre les étrangers et entre les citoyens romains et les pérégrins. Ils sont chargés de répondre aux litiges. Ces deux préteurs sont maîtres de la justice à Rome. Cette magistrature, chargée de la justice, va concourir à la formation d'un nouveau droit : le droit prétorien.

A) Le préteur romain, un créateur de droit, le droit honoraire

A Rome, le procès se divise en deux phases : devant le magistrat (le préteur) et le juge.

Dans un premier temps, la procédure repose sur les actions de la loi. Après une citation à comparaître privée, les deux parties se présentent devant le magistrat ou celui à l'origine de la procédure et doivent le convaincre que l'objet du litige correspond à une **action prévue par la loi**. Le magistrat vérifie qu'il y a bien une action. Sans action, pas de droit. Si le magistrat dit qu'il y a une action, il permet au demandeur d'aller devant le juge. On dit qu'il délivre l'action. C'est une procédure difficile à mettre en œuvre car le plaideur doit utiliser les mots de l'action. S'il se trompe dans la formule, tout s'arrête. Or, cette procédure est insuffisante dans le cadre d'une Rome qui multiplie les relations juridiques avec les pérégrins. Il a fallu prendre certaines libertés avec les formules des actions de la loi. Une nouvelle procédure voit le jour : la **procédure formulaire**. On ajoute aux actions de la loi cette procédure qui deviendra ensuite le droit commun. Elle se développe grâce aux préteurs pérégrins en première ligne car ils règlent les litiges entre romains et étrangers. Ces pérégrins ne peuvent bénéficier des actions de la loi, uniquement prévue pour les citoyens romains. Le préteur est obligé de leur assurer une protection juridique : il va étendre certaines actions. Ainsi,



dans certains cas, il va indiquer au juge dans la formule de l'action qu'il doit juger comme si le demandeur était un citoyen romain. Il utilise une action du droit civil mais en insérant une fiction → **évolution du droit**.

Mais son pouvoir créateur va aller beaucoup plus loin. Le préteur va créer des actions *in factum*. Il ne s'appuie sur aucune action civile. Il crée de toute pièce, grâce aux faits qu'ils lui sont soumis, une action qui permet de saisir le juge. Le préteur devient créateur de droit. Les préteurs vont alors se mettre à publier les hypothèses, les actions dans lesquelles ils protégeront les individus : **édit du préteur**. Un stock d'actions est publié 1 fois par an.

B) Une source du droit originale

Il est distinct du droit civil qui est établi par les lois ou par les anciennes coutumes. De plus, il n'est pas réservé aux seuls citoyens romains, contrairement au droit civil : c'est un droit instauré parce qu'on assistait à de fortes relations juridiques avec les étrangers. C'est un droit souple car il évolue constamment, une masse d'action s'est progressivement constituée, se transmettant de préteur en préteur. Ensuite, c'est un droit dit **honoraire** : il se base sur l'activité juridictionnelle d'un magistrat. Le **préteur ne juge pas**. Il ne fait qu'organiser le procès en formulant une action qui va s'ouvrir devant le juge. Le droit prétorien n'est pas un droit jurisprudentiel. C'est un droit créé par un préteur magistrat chargé d'administrer la justice.

Cette source est en évolution jusqu'au milieu du I^e siècle de notre ère puis concurrencé par la jurisprudence, la doctrine et l'empereur. Il est créé car il y a **un vide, peu de lois**. A partir du moment où d'autres sources du droit sont apparues, il ne peut que s'effacer : à l'époque (130) d'Hadrien qui demande au juriste Julien de donner à l'édit du préteur une forme définitive. Les édits des préteurs sont réunis dans un seul recueil : **l'édit perpétuel**. On ne peut plus rien y ajouter.

Paragraphe 3 : La législation impériale, une source du droit en devenir

L'instauration du régime impérial n'a pas mis immédiatement un terme à l'activité législative de l'assemblée du peuple. On a continué à voter la loi. Ces lois, ne font que traduire la volonté de l'empereur. Ces comices vont tomber en **léthargie**. On assiste à la **fin de la législation comitiale**. L'empereur s'impose et sa volonté s'impose à travers les sénatus consultes puis les constitutions impériales.

A) Les sénatus-consultes, expression officielle du pouvoir législatif du princeps

Le Sénat, depuis la République, peut rendre des avis : il dit ce qui lui semble bon. Ces avis sont appelés des **sénatus-consultes**. Ils ne sont pas revêtus d'un caractère juridique obligatoire mais plutôt d'une autorité qui fait que les comices suivent leur avis. Or, à partir d'Hadrien, le Sénat se voit reconnaître un pouvoir de légiférer à partir de ses sénatus-consultes. Gaïus évoque ce pouvoir du Sénat tout en soulignant que ce pouvoir était autrefois discuté. Mais le Sénat accapare l'autorité normative comitiale. C'est lui qui édicte des normes qui ont valeur de *ius*. Cependant, le **Sénat** n'est qu'un prête nom : son **activité législative n'est pas autonome**. Il est autorisé à légiférer car il dépend de l'empereur : ce n'est même pas le Sénat qui est à l'origine de la loi.

Une mesure est proposée au Sénat par le prince à travers un discours prononcé devant le Sénat dans lequel il "prie" le Sénat d'adopter telle mesure. Ce discours prend le nom **d'oratio principis**. Une fois le discours achevé, les sénateurs sonnent un assentiment de pure convenance. Finalement, la prière de l'empereur est un ordre. Le véritable auteur de la mesure est l'empereur. L'empereur étouffe le Sénat sur l'autorité législative.



Les sénatus-consultes vont disparaître pour laisser place à la législation impériale.

B) Les constitutions impériales, expression officielle du pouvoir législatif du princeps

Ils le faisaient déjà mais de manière modérée. A partir du milieu du II^{ème} siècle, ce pouvoir de faire la Constitution prend le pas. Pomponius et Gaïus citent la législation impériale à côté de la loi. Ils reconnaissent à ces Constitutions une autorité comparable à celle de la loi.

III^{ème} siècle : Ulpien va plus loin et identifie la volonté impériale et loi, **ce qui plaît au prince a force de loi**.

Le pouvoir législatif est officiellement reconnu au prince. Il a désormais le pouvoir de faire le droit, de faire la loi, de l'interpréter et de la modifier. Les comices sont complètement laissés de côté, n'existent plus. Les constitutions impériales forment une source nouvelle et autonome du droit. Elles deviendront même une source exclusive du droit. On a assisté au **transfert du pouvoir suprême du peuple à l'empereur**. Ce transfert justifie le pouvoir de légiférer du prince.

On regroupe ces constitutions en 4 catégories d'actes de Constitution : **l'édit** qui correspond à une prescription de portée générale applicable à tout l'empire, le **décret**, le **rescrit** et le **mandat**.

● **Section 3 : le droit post classique (III^e / VI^e siècles)**

Droit de la seconde période de l'empire. Il se situe au cours de l'antiquité tardive. Ce droit survient en période de crise. Ces crises surviennent dans tous les domaines : politique, économique et religieux.

D'où proviennent ces crises ?

Cet empire devient en quelque sorte ingérable car il est **trop vaste**. On assiste à **l'absence de cohésion** de cet empire. Il n'y a pas d'unité culturelle, linguistique, économique entre l'occident latin et l'orient hellénisé. Face à cette situation, dès le III^e siècle on assiste à une distinction administrative entre l'occident et l'orient. Cette distinction se fait à partir de la tétrarchie : 2 Augustes / chaque Auguste dispose de *l'imperium* et se voit attribué un territoire d'exercice : **l'occident** revient à **Maximilien** qui est associé à un César, Constance ; **l'orient** revient à **Dioclétien** qui est associé à un César, Galère = volonté **d'unification administrative** de l'empire.

Le partage s'impose : à la fin du IV^e siècle, le partage devient effectif même si, au niveau officiel, l'unité sera maintenue jusqu'à la période mettant fin à l'empire romain d'occident. La déposition de Romulus Augustule par Odoacre en 476 met fin à l'empire romain d'occident.

Ces crises ont un impact sur les sources du droit : l'empereur est la source quasi unique du droit.

→Quid des autres sources ? Une source se maintient et comble les lacunes de la législation impériale : la coutume. La jurisprudence disparaît entièrement.

Paragraphe 1 : Le triomphe de la législation impériale.



A) L'empereur, source presque unique du droit

Comment se manifeste la toute-puissance de ce prince législateur ?

L'empereur est qualifié de "loi vivante" = *lex animata*. Parallèle avec Alexandre le Grand qui était qualifié de loi vivante également. L'identification de l'empereur à la loi ne cessera de s'accroître. Au cours de cette période, on assiste à une intense activité législative de la part de cet empereur, sur tous les aspects de la vie quotidienne. Précédemment, on légiférait très peu sur le droit privé. Ex : il légifère sur l'organisation familiale, sur la condition des personnes, le droit commercial ou sur la religion. La législation impériale contrôle alors la vie des citoyens.

Cette législation impériale ne peut **qu'éclipser les autres sources du droit**. Les juristes n'ont plus besoin de donner des conseils. L'empereur s'est imposé et est devenu la source presque unique du droit car il a une vision globale de la société.

Comment se manifeste cette législation impériale ?

Les **constitutions impériales** sont qualifiées de *leges* (lois). Il existe encore différentes catégories de constitutions impériales : on distingue entre les mesures générales qui s'appliquent à tout l'empire et d'autres mesures à caractère particulier (lorsqu'un individu soumet une question à l'empereur). L'empereur n'est pas un technicien du droit, il ne connaît pas la manière de faire la loi. Il est alors aidé par des fonctionnaires impériaux compétents en la matière.

Dès l'époque classique, de grands juristes ont été attirés dans la sphère impériale. Ils se lient au pouvoir. Ex : Paul, Ulpian, Papinien...ils font carrière dans les conseils de l'empereur ou bien au sein des provinces. On est face à des juristes qui ont une culture juridique immense.

Au cours de la période post classique, on assiste à une sorte de déclin de ces juristes. Plus de traités, ils publient juste des résumés du droit romain. Ces juristes, à partir du IIIe siècle, ne sont plus des créateurs de droit. Ces juristes qui travaillent pour l'empereur font des propositions de lois qui sont discutées au sein du conseil impérial. Après discussion, cette proposition est rédigée en forme de loi. Très peu d'empereurs ont mis la main pour faire la loi eux-mêmes, ils préfèrent s'appuyer sur les fonctionnaires. Une fois ce texte mis en forme, il est adressé aux différents fonctionnaires impériaux, et ce en cascade pour faire connaître ce texte dans tout l'empire.

Cependant, il semble que les particuliers n'avaient pas complètement connaissance de ces textes. Cela mène à des **problèmes de sécurité juridique dans les provinces** en particulier. D'autant plus que les textes sont publiés de façon irrégulière. Le **peuple ne connaît pas son droit**.

Un texte promulgué par l'empereur d'orient s'applique-t-il en occident ?

Normalement, l'unité de l'empire prime mais dans les faits ce n'est pas le cas. On est face à une **application territoriale des lois** qui ne semblent s'appliquer qu'à la partie de l'empire soumise à l'autorité de l'empereur qui a légiféré.

Conclusion d'Eutrope (historien du IVe siècle) à propos de l'empereur Constantin : "il prit l'initiative de nombreuses lois, quelques-unes fondées sur l'équité, la plupart inutiles, beaucoup trop sévères."

Les textes sont de moins bonne qualité et se contredisent entre eux, car les juristes sont moins bons. L'activité législative des empereurs a été considérable. Nous connaissons certains textes mais nous n'en connaissons qu'une infime partie.

Face à cette **inflation législative**, les juristes ont senti le besoin impérieux d'intervenir, d'autant plus que les empereurs eux-mêmes ne se souciaient guère de la conservation de leurs propres textes.



B) Des premières compilations aux premières codifications

1) Des œuvres privées

Les juristes vont apporter des solutions à cette inflation législative. Ils décident de mettre de l'ordre dans la législation impériale. D'une part, ce sont les juristes qui ont construit des traités donc ils savent comment faire, ils ont la méthode notamment pour le droit civil à travers les *libri ad sabinum* et le droit prétorien avec les *libri ad edictum*. D'autre part, ces juristes sont également des praticiens qui ont besoin de connaître la loi. D'eux-mêmes, ils partent du principe que pour connaître la loi, il faut mettre en place des ouvrages qui **compilent** les textes de loi.

Depuis la fin du II^e siècle, les juristes ont essayé de mettre de l'ordre dans la législation impériale. De créateurs de droit, ils deviennent des compilateurs de droit.

Pourquoi ce terme de compilation ?

Ces juristes ne sont pas des auteurs, ils ne font que rassembler des extraits pour former un recueil. Ils sélectionnent des passages, et les utilisent pour souligner des points importants. Le mot compilation renvoie à cette idée, vient de *cum-pilare*, idée de s'accaparer de quelque chose.

Les juristes et les compilations

Le premier recueil de constitutions impériales aurait été constitué par Papirius Justus. On ne sait pas si ce juriste travaillait auprès de l'empereur. Entre 161 et 192, il réalise un ouvrage de 20 livres de constitutions. Il y a des références à cette œuvre dans **Le Digeste** (18 fragments issus de ces 20 livres). On peut alors s'interroger sur la portée même de cette œuvre. Dans ces fragments, l'auteur fait référence à la constitution mais n'en donne que des passages. On a juste la portée juridique du texte.

D'autres entreprises du même genre vont avoir lieu : Paul au début du III^e siècle recueille au sein d'un même ouvrage des décisions judiciaires impériales = 6 livres. A priori, des juristes ont travaillé sur des recueils mais on peut en avoir perdu la trace.

Ces œuvres ne donnent que rarement les termes mêmes des constitutions. Ce ne sont que les extraits les plus importants, voire une analyse de ses dispositions qui ont une portée pratique.

D'autre part, ce sont des œuvres privées : ce sont des particuliers qui composent ces œuvres, ne les compilent pas sous ordre du pouvoir impérial. Ainsi, il n'y a pas de garantie d'authenticité.

Le résultat n'est pas satisfaisant : de nouvelles tentatives s'avèrent indispensables pour une raison de sécurité juridique.

Les ouvrages qui vont succéder vont être qualifiés de *codex* :

- un ensemble de lois concernant les matières d'une même branche du droit.
- un simple mode de présentation des textes.

Les deux prochaines œuvres prennent le nom de code par rapport à leur mode de présentation (sens matériel uniquement) :

- **Le Code Grégorien** (291/292) : Gregorius rassemble les constitutions impériales. Il reproduit une sélection de constitutions promulguées de 150 à 291. Pas de caractère exhaustif, on sélectionne les constitutions les +



importantes. Essentiellement des rescrits de droit privé. Le texte même de ce Code ne nous est pas parvenu directement. Il a pu être reconstruit grâce à des citations de ce Code dans les lois romano barbares, ce qui montre son importance. L'ouvrage est divisé en livres, subdivisés en titres. Dans chaque titre, les constitutions sont classées par matières et par ordre chronologique. Il y a eu un effort de construction, de réflexion, systématisation. Face à l'inflation législative, ce Code a été dépassé.

- Dès 295, le **Code Hermogénien** complète le premier Code. Il comprend des constitutions de 292 à 294. Il est composé d'un seul livre divisé en une centaine de titres = effort de réflexion là aussi. On le connaît par fragments grâce aux lois romano barbares. Dès sa publication, ce Code a connu un réel succès parce qu'il a connu plusieurs éditions avec des ajouts.

Distinction entre ces codes et les œuvres privées ?

Dans les codes, on cite la constitution dans son intégralité, on ne l'analyse pas.

Cependant, ces **deux œuvres paraissent limitées** pour deux raisons :

- 1) Ils ne sont pas exhaustifs : des constitutions ne sont pas contenues dans ces deux codes.
- 2) On est face à des œuvres privées, elles n'ont pas valeur officielle. Ces codes rendent juste service aux praticiens du droit en leur permettant de connaître des constitutions difficiles d'accès.

Ces œuvres ne peuvent être mises au rang de codifications. Certains auteurs apportent une nuance concernant le Code hermogénien : le juriste Aurelius Hermogenianus est un fonctionnaire impérial et a été préfet du prétoire. Il sera même l'auteur de certains textes contenus dans son code. Ce juriste aurait pu composer cette œuvre à la demande de l'empereur Dioclétien : à cette époque, les provinces demandent à l'empereur de connaître les lois. Il aurait pu demander à un de ses juristes de composer ce code pour mettre le droit par écrit et offrir une réelle sécurité juridique au sein des provinces

= but d'uniformisation

2) Le code Théodosien

En 438, c'est la première codification officielle. Face à une nouvelle inflation législative, les anciens codes sont dépassés. En 429, un 1er projet de codification voit le jour. On envisage 2 recueils : le premier devait contenir toutes les constitutions à portée générale émises de Constantin à Théodose, même celles abrogées. Le second a un but plus incertain : la constitution qui y fait référence est assez ambiguë. On détermine qu'il devait avoir pour base le premier recueil, le code Grégorien, Hermogénien et des œuvres de jurisconsultes classiques. Il y a un lien entre la législation impériale et les œuvres de doctrine. Premier **lien entre deux sources du droit = innovation**. Ce projet n'a pas de suite.

Cette idée est reprise le 20 décembre 435 : une constitution de **Théodose** ordonne que soient rassemblées les constitutions impériales générales depuis Constantin. Divisé en livres, titres puis par ordre chronologique. Il passe une place importante au droit public. Au livre 16, on marque les liens étroits entre l'empire et l'église chrétienne. Le travail est confié à une commission de 16 membres qui sont des hauts fonctionnaires. Ils ne doivent reproduire que ce qui a valeur législative, ils doivent supprimer tous les développements inutiles. Ils doivent également modifier les textes pour les adapter aux besoins de l'époque, aux nouvelles situations, **interpoler** les textes.

L'œuvre est achevée en 437 et remise aux deux empereurs pour qu'ils la diffusent en Orient et en Occident. Le code est promulgué le 15 février 438 et aura valeur officielle en Orient jusqu'au code de Justinien et en Occident jusqu'à la chute de l'empire.



Ce code va survivre à l'empire : dans les royaumes barbares, ce code demeure une source essentielle de droit romain. Ainsi, les commissaires d'Alaric, pour composer la loi romaine des Visigo prendront une partie de cette loi.

A partir du 1er janvier 439, il est interdit d'alléguer en justice des textes sous une autre forme que celle contenue dans le code Théodosien.

A travers ce code, il s'agit de réaffirmer l'unité de l'empire, volonté de créer un droit commun à l'empire d'Occident et d'Orient.

Paragraphe 2 : La coutume et la doctrine, des sources du droit aux destins opposés.

A) La survivance de la coutume

La **coutume est à considérer comme une source du droit à part entière**. Cela tient à la législation impériale qui est abondante mais insuffisante, notamment au sein des provinces. La place de la coutume s'explique par la disparition du rôle que jouait l'édit du préteur. Cet édit a été fixé par l'édit perpétuel, ce qui ne prend plus en compte des nouvelles considérations. On a besoin d'un droit en adéquation avec la demande des citoyens. En raison de ces deux éléments, la coutume joue un rôle majeur au sein de l'empire.

Quel est le rapport entre les coutumes et les constitutions impériales ? Quelle est l'autorité de la coutume ?

Tout d'abord, la coutume peut combler une lacune de la loi = la coutume est *praeter legem*.

Elle devient une source supplétive du droit et a une valeur obligatoire. De plus, la coutume renforce la loi en la confirmant, la coutume est *secundum legum*. Si la coutume est contraire à la loi, on dit qu'elle est *contra legem*. Dans un 1er temps, les juristes romains ont défendu l'idée que la coutume ne pouvait vaincre la loi, qui est la volonté du prince. Peu à peu, cette idée a été écartée à partir du moment où les juristes romains ont posé comme étant à l'origine de la coutume le consentement général. La loi a pour origine la volonté populaire. L'empereur est supposé donner la volonté des citoyens à travers une loi. C'est cette même volonté populaire qui est à l'origine tacitement de la coutume. Pourquoi devrait-on reconnaître une autorité supérieure à la loi ? Les juristes romains reconnaissent que la coutume peut jouer *contra legem*, et considèrent alors que la loi est frappée de **désuétude**. L'empereur peut considérer qu'une pratique est incompatible avec le droit et peut condamner la coutume. Ex: Dioclésien avec la polygamie / Justinien avec les mariages consanguins.

Cette idée est présentée comme l'un des fondements de la force obligatoire de la coutume. Les juristes ont également invoqué d'autres fondements : la répétition de faits identiques et l'ancienneté de cette coutume.

Cette coutume prend deux formes :

Elle peut être le **droit des peuples vaincus** = les droits locaux provinciaux. En effet, les romains ont laissé aux peuples conquis le droit de préserver leurs coutumes, d'utiliser leurs usages traditionnels malgré le droit romain

A travers l'édit de Caracalla en 212, on ouvre la citoyenneté romaine à tous les habitants de l'empire. Ces usages locaux contaminent même parfois le droit romain.



Ex : à Rome il existe un contrat appelé stipulation qui se forme à l'oral. Les provinces pratiquent cet engagement à l'écrit. La stipulation orale, sous l'influence hellénistique, devient un acte formaliste écrit → contamination d'une pratique provinciale sur le droit romain.

De plus, on a un **droit "vulgaire"** qui est du droit romain adapté aux besoins de la vie quotidienne et aux réalités de la vie économique. C'est un droit qui apparaît au début du III^e siècle et naît de la pratique.

B) Une doctrine sous influence

La mainmise impériale se renforce : les interventions impériales se multiplient. Le droit impérial apparaît comme l'unique source créatrice de droit au détriment de la doctrine. Les juristes servent l'empereur dans ses bureaux, ils sont les auteurs de ces constitutions. On ne signale plus dans les constitutions que le nom de l'empereur et non celui du juriste. A partir du **III^e siècle, les juristes s'effacent dans l'ombre du pouvoir impérial**, ce qui provoque la **fin du *ius respondendi***.

5 conséquences sur la doctrine :

- La doctrine est le fait de deux catégories de juristes : les fonctionnaires impériaux qui rédigent les constitutions et les enseignants qui exercent dans les écoles de droit. Ils seront les auteurs d'abrégés, de manuels.
- La doctrine est désormais anonyme.
- La doctrine est plus dogmatique et moins didactique. Les juristes marquent une attirance pour les classifications, les définitions au détriment de l'analyse, de la discussion.
- La doctrine se distingue par un souci de simplification : œuvres courtes, souvent abrégées. Ex : les sentences de Paul. On utilise l'œuvre de Paul sans aucune discussion juridique.
- Elle n'est plus créatrice de droit. Les juristes sont devenus des compilateurs qui procèdent simplement à mettre en ordre le droit déjà existant.

En 426, l'empereur Valentinien accentue l'emprise du pouvoir impérial sur la doctrine : loi des citations. Il considère que la doctrine romaine n'est pas du tout organisée, trop d'œuvres doctrinales. Pour les besoins de la pratique mais aussi pour l'enseignement, cette loi consacre officiellement l'autorité de **5 grands jurisconsultes de l'époque classique** : Gaius, Paul, Ulpien; Papinien, Modestin. Seuls leurs avis peuvent être invoqués en justice.

Exception : on peut citer un autre auteur si lui-même est cité par l'un de ces 5 jurisconsultes.

En cas de divergence d'opinion, le juge doit statuer conformément à l'opinion de la majorité mais s'il y a égalité, c'est l'opinion de Papinien qui l'emporte. Si Papinien ne s'est pas prononcé, le juge retrouve sa liberté.

Cette loi peut sembler positive car elle donne valeur de loi aux écrits de ces 5 juristes. En réalité, elle fixe l'autorité de l'empereur sur la doctrine. On a l'idée qu'il y a la mainmise de l'empereur sur la doctrine.

Cette loi substitue à la libre appréciation par le juge de la valeur de l'opinion de la doctrine un système automatique. Le juge est soumis à la doctrine

Paragraphe 3 : La compilation de Justinien



En 528, **Justinien** est empereur d'Orient. Il décide de compiler le droit. Il annonce donc cette compilation à venir. Justinien a des objectifs précis et donne un cadre pour réaliser cette compilation. Le travail accompli est colossal, la composition de la compilation en est la preuve.

A) L'esprit de la compilation

Quels sont les objectifs de la compilation ?

- **objectif pratique** : même s'il existe le code théodosien qui regroupe les constitutions impériales, au moment de Justinien, ce code est dépassé car des constitutions importantes ont été promulguées depuis. Nécessité impérieuse de **mettre de l'ordre dans le droit impérial**. L'œuvre doctrinale des juristes classiques reste applicable "loi des citations". Cette jurisprudence classique est de plus en plus méconnue, incomprise. Des travaux ont eu lieu, mais ils se révèlent approximatifs. On est face à des travaux de simplification de la doctrine classique => sentence de Paul. On dit que c'est le livre qui incarne la perfection juridique. Cependant, il faut **mettre de l'ordre dans la jurisprudence classique désordonnée** car elle est répartie dans des milliers d'ouvrages dans des textes pas toujours certains. Elle est approximative et méconnue.
- **objectif politique** : satisfaire les ambitions politiques de Justinien. Au VI^e siècle, l'empire d'Occident n'existe plus. Or, Justinien a pour ambition de restaurer l'empire romain dans toute sa splendeur. Cela passe d'abord par des reconquêtes militaires. Il faut **retrouver les territoires perdus** et rétablir l'empire dans ses anciennes frontières. Cette politique de conquête, si elle réussit, passera ensuite par l'obligation de mettre en place un **gouvernement et une administration efficaces**. Or, pour Justinien, cela passe par un droit unique.

La compilation répond donc tant à des nécessités pratiques que politiques. Ce point est mis en évidence à travers une constitution qui a confirmé un des ouvrages de la compilation Le Digeste : la constitution Tanta du 16 décembre 533. Justinien y souligne les liens entre la reconquête militaire et le travail accompli par les juristes.

Justinien est alors certain de sa **toute-puissance** parce que dans les conquêtes militaires, c'est une autorité divine qui a décidé. La compilation contient de nombreux signes d'une empreinte religieuse. Chacun des ouvrages de la compilation est placé sous la protection divine et leur conception est attribuée à Dieu.

Constitution Deo auctore du 15 décembre 530 : Dieu est l'initiateur parce qu'il est le détenteur de *l'auctoritas*. C'est par l'intervention divine que l'accomplissement de l'œuvre législative a été rendu possible. Justinien n'est qu'un relais de cette autorité divine.

Il y a une évolution profonde, on est **passé du *fas* au *ius***, la **jurisprudence classique était totalement laïque**. Avec Justinien, c'est à nouveau l'autorité divine qui est à l'origine de cette œuvre législative.

Comment Justinien procède-t-il pour entreprendre ce travail de compilation ?

Ce travail de compilation commence par un travail sur les *leges* avant le *ius*. En effet, la tâche paraît plus simple de réunir d'abord les constitutions impériales que les traités de jurisprudence. L'autorité des lois est celle des empereurs sacrés, elle est ainsi supérieure au *ius*. Pour mener à bien ce travail, Justinien se repose sur un professeur de droit **Tribonien**. Différentes commissions vont se réunir pour participer à ce travail : profs, avocats, hauts fonctionnaires. On arrive à lier **pratique et théorie**. Il ne s'agit pas simplement de rassembler les textes, il faut les moderniser, empêcher les contradictions. C'est un réel travail **d'interpolation**. En quelques années, on est parvenu à rassembler des millions de lignes.



B) Le contenu des compilations

- **Le Code de Justinien**

Commission composée d'un professeur de droit, deux avocats et six hauts fonctionnaires, présidée par Théodosien. Justinien, à travers la constitution du 13 février 528 trace la ligne de route à suivre par cette commission. Il ordonne de puiser dans les codes grégorien, hermogénien, théodosien, y ajouter les textes postérieurs, réunir l'ensemble dans **un seul code après** avoir opté tous les éléments superflus et remanier au besoin les textes. Le travail est terminé en 529. Le code est promulgué le 7 avril 529. Cependant, ce code ne nous est pas parvenu, il a fait l'objet d'une réédition qui nous est parvenue en 534. Entre temps on a Le Digeste, donc besoin d'actualiser le code. Ce Code se compose de constitutions impériales (de Hadrien à Justinien). Il est divisé en 12 livres par référence à la loi des XII tables. Chaque livre traite d'une **matière** et est subdivisé en titres. Chaque titre contient une matière et les constitutions sont classées par ordre chronologique avec le nom de l'empereur qui l'a promulguée et le nom du destinataire qui l'a reçue = **l'adresse**. A la fin, on a la date et le lieu de sa publication = **souscription**. Ce Code a été appliqué en Orient et reçu en Italie à l'occasion de la reconquête éphémère, donc rapidement oublié. Il n'a pas été connu en Gaule jusqu'à la fin du XIe siècle.

- **Le Digeste**

Correspond au ius et reprend les fragments de jurisconsultes classiques. Œuvre importante. C'est dans la constitution de 530 que Justinien ordonne la compilation du ius. Cette œuvre a été composée par Tribonien à la tête d'une commission, qui a été laissée à l'initiative de sa composition : 4 professeurs de droit, 11 avocats et 2 hauts fonctionnaires. Promulgué le 16 décembre 533.

Travail réparti entre 3 sous commissions : 1/ œuvres comportant des commentaires sur le droit civil ; 2/ édit du préteur ; 3/ œuvre d'Ulpien.

Travail **d'interpolation**. Les compilateurs ont utilisé les **œuvres de 38 jurisconsultes** : Gaius, Papinien, Paul, Ulpien. On parle de fragments. Pour chaque fragment on indique l'auteur et l'ouvrage d'où ce texte a été tiré. Chaque fragment a la même autorité "comme s'ils avaient été émis de notre bouche divine". Promulgué en 533 : interdiction de commenter ces textes. Justinien **punit sévèrement tout commentaire de cette œuvre** : on est censés être face à quelque chose de limpide, de clair. Sorte de best-of, Justinien se veut le conservateur du droit classique.

Utilité ? peut-être une œuvre dépassée. Même si c'est un travail de modernisation, cela reste un **travail modeste**. Cette œuvre n'a pas connu de succès auprès des praticiens, ni en Orient ni en Occident.

- **Les Institutes**

C'est un bref **manuel pour les étudiants** afin de faciliter leur initiation à l'étude du droit manuel préparé en même temps que le Digeste (rédigé par Tribonien, Dorothee, Théophile) > ont repris Institutes de Gaius et le plan 1/ personnes 2/ biens et successions 3/ obligations 4/ actions. Cet ouvrage a connu un **réel succès**, notamment la pratique demandant un ouvrage qui donne les bases du droit, et parce que l'Empereur avait interdit l'enseignement.

Cet ouvrage a connu un réel succès : il est appelé à être utilisé dans ces écoles officielles.

Les **Novelles**, nouvelles constitutions sont l'ensemble des constitutions impériales promulguées par Justinien depuis le Code. On en compte plus de 150, et ces Novelles regroupent des constitutions depuis 534 jusqu'à la mort de Justinien en 565.

La compilation va entrer dans une hibernation qui va durer quasiment jusqu'à la fin du XIe siècle et l'ours sortira de sa caverne lorsque la redécouverte du droit romain à la fin du XIe siècle. Au-delà il faut retenir que cette compilation va



jouer un rôle considérable, au moins historiquement, car **c'est par son intermédiaire que l'on connaît le droit romain**. Il faut retenir que la redécouverte de la compilation de Justinien va influencer fortement le droit en France à partir de sa redécouverte. On parlera alors du **Corpus** (le Corps du droit civil) qui aura une influence sur le droit français le droit germanique.

Chapitre 2 : la contribution germanique

La période qui s'étend entre les IV^e et VI^e siècles est connue sous la dénomination les Grandes Invasions, correspondant aux phénomènes suivants : des populations entières se déplacent, des mouvements **migratoires** ont lieu, partant d'Asie et provoquant à leur tour le déplacement d'autres populations des peuples germaniques et slaves (les Francs, les Alamans et les Goths). On les regroupe sous une dénomination alors non péjorative de "**barbares**". Cette dénomination renvoie alors à tous ceux qui ne participent pas à la culture grecque ou latine. Ce mouvement provoquera la chute de l'empire romain d'occident en 476. C'est une date extrêmement théorique, Rome n'a pas disparu en un seul jour et ne disparaîtra pas en un seul jour. Ces incursions ont lieu en Gaule et dans tout le reste des territoires administrés par Rome, les incursions débutent dès le II^e siècle.

Cependant les empereurs romains sont parvenus à contenir ces incursions, mais la pression s'accroît à partir du III^e siècle. Rome réagit en englobant certains de ces peuples et en accordant différents statuts. En faisant rentrer au sein même de l'empire des barbares, Rome parvient ainsi à se protéger. On leur réserve même des fonctions élevées dans l'armée mais les liens entre ces groupes de populations et Rome vont devenir peu à peu **lâches**, comme l'exemple des Goths qui signent un traité avec Théodose en 382 puis un autre en 397 ce qui ne les empêche pas de piller Rome en 410. Ils obtiendront de nouveau le statut de fédérés en 418. Ils s'installèrent alors en Aquitaine pour former un royaume, le royaume Wisigoth.

Cela illustre ce qui se passe en Gaule et ailleurs : c'est la création de royaumes romano-barbares, qui ne relèvent plus de l'empire même. De nouveaux royaumes voient le jour, comme en Gaule le royaume de Syagrius, le royaume des Francs, le royaume des Burgondes ou le royaume des Wisigoths. La singularité de ces royaumes : se juxtaposent deux sortes de populations au sein de ces royaumes, les autochtones, les romains et les envahisseurs, les barbares.

On va distinguer deux périodes du point de vue du droit. Au début, **chacun veut conserver son propre système juridique** : le droit a alors un caractère fortement **ethnique**. Dans une deuxième phase, les distinctions disparaîtront car les **populations vont se mélanger** (des mariages mixtes notamment), l'attache territoriale l'emportera sur l'appartenance ethnique.

• Section 1 : La prééminence d'un droit ethnique

La Gaule correspond alors à une mosaïque de royaumes barbares. Comme partout, les barbares ont créé différents types de liens avec Rome, certains ont obtenu le statut de fédérés. Ce statut est important car cela a permis de conserver leurs coutumes et leurs juridictions. Parmi les barbares, les Francs Saliens ont signé plusieurs traités avec Rome, des **foedus**. Ils sont devenus également des "lètes". Normalement, ils ne peuvent se prévaloir de conserver leurs propres lois personnelles. Dans la pratique, les lètes vivent selon les usages de leur ethnie. Ces francs saliens vont obtenir de l'état major impérial que soit réalisé une sorte de compromis entre normes romaines et coutumes ethniques. Cette réalisation a lieu en 360, mais celle-ci n'est pas mise par écrit. Nous sommes alors vers l'actuelle Belgique : c'est là d'où est issue la dynastie Mérovingienne. Un de ses représentants, **Clovis**, roi en 480, 5 ans après son avènement, élimine la dernière parcelle de territoire romain en Occident, le fameux royaume de Syagrius : nous sommes en 486.



Syagrius est présenté par certains auteurs, notamment par Grégoire de Tours comme roi des romains, ou comme le dernier symbole de cinq siècles de domination romaine en Gaule. En 521, à la mort de Clovis, presque toute la Gaule est sous domination franque. Clovis a créé le "*regnum francorum*", le **royaume des Francs**. Il y a une attache ethnique car c'est le royaume d'un peuple, pas d'un territoire. Dans la réalité, il ne règne plus seulement sur sa tribu, mais aussi sur un territoire, qui regroupe des romains, des francs, des burgondes, des wisigoths et autres peuplades. Chacun veut conserver ses propres traditions, le droit n'est pas uniforme, on va voir appliquer différents types de lois sur un même territoire, consacrant ainsi un véritable **pluralisme juridique**.

Paragraphe 1 : Un droit fondé sur le système de la personnalité des lois

Aujourd'hui on est face à un système où la loi s'applique d'un point de vue territorial, c'est-à-dire qu'elle s'applique à tous les individus vivant sur un même territoire, on parle de **territorialité du droit**. Or là, dans la mesure où nous sommes dans la présence de peuples ethniques qui veulent conserver leurs systèmes juridiques, on ne va pas retenir ce principe de territorialité du droit mais le principe de personnalité du droit, on va tenir compte de l'origine de l'individu, à quel peuple appartient-il pour savoir de quel droit il relève.

Dans ce système de la personnalité des lois il existe autant de lois applicables qu'il y a de personnes de nationalités différentes. A cette époque, ce choix a été fait pour des considérations politiques (plutôt que juridiques). Les gallo-romains ne veulent pas se départir de leur droit et nos sujets germaniques ne veulent pas se départir de leurs propres usages. Les sujets germaniques connaissent aussi un attrait vers ce droit romain, et ne veulent donc pas l'écarter. Ils sont envahisseurs, et l'Eglise vit sous le droit romain et ne veut pas le voir disparaître.

Le droit de ces barbares est un droit rudimentaire, qui varie d'un peuple à l'autre même si on retrouve des traits communs (il n'est pas écrit, il ne connaît pas la généralisation, et est un droit où la solidarité joue un rôle important). Cette solidarité engage un clan tout entier dans la vengeance quand un de ces membres est victime ou auteur d'une agression. Cette vengeance est privée, considérée alors comme un droit, voire même un devoir. Le problème c'est que cette vengeance dégénère trop souvent en vendetta, c'est-à-dire une vengeance en chaîne qui décime des clans entiers. Ce système de la personnalité des lois a des origines romaines (A) et va s'appliquer complètement grandement (B)

A) Une tradition romaine

En vertu de la tradition romaine, Rome laissait aux peuples conquis leur droit quand celui-ci ne contrevenait pas à l'ordre public romain. Les usages locaux ont subsisté même avec **l'édit de Caracalla et la généralisation de la citoyenneté** romaine en 212. Ces mêmes barbares ont conservé leurs usages mais lorsque se met en place en Gaule ce système de la personnalité des lois, ce n'est en aucune façon pour maintenir la tradition romaine. A priori ce système s'est imposé quasi naturellement, résultant d'une part de la cohabitation sur un même territoire de différentes populations de puissance numérique différente. Il faut ajouter à cela que les élites barbares n'entendaient nullement éliminer le droit romain. Le droit romain avait un allié de taille : c'est l'Eglise, qui vivait sous la loi romaine.

B) L'application du système dans le monde franc



La loi applicable à chaque individu est déterminée en fonction du groupe ethnique auquel il appartient. Chaque individu a une loi d'origine, celle de sa naissance. On parlera dès lors de **lois nationales**. On conserve ainsi toute sa vie la loi de sa naissance sauf la femme qui se marie et qui adopte en se mariant la loi de son époux. Concrètement, en cas de conflit, la première chose à connaître est la **nationalité** des parties. “Sous quelle loi vis-tu ?”, “Quelle est la loi de tes ancêtres ?” (Sub qua lege vivis ?) est la première interrogation du juge pour les parties : chaque partie répond “mon père et ses ancêtres vivaient sous telle loi”, c'est la “*professio legis*”. Quand les deux parties relèvent de la même loi cela ne pose pas un problème mais les difficultés surviennent quand les parties relèvent de deux lois différentes.

Il est extrêmement difficile de savoir à quelle loi recourir en cas de conflits, les solutions ont été complexes et mouvantes. En matière pénale, au début on a retenu la loi du défendeur puis celle de la victime.

Paragraphe 2 : Les lois des barbares

Quand on parle de lois des barbares, on fait référence au système juridique applicable. Deux types de lois vont être rédigées à partir de la fin du Ve siècle : les lois nationales des barbares et les lois romaines pour les sujets gallo-romains.

A) Les lois nationales des barbares

Très vite après l'établissement des barbares en Gaule, différents rois vont entreprendre la **rédaction de lois** pour leurs propres sujets. Cette mise par écrit correspond à des coutumes barbares, promulguées en qualité de lois.

Deux raisons :

- Il s'agit de **fixer désormais les coutumes**, mais ne pas figer le droit. De nombreuses de ces lois vont faire l'objet de rédaction successive. Grâce à cette fixation, on espère préserver l'originalité des lois germaniques.
- Il s'agit à travers ces lois **d'assurer la paix sociale**. Ces lois veulent en effet interdire ou du moins limiter l'usage germanique de se faire vengeance. Pour les germaniques, la **vengeance est un droit voire un devoir**. Ce caractère a été souligné notamment par Grégoire de Tours. A la fin du VIe siècle, il raconte plusieurs récits de vengeance pure et simple et retient la formule suivante “si je ne venge pas mes parents, on ne m'appellera plus un homme mais une faible femme”. On a une allusion à cette volonté de réduire cette vengeance privée dans la loi salique : dans sa plus ancienne version, il est indiqué que cette loi a pour but de “mettre un terme à l'enchaînement des violences”. Ces lois sont rédigées en latin (**influence romaine**) dans une forme comparable au droit romain. Jusqu'alors à part la première loi salique qui était un compromis à l'oral, ce sont des lois rédigées.

La loi des Wisigoths :

Dès 475, Rome, aux mains d'Odoacre, renonce à contrôler la Gaule. Les Wisigoths, à la tête d'un vaste territoire décident de se donner une législation : le Code Euric en 476. On est face à la première rédaction des coutumes barbares. Les usages germaniques, du droit romain, et une certaine influence chrétienne s'y retrouvent. Ce Code d'Euric a été rédigé grâce à des juristes romains. Matériellement, on trouve beaucoup de droit pénal, qui tient la première place des matières traitées ce qui fera dire à l'évêque de Clermont Sidoine Apollinaire qu'on assiste “au passage des armes à la loi”. On y trouve référence sur plus de 12 titres sur les 31 des violences, meurtres, incendies. Il va y avoir deux rédactions successives : au Ve siècle à l'époque du roi Léovigild et au VIIe siècle celle du roi Receswinth.



La loi des Burgondes :

Rédigée par le roi Gondebaud, nous sommes alors au début du VI^e siècle vers 502, connue sous le nom de “Loi Gombette” elle serait peut-être la loi germanique la plus romaine. Elle a subi une grande influence du droit romain. On a également des traits caractéristiques du droit germaniques car est mis en place une solidarité familiale clairement affirmée, est fait référence au serment purgatoire ou au duel judiciaire.

Les lois franques :

Elles ont le plus conservé les traditions germaniques. Les peuples francs se trouvent au loin de Rome, même s'ils sont entrés en relation avec Rome, son influence est lointaine. Il est donc normal que ces lois franques aient conservé grandement les usages germaniques. Il existe deux lois des Francs : la loi salique ou loi des Francs saliens, la plus ancienne version écrite daterait du règne de Clovis, au début du VI^e siècle. A l'époque de Clovis, cette loi salique serait connue sous le nom de “Pactus Legis Salicae”, aurait été préparée par des juristes puis discutée lors de 3 réunions successives auxquelles les grands du royaume, les plus proches de Clovis auraient donné leur avis. Clovis décida de la rédaction de cette loi et c'est lui qui finalement la promulguera. Ses successeurs vont eux-mêmes intervenir sur cette loi salique, Charlemagne la reformera ce qui aboutira au nom de loi salique amendée “**Lex salica emendata**”. Cette loi salique contient des dispositions pénales en majorité, comme les tarifs. En effet, cette loi salique est une longue liste de compositions pécuniaires. En cas d'infraction XX doit composer avec la victime, le dédommager avec de l'argent, c'est “*wergeld*”. Cela laisse voir une hiérarchie sociale : le meurtre d'un Franc Salien homme libre coûte moins qu'un proche du roi ou plus qu'un romain proprétaire foncier. La **vengeance est interdite**, la **réconciliation grâce à l'argent obligatoire**. On considère cette loi salique sur le fond comme un droit peu développé voire archaïque, et sur la forme comme une longue liste de réparations fixes.

La loi ripuaire ou la loi des Francs du Rhin : cette loi est rédigée à l'époque du roi Dagobert, mais elle ne nous est pas connue car on ne la connaît que via des manuscrits postérieurs. Elle serait composée de 89 chapitres, dans lesquels on sent les usages romains avec une réelle influence romaine.

B) Les lois romaines des barbares

Traditionnellement on met en parallèle des lois barbares, la rédaction de lois pour les sujets romains. Les barbares ont réalisé des recueils officiels de droit romain, destinés au peuple gallo-romain. Cela témoigne d'une réelle préoccupation des barbares envers les sujets gallo-romains. De plus, cela témoigne de l'importance numérique de cette population romanisée. Cependant, il faut souligner deux problèmes concernant le droit romain :

- Au moment de la rédaction de ces lois romaines, le droit est devenu lointain, moins bien compris. Quand Alaric fera rédiger la loi romaine des Wisigoths il le fera pour simplifier ce droit pour les sujets gallo-romains. Il avait subi des modifications et des adaptations qui l'ont altéré.
- le droit romain est dispersé dans une série de sources difficiles d'accès.

1) Les Goths

Le peuple des Goths n'existe pas en tant que tel. Constellation de groupes gouverné par un rex et entouré d'un comitatus. Ils sont en admiration face à Rome. Royaumes les plus romanisés.



EN 418, lors de la constitution du royaume, continuent à se soumettre à l'autorité du royaume. En 475, une rupture se crée, le roi Euric contraint l'empereur Nepos à reconnaître la caducité du foetus, et ainsi à avouer que le roi est indépendant de l'empire. Le royaume a une certaine conscience de la res publica.

Ostrogoths : Théodoric connaît les usages de l'empire. Il devient maître de l'Italie en 493 au moment où l'empereur.

Ostrogoths n'ont jamais été à l'origine d'une loi transcrivant les anciennes coutumes barbares. Ils n'ont pas de loi écrite nationale. Théodoric affirme qu'il détient la justice suprême et que c'est un roi législateur = Edit de Théodoric. Longtemps, cet édit a été attribué au roi des Ostrogoths d'Italie (Théodoric). Cependant, il n'est pas de lui. Cet édit serait l'œuvre de Théodoric II, roi des Wisigoths. Nous aurions donc un autre recueil des Wisigoths. A travers cet édit, les rédacteurs ont multiplié les sources : appuyés sur les prescriptions de Théodose adaptées aux données nouvelles. Ce n'est pas une compilation de droit romain. On a utilisé des matériaux pour faire une œuvre nouvelle. Pas d'influence germanique, uniquement romaine. L'influence germanique est inexistante.

Singularité de cet édit : il s'applique à tous, tant aux romains qu'à la population germanique (Goths) = droit territorial plutôt qu'un droit personnel. On soumet les sujets germaniques à l'influence romaine.

On retrouve des références à la violence, à l'injustice et au fait de soudoyer des hommes publics. Les peines y sont sévères (peine de mort)

La loi romaine des Wisigoths = *lex romana Visigothorum*.

Date de 506 et promulguée par Alaric II en présence d'évêques d'aristocrates. Cette loi a été réalisée par des juristes et est une compilation, pas une nouvelle rédaction du droit romain. On y retrouve une grande partie du Code Théodosien. Les auteurs y ont fait figurer des **interprétations qui devaient faciliter la compréhension du texte**. Elles proviennent d'une œuvre post classique composée entre 438 et 506 = il existe bien une culture juridique. Elles prennent parfois la forme de prescriptions normatives, le style impératif est utilisé. Problème : elles modifient parfois la portée des textes.

Objectif : faire disparaître toute obscurité dans les lois romaines et dans le droit, corriger ce qui pourrait paraître injuste. Elle se substitue à tout le droit romain antérieur, seule cette loi peut être invoquée en justice. De plus, un autre objectif politique : Alaric, tente d'attirer à lui la population gallo-romaine. Ce bréviaire serait une nouvelle concession pour arriver à une action pacifique au sein du Royaume.

Ces conquérants ont suivi l'**arianisme**, la population gallo-romaine a suivi ce qui avait été décidé lors du Concile de Nicée en 325. L'arianisme s'est développé = église divisée. Doctrine qui nie la divinité du Christ. L'arianisme nie la consubstantialité = égalité de substance du fils avec le père. Le fils de Dieu est alors inférieur, le Christ n'a pas une nature divine égale à celle de Dieu. Constantin, converti au christianisme, ordonne la tenue d'un concile. Ce concile se tient dans la ville impériale de Nicée. Pour clore tout début, un texte est composé "le crédo" qui dit que le christ est de même nature que le père = arianisme condamné. Wisigoths partisans de l'arianisme. Gallo-romains condamnent l'arianisme. Pour concilier ces populations, Alaric a mis cette compilation de droit romain en avant. Les gallo-romains auraient été attiré par le prestige de Clovis. Il s'agissait d'essayer de contrer Clovis, aller dans le sens de la population gallo-romaine même si on restait arian.

A qui s'applique ce texte ? Pour une grande majorité, cette **loi ne s'appliquerait qu'aux sujets romains** puisque la population wisigoths a déjà une loi (code d'euric). Pour d'autres, le code d'euric aurait été remplacé par la loi romaine des wisigoths = droit territorial qui s'applique à tous.



Cette loi est une oeuvre très importante pour l'Occident, mais sa composition pose problème. Ses rédacteurs n'ont pas ordonné les éléments avec un plan, pas de cohérence.

Ainsi, dès 507, le bréviaire est conservé et même étendu à toute la Gaule par les Francs. Ils ne font pas rédiger de loi particulière pour leur population gallo-romaine. Ce bréviaire influencera des mises par écrit de droit germanique. Il devient le recueil officiel, influence durable en Europe occidentale.

Burgondes : loi romaine des burgondes.

Élaborée à l'époque du roi Gondebaud entre 502 et 516, après la loi des Wisigoths. Elle présente, au niveau du plan, de grandes similitudes. Loi Gombette permet de connaître les coutumes des burgondes, codification des règles orales.

Influence restée réduite. Fortement imprégnée d'éléments germaniques. En dehors de l'aquitaine, fortement romanisées, les solutions romaines sont moins comprises. Droit pénal + droit privé.

Le droit romain se maintient mais glisse plus vers un droit vulgaire et subit l'influence toujours plus forte du niveau local. Au XXe siècle, le droit romain a presque partout cessé d'exister en tant que système juridique écrit.

• Section 2 : L'apparition progressive d'un droit territorial

La mise par écrit des lois nationales a relevé la diversité juridique. On assiste à l'affirmation du pouvoir monarchique franc, qui introduit des éléments d'unité

Paragraphe 1 : Le développement d'une législation commune

Législation qui émane du roi et qui s'applique à tout le territoire soumis au roi.

A) Une législation répondant à un idéal d'unité

Ce phénomène ne se développe que lorsque le pouvoir en place est fort. Existe chez les Francs (mérovingiens / carolingiens). On peut s'interroger sur les relais de ce pouvoir royal mérovingien afin de faire respecter l'application de sa législation. Il convient de séparer deux époques : **Mérovingiens et Carolingiens**

1) Mérovingiens

Clovis avait porté le titre de rex, ses successeurs *rex francorum*.

Quelles sont ses prérogatives ? D'une part *mundium* et d'autre part *bannum*. Le *mundium* désigne l'autorité qui s'exprime par la bouche. Exprime la puissance protectrice que le roi exerce sur ses sujets. Le roi doit une protection générale à ses sujets et particulièrement à certaines catégories (ex : les veuves).

Comment elle s'exerce ? En rendant la justice. S'en prendre à un de ses sujets porte atteinte à la paix du roi. Le roi rend la justice, le coupable encourt des sanctions pécuniaires à sa victime et au roi : *fredum* = le prix de la paix.



Bannum est le **pouvoir de commandement du chef** : pouvoir d'ordonner ou interdire. Ressemble à l'imperium romain. Le roi est législateur et peut établir des prescriptions d'ordre général. Toute désobéissance est punie d'une amende, ou exclusion du royaume donc plus protégé par le roi.

On assiste au développement d'une législation royale qui demeure très modeste en nombre : à peine une dizaine de loi en 2 siècles.

Les textes mérovingiens ont une influence romaine, du modèle législatif romain. Le royaume mérovingien est marqué par le sceau de la diversité avec franque, romaine et chrétienne. A Rome, l'empereur est "loi vivante". Ici cette influence semble plus germanique puisque le peuple intervient pour élaborer les mesures de portée générale. Le texte est soumis à l'assentiment des évêques et des notables. Procédure collective. Chez les peuples germaniques, ils ont le pouvoir de modifier la coutume et de définir la règle applicable.

De plus, cette législation mérovingienne garantit la paix sociale. Elle porte sur l'organisation judiciaire, la procédure.

Enfin, ces lois montrent les liens étroits qui unissent le pouvoir royal et l'Église. Il s'agit d'un **droit séculier** qui persistera jusqu'à la rupture au XVIIIe siècle

Les conditions pour créer un droit général ne sont pas encore réunis :

Le **royaume est considéré comme un bien patrimonial**, on applique les règles qui régissent les successions privées avec les règles de la loi salique. Le père est obligé de distribuer le patrimoine familial à l'égal entre ses fils. Mort de Clovis : partition du Royaume à ses fils. Tous auront le titre de *rex francorum*. S'il y a plusieurs rois, il n'y a pas plusieurs royaumes, mais un seul divisé en 4. Ces divisions successives nuisent à la mise en place d'un droit général.

De plus, il faut souligner l'insuffisance des moyens d'action du pouvoir. Le territoire subit les divisions successives. Même si la législation mérovingienne est faible, l'existence même de cette production législative prouve que le cadre des lois barbares est en train d'être dépassé car trop étroit.

2) Les carolingiens

Ils incarnaient un pouvoir fort avec une **politique territoriale expansionniste. Restauration de l'empire**. Le pouvoir central impose une législation générale. Ils ont érigé comme principe le recours à la loi comme mode de gouvernement : forte activité législative qui sera le fait des premières générations de carolingiens (Charlemagne). **Empire d'Occident ressuscité**.

La législation a pour but d'instaurer **l'unité juridique**. Cette motivation trouve sa source dans la dimension chrétienne de l'empire renforcée après le couronnement de Charlemagne, Tous les sujets de l'empire ne forment qu'un seul peuple uni en qualité de chrétien, dépasse les critères ethniques. Les hommes d'église sont pénétrés de l'idéal d'unité. A cette époque, les hommes vivent encore sous l'empire des lois qui leur sont propres. S'élèvent contre ce système juridique des voix : Agobard. Tous les sujets devaient obéir à la même loi. Nous sommes en plein contexte idéologique de *renovatio imperii* = ils identifient le souverain à la loi. Dans une lettre d'Alcuin (799), roi interprète de la loi également en matière religieuse.

B) Les capitulaires : forme d'expression de la législation du prince

Les mérovingiens ont été des législateurs modestes. Il était difficile de déterminer l'application concrète de ces textes. Avec les carolingiens, plus de 200 textes en un siècle et demi. Les principaux législateurs sont les premiers souverains carolingiens : Charlemagne, Louis le Pieux et Charles le Chauve.



Ces législations prennent la forme de **capitulaires**. Ce terme est le mot générique qui désigne toute sorte d'instruction ou de prescription qui émane du prince. Ce terme provient de la manière dont se présentaient les textes à cette époque. Ils étaient divisés en chapitres "*capitulum*". Le souverain carolingien est production du droit en applicable de son bannum. C'est ce pouvoir de commander qui lui permet de produire des textes législatifs. Le capitulaire tient son autorité de la volonté du souverain qui est en ainsi le véritable auteur. On parle ainsi de proclamation par le souverain. Celle-ci donne son autorité au texte. A cette époque, la procédure ne s'arrête pas là : conformément à la tradition franque, la production des capitulaires se fait dans le cadre d'assemblées. On y trouve les grands du royaume mais aussi des ecclésiastiques. Les grands du royaume représentent le peuple. Cette assemblée fait valoir son point de vue sur le texte proclamé par le souverain. Ils peuvent demander des modifications. Une fois modifié, le texte est représenté à cette assemblée. Elle est appelée à donner son assentiment = on parle de *consensus*. Une fois donné, le texte est promulgué par le souverain.

Quand les rois sont puissants, le *consensus* s'obtient facilement. Avec Charles le Chauve, débat pour obtenir ce consensus, avec en général des négociations. Les souverains carolingiens doivent se soumettre à l'aide et au conseil des Grands du royaume. Au-delà du respect de la tradition franque, le fait d'interroger les Grands du royaume est important pour deux raisons :

Tout d'abord, les Grands représentent la population et ont ainsi un ancrage local. Les textes seront ainsi plus facilement acceptés et appliqués par la population. Enfin, les Grands président le tribunal local, qui s'appelle le *mallus*. Ils connaissent ainsi la législation applicable.

Une fois le texte promulgué, il est donné aux *missi dominici* (envoyés du souverain) qui assurent la diffusion de ces textes. Les capitulaires s'appliquent à tous les sujets, quelque soit leur origine ethnique, sur l'ensemble du territoire. Dès l'époque de Louis le Pieu, on distingue deux types de capitulaires :

- les **capitulaires ecclésiastiques** : traitent les affaires religieuses
- les **capitulaires mundana** : traitent les affaires du monde séculier

Cette distinction se retrouve au IXe siècle dans le recueil de l'abbé Anségise vers 827. Celle-ci est artificielle car les capitulaires traitent des deux domaines.

→ Les capitulaires ecclésiastiques

S'expliquent par les liens entre la puissance temporelle / puissance spirituelle. Le souverain doit légiférer dans ce domaine. Ils regroupent les conciles tenus par l'Église. Les souverains carolingiens ont parfois modifié la portée de ces décisions.

→ Les capitulaires mundana avec trois types :

- les **capitulaires additifs aux lois nationales** : ils interviennent directement sur les lois nationales ethniques. A partir de 802, Charlemagne met en place un programme de relecture systématique de ces lois nationales. Les capitulaires ne s'appliquent qu'aux populations concernées. Ils doivent passer devant une assemblée des hommes libres soumis à cette loi particulière. Ils ont pour but d'aplanir les différences des lois nationales pour plus d'unité.
- les **capitulaires qui se suffisent à eux-mêmes** : sans l'appui d'une loi nationale. Ils s'appliquent à tous les habitants de l'empire. Ils portent sur des questions administratives ou l'organisation de la justice. Ils traitent très peu de droit privé.
- les **capitulaires adressés aux missi domicini** : instructions données aux représentants de l'autorité centrale. Ce ne sont pas des lois à proprement parler.



Sujets traités : **droit public et droit pénal**. Le législateur s'est montré plus soucieux du bon fonctionnement de l'État que du droit des sujets. Les capitulaires relatifs à l'Église sont très nombreux = relations fortes entre le souverain carolingien et l'Église. Les évêques ont parfois pris entre leurs mains les souverains carolingiens = immixtion ecclésiastique dans le gouvernement de l'empire. Dès Louis le Pieux, réelle influence de l'Église sur la législation. Face à une activité législative intense d'où le besoin de les regrouper à travers des collections. Composées à partir du IXe siècle mais sont privées.

On veut rendre la consultation des capitulaires plus facile. Anségise a recueilli les capitulaires qu'il a pu trouver, il ne les connaissait pas tous. Date de 827 et a eu une grande autorité car Louis le Pieux renvoie les sujets à cette collection.

Vers 847 : collection de Benoît le lévite. Il prétend compléter la collection d'Anségise. Beaucoup de succès même si elle contient des faux. Elle est même citée dans le capitulaire de Charles le Chauve.

A partir de 840, les institutions de l'empire et la législation s'effritent. Elle devient de plus en plus rare. Le dernier capitulaire daté de 884. A partir de là, le souverain cesse d'émettre des décisions à portée générale.

Paragraphe 2 : Vers la réalisation de la territorialité du droit

A) Les causes du passage d'un système juridique à l'autre

On a des textes qui font référence à la **personnalité des lois encore au IXe siècle**. Cependant, en pratique, le déclin de ce système a commencé depuis longtemps. La population cesse d'alléguer en justice ces anciennes lois nationales. Pourquoi ?

- on assiste à un **enracinement de la population**. Avant, elle se définissait par son ethnie. Maintenant, elle se **définit par la terre sur laquelle elle vit**.
- **mélange des ethnies favorisé par l'Église** : il s'agit de ne faire qu'un seul peuple avec la même religion. Favorise cette mixité par les mariages mixtes. Elle contraint les membres d'une ethnie à trouver des conjoints en dehors de cette ethnie. L'Église met en place des empêchements au mariage entre parents ou alliés. Le but est d'affaiblir les différences ethniques pour renforcer le sentiment d'appartenance à une même communauté.

A la tête de cette communauté politique, un roi exerce son autorité sur un territoire appelé le **France** et non plus la Gaule.

- la politique : dislocation de l'État carolingien liée à un morcellement politique qui entraîne un émiettement territorial du droit. En 840 l'empire est convoité à la mort de Louis le Pieux par ses trois fils. Ils le partagent en 3 avec le traité de Verdun en 843. Partie ouest avec Charles le Chauve. A la fin du IXe siècle, le roi ne contrôle plus une partie du territoire. Se forment des principautés territoriales avec des princes qui font la guerre, écrivent des textes à valeur réglementaire. Au Xe siècle, principautés se divisent en seigneuries avec des seigneurs locaux qui prennent des prérogatives politiques.

L'État unitaire n'existe plus. Une législation générale applicable à tout le territoire n'est plus possible.

La création du droit passe par ces cadres locaux.

B) L'avènement d'un droit fondé sur des usages locaux



Dans tout l'Occident, phénomène similaire de féodalité avec des degrés différents.

Mais la population a besoin de nouvelles règles. Elles ont été créées à partir de matériaux anciens.

L'autorité de ces simples seigneurs a été acceptée car ils offrent une protection avec son château.

La population va puiser dans le droit de l'ethnie dominant le territoire + capitulaires + droit romain + règles sètes = règles issues d'un **tuf juridique**.

Il faut distinguer les lieux plus **influencés** par le **droit romain** (écrit) des lieux où l'on d'inspire des **pratiques germaniques** (coutumier).

Le droit romain est utilisé dans le sud. Distinction à nuancer car ce n'est pas le droit que les romains et les germains ont connu, uniquement des vestiges modifiés et parfois erronés.

Conséquences du droit territorial : conflits changent de nature. Plus de conflits de lois entre individus habitant sur le même territoire avec des lois personnelles différentes. Désormais, conflits entre un habitant d'une seigneurie régi par ses propres coutumes et un étranger à cette seigneurie régi par les coutumes de cette autre seigneurie. 864 : capitulaire de Charles le Chauve = **édit de pîtres avec une territorialisation du droit**.

Le droit applicable à un individu est celui observé sur le territoire où il est domicilié. Ce processus de transition est définitivement accompli au Xe siècle.

Au cours de cette période, l'élaboration du droit n'est plus liée à la seule volonté étatique puisque l'État est en phase de dislocation depuis le IXe siècle. Le droit résulte d'un ensemble de pratiques coutumières qui ne fait que refléter la diversité des seigneuries et principautés.

Deuxième partie - Le morcellement du droit : la diversité des sources médiévales (Xe / XVe siècles)

Introduction : la période qui s'ouvre à la fin du Xe siècle se caractérise par l'avènement de la dynastie capétienne. On se rend compte que l'autorité du Roi est mise à mal car nous sommes face à une **féodalité** qui l'emporte. Le roi n'a plus d'autorité jusqu'au XIIe siècle dans toute l'Europe à une échelle variable. Les seigneurs profitent de l'affaiblissement de l'autorité royale et de la désagrégation de l'État. Ils usurpent donc les prérogatives de puissances publiques.

Le cadre de référence est la seigneurie, d'un point de vue institutionnel, économique, social et juridique jusqu'au XIIe siècle.

A partir du **XIIe siècle, réaction du pouvoir royal**. La royauté engage progressivement la restauration de sa souveraineté. La royauté a compris qu'il fallait agrandir son domaine royal, notamment par mariage, succession.

Au cours du XIIIe siècle, la royauté redevient la principale puissance au sein du royaume. La France deviendra même l'un des principaux royaumes d'Europe = période où le roi est concurrencé par de simples seigneurs.

XVe siècle = concurrence les autres royaumes européens

Sur le plan juridique, on est face à une période de **fixation de l'identité juridique de la France**. La période n'est pas du tout homogène. Pour les trois premiers siècles, les informations manquent. On a parlé de "**vide juridique**" qui n'existait



pas : l'espace juridique était là mais on n'avait pas de documents juridiques précis uniquement des coutumes orales, qui ne laissent pas de traces = ce qui a participé à l'idée fautive de vide juridique. La coutume correspond à un droit territorial, on a dépassé ce droit ethnique et personnel. Tout comme correspond à un droit territorial la législation du roi qui fera son retour à partir du XIIe siècle. C'est également au cours de cette période qu'apparaît la notion de droit savant.

Chapitre 1 : Le développement d'un droit territorial

• Section 1 : La formation des coutumes territoriales

Paragraphe 1 : L'avènement d'un droit coutumier territorial

A) La genèse des coutumes territoriales

Avant l'an 1000, le terme "coutume" n'est pas d'un usage courant. Il devient d'un usage fréquent à partir du XIe siècle. Le terme "**coutume**" utilisé en général au pluriel est employé pour désigner des obligations ou des charges imposées aux habitants d'un lieu donné par un seigneur. On fait ainsi référence à des redevances dues par les habitants aux seigneurs, c'est quelque chose de **fiscal**. On peut également faire référence aux prérogatives du seigneur comme le pouvoir du commandement. Au niveau du seigneur, on fait référence aux anciens droits régaliens qui appartenaient au Roi et que le seigneur a usurpé. Lorsqu'on utilise ce terme, celle-ci apparaît ainsi comme étant liée à une relation de dépendance entre les habitants et un seigneur = **aspect local et territorial**. Les hommes n'ont jamais manqué d'imagination pour imposer certaines taxes sur la force de l'habitude.

Tel est le cas du pain de l'Ours du seigneur d'Ardres : il ramène un ours et organise des combats entre l'ours et les chiens. La population demande au seigneur de réorganiser de tels combats. Il accepte sous une condition : à chaque fois qu'un citoyen utilise le four, qu'il donne du pain pour nourrir l'ours. Par force l'habitude, le roi continue à demander aux citoyens du pain même après la mort de l'ours. Les citoyens ont demandé à circonscrire ces coutumes dès le XIIe siècle. On a commencé à rédiger des chartes de franchise. A travers celles-ci, les communautés rurales ou urbaines obtenaient l'abolition de certaines mesures trop pénibles ou trop récentes (mauvaises coutumes) de la part de leur seigneur. De plus, l'abolition de certaines incapacités personnelles d'où le nom de **charte de franchise**. Ces chartes encadrent la relation seigneur / habitants. Mais ces **chartes ne régissent pas les rapports horizontaux**, les rapports entre les habitants d'une même seigneurie.

Des usages pour régir ces rapports vont peu à peu se fixer sans que le seigneur n'intervienne.

Deuxième temps : à compter du XIe siècle, en plus de régir les relations seigneur / habitants, les coutumes commencent aussi à désigner un ensemble de règles qui s'attache aux **rapports juridiques entre les particuliers**. Ce sont ainsi des usages de droit privé qui règlent les relations inter personnelles comme les relations inter familiales. La population se dote de règles qui régissent leurs interactions. Ces règles ne naissent pas de nulle part, elles se sont formées à partir de matériaux anciens, des résidus de la loi salique dans le Nord ou du bréviaire d'Alaric dans le Sud. Parfois, ces matériaux ne suffisent pas et on apporte des solutions nouvelles mais on s'appuie d'abord sur ce qu'on a connu. La coutume, au sens que nous connaissons aujourd'hui, est apparue.



A force de répéter ces usages, la coutume naît, et prend désormais le sens qu'on lui donnait : la coutume est “un droit non écrit qui naît de l'usage, lequel n'est qu'un fait, comme l'effet provient de la cause”, J. de Révigny.

Quelles sont les caractéristiques de cette coutume ?

- La **coutume est un droit territorial**. Il s'inscrit dans un ressort précis, celui de la seigneurie sur lequel s'exerce le pouvoir du seigneur : poesté seigneurial. Dans certains territoires, les seigneuries ne se sont pas ou peu développées. Elles n'ont pas usurpé les prérogatives régaliennes. La coutume ne relève pas de la seigneurie mais du duché (en Normandie par exemple) qui correspond à une zone politique unifiée car les structures politiques ont résisté à la dislocation du pouvoir. Normalement, c'est au niveau de la seigneurie mais pas toujours, elle peut s'appliquer dans un cadre beaucoup plus vaste.
- La **coutume est orale**, c'est un droit non écrit. Au départ, la coutume est un simple usage, une conduite sociale qui s'impose par sa propre force.
- Le **consentement des populations concernées** : la coutume naît dans le tissu social lui-même. Ce tissu social est convaincu de la nécessité de suivre la coutume. On a cette idée d'acceptation continue du groupe. Si plus personne ne suit la coutume, elle tombe en désuétude.
- Le **temps** : le fait se mue en droit si l'usage est ancien et persiste. Pour qu'on passe du simple fait à la coutume, il faut que l'usage se répète “une fois n'est pas coutume”, Loisel. On en déduit donc que l'habitude se forme avec le temps. Pour certains auteurs, une coutume se prescrit par 10 ou 20 ans si elle porte sur une question qui n'est pas réglée par le droit romain, par 30 ou 40 ans si cette coutume est contraire au droit romain.

Les avantages et les inconvénients de la coutume :

Avantages :

- droit souple qui évolue avec le temps au gré des besoins de la société
- elle ne rencontre pas l'opposition de la population car c'est elle qui en est à l'origine

Inconvénients :

- considérée comme imprécise car elle est orale
- elle ne peut pas régler de situations nouvelles qui ont besoin d'une réponse juridique immédiate

B) Une géographie coutumière

La notion de **géographie** est importante quand on évoque la notion de coutume. Tout d'abord, la coutume correspond à un droit territorial, un droit qui s'inscrit dans un ressort précis. On parlera parfois de détroit pour évoquer la zone géographique sur laquelle la coutume s'applique. Elle peut être locale ou régionale. Lorsqu'elles sont générales quand elles s'appliquent à une province dans son ensemble (Normandie).



Lorsqu'elles sont locales, on dit qu'elles sont **particulières**, il s'agit d'un droit d'exception. Tous les habitants de la province suivent la coutume générale, puis pour leur lieu d'habitation, ils suivent la **coutume régionale en cas de superposition de coutumes**.

Notion de territorialité : les coutumes ne sont pas toujours territoriales. Elles peuvent être propres à chaque **catégorie de personne voire à chaque matière**. Cette coutume n'est pas la source juridique du royaume à l'époque qui nous intéresse. A partir du XIIe siècle, le royaume semble se diviser en deux : un pays régi par les coutumes (nord) et un autre régi par le droit romain (sud). Cette distinction est officialisée par la chancellerie royale dès 1250 dans des actes. Le Nord est régi par la *consuetudo gallicana* (= la coutume).

Remarques :

→ Pendant longtemps la **thèse d'un partage strict entre le Sud et le Nord prévalait**

→ Séparation sinueuse allant de l'île d'Oléron à Genève. Aujourd'hui, on admet que cette thèse est trompeuse pour deux raisons : tout d'abord, le nord a un droit coutumier dont on sent l'influence du droit romain. Dans le Sud, si le droit romain domine, c'est un droit adapté, modifié par la pratique.

→ Les coutumes existent dans le sud, on est face à un droit qui n'ignore pas les coutumes. Elles ont cependant connu l'influence du droit romain, mises par écrit. Ex : coutumes de Montpellier rédigées en 1204 = une centaine ou un millier de coutumes dans le Sud.

Rédaction des coutumes dans le Sud : ces coutumes ont été mises par écrit en réaction de la population face à l'avancée du droit romain. Pour Montpellier, au lendemain de la redécouverte du droit romain. Elles craignaient que les coutumes soient en danger face à la reconnaissance du droit romain qui a lieu dans le Sud de la France. Cette thèse retient les coutumes sans leurs références au droit romain, on subit déjà l'influence romaine dans les coutumes. Ces coutumes, malgré la concurrence du droit romain, ne vont pas disparaître. Des références utilisées par les notaires locaux montrent que les coutumes du Sud s'appliquent encore.

La ligne de démarcation est fluctuante.

De plus, les Rois de France vont devoir faire face à deux autorités qui revendiquent l'hégémonie, la domination universelle : le Pape et l'empereur du Saint Empire romain germanique. Or, ils s'appuient, pour démontrer leur autorité, sur le droit romain. L'empereur dit qu'il détient d'*auctoritas* alors que les Rois, eux, n'ont que la *potestas* dépendante de l'*auctoritas* = conflit d'autorités. Dans le Sud, il y a un risque d'ingérence de la part de ces autorités qui prétendent poursuivre l'œuvre des empereurs romains car l'empereur s'appuie sur le droit romain, présent dans le Sud.

1254 : dans le cadre de la sénéchaussée de Beaucaire, Saint Louis reconnaît que l'on applique le droit romain "de **temps immémorial**", ajoutant 'non pas parce que son autorité nous y oblige mais parce que nous jugeons qu'il n'y a pas lieu là et pour le moment de modifier ses dispositions.'"= notion que l'on retrouve dans le droit coutumier, qui s'applique dans un temps immémorial. On est en train de comparer les coutumes avec le droit romain. Si le droit romain s'applique, c'est parce qu'il s'y applique depuis un temps immémorial, de même que les coutumes dans le Nord.



De même, en 1312, au lendemain de la querelle bonifacienne entre Philippe le Bel et le Pape Boniface VIII qui revendique cette domination qui s'appuie sur le droit romain. Philippe le Bel : "si dans quelque partie du royaume, nos sujets suivent le droit écrit sur plusieurs points, ils ne sont pas liés par ces règles en tant que droit écrit, mais en tant que coutume conforme à ce droit, introduite par l'usage". Il dit que si on applique le droit romain dans le Sud, c'est parce qu'on en fait un usage répété = la coutume. Il dit cela pour éviter l'intrusion d'autres autorités dans le Royaume. Le Roi de France souligne alors le caractère coutumier du droit appliqué dans les provinces du Sud.

Conclusion : il y a bien une **source formelle du droit au cours de cette période : l'usage répété et admis**. Cette source est la même dans tout le Royaume, seul son contenu varie en fonction des territoires. Au Sud, un contenu imprégné de traditions de droit romain. Au Nord, ce même contenu est davantage imprégné des traditions juridiques orales.

Quel est le contenu de ces coutumes ?

Le **contenu précis des coutumes est difficile à appréhender** car il s'agit de coutumes majoritairement orales. On peut néanmoins s'appuyer sur des textes littéraires, sur des actes de la vie quotidienne, des actes de vente, donation ou disposition à cause de mort. En majorité, ces coutumes s'intéressent au **droit des personnes et au droit des biens**. Le fond même de ces coutumes varie : certaines coutumes imposent un partage égal en cas de succession, d'autres donnent l'avantage à l'aîné. Certains auteurs ont comparé les coutumes et ont formé des familles de coutumes. Une famille de coutume apparaît sur un territoire déterminé.

Conclusion : s'il existe en principe deux pays, cette **opposition est souple** et non stricte.

C) Les conflits de coutumes

Règle : D'une part, grâce au principe territorialité, **chaque coutume n'est applicable que dans son ressort**.

D'autre part, à l'intérieur de ce ressort, la coutume **s'impose à tous ceux qui y résident et à tous les biens qui y sont situés**. Lorsque deux habitants qui relèvent d'un même ressort connaissent un litige, c'est facile.

Si on assiste à un conflit de coutumes : **plusieurs coutumes peuvent être appelées à régler une même situation**. Le conflit de coutumes est connu tôt par la doctrine : un bordelais vend à un grenoblois une maison à Lille = trois coutumes peuvent s'appliquer pour le contrat de vente.

Il est connu tôt par la justice : arrêt du Parlement de 1315 appelé à se prononcer sur la validité d'une donation entre époux, de biens meubles situés dans le ressort d'une coutume où cette donation est interdite.

Pourquoi de tels conflits ?

Parce que les **coutumes sont nombreuses** (= 60 coutumes générales auxquelles dérogent plusieurs centaines de coutumes locales). De plus, à cette époque, il n'existe **pas de droit commun coutumier**. Il apparaît à la fin du XIIe siècle grâce au juriste Philippe de Beaumanoir.

On doit alors trouver des **solutions au cas par cas**. La doctrine italienne va poser des bases pour résoudre ces conflits.

Théorie des statuts qui distingue les statuts personnels et les statuts réels. Elle est due à Jacques de Révigny, Pierre de Belleperche, Guillaume de Cuneo. Statuts réels : quelles coutumes appliquer pour les choses. Statuts personnels : quelles coutumes appliquer pour les personnes.



Paragraphe 2 : De la tradition orale à la mise par écrit de la coutume

A) La preuve de la coutume

Défaut principal de la coutume : **difficile à connaître** à cause de son caractère oral. Lorsque des individus entrent en conflit, il est nécessaire de fournir la preuve de la coutume. La coutume est censée être conservée dans la mémoire des hommes. Très tôt, on a intégré aux tribunaux des gens suffisamment âgés capables de connaître le droit local afin d'assister le juge et de le faire bénéficier de leurs souvenirs. Ces hommes ont porté des noms différents comme les hommes bons, prud'hommes, notables ou échevins. Leur présence n'empêche pas les différends à propos de l'existence ou de la teneur de telle ou telle coutume et la nécessité de la preuve demeure.

A qui incombe la charge de la preuve de la coutume ? A l'origine, le **juge** devait s'enquérir lui-même de la preuve du droit applicable à tel ou tel litige. Puis, sous l'influence de la doctrine romano-canonique, la preuve de la coutume a incombé au **plaideur** (demandeur / défendeur) qui devait fournir la preuve de la coutume. Celui qui invoqué la coutume peut se trouver dans deux situations :

- il est face à une **coutume notoire** : coutume connue parce qu'elle a déjà été établie soit dans un précédent judiciaire ou dans un acte officiel où elle a été fixée. Dans ce cas, la partie qui invoque la coutume est dispensée d'en apporter la preuve : le juge doit l'appliquer.
- Il est face à une coutume privée : elle n'est pas assez affirmée pour s'imposer au juge. On considère qu'elle ne demeure qu'au stade du simple fait. Elle doit être prouvée par la partie. Comment ? On a souvent recours à la preuve par témoin qui suppose l'ouverture d'une enquête. Dans le Sud : enquête par témoin singulier, réalisée de façon individuelle. Dans le Nord : enquête par turbe (de *turba* qui signifie foule) où le juge appelle des hommes sages à l'abri de tous soupçons, en général des praticiens du droit. Il y a besoin d'au moins 10 hommes qui prêtent serment de dire fidèlement ce qu'ils savent sur la coutume. Ils vont se prononcer collectivement sur cette coutume. La décision peut être unanime, la preuve est faite. La règle prend alors le rang de coutume notoire. S'il y a divergence, la preuve n'est pas rapportée. Cela ne signifie pas que la preuve contraire est établie. Elle a été réglementée par l'ordonnance de Louis IX qui s'appliquera jusqu'en 1667.

Problème : le **procès est allongé, alourdit les frais à la charge des parties, et n'offre aucune garantie d'efficacité en raison du principe d'unanimité.**

Conclusion : a priori cette enquête par turbe a un antécédent en Normandie où on trouvait l'enquête juré qualifiée par certains de jury de preuves. On appliquera en Normandie l'enquête par turbe de façon modérée car, très tôt, on rédige la coutume. Elle va être beaucoup plus certaine, d'où le blocage de l'enquête par turbe.

B) Les premières rédactions de coutumes

A cette époque, on assiste à une reconnaissance culturelle, à la diffusion rapide de l'écriture et à la nécessité de connaître les coutumes. On est en plein XIIe siècle où l'Occident connaît une croissance démographique, une révolution économique et commerciale.

Comment se déroule ce processus ? En deux temps :



→ Avant le milieu du XIIe siècle

La rédaction intervient dans les régions qui ont été le cadre des droits savants, c'est-à-dire l'Italie du Nord et le Sud du Royaume de France. Certaines villes se mettent à rédiger leurs coutumes locales comme Avignon, Arles, Montpellier... On parlera de rédaction des statuts urbains. Nous sommes face à des textes officiels qui font foi en la justice. Ils sont officiels car ils ont été élaborés avec le concours de la population et parce qu'ils ont été sanctionnés par une autorité publique (la ville, le seigneur, le Roi). Ex : coutume de Toulouse en 1286 qui se compose de 160 articles répartis en 4 titres : procédure, contrats, régimes matrimoniaux, droit des biens.

→ A partir de la fin du XIIe siècle :

Rédaction des coutumes touche le nord. Elle est l'œuvre de particuliers, elle n'a aucune valeur officielle. Les coutumiers du nord n'auront aucune valeur légale. Le travail de rédaction est l'œuvre de praticiens qui rédigent des ouvrages, à titre privé.

Qui sont ces praticiens ? En général, ils ont une bonne culture juridique et du droit romain. Ce droit romain ne pouvait leur servir que de modèle. Pour les ouvrages qu'ils rédigent, on parle de coutumiers qui désignent l'œuvre et l'auteur de ces ouvrages.

Exemples de coutumiers du nord :

- **Normandie** : première à mettre sa coutume par écrit. Donnée lieu à un très ancien coutumier de Normandie. Ce coutumier se compose de deux traités distincts rédigés à une vingtaine d'années de distance, dans lesquels on trouve des répétitions. La Normandie est un pays de droit coutumier qui ne connaît qu'une seule coutume (même si quelques variantes locales).

Pourquoi a-t-elle été mise par écrit si tôt ?

1. Système judiciaire normand

Parfaitement structuré au cours des XIe et XIIe siècles. On trouve des tribunaux des vicomtes sous la supervision des baillis, qui tenaient leurs assises elles-mêmes contrôlées par l'instance judiciaire suprême : l'Echiquier de Normandie = système hiérarchique.

2. Enquêtes sur les coutumes dès le XIIe siècle

3. Contexte politique

Fin du XIIe siècle, la Normandie est source de querelles entre le Roi de France (Philippe Auguste) et le Roi d'Angleterre = deux influences. Henry II est le vassal du Roi de France pour les territoires continentaux. De fait, le Roi d'Angleterre règne sur tous ses fiefs continentaux. Après Henri II, le Roi Richard fait prisonnier après sa croisade. Philippe Auguste souhaite qu'il ne soit pas libéré : il se rapproche du frère de Richard : Jean. Après la libération de Richard, il retourne vers son frère Jean. Philippe Auguste ne peut plus rien faire pour la Normandie jusqu'en 1299 : Richard décédé et Jean parvient à s'emparer de l'héritage plantagenêt. Philippe Auguste l'attaque et prend la ville d'Evreux où va être rédigé le premier traité du très ancien coutumier de Normandie. 1ère rédaction : 1199/1200 rédigé par un clerc d'Evreux, au cœur du conflit entre le roi de France et le roi d'Angleterre. Si elle était définitivement détachée de la Normandie, on rédige ce traité en latin pour que la loi soit toujours applicable. Il répond aux tendances du droit plantagenêt, que l'on trouve dans le Dialogue sur l'échiquier et l'Assise au comte Geoffroy.



Le second traité rédigé entre 1218/1223 : au lendemain de la commise des terres de Jean sans terre par le roi de France. En 1200, Jean sans terre enlève Isabelle d'Angoulême alors qu'elle est déjà promise à Hugues IX de Lusignan, qui était son vassal. Quand un vassal a été lésé par son seigneur, il peut s'adresser à son suzerain, le Roi de France. Ce dernier fait condamner Jean sans terre à la commise de ses fiefs continentaux et entreprend la conquête de la Normandie. En 1204, toute la Normandie est attribuée au Roi de France, qui se substitue au duc de Normandie. Les Normands sont surveillés par des clercs qui ne connaissent pas la coutume normande = on craint pour la coutume. C'est le clerc de Bayeux qui rédige le second traité pour compléter le premier traité.

Le Grand coutumier de Normandie qui inspire encore aujourd'hui le droit des îles anglo-normandes.

Après la rédaction du dernier traité, il reste une question : à qui appartient la Normandie ?

Même si on a la commise des terres, le fils de **Jean sans terre réclame la restitution de la Normandie**. La population ne se tourne pas naturellement vers le roi de France. A partir de Louis IX, il renverse l'opinion de la population en faisant mener des enquêtes sur les exactions commises en Normandie au moment de la conquête. Le temps de la paix est venu. Elle sera réalisée avec le traité de Paris de 1258. C'est dans ce contexte qu'est rédigé le Grand Coutumier de Normandie, entre 1235 et 1258. On y trouve des éléments inspirés du droit canonique, romain mais aussi des ordonnances royales. On le considère comme une grande synthèse du droit normand. Il a fourni l'expression officielle de la coutume.

- **coutumier Conseil à un ami** rédigé entre 1253 et 1259 par Pierre de Fontaines. Contient des coutumes du Vermandois. Pourquoi les mettre à l'écrit ? Pour aider les juges qui ne savent pas, tant les usages sont incertains, quelles coutumes appliquer et se prononcent alors à l'aveuglette. Il va faire des larges emprunts au droit romain.
- **livre de justice et de plét** entre 1259 et 1270. On trouve de très larges emprunts au droit romain, qu'on tente de dissimuler en faisant dire par des personnes de l'époque ce que des juristes romains ont dit. Cet ensemble cite des coutumes du droit orléanais
- **coutumes de Beauvaisis de Philippe de Beaumanoir**. On le considère comme le plus grand ouvrage de droit coutumier médiéval. Pourquoi ? Ici, Philippe de Beaumanoir réalise un commentaire de ces coutumes et les compare aux coutumes voisines, ainsi qu'au droit savant (le droit romain). Ce n'est ainsi pas une simple compilation. Il propose une réduction de l'émiettement coutumier et s'engage dans l'élaboration d'un droit commun coutumier, c'est-à-dire des coutumes applicables à tout le Royaume. Il est considéré comme le premier grand jurisconsulte français.

● Section 2 : L'essor de la loi

Depuis la fin du IXe siècle, **la loi semble silencieuse**. Le concept de loi a disparu à la suite de l'effacement de l'Etat et de l'apparition des principautés et seigneuries. Toutes les prérogatives royales, dont la possibilité d'émettre la loi, se décident au sein des seigneuries. A partir du XIIIe siècle, on assiste à une renaissance de la législation liée à la montée en puissance de la royauté.

Paragraphe 1 : La lente renaissance de la législation royale

Le **roi** est considéré, au sein de la pyramide féodale, comme un **seigneur au sommet de cette pyramide**. Il n'est ainsi qu'un acteur du système féodo-vassalique. Au fil du temps, il va s'émanciper de ce système en créant du droit grâce à la loi, qui va avoir plusieurs formes.



A) Une émancipation progressive du système féodo-vassalique

Cette émancipation commence au Xe siècle jusqu'au XIVe siècle.

1) Xe - milieu XIIe siècles

La **féodalité a affaibli la royauté** : le domaine royal sur lequel le roi exerce son autorité ne correspond plus aux frontières du royaume. En conséquence, le roi ne peut plus adopter de règles générales et impersonnelles applicables à toute la population. Il ne formule plus de lois. Cela ne veut pas dire que la loi n'existe plus, il ne peut plus en créer. Ce roi dispose, comme tout seigneur, la possibilité de promulguer des actes de portée juridique limités à son domaine. Il dispose du pouvoir de ban qui lui permet de les édicter. Ces actes portent le nom de "diplômes" : il peut contraindre, sanctionner. Ce sont des décisions individuelles, particulières.

2) Milieu XIIe - fin XIIe siècles

On attribue à Louis VII la première manifestation du pouvoir législatif au cours de cette période, en 1155 avec une **première loi applicable à tous et promulguée par le roi**. Le pouvoir législatif renaît grâce à l'appui des Grands, qui limitent ainsi le pouvoir du roi. Le 10 juin 1155, une assemblée se tient à la demande du clergé. Elle est placée sous l'égide du roi. Y sont présents le clergé, mais aussi les principaux laïcs du royaume. A travers cette ordonnance, Louis VII ordonne une paix pour 10 ans. Il est interdit de s'en prendre aux églises ainsi qu'aux paysans. Les Grands, en qualité de princes autonomes, s'associent à la décision royale. Pour que l'ordonnance s'applique sur tout le royaume, il lui faut l'appui des Grands = comme il y a des absents, le texte ne s'appliquera pas sur leurs terres. Ainsi, la portée territoriale du texte est limitée aux territoires des Grands qui ont donné leur assentiment.

3) Fin XIIe - fin XIIIe siècles

A cette époque, on a encore un coutumier qui nous dit "si un baron a pleine justice sur sa terre, le roi ne peut mettre ban en la terre de ce baron sans son assentiment" = illustration de 1155 puisque le roi est encore limité. Cependant, même si l'assentiment des Grands est toujours nécessaire, l'assentiment de la majorité suffit. Cette ordonnance s'applique alors sur tout le royaume = ordonnance de 1223. On a encore de nombreux textes où le roi légifère pour son seul domaine royal = pas d'autorité suffisante pour s'imposer aux Grands. Ex : ordonnance de 1259 qui met fin à la pratique du duel judiciaire, sur le seul domaine royal.

4) A partir de la fin XIIe siècle

Période marquée par le règne de Philippe le Bel, d'une part dans la reconquête du territoire royal mais aussi dans la reconquête du pouvoir législatif. Philippe le Bel va peu à peu agrandir son domaine, qui va quasiment connaître les frontières du royaume. Le roi peut édicter des textes qui ont force normative et obligatoire et autorité sur tout le territoire. Le but de la royauté sera d'imposer à la population une législation porteuse d'un ordre juridique uniforme.

B) Les différentes formes de lois (XIIe - XVe siècles)



- 1) Très tôt la langue savante utilise le mot *lex* pour qualifier ces textes pris par l'autorité. La langue vulgaire, elle, est plus diversifiée. Au cours de cette période, on est face à un vocabulaire très imprécis. Parfois, la terminologie est empruntée à des catégories d'actes romains = décrets, édits. Mais cela ne correspond ni au contenu, ni à la procédure d'adoption des lois romaines. On trouve également le terme d'écrits, chartes, lettres. Problème : **difficile de distinguer les actes du roi de ceux promulgués par les seigneurs** car ils utilisent les mêmes termes.
- 2) **Règne de Philippe Auguste** : on promulgue des textes plus régulièrement, le vocabulaire se précise. On trouve deux catégories d'actes :
 - **décisions royales à valeur spéciale** qui ne disposent que pour une personne ou un groupe de personnes = succèdent les diplômes. On parle de privilèges, de lettres royales ou de mandements.
 - **décisions à portée générale**. Elles sont la traduction de la volonté du roi de légiférer pour tout le royaume. On parle d'établissements ou d'ordonnances. L'établissement vient de la "chose qu'on établit et qui est destinée à durer". Le roi a ainsi un souci de stabilité et de fermeté. Ordonnance signifie un ordre auquel il faut obéir et quelque chose qui mette en ordre.

Paragraphe 2 : Les fondements du pouvoir de faire la loi

La royauté appuie son pouvoir de faire la loi sur des bases solides. La législation royale doit parvenir à dépasser la médiatisation féodale = écran entre le roi et les sujets représenté par les seigneurs, les grands. Il a fallu trouver des bases pour justifier que le roi puisse intervenir directement jusqu'au plus bas de l'échelle sociale. Elle s'appuie sur un double fondement pour justifier sa capacité à faire la loi.

A) Un pouvoir découlant du ministère royal

Jusqu'à la fin du Xe siècle, le mot *ministerium* est utilisé sous plusieurs acceptions : un sens religieux d'abord. Depuis les débuts du christianisme, il désigne la tâche pastorale accomplie au sein de l'Eglise. On retrouve ce mot au temps de Charlemagne : désigne les agents royaux et leurs fonctions. A partir de 850, redéfinition de la royauté. La tâche du roi commence à être définie par référence à la notion de *ministerium* : il est défenseur de tous en vertu de son ministère royal. A partir de 987 - XIIe siècle, on retrouve la notion de *ministerium regis* sous la plume de Abbon de Fleury qui consacre un chapitre à la fonction royale. Il analyse les prérogatives du roi qui doivent s'appliquer à l'ensemble du royaume parce qu'il est le **gardien et le protecteur du royaume** = impossible à appliquer parce qu'on est en pleine féodalité. A la fin du XIIIe siècle, les juristes redéfinissent le contenu du ministère royal. Le roi est un législateur, on lui reconnaît, grâce au ministère royal, l'obligation d'intervenir en matière législative aussi souvent que l'intérêt général est en cause.

B) L'appel au droit romain

Le roi doit beaucoup à la redécouverte du droit de Justinien en Occident au XIe siècle. Il est utilisé en premier par Frédéric de Barberousse, empereur du saint empire germanique. En 1158, les spécialistes de droit romain, les élèves d'Irnerius (Hugo, Jacobus, Bulgarus, Martinus) expliquent que l'empereur est l'héritier direct des anciens empereurs romains. D'une part, il dispose alors sur le monde d'une autorité aussi étendue que celle des anciens empereurs romains = *dominus mundi*. D'autre part, l'empereur a un véritable absolutisme législatif en l'assimilant à la *lex animata*.

Face à cela, le roi s'oppose à la prise de pouvoir de l'empereur :



1er temps : les légistes du roi défendent la thèse de l'indépendance du royaume de France. Au cours de cette période, ils s'allient avec les canonistes (juristes du Pape) qui veulent aussi mettre un terme aux prétentions hégémoniques de l'empire. En 1202, le Pape Innocent III promulgue une décrétale "per venerabilem" où il indique que le roi ne connaît pas de supérieur au temporel. Elle ne vise cependant pas la situation politique du roi de France : les légistes s'appuient sur cette décrétale pour dire que le roi ne doit pas être soumis à l'empereur.

Le roi est l'égal de l'empereur germanique. Ils indiquent aussi que le roi est l'héritier des empereurs romains. Il ne peut pas être soumis à l'empereur du saint empire germanique. Rigord utilise des symboles, donne le surnom d'Auguste à Philippe II. Cela renvoie directement aux empereurs romains. Il devient alors Philippe Auguste. Grâce à ces éléments, "le roi est empereur en son royaume".

3eme temps : il faut transposer les pouvoirs de l'empereur romain à la personne du roi de France. Parmi ces pouvoirs, le pouvoir de légiférer seul = "ce qui plaît au prince a force de loi"; "ce qui lui plaît de faire doit être tenu pour loi". Cela permet d'asseoir définitivement l'autorité législative du Roi. Les légistes ont fait du roi, à l'égal des empereurs, la loi vivante.

Paragraphe 3 : Les limites et les traits de la législation royale

A) Les contraintes de faire la loi

→ Au niveau de la procédure

Le roi dispose seul de la souveraineté législative mais il ne légifère jamais seul. Il a l'obligation de prendre conseil avant de légiférer. Il prend conseil auprès du Conseil du Roi. Ce dernier est formé à l'origine par tous ceux qui sont sous la dépendance du Roi (= les grands du royaume). A côté de cet élément féodal, on trouve des conseillers habituels du Roi (juristes). Peu à peu, ils dominent l'élément féodal et deviennent majoritaires. De même, le roi a l'obligation de prendre conseil car ce n'est pas un tyran. Les ordonnances indiquent que le roi a décidé "après mûre délibération du Conseil." Le roi est libre de consulter qui bon lui semble puisque la composition du Conseil n'est pas fixe. De plus, une fois que le Roi a demandé conseil, il n'est pas obligé de suivre ces conseils. Cela vite au roi de prendre des décisions en étant mal informé. La population donne son opinion grâce aux conseillers qui sont censés la représenter = dialogue. La loi n'est pas l'œuvre matérielle du Roi mais du chancelier qui travaille en collaboration avec les légistes.

→ Au niveau du fond

1) Il faut que la loi nouvelle qu'envisage le roi vise à la satisfaction de l'intérêt général.

= "commun profit" selon Philippe de Beaumanoir.

2) Il faut que la loi nouvelle ait une raisonnable cause.

Il faut qu'elle soit conforme à la raison humaine. A cette époque, il faut que la loi soit en adéquation avec les préceptes divins. Si la loi du roi est contraire à la raison divine, ses sujets ne sont pas tenus de la respecter.

B) Caractères généraux de la législation

Activité législative modeste

Tout d'abord, elle touche surtout le droit public. La législation du roi a essentiellement pour objectif de maintenir l'ordre public et ce, sous différents aspects = police du royaume, police des mœurs + maintien de l'ordre, organisation des



structures du royaume. Ces lois permettent de reconstruire de Royaume avec le Roi au centre du système (justice, fiscalité, administration).

Dans le droit privé, le roi intervient quand même puisqu'il a l'obligation de garder le royaume contre les mauvaises coutumes. En cas de silence de la coutume, il peut intervenir pour combler les éventuelles lacunes.

De plus, le roi est dominé par l'idée de réformation, remettre dans une forme ancienne. Le roi, à travers ses lois, vise à remettre de l'ordre dans les institutions afin de lutter contre les injustices et autres abus qui se sont introduits au fil du temps.

1er temps : dès 1254, première ordonnance de réformation. Elle indique que le roi intervient avec son entière capacité à déclarer, muer, corriger la règle de droit = s'affirme comme le législateur. Cette ordonnance est l'œuvre de Louis IX. Il impose alors un serment solennel à ses agents, baillis et sénéchaux.

2ème temps : XIVe / XVe siècles. Le roi promulgue toujours des ordonnances de réformation mais, sous prétexte de réformer, le but est d'introduire des nouveautés dans les institutions. Ex : Montil-lès-Tours, 1454, ordonnance "sur le fait de la justice". Le roi entend réformer un système judiciaire désorganisé par la guerre de Cent Ans. Problème avec la coutume qui implique un droit incertain, des contradictions... Pour que la justice soit plus sûre, plus rapide, le roi ordonne la mise par écrit officielle de tout le droit coutumier.

3ème temps : XVIe siècle : ordonnances de réformation dans des domaines variés. On y introduit encore des innovations.

Chapitre 2 : L'émergence des droits savants

Contexte : de la chute de l'empire romain jusqu'au XIe siècle, l'Europe se replie sur elle-même d'un point de vue économique. On produit uniquement ce dont on a besoin, au niveau des domaines = les échanges sont réduits et le droit n'a pas besoin de se développer. A partir de la fin du XIe siècle, révolution commerciale qui commence en Italie du Nord. Le droit devient indispensable et bénéficie de la redécouverte des techniques issues de la culture antique = création des premières universités (1088). Cela engendre la création de "nouvelles sources du droit" = droit savant (romain et canonique).

● Section 1 : Le développement simultané du droit romain et du droit canonique

Pourquoi qualifie-t-on ces droits de droit savant ?

- ils sont des droits écrits et précis
- ils font l'objet d'un enseignement au sein des universités

Sans le développement de ces droits, le droit européen se serait développé sur des bases uniquement coutumières et jurisprudentielles. Comment se passe la reconnaissance de ces droits ?

Paragraphe 1 : La réception du droit romain

1) Un droit romain connu dans des œuvres



On connaît le droit romain grâce au bréviaire d'Alaric qui puise certaines de ses sources dans le Code Théodosien. Il a été transmis à travers des manuscrits jusqu'au IXe siècle. Il a fait l'objet d'abrégés permettant de connaître le Code Théodosien (livre XVI sur les constitutions d'objet ecclésiastique) datant du VIIIe siècle. D'autres ouvrages intermédiaires ont permis la survie du droit romain. Également une compilation de droit romain rédigée pour le clergé en Italie. On dispose aussi des compilations de Justinien qui restent cependant presque inconnues en Occident. En principe, elles ont été introduites en Italie, à la suite de la reconquête justinienne. Dans la pratique, ces compilations n'avaient pas été utilisées, on préférait le code Théodosien = l'outillage semble important mais peu varié : le Code Théodosien, pour l'essentiel, nous permet de connaître le droit romain au cours de cette période.

2) Un droit romain porté par l'Eglise

L'Eglise est un vecteur de transmission de la romanité jusqu'au XIe siècle. Elle déclare vivre sous la loi romaine. Les Papes font des références aux lois romaines et citent parfois même leurs termes exacts = Papes comme les plus fidèles gardiens du droit romain. Ex : au VIIe siècle, le Pape Grégoire le Grand fait référence aux compilations justiniennes. La pratique fait parfois référence au droit romain, mais de manière purement formelle, sans valeur juridique. Vers 1060, on redécouvre en Occident les compilations de Justinien. Dès lors, on s'attache à comprendre et à commenter ces compilations dans le cadre des universités = elles assurent la diffusion du droit romain.

Dès le XIIe siècle, cette renaissance du droit romain gagne toute l'Europe occidentale. Ce droit romain connaît des résistances : les compilations de Justinien apparaissent comme un droit étranger à la population et au roi de France / Pape.

A) L'étude scientifique du droit romain

Contexte politique : en pleine réforme de l'Eglise menée par le Pape Grégoire VII à partir de la seconde moitié du XIe siècle = réforme grégorienne. Elle vise à remettre en ordre l'Eglise, tombée entre les mains des laïcs. De plus, plein conflit entre la papauté et le saint empire romain germanique : les deux visent le même but, la domination du monde. Cela provoque la recherche de textes oubliés et la science du droit.

- 1er moment en 1076 : dans le nord de l'Italie, un procès se tient devant Béatrice de Toscane. Au cours de ce procès, c'est la 1ere fois qu'un passage du Digeste est cité = en 1088, une école de droit est créée à Bologne.
- 2eme moment en 1120 : l'école de droit de Bologne s'organise en université et demeure la capitale de l'enseignement juridique pour entendre Irnerius, juriste.
- 3eme moment au milieu du XIIe siècle : de nombreux ouvrages de droit romain sont produits mais les juristes sont associés à la vie politique et apparaissent comme des théoriciens / praticiens. Ex : des disciples d'Irnerius sont appelés auprès de l'empereur germanique pour le soutenir dans ses prétentions politiques. Le droit romain, dès sa renaissance, a une fonction politique.
- 4ème moment jusqu'à la fin du XIIe siècle : l'enseignement du droit romain se développe dans toute l'Europe.

On distingue deux phases d'enseignement :

- 1120 à 1250 : âge d'or des glossateurs avec une explication littérale des textes = Irnerius, Accurse. Méthode : on lit chaque fragment à étudier, on donne un aperçu général du texte (la summa), explication détaillée du texte mot à mot (la glose). Chaque glose est reportée entre les lignes du texte de droit romain (les gloses interlinéaires) ou en marge des textes (les gloses marginales). A la fin de chaque glose, sigle qui permet d'identifier son auteur. Ces gloses s'accumulent = besoin de sélection opérée par Accurse dans la Grande Glose d'Accurse (100 000 gloses) = droit romain figé



- deuxième moitié du XIIe siècle jusqu'au XIVe siècle : besoin d'un droit romain pratique car la glose est trop théorique = changement dans la méthode d'enseignement. Les glossateurs sont remplacés par les post-glossateurs, commentateurs. Commence à Orléans avec Jacques de Révigny, Pierre de Belleperche. Ils essaient de dégager des principes généraux applicables aux besoins de leur époque = *mos italicus* prévaut jusqu'à la renaissance humaniste au XVIe siècle (commentaire à la place du mot pour mot).

B) Les résistances au droit romain

Le droit romain est au service du politique grâce à la glose et au commentaire. Il apparaît d'un renfort pour l'empereur contre le roi et le pape. Elles prennent trois formes :

1) La résistance du roi de France

Au milieu du XIIe siècle, le droit romain apparaît comme une arme au service de l'empereur pour affirmer sa supériorité sur le roi de France. Une bulle pontificale interdit l'étude du droit romain à Paris et ses environs = le roi ne régit pas car il se méfie aussi du droit romain et lui aurait demandé de l'interdire. Ce droit romain, utilisé par l'empereur Frédéric Barberousse, permettrait de s'imposer sur le roi. Dès 1300, l'école d'Orléans se développe : le droit romain y est enseigné. Le roi comprend du profit qu'il peut tirer de ce droit : lui permettrait de s'imposer sur les seigneurs, l'empereur et le Pape. Cependant, dans l'entourage royal, il y a eu des légistes qui utilisaient des arguments issus du droit romain. Pourquoi le roi de France aurait-il demandé son interdiction à Paris alors qu'il en faisait usage ? Cette résistance est alors plus théorique que réelle.

2) La résistance de l'Eglise

L'apprentissage du droit romain détourne la jeunesse de l'étude de la théologie. Cette résistance est modérée car la papauté utilise le droit romain : pour faire reconnaître la primauté de la papauté sur l'empire, pour utiliser les techniques issues du droit romain, pour améliorer le droit canonique.

3) La résistance des populations

Le droit romain apparaît comme une menace pour les coutumes locales. La diffusion du droit romain connaît des obstacles mais ne se fait pas uniformément. Dans le sud, la coutume existe. Le droit romain, commence à avoir des contacts avec le sud. Les populations décident de se protéger contre ce droit étranger en rédigeant officiellement leur droit coutumier : le droit romain se diffuse quand même, dans la pratique. On lui reconnaît même un rôle supplétif. Le mouvement de romanisation prend le pas sur les coutumes locales = on adopte un vocabulaire juridique technique issu du droit romain, la forme des actes juridiques, changements sur le fond du droit. XIVe siècle : les coutumes rédigées tombent en désuétude. XVIe siècle : romanisation totale du sud.

Dans le nord, à partir du XIIe siècle, le droit romain s'introduit dans les coutumes. On décide alors également de rédiger les coutumes. Le droit romain progresse et rentre dans la pratique juridique.

Paragraphe 2 : Le renouveau du droit canonique

A partir de quand se développe-t-il ? A partir du règne de l'empereur Constantin. Il reste encore dans l'ombre de l'Etat romain qui gère la production du droit. On assiste à une évolution à partir de l'époque franque : les décisions rendues par les conciles (réunion d'évêques) avec des résolutions écrites votées qui prennent le nom de "canons" = règles. De plus, la



législation pontificale : les papes formulent des réponses écrites sur des points de droit à la suite de questions posées par des évêques ou des particuliers. Leurs réponses constituent des règles de droit. On reconnaît alors au Pape un pouvoir législatif.

Avant le XI^e siècle, les sources du droit canonique restent quasi inchangées par rapport à l'époque franque. Au XI^e siècle, le pape Grégoire VII de mener une grande réforme de l'Eglise = réforme grégorienne avec une remise en ordre du droit de l'Eglise. Comment ? En redécouvrant des textes anciens : on élabore des collections de droit canonique novatrices avec la plus importante : le décret de Gratien.

A) Le décret de Gratien

Remarque : au XI^e siècle, le droit canonique est toujours considéré comme une source vivante du droit. Pourquoi ? Car des canons sont votés par les conciles + des décrétales édictés par le Pape. De plus, depuis le haut Moyen-Âge, on assiste à des productions de collections canoniques. Face à la prolifération des textes, nécessité de les regrouper dans des collections. Elles ont provoqué des problèmes :

- elles contiennent des textes contradictoires, faux
- elles ne sont pas officielles
- elles sont produites au sein de différents pays, donc donnent l'impression d'un caractère régional alors que l'Eglise se veut universelle.

Dans ce contexte, réforme Grégorienne. Elle tend à restaurer l'unité de l'Eglise. En 1050, la papauté défend le principe de primauté romaine sur toutes les églises. Rome s'impose comme étant au-dessus toutes les églises = choque l'église chrétienne d'Orient qui provoque un schisme. De plus, les évêques et les abbés sont soumis aux autorités laïques par les investitures laïques car on considère que ce sont les rois qui font les évêques et les abbés. La papauté revendique pour elle seule la direction du peuple chrétien et entend subordonner à son autorité les puissances séculières en vertu du principe qu'elle détient l'auctoritas (domination universelle) alors que les royautés auraient une simple potestas. C'est ce qu'on appelle la théocratie pontificale.

Pour défendre ses positions, la papauté a besoin d'un droit sûr. Vers 1140, un recueil fondamental pour le droit canonique est composé à Bologne. Il va avoir une autorité officielle et ouvre l'ère de la science canonique. Il s'agit d'un travail collectif réalisé sous l'autorité de Gratien, moine. Ce décret rassemble 4 000 textes d'origines / époques variées. Ce décret est novateur car il ne correspond pas à une collection de textes, mais le but de ce décret est d'éliminer les disparités, contradictions entre les différents textes connus = concorde des canons discordants (titre original du décret). Comment faire ? Avec un classement méthodologique des textes. Les décisions des conciles œcuméniques n'imposent sur les conciles provinciaux. De même, la lettre d'un Pape s'impose sur celle d'un évêque = on hiérarchise les normes. Chaque texte est accompagné d'un sommaire qui le résume + en indique l'intérêt. On résout également les conflits en utilisant la méthode du pro contra (oui et non) de Pierre Abélard où on met d'un côté tous les textes qui répondent positivement à une question et d'un autre côté tous les textes qui répondent négativement à cette même question. On apporte ensuite une solution, appelée dictum. Ce décret est la base de l'enseignement du droit canonique pendant plusieurs siècles en Occident, par la méthode de la glose.

B) La formation du corpus iuris canonici

Le pouvoir législatif des papes ne cesse de se développer : ils revendiquent un pouvoir législatif exclusif comme les empereurs romains. Et ce, conformément à une formule qui veut que le Pape ait le droit dans sa poitrine. Le développement de cette législation pontificale a été développé par le décret de Gratien. De plus, à cette époque, les papes



ont une formation de juriste initialement. Ex : Alexandre III, Innocent III. Ils connaissent le droit romain où l'empereur est source vivante de droit et son utilité : ils le copient. Ils ne peuvent qu'accélérer la production législative. Que faire de ces décrétales postérieures au décret de Gratien dont on dit qu'elles se promènent en dehors du décret de Gratien ? On distingue trois étapes :

- collections privées sont publiées
- en 1234, le pape Grégoire IX confie à son chapelain, Raymond de Penafort, le soin de composer un code officiel sur le modèle de celui de Justinien = reconnaissance du droit romain par le droit canonique. Son but est de regrouper les décrétales publiées depuis Alexandre III jusqu'à Grégoire IX (un siècle) = décrétales de Grégoire IX
- après 1234, de nouvelles compilations sont élaborées : Boniface VIII promulgue un recueil rassemblant toutes les décrétales postérieures à 1234 = sexte.
- 1314 : Clément V ordonne la confection d'un recueil qui contient les canons du concile de Vienne = les clémentines.
- tout au long au XIVe et XVe siècle : compilations privées qui contiennent des décrétales promulguées au cours de ces deux siècles = extravagantes.

Depuis le XVIe siècle = corpus iuris canonici qui restera le code officiel du droit canonique jusqu'en 1917.

● Section 2 : L'impact considérable des droits savants sur la vie juridique

On ne l'a pas fait.

Troisième partie : L'unification du droit : la rationalisation des sources du droit (fin XVe - XVIIIe siècles)

La période que l'on traite correspond à l'Ancien droit et à l'époque moderne.

Quelle est la situation des sources du droit à cette époque ?

Pluralisme juridique mis en évidence par Voltaire dans son Dictionnaire philosophique où il indique "un homme qui voyage dans ce pays change de loi presque autant de fois qu'il change de chevaux de poste".

La situation est telle qu'une ligne de séparation s'impose au sein du Royaume entre pays de coutumes et pays de droit écrit, romain. L'état s'est libéré des contraintes de la féodalité + renforcement du sentiment national né avec la guerre de Cent ans = la royauté veut contrôler les sources du droit, notamment les coutumes qui lui échappent. A partir du XVe siècle, les rois affirment la prééminence de leurs lois sur toutes les autres sources du droit. Ils défendent l'idée que seules les normes qu'ils élaborent, acceptent ont force obligatoire. On assiste également à l'émergence d'un droit national = expression de droit français employée à partir du XVIe siècle.



Chapitre 1 : La mise sous tutelle des sources non législatives (XVe - XVIIe siècles)

Le roi revendique un monopole sur l'édition du droit positif. On assiste alors à une sorte de hiérarchie des normes. Au sommet, les lois du roi. En dessous, les autres sources du droit, désormais dépendantes du roi, sauf dans leur fabrication.

• Section 1 : L'assujettissement de la coutume

La coutume est la source qui régit les rapports entre particuliers. C'est la source dominante du droit à la fin du Moyen-Âge. Elle échappe cependant à la royauté, par sa formation car elle émane de la société et évolue avec celle-ci. Comment l'assujettir ? Par une mise par écrit des coutumes, processus officiel de codification.

Paragraphe 1 : La "codification" du droit coutumier

Certaines coutumes ont déjà fait l'objet de rédactions à partir du XIIe siècle. Celles-ci jusqu'au XVe siècle, n'étaient le fruit que d'initiatives privées. Le roi se fixe un double objectif : remédier aux inconvénients du manque d'unification du droit coutumier + imprimer la marque de son autorité au droit coutumier.

A) La rédaction officielle des coutumes

Ordonnance de Montils-lès-Tours qui marque le fait que le roi se considère être le gardien des coutumes du royaume. Comment en sommes-nous arrivés là ? Progressivement, la royauté s'est imposée peu à peu comme le gardien des coutumes. Entre le Xe et XIIe siècle, le pouvoir du roi sur les coutumes est nul car il n'a pas d'autorité sur le royaume, les populations sont attachées à leurs coutumes. À partir du XIIe siècle, il s'affirme comme régulateur de l'ordre coutumier, comme "gardien des coutumes" = implique qu'il est celui qui les protège et les défend. Or, le roi utilise ces deux acceptions et se montre avec un rôle conservateur : il ne modifie pas les coutumes et les défend uniquement à travers son pouvoir judiciaire. Il exprime cette protection en veillant à leur application devant ses tribunaux. Les juridictions royales doivent assurer le respect des coutumes.

À partir du XVe siècle, la rédaction des coutumes souligne celles que le roi considère comme bonnes, auxquelles il apporte sa caution. Première rédaction : Montils-lès-Tours mais peu effective car la procédure mise en place est trop floue. Même si elle est floue, c'est un premier élément d'unification. Il y a une volonté royale qui doit faire face à des obstacles, qu'elle ne parvient pas à dépasser.

Louis XII republie ces textes et réaffirme l'obligation de rédiger les coutumes, leur exécution. Une nouvelle procédure est mise en place et permet de publier les dispositions de coutumes pour lesquelles un consensus général a été trouvé. En effet, les rédacteurs des coutumes peuvent faire adopter des coutumes et les promulguer certains articles, ceux sur lesquels un accord a été trouvé, sans pour autant promulguer un texte complet. Deux catégories d'articles :

- articles accordés (intéressés se sont mis d'accord), la règle coutumière est claire, admise par tous
- articles pour lesquels demeurent des discordes. Pour ces articles, un dossier est transmis au Parlement qui tranche avec diverses opinions.

Dans ces textes, apparition de commissaires royaux chargés de faire le lien entre la population et les instances nationales. Le travail de rédaction s'accélère : dès le début du XVIe siècle, coutumes rédigées (Blois, Amiens, Paris). Il y a alors concertation entre la population locale et les agents du roi (commissaires royaux). Mais la procédure mise en place assure



la maîtrise des opérations par les officiers royaux, qui n'hésitent pas à influencer les règles coutumières, en y introduisant du droit romain. Ils vont faire évoluer les coutumes pour les unifier.

B)Le mouvement de réformation

Les premières coutumes rédigées sont imparfaites, dépassées. De même, le roi veut affirmer son autorité sur le droit coutumier. Dès la seconde moitié du XVI^e siècle, elle réforme les coutumes déjà rédigées dans le but d'en moderniser la forme et le fond. Les états généraux de Blois (1576) demandent cette révision des coutumes. Il décide qu'une nouvelle entreprise de rédaction doit débiter, mais donne également un nouvel objectif aux commissaires qui doivent réduire les oppositions entre coutumes voisines et les rapprocher autant que possible. Ils ont aussi un autre but : dégager des principes coutumiers généraux. Nouvelle rédaction des coutumes de Paris, Bretagne = petits codes civils provinciaux. Ce mouvement de réformation s'achève à la fin du XVI^e siècle mais la pratique et les mentalités continuent d'évoluer. On considère alors que c'est le roi qui inspire vigueur de loi aux coutumes.

Paragraphe 2 : Les effets de la rédaction des coutumes

A)La consolidation et la pérennisation du droit coutumier

A l'issue de ce processus de rédaction des coutumes :

- forte diminution du nombre de coutumes : les coutumes locales ont tendance à disparaître, ne laissant en place que les coutumes générales des provinces. Certaines coutumes locales sont cependant conservées et rédigées. Au XVIII^e siècle : 65 coutumes générales et 300 coutumes locales.
- on accentue le contraste entre pays de droit écrit et pays de coutume : dans le sud, disparition d'un nombre important de coutumes locales, liée à la seconde renaissance du droit romain au XVI^e siècle. Dans le nord, résistance des coutumes contrairement à tout ce qui se passe en Europe.
- on assimile les coutumes à de véritables normes écrites. Elles forment un droit fixe solide grâce à leur rédaction. La population peut intervenir mais pour les modifier, procédure de rédaction instaurée par le roi
- accentuation du pouvoir monarchique : les coutumes ne sont exécutoires que si elles ont été approuvées par le roi, elles reçoivent force de loi.

Est-on toujours face à du droit coutumier ? La coutume, dès son origine, se base sur un usage continu et sur le consentement de la population. A partir du moment où l'autorité royale demande leur rédaction, elles cessent d'être l'œuvre du temps et perdent leur caractère populaire. Ces coutumes se rapprochent davantage de la loi, tant dans la forme que dans leur fondement. Pour certains auteurs, la rédaction des coutumes ne modifie pas la nature de la coutume : Du Moulin, Coquille. Pour d'autres comme Le Caron, la rédaction modifie le caractère de la coutume, qui tire sa force obligatoire de la seule volonté royale.

B)L'évolution vers un droit commun coutumier

Avec rédaction + réformation des coutumes, l'entreprise d'unification du roi est en marche. On considère que la rédaction des coutumes marque une étape importante vers l'unification, la codification. Apparaît alors la notion de droit commun coutumier.



Le droit commun (*ius commune*) désigne un système juridique commun à tout l'Occident. Ce *ius commune* s'est construit à partir du droit romain et au commentaire de la doctrine savante. Il va être rejeté par les juristes français. A partir du XVI^e siècle, avec le développement du sentiment national, cette vision de droit commun heurte les juristes français qui préfèrent promouvoir un droit français. La recherche de ce droit national passe par la recherche d'un droit commun coutumier. Ils rejettent la primauté d'un droit commun fondé sur le droit romain et prônent la reconnaissance d'un droit commun fondé sur les coutumes elles-mêmes. Comment le mettent-ils en évidence ? Ils comparent les différentes coutumes entre elles. Ils dégagent des principes généraux identiques ou semblables. Ce sont ces principes qui forment le droit commun coutumier.

La coutume de Paris a une place à part : une rédaction de bonne qualité. Elle est considérée comme démontrant le mieux le droit commun coutumier.

● **Section 2 : La subordination des droits savants**

A partir du XVI^e siècle : le droit positif ne peut émaner que du roi. Que deviennent les droits universels (romain et canonique) ? Ces droits sont considérés comme supranationaux, étrangers.

Paragraphe 1 : Le déclin du droit romain

A partir du XVI^e siècle : seconde renaissance du droit romain. Elle n'aura pas la même incidence en France que dans le reste de l'Europe.

A) Le refus du droit romain comme droit commun

Plan matériel : cette seconde renaissance se manifeste par la reprise de la diffusion des règles romaines grâce au développement de l'imprimerie. Cette propagation du droit romain débouche sur une réception des règles romaines donc sur une transformation du droit en vigueur dans les pays ayant réceptionné ce droit.

Elle est aussi liée à une renaissance intellectuelle : le mouvement de pensée humaniste. Les auteurs, juristes les plus représentatifs sont Alciat et Cujas. Ils modifient la façon d'étudier le droit romain. Ils partent du principe que le Code de Justinien a été hâtivement fait et a été réalisé à une période de décadence de l'empire. Il ne faut donc pas l'appliquer à la lettre, il faut l'interpréter à la lumière de ce qui se passe à l'époque = naissance du *mos gallicus*.

Selon Loyseau et Domat, le droit romain est le droit commun de la France. Ils sont contredits par Coquille et Pasquier qui considèrent le droit romain comme un droit étranger. En effet, c'est le droit des romains promulgué par un roi qui n'a jamais régné sur la France + anciennes compilations qui comprenaient du droit classique. Ensuite, ce droit n'a pas vocation à s'imposer en bloc à un autre peuple au cours d'une autre période. En conséquence, le droit romain ne peut être considéré comme un droit positif en France. On ne peut pas le considérer comme un droit commun.

B) Un droit romain abaissé au rang de simple modèle

En pays coutumier : face au silence de la coutume, on peut puiser dans le droit romain. Il contribue à compléter, à enrichir le droit coutumier.



En pays de droit écrit : le droit romain est la source principale dans les pays de droit écrit. Les juristes, les populations font l'usage de ce droit romain et y sont attachés depuis le XIII^e siècle. Il s'applique non pas en qualité de droit étranger, mais parce qu'il est considéré comme une coutume.

Paragraphe 2 : La régression du droit canonique

A) Une application encadrée du droit canonique

Pourquoi le droit canonique connaît-il cette régression ? Par l'émergence du gallicanisme. Le gallicanisme est une doctrine soulignant l'indépendance politique du royaume de France, mais aussi l'indépendance ecclésiastique de l'Église de France. Le roi de France tient directement son Royaume de Dieu et non de l'Église = le rapport de forces change. Il ne doit rendre des comptes qu'à Dieu. Le clergé relève du Roi auquel il doit obéissance. Comment est-il né ?

1) La querelle qui a opposé le Pape Boniface VIII à Philippe le Bel

Cette querelle concerne la participation du clergé aux besoins de l'État + compétence des juridictions ecclésiastiques. Le roi sort vainqueur de ces querelles et assure l'indépendance de son royaume à l'égard de la papauté. Cette victoire annonce l'emprise de l'État sur l'Église de France. A l'issue de cette querelle, on est à la base du gallicanisme politique.

2) Schisme d'Occident

L'Église est coupée en deux : un pape siège à Rome, l'autre à Avignon. L'Église est alors ingouvernable. Le Roi de France en profite et soustrait l'Église de France à la tutelle pontificale, en la dotant de règles disciplinaires. C'est la naissance du gallicanisme ecclésiastique.

Ces deux éléments ont des répercussions sur le droit canonique, considéré comme un droit étranger qui ne peut pas s'appliquer de plein droit à l'intérieur des frontières du Royaume. Pour que ce droit canonique ait force obligatoire en France, il doit être accepté par le roi. Cette acceptation prend deux formes :

- tacite pour les textes compilés dans le corpus incorporé dans le droit français
- expresse en présence de règles canoniques nouvelles, qu'il s'agit de canons issus de la législation pontificale

B) **L'intervention du pouvoir monarchique sur des matières traditionnellement régies par le droit canonique**

Les juridictions ecclésiastiques doivent respecter les lois royales mais aussi l'interprétation réalisée par les cours du Roi de ces lois royales. Toute sentence qui ne prendrait pas en compte ces lois, cette jurisprudence, serait cassée = apparition du droit canonique national car il doit respecter les lois du roi. De plus, le roi s'accapare le droit de régir l'Église de France. Il a la possibilité d'intervenir dans différents domaines de la discipline ecclésiastique. Enfin, le roi, au nom de l'ordre du royaume intervient dans des domaines qui lui échappaient, comme les relations privées régies auparavant par le droit canonique. Ex : la royauté intervient dans le domaine du mariage, auparavant contrôlé par l'Église.

● **Section 3 : La domestication de la doctrine et de la jurisprudence**



La royauté contrôle la coutume, le droit canonique et le droit romain.

Paragraphe 1 : L'encadrement de la doctrine

Il existe deux écoles de doctrine :

- les auteurs coutumiers
- l'école des romanistes : problème car le droit romain est rejeté en France, considéré comme étranger.

A) L'essor de la doctrine coutumière

1er temps : les juristes coutumiers glosent les coutumes. Ainsi, ils interprètent mot à mot les coutumes. Parmi les auteurs : Tiraqueau (coutume de Poitou) / Du Moulin (coutume de Paris) / d'Argentré (coutume de Bretagne) = au XVI^e siècle.

2ème temps : on dépasse cette simple interprétation des coutumes pour arriver à une méthode utilisée par les humanistes : le commentaire. Les auteurs : Coquille (coutume de Nivernais) / Bourjon = fin XVI^e / XVIII^e siècles. Ils commentent la coutume en se servant d'autres coutumes. Grâce à cette comparaison, ils dégagent l'esprit de la coutume et la réduisent en principes généraux. Cette comparaison ne peut qu'entraîner la doctrine qui dépasse la diversité des coutumes pour parvenir à l'unité = naissance du droit commun coutumier. Charles du Moulin voulait réunir les coutumes en une seule coutume en les comparant : propos trop novateurs à l'époque. Ce travail de comparaison des coutumes continue pendant deux siècles et permet de mettre en évidence des caractères communs du droit coutumier. Le droit commun coutumier sera qualifié de droit français = la doctrine devient le moteur d'un mouvement en faveur de la construction, de l'unification du droit français. Cette notion plaît à la monarchie car derrière cette idée d'unification, idée de maîtrise des sources s'offre à elle.

B) La reconnaissance officielle du droit français

En avril 1679, la monarchie promulgue l'édit de Saint Germain-en-Laye. Par cet édit, elle reconnaît officiellement le droit français en imposant son enseignement au sein des universités. Le recrutement des professeurs de droit romain et canonique se fait par concours. Les professeurs de droit français sont choisis par les Parlements = distinction entre les différents enseignants. Les professeurs de droit français connaissent alors la pratique judiciaire et le droit d'une région. Tous les professeurs sont rénumérés directement par le Roi. Le contenu de l'enseignement est contrôlé : chaque université doit se doter de trois chaires : droit romain, canonique et français. Le droit français est enseigné en français, contrairement au droit canonique et romain, enseignés en latin. Programme du droit français : étude des coutumes, lois du roi et la jurisprudence. Juristes qui vont enseigner le droit français : de Ferrière / de Boutaric / Serres / Pothier. Ils publient leurs cours, dans lesquels ils mettent en évidence des principes communs. Dans le même temps, le droit français devient global puisqu'il comprend la coutume, la jurisprudence, les lois et le droit romain. Tous ces auteurs contribuent à l'unification du droit.

Paragraphe 2 : Une jurisprudence sous influence

Pour le droit français, la notion de jurisprudence telle que nous l'appliquons aujourd'hui, remonte au Moyen-Age. On la doit aux juges royaux qui ont eu deux missions principales :

- au nom du roi, ils écartent les mauvaises coutumes et précisent clairement les bonnes coutumes.



- ils doivent interpréter la loi quand elle est obscure.

Hiérarchie judiciaire sous l'ancien régime : Roi > Parlements > Présidiaux > Bailliages et sénéchaussées > Prévôtés / Vicomtés / Vigneriers.

Les Parlements disposent de deux pouvoirs :

- contrôlent l'intégralité de la jurisprudence des cours royales
- participent à la création du droit par la jurisprudence générale et par certains arrêts

A) La jurisprudence générale

Les Parlements créent du droit et contribuent à son évolution par leurs arrêts. Deux inconvénients majeurs de leurs arrêts :

- ils ne sont pas motivés

Raison politique. Ces cours sont souveraines car elles ont une délégation du roi, elles jugent au nom du roi. Comme le roi n'a pas à justifier ses décisions, pareil pour les cours. Également un motif pratique : permet d'éviter la cassation de l'arrêt. Il faut attendre un décret de l'assemblée nationale constituante pour que la motivation des décisions de justice soit obligatoire.

- absence de publication des arrêts

Les Parlements interdisent la publication des arrêts sans leur autorisation. Ils peuvent être publiés par des avocats et des parlementaires = on parle d'arrêtistes.

Malgré tous ces obstacles, la jurisprudence fait deux apports majeurs pour l'unification du droit : tout d'abord, les Parlements utilisent le droit romain = romanisation du droit. Enfin, grâce à leur interprétation des coutumes, ils permettent de dégager des principes communs au droit coutumier.

B) Les arrêts des Parlements

Les Parlements créent du droit par deux biais : tout d'abord par les arrêts en équité. A l'occasion d'un procès, les Parlements se reconnaissent le droit de modérer ou d'étendre la coutume selon ce qui leur paraît raisonnable. Ces arrêts vont être décriés car peut être source d'erreurs, d'arbitraire lorsqu'il est utilisé par des juges malveillants. En 1667, l'ordonnance civile ôtera aux parlementaires le droit de juger en équité. De plus, on crée du droit par les arrêts de règlement. Un arrêt n'a d'autorité de chose jugée qu'entre les parties au procès. Les arrêts de règlement, eux, ont autorité à l'égard de tous. A travers ces arrêts, les parlements énoncent une règle à caractère général qui s'impose à tous. On en distingue trois types :

- arrêts rendus lors d'un procès : un procès révèle la nécessité d'une intervention plus large. L'arrêt complète, précise une coutume ou une ordonnance à l'occasion d'un contentieux vidé en la cour. Il fixe pour l'avenir un point de droit en statuant sur un litige donné. Ces arrêts diminuent à la fin de l'Ancien Régime car la loi est de plus en plus précise. Ils sont supplétoires (jamais ils ne peuvent modifier les règles établies par les coutumes, ils ne comblent que le vide) et provisoires (ils ne doivent s'appliquer que dans l'attente d'une intervention de l'autorité royale). Ils vont être décriés lors de la Révolution : article 5 du Code civil de 1804 contre la pratique de ces arrêts
- arrêts de police : les parlements suppléent ou complètent l'action de l'administration royale en prenant des décisions. Ex : en tant de pandémie, le parlement intervient



- arrêts à portée politique : interviennent en période de crise. Le Parlement de Paris s'est arrogé le droit de statuer sur le sort même de l'État.

Chapitre 2 : L'avènement du règne de la loi (XVIe - XVIIIe)

Pendant ces deux siècles, le pouvoir législatif royal augmente :

La prise de pouvoir du roi s'opère dans un contexte de pluralisme. La loi n'est pas la seule source du droit mais est l'outil privilégié de la monarchie. Le pouvoir royal promulgue des ordonnances de réformation. A partir du XVIIe siècle, le pouvoir royal entreprend un travail de codification à travers des ordonnances.

A partir du XVIIIe, la loi est vue comme l'instrument de l'uniformisation de la société.

Les ordonnances de réformation :

Plusieurs ordonnances entreprennent de réformer des aspects entiers de l'organisation administrative et judiciaire. Elles touchent des pans entiers du droit privé, domaine qui lui échappe normalement.

Exemple : ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539. Elle traite de la police, des finances, de l'état civil. Elle impose également l'usage du français au détriment du latin dans les actes judiciaires et notariés.

Les ordonnances de codification :

Au XVIIe siècle, on voit apparaître une envie de simplifier le droit. La royauté veut réaliser cette simplicité car elle a les moyens d'unifier le droit qui apparaît comme le corollaire de l'unité politique.

- Apport de Colbert, principal ministre de Louis XIV qui veut réunir toutes les lois dans des codes et veut réformer la France avec des réformes communes. Plusieurs ordonnances sont publiées : Ordonnance civile, criminelle, sur le commerce, de la marine. Egalement le Code Noir, édit royal touchant la police des îles de l'Amérique française : on organise le statut des esclaves au sein de nos colonies. Les résultats escomptés ne sont pas tenus : il a seulement réformé la procédure et non le fond du droit.
- Apport de d'Aguesseau : il réforme le fond du droit pour établir un grand code de toutes les lois civiles du royaume, afin d'obtenir un droit civil commun. Ordonnance sur les donations, sur les testaments, sur les substitutions. Cependant, il ne touche qu'à un domaine spécifique du droit privé. Son œuvre est alors limitée.

Cette voie sera suivie par les révolutionnaires et les codifications napoléoniennes.

Lorsque la révolution éclate, un mouvement de rédaction, de codification s'est déjà répandu en Europe, dans le droit civil et le droit pénal.

En matière pénale : la codification devient réalité. Le code pénal des 25 septembre / 6 octobre 1791 est le premier texte de loi qui porte le nom de "code". Il ne concerne que les crimes : les délits et les contraventions sont consacrés dans des lois de police.



En matière civile : codification un échec au début. Pourtant, réelle envie des révolutionnaires de codifier. Loi des 16 et 24 août 1790 “il sera fait un code général de lois civiles claires et appropriées à la Constitution.” La Constitution de 1791 “il sera fait un code de lois civiles communes à tout le royaume” = déclarations matérialisées. Pourtant, jusqu’en 1793, aucun projet présenté. En août 1793, projet présenté par Cambacérès = échec à cause de la conjoncture politique et d’une ambition trop démesurée qui accorde à la codification une place trop centrale.

Au début du XIXe siècle, rédaction de 5 codes : Code civil ensuite qualifié de Code Napoléon, CPC, Code de commerce, Code d’instruction criminelle, Code pénal.

Code civil : en 1800, Napoléon désigne une commission de 4 membres chargés l’élaborer un projet de Code civil : Malville, Portalis, Bigot de Préameneu, Tronchet qui sont issus des pays de droit écrit et de droit coutumier = représentent toutes les traditions juridiques. Le texte est élaboré après de longues discussions devant le Conseil d’Etat, organe chargé de sa mise en forme juridique. Promulgué le 21 mars 1804. Ce Code civil représente trois traditions juridiques distinctes :

- tradition de droit révolutionnaire / droit intermédiaire (propriété, égalité)
- droit de l’ancien régime (ordonnances royales, coutumes)
- tradition doctrinale de la fin de l’Ancien Régime, notamment Pothier (1/4 des articles du Code proviendraient de formules de Pothier)