



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 Alice Faracci, Manfred Coudert, Titouan Tardy et Iris De Laporte.

➤ **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 DU DROIT

I. Objet du cours	3
Première partie : la naissance du droit , les racines romaines et germaniques (de l'antiquité)	8
CHAPITRE 1 : l'apport romain	8
• SECTION 1 : Ancien droit romain	9
§1 : le droit à l'époque royale	9
A) Les sources de droit de la Rome primitive	9
B. La coutume et les lois royales : Les sources archaïques du droit	10
§2 : les sources du droit à l'époque républicaine	10
A) La loi des XII tables « la source de tout le droit privé et public » (Tite Live)	10
B. La législation de la république romaine	11
C. Le début de la doctrine ou iuris prudentia (=la science du droit)	13
• SECTION 2 : le droit classique romain (Ile av JC au III siècle ap JC)	14
§1 : la doctrine : une source du droit en expansion	14
A. Le développement de la doctrine	14
B. La valeur de la doctrine (le ius publice respondendi)	15
§2 : Le droit prétorien : une nouvelle source du droit	15
A. Le préteur romain, un créateur de droit : le droit honoraire	15
B. Une source de droit original : l'édit du préteur	17
§3 : la législation impériale , une source du droit en devenir	17
A. Les sénatus-consultes expression officieuse du pouvoir législatif de l'empereur	17
B. Les constitutions impériales : expression officielle du pouvoir législatif du princeps	18
• SECTION 3 : le droit post classique (IIIe-VIe s ap JC)	18
§1 : Le triomphe de la législation impériale	18
A. L'empereur , source presque unique du droit	19
B. Des premières compilations aux premières codifications	19
§2 : la coutume et doctrine : des sources du droit au destin opposé	20
A. La survivance de la coutume	21
B. Une doctrine sous influence	21
§3 : La compilation de Justinien	22
A. L'esprit de la compilation	22
B. Contenu de la compilation	23
CHAPITRE 2 : La contribution Germanique	24
SECTION 1 : La prééminence d'un droit ethnique	24
§1 : un droit fondée sur le système de personnalité des lois	24
A. Une tradition romaine oubliée	24
B. Mise en pratique système de personnalités des lois dans le royaume franc	25
§2 : Les « lois » des barbares	25



A. Les lois nationales des barbares	26
B. Les lois romaines des barbares	26
● SECTION 2 : Apparition progressive d'un droit territorial	27
§1 : le développement d'une législation commune (VIe – milieu IXe s)	27
A. Une législation répondant à un idéal d'unité	27
B. Les capitulaire, forme d'expression de la législation du prince	29
§2 : vers la réalisation de la territorialité du droit (Ixe – milieu XIe s)	30
A. Les causes du passage d'un système juridique à l'autre	30
B. L'avènement d'un droit fondée sur des usages locaux	30
Deuxième partie : le morcellement du droit, la diversité des sources médiéval (Xe – XIe s)	31
CHAPITRE 1 : le développement d'un droit territorial	32
● SECTION 1 : la formation des coutumes territoriales	32
§1 : l'avènement d'un droit coutumier territoriale	32
A. La genèse de la coutume territoriale	32
B. Une géographie coutumière	34
C. Les conflits de coutume	35
§2 : de la tradition orale à la mise par écrit de la coutume	36
A. La preuve de la coutume	36
B. Les premières rédactions de coutume	37
● SECTION 2 : l'essor de la loi	38
§1 : la lente renaissance royale	38
A. La législation royale : une émancipation progressive du système féodo vassalique	39
B. Les différentes formes de loi du XIIe au XVe	40
§2 : les fondements du pouvoir de faire la loi	41
A. Un pouvoir découlant du ministère royal	41
B. Le recours du droit romain pour justifier le pouvoir royal	42
§3 : les limites et les traits de la législation royale	42
A. Les contraintes de faire la loi	42
B. Les caractères généraux de la législation entre les XIIe s et XVe s	43
CHAPITRE 2 : L'émergence des droits savants	44
● SECTION 1 : Le développement simultané du droit romain et du droit canonique	44
§1 droit romain redécouvert et sujet d'étude	44
A. La réception et l'étude scientifique du droit romain	44
B. Les résistances au droit romain lors de sa réception	47
§2 : Le renouveau du droit canonique	48
A. Le décret de Gratien	48
B. La formation du Corpus iuris canonici	49
TROISIEME PARTIE : L'unification du droit : la rationalisation des sources du droit (XVe-XIXe s.)	50
CHAPITRE 1 – La mise sous tutelle des sources non législatives (XVe-XVIII S.)	50
● SECTION 1 : L'ASSUJETTISSEMENT DE LA COUTUME	50
§ 1 – La « codification » du droit coutumier	50



A. La rédaction officielle des coutumes (Le roi, gardien des coutumes du royaume)	51
B. Le mouvement de réformation	52
§ 2 – Les effets de la rédaction des coutumes	53
A. La consolidation et la pérennisation du droit coutumier	53
B. L'évolution vers un droit commun coutumier	54
● SECTION 2 : LA SUBORDINATION DES DROITS SAVANTS	54
§1 - Le déclin du droit romain	54
A. Le refus du droit romain comme droit commun	55
B. Un droit commun abaissé au rang de simples modèles	55
§2 : la répression du droit canonique	56
A. Une application encadré du droit canonique	56
B. Intervention du pouvoir monarchique sur des matières traditionnellement régi par le droit canonique	56
● SECTION 3 : la domestication de la doctrine et de la jurisprudence	56
§1 : l'encadrement de la doctrine	57
A. L'essor de la doctrine coutumière	57
B. La reconnaissance officielle du droit français	57
§2 : une jurisprudence sous influence	57
A. La jurisprudence générale	58
B. Les arrêts des parlements	58
CHAPITRE 2 : événement du règne de la loi (XVIe – XVIIIe s)	59

I. Objet du cours

-Un sujet : les sources du droit

C'est quoi « une source du droit » ? où le droit prend-il sa source ?

= Il renvoie à l'origine

-Étymologie : « Source » provient d'un mot français médiéval « **sorse** » du verbe « **sourdre** » qui signifie **jaillir**.

« **Sourdre** » vient du latin **surgere** ; « **monter** » « **émerger** ». L'usage de ce terme n'est pas propre au droit , le mot source à différents usages en droit , la notion de source du droit remonte à **Rome** (l'Antiquité romaine) 753 av JC.

L'expression latin **Fons juris** : utilisé majoritairement par les juristes romains de l'antiquité (ex : Cicéron) avec une expression: **Fons legum et legis** = source des lois et du droit) ;

Au 19^e siècle,, cette expression devient importante pour les juristes (usage courant), mais elle est régulièrement remise en cause, car son contenu varie légèrement d'un auteur à l'autre.

-Pourquoi les sources du droit sont-elles aussi importantes pour les juristes ?

Elles sont fondamentales car ce sont les **topoi - terme de rhétorique** (dans le sens de lieux) de l'argumentation juridique = ce sont les lieux où il faut puiser pour trouver le droit



Sources de droit d'un dictionnaire traditionnel : Ensemble des règles juridiques sur lesquelles s'appuient les juges

Def. de Rémy Cabrillac (dico de vocs juridique) : Organismes , autorités ou mécanismes ayant le pouvoir

La création d'une règle de droit évolue selon la société (le contexte éco , socio , religieuse)

→ Le droit c'est l'artefact , il est un phénomène d'origine humaine , le droit est un produit de l'industrie humaine.

Droit : technologie inventée dans des lieux et moment différents ; le mot techno renvoie ici à un ensemble de termes techniques propres à un domaine

-Un cadre : l'histoire

Jusqu'à quand ? A partir de quand l'histoire du droit ?

Expression latine sur l'origine du droit : « **Ubi societas, Ibi jus** » (où il y a une société , il y a du droit = il n'y aurait pas de société sans droit , le droit est apparu au moment même de l'apparition des sociétés mais c'est pas si évident de le prouver).

Un adage autre sujet à des controverses : selon Kelsen dans son livre Théorie générale du droit et de l'État ou Schiavone.

« IUS » désigne le droit pour ces auteurs et est apparu après ses sociétés.

Le droit français actuel, et autres droit, est l'héritier d'une longue histoire ,c'est l'acheminement qui a permis de le construire aujourd'hui , il est le fruit de plusieurs couches successives :

Code civil 1804 : code présenté comme un compromis entre le droit écrit , c'est-à-dire le droit romain et d'autre part , la coutume.

Ex : « La théorie des obligations comme napoléon est la fille du droit romain (le droit des obligations : le droit romain, on retrouve l'essence romaine) mais comme les enfants réussis, une fille qui ressemble à son père mais vivante et différente de son père », Professeur Malaurie

Le droit ne distingue pas des modèles religieux ,ce droit est « **donné par un dieux ou par des dieux** » l'homme n'intervient pas dans un premier temps dans la création du droit. C'est un droit sans doctrine, il ne réfléchit pas sur ce droit. Mais on va commencer à réfléchir et systématiser le droit.

A. Un droit venu des cieux

Au IV siècle avant JC à Rome, on trouve les premières grandes civilisations, mais leurs histoires sont complexes et encore mal connues. Au cours de ces premières civilisations, nous avons les premières révolutions qui donnent donc les premières règles de droit. C'est le cas en Mésopotamie.

« Mésopotamie » vient de deux termes grec :

ī **meso** = milieu de

ī **potamos** = fleuves

La Mésopotamie désigne donc un terrain fertile se situant au milieu des fleuves. Ce terrain nécessite donc des échanges et de la communication entre individus, il y a donc un besoin d'établir du droit.

-Le droit cunéiforme mésopotamien

C'est en Mésopotamie qu'apparaît le **premier système d'écriture : l'écriture cunéiforme (en forme de coins ou de clous) 3000 avant JC.**

Cette époque est marquée par la sédentarisation, et les terrains comme la Mésopotamie nécessitent le regroupement d'Hommes. Le droit ne peut alors que se développer, il devient essentiel d'en garder



des traces. C'est le développement de l'écriture, et cela marque une trace majeure entre l'homme et le droit pour la première fois.

Les tablettes d'argiles par exemple, retracent des « **actes de la pratique** ».

Ex : une tablette retraçant une vente, retrace des procès ou constitue des traces de procédure juridique (vente , contrat local , prêt à intérêt).

On distingue deux périodes sur le droit mésopotamien :

- Codification pré-hammurabienne
- Code de Hammurabi et les autres lois qui le suivent

1° Les codifications pré-hammurabienne

Dès le 3^e millénaire avant notre ère , il y a une codification ou des recueils de texte.

-Une cité État : le royaume du Lagash.

Ce royaume est fondé sur les réformes d'Urukagina. Il règne de -2380 a -2360, et il prend des mesures afin de mettre fin aux abus existant avant son règne. C'est le premier réformateur social, et c'est le début du développement de l'idée d'un **souverain juste**, qui cherche l'équité. « Il fait laver les domicile des habitants de Lagash de l'usure, de l'accaparement, de la famine, du vol, des attaques, et fait instituer la liberté ».

On retrouvera cette idée dans un autre code, comme celui d'Ur-Namma.

Forme d'un code :

- Prologue
- Corps du texte
- Épilogue

Le code d'Ur-Namma

- Le serviteur de la déesses Namma , fondateur de la troisième dynastie d'Ur
- 57 paragraphes (40 parvenue aujourd'hui)

Dans le prologue, Ur-Namma étale sa puissance (« Mâle fort », « Roi »..), et décrète l'équité dans le pays. Il y a une idée de **justice sociale**, et un soulignement du **caractère divin du pouvoir du roi**.

Il affirme faire resplendir le droit, qui dit originaire du dieu Namma, Dieu de la lune. Le roi est donc exécuter de la volonté divine, et le droit vient de Dieu.

De quoi traite ce code ?

Le code est essentiellement pénal (affaire de sorcellerie, fuite d'esclaves, coup et blessures..), mais il y a également des références au droit matrimonial ou encore aux droits agraires (en référence à la propriété des biens).

Autres exemples :

- La législation Eshnunna / roi Dadousha** = lois d'Eshnunna , une cinquantaine de paragraphes , référence au droit économique.
- Le code de Lipit-Ishtar** : 1875 av JC , on souligne l'origine divine du pouvoir du roi . Il est à la recherche d'une certaine équité ; le droit a été chargé par les Dieux de « établir dans le pays la justice pour extirper l'iniquité, briser le désordre et la malveillance et établir le bien être ».

2° Le code de Hammurabi (et d'autres lois qui le suivent)



Code connu grâce à des stèles découvertes au XXe siècle.

Date de 1750 av JC, et est considéré comme le plus célèbre document juridique de l'Antiquité Mésopotamie pour plusieurs raisons :

→ C'est le code le plus complet : complété grâce au tableau transporté par les juges que nous avons retrouvé

→ Trois religions : le roi se déclare roi de justice, et est présenté sur la stèle avec le dieu soleil (Shamash). Il dicte la loi et la communique au peuple par le roi. Et se retrouve également dans l'épilogue : « je suis roi de justice auquel Shamash à confier la vérité ». Le droit est donc un objet de révélation, placé sous le patronage divin.

→ Hammurabi a été roi de Babylone pendant 40 ans, et ce code lui permet de montrer sa puissance. Le destin politique derrière ce code est la volonté d'une conquête en un empire grâce au code, mais également une volonté de faciliter la fusion de régions qu'il a réussi à conquérir (=Sumer et Akkad).

Ce code insiste donc sur la qualité de protecteur du roi (le plus fort ne doit jamais soumettre le plus faible). Ce code est donc imprégné de morale, est un règlement de paye, et le droit qui s'y trouve séculier est d'origine divine.

Il se compose de :

-Prologue : on rappelle l'investiture de roi et comment l'empire a été formé

-Corps même du texte : résumé des œuvres du roi et sa préparation à faire perdurer (282 paragraphes)

-Epilogue : prépare à la perpétuation du texte (sanction et récompense)

Rédaction casuistiques , ces deux code se sont inspirés entre eux

L'empire hittite (actuelle Turquie)

1ère période : 18-16 avant notre ère

2ème période : 15-13eme avant notre ère

On connaît son existence grâce à des fouilles début XXe siècle , localisées principalement sur l'emplacement de la capitale Hattusa , à côté de l'ancien palais royal

-13 000 tablettes issues des archives royales = le recueil des lois hittites : première tablette commence par « si un homme » , la seconde « si un vignoble »

Elles traitent toutes les deux de droit pénal , rédigées sous une forme casuistique

Droit agraire, matrimonial mais elles ont des formulations d'époques différentes, elles font référence à une évolution du droit « autrefois mais aujourd'hui»

-Première tablette fait référence aux tablettes, la deuxième aux biens : il y a une intervention humaine , ce n'est pas un droit sans doctrine (un homme a organisé ce recueil , il n'a pas été organisé sous ordre royal)

-Le droit hébraïque

Ce droit se trouve principalement dans la Bible, qui contient trois groupes de livres dans le testament.

Break trouve donc sa source dans l'un de ses livres : le Pentateuque. C'est une compilation d'origine et d'époques variées lui-même composé de cinq livres, nommé la Cora par les juifs :

-Genèse

-L'exode

-Lévitique

-Nombres

-Deutéronome



Ce sont des textes législatifs donnés par Dieu qui se trouve dans l'Exode et le Deutéronome : c'est le Décalogue. Ils sont transmis à Moïse en haut du mont Sinaï. S'y trouvent des maximes simples et courtes.

Ex. « Tu ne commettras pas d'adultère » « Tu ne tueras point »

Dieu est un auteur spirituel et matériel, qui a pensé à donner l'alliance entre Dieu et son peuple.

Le code de l'alliance : on retrouve des prescriptions de droit en dehors de ce code aussi, il y a le code de l'alliance, qui se trouve dans l'exode, droit pénal.

Ce sont des principes juridiques, des règles morales et religieuses. C'est donc un droit religieux, immuable, qu'on retrouve aussi dans le droit canonique et le droit musulman. Ce sont les rabbins qui interprètent le droit, pour correspondre aux besoins de la société mais ne peuvent pas le changer.

Du droit des Dieux au droit des hommes

Alors que L'Orient connaît la loi écrite depuis la fin du millénaire, la Grèce est plus lente. Grâce à l'archéologie et aux poèmes épiques.

-Les poèmes épiques

L'Iliade : plus ancien poème homérique connu, 16 000 vers. On y décrit la société des IX et Xe siècle av JC (Ex. L'odyssée : le voyage d'Ulysse).

L'odyssée : le voyage d'Ulysse

Ces deux poèmes décrivent une société imaginaire, mais prennent leurs bases concrètement sur les sociétés et notamment le pouvoir tel qu'il devait exister : **Le roi, d'origine divine, guerrier, des combats pour réaliser ses conquêtes mais un roi justicier.**

→Le roi est un guerrier d'origine divine mais surtout un justicier

→Le roi détient le sceptre, symbole de justice. Ce sont les divinités qui ont voulu que le roi administre la justice. Le roi donne le droit lors de différents moments. Il est juge et législateur, il prononce des jugements.

→Le roi doit rendre un avis et suivre celui des sages, qui forment le conseil des compagnons. Ils doivent éviter tout arbitraire du roi.

- Apparition du mot « loi » (VIe siècle)

Le mot « loi » est forgé à partir d'un verbe **nemen** = partager, répartir.

Il y a également l'apparition des cités, donc de la démocratie. Nous voyons donc des organes du gouvernement au sein de ces cités se développer. Ses organes assurent la vie de la cité : « **Polithéa** »

- Magistrats

Il y en a neuf à Athènes et sont apparus au fur et à mesure. Le premier est un magistrat élu, c'est l'Archonte roi (à vie). Il y a également Polémarque, dont la fonction est militaire ; les archontes éponymes, qui ont une fonction religieuse ; et enfin Thesmothètes, qui sont les derniers magistrats à apparaître et qui établissent le droit en rendant la justice (= juge et gardien du droit).



- Conseil

Ce sont les héritiers directs de l'ancien conseil des compagnons du roi. Les décisions les plus importantes sont prises, comme faire la guerre. C'est l'**Aéropage**.

- Assemblée du peuple

À l'origine, ce sont les citoyens les plus fortunés qui siègent. Cette assemblée servait tout de même de contre-pouvoir à la royauté. Cette assemblée donne son approbation ou manifeste son autorité par son silence, face aux dires du roi. On peine à définir quel est son pouvoir durant la création des cités.

Au milieu du VII^e siècle av JC, une crise sociale touche toutes les cités. Les bourgeois s'enrichissent et veulent participer à la vie politique (ne veulent plus que ce soit uniquement les militaires). Les plus pauvres eux demandent l'abolition des dettes et la redistribution des terres.

Le pouvoir est donné à des chefs révolutionnaires et qui sont qualifiés rapidement de tyran. Les tyrans sont chargés de rénover la cité, exercer le pouvoir de manière qui devient insupportable. D'autres pouvoirs prennent alors la main.

Athènes rejette la non-participation des riches au pouvoir et demande au nom des pauvres la suppression des dettes et la récupération des terres. Deux hommes sont alors importants à cette époque à Athènes :

→ **Dracon**

C'est un réformateur qui accorde aux nobles un des pouvoirs les plus importants en **publiant le droit**. Désormais **le droit est connu**, les peines sont fixes et égales à tous, il existe dorénavant des règles en termes d'évolution de succession et en termes de dette.

→ **Solon**

C'est un législateur d'Athènes, issu d'une famille aisée et qui estime que le déséquilibre dans la cité est une menace. Il faut alors trouver un équilibre, voire un contrepoids, entre les très riches et les très pauvres. C'est le début du **rejet du fardeau** : les débiteurs sont libérés de leurs dettes.

- Création d'un tribunal : l'Héliée

Constitué de 6000 citoyens tirés au sort parmi ceux qui siègent à l'Ecclésia. Cela marque la participation de tous à la justice. C'est un tribunal populaire.

→ Les archontes sont désormais élus par l'Ecclésia, et cela entraîne des modifications de l'**Aéropage** (c'est une évolution car on va chercher ailleurs que dans la noblesse, mais sont éligibles seulement ceux dont les biens et revenus annuels sont au-dessus de 500 medimmes).

→ L'assemblée du peuple : l'**Ecclésia**. Tous les citoyens y siègent (citoyens male), sauf les métèques, les esclaves et les femmes. Ils sont entre 40 000 et 60 000, et l'absentéisme est fort. C'est-à-dire que seulement 2000 à 3000 citoyens y siègent régulièrement. Cette assemblée devient de plus en plus importante, notamment dû à la création d'une amende si les citoyens ne s'y présentent pas, puis à la donation d'indemnités pour ceux qui y viennent.



Il y a donc une rupture brutale du système antérieur, et les privilèges des nobles commencent à être attaqués. Certaines mesures mises en place divisent les populations, et Athènes connaît à son tour un tyran.

ī **Clisthène** (507-501 AV JC)

Considéré comme le père de la démocratie, il va proposer une nouvelle organisation du corps politique, il organise des circonscriptions au niveau local, il leur donne une existence officielle qui portent le nom de **dèmes** (=100). Chaque dème dispose d'une assemblée : l'**Agora**, chargé des affaires locales, et le « **démarque** ».

-**Trittye** = 4/5 dèmes

-**Tribue** = établie par l'Agora, avec tirage au sort du représentant qui siège à la Boulè

-**Boulè** = conseil, héritage du conseil des compagnons

La **Boulè**, est un organe central qui donne son avis sur des projets de loi, surveille les magistrats et l'application de la loi. L'Ecclésia fait la loi et détient l'initiative de la loi, qui peut être proposée par n'importe quel citoyen. La Boulè va donc donner un avis et mettre en ordre ce projet si l'avis est favorable.

Le dernier mot revient à l'Assemblée, qui décide que ce projet est bien une loi. Chaque citoyen peut prendre la parole. Chaque article y est voté et discuté un à un.

En Grèce, il existe une hiérarchie des normes qui doit respecter les lois véritables qui contrôlent le respect par les décrets. Ce contrôle s'effectue devant l'Hélié en deux temps :

-Si la proposition est contraire aux lois, le citoyen peut arrêter la procédure.

- Si le texte est adopté par l'Ecclésia, le citoyen peut faire l'action contre l'auteur du texte.

L'**Hélié** est composé de 2001 jury, et est une assemblée qui est présidée par six Archontes : deux individus si affrontent, le dénonciateur et l'auteur. Celui qui accuse obtient le soutien de l'Ecclésia.

→L'auteur est condamné à une amende et/ou le décret et projet est abandonné ou rejeté. Celui qui est condamné trois fois pour ce motif perd ses droits civiques.

→L'accusateur est condamné à une amende si le décret est parfaitement constitutionnel. Celui qui porte trois accusations fausses perd ses droits civiques

Tout citoyen peut proposer des modifications de loi, l'Ecclésia se prononce pour ou contre la révision. La procédure se poursuit comme un procès. Cinq personnes contre le changement et cinq personnes pour le changement. C'est l'Hélié qui tranche à mains levées. Si elle est favorable, alors la loi est modifiée.

Ce qui fait que cette organisation est bonne c'est que le nombre de citoyens est restreint, sinon la démocratie s'effondrerait à son tour.

Elle donne envie aux étrangers : les grecs ligue Philippe de macédoine, ligue et pas de cité, son fils Alexandre le Grand sera à la tête d'un empire. La loi est toujours là mais devient l'instrument d'un seul homme : le monarque ; il fait figure d'ordonnancement juridique.

Le roi est qualifié de loi vivante : **nomos empsychos**



Première partie : la naissance du droit , les racines romaines et germaniques (de l'antiquité)

CHAPITRE 1 : l'apport romain

La France est vue en tant que nation depuis le XIV^e siècle. La naissance du droit français est fixée au XVII^e siècle. Le système juridique est héritier des traditions plus anciennes, d'un **apport romain** considéré comme fondamental, ainsi que d'un **apport germanique**, et **religieux**.

Le droit canonique, à l'origine du christianisme ne se soucie pas du droit. On perçoit à la fin du 1^{er} siècle la nécessité de poser des règles. C'est la création du droit, qui s'étend avec le développement du christianisme en Europe.

Dès le Ve siècle ces trois droits vont s'influencer les uns sur les autres, et cela par le départ de l'élaboration du droit français.

Dans l'espace : empire gigantesque

Dans la durée : 753 av JC = fondation de Rome jusqu'en 476 ap JC

Dates de l'évolution politique de Rome	Dates de l'évolution du droit à Rome
Royauté : 753 -509 av. J.- C.	Ancien droit romain (VIIIe-IIe s. av. J.-C.)
République : 509-27 av. J.-C.	Droit classique romain (IIe s. av. J.-C.-IIIe s. ap. J.-C.)
Empire (d'Occident) : 27 av. J.-C.-476 ap. J.C.	Droit post- classique (IIIe- VIe s. ap. J.-C.)

Le droit évolue au sein de ces trois périodes, afin de s'adapter à la société. Il faut néanmoins distinguer l'évolution politique de Rome et l'évolution du droit à Rome.

● SECTION 1 : Ancien droit romain

§1 : le droit à l'époque royale

A) Les sources de droit de la Rome primitive

Les liens étroits qui unissent droit et religion , le droit est regroupé dans le **fas** ou **nefas** = indiquent ce que les dieux ont dit ou ce qu'ils ont permis.

« Ce qui est permis ou ordonné par les dieux »



Le problème c'est que durant l'époque royale , les mêmes interprètes étaient chargés d'exprimer l'ensemble de ces règles ; les PONTIFS (le collège des pontifs) qui décident le fas et le ius. Eux seuls connaissent le droit , « le droit civil ait caché dans le sanctuaire des pontifs »

Fas : ce qui est permis ou ordonné par les dieux

Nefas : indique ce que les dieux interdisent

Ius : tout ce qui est permis ou ordonné par les hommes

Le droit est alors très formaliste , seul le roi et les pontifs le connaissent. Pour réaliser des actes juridiques, aller en procès, il faut respecter certaines formes (sinon la demande est nulle ou le procès tombe à l'eau)

Au sein du conseil des pontifs, une seule partie de la population peut y siéger, le reste va donc l'accuser de seulement protéger une seule partie de la population.

Problème : les pontifs maîtrisent le calendrier judiciaire (les jours où il est possible d'avoir recours à la justice), un jour fas possible et le jour nefas où tout procès est interdit.

Peu à peu les romains prolongent l'expérience des grecs, et distinguent fas et ius.

Un processus de **l'aesthisation du roi** par le biais de serments où avant d'être affranchis, les esclaves s'engagent à faire des actions (par contrats car pas de capacité juridique mais associé à la religion de son maître) Si on ne réalise pas de telle action , les dieux vont être en colère contre nous.

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

La coutume et les lois royales

Coutume : le droit a commencé par être coutumier à Rome , selon Cicéron : « un droit qu'un long espace de temps a rendu obligatoire par la volonté de tous , sans intervention de la loi »

La **coutume** est donc la source essentielle et exclusive du droit. Il n'y a pas de lois. Aucune règle n'a jamais été formulée, définie ou qualifiée par une loi quelconque. L'idée même d'une loi n'est pas connue des romains.

Cette coutume a deux origines : la coutume des groupes familiaux qui s'appliquent à l'ensemble des romains et les coutumes de la cité qui apparaissent au fur et à mesure que Rome affirme sa cohésion.

La coutume est désignée par une expression :

« **MOS MAJORUM** » = la façon d'être des anciens, de les respecter

Des lois royales sont votées par une assemblée, selon une tradition romaine comme quoi les lois étaient votées par une assemblée par les 7 rois légendaires : Romulus, Numa..

Ces lois posent problèmes : quelle assemblée avait voté ces lois alors qu'il n'y pas encore de lois écrites ? D'où sortent ces lois ?

Elles ne sont que certaines coutumes de la Rome primitive parce que les plus importantes sont mises sous le patronage de ces rois (ce sont des coutumes et pas vraiment des lois).

§2 : les sources du droit à l'époque républicaine

La royauté est évincée. Se met alors en place un nouveau régime politique : la république.

La révolution menée par l'aristocratie, profite pleinement aux institutions de la république



Qui détient le pouvoir à la place du roi ?

→ Les magistrats, vient du mot **magister** « celui qui est plus » (ministère : « celui qui est moins »)

Une seule magistrature : consuls, ils sont choisis et nommés avec l'accord du sénat par les anciens consuls en charge. Ils appartiennent à l'aristocratie et aux patriciens, et ont l'imperium = pouvoir avant détenu par le roi, maintenant par les consuls. C'est le pouvoir de commandement, sur le plan militaire et plan civil.

Comment détiennent-ils l'imperium ?

C'est lié à l'investiture religieuse, la prise d'auspices et donc la soumission à la volonté des dieux qui sont avec les consuls si les auspices sont bons, mais pas s'ils sont nuls.

→ En plus des investitures, on a une intervention militaire : peuple réunie en comices curiates et qui vote **lex curiata**. Cela va leur permettre de recevoir l'imperium.

La place du peuple est quasi nulle durant la 1^{ère} période de la république, il y a donc de très vives tensions entre l'aristocratie (qui ont le pouvoir) et les autres. Notamment ceux qui font la guerre mais qui ne peuvent pas participer. Ils décident donc de faire la grève de la guerre et se retirent de Rome. Ils se dotent des nouvelles règles de fonctionnement avec instances représentatives. On retrouve le **tribunat de la plèbe** : source du droit généré par le conflit.

A) La loi des XII tables « la source de tout le droit privé et public » (Tite Live)

La loi XII tables constitue un prestigieux monument juridique du droit, elle est le fondement du droit civil : le droit des citoyens romains. Mais elle ne permet pas les relations entre étrangers et romains.

Quelle est l'origine de cette loi ?

Les Consuls sont juges. Or le Juge (**iudex = ius dici**) est celui qui dit le droit. Le droit est d'essence coutumière et n'est pas formulé. De plus, une crise menace la république dû au mépris entre plébéiens et patriciens.

En 462 av JC, la plèbe demande un droit supérieur s'appliquant au consul dans le rôle de juge. Ils réclament un **tribun de la plèbe** du nom de Terentilius Arria. Cependant cela est rejeté par les patriciens car cela viendrait encadrer leur pouvoir, et cette application n'irait pas dans leur sens. Une commission est donc désignée et entraîne la mise en place par écrit de cette loi. Les patriciens finissent donc par céder.

La rédaction est faite par une commission de 10 membres, désignée en 461 av JC, et ce pour 1 mois.

Ce sont les Décemvirs, qui se réunissent en collège et rédigent 10 tables en 450 av JC, et 2 autres en 449 av JC.

Sur ces XII tables sont transcrit le **Ius**, tout le monde peut en prendre connaissance, et également les causes d'ouverture d'un procès. Cependant ce code ne sera jamais abrogé, il reste en vigueur jusqu'à qu'au code Justinien au VI av JC.

Cette loi aurait été détruite en 390 av JC lors de l'attaque de Rome par les gaulois. On connaît donc le contenu grâce aux citations de certains passages par certains auteurs littéraires, ou des jurisprudences romaines. Cela constitue une étape importante dans l'histoire juridique romaine car :

→ Correspond à des règles de droit par écrit, et rend compte de certains usages (= quel juge peut faire appel, et pour quelle situation)

→ S'applique à tous les citoyens (patriciens et plébéiens)

→ Contribue à laïciser le contenu du droit à Rome, en substituant les sanctions religieuses traditionnelles, par des sanctions civiles et pénales

Ex. On faisait appel au dieu pour punir, avec ses lois ce sont des sanctions pénales



→ Il y a des procédures d'adoption : votée par le peuple romain, réunis en comice. Ce sont les premières lois votées par le peuple

B. La législation de la république romaine

Le droit romain a besoin d'évoluer suivant l'évolution de la société elle-même. Il faut donc poser de nouvelles lois. Le peuple, réuni en comice, y pourvoit. Le droit civil prend forme de loi écrite, et représente la volonté même du peuple.

La royauté succède à la république. Le Sénat et l'assemblée du peuple existaient déjà, et le pouvoir allait vers les consuls avec accord du Sénat. Il était composé de membres de la vieille noblesse, de manière héréditaire ou à titre personnel pour les nouveaux venus.

Les consuls sont majoritairement Patres (=vieille noblesse patricienne), donc les nouveaux venus sont écartés pour garder que la vieille noblesse patricienne. Le pouvoir appartient aux seuls patriciens, donc il y a une déception par ceux qui ont participé à cette révolution.

Il y a alors une crise politique mais également économique liée aux plébéiens, qui sont obligés d'aller faire la guerre en laissant leurs terres. Ils sont alors obligés d'emprunter aux patriciens, qui confisquent leurs terres car ils ont peur de ne plus être remboursés.

Une partie de la population quitte alors Rome, on se dotant de règles propres à la plèbe. Ils installent leurs propres institutions au sein de Rome.

- La première institution créée : les **tribuns de la plèbe** ; (494 av JC = naissance de la Plèbe)

→ Les tribuns sont élus par les comices curiates, puis par le concile de la plèbe.

→ Rôle des tribuns : **auxilium**. Tous les citoyens peuvent saisir le tribun. Il paralyse le pouvoir et développe l'autorité officielle : **pouvoir d'intercessio**.

Il fait écran entre les personnes (plébéiens), et les magistrats et consul. La saisie peut également être commune :

Ex. Tribuns empêche un consul à la levée militaire des citoyens, en cas de guerre immédiate

Comment un tribun se fait respecter ?

= Par **l'inviolabilité tribucienne**

- Sécession 493 → condamner à mort quiconque qui ne respecterait pas les institutions dont elle se dotait = le tribun devient sacré, et devient un maudit celui qui ne respecte pas (on peut le tuer car il pourrait mettre les dieux en colère).

- Dès 449, une loi dispose : « celui qui frappera les tribuns de la plèbe(...) sera consacré à Cérès, Liber, Libera »

- **Le consul de la plèbe**

Assemblée présidée par un tribun de la plèbe, et importante pour connaître les sources du droit.

Il existait déjà à Rome sous le nom des comices curiates, mais elles n'étaient pas impartiales car étaient sous la coupe des patriciens. Au VI et Ve av JC, d'autres institutions apparaissent : les **comices centuriates**.



Tous les citoyens y siègent, et sont répartis en fonction du montant du cens qu'ils paient, ainsi que de leurs biens, dans 193 centuries. Ils doivent fournir la même participation militaire entre centuries. Plus le centurie possède un montant faible, plus il est peuplé, et moins il est payé en effort militaire.

Au sommet : 18 centuries de chevaliers → puis 95 centuries de 1^{ère} classe → 30 centuries de 5^{ème} classe → 20 centuries intermédiaires. La majorité est fixée à 97.

Il y a également 5 centuries hors classe, comprenant les comédiens, musiciens, ou ceux qui travaillent le bois.

La législation s'exerce selon 2 textes : les **lois de la cité et les plébiscites**,

-Les lois :

Votées dans les comices curiates, qui sont demandées au peuple par le magistrat qui y préside. Cela se déroule devant l'assemblée, car lui seul possède l'imperium (= donc l'initiative de la loi). Le projet de loi est affiché pendant plus d'une quinzaine de jours, comme ça il y a possibilité de débats vu que les citoyens en prennent connaissance.

Le jour même du vote, le magistrat lit le projet devant l'assemblée et demande l'avis de citoyens qui votent (oui ou non). Au début les votes sont à l'oral, car on veut contrôler le vote des clients et guider le peuple considéré comme mal inspiré.

→ Si le vote tourne mal, c'est-à-dire si le magistrat ne voit pas de sens au projet, il peut suspendre le vote

→ Si la majorité acquise, on arrête le vote et est promulguée par déclaration solennelle la loi

La loi doit également être ratifiée par le sénat, par mesure d'**autoritas** il peut refuser de donner l'autoritas à travers le **senatus consulte**.

-339 av JC : modification de la procédure

Le sénat ne donne qu'un avis sur la proposition de loi, avant le vote populaire, toujours à travers senatus consulte. On reconnaît un rôle de modérateur sur le sénat qui devient un conseiller mais possède encore son autoritas. Le sénat augmente l'autorité d'un acte juridique

Ex. 6 fois le sénat refuse de donner son autoritas, mais les lois sont passées.

-Les plébiscites :

Texte voté par l'assemblée de la plèbe

À partir 449 av JC : les plébiscites n'ont aucune qualité normative, ils sont seulement l'expression d'une revendication (=un vœu de la plèbe, où il y a plébéiens). Ne siège que ceux qui se reconnaissent sous l'autorité du tribun de la plèbe, donc représente qu'une partie de la population, mais ne représente pas la totalité population.

Volonté de réforme émane de la population. Les tribuns sont chargés d'en faire la synthèse, après on soumet au vote ce projet et on promulgue sous plébiscite. Il n'y a pas de qualité législative mais une force politique incomparable.

-287 av JC : la plèbe fait sécession – lex hortensia

Assimile loi de la cité et plébiscite = même autorité et source formelle de la norme.

Le conseil de la plèbe doit avoir l'autoritas du sénat. On parle assimilation et pas d'identification, disposition émanant d'un consul et loi.

Les comices centuriates trop lourdes à manœuvrer → laissé place au **comice tribu** (=le peuple réuni en tribu en fonction domicile).

En Ve siècle de république, l'activité législative est-elle importante ?



800 textes promulgués au cours de la république : « le peuple du droit ne fut pas le peuple de la loi »
Fritz Schulz , historien allemand.

C. Le début de la doctrine ou *iuris prudentia* (=la science du droit)

La doctrine est une réflexion fondamentale du droit avec l'activité de consultation.

Les règles posées, coutumes et lois, sont considérées comme obscures par les Romains, voire insuffisantes. C'est à ce moment-là que la jurisprudence intervient. Les Romains ont recours à des spécialistes.

Dans la Rome primitive, ce sont les prêtres et les pontifes car le droit religieux est à l'origine le seul à avoir l'instruction pour le faire.

Le processus de laïcisation du droit se fait à travers la loi des XII tables, à travers un Calendrier juridique et des formules publié par scribe **Cnaeus Flavius**.

En 254 av JC, le collège des pontifes s'ouvre aux plébéiens. Le premier grand pontife plébéien innove, c'est **Tiberius Coruncanius**. Il donne des consultations juridiques et fait face à des auditeurs. Il est considéré comme le premier professeur de droit.

Le monopole tombe , on voit les premiers consuls laïques qui donnent des consultations juridiques ; ils sont candidats des magistratures , espèrent gagner l'élection grâce aux consultations. Ils délivrent des conseils sous forme de consultation, c'est le **responsum**. Ces conseils sont donnés à des citoyens, à titre purement privé et gratuit.

Ces juristes ont d'autres fonctions, comme la participation à la rédaction de l'activité juridique (= activité **cavere**), et prêtre assistance juridiquement au juge dans les procès (= **activité agere**).

Le droit évolue à Rome , il ne se renouvelle pas assez rapidement , ces juristes aident à l'adaptation vis à vis de la société. Le droit devient alors un droit pragmatique. Il se découvre à travers des cas concrets avec litiges ce qui marque les origines de la science juridique.

Au IIe siècle, la culture grecque rentre dans la cité romaine (on commence à lire Platon , les grandes œuvres philosophiques grecques..)

Il se mettent à théoriser les œuvres du droit , vont publier des commentaires du droit en vigueur. Ils deviennent des théoriciens du droit.

● **SECTION 2 : le droit classique romain (IIe av JC au III siècle ap JC)**

La société connaît de profondes évolutions, qui modifient les règles de droit pour tenir compte des transformations de la société.

Cette époque se caractérise par : une activité de grands juristes consultes, qui permet à la doctrine de devenir une source de droit, d'une procédure romaine qui aide aux progrès du droit, et du développement de la législation impériale.

§1 : la doctrine : une source du droit en expansion



A. Le développement de la doctrine

Essor de la doctrine

1^{er} temps : entre les mains des pontifes, puis des juristes laïques qui appartiennent à cette doctrine. Elle est donc encore individuelle.

2^{eme} temps : I-IIIe ap JC, c'est l'**âge d'or de la jurisprudence classique**. Des juristes réussissent à dépasser le simple cas vers un raisonnement logique et rationnel. La méthode des juristes consultes est en quatre points :

- Définir précisément l'opération juridique
- Donner une analyse rigoureuse
- Classer en genres et en espèces (3 catégories partout)
- Formuler les règles générales applicables à chacune des catégories

On distingue deux catégories de juristes consultes :

- les **praticiens**, qui appliquent le droit et qui s'interrogent sur des questions de règles juridiques
- les **théoriciens**, qui composent des œuvres doctrinales prenant la forme de commentaire.

Ex. Les institut de Gaius, qui est un manuel à l'usage des étudiants

On n'hésite pas à poser des nouvelles règles en cas de silence de la loi ou des coutumes, ou même de déduire des conséquences des nouvelles règles générales. C'est la création de droits, et la doctrine devient une source de droit.

Exemple de juristes consultes : Labéon, Celse et Julien, Papinien

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

La valeur repose sur le prestige social de celui qui en est à l'origine, c'est-à-dire le rang occupé au sein de la société.

Cicéron indique que les consultations des juristes consultes sont sources du droit, et leurs nombre est en augmentation. Cela conduit à une diminution relative de la qualité de leur travail. En trois jours, on peut se faire jurisconsulte. Il suffit de connaître quelques règles. Cela peut également nuire à l'unité de la doctrine, c'est-à-dire à la création de plus en plus de controverses.

Au début de l'empire des solutions sont apportées :

- L'issue d'Enchiridion, traditionnellement attribué à Pomponus (II ap JC)
- Les **institutes de Gaius**

A l'époque d'auguste, des permis de brevets d'autorisation de délivrer des consultations sont nécessaires. C'est le **Jus respondendi**, délivré par l'empereur. Conféré à certains juristes consulte il donne la possibilité de donner des consultations dites **auctoritate principis**. Mais ce n'est pas une autorité officielle. L'intervention des juristes consultes qui disposent de ce brevet ont une qualité reconnue. Seulement la moitié des juristes consultes bénéficient de ce brevet. Il est donc impossible de donner des consultations juridiques sans ce brevet, mais il est libre d'enseigner et de faire des manuels, comme l'a fait Gaius. Ces consultations deviennent des modes reconnus et officiels de création du droit.

Mais cela représente quelques problèmes pour l'empereur. Il doit rester la première source de droit, ce qui est compliqué avec le développement de ces nouvelles sources. Mais il y a également des



avantages, comme le contrôle des activités des juristes consultes, qui permet de garantir la qualité du droit, et le contrôle de ses juristes consultes eux-mêmes, permettant un moyen de contrôle de la science du droit.

§2 : Le droit prétorien : une nouvelle source du droit

Le préteur est un magistrat (magistrature créée au IV^e av JC). Il est maître de la justice et dispose d'un **imperium**.

A Rome, les préteurs peregrats (À côté du préteur urbain) apparaissent en -342. Il y a donc la création de litiges entre ces deux types de préteurs, qui vont concourir à la formation du droit romain.

A. Le préteur romain, un créateur de droit : le droit honoraire

Deux phases dans le procès romain :

- devant le magistrat romain donc préteur (organise instance) ,
- devant le juge (il tranche)

- Première phase

Procédure romaine repose sur procédure des actions de la loi : indique que ce romain doit se présenter tel jour, et la présentation au magistrat est nécessaire. Il doit le convaincre que la situation présentée est juridiquement protégée (= **existe une action correspondant à sa situation**).

En effet à Rome, s'il n'y a pas d'action, il n'y a pas de droit. Le préteur doit donner au magistrat l'exacte formule de l'action qui correspond à sa situation. Cette action est connue grâce aux magistrats ou aux formules des actions connues.

Magistrat organise et le juge tranche

Procédure des actions de la loi / la procédure formulaire :

Les actions prévues par la loi et/ou actions civiles, résultent de l'initiative propre du préteur : les actions prétoriennes.

Il y a plus de sécurité juridique, donc on crée la procédure formulaire qui s'ajoute à la procédure des actions de la loi. Elle est liée au travail de préteur urbain. L'initiative du procès commence avec une citation. Le préteur devait seulement faire correspondre à l'une des actions de la loi, le demandeur indique à quelle action il fait référence. Si aucune action existe encore alors il demande au préteur d'en créer une.

L'objet du litige ne peut pas faire l'objet d'une protection, sinon les parties ne peuvent plus continuer . Le préteur peut décider l'objet d'un préteur digne et va rédiger avec les parties une formule par écrit ; une procédure détaillée que doit suivre le juge.

Il ordonne au juge de trancher le litige , on a retrouvé des formules d'actions comme la nomination du juge où on fait référence à la prétention du vendeur et on donne des instructions aux juges

Le magistrat organise le procès mais ne le tranche pas.

Les actions créées par préteurs prennent le nom **d'actions prétoriennes** , les actions qui existaient portent le nom **d'action civil**.

Les action prétoriennes peuvent correspondre :

- L'adaptation **d'une action civile** (entre citoyens romains) :



Ne peut être revendiqué que par citoyens romains, l'acteur pérégrin est donc bloqué en justice. Il ne peut pas agir via action sociale sauf quand le préteur rédige la formule où il va condamner comme si le demandeur était romain, créant une extension de l'action par le biais d'une fiction. C'est un étranger qu'on juge comme un romain. Ainsi les actions factices sont les premiers genres d'actions prétorienne.

- Les actions **in factum** :

Le préteur ne s'appuie sur aucune action civile, mais protège juridiquement ces faits : il écrit dans sa formule ces faits et demande au juge de condamner si ces derniers sont adhérents. Le pouvoir créateur du préteur est à son apogée. Il organise le procès autour de simples faits. On est face au pouvoir créateur du préteur.

B. Une source de droit original : l'édit du préteur

Au sens large, un édit est une déclaration réalisée sous forme orale. Les préteurs ont le **potestas**, ils ont le droit de prendre des édits et formulent certaines prescriptions que tous doivent suivre. Le préteur magistrat est élu 1 an, et publie un édit où il dresse la liste des situations pour lesquelles il délivrera des actions au plaideur. C'est une sorte de programme de justice, valable un an (=le temps du mandat). Via cette liste, le préteur reconnaît que certaines situations méritent d'être protégées. En générale, c'est inscrit sur des planches, et en créant des actions il crée du droit.

Le droit prétorien est une source original pour 4 raisons :

- Il est distinct du droit civil, qui établit les lois et coutumes , en parallèle droit civil c'est un ensemble de normes autonomes
- Droit pas seulement réservé aux citoyens romains, il est ouvert contrairement droit civil
- Droit souple car l'édit du préteur dure une année (mais il est retrouvé car les préteurs reprennent d'année en année les différents édits). Une masse action se constitue et se transmet de préteur en préteur.
- Ce droit est honoraire, fondé sur une activité juridictionnelle d'un magistrat. Le préteur ne juge pas, il organise seulement le procès. Le droit prétorien n'est pas jurisprudentiel, le droit créé par le préteur en tant que magistrat est chargé d'administrer la justice.

Peu à peu, les édits sont concurrencés par les lois de l'empereur ou les jurisprudences. L'édit commence à se figer au II^e siècle, on ne fait que reproduire d'une année à l'autre un édit. L'empereur Hadrien demande à Julien (=préteur) un édit perpétuel (on le met en forme et le publie).

§3 : la législation impériale , une source du droit en devenir

A l'époque du droit classique , l'empire n'a pas mis un terme à l'activité législative des comices. Le peuple a continué à faire la loi et dès le I^{er} siècle les comices tombent en léthargie, elles ne font plus la loi. Qui fait à présent la loi ?

L'empereur fait la loi, mais n'a pas d'autorité pour la refaire. Il va faire le pas sur le sénat et faire la loi

A. Les sénatus-consultes expression officieuse du pouvoir législatif de l'empereur

Les senatus consultes sont les expressions officieuses du pouvoir législatif du princeps.



Le Sénat formule un avis à travers les *senatus consultes*, qui à l'origine n'est que de simples avis mais rapidement développent un caractère juridique obligatoire : sénat formule donc une réelle autorité, mais ce n'est pas une formule juridique à proprement dit

Au 2^{ème} siècle, le sénat se voit reconnaître un véritable pouvoir législatif à travers ces *senatus consultes* – grâce à l'empereur Hadrien.

Le sénat a accaparé l'activité législative des différentes comices, à valeur de droit civil. Le sénat n'est qu'un prête-nom, dans la réalité le pouvoir est plus apparent que réel, pas autonome. Il est autorisé à légiférer car cela dépend de l'empereur.

Une mesure est prononcée par l'empereur, qui prie le sénat d'adopter une mesure particulière = ce discours c'est l'**oratio principis**. Une fois le discours fini, le sénateur se contente de donner un assentiment de pure convenance. Concrètement ils mettent juridiquement en forme la mesure envisagée par l'empereur : c'est un **senatus consulte**. Il faut noter que l'**autoritas** de l'empereur étouffe l'**autoritas** du sénat.

B. Les constitutions impériales : expression officielle du pouvoir législatif du princeps

On a des empereurs qui ont des fonctions législatives, sans excès et avec modération, durant le milieu II^{ème} siècle de notre ère. L'activité législative impériale est telle que les juristes font figurer cette activité parmi les sources officielles du droit : La **législation impériale**.

Ulpien : « ce qui plaît au prince a force de loi »

Les constitutions impériales forment une source nouvelle et autonome du droit par 4 moyens :

→ Un **édit** : applicable sur tout l'empire.

→ Le **décret** : jugement rendu par l'empereur lors du conseil impérial (sentence cas d'espèce, affaire précise peut être alléguée dans cas similaires...).

→ Le **rescrit** : fait par l'empereur, question d'ordre juridique ou administratif posée par des particuliers (magistrats et fonctionnaires), facilite la discussion avec l'empereur. Les questions peuvent remonter à l'empereur, sa réponse est contraignante, elle s'impose à tous.

→ Le **mandat** : correspond à des inscriptions administratives adressées par l'empereur à ses fonctionnaires, notamment aux gouvernements des provinces. L'empereur légifère à travers des décrets et rescrits (=coté pragmatique du droit).

● SECTION 3 : le droit post classique (IIIe-VIe s ap JC)

-Crise politique, économique et religieuse : le droit commence mal. Cela s'explique par la création d'empire qui manque de cohésion. Il n'y a pas d'unité culturelle, linguistique, de distinction administrative entre l'occident et orient (=le phénomène de tétrarchie : orient pas dépendant de l'occident ni inverse, l'unité peut être établie au profit d'un seul empereur)

-Occident : MAXIMIE, (associé à un César, Constance) / Orient : DIOCLÉTIEN (associé à un autre César, Galère)

-Fin empire romain occident 476



§1 : Le triomphe de la législation impériale

L'empereur se veut comme la source essentielle du droit, les autres sources survivent mais pas beaucoup : il y a la doctrine mais elle ne participe plus à la création du droit, elles ne font que compiler, et également la coutume.

La concentration du pouvoir est entre les mains de l'empereur et contenue dans un ouvrage : les compilations de Justinien, qui vient de l'idée de regrouper le droit romain en un ouvrage.

On ne parle plus de constitution mais de **leges** : loi. On assiste au triomphe de la constitution impériale : l'empereur fait la loi, voire peut-être trop. L'activité législative devient trop grande chez l'empereur, dès fin 3^{ème} siècle, dû à sa volonté de rassembler et ordonner les lois.

A. L'empereur, source presque unique du droit

L'Empereur est désormais qualifié de loi vivante (**lex animata**).

Autre puissance : intense activité législative en occident et orient. Le prince légifère et le fait sur toutes sortes de matière, notamment le droit citoyen.

Il y a différentes catégories de leges : dans des mesures générales ou à caractère particulier.

Qui fait la loi ? C'est bien l'empereur mais il n'a pas de technicité juridique. L'origine vient donc des fonctionnaires impériaux.

On ne sait rien sur ces juristes consuls, ils disparaissent dans l'anonymat des bureaux impériaux durant le III^{ème} siècle. S'ils rédigent la loi ils ne sont pas créateurs, ils ne font que rédiger, et préparer à la naissance du droit et à ce que l'on demande (pas de grands traités, que rédacteurs de petits manuels = petites décisions).

Leges → l'empereur est la « loi vivante » (lex animata)

L'époque est marquée par une inflation législative, due à la lex animata de l'empereur qui ne se gêne pas pour mettre en place le pouvoir par la prolifération des textes.

Les textes de cette période, pour certains, ne sont pas contenus dans les compilations et autres codes.

On les connaît grâce aux inscriptions ou aux textes. Cependant ces textes ne sont pas qualitatifs, en Europe au IV^e siècle souligne que l'empereur Constantin possède des lois inutiles et sévères.

Cette prolifération nécessite donc une mise en ordre.

B. Des premières compilations aux premières codifications

1/ Des œuvres privées

- Textes pas forcément faciles d'accès et il faut donc les rendre accessibles. Les juristes sont les premiers à apporter une solution de connaissance, avec un accès au droit grâce à des outils faciles d'accès. Depuis longtemps ces juristes réalisent des travaux de compilation à travers des ouvrages de droit civil ou droit prétorial, avec des exercices connus et déjà pratiqués par ces juristes. On en fait des compilations. Ils deviennent compilateurs et ne sont pas auteurs de ces passages.

Cum-pilare : renvoie à l'utilisation de morceaux ou extraits.



Codification : qui renvoie à compiler le droit relatif à un même domaine.

Collection : renvoie au fait de recueillir des pièces dans leur totalité puis de les mettre dans un certain nombre.

Le premier recueil de constitution impérial et celui du juriste **Papirus Justus** au II^e siècle. Il réalise un ouvrage de 20 livres de constitution, qu'on connaît à travers des extraits dans le **Digeste**. D'autres compilations vont suivre, comme celle de **Paul** au III^e siècle, qui est un recueil de décisions impériales (=décrets). C'est une œuvre privée qui ne s'invoque pas en justice. C'est une compilation d'extraits, voire une analyse.

Il y a d'autres nouvelles tentatives, indispensables surtout avec l'accumulation des textes, par exemple des codex (=plusieurs feuilles collées).

- **Code grégorien** (291-292)

Le juriste Gregorius aurait rassemblé différentes constitutions impériales, à travers une sélection de constitutions promulguées entre 150 et 291. Elle ne nous est pas parvenue mais a pu être en partie reconstruite grâce aux citations de ce code dans différentes lois romano-barbare. Son ouvrage est divisé en livres, subdivisés en titres. Les constitutions sont classées par ordre chronologique et par matière.

- Nouveau code : **Code Hermogénien** (295)

Ce code complète celui de Gregorius, et est réalisé par le juriste Aurelius Hermogenianus. C'est un seul livre divisé en environ 100 titres, et qui reconstitue à travers des sources indirectes et des textes barbares les Constitutions (plusieurs éditions avec des ajouts/ grands succès). C'est une preuve qu'il y a eu beaucoup de constitutions impériales.

Limité car :

→ Pas exhaustif, c'est privé et sans valeur officielle : avant tout afin de rendre service aux praticiens du droit

2/ Le code Théodosien

Il y a une nouvelle inflation législative au quatrième siècle. De nouvelles mises en ordre sont nécessaires. En 429 un premier projet de codification voit le jour, et des recueils sont envisagés. Le premier concerne toutes les constitutions impériales de Constantin à Théodose, à portée générale. Et le second, sur le code grégorien et hermogénien, complété par des extraits d'œuvres de juristes consultes classiques. Il n'y a pas eu de suite, mais l'idée d'une codification commence à faire son chemin.

→20 décembre 435, la constitution de Théodose ordonne de rassembler les constitutions générales depuis Constantin. Une commission de 16 membres de hauts fonctionnaires est rassemblée.

Ils doivent reproduire ce qui est à valeur législative pour chaque constitution, et modifier ce qui leur paraît nécessaire afin d'adapter des textes aux nouvelles situations. C'est l'**interpellation** des textes.

→1^{er} janvier 439 il est mis en vigueur. C'est la première codification à valeur officielle en occident jusqu'à la fin de l'empire, et en Orient jusqu'au code Justinien.

Les lois romano-barbare s'en inspirent beaucoup : Ex. Le **bréviaire d'Alaric**

Point de vue Politique

Théodose voulait réaffirmer l'unité de l'empire, et rêvait de voir un endroit unique pour tout son empire. Il passe donc par la mise en ordre des constitutions, permettant d'avoir un droit unique.



Point de vue pratique

Les constitutions depuis Constantin. En tout, 31010 sont rassemblées en 16 livres, subdivisées en titre traitant d'une matière particulière pour chacun, ils sont également ordonnés par ordre chronologique. Ce code fait la liaison entre le droit privé et public. Les livres montrent bien l'acquis entre l'empire et le christianisme (=Eglise chrétienne).

§2 : la coutume et doctrine : des sources du droit au destin opposé

Malgré l'inflation législative, la coutume se maintient et tend à modifier le droit romain.

A. La survivance de la coutume

Si la législation impériale est abondante, elle reste insuffisante, notamment au sein des provinces qui ont des demandes particulières. La place de la coutume s'explique aussi par la mise à l'écart du droit prétorien qui se fige. Ce n'est pas cette source qui permet de créer d'autres sources. La coutume joue donc un rôle essentiel, notamment dans les provinces.

On distingue plusieurs formes de coutumes, mais quelle est sa place et quelle est son autorité par rapport à la loi ?

→ La coutume peut combler les lacunes de la loi, elle est dite « **praeter legem** »

→ La coutume peut renforcer la loi en la confirmant, elle est dite « **secundum legum** »

→ La coutume peut être contraire à une loi, elle est dite « **contra legem** »

Dans un premier temps les juristes défendent le fait que la coutume ne peut pas vaincre la loi. Ils mettent en évidence le fondement de la coutume c'est-à-dire la volonté populaire.

Les juristes concluent que la coutume pouvait être *contra legem*, et que la loi pouvait être frappée de désuétude. Lorsque la coutume est incompatible avec le droit romain, elle peut être condamnée par l'empereur.

On distingue d'autres fondements de la coutume, autre que la vie populaire :

- consentement général
- répétition de faits identiques
- ancienneté (se répète dans le temps)
- rationnel (seul la coutume raisonnable doit être observé)

Il existe deux types de coutumes :

1° le droit des peuples vaincus

Droits locaux des provinciaux car les Romains n'ont jamais empêché les peuples conquis de suivre leurs usages traditionnels.

= 212 : l'édit de Caracalla : ouvert à tous les habitants de l'empire de relever du droit romain

L'usage maintenu au sein des provinces 'contamine' le droit romain.

Ex. La stipulation se forme à l'oral dans le droit romain, tandis que dans des provinces la stipulation est à l'écrit.

2° le droit vulgaire

Adapté à la vie quotidienne et économique, le droit romain est simplifié. Les auteurs sont les patriciens, et cela implique la modification du droit romain.



B. Une doctrine sous influence

La mainmise de la coutume sur la doctrine est renforcée car les juristes travaillent au sein des bureaux impériaux. Les juristes à l'origine de la constitution, ensuite signé par l'empereur, c'est face à l'ombre de celui-ci. C'est la fin du **Ius respondendi**.

La doctrine présente cinq critères :

- Fait de deux catégories de juriste : enseignants et fonctionnaires impériaux
- Doctrine désormais anonyme
- Davantage dogmatique (classifications, définitions... mais pas d'évolution)
- Soucis de simplification (Ex. Sentence de Paul)
- Pas de doctrine créatrice de droit

Le pouvoir de l'empereur. Donc elle est plus loin :

-321 : la constitution retire toute autorité Paul et Ulpian

- 426 : la constitution est une loi des citations. Il y a beaucoup de textes et personne ne sait lequel à l'autorité. On consacre alors officiellement l'autorité à cinq juristes consultes classiques : Gaius, Paul, Ulpian, Papinien, Modestin.

Leurs avis peuvent être invoqués en justice. L'exception est si un juriste est cité par un autre auteur (Ex. Paul cite Pomponius).

→ Le juge doit saluer l'opinion de la majorité en cas de contradiction entre les cinq.

→ L'empereur donne la valeur officielle à une source du droit, qui devient alors sa source.

L'empereur est donc un grand législateur, et décide de l'autorité des sources du droit.

§3 : La compilation de Justinien

En 528, Justinien est empereur d'orient et fait un travail de compilation du droit. Le cadre est donné par un objectif précis.

A. L'esprit de la compilation

Question 1 : Quels sont les objectifs de cette compilation ?

1° : Objectifs liés à la **nécessité pratique**, le code Theodosien paraît dépassé. Les nouveaux ouvrages publiés proviennent uniquement d'initiatives privées. La mise en ordre du droit impérial est nécessaire. On note que les œuvres doctrinales sont de plus en plus mal connues, ou mal comprises.

2° : Objectif de satisfaire l'**ambition politique** de Justinien, qui est de restaurer l'empire romain dans son intégralité. Cela passe par la reconquête des territoires perdus par les armes, ainsi que d'administrer l'empire reconquis. Il faut donc un droit unique et homogène à tout l'empire.

→ Ce sont donc de manière plus générale des nécessités pratiques et politiques.

Cela permet de souligner l'autorité de Justinien, et signe l'emprunt religieux à travers les ouvrages placés sous la protection divine. Cela représente un accomplissement d'œuvres législatives.

Question 2 : comment Justinien procède-t-il pour ce travail de compilation ?



1° : il réunit les constitutions des empereurs dans un premier temps pour des raisons pratiques. Cette étape paraît plus simple que de traiter les textes des juristes consultes, car la masse de documents est considérable et plus accessible. De plus l'autorité des lois et celle des empereurs est très sacré (Ius : droit des juristes consultent ; et **Leges est supérieur au Ius**).

2° : Justinien se repose sur le professeur Tribonien, ainsi que sur d'autres hauts fonctionnaires et hommes de la pratique, comme les théoriciens.

3° : il ne rassemble pas des textes, mais les étudie et les met au goût du jour afin qu'ils soient applicables. C'est un **travail d'interpolation**.

B. Contenu de la compilation

4 recueils : Digeste, Institutes, Novelles, Code

CODE :

= Leges dépasse le Ius

Le travail est confié à une commission d'avocats, constituée de 6 hauts fonctionnaires.

-13 février 526 : la feuille de route est tracée. On puise dans des textes postérieurs et on retient les textes que l'on souhaite.

Justinien ordonne d'intervenir sur le texte, notant le superflu et le remaniant pour le mettre à jour. Le travail est fini le 7 avril 529 et est publié, mais ne nous est pas parvenu.

-D'autres codes sont commandés, la deuxième édition est publiée le 16 novembre 534. Et appliquer le 29 décembre 534.

Il comporte 12 livres en référence à la loi des XII tables, le livre 1 traite du droit ecclésiastique, et le livre 2 des procédures. Chaque livre traite donc d'un sujet, et chaque titre d'une matière. Il est classé par ordre chronologique.

LE DIGESTE :

= compilation des juristes consultes classiques

-15 décembre 530 : Justinien ordonne la compilation du Ius, la jurisprudence classique. La commission chargée de cette compilation est composée d'avocats, et de 2 fonctionnaires.

-16 décembre 533 : la compilation est promulguée et entre en vigueur le 30 décembre 533. C'est la meilleure de la doctrine classique, qui propose des solutions et décisions fermes, disponible au juge. Cette compilation traite du droit prétorien, du droit civil, et de la seule œuvre d'Ulpian.

-contient 1/20 de l'œuvre d'Ulpian (= digeste). Chaque fragment est précédé d'indication de son auteur, et reçoit une égale autorité, comme s'il avait été émis d'une bouche divine. Tout commentaire par la jurisprudence est interdit.

INSTITUTES :

= bref manuel d'enseignement, qui facilite l'initiation à l'étude du droit

Préparé en même temps que le digeste, par trois membres : Tribonien, Dorothe, et Théophile. Ils suivent le plan de l'institut de Gaius, c'est-à-dire qu'il y a une partie sur les personnes, sur les biens et succession, sur les obligations, et enfin sur les actions.

-21 décembre 533 publication, et entre en vigueur le 30 décembre 533.

Il connaît un succès en Orient, et cela tient au fait que l'empereur interdit l'enseignement en dehors des écoles officielles.



NOUVELLES :

= ensemble des constitution Impériale promulguée par Justinien entre 529 et 565

Le tout est connu au Moyen Âge sous le nom de **Corpus Iuris Civilis Justinianus**

-la compilation prend fin au XI^e siècle, époque de la redécouverte du droit Justinien en Occident. Les nouvelles sont appelées à jouer un rôle considérable, car on connaît le droit romain grâce à cela. C'est d'ailleurs de là que le droit français tire ses origines.

Les nouvelles ont une influence sur la conception du droit en France et sur le droit germanique.

CHAPITRE 2 : La contribution Germanique

II^e et III^e s = Les grandes invasions

Le mouvement migratoire d'Asie attire d'autres au sein de l'occident.

(Effondrement empire romain occident en - 476)

Depuis le II^e siècle, il y a la présence de ces peuples au sein de l'empire romain, et au départ l'empereur arrive à les contenir mais au III^e siècle la pression est plus importante. Remets alors en place différents statuts juridiques afin de se protéger. Elle donne des statuts fédérés au territoire des barbares. Au Ve s, l'Europe occidentale, ancienne gaulle romaine, est répartie en multiples royaumes : au nord il y a le royaume de Syagrius, et des Francs ; au sud-est et elle est le royaume des Allemands et celui des Wisigoths.

Nous assistons à une particularité qui est la position de population romaine, qu'elle romaine, autochtones, et wisigoths. C'est donc une période où chacun va vouloir conserver son droit, qui est à caractère ethnique.

SECTION 1 : La prééminence d'un droit ethnique

Les peuples se mélangent, et la tâche territoriale l'emporte sur l'appartenance ethnique : c'est donc l'usage local qui prime et cela annonce un droit territorial.

La chute de l'empire romain d'Occident crée une mosaïque de royaumes barbares.

En 511 à la mort de Clovis, presque toute la gaulle est sous domination des Francs. On assiste au règne « **Francorum** », où le roi règne sur un territoire où plusieurs peuples vivent, et où chacune de ses populations apporte ses traditions. Le droit n'est donc pas uniforme.

§1 : un droit fondée sur le système de personnalité des lois

Au cours de cette époque on distingue deux systèmes :

-La **territorialité du droit** : a loi est la même pour la population vivant sur un même territoire

-La **personnalité du droit** : le droit prend compte des origines de l'individu



A. Une tradition romaine oubliée

Le système romain est oublié depuis longtemps, en effet Rome laisse aux peuples vaincus le droit d'appliquer son usage. C'est donc le système de personnalité du droit qui est imposé car :

- Le système résulte de la **cohabitation des populations**, dû à la puissance numérique différentes sur un même territoire (= Romain : puissance numérique faible)
- L'élite barbare n'élimine pas le droit romain, car elle est elle-même romanisée
- Le rôle de l'église, allié de taille du droit romain, vit encore sous ce droit et fait tout pour que les populations le conserve

On peut distinguer différentes lois :

ï **Loi des Wisigoths**

- Cette loi s'applique à tous les habitants
- 12 livres, 54 titres, 600 articles

ï **Loi des Burgondes**

474-516

- Sous le roi Gondebaud, il est rédigé vers 502, également connu sous le nom de **loi Gombette**
- On n'y retrouve du droit germanique, notamment dans la solidarité familiale, mais également de l'influence romaine et chrétienne
- C'est un système de preuve, qui est critiqué par les évêques

ï **Lois Franques**

-Il existe deux droits : le franc saliens et le franc rhénans

=La **loi salique**, qui est la plus célèbre, y est fait référence : c'est une loi personnelle des rois mérovingiens

La plus ancienne version est sous la fin du règne de Clovis, rédigé entre 507 et 511. Charlemagne promet de lui-même une version, c'est la **Lex Salica emendata**.

Il y a des dispositions de droit pénal, sous forme de liste pour différentes infractions. Le coupable se doit de compenser sa victime avec une somme d'argent, c'est le **wergeld**.

= La **loi ripuaire** (des franc rhénans), et rédigé au VIIe siècle sous le règne de Dagobert. Elle est connue par des manuscrits de l'époque carolingienne, et comporte 90 titres.

Il y a l'autorisation des preuves par serrement avec le conjurer, ainsi que la présence d'influences romaine et chrétienne avec des écrits comme moyen de preuve.

B. Mise en pratique système de personnalités des lois dans le royaume franc

La **loi nationale** est le droit de chaque individu en fonction du droit du groupe auquel il appartient. C'est donc le droit en fonction de sa naissance. Chaque individu la conserve durant toute sa vie. Sauf pour les femmes qui prennent celle de leur mari après leur mariage.



C'est donc le début de la question : « sous quelle loi vis-tu ? » (« **Sub qua lege vivis ?** »). C'est la **profession legis**.

On se retrouve donc avec deux cas de situation : le cas où les individus répondent à la même loi, il n'y a donc pas de problème lors du procès ; et lorsque les parties viennent de deux lois différentes : il y a donc un conflit de lois.

§2 : Les « lois » des barbares

C'est « loi » sont des systèmes juridiques

À la fin du Ve siècle, il y a deux types de loi rédigé :

- les lois nationales des barbares, qui s'applique au sujet germanique, dans le domaine des barbares ; et celui qui s'applique aux sujets autochtones.
- les lois romaines des barbares

A. Les lois nationales des barbares

La mise par écrit des coutumes germanique et promulguée en qualité de loi.

La fin du Ve siècle, on rédige ses coutumes car :

→Il faut **fixer les coutumes** : pour préserver l'originalité du droit germanique, et résister à l'influence du droit romain.

Fixées mais pas figées, les lois barbares évoluent au cours des différentes périodes.

→Assurer la **paix et l'ordre social**, car les germains appliquent quelque chose qu'on souhaite limiter : la vengeance. En effet pour les Germain c'était un devoir sacré de venger.

Ex. Grégoire de Tours : « si je ne venge pas mes parents tués, on ne m'appellera plus un homme, mais une faible femme »

→**limiter le recours à la vengeance** en mettant en place une liste tarifaire (= rembourser la victime). Ce sont notamment les lois salique qui mettent un terme à la violence.

B. Les lois romaines des barbares

Le droit romain devient de plus en plus lointain au sujet de gallo-romain.

-Les Goths (constellation wisigoth), sont en admiration de Rome. Le royaume ostrogoth n'a pas origine d'une loi contenant leurs coutumes. Le roi Théodoric affirme détenir la justice suprême et affirme qu'il est le roi législateur, à travers l'édit de Théodoric notamment.

Édit de Théodoric :

150 chapitres, qui serait l'œuvre du roi Wisigoths Théodoric II.

Cet édit contient des textes puisés dans le code Théodosien et Grégorien, ainsi que des passages de juriste classique ou œuvre doctrinal post-classique. Ce n'est donc pas une compilation, c'est du droit romain avec des nouveautés afin de mettre l'ordre à jour.

Au sein de cette œuvre l'influence germanique est faible et il s'applique à tous. C'est donc un droit territorial plutôt qu'un droit personnel.

Bréviaire d'Alaric- Lex romana :

Texte de 506, promulguée en présence d'évêque et d'aristocrates. Il est réalisé par des juristes, c'est donc une compilation et une juxtaposition de textes de droit romain déjà publié est connu.



Il y a des extraits de sentences de Paul et des constitution Impérial dû à Marcien.

Il y a également des « **interprétations** », qui permettent de mieux comprendre le droit, dû à des rédacteurs des auteurs classiques entre 438 et 506.

L'objectif est de faire disparaître toute confusion et obscurité des lois romaines, ainsi que de corriger les injustices dans les lois. Le bréviaire est le seul texte invoqué en justice, dû à la promulgation de son texte.

Simplifie le droit pour les sujets gallo-romains, ce qui constitue une concession permettant d'aboutir à la paix dans le royaume des Wisigoths. Lors du **concile de Nicée** (325) : la doctrine d'Arius, l'arianisme, ni la divinité du Christ et ni l'égalité de substance entre Dieu et son fils. Constantin, converti au christianisme, ordonne alors la tenue d'un concile dans la ville de Nice, et ordonne la composition d'un texte le **credo**. Il indique que le Christ est de la même nature que le père.

Les Wisigoths continuent de suivre cette doctrine, tandis que Clovis suit le concile de Nicée.

Les auteurs se sont divisés, certains pensent que cette loi s'appliquerait qu'aux sujets gallo-romains, pour d'autres le **code Alaric** qui remplace la **Lex Romana** visite Authume, qui se résume à du droit territorial.

Le bréviaire est une œuvre importante, qui influencera d'autres écrits germanique, et qui est utilisée par Clovis pour ses propres sujets romains. Il représente un succès est un échec, notamment dû aux problèmes posés par sa composition. Les rédacteurs sont allés trop vite et l'œuvre est rédigée rapidement pour des raisons politiques.

Lois romaine des Burgondes (Lex romana burgundionum) :

Promulguée par le roi Gondebaud entre 502 et 507, il comprend une influence romaine mais réduite. Il est imprégné d'influence germanique, et nous pousse à la conclusion que les solutions romaines sont largement inconnues en dehors de l'Aquitaine.

Parmi les 47 titres nous avons, le code pénal en première place, ainsi que des peines rigoureuses qui sont prononcées, et du droit privé.

Le droit romain se maintient mais glisse de plus en plus vers le droit vulgaire, ou de plus en plus vers une influence locale.

● **SECTION 2 : Apparition progressive d'un droit territorial**

La rédaction de diverses lois nationales met en évidence les lois juridiques. C'est l'affirmation de la monarchie des francs, qui est à l'origine d'une législation mettant les éléments d'unité au sein de cette diversité. La diffusion du droit commun précipite le déclin puis la disparition du système de la personnalité, au profit de la territorialité.

§1 : le développement d'une législation commune (VIe – milieu IXe s)

Le développement d'une législation qui émane du roi, s'applique sur tout le territoire, et qui répond à un idéal d'unité.



A. Une législation répondant à un idéal d'unité

Il faut un roi puissant afin d' avoir la possibilité d'imposer des lois à caractère général et les eaux structures politiques, cela est possible uniquement quand le pouvoir en place est fort. Ce qui est le cas chez les mérovingiens et les carolingiens.

Chez les mérovingiens :

Clovis porte le titre de **Rex = roi**

On distingue deux types de prérogatives du roi, le **Bannum** et le **Mundium**

-Le Mundium = autorité exprimée par la bouche, et exprime la puissance protectrice du roi, qui doit protéger tout le royaume

-Le Bannum = renvoie au pouvoir de commandement du chef qui est d'ordonner ou d'interdire, et le fait que le roi peut convoquer ses sujets au service militaire

La législation royale est modeste, il n'y a que 7 lois, et a été promulguée en deux siècles. La dernière était l'édit de Clotaire en 614. Le faible nombre de lois incite à la vigilance de l'analyse de la législation.

Trois remarques sur cette législation mérovingienne :

1°- Le peuple participe à l'élaboration des textes, mais seulement les élites représentent le peuple.

2°- Elle est juste laciens mérovingiennes doivent garantir la paix et l'ordre social. L'essentiel des lois portent sur la procédure d'organisation judiciaire, donc la justice.

3°- La législation mérovingienne est marquée par le lien étroit entre pouvoir royal et l'église. Un trait du droit séculier qui perdurera jusqu'au XVIIIe siècle, avant sa rupture.

En conclusion, les conditions de cette législation afin de créer du droit applicable à l'ensemble du territoire n'est pas complètement réunies. Il y a des lois territoriales mais leur application pose plusieurs questions :

→ Concernant la conception même du royaume, qui à l'époque mérovingienne est bien primordial : la succession du roi et vu comme ordinaire. Le père de partager le patrimoine familial en part the Gall à ses fils, comme Clovis a dû le faire pour ses quatre fils.

→ Pouvoir relativement faible, dû à la division

→ La faiblesse des moyens d'action

Cette législation qui est faible est une preuve que le cadre est trop strict et étroit dû aux lois barbares qui est en train de la dépasser.

Chez les carolingiens :

Jusqu'au milieu du neuvième siècle, ils incarnent le pouvoir fort dans une politique expansionniste territoriale. Cela notamment à travers la restauration de l'autorité impériale, et de la restauration de l'empire. La législation générée est imposée pour gouverner ce nouvel empire en expansion, et il y a donc un recours à la loi comme un mode de gouvernement.

Deux remarque sur cette législation carolingienne :

1°- Législation est importante : 300 texte en moins d'un siècle



2°- cette législation a pour but d'instaurer une unité juridique et d'être une source de motivation dans la dimension chrétienne : un seul peuple uni dans la chrétienté

La loi s'élève contre le système juridique de la personnalité des lois.

Ex. **Agobard de Lyon**, dans une région où la distinction de la loi est marquée, mais l'église se prend à l'idée d'union. Il déclare alors : « **c'est peut-être quelque chose d'impossible à l'homme** ».

Nous sommes dans un contexte idéologique particulier : la rénovation intellectuelle identifie le souverain à la loi.

B. Les capitulaire, forme d'expression de la législation du prince

L'expression législative du prince se fait à travers la **loi capitulaire**.

Capitulaire = désigne toutes sortes d'inscription aux prescriptions du roi

Le texte était divisé en chapitre : « **capitulum** », et le souverain était producteur de la loi grâce au **Bannus**.

↳ Élaboration était faite dans de **grandes assemblées**, qui réunissait les « grands du royaume » ainsi que les ecclésiastiques qui représentaient le peuple. Il fallait faire valoir son avis, et les « **consensus** » donnés par ses « grands » étaient ensuite promulgués.

L'influence de ses grands se développe et est plus contraignante pour la royauté. Le roi doit se soumettre aux devoirs d'aide et de conseils, à travers ce consensus.

Capitulaire est bien expression d'un droit territorial qui s'applique à tous les habitants du territoire, peu importe les origines ethniques. Dès l'époque de Louis le Pieux, il y a deux types de capitulaire :

-Celle traitant des affaires religieuses : **capitularia ecclesiastica**

-Celle traitant des affaires du monde séculier : **capitularia mundana**

La distinction est ancienne (depuis un recueil de 827), mais reste artificielle.

-Capitulaire ecclésiastique :

Il s'explique par le lien entre la puissance spirituelle et la puissance temporelle. Et ne fait que reproduire les décisions des conciles tenus par l'église des francs.

-Capitulaire mundana (3 sortes) :

-**Capitulaire legibus anadas** = Additif aux lois, et qui intervient sur les lois nationales. Ils ont pour but d'aplanir les différences entre les lois nationales, ainsi que de poursuivre le rêve d'unité.

-**Capitulaire perse escrimanda** = se suffisent à elle-même, ça plique à tous les habitants de l'empire et ne prend pas compte des lois nationales mettant en place une norme applicable à l'ensemble.

-**Capitulaire micoreau** = adresser aux *mici dominci*, ce sont des instructions données à ses représentants de l'autorité centrale.

⇒ Les sujets traités sont concernant le droit pénal et le droit public, cela montre l'intérêt du bon fonctionnement de l'État et de ses habitants.

⇒ L'activité législative des carolingiens nécessite de regrouper ses capitulaires dès le neuvième siècle, à l'initiative privée (donc en dehors du cadre officiel), afin de rendre plus facile la consultation de ses capitulaires.



ï **Abbé Anségise** (conseils de Charlemagne et Louis le pieu)

Auteur d'une collection de regroupement de capitulaire, en 827. Valeur est reconnu par Louis le pieu plus tard.

ï **Benoît le lévite**

En 847, il publie un premier recueil, celui du deuxième qui est censé compléter celui de l'abbé Anségise. Le problème est que son recueil contient des fausses pièces : des pièces qui ne sont pas des capitulaires comme des passages de la Bible, mais on connaît quand même un grand succès car il est cité dans des capitulaires connus plus tard.

⇒ Dans les années 840/850, les institutions de l'empire c'est fondre et la législation aussi. Elle devient de plus en plus rare jusqu'à disparaître. En 884 les derniers capitulaires apparaissent, au-delà le roi franc ne mettra plus de décisions à portée générale.

§2 : vers la réalisation de la territorialité du droit (Ixe – milieu XIe s)

Le passage de la personnalité des lois vers la territorialité du droit s'est fait sur plusieurs siècles, et pas de manière linéaire.

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

L'application du système de la personnalité de loi est attestée par des textes tout au long du IX siècle. En réalité, le déclin est amorcé depuis longtemps.

La population s'est allégée en justice les anciennes lois personnelles pour deux raisons :

-Les habitants se définissent par le territoire sur lequel ils vivent et non pas sur le sang. De plus il y a des mélanges et des fusions des ethnies, encouragés par l'église au nom de l'unité notamment à travers des mariages mixtes. Mais également une lutte contre la pratique endogamique, qui empêche les mariages entre parents ou alliés, qualifié d'inceste.

-Relative à la dislocation de l'État carolingien : le morcellement politique entraîne un émiettement du territoire. En 840 l'empire est convoité par trois fils de Louis le pieu, qui ne sont pas d'accord, donc l'empire est partagé en trois suite au traité de Verdun.

→ Fin du IXe s :

Entier de territoire échappe au contrôle du roi : les principautés territoriales se forment, et les chefs se rendent presque indépendants du contrôle royal.

→ X^e/XI^e siècle :

Et principauté se fractionne en seigneurie, tu as la descente des pouvoirs. Il n'y a plus de respect ou de contrôle des pouvoirs par le roi à travers les seigneurs locaux.

L'instrumentalisation au service de leur politique personnelle et des prêts rogations politique évolue. On se retrouve avec des états uniformes qui n'existent plus, et des règles sont faites au niveau local.



B. L'avènement d'un droit fondée sur des usages locaux

Valable pour toute la France, mais est applicable à l'ensemble de l'Occident européen. Cet avènement n'a pas été connu partout de la même manière, dû à l'ampleur et au degré différent.

Le phénomène est présent partout en Europe : c'est la **féodalité**.

Les nouvelles pratiques juridiques s'affirment lentement avant de s'imposer et devenir obligatoires. Les populations ont besoin de nouvelles règles, mais elles ont été forgées de matériaux parfois anciens, ils ne partent donc pas de rien. Par exemple puiser dans l'ethnie dominante, dans des capitulaire, dans des droits romains, ou des règles Celtes. C'est le **tuffe juridique**.

Des lieux seront bientôt orientés vers du droit romain, et d'autres vers le droit germanique. Distinction se fait dès le IXe siècle, et est marquée par l'opposition de deux types de Provence :

- Au **sud** : pays au droit écrit, donc le **droit romain**
- Au **nord** : le droit de coutume, donc le **droit germanique**

De l'appropriation du droit territorial à ses conséquences, notamment le changement de nature des conflits. Ils se font entre habitants d'une même seigneurie et habitants étrangers d'une autre seigneurie.

Évolution est consacrée par la royauté. En 864, le capitulaire de Charles le chauve, À travers l'édit de Pite, dit : « dans la région où les jugements sont réglés par la loi romaine, que l'on juge selon cette loi. Sinon que les faux monnaie perdent la main droite ».

Désormais la loi applicable à un individu est celle observée dans le territoire où il est domicilié. Le processus conduisant de la personnalité à la territorialisation du droit est définitivement au Xe siècle.

IXe s = Principe de personnalité des lois

Xe s = Territorialité du droit

CONCLUSION

L'élaboration des droits n'est plus liée à l'action créatrice de la seule volonté étatique, car l'État est en phase de dislocation depuis le milieu du IXe s.

Désormais la création du droit résulte d'un ensemble de pratiques coutumières qui reflète l'extrême diversité des Seigneuries et des principautés.

Malgré la prééminence de la coutume, cette période se distingue par la consécration d'un véritable pluralisme juridique.

Deuxième partie : le morcellement du droit, la diversité des sources médiéval (Xe – XIe s)



La désagrégation de l'État permet à la seigneurie de lui succéder, c'est le cadre de référence plus ou moins général selon les régions. À partir du XIIe siècle, la réaction de l'autorité royale du pouvoir progresse et restaure ses prérogatives, notamment en agrandissant son domaine royal.

Suite aux règnes de Philippe Auguste et Louis IX, le XIIIe siècle montre que la principale puissance du royaume redevient la royauté. Au Moyen Âge, le royaume de France devient l'un des premiers États européens.

Le XIIIe siècle est marqué par le passage du roi comme simple seigneur à un suzerain (=au sommet de la pyramide), puis à un souverain (= tout le monde sous son ordre, et l'impose autorité à l'ensemble).

Durant le bas Moyen Âge, c'est une période de fixation juridique et de son identité. Ce n'est pas une période homogène car les informations manquent, et certains disent que c'est une période de « **vide juridique** ». Ce vide est intégralement comblé par la coutume, qui devient source du droit.

Le caractère oral de la coutume prive les témoignages, d'où l'impression de vide juridique, cela jusqu'à la révolution, où la coutume est vu comme source de droit territorial, tout comme la législation du roi qui réapparaît au XIIe siècle.

Xe – XIIe s, la notion de droit savant apparaît, considérée comme le droit commun.

CHAPITRE 1 : le développement d'un droit territorial

● SECTION 1 : la formation des coutumes territoriales

§1 : l'avènement d'un droit coutumier territoriale

Le droit coutumier territorial s'applique à tous les habitants d'un même territoire, mais n'a pas de caractère ethnique qui caractérise la période précédente.

Ce droit se transmet oralement, et fait face à deux difficultés : la connaissance de la coutume, et la preuve de la coutume.

A. La genèse de la coutume territoriale

→Qu'est-ce qu'une coutume à **cette époque** ?

Avant l'an 1000, il était rarement présent dans les écrits, seulement dans quelques ouvrages. XIe siècle, il devient plus courant d'usage.

C'est une évolution importante : la coutume est plus fréquemment utilisée car employé pour désigner les obligations ou charges données par un seigneur, imposé aux habitants d'un lieu donné. Notamment en référence à la redevance, au pouvoir de commandement d'un seigneur (=Les prérogatives seigneuriales du seigneur à ses habitants au sein de la seigneurie).

Ex de redevance : **Pain de l'ours** = combat entre un ours et des chiens : lourse est ramenée de voyage par le seigneur, et la redevance des habitants au seigneur est marquée à travers le pain de nez pour que le combat puisse continuer.

Rédaction de **charte de franchise** (dans les communautés urbaines et rurales)



-Dans l'urbain : limitation et abolition seigneurial considéré comme trop récente (« mauvaise » coutume), ou trop pénible ; et abolition de certaines incapacité personnelle, comme la liberté personnelle (maintenant reconnu et donné aux habitants urbains, grâce à ces franchises).

-Dans le rural : charte d'affranchissement dans ces communautés rurales, c'est I siècle de défrichement où on étend les terres.

Il y a donc un phénomène d'immigration afin d'obtenir ses libertés.

C'est charte de franchise, urbaine ou rural, régissent les rapports seigneur/hommes, ainsi que les rapports verticaux. Cependant pas les rapports horizontaux, c'est-à-dire entre les hommes qui vivent au sein d'une même seigneurie, régi par les usages des compétences locales.

→ **Évolution brusque**, dès le **milieu du XIe siècle**

Les coutumes sont des ensembles de règles qui s'attachent aux rapports juridiques entre particuliers. À présent, c'est du droit privé. Au départ, les coutumes étaient dans plusieurs domaines, mais surtout dans le droit de la famille. Ce sont des usages qui se sont forgé de matériaux anciens. C'était des usages qui correspondaient à des pratiques, et parfois des solutions nouvelles.

Usage se note d'abord dans un cadre restreint, fort familial avant de s'élargir et de s'harmoniser dans un cadre plus large. Les usages deviennent coutume, et se transmettent à l'oral.

Selon Revigny, « la coutume est à droit n'en écrit kiné de l'usage, lequel n'est qu'un fait, comme l'effet provient de la cause ».

Les coutumes se caractérise par quatre points :

1°- Le droit territorial, qui s'inscrit dans un ressort précis, c'est-à-dire dans un territoire où s'exerce le pouvoir du seigneur. On parle de **poesté seigneurial**.

Parfois le territoire est plus vaste qu'une simple seigneurie, c'est le cas pour la Normandie qui est une zone politique unifiée. La dislocation du territoire est moins intense qu'ailleurs car la structure politique s'est mise en place pour résister à cette dislocation. Il faut alors chercher une coutume au niveau régional. C'est la coutume de Normandie.

2°- Le droit non écrit, qui est un usage informulé de conduite sociale, s'impose par sa propre force. Ces usages sont fréquemment formulés sous forme d'adages (= sorte de proverbe juridique facile à la mémorisation).

3°- La coutume dû à la « fuite du temps », qui se forme dans la durée et implique une répétition (une fois n'est pas coutume). Les juristes de droit posent la question : « combien de temps faut-il pour qu'un simple usage devienne coutume ? ».

Elle se prescrit pour 10/20 ans (si régler par le droit romain) et 30/40 (si contraire au droit romain). La coutume qui existe depuis si longtemps que nul n'a mémoire du contraire, c'est la **coutume immémoriale**.

4°- Le consentement de la population, qui secrète par le tissu social la coutume, qui doit donc droit populaire. L'acceptation du groupe social engendre une force contraignante pour chaque membre du groupe, un individu isolé ne peut enfreindre la coutume, mais peut la modifier ou la faire disparaître. La jurisprudence devient donc indispensable, car le juge ne crée pas la coutume et joue un rôle important dans un système coutumier.

La coutume présente des avantages et inconvénients :

Avantages :



C'est un droit qui peut évoluer avec le temps en fonction des besoins de la société, et qui généralement ne rencontre pas de résistance de la part de la population.

Inconvénients :

La coutume peut évoluer mais elle reste orale et donc imprécise. Les adages sont laconiques et parfois difficile à interpréter, ce qui fait que la coutume peut s'avérer incapable de régler rapidement de nouvelles situations. Elles apparaissent vite et sont multipliées à la suite de la dislocation territoriale. Cela a un impact sur les coutumes et leur étendue d'application.

On peut mettre en évidence trois cas de figure :

1°-Des zones politiquement unifiées : on ne trouve qu'une seule coutume : celle du territoire. Dans ces zones la solidité des fondements politique du duché ont limité les effets de dislocation territoriale, les prérogatives sont restées à l'échelon supérieure

2°-Des zones politiquement morcelées : Comme l'Ile-de-France, on assiste à une sorte de coexistence de multiples seigneuries avec le domaine royal. Il y a donc de nombreuses coutumes, et sont diverses dans des ressorts peu étendus. Cela résulte de la faiblesse du pouvoir royal et de la force des seigneuries locales.

3°-Des zones médianes : Comme la Bretagne ou la Bourgogne, on trouve des coutumes régionales et locales. Il y a un État fort mais il n'a pas empêché la dislocation, il va donc se fixer progressivement pour désigner la coutume d'un village, d'une contrée afin d'être rattachée à des entités juridique précises comme le duché de Bretagne.

A partir du XIIIe s, les coutumes régionales seront qualifiées de générales et forment le **droit commun de la province**.

Autour de l'an 1000, le mot coutume fait état des relations entre les seigneurs et les sujets de ces seigneurs, et établit des obligations ou des charges aux habitants d'un lieu donné.

Dès le XIIe s, on rédige des **chartes de franchise** afin de circonscrire de telles coutumes. Profitant d'un essor économique, certaines communautés urbaines ou rurales vont obtenir de leurs seigneurs l'abolition de certaines mesures considérées comme trop pénibles ou trop récentes (=mauvaises coutumes), comme nous l'avons déjà dit.

Les anciens systèmes juridiques deviennent inopérants à une certaine époque. Les lois nationales sont tombées en désuétude et la population se dote de nouvelles règles à partir de bribes de l'ancien droit, vestige du bréviaire.

B. Une géographie coutumière

La notion de **géographie** est essentielle lorsque l'on parle de coutume. La coutume correspond à un **droit territorial** et est inscrite dans un ressort précis. La zone géographique dans laquelle s'applique une coutume donnée prend le nom de **ressort**. Aujourd'hui on parle de ressort judiciaire.

La coutume peut être locale ou régionale lorsqu'elle est territoriale.

Locale = elle peut s'appliquer à une simple communauté villageoise

Régionale = elle peut s'appliquer à une étendue géographique beaucoup plus large qu'une simple communauté villageoise.

Dans les zones politiquement morcelées, il y a une **juxtaposition de coutumes locales** avec peu de ressort. En revanche, dans les zones politiquement unifiées, on a qu'une seule coutume régionale. C'est la **coutume du duché**. Dans certaines régions il y a des coutumes à la fois locales et régionales.



Au XIII^e s, les coutumes intervenant au niveau de la province seront qualifiées de **générales**, et celles locales de **particulières**.

Les coutumes « générales » constitueront le **droit commun de la province**, et les coutumes particulières constitueront un **droit d'exception**.

Il faut nuancer la notion de territorialité : les coutumes ne sont pas toujours territoriales, elles peuvent être propres à certaines catégories de personnes/certaines matières/types de biens.

Ce mot géographique permet de mettre en évidence le fait que la coutume n'est pas la seule source juridique du royaume à l'époque qui nous intéresse.

La France est un pays divisé entre le droit écrit et le droit de coutume. Cette séparation est géographiquement établie, mais cette ligne de démarcation entre le nord coutumier et le sud écrit appelle deux remarques :

→ Le **partage n'est pas strict** : le nord n'a pas ignoré le droit romain, même si son influence est bien plus faible. On ressent quand même l'influence sur certaines coutumes notamment dans le droit des obligations. Dans le sud, même si le droit romain prédomine, les coutumes existent également. Ce droit romain n'a pas complètement effacé les coutumes, qui ont fait l'objet d'une mise par écrit assez précoce : il existe dans le sud des centaines de coutumes (certains auteurs avancent même le chiffre de 800 coutumes). Cette mise par écrit est une sorte de réaction populaire contre le droit romain : la population l'aurait considéré comme une menace pour le droit coutumier traditionnel. Il y a un phénomène d'imitation du droit romain dans ces coutumes mise par écrit : les coutumes peuvent donc être marquées par une certaine romanité.

Les actes de la pratique rédigés par des notaires locaux au XIV^e s et XV^e siècle contiennent encore des allusions aux coutumes du sud.

= Les deux droit s'alimentent mutuellement

→ Les **rois de France ne valident pas** cette ligne de démarcation et soulignent le caractère coutumier du droit appliqué dans les provinces du sud. C'est toujours la coutume qui confère aux dispositions des textes juridiques romains leur force obligatoire.

En 1312, Philippe Le Bel s'exprime en ces termes : « 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 tout que coutume conformes à ce droit introduite par l'usage »

Il faut alors assurer l'unité du royaume : la source formelle du droit est ainsi l'usage répété et admis.

La même source dans tout le royaume mais son contenu varie. Ainsi, au sud ce contenu est davantage issu des traditions du droit romain ; et au nord, issu des traditions juridiques orales (mais la source formelle du droit reste la même).

Quel est le contenu de ces coutumes ?

Le contenu précis de ces coutumes est difficile à apprécier tant qu'elles n'ont pas été mises par écrit. A partir de l'étude des coutumes, les auteurs ont pu mettre en évidence des familles de coutumes : elles présentent des caractères communs et cette famille apparaît sur un territoire déterminé. Les différences entre elles sont profondes et il faudra attendre le XVI^e s pour que les juristes comparent les ressemblances et les différences entre les coutumes. Ce sont les **conférences des coutumes** qui établiront la comparaison des coutumes.

=La différence entre sud et nord est donc souple et non stricte.



C. Les conflits de coutume

Selon la règle de la territorialité : chaque coutume n'est applicable que dans son ressort, et 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.

A partir du XI^e s et avec le développement des échanges commerciaux, le principe de la territorialité des coutumes va présenter un inconvénient majeur. Les coutumes peuvent donc être appelées à régler le conflit : « laquelle faut-il appliquer ? » (= **conflit de coutumes**).

Ex. Jurisprudence : arrêt du parlement de Paris de 1315. Ce parlement est appelé à se prononcer sur la validation d'une donation entre époux de biens meublés, où la coutume dit que cette donation est interdite. Cette donation est finalement reconnue comme étant valable, car la coutume utilisée était celle du lieu de domicile matrimonial.

Commence à apparaître à cette époque un droit commun coutumier, notamment dans les écrits de Philippe de Beaumanoir, et dans « **Les coutumes de Beauvaisis** » où il parle de cette notion de droit commun à tous.

Afin de résoudre de tels conflits, la jurisprudence et la doctrine vont élaborer un certain nombre de principes qui vont régir les rapports inter coutumiers, dans la théorie des statuts. Cela notamment en établissant des distinctions :

-Pour les **statuts réels** (en matière immobilière) : On applique la coutume du lieu où se trouve le bien sans tenir compte du domicile des parties en cause (= **territorialité maintenue**)

-Pour les **statuts personnels** : On applique la coutume du lieu de l'individu en cause (= **état et capacité personne**)

§2 : de la tradition orale à la mise par écrit de la coutume

Les conditions de la formation des coutumes et leur oralité rendent la connaissance de leur contenu obscur. Leur application relève donc des difficultés de preuve, qui vont provoquer la naissance d'un mouvement de mise par écrit de ces coutumes.

A. La preuve de la coutume

La preuve de la coutume est difficile à connaître, dû à son caractère oral. (L'incertitude d'une règle coutumière n'est pas forcément liée à un litige). Une affaire est portée en justice nécessite la preuve de cette coutume, et à ce moment que sa difficulté prend de l'ampleur. La charge de cette preuve de coutume incombe au plaideur, c'est-à-dire au demandeur ou défendeur qui invoque la coutume.

Il dispose de plus de deux types de coutumes :

-**La coutume notoire** : considérée comme étant connue et déjà été utilisée par un précédent judiciaire. C'est le juge qui connaît cette coutume, et qui se doit de l'appliquer purement et simplement. La partie au procès qui invoque cette coutume est dispensée d'en apporter la preuve puisque le juge l'a connaît.

-**La coutume privée** : N'est pas suffisante affirmée pour s'imposer au juge, et elle doit être prouvée par la partie au procès qui l'utilise. On procède le plus souvent à une preuve par témoin (=différent entre le sud et le nord).

→ Dans le sud, on privilégie l'**enquête par témoin singulier** : pratiquée de façon individuelle, le juge est isolé de chaque témoin.



→ Dans le nord, on procède par l'enquête par turbe (**tourba** = foule) : elle-même réglementée par l'ordonnance de Louis IX en 1270. Le juge fait appel à des hommes « sages » (=prud'hommes ou tourbiers), qui sont à l'abri de tous soupçons. Ils sont choisis parmi les praticiens du droit et sont réputés être des experts sur la coutume.

Ils sont 10 et prêtent serment de dire ce qu'ils savent, puis se prononcent collectivement sur la teneur ou la portée de la règle coutumière controversée. Seulement l'un d'eux sert de porte-parole pour exprimer la décision collective, qui peut être varié :

-La décision du groupe est unanime : La règle prend le rang de coutume notoire, elle ne devra plus être prouvée à nouveau, et le juge doit appliquer cette coutume à l'espèce en cours.

-La décision du groupe n'est pas unanime : La preuve n'est pas rapportée et la partie doit apporter une autre preuve.

Ce système présente trois inconvénients :

→ Ce système est lourd et conduit à un allongement du procès, car il demande une **enquête individuelle** ou enquête par **tourbe**(=jusqu'en 1667 date de son abrogation par l'ordonnance civile)

→ Il **alourdit les frais** à la charge des partis

→ Il n'offre **aucune garantie** d'efficacité en raison de l'exigence de l'unanimité

B. Les premières rédactions de coutume

ï « Le très ancien coutumier de Normandie »

Le contexte politique joue un rôle important dans ce coutumier. Il comporte deux traités distincts, ce qui explique la présence de répétition. Il fut rédigé par deux auteurs différents à deux époques différentes, avec plus de 20 ans d'écart entre les deux traités. Il est rédigé en latin avant d'être traduit en français.

On y souligne le caractère singulier de la Normandie en coutume, où l'on ne connaît qu'une seule coutume avec des variantes locales.

-1180 : source de querelles entre le roi de France Philippe Auguste et le roi d'Angleterre Henri II. Ce dernier est considéré comme le vassal du roi de France, pour ses terres (= subordination purement théorique).

-1189 : décès de Henri II, c'est Richard qui lui succède. L'entente avec le roi de France est cordiale. Richard est fait prisonnier durant les croisades, et le roi Auguste fait tout pour qu'il ne soit pas libéré, notamment en se rapprochant de son frère Jean Sans terre.

Après la libération de Richard, Jean Sans terre rejoint le camp de son frère.

-1199 : décès de Richard, ces gens qui s'emparent de l'héritage des Plantagenêt. Philippe Auguste attaque la Normandie, et plus précisément la ville d'Évreux. Il fait sécession, et j'en accepte de leur rendre hommage et accepte de conserver le comté d'Évreux.

C'est le premier traité formant le très Vieux coutumier de Normandie, car l'avenir s'annonce incertain pour la coutume de Normandie. Il décide de mettre la coutume par écrit afin de conserver et de sauver l'avenir grâce à la rédaction.

Le traité de 1199–1200 est rédigé à Évreux, et selon certains auteurs c'est le traité emprunt aux droits Plantagenêt.

La situation évolue assez vite entre 1218–1223 (= de rédaction du deuxième traité).



Le lendemain de la comice des terres de champs, en 1190, ils enlèvent Isabelle d'Angoulême qui était fiancé à Hugues IX (= vassal de Jean). C'est donc un affront à son vassal qui se retourne vers son suzerain, c'est-à-dire Philippe Auguste roi de France, qui doit alors en juger.

-Philippe Auguste réalise une commis de terre, prononcé le 28 avril 1202, et Jean Sans terre perd ses terres.

-Philippe Auguste entreprend ensuite une conquête de la Normandie : en 1204 elle est entre ses mains. Il ne fait que se substituer au duc de Normandie officiellement, mais les institutions judiciaires restent en place.

Dans ce contexte, Anne-Claire entreprend de rédiger un deuxième traité, destiné à compléter le premier afin de protéger le droit normand.

Ce très ancien coutumier de Normandie, est une **rédaction purement privée** et n'est pas l'intervention de Philippe Auguste. Il aura une influence durable.

ï **Conseil à un ami** (1253-1250),

=par Pierre de Fontaine

Il porte sur les coutumes du Vermandois, dont Pierre a été expulsé. Les juges connaissent mal les coutumes du Vermandois, et « se prononce ainsi elle aveuglette ».

Pierre lui-même ne connaît toujours pas la règle applicable.

ï Livre de justice et de Plet (entre 1259 et 1270),

=par Philippe de Rémi, bailli du Gâtinais, père de Beaumanoir

Il y a de l'argent pris au droit romain, que l'auteur tente de dissimuler en faisant en tant qu'auteur contemporain/ propos de juristes romains.

Les éléments sont repris par Geoffroy de la chapelle, emprunté aussi à des décrétales ou ordonnances royales.

ï Coutume de Beauvaisis (1279-1283)

= par Philippe de Beaumanoir

Pour de nombreuses auteurs, c'est l'un des plus grands ouvrages de droit coutumier médiéval. L'auteur est bailli de Clermont, et apporte donc ses coutumes et œuvres de doctrine : en comparant la coutume de Clermont avec les coutumes voisines, ou bien en commentant les articles de Clermont.

Pour Paul Gilde, Beaumanoir est le premier grand juriste consultant français.

● **SECTION 2 : l'essor de la loi**

On peut établir un constat : le concept même de la loi a disparu à cause de l'effondrement de l'État, et de l'apparition des principautés, puis des Seigneurie.

Au XIIe s, la renaissance lente de la loi est à lier à la montée en puissance de la royauté : La législation royale reflète les grandes lignes de l'histoire de la royauté, et repose les fondements théoriques tout en de me rend timide

§1 : la lente renaissance royale



Le roi et le simple seigneur depuis 1287- règne Capétiens.

Le système féodal vassalique fait que le roi est un acteur qui se met au sommet de la pyramide féodale. Au fil du temps le roi s'émancipe en créant du droit et en faisant une loi qui prend plusieurs formes.

A. La législation royale : une émancipation progressive du système féodo vassalique

→ 1^{er} temps (Xe – milieu XIIe s) :

Dans un contexte où la royauté est affaiblie par la féodalité, les domaines royaux (= où est exercer son autorité) ne correspondent plus aux limites du royaume.

Le roi n'est plus en mesure d'appliquer ni d'adopter des règles générales et impersonnelles. Il ne peut plus faire la loi. L'ordre relève de la coutume, qui est locale et dont l'autorité découle de l'ancien pays. De plus, le roi dispose de possibilité de prendre des actes à portée juridique (comme toute autre seigneur). C'est le fruit de son **pouvoir de banc**.

→ 2^{eme} temps (milieu du XIIe - XIIIe s) :

Le premier acte royal revêtant un caractère législatif est adopté par le roi Louis VII ayant pour but de stopper les querelles et violences en mettant en place une paix générale de 10 ans pour tout le royaume. En 1155 : Un **acte législatif de portée général du roi** est promulgué, après plusieurs siècles de silence.

Cet acte s'impose à l'intérieur du domaine royal mais pas au-delà des limites du domaine. Son application se heurte à la médiatisation féodale en vertu de la maxime « le vassal de mon vassal n'est pas mon vassal » ; le seigneur roi n'a donc pas de prise directe sur les arrières vassaux, seulement sur ses vassaux immédiats. Il se heurte là à l'autorité normative des autres seigneurs qui sont souverains dans les limites de leur sphère de domination. Pour que le roi puisse légiférer sur leur terre et que la loi puisse s'appliquer à l'ensemble du royaume, ces seigneurs doivent donner leur **assentiment**.

Le roi doit réunir sa cour, composée des grands vassaux du royaume, qui discute du texte puis l'approuvent.

→ 3^{eme} temps (XIIIe - XIIIe s) :

Deux évolutions successives au cours de cette période :

-A la fin du XIIe s, la législation royale commence à prendre le pas sur les lois féodales des seigneurs. A la fin du règne de Philippe II Auguste, le roi affirme de plus en plus sa souveraineté et commence à s'émanciper du contrôle de ces grands vassaux.

Ex. **Ordonnance de Louis VIII** en 1223 qui s'appliquera tant à ceux qui ont consenti qu'à ceux qui n'ont pas consenti à cette ordonnance. C'est une évolution par rapport à 1155.

-L'assentiment des grands vassaux pour les ordonnances générales restent nécessaire mais à présent l'assentiment de la majorité suffit. C'est la **fin de la règle de l'unanimité**.

En pratique, le pouvoir législatif du roi est loin d'être autonome, il ne fait que légiférer sur son seul domaine royal. Son pouvoir législatif demeure limité.

→ 4^{eme} temps (fin du XIIIe s) :

La royauté est marquée par une période charnière, notamment avec le règne de Philippe Le Bel qui fait évoluer la reconquête du territoire royal et les pouvoirs législatifs.

Désormais le roi peut éditer des textes normatifs qui ont force obligatoire et autorité sur l'ensemble du territoire. Il cherche à imposer à l'ensemble du royaume une législation porteuse d'un ordre juridique uniforme devant faciliter l'édification de l'État.



Après ces quatre époques, les actes normatifs émanant seulement du roi, qui a le monopole de la loi et légifère sur l'ensemble du royaume

B. Les différentes formes de loi du XIIe au XVe

Jusqu'au XIIe s on a assisté au silence du pouvoir royal, c'est-à-dire du pouvoir législatif du roi. Ce pouvoir au niveau européen, est tombé en désuétude dès le début de l'IXe s et ne réapparaît qu'au début du XIe s, avec l'empereur Conrad II qui promulgue la première loi impériale en 1037.

En France ce silence est dû à la féodalisation du territoire, et le phénomène d'élargissement est lent et progressif. Le roi n'est plus la seule autorité publique car elle est passée aux mains de grands princes territoriaux (=seigneurs qui se sont accaparés les prérogatives royales), qui dominent de vastes territoires et prennent des mesures législatives (générale et permanente pour leur territoire).

Ex. **Hugues Capet** : n'a pas le moyen d'imposer ses lois et de faire ces lois. Sa chancellerie est très modeste et peu organisée, et ses mesures se heurtent à la médiatisation féodale. Il est considéré comme un simple seigneur n'ayant de prise que sur ces vassaux immédiats, et pas sur ces arrière vassaux ou leurs sujets : « **le vassal de mon vassal n'est pas mon vassal** ». Cet adage s'applique encore en 1155 lors de la reprise du pouvoir législatif par la royauté.

La première re-manifestation du pouvoir législatif est traditionnellement attribuée à **Louis VII**, à partir du milieu du XIIe s, puis renaît avec l'appui des Grands mais devient limité.

-10 juin 1155 : assemblée de grands se tient, composée des grands représentants du clergé et de grands laïcs (sauf ceux du clan des Plantéganeux) ; Le roi Louis VII ordonne par le verbe royal une paix pour 10 ans pour l'ensemble du royaume. Il est désormais interdit de s'en prendre aux églises, aux paysans. La portée territoriale est donc liée à un pacte entre le roi et les grands lors de cette assemblée.

Ce sont ces « grands » qui assureront le respect de cette ordonnance sur leur terre, et seront juge ordinaire des infractions à la paix commises sur leur territoire.

Le vocabulaire pour qualifier les actes de cette période est multiple et imprécis : le mot « Lex » (loi) = peut emprunter des catégories d'actes du pouvoir romain (décret, édit..) et ceci alors même si le contenu des lois romaines n'est pas connu.

= les termes vagues utilisés jusqu'à la fin du XIIe s, pour qualifier les textes normatifs royaux (écrits, chartes, lettres..)

Il est donc difficile de différencier les actes du roi de ceux adoptés par le seigneur qui ont aussi la capacité normative dans le cadre de leur seigneurie.

Sous **Philippe Auguste**, on voit apparaître deux texte :

-1209 : extrait des parages promulgué avec l'accord du duc de Bourgogne, de comte de Nevers ou de Boulogne

-1214 : traité des douaires = prélèvement sur la succession du mari décédé, à la moitié de ce qu'avait le mari le jour du mariage

Le **coutumier de Tourneuses Anjou** milieu du XIIe s dit : « le roi ne peut légiférer encore à l'époque de Philippe auguste que du consentement de ses vassaux » pour que le texte soit également applicable en dehors du domaine royal. Le roi doit obtenir l'accord des barons pour voir sa mesure appliquée en dehors de son domaine.

=Le roi ne pouvait légiférer sans le consentement de ces vassaux, à l'époque de ce coutumier. Il se contente de l'adhésion d'une partie de son baronnage pour imposer cette mesure à l'ensemble du



royaume. La tendance va dans le sens d'une royauté qui s'impose même à ceux qui n'ont pas décidé d'adopter cette mesure.

A partir de cette époque on voit apparaître différents types d'actes :

-Décisions royales à valeur spéciale : ne dispose que pour une personne ou un groupe de personne à qui le roi confère un privilège, donne un ordre précis ou attribue une grâce

-La loi : les décisions à portée générale traduction concrète de la volonté du roi de légiférer pour tout le royaume parmi les mesures prises, à partir du XIVe.

Évolution confirmée en 1230 Louis IX prend une mesure contre l'**usure**, puis peu à peu on va perdre l'habitude d'énumérer les grands qui ont adhéré à ce texte. Cela n'empêche pas le roi de prendre des mesures que pour son seul domaine royal, avec par exemple le cas de l'ordonnance de 1258, qui met fin à la pratique du **duel judiciaire**.

§2 : les fondements du pouvoir de faire la loi

Il s'agit pour la royauté d'appuyer son pouvoir de faire la loi sur des bases solides. Nous faisons alors face à un phénomène où la législation royale doit pouvoir dépasser la médiatisation féodale. La royauté va s'appuyer sur un fondement double pour justifier sa capacité à faire la loi :

-La notion de ministère royal

-Le droit romain

A. Un pouvoir découlant du ministère royal

Depuis ses origines, le ministère royal porte en lui toutes les justifications d'un pouvoir normatif normalement dévolue au roi. Pour comprendre ce ministère royal il faut voir cette notion à travers trois moments :

1°- Jusqu'à la fin du Xe s :

Qu'est-ce que la notion de ministère ?

Le Ministerium

= sens religieux et est désigné pour la tâche pastorale accomplie par l'église.

L'apôtre Paul est le titulaire de la **potestas** (=puissance) et un **minister dei** (=ministre de dieu) afin de protéger ceux qui agissent bien et punir ceux qui font le mal

=utilisé pour désigner les agents royaux et leurs fonctions au temps de Charlemagne

On assiste à une redéfinition de la royauté : la tâche du roi commence à être définie par rapport cette notion de ministerium que l'on retrouve dans certains décrets comme le traité

« Le roi a pour fonction d'être terres des pauvres, nourricier des orphelins, défenseur des veuves et éducateur de ceux qui sont étrangers et recteurs de tous en vertu du ministère royal ».

Alliance entre l'église et le trône à partir du sacre de Pépin le Bref en 751.

2°-fin Xe - XIIIe siècle :

Les premiers rois capétiens redonnent une nouvelle jeunesse à la théorie du **ministerium regis**.

Abbon de Fleury, conseiller du roi Hugues Capet, dans son œuvre Collection canonique (993) un chapitre à la fonction royale « les ministerio regis » où il analyse les principales prérogatives du roi qui sont selon lui gardien et protecteur du royaume.



Il fait n'est qu'une proclamation de principe car l'autorité du roi demeure alors faible dans le monde féodal

3° - fin du XIIIe :

La souveraineté du roi est affirmée et les juristes se consacrent à définir le contenu du ministère royal, qui s'élargit petit à petit. Le contenu des prérogatives royales est double :

-le roi est un roi protecteur et justicier, de plus en plus législateur, et à l'obligation d'intervenir en matière législative = possibilité du roi de faire la loi car il possède le **ministerium regis**.

B. Le recours du droit romain pour justifier le pouvoir royal

La renaissance de la fonction législative doit beaucoup à l'influence du droit de Justinien qui a été redécouvert en Occident, exploitée à l'avantage de l'empereur germanique Frédéric Barberousse. A partir de là un combat doctrinal va s'engager entre les juristes de cet empereur et les juristes du royaume de France.

Comment ce droit romain va s'imposer pour le roi au niveau du royaume ?

L'empereur dispose du **dominum mundi** (=autorité aussi étendue que celle des empereurs romain), et on lui reconnaît un **absolutif législatif** en l'associant à la **lex animata** (grâce aux extraits tirés de la compilation de Justinien).

Le roi récupère son statut de prince législateur à partir de 1158, lors de la diète de Roncaglia, et il cherche à s'affirmer sur le plan européen par plusieurs moyens :

-Les légistes donnent au roi la **prérogative de légiférer** sur son royaume, en défendent la thèse de l'indépendance du royaume et de l'équivalence parfaite entre le roi de France et l'empereur. Cela est possible grâce aux juristes du pape. En effet, les canonistes veulent mettre un terme au pouvoir de l'empereur ; le pape promulgue en un décrétale dans lequel il précise que le roi ne se connaît pas de supérieur au temporel.

Nous faisons face au roi et papa d'un côté, roi et pape, à l'empereur de l'autre.

-Les légistes affirment que le **roi est héritier** de l'empereur romain, et donc égal de l'empereur.

« Le roi a autant de droit dans son royaume que l'empereur dans son empire ».

En 1204 : Rigord, le biographe royal et conseiller de Philippe II, attribue à ce prince le qualificatif d'auguste.

-Les légistes cherchent à **tirer avantage du droit romain** en transposant les pouvoirs de l'empereur à la personne du roi pour en faire un prince législateur. Des passages de l'œuvre d'Ulpian sont utilisés, notamment sur le fait que le roi est également comme l'empereur l'avait été un prince législateur.

Le roi peut alors légiférer sur l'ensemble de son royaume au nom du **bien commun**.

§3 : les limites et les traits de la législation royale

Le roi dispose dès lors de la souveraineté législative, il a théoriquement toutes les libertés pour modeler l'ordre juridique. Cependant il doit faire face à certaines contraintes.



A. Les contraintes de faire la loi

A partir du XIV^e s, le terme de procédure législative est utilisé.

Le roi ne dicte et ne fait pas les lois seul.

-Du point de vue de la procédure :

Le roi ne légifère pas seul, il doit prendre conseil avant de légiférer et d'appliquer une loi sur l'ensemble de son royaume. Cela se déroule à l'aide du conseil du roi, qui devient un véritable organe de la décision. C'est une réunion comportant les « grands » et les conseillers du roi. Ils ne sont pas obligatoirement tenus de conseiller le roi, qui lui n'a pas d'obligation à suivre ces conseils.

Ce principe garantit une certaine qualité et empêche les décisions trop hâtives ou trop peu conseillées d'être émises.

L'élaboration de la loi n'est pas l'œuvre matérielle du roi, mais celle du chancelier. Lui écrit la loi et conseil le roi.

-Du point de vue du fond

La nouvelle loi ne se justifie que si elle vise à la satisfaction de l'intérêt général. Le roi ne peut intervenir que pour **commun profit** et pour **raisonable cause**.

La loi ne peut être contraire à la loi divine sinon les sujets ne seraient tenus de la respecter, cela en lien avec Aristote.

B. Les caractères généraux de la législation entre les XII^e s et XV^e s

La législation royale demeure relativement modeste, et cela même avec de grands législateurs en tant que roi.

- Tout d'abord, cette législation se concentre principalement sur le droit public (=maintenir l'ordre public), et l'organisation des structures du royaumes (administrations, services publics...).

Le roi étant devenu le gardien de la coutume, il ne peut la modifier. C'est pour cela que la législation ne touche pas trop au droit privé. Cependant, lorsqu'il estime que c'est une « mauvaise » coutume, il peut la modifier, c'est-à-dire lorsqu'elle est contraire aux bonnes mœurs, la loi divine...

- De plus, cette législation est dominée par l'idée de réformation, vers sa forme ancienne. (Réformation = Re formation), concernant les institutions et les possibles abus ou injustices qui peuvent y régner. Louis IX établit la première ordonnance de réformation en 1254, sous forme de loi, afin de restaurer le royaume et mettre fin à abus de ces agents. Cette loi impose un serment solennel très détaillé aux agents du roi (baillis/sénéchaux). Ces réformes permettent avant tout d'apporter des innovations radicales, notamment la mise par écrit des coutumes. Le XVI^e s est un moment important pour ces ordonnances de réformation.

CONCLUSION



Sous couvert de restauration, ces textes confirment en réalité un pouvoir législatif qui améliore, adapte et innove même s'ils ne font pas preuve d'une vraie efficacité comme le prouve la reprise des mêmes dispositions dans des ordonnances successives parfois sur plusieurs siècles.

Si le roi a la capacité législative pour tout le royaume, l'efficacité royale ne suit pas le mouvement.

CHAPITRE 2 : L'émergence des droits savants

La population vit en quasi-autarcie et les échanges sont donc réduits. Le droit n'a donc pas besoin d'être développé dû à ce manque d'échanges.

Du point de vue culturelle il n'y a pas de migration, donc le droit n'a encore une fois pas besoin d'être développé car il n'y a pas de relations juridiques.

Le XIIe siècle est marqué par une révolution commerciale en Flandres et en Italie (Italie du nord), ce qui mobilise le droit qui devient indispensable.

Les premières universités sont à Bologne= **alma mater studiorum** en 1088 ; c'est en réalité plus une école du droit qu'une université. Au XIIIe siècle, c'est la Sorbonne.

On voit donc l'émergence de nouvelles « sources » du droit : le droit savant, le droit canonique et le droit romain, et le droit va se renouveler grâce à de nouvelles méthodes d'apprentissage et de rationalisation des savoirs. Le tout va permettre l'apparition de nouvelles sources du droit

Ce droit savant va progressivement se diffuser dans la société et bouleverser profondément la pratique quotidienne du droit.

• SECTION 1 : Le développement simultané du droit romain et du droit canonique

Pourquoi qualifier de droit savant ?

Ce sont des droits écrits et précis, contrairement à la coutume, mais qui eux aussi vont faire l'objet d'un enseignement à l'université.

Comment se passe l'émergence de ce droit savant ?

Elle va se passer en deux temps : la redécouverte du droit romain, révolution juridique, puis l'essor du droit canonique.

§1 droit romain redécouvert et sujet d'étude

A. La réception et l'étude scientifique du droit romain

→ **Un droit romain toujours présent**

Le droit romain n'a jamais été réellement oublié, c'est plutôt un droit romain altéré et incomplet. Jusqu'au XIIe siècle il est connu par deux billets : des ouvrages mais aussi grâce à l'église :



-**Les ouvrages** : le bréviaire d'Alaric, qui puise certaines de ces dispositions dans le code Théodosien ; le bréviaire connu sous forme manuscrit qu'ils reproduisent ; les compilations de Justinien, peu connu en occident mais tout de même ; et quelques ouvrages qualifiés comme des intermédiaires (les abrégés du code théodosien, compilation de droit romain dont une réalisé par le clergé en Italie)

-**L'Église** : un vecteur de transmission de la romanité, et qui se déclare vivre sous la loi romaine. Les papes font références aux lois romaines

.Grégoire le Grand, pape qui se réfère aux écrits de justiniens ,

.Lettre d'août 603, il fait référence à dix textes du Code Justinien, cinq des Nouvelles, et un fragment du Digeste

→ **Le droit romain : un fournisseur de solutions juridiques**

Les circonstances de la redécouverte du droit romain sont encore mal connues, et plusieurs hypothèses ont circulé concernant le retour du droit romain en Italie, notamment dès le XIIe s. Ce sont de nombreuses fables qui se diffusent.

Les uns racontent que des soldats de Pise auraient trouvé un manuscrit du Digeste lors d'une expédition militaire à Amalfi, caché dans le mur d'une maison incendiée ; Les autres évoquent le rôle de Burgondio de Pise, magistrat de la ville de Pise envoyé en mission à Constantinople auprès de l'empereur byzantin et qui en aurait rapporté un exemplaire des textes romains.

=Nous sommes dans un contexte de réforme de l'Église, mené par le pape Grégoire VII : c'est la réforme grégorienne. Elle permet de remettre en ordre l'Église alors entre les mains des laïques.

=Il y a également le conflit qui oppose la papauté et le saint Empire romain germanique.

En 1076, au Nord de l'Italie, une référence précise au Digeste est donnée lors d'un procès qui se tient à Marturi en Toscane, devant la marquise Béatrice de Toscane. Elle est donnée par Pepo, qui se dit « **docteur en lois** » (=diplômé en droit), et promoteur de la redécouverte du droit romain. On y trouve une référence à « la loi insérée dans les livres du Digeste »

On ne sait pas grand-chose de Pepo, juste qu'il avait une grande connaissance du droit romain. On sait qu'il faisait des explications (=legere) de ce droit romain. Les seules informations nous viennent de son successeur : **Odofredus**, « un certain maître Pepo se mit à faire des lectures sur les lois de sa propre autorité ».

Irnérius, figure incontestée de l'école de droit de Bologne- « lumière du droit » :

-1118 = **maître ès arts**

-1125 = **ludex de Bologne**

Bologne devient capitale européenne du droit à compter des années 1220, et à cette même époque un nouveau juriste appelé Irnerius apparaît. Il enseigne à Bologne et donne des consultations. L'école de Bologne est alors établie autour de ce maître extrêmement important, qui va être le créateur d'une nouvelle méthode d'enseignement du droit : des gloses (=explications des textes de droit romain en suivant leur cours).

Il transfère cela des méthodes qu'il a appris lui-même dans des écoles d'arts libéraux, notamment de grammaire, qui est nécessaires à l'analyse littérale des textes afin de bien comprendre le sens des mots. C'est le début de **l'étude scientifique du droit** avec une méthode, un enseignement public et des écrits. L'école de Bologne va à ce moment se transformer en université.



Le droit et ses juristes sont au service du pouvoir politique : Certains disciples d'Irnerius, notamment les **4 fameux docteurs de Bologne** (Martinus, Bulgarus, Jacobus et Hugo), sont appelés auprès de l'empereur germanique Frédéric Barberousse. Ils doivent le soutenir dans ses prétentions politiques.

A noter : Archevêque de Canterbury appelle Vacarius, pour l'aider à défendre les libertés ecclésiastiques. On a donc la création à Oxford d'une école de droit.

→ **L'enseignement du droit romain**

Au cours du XII^e siècle et à partir de l'Italie, l'étude du droit romain va se propager dans le Sud-Est du royaume de France, puis s'étend dans les autres parties du royaume à partir du XIII^e s. Cela se manifeste par la création d'écoles de droit : Toulouse (1229), Montpellier (1289) et surtout à Orléans (1309) et bien d'autres en France, Italie, Espagne.. également en Europe du Nord et de l'Est. Agrégation des écoles : plusieurs méthodes organisation :

1^{er} moment – 1120 jusqu'à milieu XIII^{ème} siècle

= **l'âge d'or des glossateurs**

La méthode d'explication littérale des textes de droit romain, mot par mot ; il faut en extraire chaque mot et l'explication de celui-ci. Quelques glossateurs importants: Irnerius, les 4 docteurs de Bologne, Azon, Accurse. Chaque glossateur commence par lire l'intégralité du texte – ces leçons s'appellent des **lectures**- on permet à chacun de prendre le texte en note. Après cette lecture, l'enseignement donne l'aperçu général du texte (= la **summa** : sorte de sommaire : vue générale) ; puis vient l'explication détaillée du texte mot à mot.

Cet enseignement débouche alors sur une synthèse résumant les principes juridiques du texte à travers de brefs brocards (règles générales). L'essentiel de cet enseignement a été consigné par écrit sur les manuscrits même des textes romains : ce sont les **gloses**.

À la suite des gloses , un sigle permet d'identifier l'auteur – Ex. AC Accurse.

Ces manuscrits vont passer de mains en mains ou chacun va porter sa propre clause, qui vont s'empiler les unes sur les autres.

Accurse reprend toutes les gloses pour ne conserver que les plus intéressantes, soit les siennes, dans un ouvrage qui s'appelle « **la grande Glose** ».

Cette manière d'enseigner le droit romain, à travers les glossateurs, se diffuse dans toute l'Europe.

2^{ème} moment – XII^{ème} siècle / XIV^{ème} siècle

La méthode des post-glossateurs : le **commentaire de texte**

=Très théorique les glossateurs mais nous avons besoin d'un droit pratique. Avec le remplacement par les post glossateurs, nous avons le développement par les professeurs de droit romain de l'université d'Orléans – **Jacques de Révigny** et **Pierre de Belleperche**

Le problème des gloses : il s'agit plus de compréhension que d'application, or on a besoin de la pratique donc ce n'est pas suffisant !

De plus le droit romain est figé : avec les textes du II-III^{ème} siècle , on n'essaye pas de faire évoluer le texte face aux situations en lien avec les nouveaux enjeux. Les post-glossateurs vont comprendre qu'il



est essentiel de faire selon le contexte contemporains : en adéquation avec les besoins de l'époque, on abandonne le mot à mot pour des commentaires, importé en Italie, cela est fait par un élève Jacques de Révigny – c'est **Cinus de Pistoie**. L'Italie redevient alors le centre des études juridiques. Cette méthode est celle de **Mos italicus**.

De grands noms apparaissent en Italie - la méthode se transforme et prévaut jusqu'à l'apparition de la renaissance humaniste au XVI^{ème} siècle.

B. Les résistances au droit romain lors de sa réception

Grâce à ces 2 techniques (glossateurs et post glossateurs), le droit romain se met à la disposition du politique, et constitue un renfort de préemption de l'empereur contre les rois et contre le pape. Mais ce droit romain a aussi une vie politique locale, et il apparaît comme un véritable instrument d'émancipation, voire de lutte contre les contraintes seigneuriales.

Ce droit romain est utilisé de manière internationale mais aussi pour la politique locale. Il tend à écarter ses coutumes, et offre une solution aux prérogatives seigneuriales : les résistances ne vont pas durer longtemps :

→ La résistance du roi de France

Utilisé par l'empereur contre le roi de France au milieu du XII^{ème} siècle, le droit romain apparaît comme une arme au service de l'empereur germanique afin d'affirmer sa supériorité. En 1219 : pape Honorius III interdit dans sa bulle **Super Speculam** l'enseignement du droit romain à Paris et ses environs ; Cela pour protéger étude de la théologie, concurrencé par le droit romain. Le roi de France, Philippe Auguste, ne réagit pas car il ne veut pas protéger droit dont il se méfie, il aurait même été à l'origine de cette bulle.

Une école de droit apparaît en 1230 à Orléans, mais le roi se rend compte du profit tiré du droit romain lors de la création de cette école vis-à-vis des seigneurs et empereurs. On utilise le droit romain contre l'empereur, mais cela est à nuancer car un siècle à côté du droit, on retrouve des civilistes (=utilisation du droit romain à côté/ parallèle au roi depuis un siècle), alors pourquoi le roi aurait demandé l'interdiction du droit romain alors qu'il en fait usage ?

=Le roi s'entoure de juristes qui instrumentalisent le droit romain au profit du roi.

→La résistance de l'église

Détourne la jeunesse de l'apprentissage de la théologie, mais la papauté va apprendre à son tour à utiliser le droit romain, et va recourir au droit romain afin de faire connaître la primauté de la papauté sur l'empire. De plus, elle va utiliser les techniques de droit romain dans la procédure de l'église, qu'elle va ensuite mêler au droit canonique.

– Vacarius on lui interdit d'enseigner à nouveau en Angleterre, la résistance va être totale et partout (pas uniquement en France).

→ La résistance des populations

Le droit romain est perçu par la population comme une menace pour les coutumes locales. La diffusion des principes du droit romain va rencontrer des obstacles, obstacles qui n'ont pas la même consistance dans le Sud et le Nord du Royaume :

Au Sud :



Jusqu'à sa renaissance, le droit coutumier noue des liens avec le droit romain afin de protéger la coutume. Les populations font la **rédaction du droit coutumier officiellement**. Malgré cette rédaction, le droit romain se diffuse par la pratique, et obtient un rôle supplétif (= le mouvement de romanisation prend le pas sur les coutumes locales), et le vocabulaire est l'héritier direct du droit romain. A présent sous une forme romaine, on assiste à des changements sur le fond même du droit et de l'évolution de la forme des actes juridiques. Il y a davantage de références au droit romain pour les solutions juridiques.

Au 14^e siècle, les coutumes rédigées tombent pour la plupart en désuétude, au détriment de l'application du droit romain, et ceci même si le roi persiste à défendre l'idée que c'est la coutume qui confère au droit romain sa force obligatoire.

Romanisation complète du droit méridional = XVI^e s

Au Nord :

A partir du XII^{ème} siècle, le droit romain s'introduit mais l'effet de rejet est immédiat. Au moment où se produit ce choc romain, on assiste aux premières rédactions privées de coutumes. Malgré la mise par écrit de ces coutumes, le droit romain progresse lentement grâce aux patriciens.

A partir du XV^{ème} siècle, le droit romain devient supplétoire mais seulement pour combler les lacunes des coutumes locales.

§2 : Le renouveau du droit canonique

Ce droit canonique se développe avec le roi Constantin, en 312. Même si le droit canonique progresse, il vient dans l'ombre du droit romain, qui lui a la main mise sur la production du droit, par l'empereur. On ne peut donc pas faire concurrence à l'empereur.

Le droit canonique prend un nouvel essor grâce à deux éléments :

-Décisions rendues par les conciles : résolutions écrites et votées par l'ensemble des évêques. Ils prennent le nom de canon

-Législations pontificales : les papes formulent réponses écrites sur les questions des évêques mais aussi de simples laïcs. Ces réponses vont constituer de véritables règles de droit, et on reconnaît un véritable pouvoir législatif au pape, qui monte crescendo. Au XI^{ème} siècle : le droit de l'église s'est formé progressivement pendant près de 10 siècles, mais c'est un droit quasi inchangé par rapport à la période franque. Le pape Grégoire VII décide donc de mener une réforme : **LA RÉFORME GRÉGORIENNE** = remise en ordre du droit de l'église donc une redécouverte de certains textes.

On élabore ainsi une nouvelle et novatrice collection de droit canonique, dont la plus importante sera le décret de Gratien

A. Le décret de Gratien

Au XI^{ème} siècle, le droit canonique est un droit de source vivante. Les canons continuent d'être votés par les consuls, et des décrétales sont édictées par les papes.

Les textes de droit canonique sont regroupés en collections qui annoncent quelques difficultés car ils n'ont aucune valeur officielle. De plus les textes peuvent être contradictoires voire faux, et se veulent droit régional alors que l'église se veut universel.



La **réforme Grégorienne**, qui veut restaurer l'unité de l'Église = 1050 le Pape Louis IX défend la primauté de l'église romaine sur toutes les églises ; aussi Grégoire VII, qui interdit toute investiture laïque ou séculière.

Théocratie pontificale = en 1140, recueil composé à Bologne, ouvre la science canonique par le **décret de Gratien** = le plan de l'œuvre semble suggérer un travail d'équipe, on sent qu'il y a plusieurs personnes. Probablement vers 1335-1340 à Bologne.

Cette œuvre aurait été réalisée par Gratien, un moine, et dont la composition relève d'une initiative privée, mais reconnue par la papauté : c'est-à-dire à valeur officielle.

Le décret rassemble 4000 textes d'origine et d'époques diverses = Ce décret est novateur car pour la première fois, il ne s'agit pas seulement de réunir des textes. Le texte exact de ce décret est révélateur : son objectif est la « **Concorde des canons discordants** ». Le nom de décret de Gratien lui sera donné plus tard. Le but est d'éliminer les disparités et contradictions entre les différents textes, à l'aide d'un classement méthodologique des anciens textes.

On va retrouver une hiérarchie des sources, et les décisions des conciles œcuméniques vont prévaloir sur les conciles provinciaux ; Le pape est supérieur à l'évêque ; et chaque texte possède un bref sommaire avec le contenu et en indique l'intérêt. Également une conclusion qui tente de concilier les opinions opposées.

La méthode de Pierre Abélard – **pro / contra** = d'un côté tous les textes qui répondent positivement à un sujet.

B. La formation du *Corpus iuris canonici*

Au XI^e s, le droit canonique est toujours une source du droit vivant (canon + décrétales ; collections canoniques).

-Le décret Gratien, vers 1140 : le pouvoir législatif ne cesse de s'accroître, et il y a des décrétales de textes revendiquant avoir le droit dans leur poitrine. Au moment où Gratien compile les sources du droit de l'Église, le pouvoir du pape ne cesse de se renforcer. Ils revendiquent pour eux-mêmes, à l'instar des empereurs romains, un pouvoir législatif exclusif conformément à la formule de l'époque qui veut que le pape ait le droit dans sa poitrine.

L'essor de ce droit pontifical entraîne une profusion de textes : que faire des décrétales postérieures au décret de Gratien qu'on qualifie de Extravagantes ?

- Pape Grégoire IX confie à Raymond de Penafort, ancien professeur de droit canonique à Bologne, le soin de composer une sorte de code officiel sur le modèle du Code de Justinien. Il s'agit de regrouper les décrétales rendues depuis Alexandre III jusqu'à Grégoire IX. C'est les **Décrétales de Grégoire IX**, en 1234. Après cette date, le débit de législation pontificale ne diminue pas, et nécessite l'élaboration de compilations supplémentaires :

- **Sexte**, en 1298, qui est un recueil rassemblant les décrétales postérieures à 1234. Par Boniface VIII.

- Les **Clémentines**, entre 1311 et 1312, recueil comprenant notamment des canons du concile de Vienne. Ordonné par Clément V.

-Les **Extravagantes**, compilations privées qui rassemblent un certain nombre de décrétales rendues entre le XIV^e et le XV^e siècle

Tout au long des XIV^e et XV^e siècle, de nouvelles compilations privées prennent le nom de *deextravagantes*, puis publié au XVI^e siècle, sous le nom de **corpus iurus canonici**.

Corpus iurus civilis = rassemble les sources de droit romain

Corpus iurus canonici = rassemble les sources du droit canonique



(En 1582 : grâce à l'intervention du pape Grégoire XIII, toutes les parties du Corpus se voient reconnaître valeur officielle)

TROISIEME PARTIE : L'unification du droit : la rationalisation des sources du droit (XVe-XIXe s.)

CHAPITRE 1 – La mise sous tutelle des sources non législatives (XVE-XVIIIE S.)

Contexte de pluralisme juridique :

Voltaire, Dictionnaire philosophique : « un homme qui voyage dans ce pays change de loi presque autant de fois qu'il change de chevaux de poste ».

L'État est libéré de sa féodalité et de toutes les sphères de la société, et un renforcement du sentiment national né au lendemain de la guerre de cent ans – conséquences = dès le XV^{ème} siècle, les souverains affirment la prééminence de leurs lois sur les autres sources du droit.

L'idée est celle que seules les sources qu'ils promulguent sont obligatoire, et que les autres sources du droit dépendent d'eux. Le roi acquiert le monopole dans l'édiction du droit positif, assiste à une hiérarchie des normes.

On assiste à l'émergence de l'idée d'un droit national, et d'un besoin d'en harmoniser les solutions ; il y a alors l'émergence de nouvelles notions.

Le droit français , employé au XVI^{ème} siècle connaît un double phénomène ; les sources non législatives sous tutelle de la royauté.

● SECTION 1 : L'ASSUJETTISSEMENT DE LA COUTUME

C'est le commencement de l'affirmation de la souveraineté de la loi. Elle revendique un monopole dans la promulgation de droit positif, au sommet de la **hiérarchie** qui est créé: les lois, et en dessous toutes les sources du droit.

On note également la dépendance du roi, qui va s'efforcer de guider et de contrôler les autres sources du droit, en assujettissant la coutume. Il va vouloir contrôler la coutume, qui régit les relations entre particuliers, et lui imposer des correctifs. Cela se traduit par la mise en œuvre d'un processus officiel de « codification » à travers une mise par écrit des coutumes.

§ 1 – La « codification » du droit coutumier

La coutume est source dominante du droit privé à la fin du Moyen-Âge, et la royauté n'en est pas à l'origine : elle lui échappe par son mode de formation. La coutume devient alors **obligatoire par écrit**, échappe à la population afin de revenir dans les mains de la royauté. Elle impose des correctifs et le contrôle. C'est la poursuite d'un processus officiel de rédaction/ mode codification.



Le roi ordonne la rédaction officielle des coutumes. Tout commence avec **Montils-lès-Tours, ordonnance de réformation sur la justice.**

Entre XIIe et XIV siècle, il y a rédaction au nord et sud du royaume : hormis dans le sud, l'initiative est préfectorale ; évolution avec ordonnance Montils-lès-Tours – rédaction privée dans laquelle le droit édicte et remédie au manque d'unification du droit coutumier en y imprimant sa marque. L'autorité sur le droit coutumier est notable: Le roi devient gardien des coutumes, qui émanent de la population.

A. La rédaction officielle des coutumes (Le roi, gardien des coutumes du royaume)

Xe - XIV^{ème} siècle :

Entre les Xe -XII^{ème} siècle, les coutumes échappent quasi complètement au roi. Le pouvoir du roi a des coutumes faibles, voire totalement nulles. Les populations sont attachées à leur usage et refusent d'innover. Le roi devient alors **gardien des coutumes**

Un gardien = c'est celui qui garde quelque chose, est un simple conservateur et n'a pas le pouvoir de modifier sa coutume ou de l'appliquer la coutume. Les juridictions royales assurent protection

XV^{ème} siècle :

Le roi devient gardien des « **bonnes** » **coutumes** : comment estimer qu'il est gardien de bonnes coutumes ?

Des critères sont dégagés selon une ancienneté établie. Le droit aboli des mauvaises coutumes et le roi va souligner celle qu'il considère bonne, donc suffisamment précise. Cela résulte de cette ordonnance Montils-lès-Tours, décidée en 1454 par Charles VII dans l'article 125. Ce texte législatif repose sur l'idée que le roi est le gardien des coutumes du royaume.

Il s'agit du droit des populations. La procédure s'affine de textes en textes, et renforce le rôle des commissaires royaux (praticiens qui discutent, au niveau local).

L'ordonnance d'Amboise de 1498 établit une procédure nouvelle et plus souple : les intéressés sont rédigés et trouvent à appliquer. La lettre patente est enregistrée par le parlement.

Commissaire royaux – infléchir règles coutumières avec solutions romaines.

Le roi se trouve donc à présent dans la possibilité de porter une appréciation sur le contenu de la règle, mais quels critères pour déterminer que la coutume est bonne ?

→ Coutume ancienne est rétablie

→ Coutume bien acceptée par des populations suffisamment nombreuses, on peut alors écarter la petite coutume, c'est-à-dire celle qui n'est pas respectée par une grande partie de la population

→ Cette coutume doit être raisonnable (notion subjective, qu'est-ce qu'une coutume raisonnable ?)

Celle qui n'est pas contraire aux intérêts des sujets, mais reste quand même subjective.

La rédaction des coutumes va souligner celle que le roi retient comme étant de bonne coutume et les met par écrit, sinon elles sont considérées comme mauvaises.

Montils-lès-Tours qui **s'agit d'une ordonnance de réforme sur la justice** : il s'agit de rendre la justice plus sûre, plus rapide et donc moins coûteuse. De plus, il faut sortir de l'incertitude et des contradictions des droits coutumiers.

Cependant, il faut noter l'inconvénient de la longueur de l'article 125 qui précise cette rédaction, et le fait que la procédure de rédaction est **floue voire incomplète**. Elle ne fait que donner que des principes généraux. Cette rédaction est néanmoins la même pour tout le royaume.



Cette procédure est déterminée par le roi, développant ainsi le renforcement du pouvoir royal.

Les textes sont rédigés par des praticiens, des juristes locaux siégeant dans l'un des tribunaux royaux du ressort de cette coutume. Ils sont chargés de préparer un premier projet par écrit sous la direction en générale du **bailli** ou **sénéchal**. Cela nécessite donc une bonne connaissance du droit local. Ensuite le projet est transmis au grand conseil ou au parlement de Paris.

Désormais, il est interdit d'invoquer la règle coutumière dans une forme différente de celle où elle vient d'être rédigée et décrétée. A partir de Montils-lès-Tours sont par exemple rédigés : les coutumes de Touraine en 1461, et les coutumes d'Anjou en 1463.

Cependant la royauté est obligée d'intervenir à nouveau car il y a très peu de coutume qui sont rédigées après Montils-lès-Tours, et doit revenir plusieurs fois sur cette obligation de rédiger la coutume.

A travers l'ordonnance d'Ambroise de 1498, la procédure est à nouveau précisée, et nouvelle. On va de plus en plus vers un contrôle, notamment par les commissaires royaux.

Les textes sont publiés (ceux de 1497 et 1498) par Louis XII, par une ordonnance de mai 1506, qui ordonne leur exécution. Il met en place une nouvelle procédure qui permet de publier des dispositions coutumières pour laquelle un consensus général est trouvée, sans besoin de promulguer un texte entier.

Deux types d'articles avec l'Ordonnance de 1510 :

-Les articles accordés sur lesquelles les intéressés se sont mis **d'accord**= la règle coutumière claire, rédigé et publié. Elle prend donc la forme arrêtée

-Les articles pour lesquels il demeure **discordes**, mais la procédure n'est pas pour autant bloquée.

La rédaction s'accélère enfin, tout en assurant la maîtrise au pouvoir royal à travers ces agents (commissaire royaux), mais un mouvement de réformation va venir encore modifier cette codification des coutumes. On va par exemple aller jusqu'à supprimer l'**enquête par turbe**, car les coutumes sont à présent des textes officiels.

B. Le mouvement de réformation

Cette royauté ne va pas s'arrêter là. La rédaction des premières coutumes apparaît imparfaite et insuffisante aux yeux de la doctrine et jurisprudence pour plusieurs raisons :

→Il existe encore de graves **discordances entre les coutumes**.

→Les **coutumes écrites n'évoluent plus**, de nombreuses règles coutumières sont considéré comme désuète (dû en partie à l'influence de l'humanisme juridique ou évolution économique)

→Le roi veut montrer sa participation sur l'élaboration du droit.

Le roi va décider de remédier à ces imperfections dès la seconde moitié du XVIe siècle.

La royauté entreprend la révision des coutumes déjà rédigées, c'est-à-dire de les **réformer**, notamment dans le but de moderniser le fond et la forme.

Les états généraux de Blois 1576 réclamaient cette révision au roi, qui accepte (=entreprise de révision). De plus, il faut souligner une évolution quant à la procédure :



= Les commissaires reçoivent la mission de réduire les oppositions entre coutumes voisines et rapprocher ces coutumes, tout en dégagant les principes coutumiers généraux. Certaines considérées comme des code civil provinciaux.

=Plusieurs coutumes/ coutumes voisines, sont alors confiées à un même commissaire.

Ex. La coutume de Touraine ou de Poitou, en 1559 ; Les coutumes de Paris ou Bretagne, en 1589

On alors le développement d'une véritable hiérarchie entre les coutumes :

- les coutumes générales de toute une province (au sommet)
- les coutumes locales

On voit les termes tels que « nouvelle coutume », « ancienne coutume », ou « très ancienne coutume » apparaître. Le rêve d'une seule coutume est même souhaité par la royauté, et on considère désormais que c'est le roi qui inspire vigueur et donc force aux coutumes

Ce mouvement de réformation s'achève à la fin du XVI^e s, malgré l'évolution des pratiques et mentalités entre le XVII^e au XVIII^e siècle.

§ 2 – Les effets de la rédaction des coutumes

La mise par écrit des coutumes et leur réformation constitue un événement fondamental. Il y a donc des conséquences sur la place et l'autorité même du droit coutumier, mais cela crée également les conditions de l'élaboration d'un droit commun coutumier.

A. La consolidation et la pérennisation du droit coutumier

Une coutume ne peut évoluer que en suivant une procédure de rédaction. Selon Guy Coquille (1523-1603), c'est le roi qui « inspire vigueur (=force) de loi » aux coutumes.

La consolidation et pérennisation de droit coutumier peut également se voir grâce à 4 points, et ce jusqu'à la fin de l'ancien régime :

→ Forte **diminution du nombre de coutume**, ce qui renforce les coutumes les plus importantes

→ L'accentuation du **contraste entre pays de droit écrit et pays de coutumes** : dans le sud-est on assiste à la disparition d'un nombre important de coutume locale, notamment dû à la renaissance du droit romain au XVI^e s, le faisant l'emporter sur la coutume.

→ **Accentuation du pouvoir monarchique**. Ces coutumes se rapprochent davantage de la loi dans leur forme comme dans leur fondement.

La coutume : une loi déguisée ? (L'avis de la doctrine)

-NON

Pour Charles Dumoulin et Guy Coquille, la rédaction officielle ne modifie en rien la nature de la coutume. Donc elle tire toujours sa force obligatoire du consentement populaire, même si ces acteurs précisent que le roi autorise et confirme la coutume.

-OUI

Pour Louis Le Caron, la rédaction officielle modifie la nature de la coutume.

Donc, comme la loi, elle tire sa force obligatoire de la seule volonté royale.



B. L'évolution vers un droit commun coutumier

La tendance à l'unification du droit est en marche et la rédaction des coutumes marque une étape importante vers une codification mais qu'elle n'a toujours pas réalisée. En attendant, ce premier pas débouche sur la recherche d'un **droit commun coutumier**.

A la fin du Moyen-Âge, la notion de droit commun (= **ius commune**), est un système juridique commun à l'occident qui s'est construit à partir du droit romain et de commentaires doctrinaux savants. Cette notion au XVI^{ème} siècle, et avec ce sentiment nationale, elle se heurte aux juristes français qui souhaitent droit national (=un droit français).

Le droit commun coutumier est un travail de comparaison, effectué par la doctrine à travers les différents droit commun. Ce **ius commune** repose sur les compilations Justinienne, ainsi que sur les interprétations doctrinales (=les commentaires du droit savant). Les auteurs arrivent à dégager un certain nombre de principes généraux identiques ou du moins comparables et ce sont ces principes qui constituent un fond commun à toutes les coutumes applicables dans le royaume.

La **coutume de paris** devient au XVII^e s l'expression du droit commun coutumier, car elle est au sommet et l'emporte sur toutes les autres coutume dû à sa qualité de rédaction. Charles Du Moulin considérait la coutume de Paris comme étant au premier rang des « coutumes princesses ».

● SECTION 2 : LA SUBORDINATION DES DROITS SAVANTS

Ius commune (droit commun), rappelons que c'est :

- Un système juridique commun à tout l'Occident
- Ce ius commune repose sur les compilations de Justinien et les interprétations doctrinales auxquelles elles ont donné lieu (par la doctrine savante). Mais c'est aussi du droit lombard, du droit, du droit féodal, du droit coutumier...
- L'essence de ce ius commun : le droit romain
- Un droit romain considéré comme la **ratio scripta** (raison juridique écrite)
- Rôle de ce droit commun ? suppléer aux lacunes des autres droits et donc du **ius proprium**

Les droits universels sont le droit romain et le droit canonique, mais ils sont de plus en plus contestés car sont perçus comme des droits étrangers, supra nationaux qui proviennent d'autorité en plus qui n'ont jamais régné en France. Ces deux droits perdurent mais occupent une place secondaire parmi les sources de droit.

§1 - Le déclin du droit romain

Au XV^e et XVI^e siècle, c'est la seconde renaissance du droit romain, mais cela n'a pas les mêmes incidences en France : on va refuser au droit romain comme droit commun. Pourtant tout avait bien commencé pour le droit romain, en effet à la fin du XV^{ème} s/ début du XVI^{ème} s, on assistait à ce qu'on va appeler la **seconde renaissance du droit romain**. La première a eu lieu au XII^e siècle.

Cette seconde renaissance sera plus brève, et son influence est renforcée dans une grande partie de l'Europe, en France c'est donc le contraire, le droit romain se voit refuser la qualité de droit romain et est même ravalé au rang de simple modelé.



A. Le refus du droit romain comme droit commun

Humanisme et renaissance dans l'Europe des XVe – XVIe s :

La reprise de la diffusion des règles de droit romain, notamment grâce au développement de **l'imprimerie**, est l'un des premiers points qui explique cette renaissance. Des praticiens vont par exemple posséder des ouvrages comprenant du droit romain. On connaît donc mieux ces règles romaines qui se diffusent alors à travers toute l'Europe.

Mais ce droit romain connaît également une renaissance intellectuelle, avec son rattachement au courant littéraire : **l'humanisme**. La recherche du véritable droit romain voit apparaître de nouvelles méthodes d'enseignement, et des personnages importants tels que André Alciat (1492-1550), et Jacques Cujas (1522-1590).

La méthode française d'enseignement du droit = **Mos gallicus jura docendi** ; Pour cette école il faut appliquer les compilations de Justinien à la lettre, car c'est un ouvrage qui a été activement préparé et réalisé dans une période de décadence de l'empire.

Pour certains auteurs, les règles tirées du droit romain peuvent contribuer à l'unité juridique de la FR

Critique des juristes médiévaux :

Rabelais: son héros **Pantagruel** a fait des études de droit à Bourges. Pour lui, les prédécesseurs des humanistes: « n'avaient connaissance de langue ni grecque ni latine, mais seulement gothique et barbare...leur style... est style de ramoneur de cheminée ou de cuisiner et marmiton, non de jurisconsulte ». La pire bête noire de Pantagruel est la glose : « les livres des lois... semblaient une belle robe d'or triomphante et précieuse à merveille qui fut brodée de merde ».

-Le droit romain : le droit commun de la France

Pour des auteurs comme **Charles Loyseau** ou **Jean Domat**, il faut considérer le droit romain comme le **droit commun de la France**, mais ils insistent également sur le fait que les règles tirées du droit romain peuvent contribuer à **l'unité juridique du pays**. C'est un droit qui peut tirer la France vers son unité juridique. L'avis sur ce point varie : Tous les auteurs ne partagent pas cet avis.

Dans la seconde moitié du XVI^e siècle, des auteurs comme **Guy Coquille** ou **Etienne Pasquier**, continuent à faire passer le droit romain comme un **droit étranger**.

-Le droit romain : un droit étranger

Considéré comme un droit étranger pour certains, il faut éviter et ne pas le reconnaître comme droit à la France.

Le droit des romains est issu d'un peuple étranger, promulgué par Justinien, n'ayant jamais régné sur la Gaule ; c'est un droit appartenant à une époque révolue, il ne peut donc pas s'imposer en bloquant un autre peuple et un autre temps ; en conclusion, ce n'est pas du droit positif. Il faut lui refuser le rôle de droit commun.

B. Un droit commun abaissé au rang de simples modèles

Le droit permet aux juristes de puiser dans un cas de vide, il sert de réserve en fonction des silences des droits coutumiers, et permet de combler les lacunes.

Cela implique de le déformer, ou de l'interpréter afin de répondre aux besoins de l'époque ;

A. Pasquier « Nous avons naturalisé en notre France, le droit civil des romains »

= ce n'est plus Rome, mais on n'en a fait autre chose



D'autres auteurs de droit coutumier sont contre cet emprunt. Lorsque la coutume est soucieuse, il n'y a pas de droit romain utilisé, mais une coutume voisine est proche.

La deuxième renaissance du droit romain, au sud notamment, nous présente cette source comme principales sources du droit. Cela ne s'applique pas comme droits étrangers, mais est considéré comme une coutume. Ce n'est pas du droit romain de la Rome, mais un droit **adapté, est modifié par la pratique**.

Peu à peu, quand les solutions romaines finissent par être incorporées au droit français, on oublie qu'elle est d'origine romaine.

§2 : la répression du droit canonique

-Le droit canonique se trouve encadré en France

-le développement croissant en matière royale, et non plus par le droit canonique

A. Une application encadré du droit canonique

Pourquoi une régression ?

→ Le développement du **gallicanisme**

= une doctrine soulignant l'indépendance politique du royaume de France, mais aussi de l'indépendance ecclésiastique de l'église française par rapport à la papauté.

→ De moment de naissance du gallicanisme :

1°- Querelle entre le **roi Philippe le Bel** et le **pape Boniface VIII**, sur des questions financières et de compétence des juridictions ecclésiastique. Le roi sort vainqueur, et assure l'indépendance du royaume face à la papauté.

2°- **Grand schisme d'Occident** (1378-1417) : l'Église étant un gouvernable, le roi en profite et la met à la tutelle pontificale, et à la dote de règne disciplinaire. L'église de France est désormais appelée **église gallicane**.

B. Intervention du pouvoir monarchique sur des matières traditionnellement régi par le droit canonique

Le droit canonique est alors considéré comme un droit élaboré en dehors des frontières nationales, c'est donc un droit étranger. Il ne peut plus s'appliquer de plein droit à l'intérieur des frontières nationales. Mais de nombreux textes et règles incorporés dans le corpus issus de ce droit (= **corpus iuris canonici**), est considéré accepté par le roi et est intégré au droit français.

Afin d'émettre de nouvelles règles canoniques, il faut qu'elle soit issue du concile, ou alors provenir du pape.

● SECTION 3 : la domestication de la doctrine et de la jurisprudence



§1 : l'encadrement de la doctrine

A. L'essor de la doctrine coutumière

Apparition le lendemain de la mise à l'écrit des coutumes. Nous avons l'évolution des méthodes d'analyse des coutumes XVIe s.

Dans un premier temps : la **méthode de la glose**, c'est-à-dire qu'ils interprètent. Par la suite, explique sans en faire un exposé général.

Ex. **André Tiraqueau - Charles Du moulin – Bertrand d'Argentré**

Dans un deuxième temps : ensuite ils adoptent une technique propre au droit, le **commentaire**. C'est-à-dire qu'ils font le rapprochement entre les différentes coutumes existantes, notamment les coutumes voisines. Ils arrivent ainsi à dégager l'esprit de la coutume ainsi que la comparaison qui permet de mettre en évidence des principes généraux. C'est la naissance du **droit coutumier commun**.

Ex. **François Bourjon**, dans son ouvrage « **Droit commun de la France et la coutume de Paris réduit en principe** » (1747).

La doctrine parvient à dépasser la diversité des coutumes et cherche à introduire le droit commun et la **notion d'unité**. L'objectif est d'avoir un **fond juridique commun** à appliquer sur tout un territoire.

Ma doctrine est le moteur d'un vaste mouvement en faveur de l'unification d'un droit français et de sa construction. La monarchie va reprendre les termes de droit français pour le globalisé, et il deviendra la législation, la doctrine, la coutume... Au départ c'était juste la coutume.

B. La reconnaissance officielle du droit français

La monarchie diffuse le droit français et en fait sa promotion, par le billet des universités.

-Avril 1679, édit de Saint-Germain-en-Laye : la monarchie reconnaît officiellement le droit français en imposant aux universités l'enseignement du droit français.

Évolution est considérable, le droit français devient une matière à part entière et jouit de la singularité des autres.

- = Le recrutement des Professeurs un roman et canonique se fait par concours
- = le droit français est confié à des professeurs royaux, choisi par le parlement

-les programmes sont établis :

- = étude de la coutume, des lois du roi et de leur interprétation
- = des professeurs rémunérés par le roi
- = un contenu dans saignements contrôler

Ex. Claude de Ferrières, professeur à Reims puis à Paris ; François de Boutaric, professeur à Toulouse ; Claude Serres, professeur à Montpellier ; et Robert Joseph Pothier, professeur Orléans

Tout contribue à préparer les esprits à l'unification du droit, ils forment des générations entières de juristes.

§2 : une jurisprudence sous influence

La notion de jurisprudence remonte au Moyen Âge, et les juges royaux ont deux missions :



- Concernant la coutume, ils doivent écarter les mauvaises, et formuler les bonnes. Cela au nom du roi qui est considéré comme le gardien des bonnes coutumes
- Ils doivent interpréter la loi, notamment quand elle est obscure

C'est juge ne sont que des délégués par le roi, et son pouvoir de justice. Le roi reste au sommet et délègue son pouvoir au parlement.

Le parlement participe à la création de droit, à travers la jurisprudence mais aussi par l'autorité propre royale.

A. La jurisprudence générale

La jurisprudence contribue à l'évolution du droit grâce aux arrêts qui participent à l'unification du droit. C'est le parlement qui s'en occupe, mais il connaît des limites :

→ Ils n'ont pas à motiver leurs arrêts (=comprend que les faits mais aucune explication). Pour des raisons politiques, ils font face à des cours souveraine par délégation du roi afin de pouvoir rendre des sentences. Le roi ne motive pas les cours non plus. De plus, on ne motive pas, on est carte le recours au roi lui-même. Il faudra attendre 1790 pour que les motivations de décision de justice soit obligatoire. Ça sera les **décrets d'assemblée nationale constituante**.

→ Les arrêts ne sont pas publiés, car ils sont interdits par le Parlement sans leur autorisation. Malgré cela, au XVIe siècle, la diffusion des arrêts par le biais de publications privées par des avocats, voire par les parlementaires eux-mêmes.

B. Les arrêts des parlements

On distingue deux types d'arrêt :

-**Arrêt en équité** : Cours se reconnaissent le droit de modérer ou étendre les coutumes selon ce qu'il leur paraît raisonnable. Il a des risques de glisser vers l'arbitraire et vers l'erreur, notamment quand le juge est incompétent.

Ordonnance de 1667 : enlève le droit de juger en équité, suite à de trop nombreux abus

-**Arrêt de règlement** : un arrêt c'est l'autorité de juger en contrepartie du jugement, mais ici l'autorité est à l'égard de tous. On distingue trois types d'arrêts de règlement :

1°- Les **arrêtés rendus lors d'un procès**, qui relève la nécessité d'intervention plus large.

Ces arrêts précise complète les règles de droit issus de coutume ou de la loi du roi. Les arrêts de tranche le procès qui lui est soumis et dispose pour l'avenir, pour tous.

Ils sont de moins en moins nombreux dû au développement de précision des coutumes et des ordonnances, après la fin de l'Ancien Régime.

Il s'applique que dans l'attente d'une ordonnance devant intervenir dans une matière, ou en cas de révolution, mais ce dernier point est critiqué puis interdit par l'article 5 du Code civil 1805.

2°- Les **arrêtés de police**, qui permettent au parlement de compléter l'action de l'administration royale, en prenant des décisions locales. C'est valable que dans le ressort du parlement qui les a rendus.



3°- Les **arrêts à portée politique**, qui sont assez rares mais utilisés lors de périodes de crise politique. Le parlement, essentiellement celui de Paris, est arrangé afin d' avoir le droit de statuer sur le sort de l'État.

Ex. Arrêt Lemaistre : utilisation de cet arrêt en 1793, et précise la portée du principe en matière fondamentale.

CHAPITRE 2 : événement du règne de la loi (XVIe – XVIIIe s)

Le pouvoir législatif du roi ne fait qu'augmenter au cours des trois derniers siècles de l'ancien régime. On distingue alors trois périodes :

- Au **XVIe s**, le roi continue à faire des ordonnances de réformation qui contribue à l'évolution du droit de la structure politique, économique... Les entiers sont réformés.

Ex. **Ordonnance de Villers-Cotterêts**, en 1539 : 192 article présenté, comme mettant en place la réforme de la justice. Elle traite de la police, de la finance, de l'État civil...

L'ordonnance fondamentale apporte des innovations importantes pour l'administration et le droit. De plus, elle instaure une procédure inquisitoire d'office en matière pénale.

=Impose le français dans des actes judiciaires au détriment du latin

= le français ça pose comme langue du droit

- Au **XVIIe s**, apparition de l'ordonnance de codification, par souci de simplification et d'unification. Le pouvoir royal entend réaliser cela, avec des moyens d'unifier le droit. L'unité juridique va se faire avec l'unité politique.

Ce qui participent aux ordonnances : Ex. **Colbert** : principal ministre de Louis XIV (1665-1683), veut réunir toutes les lois en vigueur, et y introduire des mesures et réformes communes à toute la France.

Il y a donc de multiples ordonnances au fil des années : Ex. Ordonnance civile en 1667 ; Ordonnance criminelle en 1670 ; Ordonnance du commerce en 1673..

=Les résultats sont limités. Colbert a surtout réformé la procédure sans oser toucher au fond.

Le **chancelier D'Aguesseau** lui réforme le fond du droit, avec comme but : **l'établissement d'un grand code ou droit civil commun**. Il va promulguer trois ordonnances : une sur la donation en 1730, sur le testament en 1735, et une sur la substitution en 1747.

Le problème est que son œuvre est limitée car il s'occupe des secteurs étroit du droit civil. Considère alors que cette œuvre est restée lacunaire, en lien avec les aspects traités.

- À la **Révolution française**, alors que le mouvement de codification éclaté et a commencé en Europe, les révolutionnaires rêve eux-mêmes de codification en matière civile et pénale :

→ En matière pénale : ils parviennent en 1791 avec un code pénal, à réaliser cette codification. Elle concerne les crimes, il sera complété par des lois de police concernant les infractions et délits.



→ En matière civile : la codification est un échec, malgré une volonté établie tôt. Ex. Loi du 16 et 24 août 1790, qui avait affirmé « le code général sera établi » ; je suis la constitution de 1791 qui avait affirmé « qui sera fait Code civil par tout le royaume ».

Avant 1797, aucun projet ne sera examiné, ou commencer seulement à être examiné par le chancelier d'Aguesseau.

Il y a un rejet pour tous ces projets : le premier date de août 1793, et le dernier de juin 1796.

Échec du projet de codification durant la révolution, pour deux raisons :

-la conjoncture politique ne se prête pas à cette codification

-l'ambition mesurée que la révolution accorde à cette codification

Après la révolution, cinq codes vont être promulgués. Il y a un vaste mouvement de codification :

Le **Code civil en 1804**, le code de procédure pénale (1806), le code Napoléon (1807), le code de commerce (1807), le code d'instruction criminelle (1808), et le code pénal (1810).

LE CODE CIVIL = il est pensé dès les années 1800, lorsque Bonaparte désigne une commission de quatre membres chargé d'élaborer ce projet. La commission est constituée de membres de chaque des profondes tradition juridique de l'époque, et de l'ancienne France :

Portalis et Maleville, issu des pays de droit écrit ; Tronchet et Bigot de Préameneu, issus des pays de droit coutumier.

Après avoir longuement discuté, l'ensemble est finalement promulgué le 21 mars 1804, c'est une œuvre de synthèse avec du droit révolutionnaire (=intermédiaire), et de l'ancien droit (= un romain est coutume). Et on peut y retrouver de l'influence de la coutume, du au fait que les rédacteurs du Code civil ont largement emprunté à l'œuvre de Poitiers (=1/4 du Code civil).