

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne | Faculté de Droit | Licence 1 |
Groupe 3

Introduction historique au Droit

Transcription du cours de M. Warembourg

F. L.
Année universitaire 2007 - 2008

Table des matières

Première Partie : L'héritage romano-canonique : L'utrumque jus

Chapitre premier : La genèse historique du droit romain.....	3
Leçon 1 : Rome et les origines de l'Etat de droit	3
Section 1 : La naissance d'un droit profane	4
Section 2 : Un droit fondateur.....	8
Leçon 2 : L'établissement du droit commun à l'époque classique	10
Section 1 : La création du droit par le préteur (<i>praetor</i>)	10
Section 2 : L'invention du droit par les jurisconsultes	13
Leçon 3 : Le legs à l'Occident d'une législation universelle	17
Section 1 : L'achèvement de l'étatisation du droit.....	18
Section 2 : L'universalisme juridique de Rome	21
Chapitre 2 : L'émergence d'un modèle juridique européen.....	24
Leçon 4 : Les sources des droits savants au Moyen-âge	24
Section 1 : La résurgence des sources romaines du droit.....	25
Section 2: l'Elaboration d'un droit de l'Eglise en Occident.....	28
Leçon 5 : L'Europe du <i>jus commune</i>	33
Section 1 : La renaissance de la science juridique du XIIème siècle.....	34
Section 2 : Le rayonnement d'un modèle universaliste.....	37
Leçon 6 :L'âge des systèmes : l'humanisme juridique	40
Section 1: L'humanisme historiciste : le <i>mos gallicus</i>	40
Section 2 : L'humanisme « systématique » <i>jus in artem redigere</i> : faire du droit un art	43
Partie II : L'émergence d'un modèle juridique français	
Chapitre premier : Le pluralisme de l'ordre juridique de l'ancienne France.....	47
Leçon 7 : La loi du roi	47
Section 1 : La reconquête du pouvoir législatif.....	48
Section 2 : L'émergence d'une législation royale	51
Leçon 8 : Le droit coutumier de l'ancienne France	55
Section 1 : La diversité coutumière de la France	56
Section 2 : La codification du droit coutumier.....	59

Première Partie : L'héritage romano-canonique : *L'utrumque jus*

« UBI SOCIETAS IBI JUS »

Où il y a une société, il y a du droit. L'expérience juridique n'est pas une exclusivité de l'Europe. Un des plus reculés est le code d'Hammourabi, la sainte Torah, le Lévitique ou encore les Dracon, Solon. Les grecs sont les premiers à penser le droit. D'abord sur un mode mythologique. Chez Homère, la déesse Thémis, l'épouse de Zeus, est la déesse de la justice et c'est elle qui maintient l'ordre du monde. La fille de Thémis, Dikê, est la déesse du droit qui est envisagée comme les décisions de justice. Le droit chez les grecs c'est la jurisprudence. Cette différence est fondamentale. Elle prouve une chose, c'est que le droit a des origines certes divines mais le droit peut aussi être une œuvre humaine (Dikê). Or chez Aristote, *dikê* devient une vertu, **la justice**, et le droit pour Aristote, c'est la mise en œuvre de la vertu de la justice qui consiste à rendre à chacun ce qui lui revient.

Athènes était la patrie de la philosophie du droit mais Rome est la patrie de la technique juridique et de la législation. Schématiquement, nous cernons dans 2 chapitres successifs comment naît le droit romain et comment l'Occident européen s'approprie, cette pensée grecque et cette technique romaine.

Chapitre premier : La genèse historique du droit romain

Cadre chronologique : -753 au 6^{ème} siècle après J.C

Leçon 1 : Rome et les origines de l'Etat de droit (8^{ème} siècle avant J.C au 2^{ème} siècle après J.C)

L'expérience de Rome s'étend sur plusieurs siècles, de la promulgation de la loi des XII tables en -451 jusqu'aux grandes codifications des empereurs byzantins dont Théodose et Justinien au VI^{ème} siècle après J.C. Vous constatez le legs de Rome à l'Occident se constitue sur une période de plus de mille ans. Or, le droit de la Rome rurale et républicaine des premiers siècles ne peut pas être celui des empereurs chrétiens qui règnent à Constantinople sur le monde méditerranéen.

En mille ans, le droit romain a donc évolué à des rythmes différents au grès des bouleversements politiques et sociaux que Rome a connu. Le droit romain a ignoré les ruptures brutales. Schématiquement, on divise l'histoire juridique de Rome en trois grandes périodes :

- L'époque archaïque (8^{ème} siècle avant J.C au 2^{ème} siècle avant J.C.)
- L'époque classique (2^{ème} siècle avant J.C. au 3^{ème} siècle après J.C.)
- L'époque postclassique (3^{ème} siècle au 6^{ème} siècle après J.C. pour l'Occident)

Ces trois périodes ne correspondent pas aux trois régimes qu'a connus Rome, i.e. la royauté (-753 à -509), la république (-509 à -27) et l'empire (-27 à 476).

La période archaïque

Elle s'étend des origines de Rome à la fin de la 2^{ème} guerre Punique. C'est une période où Rome se développe autour des 7 collines puis elle commence une expansion dans toute l'Italie par la soumission des tribus et enfin la Méditerranée.

La période classique

Elle correspond à l'ouverture de Rome sur le monde. A l'époque où elle passe des 7 collines à la domination universelle, la maîtresse du monde. C'est la période la plus féconde pour le droit romain. En effet, à cause du développement de la jurisprudence et de la doctrine. C'est une période de perfectionnement intellectuel du droit romain.

La période postclassique

Elle est marquée par le développement d'un certain absolutisme impérial mais surtout par une rupture entre l'Orient grec et l'Occident latin. Au sein de cette unité romaine malmenée, se développe un droit « provincial », propres à certaines provinces romaines qui divergent beaucoup du droit impérial.

En mille ans, malgré ces changements considérables, aucune législation entièrement nouvelle ne s'est substituée à ce qui existait antérieurement, c'est la continuité dans la tradition. Le droit romain a connu des réformes la disparition de certaines institutions considérées comme archaïque, des inflexions assez notables, mais elle n'a connu aucune révolution. Cette stabilité relative tient au fait que l'édifice juridique des romains se développe autour d'un noyau stable. Ce noyau stable, s'appelle le *jus civile*. Le *jus civile* ne correspond pas au droit civil. En effet, à Rome, le *jus civil* comprend le droit public et le droit privé. Il est le « droit de la cité » par opposition aux autres peuples, le *jus gentium*. Ce *jus gentium* se constitue au V^{ème} siècle avant Jésus Christ en synthétisant des coutumes d'origine indo-européenne. Ce *jus civile* survit jusqu'au VI^{ème} siècle après Jésus Christ. Il constitue donc une référence par rapport à laquelle s'édifie tout le droit romain. On peut dire qu'une large part du droit romain postérieur au 5^{ème} siècle avant Jésus Christ se constitue par addition au *jus civile*, par retranchement au *jus civile*, par interprétation du *jus civile* ou par imitation du *jus civile*. Le *jus civile*, c'est le « droit de la cité ».

C'est un droit :

- qui est produit d'une cité et donc pas la création des Dieux
- qui constitue la cité

Le *jus civile* constitue l'ébauche de l'Etat de droit. L'idée est que l'Etat est fondé sur des lois que l'Etat doit respecter.

Section 1 : La naissance d'un droit profane

Selon la légende, la première législation romaine daterait du second roi de Rome, un certain Numa Pompilius au VIII^{ème} siècle avant Jésus Christ. Selon le roi Numa, il aurait écrit ces lois que lui dictait une nymphe nommée Egérie. L'origine sacrée des lois de Rome est explicitée par

le terme *fas* qui désigne le droit. *Fas* vient aussi du bon vieux fond indo-européen qui signifie « dire ». Le droit de la Rome archaïque est considéré comme la révélation des dieux.

Jusqu'au V^{ème} siècle avant Jésus Christ, le droit est donc un véritable arcane. Il doit être protégé comme une véritable réalité religieuse. Sacré le droit romain doit donc rester secret. Il est la propriété des prêtres chargés du culte civique de Rome, les *pontifex*. Or, la fonction de pontife est d'essence patricienne. Les Patriciens sont les héritiers des premiers romains, qu'on appelait des *patres*. La connaissance du droit par les pontifes, les patriciens est le moyen de fonder un système politique, juridique et social dominé par cette classe sociale. Ce système est remis en cause par les non patriciens, les plébéiens. Pour que cesse la mainmise des Patriciens sur le droit il faut que le droit sorte du sanctuaire pour être connu de tous afin que tous puissent en prévaloir.

§ 1 : Le caractère secret du très ancien droit romain

Même si les romains prêtent une origine divine à leurs lois, ces lois ont une origine coutumière qui se perd dans les origines du peuplement de Rome (2^{ème} millénaire avant Jésus Christ). Ce droit coutumier est l'expression des règles claniques des premiers romains, les *patres*.

A. Les anciennes coutumes claniques

Selon l'historien romain Pomponius, les rois de Rome auraient mis par écrit les lois primitives de la cité. Romulus et son successeur Numa seraient les auteurs de ces lois dites « royales ». Il s'agit d'une légende des origines de Rome au 5^{ème} siècle avant Jésus Christ, la source principale des normes sociales est coutumier. Ces coutumes trouvent leur origine dans l'organisation primitive des *gentes*. Les gentes sont des clans qui avaient peuplé les 7 collines de Rome vers le XII^{ème} siècle avant Jésus Christ. Au VIII^{ème} siècle avant Jésus Christ, ces gentes se fédèrent et nomment un roi étrusque. Ces *mores gentius*, ces coutumes primitives, fixent l'organisation politique et familiale de Rome. L'ensemble des Gentes se désignaient par inter étrusques, des *quirites*. Ce roi quiritaire organise la subordination juridique des membres d'une même famille au père de famille *pater familias* qui a un droit de vie ou de mort pour chaque membre de sa famille. Ce droit organise un système de propriété collective des terres romaines. Ce droit régit aussi la transmission des biens. Il édicte un droit pénal rigoureux contre ceux qui ont enfreint la solidarité familiale. Le roi étrusque gouverne la cité assisté d'un Sénat. Sénat composé de représentant des *patres*. Le pouvoir de ce roi est d'essence magico-religieuse. Cela veut dire que ce pouvoir est étroitement lié au culte traditionnel des ancêtres. En cas de litige sérieux concernant l'application des coutumes, on s'adresse au roi assisté des pontifes. Les décisions et les règles qui fondent les jugements rendus par le droit sont regardés comme des principes religieux et donc entourés de secrets.

B. Le secret des formules

A l'époque royale, droit n'est pas synonyme de normes impersonnel. Le droit ne désigne pas une règle, il désigne une situation juridique qui est constitué par l'accomplissement d'un formalisme religieux bien précis. Cette situation s'appelle *jus fasque*. Le *fas* correspond à ce qui est permis par les Dieux, c'est donc le domaine de la liberté humaine.

Le *jus* en revanche correspond au commandement divin, i.e. l'acte par lequel les Dieux mettent leur puissance. Il désigne par prolongement l'accomplissement des rites religieux prescrits par

les Dieux. Le *jus* ne naît pas de l'application des coutumes primitives. C'est le formalisme qui crée le droit.

Ex : La revendication (action qui permet de réclamer son droit de propriété) à Rome est un acte religieux qui s'accomplit devant les pontifes selon le processus du *sacramentum in rem*. Dans cette procédure, les plaideurs doivent consacrer aux Dieux un certain nombre de têtes de bétail qui seront sacrifiées par la partie qui succombe en justice parce qu'il a commis un parjure car il s'est affirmé propriétaire d'une chose dont il n'était pas propriétaire.

L'ancien droit romain est caché dans le sanctuaire des pontifes. Tout acte juridictionnel donne lieu à des sacrifices, des hospices. Le système politique et social romain réserve en effet le pouvoir politique et religieux à une caste, les patriciens. Les formules, les procès demeurent la propriété de ces patriciens puisqu'elles sont l'essence religieuse. La plèbe n'en a pas connaissance.

S2 : La promulgation de la loi des XII Tables

La loi des XII Tables constitue le monument législatif le plus vénéré par les Romains parce qu'il met fin à la société injuste de la société archaïque. Cicéron raconte que les petits enfants apprenaient à lire avec les XII Tables. Cette loi était visée, scellée sur le forum romain gravée sur une table d'ivoire. Cette promulgation était le moyen de résoudre la crise sociale au Vème siècle née entre les plébéiens et les patriciens. Elle fut l'œuvre des magistrats, qui opèrent en même temps une réforme sociale.

A. La crise sociale au Vème siècle avant Jésus Christ

Elle traverse toute l'histoire de la République romaine. Cette crise est née des antagonismes entre plébéiens et les patriciens. La chute du roi Tarquin en -509 a constitué un coup d'Etat qui a mis au pouvoir l'aristocratie patricienne. Or, ce sont les patriciens qui occupent ces magistratures républicaines. Cette domination politique s'accompagne d'une domination sociale. Ce que réclament les Plèbes est d'abord une égalité juridique, devant la connaissance du droit.

En -455, le Sénat patricien cède à l'obstination de la Plèbe. Il accepte de promulguer un corps de loi commune à la fois aux Patriciens et aux Plébéiens. Une commission est instituée, les *decemvirs*. Composée de 10 membres, chargée de rédiger ces coutumes primitives.

En -451, 10 tables étaient rédigées et complétées en -450 par 2 autres tables. Ces lois écrites furent soumises à l'approbation du peuple romain et devenaient les lois du peuple romain. Que composait ces 12 tables.

B. L'œuvre des *decem virs*

C'est une œuvre de codification et de réformation. Les *decem virs* ne se sont pas contentés que d'écrire le droit coutumier, ils adaptent le droit coutumier aux réalités sociales et politiques du Vème siècle. Or, pour mener à bien leur mission, les *decem virs* vont s'inspirer des réformes grecques menées par 2 grands législateurs grecs : Dracon et Solon. 3 commissaires seraient allés en Grande Grèce pour aller les consulter.

Au VIème et VIIème siècles avant Jésus Christ, Athènes a connu une crise comme celle de Rome. Dracon a aussi mis par écrit les lois d'Athènes. Solon avait équilibré la Constitution athénienne trop marquée par le système aristocratique. Très clairement l'idée de mettre par écrit les lois, c'est une

influence grecque sur la loi des XII tables. Certaines dispositions pénales rappellent le droit grec. Le style concis, précis marque le haut niveau de culture des Grecs.

Que contiennent les XII tables ? Elles promulguent les règles matérielles. Mais la loi des XII tables ne promulgue pas les procédures civiles. Les formules du procès ne sont pas dans la loi des XII tables. Il faudra attendre -304 pour que les formules judiciaires utilisées par les pontifes soient rendues publiques. Le droit matériel contenu par les XII tables reste marquée par la religion. Elle continue d'être influencée par la tradition religieuse, le culte surtout. La coutume a quitté le sanctuaire. La loi des XII Tables, est un droit profane (devant le sanctuaire) mais qui a quitté le sanctuaire.

« ITA JUS ESTO » (Que cela soit le droit.)

Cela veut dire c'est la loi qui crée le droit, le droit naît de la loi. La loi est enfin devenue le droit. Elle est devenue le droit de la cité, un droit qui est créé par la cité, on peut parler de *jus civile*.

Section 2 : Un droit fondateur

Jus civile sera synonyme de la loi des XII tables. Comme le dit Cicéron, ces lois seront la source du droit public et privé de la cité. Elle va non seulement fonder les droits revenant aux citoyens et va aussi limiter le pouvoir des magistrats sous 2 aspects, c'est l'acte fondateur de l'Etat de Droit.

§1 : La fixation de l'imperium consulaire

Ce fut une des demandes de la Plèbe au Vème siècle. La loi des XII tables va restreindre les pouvoirs des Consuls. Le *jus civile* devient donc opposable aux magistrats de la cité dans la mesure qu'il peut être invoqué par tous. Il limite la souveraineté consulaire.

A. La souveraineté consulaire originelle

Après la chute de la royauté en -509, deux magistrats, les consuls récupèrent la souveraineté royale. Ce pouvoir d'origine étrusque s'appelle l'*imperium*. Il comporte 3 dimensions :

- Au plan juridictionnel : La période du consul lui permet de mettre à mort qui il veut. Le consul définit lui-même les crimes punissables de mort.
- Au plan administratif et militaire : Les consuls, les magistrats jouissent d'un pouvoir global, total, souverain et sans limite. Les Grecs désignent les consuls comme le magistrat aux 12 haches. Cette symbolique des haches établit que le Consul a le pouvoir de mettre à mort quiconque lui désobéit au plan administratif et au plan militaire.

B. Les restrictions posées par le *jus civile*

La loi des XII Tables va prévoir une restriction majeure des Consuls. Les Consuls deviennent incompétents en matière criminelle, seul le peuple romain pourra désormais juger les cas criminels donnant lieu à la peine de mort, ceci après la phase de l'instruction des Questeurs. Or, la loi des XII Tables définit avec plus de précisions, les cas punis de mort. Le peuple romain pourra simplement à présent définir et punir de mort certains crimes politiques.

La loi des XII tables constitue une étape très importante. Le droit limite la souveraineté des magistrats de la cité. Le pouvoir politique est encadré et subordonné. Ce n'est plus la volonté arbitraire d'un magistrat qui crée le crime juridiquement, c'est la volonté de la cité, du peuple romain. Comme dit Pomponius, les *decem viri* ont définitivement créé la cité fondée sur les lois.

§ 2 : La primauté du *jus civile*

Un droit d'origine jurisprudentiel et doctrinal va se développer à côté de la loi des XII Tables. Le *jus civile* demeure presque intangible jusqu'au VIème siècle après Jésus Christ. Il va seulement être corrigé ou être supplanté par d'autres sources du droit.

A. La vigueur du *jus civile* originel

Il se caractérise par sa rigueur et son formalisme.

Le formalisme, de son origine magico-religieuse, le *jus civile* a conservé une certaine tendance de faire dépendre la validité d'un acte juridique d'une certaine formalité.

Ex : Le consensualisme est presque inconnu de la loi des XII Tables. En effet, les parties au contrat doivent comparaître personnellement et prononcer des paroles bien déterminées pour que le contrat soit conclu. Chez les Romains, c'est la formalité qui crée la règle de droit, c'est le fait de prononcer les paroles sacramentaires.

Le transfert des biens de valeurs s'effectue aussi en suivant un formalisme sacramentaire. Dans le cas du contrat, l'omission d'une cérémonie entraîne la nullité du contrat ou du transfert. Dans la loi des XII Tables, des actions pénales pour poursuivre ceux qui ont saccagé les cultures.

La rigueur, on la retrouve chez Dracon.

Ex : La sanction de l'inobservation des obligations sont rigoureuses. Le contrat crée un lien de droit, en latin une *obligatio* (lié par une chaîne, une corde). Si celui n'exécute pas son obligation, le créancier est fondé de mettre la main sur lui et à le vendre en esclave.

Ex : Le père de famille peut être rendu débiteur par le fait d'un de ses enfants, il peut vendre son fils. Les enfants ne possèdent pas de personnalité juridique à Rome aussi longtemps que vivent leurs ascendants.

Ex : Le mariage à Rome. Le mariage fait tomber la femme sous la dépendance juridique de son mari. Si son mari a encore son père vivant, elle est sous la tutelle de son beau-père.

Cette rigueur va sembler inadaptée même si le *jus civile* reste stable, cette stabilité reste relative.

B. La stabilité relative du *jus civile*

La Rome républicaine légifère peu en matière de droit privé, seulement une vingtaine de lois en matière en droit privé en 500 ans.

« Le peuple romain est plus un peuple de juristes que de législateurs. »

Les lois à Rome sont rédigées par un Consul puis soumises au Sénat et enfin votées par le peuple romain. SPQR. Or, les assemblées des peuples romains sont réticentes à accorder des lois, elles considèrent que les lois peuvent tomber en désuétude et qu'une coutume contraire puisse s'installer. Néanmoins certaines lois interviennent pour corriger la loi des XII Tables en matière de responsabilité civiles afin d'élargir les cas où une personne engage sa responsabilité. Une loi restreint la liberté testamentaire absolue du père de famille. Il va falloir aussi adapter le droit à l'ouverture de Rome sur le monde. Le commerce juridique ne se limite aux Romains eux-mêmes, ils commercent de plus en plus avec les étrangers qui ne peuvent pas utiliser le *jus civile*. Un certain nombre de contrats vont pouvoir être conclus entre romains et étrangers. Des contrats vont pouvoir être écrits sur le principe du *jus gentium*. On assouplit le pointillisme des formalités pour agir en justice (on peut utiliser le grec). Les paroles utilisées n'ont plus besoin d'être aussi rigoureuses qu'avant. On assouplit la rigueur du droit civil, le père de famille ne pourra plus que vendre que 3 fois son fils, au-delà il est émancipé.

Rome fonde un *jus civile*, un droit de la cité, un droit qui fonde la cité sur la loi.

Leçon 2 : L'établissement du droit commun à l'époque classique

C'est l'époque qui va du II^{ème} siècle avant J.C au III^{ème} siècle après J.C. La loi des XII tables ne traite que quelques questions de droit. Elle est donc lacunaire. Or les sociétés romaines s'ouvrent plus largement au monde méditerranéen à mesure que la domination romaine universelle. Ces bouleversements politiques aboutissent à de profonds changements économiques et sociaux qui soulignent de façon plus nette de la vétusté du *jus civile*.

Les évolutions les plus durables et les plus profondes du droit romain ne seront pas l'œuvre de la loi mais des praticiens, i.e. les magistrats et les conseillers juridiques. Ceux-ci vont adapter le droit aux changements que connaît le monde romain. Ceci en protégeant des situations nouvelles ignorées par la loi des XII Tables. Ils vont adapter le droit au monde changeant en faisant coïncider les solutions juridiques avec l'équité. Précisément dans une époque où la morale stoïcienne pénètre le monde romain grâce aux échanges entre Rome et la Grèce.

Or, à partir du IV^{ème} siècle avant J.C grâce à l'évolution du système politique et judiciaire romain, le travail d'interprétation et d'adaptation du droit s'accélère. La création d'une nouvelle magistrature, celle du préteur, s'accompagne d'une révolution du procès romain. Parallèlement apparaît la profession de conseiller juridique, de *jurisconsultes*. Les jurisconsultes sont les connaisseurs du *jus civile* qui sont intellectuellement capables de porter un regard critique sur ce *jus civile*. Ils peuvent donc dans leur consultation proposer une lecture nouvelle de cette loi et imaginer des solutions originales. C'est pendant le procès où se rencontrent l'autorité publique du magistrat, et l'autorité rationnelle du jurisconsulte. Cette rencontre va surtout expliquer l'incroyable croissance du droit romain à l'époque classique. Le droit comme science naît à cette époque. Jusqu'à présent, on a une législation, maintenant une science à part entière.

Section 1 : La création du droit par le préteur (*praetor*)

Après – 509, le pouvoir absolu des rois a été dévolu à 2 consuls, la magistrature est à l'origine de la République romaine. Ces 2 Consuls, assument une fonction judiciaire qui est un des aspects du pouvoir d'imperium consulaire. Or, en -367 est créée une nouvelle magistrature, le *praetor urbanus* car c'est le préteur de Rome. Il possède un pouvoir d'imperium donc un pouvoir juridictionnel.

A partir de -367, le préteur connaîtra les litiges entre les citoyens romains. Mais Rome s'ouvre sur le monde et donc beaucoup de non Romains s'installent à Rome. C'est pourquoi en -242, est créée un autre *praetor peregrinus* parce qu'il connaît des litiges entre non Romains ou lorsqu'un non Romain est parti au procès.

Ces 2 préteurs vont profondément déterminer l'évolution du droit romain dans le cadre du déroulement du procès.

§1 : Le procès civil à l'époque classique

Les grandes lignes du procès romain ont été définies par la loi des XII Tables. Il comprend 2 phases, l'une devant le préteur, l'autre devant un juré. Entre -149 et -126, une loi va assouplir la procédure issue de la loi des XII Tables. Une nouvelle procédure est créée, une procédure formulaire en raison d'un petit écrit rédigé par le préteur. C'est l'usage de ce document écrit par le préteur qui va être l'outil au moyen duquel le magistrat va faire évoluer le droit pendant toute l'époque classique.

A. Les deux phases du procès romain

La première phase est la phase *in jure* (en droit). Le plaideur qui a cité son adversaire en justice doit l'assigner avec lui devant le préteur. Dans le cadre de la loi des XII Tables, les parties devaient prononcer des paroles rituelles et accomplir des gestes prescrits sous peine d'invalidité de l'assignation en justice. Dans le cadre de la procédure formulaire, les parties se contentent simplement d'exposer leurs moyens, leur demande devant le magistrat, le préteur. Le magistrat apprécie la recevabilité de l'action puis rédige sa formule où il mentionne les demandes des parties et leurs moyens. Cette liberté là permet l'intervention d'un avocat. Le préteur désigne le juge qui sera chargé de trancher le différend. Ce juré est proposé en général par un accord entre les parties. A Rome, le magistrat n'est pas celui qui décide de l'issue de l'instance. Celui qui juge à proprement parler, c'est le juré.

La deuxième phase est la phase *in iudicio*. Au jour fixé par la formule, les parties comparaissent devant le juré éventuellement dans un collège de jurés. Ils fournissent aux jurés toutes leurs preuves au moyen de la thèse qu'elles soutiennent. La preuve est absolument libre. Le procureur n'était pas vraiment libre du choix de la décision. Le juré agit dans le cas de la formule. Il ne peut se prononcer que sur des moyens de défense retenus par le magistrat. Autrement dit, le magistrat a déjà fait un tri. Et surtout il ne peut que prononcer la sentence prévue par le magistrat, i.e. condamner à la somme prévue si la demande du demandeur est fondée ou bien absoudre, déboutée.

Exemple : Quelqu'un vient devant le préteur qui demande le paiement des 100 sacs de blés d'Afrique. S'il apparaît qu'il n'a que livré que 80, le juré devra absoudre.

B. La formule du préteur

Comment expliquer que cette procédure a pu produire une évolution du droit ?

Très vite les formules rédigées par le préteur vont adopter la même forme. On finira par peindre en noir ou en rouge sur une planche toute blanche devant l'estrade les formules, le tribunal. Souvent les plaideurs se contentent de désigner la formule dont ils se prévalent. Le magistrat n'a plus qu'à recopier ce que les plaideurs ont désigné du droit.

La formule comporte elle aussi deux parties : une fixe et une changeante. Dans la partie fixe, on trouve la désignation du juré *esto jures*, la condamnation qu'il devra prononcer éventuellement et les moyens de droit qu'il pourra être retenus. Quant à la partie changeante, elle comporte éventuellement le fondement juridique de la demande, des fins de non-recevoir et des exceptions (moyens de répondre à la demande).

Le préteur va utiliser la formule qu'il vient de rédiger pour faire évoluer le droit. Comme magistrat, le préteur est dépositaire de la puissance publique, de l'*imperium*. Cela ne lui permet pas d'annuler directement une loi, ni de créer une norme générale et impersonnelle. Cependant, la loi accorde elle-même au magistrat une liberté totale pour organiser le procès. Le préteur peut donc prendre en considération des situations que le *jus civile* a ignoré ou a réglé de manière insatisfaisante. C'est le maître du procès.

Exemple : A Rome règne le principe que pas d'action, pas de droit. Or, la loi des XII Tables ne prévoit que quelques actions qui viennent sanctionner quelques actions. Le commerce juridique évolue, se complexifie. Conséquence, énormément de situations juridiques nouvelles ne

recevront aucune sanction judiciaire. Il n'y a que quelques actions qui viennent sanctionner. Rien n'empêche le préteur de livrer une formule et donc une action qui prend en compte des situations que le *jus civile* n'a pas pris en compte ou ignoré. Il suffit au préteur de condamner au paiement s'il constate que sont remplies certaines situations de faits que le préteur entend protéger. On dit alors que la formule est rédigée « en faits » et non « en droit ». En effet, l'action est née du fait à protéger, elle n'est pas née de la loi.

Au nom de l'équité, il est parfois nécessaire de tempérer la rigueur du *jus civile*. Dans la formule, il va introduire une exception. Le juré sera obligé de tenir compte de certains éléments de faits qui étaient indifférents aux *jus civile*. Vous avez contracté, vous êtes engagés à payer, vous n'avez pas de preuve, vous devez payer le double.

Le préteur peut aussi estimer qu'il est nécessaire de faire bénéficier quelqu'un de certaines prérogatives juridiques prévus par le *jus civile* alors que cette personne n'a pas la qualité de faire prévaloir ces prérogatives juridiques. L'étranger, qui n'est pas un romain, délivre une action et dans sa formule, il demande au juré de faire comme si le demandeur était romain et de lui accorder les prérogatives reconnues par la loi. L'action née d'une situation juridique. La loi des XII Tables prévoit une action de vol accordée aux Romain. Le préteur va accorder des actions aux étrangers.

Le préteur détermine la mission du juré qui se contentera d'examiner les preuves. Ces actions inventées par le préteur se fixe rapidement, ce sont toujours les mêmes actions qui reviennent. Le préteur élu reconduit les actions que son prédécesseur avait accordées. Avant son élection, le préteur va annoncer les actions qu'il délivrera. Il les publiera dans un Edit du préteur. Cet Edit est placardé sur le tribunal.

En -67 une loi va ordonner les magistrats de respecter les Edits. En 131, l'Empereur Hadrien va codifier l'Edit du préteur qui devient perpétuel. Plus aucunes nouvelles actions ne seront créées. Ce droit issu de la pratique du préteur, ce droit prétorien va déterminer l'évolution profonde du droit romain classique.

S2 : L'évolution du droit induite par le droit prétorien

Un des grands jurisconsultes romains s'appelle Papinien. Il décrit le droit prétorien comme le droit où « les préteurs ont introduit pour aider le *jus civile* soit pour le suppléer, soit pour le corriger. ».

A. Le droit prétorien, un droit correcteur du *jus civile*

En droit des obligations, la créance à Rome, est souvent d'acte solennel. La loi des XII Tables, ne se préoccupe pas si celui qui s'est engagé l'a fait par crainte ou par les faits d'une tromperie. Le débiteur sera obligé de payer parce que le magistrat n'est pas tenu du dol ou de la violence. A l'époque classique, les jurisconsultes romains vont être influencés par la morale stoïcienne que leur a transmise les Grecs. Elles vont devenir gênantes. Un certain préteur Octavus, ami de Cicéron va accorder une action et une exception à celui qui s'est engagé sous la menace. Cet expédient judiciaire évitera à payer.

B. Le droit prétorien, un supplément au *jus civile*

A Rome, pas d'action pas de droit. Si le *jus civile* n'a prévu aucune action pour sanctionner un contrat, le créancier ne peut recourir au magistrat pour exiger le paiement.

Exemple : Je suis banquier et je m'engage à assurer le paiement des créances d'un de mes clients. Cela pose un problème. En effet, le *jus civile* ignore ce montage juridique. C'est un montage bancaire qui n'a reçu aucune sanction dans la loi des XII Tables. Si le créancier se présente à moi, je ne paie pas. Aucune action n'est possible. Evidemment, le préteur, le magistrat va créer une action qui va obliger le banquier à payer dans cette hypothèse là. Le *jus civile* n'a rien prévu. Le préteur a créé un pacte prétorien, i.e. une espèce de contrat qui reçoit sa force obligatoire de l'autorité du préteur.

A Rome, la propriété au sens strict est une prérogative qui relève de la citoyenneté romaine. En effet, à Rome on vend et on revendique au nom du droit des *quirites*. A côté de cette propriété quiritaire, qui s'attache à la citoyenneté romaine, le préteur va créer une propriété romaine, i.e. un régime juridique des biens inventé par le préteur calqué sur le *jus civile* qui est accessible aux non-romains.

Il s'agit d'une invention du préteur Publicius. L'idée est que le préteur de sa propre initiative est de créer un droit de la propriété en parallèle.

Le préteur, le magistrat, n'aurait pu jouer ce rôle créateur sans les jurisconsultes. Ces jurisconsultes, ces experts, ces conseillers juridiques qui ont éclairés le préteur sur les transformations.

Section 2 : L'invention du droit par les jurisconsultes

Pour conduire, guider, l'autorité publique du magistrat, il fallait l'autorité rationnelle des jurisconsultes. Ces jurisconsultes interviennent dans le procès à la demande des parties. Il délivre en effet au magistrat des consultations juridiques qui le guideront dans la rédaction de la formule. Dès le II^{ème} siècle avant J.C., les premiers experts en droit sont issus de lignées aristocratiques. Ils sont consultés pour proposer une solution à des difficultés de la pratique.

A cause de leurs vertus, de leur prudence, prudent sera à Rome synonyme de jurisconsulte. Les juristes de cette première génération, les prudents, n'élaborent pas scientifiquement le droit. Ce sont les casuistes, qui n'ont pas atteint un niveau conceptuel d'élaboration du droit. Il faut attendre le I^{er} siècle avant J.C. et évidemment l'influence de la philosophie grecque sur les Prudents, précisément les 2 amis de Cicéron, sont les symboles de la 2^{ème} génération. Cette 2^{ème} génération, le travail du jurisconsulte n'est plus uniquement un travail de casuiste, il commence à dégager des principes généraux, des catégories, des concepts. C'est à l'époque classique que la science, que le rôle de ces Prudents atteint son apogée et le droit français contemporain reste créancier de l'œuvre doctrinale de cette époque.

§1 : L'apogée de la science des Prudents à l'âge classique

A Rome, la science du droit s'appelle jurisprudence. C'est la science des Prudents appliquée au droit. La période la plus féconde de la jurisprudence, de la science du droit romain est inaugurée par le principat Auguste en -27. Elle atteint son apogée sous l'empereur Hadrien en 117. Au terme de la période classique, la science du droit entame un lent déclin en raison du monopole que les empereurs romains vont vouloir exercer sur la profession juridique. A l'âge classique, on assiste à un essor des écoles autour de jurisconsultes éminents. Le prestige de ces auteurs conduit les empereurs à consacrer les opinions des principaux jurisconsultes. La doctrine, au sens contemporain, devient une véritable source du droit autonome.

A. Les maîtres et les écoles de droit

Pendant toute la période classique, on assiste à la création d'écoles qu'on appelle sectes autour de maîtres prestigieux qui professent des opinions divergentes. Au I^{er} siècle après J.C. naissent deux grands courants doctrinaux qui trouvent leurs origines dans deux jurisconsultes ennemies, Labeon contre Capiton, les Sabinien (Sabinus, élève de Labeon) contre les Proculien (Proculus, élève de Capiton). Les Sabinien sont empiristes et surtout attentifs aux besoins de la pratique et à l'utilité commune. Les Proculien font reposer leurs méthodes sur les autorités, i.e. la loi, les auteurs plus qu'à une utilité pratique du droit, ils sont attentifs à la cohérence totale du système.

Malgré leur opposition, Sabinien et Proculien restent des réalistes, i.e. leur doctrine observe sur l'observation de la réalité. Les écoles de droit comme nous les imaginons maintenant n'existaient pas. A l'époque, il existe des centres d'études autour de maîtres célèbres à Rome et dans les grandes villes de l'empire. Ce n'est que tardivement que naîtront des écoles plus organisées, qui rappellent les académies grecques. La plus grande partie de l'Antiquité sera déroutée. Les jurisconsultes en raison de leur prestige vont faire carrière dans l'administration impériale comme Julien. Entre le pouvoir politique et la doctrine, cette proximité va provoquer une satellisation des jurisconsultes autour de l'empereur (Papinien, Paulus, Ulpien). Cette proximité explique pourquoi l'empereur va chercher à breveter certains jurisconsultes, donc à labéliser le travail de jurisconsulte.

B. Le *jus respondendi*

A partir du principat d'Auguste, le pouvoir cherche à donner une existence officielle aux jurisconsultes. Ils encadrent l'activité de conseil et donner une force obligatoire à ces consultations. Comment ?

A partir d'Auguste, l'empereur habilite certains jurisconsultes à délivrer des consultations qui ont une valeur quasi officielle, c'est le *jus respondendi*, le droit de délivrer une consultation juridique qui a une valeur quasi-officielle. Le but de contrôler politiquement certains jurisconsultes.

Avec Hadrien au II^{ème} siècle, il décide que l'unanimité de cette jurisconsulte brevetée, habilitée vaudra loi. Par conséquent, cette commune opinion s'imposera en justice. Ce que nous appelons aujourd'hui la doctrine, elle devient une source du droit officielle.

En 426 est promulguée la loi des Citations. 5 jurisconsultes sont choisis. Il s'agit de Gaius, Papinien, Ulpien, Modestin et Paul. Quand la majorité de ces auteurs sont d'accord sur un point de droit, leur opinion sera considérée comme une loi. L'ultime étape va consister à associer les jurisconsultes à la production normative. L'empereur appelle à leur conseil, les jurisconsultes écrivent les rescrits de l'empereur. Ce sont des réponses officielles données par le législateur suprême à des questions de droit soulevées à l'occasion des procès. L'Etatisation de l'activité de conseil est ainsi achevée.

La doctrine va perdre énormément en liberté. Mais, elle ne perd pas en excellence. En effet, la science du droit est immense.

§2 : L'œuvre de la « jurisprudence »

La fonction principale du jurisconsulte est de délivrer des consultations juridiques, des réponses. Néanmoins, de la pratique, les jurisconsultes vont faire émerger la science.

A. La production intellectuelle des Prudents

Plusieurs types d'ouvrages sont rédigés par les Prudents.

- Les livres sur Sabinius : Il s'agit de commentaires de droit privé bâti selon un plan dû à Sabinius. Il s'agit de traiter le droit privé contenant le *jus civile*.
- Les livres sur l'Edit : Ce sont des commentaires de l'Edit du préteur. Il s'intéresse donc au droit prétorien.
- Les digesta : Il s'agit de traités dogmatiques volumineux. Il traite selon un plan très complexe à la fois du *jus civile* et du droit prétorien.

Enfin les jurisconsultes rédigent différents manuels de droit.

Les rêves d'Ulpian, Les sentences de Paul, Les Institutes de Gaius

C'est dans ces milieux scolaires que l'élaboration des concepts juridiques se développent. Les maîtres vont transmettre de grands principes.

B. L'élaboration conceptuelle du droit

La définition du droit

Les jurisconsultes vont définir ce qu'est le droit. Ulpian affirme que le droit est l'art du beau et de l'équitable. Le droit, est l'objet de la justice.

La justice est une volonté constante, perpétuelle de rendre à chacun le sien. Ceci est la reprise libérale d'Aristote. Le droit est donc une partie de la morale. Il remarque le concept de droit peut être dit de plusieurs choses. Cela veut dire qu'il existe un droit naturel. Il remarque aussi qu'il existe un droit commun à tous les peuples, le *jus civile*.

Il distingue aussi le droit public du droit privé.

La définition des concepts essentiels du droit

Possession face à propriété

Personne en droit privé

Notion de bonne foi

Idée de responsabilité délictuelle

Droit des obligations

Grandes définitions juridiques sont romaines mais ils se méfient de la définition. Toute définition est dangereuse car elle n'est pas capable d'emprisonner tout le rayon.

Le réalisme de la science juridique romaine

Les jurisconsultes affirment que le droit naît du fait. Il ne naît pas de la loi. La réalité qui dicte aux jurisconsultes ce qui est le droit. La loi n'est qu'un remède. La conséquence est que le juriste de Rome a une très grande faculté d'interpréter la loi au point de l'écarter si la loi est inadaptée

Au Moyen-âge, on disait « On ne peut pas connaître sans dire. ». Rome nous fournit les mots pour dire le droit. Si deux mille ans après, Rome exerce encore sur nous son empire, c'est à cause du langage et c'est à cause de la méthode.

Leçon 3 : Le legs à l'Occident d'une législation universelle

Le droit romain a connu une croissance extraordinaire à l'époque classique due à la collaboration entre le préteur et les prudents.

Pendant toute cette période classique, la domination romaine, politique a gagné tout le *mare nostrum* (Mer Méditerranée). Or, en 212, l'empereur Caracalla a fait entrer dans la citoyenneté romaine tous les peuples soumis à la domination impériale. Cela veut dire que Rome dominait un certain nombre de nations et gardaient leur spécificité. Cet Empereur accorde la citoyenneté, cela accordait le grand rêve cosmopolite des stoïciens. Ce grand rêve est de réunir dans une même *polis* tout l'univers connus. Le droit romain devient le droit d'un empire universel même s'il demeure un certains nombre de coutumes, des législations particulières, c'est le droit des provinciaux.

Pendant cette même période, Rome est passée par transition du système républicain à l'empire après le coup d'Etat en -27 d'Octave Auguste. C'est un passage, une évolution politique avec le départ de Tarquin au coup d'Etat d'Octave. Le pouvoir impérial intervient de plus en plus directement dans la production juridique, c'est la satellisation. Cette tendance à monopoliser du pouvoir législatif s'exprime par la subordination à l'empereur de l'organisation judiciaire d'abord et ensuite par l'affirmation d'un monopole impérial en matière normative.

La question judiciaire : Rappelons-nous de la procédure judiciaire de l'époque classique. Avec la centralisation impériale, se développe la procédure extraordinaire, cognitoire qui va supplanter l'ancienne procédure. On appelle extraordinaire, car elle sort de la procédure formulaire. Elle est conduite par des représentants de l'empereur, des fonctionnaires qui jugent selon la procédure administrative romaine qui ignore les deux phases. Ses représentants s'accaparent peu à peu le pouvoir judiciaire. Aujourd'hui notre procédure est héréditaire de la procédure extraordinaire.

Ce procédé est rapide et très pratique car il permet un Appel devant l'empereur. Or, le conseil impérial qui juge en Appel est hanté par les jurisconsultes les plus fameux que l'empereur peu à peu parvient à breveter. On passe de l'époque classique à l'époque postclassique au IIIème siècle quand la procédure classique se trouve évincée par la procédure cognitoire et que l'étatisation de la production juridique est devenue irrémédiable.

Outre que cette mainmise de l'empereur sur l'administration de la justice et de la doctrine, on constate un interventionnisme législatif très important là où la République a été si avare de lois. A l'époque postclassique, le gigantisme de l'Empire conduit l'empereur Dioclétien en 284 à diviser administrativement l'Empire entre l'Orient grec et l'Occident latin. Cette division est rendu nécessaire par le fait que depuis des décennies, les frontières de l'Empire sont menacées par les peuplades d'Europe centrale et d'Asie qui tentent de s'installer en franchissant les frontières. Ce sont les invasions barbares. L'Empire parvient de moins en moins à juguler cette immigration.

Les empereurs d'Occident vont tenter d'intégrer cette population dans la romanité. L'exemple est le tombeau du père de Clovis, on a retrouvé la dépouille d'un homme qui portait l'uniforme d'un général romain. Néanmoins en 476, le roi Alaric chasse de Rome le dernier Empereur d'Occident, Romulus Augustule.

Le pouvoir impérial demeure donc à Constantinople, la deuxième Rome. Les empereurs romains devenus chrétiens au IV^{ème} siècle entreprennent au VI^{ème} siècle une œuvre de codification et de réforme du droit romain. Le legs juridique de Rome à l'Occident est précisément constitué par cette codification des empereurs byzantins. C'est ce monument législatif que l'Occident va redécouvrir au XI^{ème} siècle et qui va réutiliser pour reconstruire la science juridique moderne.

Section 1 : L'achèvement de l'étatisation du droit.

Le développement du droit prétorien et de la doctrine à l'époque classique était lié au système politique républicain. Le système politique républicain est fondé sur le Sénat, le peuple romain et les magistratures. Octave Auguste, a prétendu après son coup d'Etat être le conservateur des institutions républicaines. On lui reconnaît le titre de *princeps* qui donnera en français Prince qui, i.e. le premier des citoyens et son *auctoritas* (autorité) est censé garantir le bon fonctionnement des institutions. En réalité, Octave va accaparer en fait puis en droit les pouvoirs prévus par la Constitution républicaine notamment le pouvoir de faire la *legs* (loi), l'Empereur va être désigné comme étant la *lex animata* (loi vivante). Les évolutions du droit classique vont être l'œuvre du *princeps*.

§1 : L'Empereur, *lex animata*

La conquête du pouvoir législatif par l'Empereur trouve son expression dans le vocabulaire juridique. Les constitutions de l'Empereur sont peu à peu désignées par le terme de *lex*. Or, la *lex*, la loi, en droit romain public classique désignait la loi votée par les *commis*. L'auteur de la loi est à l'époque postclassique l'empereur. Il n'y en a plus d'autres.

A. Le monopole législatif de l'Empereur

Ce monopole est la conséquence de l'obsolescence de à la fois des législatures républicaines et des assemblées du peuple romain. Ces institutions, avaient subsisté après la prise du pouvoir par Octave en -27. Mais le fonctionnement normal est contrarié par la toute puissance politique du *princeps*. L'institution impériale ne constitue pas en droit public romain une magistrature nouvelle. Simplement, le Sénat, les *commis* et la Plèbe vont confier au *princeps* des pouvoirs exorbitants. *imperator*. Ce nom vient du fait que l'Empereur, le *princeps* est titulaire de l'*imperium* mais proconsulaire illimité.

L'*imperium* c'est l'autorité publique confiée aux magistrats supérieurs à Rome. Il est limité dans le temps. Chez l'Empereur, l'*imperium* n'est pas limité dans le temps et par l'intervention d'un autre magistrat.

L'Empereur jouit d'un caractère sacrosaint en raison de la puissance tribunicienne qui lui est reconnue. Le tribun est le défenseur officiel de la Plèbe à Rome. Pour assurer cette mission, il jouit d'une forme d'immunité, c'est ce caractère sacrosaint. Il est juridiquement intouchable. Il jouit du titre de souverain pontife *pontifex maximus*, ce qui fait de l'empereur le chef de la religion civique romaine.

Cet ascendant politique sur les institutions permet à l'Empereur de s'accaparer peu à peu les pouvoirs appartenant aux magistratures. Certaines deviendront purement honorifiques. Le Sénat est contrôlé par l'Empereur car c'est lui qui en assure le recrutement. Les *commis* ne se réunissent plus car ils ont un représentant, l'Empereur.

La voie libre pour assumer le pouvoir législatif. Le droit public romain va consacrer un certain nombre de formules juridiques qui vont expliquer ce pouvoir législatif de l'Empereur :

« QUOD PRINCIPI PLACUIT LEGIS HABET VIGOREM. »

(Ce qui semble nécessaire au prince a force de loi)

« PRINCEPS LEGIBUS SOLUTUS »

(Le prince n'est pas lié par la Loi.)

B. Les actes législatifs de l'Empereur

Le pouvoir législatif de l'Empereur s'exprime dans plusieurs types d'actes, au terme générique des Constitutions.

L'oratio principis (le discours du prince) : Cette manière de légiférer témoigne du détournement des institutions républicaines par l'Empereur. Consuls, Sénateurs et Commis collaborent dans la réalisation de la loi. Comme les commis ne sont plus réunis, on considère que les sénatus-consultes, les délibérations du Sénat, ont force quasi-légale. Ce ne sont pas des lois mais presque. Comme l'Empereur possède l'*imperium*, il peut présider le Sénat et s'adresser à lui et prononcer une *oratio principis*. Comme cette Assemblée est soumise à l'Empereur, elle accepte de délivrer des sénatus-consultes conformes aux désirs de l'Empereur. On abandonne tout formalisme qui consiste à faire voter le Sénat. Désormais ce que l'Empereur ordonne a force de loi.

Les édits : Ce sont des textes qui sont promulgués par les magistrats qui possèdent l'*imperium*. L'Empereur possédant l'*imperium* consulaire illimité, les textes qu'il promulgue ont valeur légale et ses textes sont des édits.

Les rescrits et les décrets : Ce sont deux actes délivrés par la Chancellerie Impériale dans le cadre de l'exercice par le cadre de son exercice juridictionnel. Le rescrit correspond à une saisine gracieuse de l'Empereur. On demande à l'Empereur une saisie pour éclaircir un point de droit. En revanche, les décrets sont délivrés dans le cadre d'une procédure contentieuse. Il y a un procès entre les partis surtout quand l'Empereur est saisi comme juridiction d'Appel. Ces deux actes devraient être revêtus de l'autorité relative de la chose jugée. Comme les décrets et les rescrits émanent de l'Empereur, ils possèdent une valeur absolue, ils peuvent donc être invoqués par les tiers étrangers à la cause. Ils acquièrent une valeur normative.

§2 : L'œuvre législative des empereurs

L'époque postclassique peut se caractériser par deux traits : d'une part par la décadence de la science juridique et l'influence législative.

A. L'inflation législative du Bas Empire

La chancellerie impériale fait travailler des juristes de qualité médiocre. Or, ce sont eux qui sont chargés de rédiger les constitutions impériales. La fonction législative souffre de cette médiocrité quand on songe que la production normative de l'Empereur augmente considérablement. Il produit beaucoup et mal. Cela se comprend. Les demandes de rescrits et de décrets arrivent d'un Empire qui est immense.

Les empereurs vont agir et sont obligés de constater que certaines de leurs constitutions sont contraires au droit. Deux Empereurs vont décider à leur juge ne pas prendre en compte ces

édits et décrets. Même si cette législation est parfois de qualité inégale, le droit postclassique entraîne une modification très profonde de la législation romaine.

B. Les évolutions juridiques introduites par les constitutions

Le droit impérial poursuit et même achève l'œuvre de réforme du *jus civile*. Comme l'Empereur est titulaire du pouvoir législatif, ses constitutions vont pouvoir transformer très profondément le *jus civile*.

Ex : La création de contrats « innomés » sont un moyen pour l'Empereur d'accorder une sanction juridique au contrat conclu de manière consensuel entre les parties. C'est un contrat ignoré par le *jus civile* et équité, qui ont la même forme juridique. Enormément de contrats ignorés des droits accédaient à une action judiciaire.

Ex : En matière familiale, les Empereurs assouplissent l'autorité paternelle (*patria potestas*). Dans le droit impériale, on a crée un succès d'années de patrimoines en faveur des fils de familles, c'est le pécule. Il est constitué des gains acquis pendant le service militaire ou pendant la carrière administrative. Il est composé des héritages reçus de la mère.

Deux évolutions plus spécifiques à la période à la postclassiques car liées au contexte politique du Bas Empire :

1. L'influence du christianisme

L'Eglise catholique est retenue comme un culte officiel en 312. Après la conversion de l'Empereur Constantin. En 319, elle devient religion d'Etat. L'influence du bienfaisant christianisme conduit à une humanisation du droit.

Ex : Evolution favorable du statut d'esclaves.

Ex : Le père est privé du droit de vie ou de mort sur ses enfants.

Par ailleurs, l'institution du mariage a été élevée à la position de sacrement (Evangile). Le droit matrimonial connaît de profondes réformes.

Ex :- La liberté de contracter le mariage est affirmée face à l'autorité paternelle.
- Le divorce est strictement limité.

Par ailleurs, la législation impériale se préoccupe de l'encadrement de l'exercice du culte catholique.

2. L'influence du droit provincial

Rome, sa puissance politique recouvre la quasi-totalité du monde connu. Malgré la primauté du droit romain, les coutumes locales sont toujours restées vivaces. Les jurisconsultes considéraient qu'elles pouvaient être préférées au droit romain même si on leur reconnaissait une utilité moindre par rapport au droit romain.

L'originalité du droit impérial va consister à intégrer dans le droit romain des solutions du droit provincial.

Ex : L'emphytéose, un bail à très long terme, qui naît de la fusion d'un contrat de bail de droit public romain avec un contrat propre aux coutumes grecques.

Ex : Les arrhes, dans le droit impérial a une définition différente de celle droit classique. En droit classique, les arrhes sont une petite somme pour formaliser le contrat. En droit impérial à cause de l'influence du droit provincial, oriental d'ailleurs, les arrhes sont considérées comme un moyen de sanction lorsqu'on exerce une faculté de dédit.

Le droit romain n'est plus simplement le droit d'un Empire universel, il devient la synthèse d'une universalité de droits locaux.

Section 2 : L'universalisme juridique de Rome

Une des expressions du monopole législatif des empereurs fut l'œuvre de codification lors de l'époque byzantine. Elle a lieu au moment où la domination politique de Rome est contestée en raison des invasions barbares. En réalité, si les barbares rejettent le pouvoir des empereurs, le système politique va être profondément influencé par la pensée politique romaine.

§1 : Les codifications du Bas Empire

L'inflation législative a pour conséquence une certaine ignorance du droit issu des constitutions en raison de la défaillance de la publicité du droit. La conséquence est qu'on ne connaît pas le droit. Cette situation va rendre nécessaire une meilleure connaissance des textes. Les empereurs vont donc codifier le droit, i.e. le mettre dans un codex, rassembler dans un livre les constitutions mais aussi compiler, i.e. une œuvre de synthèse non seulement des constitutions mais aussi du droit prétorien et de la doctrine de la *jusprudentia*. C'est l'œuvre de l'empereur Justinien.

A. Les précédents à la codification justinienne

Bien souvent les codifications ont été réalisées par les particuliers. 2 codes au début de l'époque classique sont connus : Le code grégorien et le code hermogénien. Ils ont certains défauts. Le premier est son caractère non exhaustif. En effet, il ne rassemble pas toutes les lois. Le deuxième est son caractère non officiel qui ne garantit pas la force obligatoire des textes ni de leur authenticité. La troisième est l'absence de publicité de ces codes. Ce sont des codes privées qui ont reçu une faible publication.

C'est à l'empereur Théodose II que l'on doit la codification. Ce travail de codification est confié à une commission et aboutit en 438 par la promulgation d'un code divisé en 16 livres. Les constitutions des empereurs sont classées par ordre chronologique. Les commissaires ont reçu le droit de retravailler certaines constitutions afin de faire mieux apparaître le droit en vigueur. Le code théodosien est adressé à l'empereur d'Occident qui accorde sa sanction au code. Il s'appliquera dans les 2 parties de l'Empire. Hélas, la langue utilisée par les commissaires est presque incompréhensible. Il sera mal diffusé. Le code sera presque inappliqué dans la partie occidentale de l'Empire.

B. Le monument législatif de Justinien

Justinien, empereur d'Orient à partir de 527, d'origine serbe, de culture latine classique, il a un projet. Il veut reconquérir l'Empire menacé par les invasions barbares. Or, Justinien bénéficie d'un certain renouveau de l'étude du droit à son époque surtout dans les écoles de Beyrouth et de Constantinople.

Parallèlement à sa politique militaire, il va aussi chercher une politique d'unification du droit. Il confie son travail de compilation au très grand juriste Tribonien. Tribonien s'entoure d'une

commission composée de professeurs de droit et de praticiens comme Dorothee et Théophile. Cette commission va produire 3 monuments législatifs promulgués les uns après les autres :

- Le Code : promulgué en 529, il rassemble les constitutions impériales mises à jour puisque certains ont 400 ans. Il comporte 12 livres ouverts par une invocation du nom du seigneur Jésus Christ. De très larges développements seront consacrés à la législation ecclésiastique qui ouvre la législation.
- Le Digeste : Théodose n'avait pas le temps de compiler tout le droit prétorien et tout le droit d'origine doctrinale. C'est Tribonien qui vient à bout de ce travail colossal en 3 ans va compiler ce droit d'origine doctrinal. C'est une anthologie de la littérature juridique romaine à laquelle l'empereur donne sa sanction. Cette anthologie a donc force de loi. Il en a tiré un peu plus de 9000 citations, 38 auteurs, etc. Le Digeste est promulgué en 529. Il adapte ce droit d'origine doctrinal. On parle d'un droit interpolé, i.e. corrigé pour être rendu actuel. Cette conception du Digeste va bondir 1000 ans après.
- Les Institutes : Le grand défaut des générations de juristes de l'époque classique est la paresse intellectuelle. Ces juristes se contentent juste d'une culture de manuels. Les institutes sont des manuels de droit ayant une valeur officielle et force de loi. Ils suivent le plan des Institutes de Gallus (personnes puis choses enfin actions). Ceci va influencer la jurisprudence à la Renaissance mais aussi le Code Civil.
- Les Nouvelles, les nouvelles constitutions de Justinien : Ce livre n'appartient à la compilation de Justinien. Il ne constitue pas une codification officielle. Il rassemble essentiellement les constitutions impériales proclamées après le code Justinien.

Les livres du corpus de Justinien (Code, Digeste, Institutes), ont été promulgués alors même que la domination impériale sur l'Occident a connu des éclipses. Or, le pape qui s'appelle Vigile, a demandé à Justinien d'imposer sa codification. Hélas, elle sera peu diffusée et moins encore appliquée.

Au moment où l'empire perd pied en Occident, des royaumes barbares vont se fonder en Occident par référence au système politique romain.

§2 : L'acculturation politique des barbares

A partir du Vème siècle, l'Empire est devenu incapable de gérer l'installation des barbares dans l'Empire. Les barbares poussent aux frontières. Ce système ne marche plus et les royaumes barbares triomphent en Occident. Pourtant, eux aussi vont faire œuvre de codification et ils font par référence à l'expérience romaine.

A. La législation romaine des rois barbares

Les rois barbares règnent sur une population qui est majoritairement romaine. On applique donc le principe de personnalité des lois. Les Romains sont jugés selon le droit romain et les barbares selon le droit barbare. Malheureusement, le droit romain est de moins en moins bien connu. C'est le problème de la circulation impériale. Les rois barbares vont promulguer des lois romaines à destination de leurs sujets romains.

En l'an 500, Théodoric, promulgue un édit comme un empereur romain. Cet édit est une synthèse de constitutions impériales et de droits d'origine doctrinale. En Gaule, en 502, un certain Gondebaud, un roi Burgonde, commence à promulguer des lois pour les barbares, une loi gombette. Pour ses sujets romains, le Papien car il trouve des citations de Papinien. En 506, Alaric, un roi Wisigoth, publie un Bréviaire, c'est une synthèse de droit romain. Elle joue un

rôle très important dans l'histoire du droit car elle va conserver l'histoire du droit romain en Occident jusqu'au XIème siècle. Donc, des lois romaines pour les sujets romains.

B. L'influence romaine sur la législation barbare

Pour rédiger les lois barbares, destinées aux barbares, les rois barbares font naturellement appel aux romains. Mettre par écrit des lois est une pratique romaine car les barbares ne connaissent que des coutumes orales. Ces rois barbares promulguent codes, lois, édits, autant d'emprunt au vocabulaire juridique romain. Ces lois barbares sont rédigées en latin si bien que les institutions juridiques barbares sont exprimées au moyen des concepts romains.

La législation barbare connaît une romanisation assez notable.

Ex : La loi salique. Promulgué par Clovis en 511. C'est la loi des francs saliens. Son mobile est chrétien. Il veut faire la paix dans son royaume par le droit à la manière d'un romain. La loi salique se présente comme un pacte romain, i.e. le moyen de mettre fin à un litige.

C'est la fusion des législations barbares et romaine qui donnera naissance à notre droit coutumier français.

L'universalisme politique de l'Empire a pu correspondre à un universalisme juridique. L'Empereur domine le monde. Les peuples barbares étrangers à la romanité ont néanmoins été profondément marqués par l'emprunt politique de Rome. C'est tellement vrai qu'en l'an 800, un certain roi franc, Charlemagne, va relever la dignité romaine impériale. Il faudra attendre le XIIème siècle pour redécouvrir en Occident cet héritage de Justinien. Cette redécouverte redéfinira la science juridique.

Chapitre 2 : L'émergence d'un modèle juridique européen

Comment l'Occident va tenter l'assimilation de cet héritage gréco-romain ?

Leçon 4 : Les sources des droits savants au Moyen-âge

Cette leçon inaugure la constitution d'un modèle juridique européen. Dans la deuxième partie, nous verrons comment la France a construit un modèle juridique original. Nous verrons que ces modèles ont été fondés lors de la Renaissance du XII^{ème} siècle et aussi à la Renaissance du XVI^{ème} siècle. Or, la Renaissance du XII^{ème} siècle est tributaire d'une autre Renaissance, à savoir la Renaissance carolingienne qui correspond à une période du VIII^{ème} au X^{ème} siècle. Cette Renaissance carolingienne correspond à un grand bouillonnement intellectuel stimulé par la lecture des sources antiques. Les sources classiques sont toujours bien vivantes dans la culture de cette époque. Or précisément, toute l'histoire intellectuelle Moyen-âge est celle d'une maturation progressive des sources gréco-latines dans une atmosphère chrétienne.

Au Moyen-âge, la science se construit à partir de la lecture des textes qui s'agissent de la Bible pour la théologie, d'Aristote pour la philosophie ou des grandes compilations romaines pour le droit. Au Moyen-âge, lire veut dire enseigner. Nous allons nous intéresser à ces sources juridiques qui vont être glosées, commentées par les auteurs du Moyen-âge pour construire une science juridique nouvelle à partir du XI^{ème} siècle. C'est la naissance d'une science juridique originale.

Un Occident latinisé dominé par les rois barbares au sein de l'empire. En 476 cela se termine par la fuite du dernier empereur. Au moment où les cadres administratifs et politiques se désagrégeaient sous la poussée des peuples germaniques, les structures de l'Eglise catholique romaine ont souvent été les seules à assurer une certaine stabilité politique.

Dans ce contexte, c'est l'évêque de Rome, i.e. le pape qui continue d'incarner le prestige de l'Ancienne Rome. D'ailleurs en embrassant la religion de Rome, les Barbares entrent dans la romanité culturelle. Les pères de l'Eglise, ces grands évêques qui ont été les premiers à interpréter l'Evangile, s'imposent comme les continuateurs de la pensée antique comme Saint Augustin, Saint Grégoire, ou Saint Ambroise. Les monastères deviennent le refuge de la haute culture gréco-romaine.

Jusqu'au XI^{ème} siècle où l'on voit naître les universités, les abbayes sont les grands centres intellectuels de l'Occident. C'est dans ces grands centres intellectuels que se conservent une partie de la mémoire du droit romain et où s'élabore un droit nouveau, celui de l'Eglise romaine pour l'Occident, c'est le droit canonique. Le terme canonique vient du substantif *kanôn* (κανών), i.e. la règle.

Au XII^{ème} siècle, renaissance du droit romain et croissance du droit canonique vont aller de pair. La qualité scientifique que possèdent ces deux droits les fait désigner comme des droits savants par opposition aux droits vulgaires que constituent les coutumes. Il existe une grande affinité entre le droit romain et le droit canonique. Cette affinité est mise en lumière par l'expression qui désigne : *utrumque jus*.

Comme l'a bien écrit le recteur Carbasse : « Les deux branches de l'*utrumque jus* mêlent leurs âmes. ». L'alliage de ces deux droits va constituer le droit commun de l'Europe, c'est le *jus commune*.

Section 1 : La résurgence des sources romaines du droit

Le souvenir de Rome reste vivace dans la pensée politique médiévale. Mais, coupée de l'empire romain d'orient, l'Occident ne conserve des monuments de Justinien que des éléments lacunaires. Le corpus de Justinien n'a pas été appliqué dans la partie Occidentale de l'Empire. Il faudra attendre le XIème siècle pour que l'Europe Occidentale redécouvre l'intégralité du corpus justinien.

§1 : La difficile survie du droit romain en Occident du VIème au XIème siècle

En effet, la survie du romain en Occident ne s'impose pas comme une évidence. Le code théodosien et la compilation justinienne ont été très mal connus. Les législations barbares ont conservé le souvenir de certaines règles romaines mais pas de tout le corpus. Or le recours au droit romain cesse dès lors de la fusion des races avant l'an 1000.

La fusion des races est la fusion des populations d'origine romaine et d'origine germanique. Le cadre judiciaire romain a disparu. Les causes sont jugées par des non spécialistes qui sont donc corrompus. Ils ne connaissent pas les subtilités juridiques romaines. Les procès se règlent selon des règles coutumiers empiriques. Les coutumes empiriques mêlent solution germanique et droit romain vulgaire. De la procédure savante romaine, les juges préfèrent les modes de preuve de type irrationnel comme les ordalies. Cette concurrence d'organisations juridiques d'origine plutôt vulgaire explique le déclin du droit romain au Moyen-âge.

Malgré ces circonstances les sources romaines sont conservées et utilisées surtout dans l'univers ecclésiastique.

A. La conservation d'éléments de l'héritage juridique romain

Du VIème au XIème siècle, les citations du droit romain, se font à partir des législations romaines et des droits barbares. Néanmoins, ce droit est jugé encore trop complexe. Certains auteurs vont donc produire des résumés, des simplifications des lois barbares. Si donc on conserve les souvenirs du droit romain, il s'agit souvent d'un droit romain maltraité.

C'est un droit romain de seconde main parfois très éloigné des sources historiques. Quelques constitutions impériales circulent encore en Occident. Il s'agit d'une collection de 125 nouvelles qu'on a nommé *Epitome Juliani* et d'autres de 134 nouvelles qu'on a nommé les Authentiques.

Dans le sud de l'Italie, la contrée est soumise au droit des institutes de Justinien ainsi qu'à une partie du Code Justinien. Pourquoi ? Parce que cette partie de l'Italie dépendait de l'empereur de Byzance au moment de la promulgation et de l'institution du Code. Mais le Digeste reste complètement inconnu jusqu'au XIème siècle.

Parmi les ouvrages de la culture juridique romaine, il faut en citer qui avait une place à part : ce sont les Etymologies qui datent du milieu de et qui ont pour auteur un moine espagnol qui va devenir Saint Isidore de Séville. Cet auteur des Etymologies, jouissait d'une aura intellectuelle exceptionnelle. Il fonda les écoles dynastiques et cet ouvrage vont constituer l'encyclopédie de la culture antique au Moyen-âge. Il s'intéresse à plusieurs institutions juridiques de l'Antiquité notamment la servitude et il décrit avec beaucoup de détails les magistratures romaines. Isidore de Séville est un stoïcien, il consacre donc une grande partie à la philosophie gréco-romaine du droit. Il définit les notions de droit naturel et de droit des gens. Il propose aussi une définition de la bonne loi. Cette définition va inspirer tous les législateurs

médiévaux. Plus largement, les contacts que les auteurs conservent avec la littérature gréco-latine permettent encore de les mettre au contact avec certaines institutions juridiques de Rome.

On se rend compte que la pêche est assez médiocre. Des souvenirs de certaines constitutions. Un droit romain maltraité, une culture ecclésiastique qui résume, le contact avec la littérature romaine a permis de garder contact avec les institutions romaines. La culture juridique romaine demeure perdue. Elle est conservée avec soin en raison du prestige intellectuel qui entoure la culture romaine et aussi en raison de sa technicité et son efficacité.

B. L'utilisation de l'héritage antique

Si l'Occident se trouve coupé de l'essentiel des sources romaines, le prestige de Rome continue d'influencer la pratique juridique.

Ex : Les formules des notaires. Le droit romain est utilisé dans certains actes en particulier dans la pratique notariale. Au haut moyen-âge, les notaires utilisent des formules types en fonction de l'opération juridique qu'ils envisagent. Or, ces formules sont rédigées en latin. Elles utilisent donc un vocabulaire et des libellés inspirés du droit romain. Leur signification est néanmoins très mal comprise. Le terme *testamentum* désignait à Rome une libéralité, au Moyen-âge, il désigne tout acte écrit. Aujourd'hui, le testament est désigné par l'expression *donatio pro anima*. Pour donner force exécutoire aux conventions, les notaires vont donner une formule. Les notaires font ici référence à la stipulation romaine mais ils en ont oublié la signification. Les termes latins habillent une certaine façon le droit romain des réalités juridiques complètement étrangère à la Rome de l'Antiquité.

« Ces défaillances prouvent une volonté tenace de rester fidèle à un droit cependant trop savant. »
Jean Gaudemet

Ex : Le droit pénitentiaire. Dans les monastères, la culture juridique romaine est l'objet d'un usage raisonné à la différence des notaires. En Angleterre, le droit romain est presque ignoré dans la société séculaire. Le règlement des écoles monastiques prescrit l'enseignement du droit. Pourquoi ? Au Haut Moyen Age, sont rédigées des pénitenciaires. Ce sont des livres destinés aux ministres du sacrement de la pénitence, de la confession. Il décrit les péchés et les pénitences à prescrire. Pour apprécier la responsabilité d'un pénitent, il est souvent nécessaire de connaître des notions juridiques, c'est le droit romain qui les fournit aux moines. C'est l'utilité croissante du droit romain qui va expliquer la recherche puis la redécouverte de la compilation justinienne au XIème siècle.

§2 : La redécouverte progressive de la compilation justinienne

Cette redécouverte est le fruit d'une recherche dans les sources romaines à la disposition des clercs. Au XIème siècle, la place du droit est au centre d'une querelle entre d'une part l'Empire Romain restauré en l'an 800 par Charlemagne et l'Eglise catholique. Le problème est en effet de savoir si l'Eglise doit se soumettre au droit romain et donc à l'empereur romain. Les sources juridiques romaines vont jouer un rôle de supermarché. Les auteurs vont aller puiser dans les sources romaines à leur disposition les arguments pour l'Eglise et pour l'Empire.

A. Le droit romain et la réforme grégorienne

Le grand promoteur de la résurrection de l'Empire en l'an 800, c'est l'Eglise. Ce grand projet de redonner une forme à l'Empire d'Occident s'inscrit dans le projet de la renaissance carolingienne. Un moine, Alquin, un proche de Charlemagne, exalte cette mythique romaine et donc la domination universelle de l'Empereur. Le pape Léon III va justement profiter d'une vacance de l'Empire d'Orient pour couronner Charlemagne empereur d'Occident.

Le droit public romain reconnaît à l'Empereur un pouvoir législatif universel certes mais l'Eglise, se déclare indépendante par rapport à l'Empire. Elle accepte certes une certaine forme de tutelle par rapport à l'Empire dans la mesure où elle lui garantit une certaine liberté afin d'assurer sa mission spirituelle.

Au XXème siècle, on voit l'empereur et les rois chercher à tirer profit de la puissance économique et politique de l'Eglise. Ils vont parvenir à faire entrer dans le système féodal. On voit se faire nommer des abbayes, des paroisses, de ces diocèses, des prêtres indignes. A partir du moment que c'est les laïcs qui sont chargés de nommer, on voit que l'Eglise devient de la propriété des laïcs.

Face à ce péril, la papauté réagit. Le pape Grégoire VII lance une grande réforme de la discipline ecclésiastique, c'est la réforme grégorienne. Parallèlement, il lutte contre l'hégémonie de l'Empire. En effet, cette hégémonie menace la réforme grégorienne. Une crise très grave va opposer l'empereur Henri IV au pape Grégoire VII. Cette crise s'achève par la victoire du pape en 1075 puisqu'un concordat est signé à Worms. L'empire est humilié aux pieds du pape.

Dans ces querelles politiques, la question de la place du droit romain est très importante. Les empereurs byzantins se considéraient déjà comme les chefs de la chrétienté et à ce titre le pouvoir de légiférer y compris dans le domaine ecclésiastique. Les rois barbares affirment donc logiquement est soumise au droit romain. Après la résurrection de l'Empire, cette affirmation devient insupportable et même rejetée en bloc par Grégoire VII.

Il va falloir prouver que l'Eglise n'est pas soumise au droit romain. A la fin du XIème siècle, un canoniste spécialiste du droit canon qui s'appelle Yves de Chartres est un des tous premiers à citer le Digeste. C'est la preuve que le Digeste est à nouveau connu en Occident et qu'il est utilisé pour battre en brèche les prétentions impériales. Yves de Chartres affirme que l'Eglise utilise le droit romain. Mais qu'il s'agit que d'un emprunt volontaire. Elle n'est pas soumise au droit romain. On voit ici les canonistes utiliser le droit romain pour les retourner contre l'empire Romain.

La redécouverte de la compilation de Justinien est donc étroitement liée à cette querelle Eglise contre Empire.

B. La pleine possession de la compilation justinienne

Jusqu'au XIème siècle, l'Occident possédait que des bribes de la compilation justinienne, quelques constitutions, quelques passages des Institutes, des Nouvelles mais presque rien du Digeste. Or le Digeste est la pièce maîtresse de la compilation justinienne. Pourquoi ? Sans l'exposé dogmatique de la doctrine romaine, aucun véritable développement de la science n'est possible. Le Digeste est la clé de compréhension des autres livres.

Pendant tout le XI^{ème} siècle, émergent des bibliothèques d'Italie des morceaux du digeste. Progressivement, tout le corpus de Justinien va être recomposé.

- Le digeste et les Institutes

Selon la légende, le Digeste de Justinien aurait été redécouvert mystérieusement en 1137 lors d'une campagne conduite par les soldats de Pise autour d'Amalfi lors d'un incendie qui ravageait une maison.

En réalité, les parties du Digeste réapparaissent progressivement. Les premières citations datent 1075 et multiplient au cours du XII^{ème} siècle. Trois morceaux du Digeste sont redécouverts l'un après l'autre. D'abord, le Digeste vieux pour la première partie puis l'Infortiat qui correspond à la partie centrale du Digeste et le Digeste Neuf, la dernière partie du Digeste.

Les Institutes seront ajoutées au Digeste un peu plus tard.

- Le Code et les Nouvelles

Leurs redécouvertes suivent la même progression. On redécouvre d'abord neuf livres et on complètera ultérieurement par trois autres livres, les Trois Livres qui restent toujours à part. Enfin les Nouvelles quant à elles sont classées dans un volume à part appelé les Authentiques.

En même temps que l'on accède aux sources historiques du droit romain, c'est la mort d'un autre droit savant, c'est le droit canonique.

Section 2: l'Elaboration d'un droit de l'Eglise en Occident

L'Eglise doit-elle posséder sa propre législation ? Les rapports entre les différentes membres de l'Eglise sont-ils des rapports juridiques ?

A ces deux questions, l'Eglise dit oui. Ceci tient à la manière dont elle se regarde elle-même. L'Eglise romaine admet que sa fin est purement spirituelle. En réalité, cette finalité surnaturelle n'abolit pas le fait que l'Eglise est aussi une société parfaitement constituée. A ce titre, elles doivent être régies par des lois qui organisent la vie des sujets du droit canonique, i.e. les baptiser. Schématiquement, les lois essentielles du droit canonique sont contenues dans la Révélation, c'est le droit divin. D'autres règles sont plus contingentes. Elles sont promulguées pour répondre aux besoins des fidèles, c'est le droit ecclésiastique. Le droit canonique comporte donc un droit constitutionnel, un droit privé comme on l'entend aujourd'hui, un droit public, un droit judiciaire et aussi un droit pénal qu'on qualifie en droit canonique de droit médicinal.

De même, les rapports de l'Eglise sont purement des rapports juridiques. Au début du XIV^{ème} siècle, des franciscains ont voulu vivre l'idéal de pauvreté de manière radicale. Ils prétendaient donc vivre en dehors des garanties apportées par le droit pour mieux dépendre précisément de la Providence. Un des grands papes juristes, Jean XXII condamne cette thèse et donne une leçon de droit. Les franciscains font partie d'une société, l'Eglise.

Dès lors, ils sont amenés à entretenir des rapports avec des tiers. Ces rapports sont régis par la vertu de justice, ces rapports sont donc des rapports de droit. Vivre en dehors du droit est une absurdité. On a reconnu l'intrigue d'un roman, *Au nom de la rose*. La renaissance du droit au

XIIème siècle se fonde sur l'étude scientifique d'un corpus de règles formées progressivement à partir du Ier siècle après J.C. ce corpus est composé de deux grands monuments : le décret de Gratien qui compile toutes les sources canoniques antérieures. L'autre monument ce sont les décrétales au pape qui correspondent quand à elle à l'œuvre normative de l'Evêque de Rome au Moyen Age.

§1 : L'apogée de l'œuvre de compilation au XI et XIIème siècle

Les sources du droit canonique sont diverses. La nécessité de les compiler devient nécessaire pour connaître la source. Au XIIème siècle, lors des réformes grégoriennes, le travail de compilation des sources atteint sa perfection dans l'œuvre d'un moine, Gratien ceci grâce à l'influence croisée de la philosophie et le droit romain.

A. Les premières compilations canoniques

Le droit de l'Eglise se constitue un peu à la manière du droit romain. Schématiquement, on peut isoler 3 grands types de sources :

- La source législative

Ce sont toutes les règles de droit divin contenue dans la révélation, i.e. les saintes écritures et la Tradition (Torah écrite et Torah orale). Les paroles du Christ à propos du mariage par exemple ou alors les règles de vie des premières communautés chrétiennes sont regardées comme source de norme. Elles forment les règles constitutives du droit canonique. A côté on trouve les lois ecclésiastiques promulguées par les dépositaires du droit normatif, qui confère le droit d'édicter la norme. Le pape est dans ces constitutions. Les conciles dans leur canon et les évêques dans leur statut.

- La source jurisprudentielle

Ce sont toutes les décisions juridictionnelles rendues par le Pape. Les écrits étaient par exemple des décisions judiciaires. Les décrétales des papes qui sont des décisions juridictionnelles acquièrent néanmoins une force législative parce que le pape jouit d'une plénitude de juridiction.

- La source doctrinale

Ce sont essentiellement les enseignements des pères de l'Eglise, i.e. les auteurs ecclésiastiques des premiers siècles. Certains d'entre eux ont été papes et la plupart évêques. Il faut retenir les noms de Saint Augustin, Saint Ambroise, archevêque de Milan, Saint Grégoire le Grand, etc. Ces auteurs ont rendu un certain nombre d'opinions sur des questions intéressantes à la discipline de l'Eglise. Et comme ces Principes sont exprimés par la sainteté, on part du principe qu'ils sont comme des lois.

Dès les origines de l'Eglise, ces règles sont régulièrement compilées par des particuliers. Ils n'ont donc aucune valeur officielle. Par exemple, la tradition apostolique vers l'an 200. A la fin du IVème siècle, les canons des apôtres. Au Xème siècle la compilation d'un certain moine Gurcharde de l'abbaye de Worms, rassemble toute la législation canonique de l'ère carolingienne. Au XIème siècle, le décret d'Ives de Chartres. Au XIIème siècle, le décret de Gratien n'aura pas non plus de valeur officielle. Néanmoins l'excellence de cette compilation va la faire regarder comme une espèce de code de droit canonique ayant une force quasi obligatoire.

B. L'œuvre de Gratien, le Décret, la *Concordia discordantium canonum*

Gratien est un moine. On ignore tout de Gratien sinon que dans les années 1120-1150 apparaît sa très célèbre compilation. Gratien rédige un traité de 3458 chapitres qui correspond à 3457 fragments provenant d'actes de papes ou de canons conciles ou de citations de pères de l'Eglise. La particularité intéressante est qu'il cite le droit romain.

Ceci prouve que son travail a bénéficié de la renaissance de la science juridique à la fin du XI^{ème} siècle. Toutes les grandes questions de la discipline ecclésiastique sont abordées de manière synthétique et surtout de manière dialectique. Le titre de l'ouvrage en témoigne car c'est l'accord des Canons discordants. En utilisant la dialectique, redécouverte quelques décennies plus tôt, il veut résoudre des questions non tranchées en confrontant les opinions divergentes de différents auteurs.

Donc, le décret, le concordat, n'est pas qu'une simple compilation, c'est aussi un traité de droit canonique. Il servira de base à toute étude scientifique du droit canonique au Moyen Age. La publication du décret de Gratien ne met pas fin à l'activité normative de l'Eglise. Au contraire, le décret de Gratien est le prolongement de la réforme de Grégoire. Cette réforme a renforcé la place de la papauté dans l'Eglise. Ceci a accru l'activité législative du pontife romain. Un travail de compilation va révéler nécessaire.

§2 : La compilation des décrétales pontificales

Malgré son autorité rationnelle, le décret de Gratien n'a pas de valeur véritablement officielle, c'est un traité encore une fois. Les papes du Moyen-âge vont quand même promulguer 3 grands codes. Ceci à l'instar des Empereurs Romains. Ils vont même se revêtir d'un titre porté par l'Empereur en se déclarant *solus canonum conditor*.

A. *Papa solus canonum conditor*

Le Pape est le seul à promulguer le canon. Pendant le conflit qui opposa Henri IV à Grégoire VII, Gratien rédige un catalogue. A lui seul le pape revient le pouvoir de faire des lois nouvelles selon ce qu'exigent les circonstances. Toute la littérature canonique exalte la puissance législative du pape pour pontifier sa position politique face à l'empereur. Ces auteurs affirment que le pape possède une plénitude de juridiction, la souveraineté sur l'église. Il est en effet le successeur de Saint Pierre sur le siège de Rome. Pierre était le prince des apôtres.

En réalité, ce pouvoir législatif trouve surtout son expression dans les décrétales, ces actes juridictionnels du pape qui ont force de loi. Les grands papes juristes du Moyen Age vont produire une masse considérable de décrétales entre le XIème et le XIVème siècle.

Alexandre III, Innocent III, Innocent IV et Jean XXII.

La souveraineté législative du pape se trouve liée à l'activité des conciles. Plusieurs Conciles universels sont célébrés au palais du Latrent, à Rome en présence du Pape et de nombreux Conciles provinciaux ou nationaux.

Avec l'exaltation du pouvoir législatif du pape, on va considérer que cette législation auxiliaire des Conciles n'est qu'une expression de l'autorité du Pape. Elle cesse donc d'être une source autonome. Le Pape est devenu ainsi le seul à promulguer des canons, donc le canon des Conciles.

Pendant cette période d'inflation législative entre le XI et le XIVème, se fait sentir la nécessité de compiler, de solidifier.

B. Les codifications médiévales de la législation papale

Dans les années qui ont suivi la mise en circulation du décret de Gratien, les nouvelles décrétales vont apporter des dérogations au droit expliqué par Gratien. Certains particuliers vont adopter le décret pour signer la dérogation. D'autres vont tenter des compilations privées. Pour authentifier leur décrétales, les papes vont tenter eux mêmes de codifier. Trois grands codes vont être promulgués par une expédition à Bologne qui est la grande faculté de droit du Moyen-âge.

Le premier code sont les décrétales de Grégoire IX (1234), un juriste éminent, confie le travail de compilation à un professeur de droit canonique à Bologne à un dominicain, Saint Raymond de Peñafort. Grégoire confie à Raymond non seulement le travail de classer les décrétales mais aussi de les interpoler pour rendre le droit promulgué conforme au droit en vigueur.

Le deuxième code, le Sexte (1298). Les décrétales de Grégoire IX comportaient cinq livres. L'inflation législative sous le pontificat de Boniface VIII conduit à promulguer un sixième livre, le Sexte. C'est aussi un travail d'interpolation et d'interprétation très marqué par le droit romain.

Le troisième code, les Clémentines (1313~1314) dû au pape Clément V qui est une législation incomplète car certains décrétales vont être oubliées. C'est pourquoi, au XVIème siècle, une nouvelle compilation privée va être rendue nécessaire. Deux nouvelles compilations voient le jour au XVIème siècle. Ce qu'on appelle les des Extravagantes de Jean XXII et les Extravagantes Communes Ces 5 livres forment le corps de droit canon il va rester en vigueur jusqu'en 1917, date de promulgation du code de droit canonique réformé en 1983.

Au XIIème siècle, l'Occident est en possession de deux grands monuments législatifs : les compilations justinienne d'une part et de l'autre les décrets de Gratien complétés par les codes de décrétale. C'est sur la base de la lecture de ces deux monuments que la science juridique va pouvoir renaître et que *l'utrumque jus* va devenir le *jus commune*.

Leçon 5 : L'Europe du *jus commune*

Cette leçon se propose d'illustrer la naissance d'une culture juridique commune qui est née de l'approfondissement au Moyen Âge de l'héritage commun reçu d'Athènes, de Rome et de Jérusalem. Cette naissance a lieu à Paris, en Sorbonne, au Moyen-âge, dans l'université au XI^{ème} siècle. L'université est à l'origine une institution ecclésiastique qui se veut et qui est l'héritière des grandes écoles monastiques. Ces grandes écoles monastiques ont été érigées lors de la renaissance carolingienne.

Les premiers collèges parisiens sont fondés dans les abbayes parisiennes. On peut citer l'abbaye de Saint Victor et Sainte Geneviève. Dans ces grands centres intellectuels accourent tous les clercs de la chrétienté pour s'y instruire au contact de la pensée chrétienne, des saintes écritures, des écrits des Pères de l'Eglise mais aussi au contact des grands monuments littéraires de l'Antiquité à la fois les classiques gréco-latines puis la philosophie de Platon et celle d'Aristote. L'université de Paris, la Sorbonne se regarde elle-même comme une continuatrice des grands centres intellectuels de l'antiquité. On a appelé cela la translation des études, un mythe médiéval, i.e. après qu'Athènes eut incarné la vie intellectuelle de l'Antiquité, cette tâche est à Rome puis au tour de Paris.

Paris n'est pourtant pas le grand centre d'études juridiques au Moyen-âge. En effet, Paris c'est la théologie et le droit c'est Bologne. Le Pape Honorius III a interdit en effet aux clercs d'étudier le droit romain à Paris pour qu'ils ne se détournent pas de l'étude de la théologie. C'est la décrétale *Super Speculam*. Les premières leçons de droit romain étaient professés à Bologne et ceci à la fin du XI^{ème} siècle. Un de ces grands maîtres fut un certain Pepon. Bologne est un très grand centre d'études de droit et aussi un grand centre d'études canoniques. En effet, Grégoire IX a décrété à Bologne. D'ailleurs les plus grands papes vont étudier à Bologne. Alexandre III, Innocent III et Innocent IV. Pendant tout le Moyen Âge, les étudiants en droit de toute l'Europe s'accourent pour écouter ces docteurs ès lois lire, i.e. enseigner les lois, le droit romain. Dans le même temps que se développent à Bologne les premières facultés de droit, on voit se créer d'autres centres juridiques sur le modèle de Bologne. Bologne essaime son modèle.

Mais la renaissance des études juridiques au XII^{ème} siècle s'inscrit dans une renaissance intellectuelle bien plus large. En effet, cette connaissance ne peut pas se concevoir en dehors des influences péripatéticiennes, i.e. en dehors de l'école d'Aristote. En effet, pendant les XI et XII^{ème} siècles, les œuvres majeurs d'Aristote sont transmises en Europe par les Arabes lesquels avaient conquis pendant une première décennie, les grands Etats hellénistiques, et donc avaient par le même temps recueilli l'héritage d'Athènes. Un des plus grands commentateurs fut le Arreroes qui avant être médecin était juriste. Aristote devient l'un des philosophes officiels de l'université médiévale. Aristote en effet fournit un outil, un *organum*, pour comprendre et pour interpréter les textes juridiques. Il fournit une philosophie du droit à l'Occident. Le livre V de *L'Ethique à Nicomaque* traite du droit et de la justice. Il va éclairer de l'intérieur la compilation justinienne, i.e. pour comprendre cette compilation justinienne il faut un point de vue supérieur fourni par la philosophie.

Avant d'illustrer le rayonnement de ce modèle, nous allons étudier la renaissance de la science juridique au XII^{ème} siècle

Section 1 : La renaissance de la science juridique du XIIème siècle.

Au Moyen-âge, l'enseignement consiste à lire et à commenter un texte qui fait autorité. C'est l'écriture sainte en théologie, les œuvres d'Aristote en philosophie et les grandes compilations juridiques romaines puis canoniques pour l'un des deux droits. Ce procédé pédagogique n'entraîne pas un conformisme intellectuel ou même une limitation servile du droit romain ou du droit canonique contrairement à ce qu'on imagine. L'étude scientifique des droits savants va permettre en effet l'élaboration d'un droit original.

§1 : L'étude scientifique des droits savants

La base de l'enseignement est les sources juridiques des droits savants. Tout ce matériau sert de base à la lecture, à l'enseignement du droit. Cet enseignement scientifique du droit passe par deux étapes. D'abord, l'appropriation de ce texte par ce qu'on a appelé la glose et deuxième étape le dépassement du texte lui-même pour créer un droit nouveau.

A. L'âge des glossateurs

Après Pepone, le grand fondateur des études juridiques à Bologne fut un certain Irnerius, i.e. Garnier. Au début du XIème siècle en effet, Irnerius fonde une école qui est illustrée par quatre grands disciples qu'on a appelé les Quatre Docteurs. Ces Quatre Docteurs sont Martinus, Bulgarus, Hugo et Jacobus.

Leur travail sur le corpus de Justinien consiste à expliquer mot à mot les textes de chaque fragment, à les comparer à ceux contenus dans d'autres fragments. Au terme de ce travail, on propose la signification de la loi de ce fragment. Il faut comprendre en effet que ces premiers romanistes sont en face d'une forteresse de mots. Pour entrer dans cette forteresse, il faut une clé. Ils entrent dans un univers historique et un monde juridique différent. Ils utilisent donc toutes les ressources données par la dialectique, la grammaire, la rhétorique. Ce sont 3 sciences qui ont été transmises par les philosophes et les littérateurs de l'Antiquité.

L'enseignement consiste à lire et cette paraphrase est appelée glose. Ceux qui la pratiquent sont les glosseurs. Ces gloses sont insérées en interlignes puis elles sont mises en marge, on parle de glose marginale. Ces gloses sont tellement importantes qu'elles ont été groupées dans des ouvrages synthétiques à part que l'on a appelé les Apparatus une petite part, les Sommes quand les auteurs traitaient tout un volume du Code Justinien. La plus célèbre est celle sur les Codes rédigées par Azon, disciple de ces quatre docteurs.

Au bout d'un siècle, vers le XIIIème siècle, l'accumulation des gloses était telle qu'un travail de synthèse était nécessaire. Cette entreprise fut l'œuvre d'un disciple d'Azon, Accurse. Son œuvre a été appelée *La Glose ordinaire* ou *La Grande Glose* qui est apparue comme interprétation quasi-officielle de la science juridique médiévale. Cette lecture du texte suscitait des questions que des docteurs en lois tentaient de résoudre. Des distancions existaient entre les auteurs. Bulgarus considérait que le droit romain était juste par nature et qu'il fallait donc faire valoir l'esprit du texte. Martinus était plus libéral, il fallait plutôt prévaloir l'équité sur le texte de la loi. L'équité se découvrait par une confrontation dialectique des lois entre elles. Ces différends entre les docteurs ont donné naissance à un exercice scolaire nouveau que l'on appelait les questions disputées. Les étudiants en droit s'affrontent sur une question de droit. Ces questions s'organisent comme un procès fictif avec une partie pour et une partie contre et un docteur plus savant qui était chargé de trancher entre les thèses en présence avant de conclure.

Dans les facultés de droit canonique, des méthodes tout à fait comparables sont utilisées. On distingue entre les Décrétistes, qui glosent le décret de Gratien et les Décrétalistes qui glosent les décrétales du pape. Le grand glossateur du décret de Gratien fut un certain Huguccio de Pise qui fut le maître d'Innocent III. Quant aux Décrétalistes il faut retenir le nom de Hostiensis (Panormitanus). La caractéristique de cette première génération consiste à être très proche du texte. Après le milieu du XIII^{ème} siècle, une plus grande liberté, c'est l'âge des commentateurs.

B. L'âge des commentateurs

Le fondant de la science des romanistes demeure la loi. Mais la caractéristique de ce deuxième âge est d'être beaucoup moins liée au texte. Les docteurs de cette période utilisent plus systématiquement la dialectique d'Aristote comme la philosophie morale de Thomas d'Aquin. Ils offrent donc des commentaires du droit romain plus amples, plus spéculatifs et donc de véritables traités de droit qui ne sont plus servilement liés au plan de la compilation commentée, on préfère suivre une logique propre à celle de l'exposée. Utilisant le raisonnement analogique, ils vont étendre la portée des décisions romaines pour résoudre des problèmes de la pratique de leur temps.

Ce mouvement est né en France à Orléans. Cette Ecole est créée en 1119. Les grands noms de cette école furent d'une part Jacques de Révigny et de l'autre Pierre de Belleperche.

Jacques de Révigny était très ouvert aux questions pratiques causées par la coutume. Pierre de Belleperche fut le chancelier de Philippe IV le Bel.

Le disciple de ces deux auteurs, un certain Cinus de Pistoie, va exporter leurs méthodes à Bologne. C'est de Bologne que ces deux méthodes vont rayonner sur l'Europe. Deux grands disciples de Cinus de Pistoie furent Bartole et Balde qui marqueront très profondément la science juridique. L'originalité est à utiliser les effrangements des droits savants comme des matériaux de construction qui vont leur servir à construire des solutions juridiques originales.

§2 : L'élaboration scientifique d'un droit original

La situation politique au XIII^{ème} et au XIV^{ème} siècle n'est plus celle de la Rome classique. Les docteurs, notamment les commentateurs vont recycler l'héritage romain pour répondre à des questions qui intéressent le droit public et l'Etat et les questions de la pratique quotidienne.

A. La construction d'une théorie de l'Etat

Dans la naissance de l'Etat moderne, les canonistes et les romanistes ont joué un rôle important. Ils s'appuient sur l'héritage de la philosophie antique pour proposer une théorie cohérente. En s'inspirant des théories canoniques, les romanistes vont distinguer entre l'Empereur, la dignité impériale et la personne. Ceci va donner naissance à la théorie des deux corps du droit : le corps physique et mortel du Roi et son corps mystique et donc immortel de l'Etat.

Le *status rei publicae*, le statut de la chose publique est l'état d'une réalité naturelle voulue par Dieu certes mais seulement ordonné à la réalisation du bien commun de la société. Les juristes admettent certes que tout pouvoir vient de Dieu. Mais Dieu peut intervenir aussi par les causes secondes. Cela veut dire que le pouvoir que possède l'Etat peut donner le bien commun. Cette voie là conduit à la naissance d'une véritable science politique distincte de la théologie. En

Occident, à partir du Moyen Âge, la science politique et la théologie deviennent deux sciences différentes.

Conformément au droit romain, l'empereur doit être regardé comme le droit vivant, la *rex animata*. Azon voit dans cette souveraineté une délégation du peuple comme à Rome. Il reprend la phrase d'Ulpien. La loi du prince n'est légitime que dans la mesure où elle concourt au bien commun. Ils reprennent une théorie de Thomas d'Aquin. Les auteurs admettent certes que l'empereur n'est pas lié par la loi mais que néanmoins son pouvoir est fondé sur le droit. Son autorité est unitaire même si Bulgarus affirme l'Empereur est seigneur de l'univers, cela ne veut pas dire qu'il est propriétaire de l'Univers. Donc le pouvoir politique est limité par le droit privé des citoyens.

Le pape canoniste Innocent III va fonder ce qu'on appelle la laïcité. En 1203, dans une décrétale qui s'appelle *Per vinerabilem*, Innocent III rappelle que le roi de France est indépendant, est temporel. Le Pape ne peut intervenir en matière politique que lorsque le salut des âmes est en jeu. Le droit canonique va influencer profondément l'organisation institutionnelle des États. Par exemple, les principes organisant les délibérations des Assemblées, le droit parlementaire. Dans l'Eglise on vote, il faut donc organiser un droit. Le droit fondamental de la fonction publique est héritier du droit des bénéfices ecclésiastiques. Ce renouveau du droit est évident.

B. Le renouveau du droit privé

Plus encore que chez les glossateurs, les commentateurs proposent aussi de reciter le droit romain pour lui faire produire des conséquences nouvelles (exemple du Colisée). Des concepts juridiques nouveaux, des institutions juridiques nouvelles, toutes inconnues des romains vont naître par l'étude des droits savants.

La notion de personne morale

La personnalité morale est une fiction juridique. Elle consiste à reconnaître fictivement un groupe de personnes la qualité de sujet de droit autonome. Le droit romain classique ignore la personnalité morale aux sociétés. Les juristes médiévaux appellent ces regroupements de personnes des universités. Jacques de Révigny puis Bartole vont désigner ces groupes de personnes comme des personnes représentées car elles ont un représentant ou encore des personnes fictives car ce n'est justement pas des personnes. Ces personnes morales peuvent donc posséder des droits et peuvent aussi agir en justice. Elles peuvent aussi engager leur responsabilité.

La consécration du consensualisme

En droit contemporain des obligations, le lien de droit est fait par la rencontre des volontés des parties, par leur accord. C'est le consensualisme. A Rome, on est resté fidèle au fait d'un pacte nu, qui par elle-même la volonté ne crée pas l'obligation. Au Moyen-Âge, pour obliger les parties à exécuter leur convention, la pratique va consister à consentir le contrat d'un serment. En cas d'inexécution, la partie est justiciable du juge d'Eglise. De là, on a commis un parjure. Progressivement, les canonistes vont imposer un principe nouveau *pacta sunt servanda*. (Pactes sont serments). Cela veut dire qu'on doit tenir sa parole et que même sans serment une obligation doit être exécutée. Après bien des hésitations, liées au principe classique du droit romain, les juridictions séculaires vont finir par accepter cette règle et à admettre donc que les obligations doivent être exécutées même sans serment.

La théorie du « domaine divisé »

Les romanistes vont essayer d'expliquer le droit féodal aux moyens de concepts romains. La féodalité repose sur le don d'une terre fait par le seigneur à son vassal. Mais le seigneur se réserve un certain nombre de prérogatives foncières sur le fief qui est précisément cette terre offert au vassal. Les romanistes vont essayer d'attacher cette opération à l'amphithéose romaine. Or, le droit romain accorde aux bailleurs une action en revendication directe. Par ailleurs, il accorde à l'amphitéote, le preneur, une action en revendication dite utile. Les romanistes du Moyen-âge vont considérer qu'il existe donc deux types de propriété, l'une directe qui compare au droit du seigneur sur le fief et une propriété dite utile qui compare au droit réel du vassal sur son fief.

Les romanistes parviennent à fonder une théorie juridique complètement inconnue du droit romain sur le droit romain. Cette volonté des docteurs d'intégrer les réalités juridiques de l'époque dans les catégories savantes, explique sans doute le rayonnement universel du modèle romano-canonique.

Section 2 : Le rayonnement d'un modèle universaliste

Malgré leur succès, les droits savants ne vont pas se substituer aux solutions coutumières en vigueur dans les Etats européens ni se substituer aux législations royales et impériales. Le problème des juristes médiévaux est de trouver un accord des droits locaux et des droits savants.

§1 : L'influence du *jus commune* sur les droits particuliers

Les droits savants sont la culture juridique commune de l'Europe. Les juristes de tous les Etats européens sont formés au même droit, romain et canonique. Ils vont chercher à harmoniser le droit de leurs pays avec les droits universels que sont les droits romains et canoniques. Mais, certaines particularités propres à plusieurs Etats vont limiter l'influence du *jus commune*.

A. L'harmonisation du pluralisme juridique

Avec Bartole, les romanistes vont se tourner plus volontiers vers la réalité du droit coutumier qui est finalement la réalité du commerce juridique quotidien. Bartole est très favorable aux coutumes ainsi qu'à la législation promulguée par les grandes villes de l'Italie du Nord, les statuts. Selon lui, ce droit local doit être en harmonie avec les droits savants qui sont jugés plus rationnels. Pour Bartole, le *jus commune* est d'application générale. Le droit particulier est d'application particulière. Quand le droit particulier est conforme au droit romain, on peut en faire une application très large car il est conforme à la raison. En revanche, quand le droit particulier est contraire au droit romain, il faut faire de ce droit particulier une application restrictive. Cette théorie de Bartole a été nommée la théorie des Statuts. Elle a été approfondie par Charles Dumoulin au XVIème siècle, elle est encore à la base du droit international. Dans toute l'Europe de Bartole, cette théorie sera utilisée pour interpréter les coutumes locales et aussi la législation étatique.

B. La pénétration du droit romain

A partir du XIIème siècle, les droits locaux sont profondément modifiés sur le modèle canonique.

Le droit romain et les législations étatiques

Les législations princières vont intégrer les normes savantes dans leur ordre juridique. En Allemagne, l'Empereur Frédéric II fait du droit romain une législation supplétive, i.e.

applicable quand la coutume ou le droit local sont muets. En Espagne, on procède par voie de synthèse. Le roi Alphonse X dit le Sage promulgue en 1265, les *Siete Partidas*. Cette législation suit le plan du Digeste et mélange droit coutumier local, droit romain et droit canonique. En réalité, l'influence la plus longue est redevable aux patriciens ceci à cause de la procédure

La procédure romano-canonique

Avant le XII^{ème} siècle, renaissance du droit romain. La procédure utilisée est généralement assez sommaire et parfois irrationnelle. En redécouvrant le corpus de Justinien, les romanistes redécouvrent la procédure cognitoire, i.e. le procès extra ordinaire où un seul juge mène jusqu'à la fin le procès. Au XII^{ème} siècle, Bulgarus expose les principes essentiels de la procédure romaine et son disciple Jean Bassien va en proposer un manuel pratique. Le pape Alexandre III va imposer à l'Eglise le respect des procédures telles que décrites par Bulgarus et Bassien. Cette procédure est inquisitoire. Elle permet la représentation en justice par un avoué et connaît un système de preuve assez rigoureux. Par ailleurs, elle autorise l'appel. Les décrétales du pape vont améliorer cette procédure et un grand juriste médiéval, Guillaume durant un évêque de Nantes propose une synthèse de la procédure, le *speculum*. Progressivement à partir du XIII^{ème} siècle, les juges séculiers adoptent cette procédure canonique d'origine romaine. Saint Louis va ordonner au Parlement de Paris de procéder selon les règles romano-canoniques. Frédéric II va s'inspirer largement de cette procédure. L'utilisation de ce type de procédure inspire du droit romain et canonique va favoriser la pénétration dans les instances locales.

Le droit romain et la pratique

Les juges civils, les notaires, les avoués, les avocats ont été formés par les droits savants. Ils vont donc penser et dire la réalité juridique propre à leur nation grâce aux concepts qu'ils ont reçu des droits savants. Par exemple, en France, le juge royal Philippe de Beaumanoir rédige en 1280 un traité *Les coutumes de Beauvaisis*. La procédure appliquée est la procédure romano-canonique. Les règles de droit des biens et de la famille sont typiquement coutumières. Elles sont coutumières mais il introduit des solutions savantes comme la lésion, un moyen romain d'annuler une vente immobilière lésionnaire. Il introduit aussi la notion de tutelle, alors que le droit coutumier connaît un système comparable. Plus fondamentalement, Beaumanoir utilise un vocabulaire savant pour décrire les institutions coutumières. Pour parler des pleiges, il parle de caution. Pour parler de la saisine coutumière qui est à la fois possession et propriété, il utilise le terme de *possessio*. En utilisant un vocabulaire romain pour décrire la réalité coutumière, il prépare à une synthèse des régimes savants et des régimes coutumiers puisqu'en faisant entrer le droit coutumier dans des catégories juridiques romaines, on peut analogiquement appliquer au droit coutumier les solutions du droit savant. En dépit de cette influence très profonde de la culture juridique savante sur les droits particuliers, on peut observer une certaine résistance à la pénétration du droit savant.

§2 : Les limites à l'influence du jus commune

Toute l'Europe reconnaît au droit savant une qualité technique et une qualité rationnelle exceptionnelle. Cependant tous les Etats ne réagissent pas de la même façon. En Angleterre, se développe le système de *common law* qui rendra inutile la pénétration du droit romain. En France, le conflit entre capétiens et papauté explique pourquoi le droit ne pénètre pas en France

A. Un obstacle juridique, la common law en Angleterre

Le système juridique Anglais s'est développé en marge du système continental. En effet, l'organisation politique de l'Angleterre dès le XIII^{ème} siècle a permis l'émergence progressive d'un corpus de règles qui vont servir de droit commun à ce royaume, il s'agit de la *common law*. En 1066, Guillaume le Conquérant remporte une victoire sur les saxons lors de la bataille des Hastings et la production législative des rois normands sera considérable. La monarchie anglaise est extrêmement centralisée du point de vue administratif et du point de vue judiciaire. Des juges royaux itinérants contrôlent les juridictions locales. Ils vont peu à peu vider de leurs compétences les juridictions. Cette centralisation précoce va expliquer pourquoi se crée très tôt en Angleterre un droit propre au royaume avec des caractéristiques très marquées. Le symbole de cette mainmise de la royauté est le *lord chancellor*, sur la requête des plaideurs, le *lord chancellor* délivre des *writs* (greffes). Ces *writs* rappellent beaucoup la formule du préteur mais il n'y a aucun lien historique. Le *writ* en effet décrit la situation juridique des partis, décrit la marge du procès et la solution que le juge local devra prononcer. Cette production jurisprudentielle est compilée dans un recueil *Year Books*. Dès le XIII^{ème} siècle, l'Angleterre possède une science et une technique suffisante. Le recours au droit romain est inutile. La jurisprudence anglaise est l'objet aussi d'une étude scientifique qui a besoin du droit romain. L'exemple : Henry de Bracton écrit en 1230 un traité qui s'appelle *Les droits et des coutumes*. Le droit matériel décrit par Henry de Bracton est la *common law*. Mais les concepts juridiques qu'il utilise sont inspirés du droit romain.

B. Un obstacle politique, le roi de France est empereur dans son empire

Historiquement, le royaume de France est né du démembrement de l'empire Carolingien lors du traité de Verdun. Dès 987, le successeur d'Hugues Capet va poursuivre la reconstruction de l'unité politique du royaume qui a été malmené par la féodalité politique. Cette féodalité se traduit par des principautés qui concurrencent l'autorité royale. Le droit romain est considéré au Moyen Age comme le droit de l'Empire restauré par Charlemagne en l'an 800. Ce faisant, il est considéré comme le droit d'une puissance étrangère. Les juristes français siégeant au Conseil du roi cherchent à justifier l'indépendance du roi vis-à-vis de l'Empire. Ces conseillers sont appelés des légistes car connaisseurs de la loi romaine. Jean de Blanot affirme que le roi de France est empereur dans son royaume. Autrement dit, en France l'Empereur c'est le roi. Il possède les prérogatives que possédait aussi l'Empereur que le droit public a reconnu. Dès lors que le droit romain est reconnu comme le droit de l'empire, il ne peut pas être connu comme force obligatoire en France. Les avocats et les juges ne devraient donc pas appliquer le droit romain en vertu du principe coutumier (passe-droit). En réalité, cet obstacle politique n'empêche l'influence du droit romain sur le droit coutumier français. Si le droit romain n'a pas de force obligatoire, il est néanmoins regardé comme la raison écrite. Or, la raison est universelle, on peut l'appliquer en France comme étant une norme rationnelle, c'est à ce titre qu'il sera appliqué en France. Le droit romain avait un rayonnement intellectuel. Techniquement intellectuellement, le droit romain a irradié le droit français.

L'universalité de l'influence des droits savants est davantage liée à l'universalisme de la raison qu'à l'universalité prétendue du pouvoir du Pape ou de l'Empereur. Ce triomphe des droits savants est d'abord le triomphe d'une culture commune à l'Occident. Or, cette culture commune en Occident va être mise en cause au XVI^{ème} siècle par la naissance du nationalisme juridique à la renaissance.

Leçon 6 : L'âge des systèmes : l'humanisme juridique

Dans la leçon précédente on a essayé de dresser un tableau juridique de l'Europe au moyen âge. On assiste à un approfondissement de ces sources savantes. Nous allons nous intéresser aux aspects juridiques au mouvement humaniste de la renaissance qui va nous permettre de décrire cette rupture à l'aube des temps modernes. Lorsqu'on parle de temps moderne, on parle de la période de 1492 à 1750.

Nous l'avons vu. L'occident a connu plusieurs renaissances : carolingiennes vers l'an 800, un autre au XII^{ème} siècle et enfin une autre au XVI^{ème} siècle avant la décadence. Ces renaissances sont à chaque fois des périodes humanistes, i.e. épris d'humanité gréco-latine (humanités désigne en latin la culture). La nouveauté de la renaissance du XVI^{ème} siècle ne tient pas tellement à la redécouverte de la culture gréco-latine. Elle tient plutôt au regard porté sur ces sources humanistes, sur cette culture gréco-latine.

Au plan juridique, l'humanisme se traduit comme une nouvelle manière aussi d'envisager le droit romain. Donc, une nouvelle façon d'envisager le *jus commune* dans la science juridique. L'humanisme juridique se développe en dehors des universités ceci en réaction à l'essoufflement intellectuel de l'université.

Au milieu XV^{ème} siècle surtout, les disciples de Bartole et de Balde se sont installés dans une certaine routine intellectuelle. Ces disciples renoncent souvent au regard critique ceux qui les ont précédés et un enfermement éternel dans la répétition.

L'humanisme naît en Italie au milieu du XV^{ème} siècle. Dans les écoles de droit, surtout à Bologne, les humanistes revisitent le corpus de Justinien et dénoncent l'interprétation traditionnelle du droit romain. En Italie, en France puis en Allemagne, cet inventaire nécessaire de l'héritage médiéval va aller très loin. Elle se mue en effet pour des raisons politiques et religieuses dans la mutation de la critique de la scolastique. Elle est nommée bartolisme. Les raisons politiques c'est la naissance dans l'Europe du XVI^{ème} siècle d'un absolutisme monarchique et d'un nationalisme. Quant aux raisons religieuses, c'est la réforme de Luther en Allemagne et de Calvin en France.

La critique des humanistes portent aussi sur les méthodes du droit et la philosophie du droit. Le Moyen-âge a été globalement aristotélécien, péripatéticien, des casuistes, de confrontations d'autorités traditionnelles. La Renaissance quant à elle est franchement stoïcienne. L'humanisme juridique est en effet plutôt enclin à déduire le droit des grands principes axiomatiques et on bâtit ainsi de grands systèmes abstraits intellectuellement très rassurants. Les 2 grands caractéristiques de cette période est l'historicisme et le systématisme.

Section 1: L'humanisme historiciste : le *mos gallicus*

La grande force de la doctrine globale de Bartole et de Balde consistait à recycler le droit romain. Les jurisconsultes médiévaux utilisent les fragments du corpus justinien pour régler des questions juridiques qui sont complètement inconnus des romains de l'Antiquité. Les jurisconsultes médiévaux considèrent le droit romain comme « *l'oracle de Dieu par la bouche des princes* ». Il est l'expression d'une justice valable partout et toujours. Les glossopètes et les commentateurs ne se sont pas préoccupés d'histoire du droit romain. Ce qui les intéresse, c'est de rendre le droit romain utile à leur époque.

Pour les humanistes de la Renaissance du XVIème siècle au contraire il importe de rendre au droit romain sa signification historique exacte. Ceci pour comprendre la société de l'antiquité. Poussé jusqu'à ses limites extrêmes, cette manière de faire va atteindre l'autorité rationnelle du droit romain. Le droit romain se trouve en effet décrit non plus comme un corps de normes universelles à cause de leur rationalité, de la justice de ces lois, le droit romain encourt le risque d'être que la loi des romains qui a fait son temps

§1 : La critique de la science du droit traditionnelle

Les recherches historiques des humanistes sur le corpus justinien vont avoir pour effet pour mettre en porte à faux les digestes, les lois et leurs commentaires traditionnels

A. Les progrès de la philologie appliquée au corpus de Justinien

La philologie est ici l'étude de la langue latine. Les premiers humanistes à s'intéresser au corpus ne sont pas des juristes. Ils s'intéressent au droit romain comme un monument littéraire. Au milieu du XVème siècle, un philologue, Laurent Valla s'intéresse à la langue latine utilisée dans le Digeste de Justinien. Ce travail permet de mettre en lumière un fait important. Le Digeste est une œuvre composite qui rassemble des textes doctrinaux de différentes époques de l'histoire romaine. Valla met en lumière le fait que les textes classiques ont été réécrits.

Valla dénonce ces interpolations, il ne dénonce comme une corruption du droit classique par les jurisconsultes du Bas Empire. Cette dénonciation est un acte fondateur de l'humanisme juridique : Opposer d'une part le droit romain classique, considéré comme l'expression parfaite du génie romain, au droit décadent du Bas empire.

L'ouvrage de Valla s'appelle *Les élégance de la langue latine*. Il en profite donc pour égratigner les jurisconsultes médiévaux car ils écrivent dans un latin barbare qui ne respecte pas la pureté du latin classique. C'est le droit des muses. A la fin du XVème siècle, un autre philologue effectue un travail de critique interne du corpus, c'est Angelo Politien.

Ange Politien se demande si le texte du corpus qui est habituellement étudié à Bologne correspond bien au texte promulgué par Justinien au VIème siècle. Pour s'en assurer, il demande à Laurent de Médicis, la possibilité l'exemple qu'il possède dans sa bibliothèque à Florence qui est plus ancien que celui de Bologne. À la stupeur, en 1490, Politien révèle que la version bolonaise est différente de celle florentine. Ce travail philologique fragilise le texte romain. En le fragilisant, il fragilise la science juridique traditionnelle qui repose sur le texte. Elle conduit à la critique du bartoliste.

B. La critique du Bartolisme

Au Moyen-âge, le texte du corpus de Justinien et ses gloses forment un ensemble indissociable. Le travail des humanistes, critique, va consister à dissocier le texte de ses gloses jusqu'à les opposer. Le premier juriste important qui a appliqué ces méthodes classiques est Guillaume Budé. En 1508, il rédige des annotations sur le Digeste. Il cherche d'abord à mieux connaître les institutions romaines avec les textes du Corpus.

Budé a pour disciple André Alciat. André Alciat va répandre les conclusions des humanistes en France à Avignon d'abord, à Bourges ensuite. Bourges devient un centre important de l'humanisme juridique. Cette école est profondément marquée par le calvinisme. Elle développe une manière française d'enseigner le droit romain, c'est le *mos gallicus* qu'on oppose au *mos*

italicus. Alciat écrit un ouvrage qui s'appelle *Les Paradoxes* où il établit l'existence dans le Digeste de contradictions insurmontables alors même que Justinien affirmait qu'aucune contradiction n'est contenue dans le Digeste et que toute science juridique médiévale s'est construit sur cela.

Alciat fragilise encore davantage l'autorité du droit romain et ses commentateurs médiévaux. Un des disciples de Budé est Jacques Cujas. Dans une œuvre immense qui fait une dizaine de folios poursuit cette œuvre philologique et achève les démonstrations d'Alciat. Les conclusions des humanistes contredisent largement les interprétations traditionnelles du droit romain. De l'étude critique des textes antiques, on passe très rapidement à des attaques violentes contre les juristes restés fidèles aux opinions traditionnelles.

En 1518, un juriste allemand, Ulrich Zasius rédige un ouvrage qui s'appelle *Les Elucubrations*. Il affirme que les gloses et les commentaires médiévaux sont absurdes. Ils sont « rongés par les erreurs ». La confiance aveugle à la glose est à Bartole. Cette critique de la doctrine médiévale devient un lieu commun à la fois dans la doctrine juridique et dans la doctrine profane.

La vision des humanistes nous apparaît comme manichéenne à première vue. D'un côté, l'excellence du droit romain à l'époque classique purgée de ses interpolations. De l'autre les commentaires médiévaux rédigés dans un latin barbare, erronés. La réalité est bien plus complexe ceci à 2 points de vue. Primo, la plupart des humanistes sont avant tout des historiens. S'il critique au fond chez les auteurs médiévaux, c'est leur incompetence à comprendre les institutions de l'Antiquité et à recontextualiser le droit romain. Les humanistes admettent néanmoins qu'on peut se fier aux jurisconsultes médiévaux mais seulement en ce qui touche la pratique juridique mais pas la matière philosophique du droit. Secundo, chez les humanistes les plus résolus, l'étude critique des sources romaine ne se limite pas à débusquer les interpolations. En remettant les lois romaines dans leur contexte historique, ces lois romaines apparaissent à présent comme le produit de la société romaine de l'antiquité et plus comme l'expression de l'équité naturelle. C'est un choc qui va bouleverser la science juridique romaine.

§2 : Le droit romain des lois étrangères ou naturelles des français

L'humanisme juridique s'est surtout occupée des sources romaines dans leur vérité et la conséquence un peu paradoxale de cette recontextualisation est de présenter le droit romain comme le produit d'une société, d'un terroir, d'une époque. Certains auteurs vont franchir le pas et affirmer que les lois des romains furent de bonnes lois mais que pour les romains. Selon eux, les peuples non romains doivent être gouvernés par leurs propres lois qui sont l'expression de leur génie nationale. Le relativisme historique conduit au nationalisme juridique.

A. Le relativisme historique

Penchons sur la doctrine de François Hotman, professeur de droit romain issu de l'Ecole de Bourges, c'est un calviniste prosélyte très opposé à la monarchie française. Il doit quitter la France après saint Barthélémy, et doit continuer ses recherches à Genève. Hotman rédige en 1567 un court traité sur l'étude des lois qu'il l'appelle *L'anti tribonien* qui est dirigé contre le maître d'œuvre de la compilation justinienne. Comme tous les humanistes, il critique les docteurs ès lois du Moyen-âge et il poursuit en s'en prenant à Tribonien qui est accusés d'avoir subverti le Digeste par les interpolations. Il dénonce l'absence totale de logique dans son plan.

Hotman exalte au contraire la grandeur du droit romain classique qui se caractérise par sa logique. Hotman est un fin connaisseur de l'histoire romaine. Il était capable preuve à l'appui que la législation romaine est l'expression des mœurs de l'Antiquité romaine. Il va donc critiquer l'opinion de ceux qui considèrent que le droit romain est une législation universelle. Pour Hotman, le recours systématique à un droit de l'antiquité, le droit romain, semble contraire à la raison. Selon Hotman : « *les lois d'un pays doivent être adaptés à l'Etat et non l'Etat aux lois.* » Autrement dit, il faut une réforme du droit français adapté aux mœurs françaises.

Dans un ouvrage appelé, *La Gaule franque* il défend un mythe nationaliste où la France et les institutions nationales seraient les héritières directes des peuples celtes et des peuples germaniques. En effet, pour Hotman, l'influence romaine est une tyrannie.

B. Le nationalisme juridique

Les travaux sur le droit romain vont donner naissance à la science historique moderne. Les méthodes appliquées aux sources romaines vont être aussi appliquées aux sources historiques françaises. Les historiens de la Renaissance sont presque tous des juristes. Le premier ouvrage véritablement scientifique est l'œuvre d'un Parisien, Etienne Pasquier, *Les recherches à propos de la France*. Ces auteurs, ces historiens, ces juristes sont à l'origine et développent les grandes thèses nationalistes relatives aux origines gallo-franques de la France. Si le droit est l'expression d'un génie national, les humanistes s'interrogent sur l'origine des coutumes françaises. A la différence du droit romain, ces coutumes sont l'expression naturelle du français. Diverses théories émergent au XVI^{ème} siècle pour expliquer le phénomène coutumier. Un autre avocat français, Charles du Moulin, qu'à la conquête de la Gaule par les francs, il existait qu'une coutume générale à la France qui avait été imposée par les conquérants à la fois aux barbares et aux gallo-romains. Le droit romain doit être considéré comme une expression étrangère, c'est l'expression d'un autre avocat de Louis Le Charon. Dès lors, se soumettre en tout au droit romain est pour lui une superstitieuse servitude. Il faut donc se prémunir contre l'atardissement du droit français par le droit romain. Nous voyons tout ce travail critique fait un abaissement du droit romain au profit du droit français, un droit coutumier national. En France, cette exaltation du droit français jointe aux progrès historiques de la connaissance du droit romain va permettre l'éclosion du droit commun coutumier. Beaucoup d'autres humanistes comme Hotman voient que la portée pratique est limitée. Hotman rit des grammairiens purifiés, qui s'intéressent qu'à la philologie latine sans s'intéresser à la pratique latine du droit. Selon lui, il faut des bases nouvelles, il faut construire un nouveau système.

Section 2 : L'humanisme « systématique » *jus in artem redigere*: faire du droit un art

A Bourges, les juristes vont vouloir dépasser la simple critique des textes romains. Les docteurs de Bourges s'intéressent aux méthodes d'interprétation du droit et surtout à la présentation rationnelle des règles juridiques. Des philosophes humanistes comme Ramus critique la tradition aristotélicienne et invente un système logique nouveau que les juristes de Bourges vont vouloir mettre en œuvre. Ils sont à la recherche d'un système global qui puisse englober toute la réalité juridique. Ils vont trouver dans le fondement d'une notion renouvelée droit naturel.

§1 : La recherche d'un système juridique rationnellement ordonné

La Renaissance correspond aussi à une révolution des méthodes scientifiques très hostile à la scolastique médiévale. Cette révolution atteint aussi le droit. Les disciples de Bartole restaient

plutôt fidèles aux méthodes romaines qui consistaient à résoudre des questions juridiques au cas par cas et de cette résolution juridique, dégager une règle plus générale, ses impulsions. Les humanistes sont quant à eux hostiles à cette vision du droit. Ils considèrent en effet que les règles de droit doivent être déduites de principes généraux supérieurs.

A. La critique de la scolastique médiévale

Les humanistes reprochent aux bartolistes d'être conformistes et parfois un peu trop subtiles. Chez les auteurs du Moyen-âge, pour résoudre une question, un cas pratique, on fait appel aux autorités rationnelles, aux auteurs éprouvés et l'analyse de la réalité concrète fait souvent appel à des concepts logiques très subtiles et à des distinctions un peu déterrées.

Les humanistes reprochent aux bartolistes de se complaire à ces raisonnements complexes. Pour les humanistes puisque le droit est l'expression de la justice, il doit donc découler logiquement de principes qui sont à la fois simples et évidents pour tous. En outre, les autres du Moyen-âge font appel à la dialectique et donc à la citation de nombreux auteurs. Ils acceptent donc de trancher des questions de droit conformément à la commune opinion des docteurs, i.e. opinion reçue par la plupart des maîtres. D'où évidemment cette critique de conformisme.

Les humanistes sont quant à eux favorables à une interprétation libre du droit. Les humanistes proposent donc de remplacer la dialectique ancienne par une rhétorique moderne.

B. La rhétorique moderne

Ils ont opposé le droit romain classique jugé parfait au droit romain byzantin regardé comme décapant. Le Digeste de Justinien est en effet une collection de fragments interpolés. En outre, cette collection de fragments interpolés présente assez peu de logiques dans son organisation. Ils reprochent aux byzantins d'avoir saccagé l'ordonnancement logique de la doctrine romaine classique. Cette conviction repose sur le fait que les Institutes de Justinien suivent un plan logique (personnes, choses, actions). Cicéron qui est beaucoup lu à cette époque préconise de traiter le droit comme un art *jus in artem redigere*, i.e. présenter le droit d'une manière esthétiquement satisfaisante où les solutions de toutes les questions juridiques se déduisent de principes généraux supérieurs le tout dans un enchaînement géométrique élégant. Cette méthode est héritée des préteurs de l'antiquité, l'élégance du style est un indice de la vérité pour eux.

A Bourges, les professeurs vont chercher à appliquer cette rhétorique moderne. On va chercher à construire un système. Connan, Baron, Le Douaren et Doneau. Voyons Doneau, à cause de l'influence européenne qu'aura sa doctrine. Il a écrit *Commentaire de droit civil*. Il développer que tout homme naît titulaire de droits (talonneur, à la sécurité, à la vie). Ces droits sont les principes premiers de son système. Il va chercher à faire découler différentes prérogatives juridiques consacrées par le droit et consacrées en justice. Son système suit un plan terne.

Première partie : ce que je possède (droit de la personnalité et de la propriété)

Deuxième partie : ce qui m'est dû (droit des obligations)

Troisième partie : les moyens de conserver ce qu'il m'appartient ou ce qui m'est dû (les actions en justice)

Doneau s'inspire librement du plan des Institutes de Justinien. C'est un système qui se veut global, rationnel.

Pour tous ces auteurs, les principes premiers de leur système repose sur le droit naturel. Au XVIIème siècle, une école partagée entre plusieurs tendances va approfondir les intuitions de l'humanisme du XVIème siècle.

§2 : La naissance de l'Ecole du droit naturel moderne

La notion de droit naturel recouvre des réalités un peu différentes chez les auteurs du XVIIème siècle (Spinoza, Althusius, Pufendorf). Ces auteurs ont tous en commun d'affirmer ceci : le droit positif découle d'un certain nombre de principes locaux supérieurs inscrits dans la nature humaine et donc accessible au moyen de la raison. Elle influence durablement la doctrine juridique française aux XVIIème et XVIIIème siècle. La DDHC est d'une certaine manière la fille de cette école et la codification napoléonienne est marquée par ces conceptions jus naturalistes. En France, cette école est illustrée par Jean Domat, aux Pays Bas par Hugo Grotius. Ils sont l'un et l'autre héritiers des humanistes systématistes du XVIème siècle.

A. Grotius (1583-1645) et le droit naturel moderne

Après la Saint Barthélemy, les juristes calvinistes de Bourges fuient la France. Cette fuite va faire rayonner la pensée de Bourges dans toute l'Europe. Doneau est calviniste et il va s'installer à Leyde, aux Pays-Bas. Or, un de ses disciples sera Grotius. Grotius est un juriste surdoué puisqu'il fut avocat, magistrat et conseiller pensionnaire de Rotterdam. Il rédige non seulement des traités de droit mais aussi des ouvrages d'histoire et de philosophie. Or, il est chassé des Provinces Unies après la victoire du Prince d'Orange. En 1625, il rédige en France son célèbre *Traité du droit de la guerre et de la paix*. Cet essai est d'ailleurs dédié à Louis XIII doit être regardé comme l'une des contributions au droit international. Grotius fonde son système sur l'existence du droit naturel inscrit dans la nature de l'homme et duquel doit découler le droit positif. Il utilise une notion, le droit naturel, qui n'est pas une notion moderne. Mais Grotius, à la suite des humanistes l'entend d'une oreille différente des juristes médiévaux et antiques. Pour les romains et les jurisconsultes médiévaux, le droit naturel est une chose. C'est cet équilibre moyen qui existe entre les prestations qui est conforme à la raison naturelle. Pour Grotius, à la suite des humanistes, le droit naturel est fortement marqué par l'individualisme. En effet, la Nature attribue à chaque être des droits naturels qu'il définit comme une qualité morale de la personne. De manière mathématique, Grotius déduit de ces droits naturels un certain nombre de prérogatives juridiques tout à fait concrets. Ces droits naturels sont en réalité des préceptes moraux inscrits dans la nature humaine et donc la conscience de tout homme peut découvrir. Par exemple, il affirme que le droit des contrats découle de la promesse, découle de la propriété de l'idée de ne voler point, la responsabilité civile repose sur l'idée de réparer la faute. Pour Grotius, c'est une perdition de la morale ou bien des obligations morales ou des devoirs moraux édictés par la loi naturelle. Or, Grotius est chrétien et donc ses préceptes de la loi naturelle correspondent à ceux du décalogue. L'influence de Grotius est très importante à plusieurs points de vue : Elle impose l'idée de droits subjectifs et elle brouille la distinction romaine entre le droit et la morale. Chez les Prudents, le droit est une partie de la morale. Domat va approfondir cette double intuition

B. Jean Domat (1625-1685) et *Les lois civiles dans leur ordre naturel*

C'est un des grands romanistes de l'Ancien Régime. Il a fait son droit à Bourges et il est magistrat à Clermont-Ferrand. Il fut un ami de Blaise Pascal avec qui il partageait des opinions jansénistes. En 1694, il publie *Les lois civiles dans leur ordre naturel*. Les lois civiles sont les lois romaines. Domat accentue le caractère à la fois mathématique et moral du droit naturel. Il considère ce que les lois romaines contiennent l'expression essentiel du droit naturel. Il se propose donc de classer, d'ordonner les principales solutions romaines dans un système cohérent, conforme à la raison naturelle. Il repose sur un classement des principes naturel du droit romain. Pour cela, il revient aux principes moraux les plus élémentaires et il s'attache à montrer comment le droit s'articule avec ces vérités morales élémentaires. La morale est fondée sur les décalogues et surtout la Révélation et l'Evangile. C'est donc la charité divine qui fonde le système de Domat. Ces charités font l'obligation des hommes de tenir ses engagements, c'est par amour du prochain qu'il faut réparer ses torts, respecter la propriété et les lois de la vie en société. Domat est janséniste, pour lui la nature humaine est totalement corrompue par le péché originel. Ainsi, pour gagner son Salut, il a besoin de cette Révélation divine. Son œuvre a eu un retentissement considérable. Elle a influencé les grandes réformes du chancelier d'Aguesseau, elle a aussi influencé Portalis. Des plans entiers du droit des obligations et de la responsabilité civile sont des calques de Domat. Ce qui a marqué les contemporains de Domat est l'ordonnancement géométrique de son œuvre. Ils vont perdre néanmoins de la dimension divine de son œuvre.

Les lois civiles dans leur ordre naturel sont un véritable trait d'union entre notre Code Civil et la tradition juridique fondée sur la tradition. Mais ce n'est pas la seule source, trait d'union. La tradition romano-canonique demeure vivante jusqu'à la fin de l'Ancien Régime et c'est sur cet arrière plan canonique que va se dessiner le modèle juridique français héritier à la fois de la science du droit médiéval, des traditions coutumières nationales et de l'humanisme juridique.

Partie II : L'émergence d'un modèle juridique français

Chapitre premier : Le pluralisme de l'ordre juridique de l'ancienne France

Leçon 7 : La loi du roi

Les précédentes leçons nous ont permis de brosser la culture juridique commune de l'Europe. Nous avons examiné la genèse historique du droit romain puis sa diffusion en Europe spécialement au XI^{ème} et au XVII^{ème} siècle. Sur cette période, il nous faut aujourd'hui dessiner les contours du juridique français. Comment notre système s'inscrit dans cet héritage commun à l'Europe ? Quelles sont les différences spécifiques qui permettent d'établir l'originalité française dans l'espace européen ?

Plus que n'importe quel Etat européen, la France est née d'un projet politique, celui des 40 rois qui ont fait la France. Le cadre géographique de la France ne dessine pas naturellement les contours d'un Etat. Par ailleurs, la France d'Ancien régime ne se caractérise pas par l'unicité de la langue. On trouve la langue d'oc (Sud) et langue d'oïl. L'originalité de la France tient du fait qu'elle est une synthèse d'influences germaniques au Nord et plutôt latine au Sud. De même, parler de droit français n'est pas une évidence. Nous avons vu que le nationalisme juridique naît à la Renaissance du XVI^{ème} siècle, période où l'on commence d'envisager le droit comme l'expression d'une culture, d'un terroir. Or, pour les juristes de l'ancienne France, notre droit est héritier de la législation franque. La spécificité du modèle juridique français est pensé par ces auteurs de la Renaissance dans le cadre politique de la monarchie française. Pourtant, le rôle de la politique législative de nos rois n'a pas eu d'influences immenses sur la définition des caractères essentiels de notre droit français. L'ancien droit français se caractérise par son pluralisme. Ce qu'on entend par là, c'est que les sources de l'ancien droit sont nombreuses et parfois même contradictoires. En effet, la source du droit essentiel de l'ancienne France, c'est la coutume (voir prochaine leçon). Ces coutumes sont en plus extrêmement diverses. Elles varient d'une région à une autre avec parfois des différences assez notables. La jurisprudence des Cours joue un rôle essentiel dans la fixation des coutumes et dans leurs interprétations. Enfin la doctrine influence puissamment l'émergence du droit français et ceci à partir du XVI^{ème} siècle principalement parce que les coutumes ont été mises par écrit et sont objet d'études scientifiques.

Dans ce tableau, la place de la législation demeure marginal jusqu'au dernier siècle de l'Ancien Régime. Il faut en effet attendre les XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles pour voir la législation monarchique une part plus importante dans l'élaboration du droit. Néanmoins, la création du droit n'est pas devenue un monopole étatique. Il faudra attendre la Révolution Française. En étudiant la loi du Roi, nous allons nous intéresser au cadre politique du modèle juridique français et aussi des principes fondamentaux du droit public français de l'Ancien Régime. L'émergence d'une législation royale est la conséquence de la reconquête par les Capétiens du pouvoir de faire loi.

Section première : La reconquête du pouvoir législatif

Sous les Carolingiens, sous les règnes de Charlemagne et de Louis le Pieux, l'œuvre législative fut assez importante. De nombreux capitulaires ont été promulgués, signe d'une vitalité législative assez notable. Après le démantèlement de l'Empire carolingien au traité de Verdun en 843, très peu de capitulaires seront promulgués. Dans la Francie occidentale, le dernier capitulaire connu date de 884. A partir de 987, les rois de France dans la lignée d'Hugues Capet, vont affirmer leur volonté de restaurer leurs pouvoirs politiques dont l'expression la plus essentielle à faire la loi. Cette reconquête du pouvoir législatif suppose que la royauté capétienne d'un système politique qui a étouffé la monarchie qui est la féodalité.

§1 : La victoire capétienne sur la féodalité politique

Le partage de l'Empire en 843 correspond à la naissance d'un système politique et foncier appelé féodalité. Politiquement, le déclin de l'autorité impériale a permis une usurpation des prérogatives de puissance publique par les grands fonctionnaires impériaux ce qu'on a appelés les Ducs et les Comtes. Ces Ducs et ces Comtes vont à leur nom, rendre la justice et prélever l'impôt et prescrire des ordonnances. Ils vont se constituer en France de grandes principautés territoriales indépendantes. C'est le cas de la Normandie, de la Bourgogne ou du Comté de Toulouse. Le roi de France, dans cet effritement du territoire, en 987 n'est plus qu'un seigneur de second rang qui exerce une autorité effective qu'en gros sur l'Ile-de-France.

Alors que le puissant Duché de Normandie promulgue des actes législatifs, le roi de France est trop faible pour délivrer des diplômes (actes législatifs). Les capétiens vont chercher à imposer leur primauté sur l'ordre féodal. Le pouvoir de faire loi sera donc regardé comme une expression de la mission que le Roi a reçue de Dieu. Car si le roi est un petit Seigneur, il est le seul à être sacré.

A. Le roi grand fief de France

Le système féodal est construit comme une pyramide. Un seigneur reçoit en foi et hommage un vassal que le seigneur s'engage à protéger. Le vassal promet d'obéir au seigneur et promet aussi d'apporter aide et conseil. En contrepartie de quoi, le seigneur remet à son vassal un fief, i.e. un lopin de terre plus ou moins grand qui permettra au vassal de vivre matériellement. Le serment, qui lie le seigneur à son vassal et le vassal à son seigneur, est strictement personnel. Or, le vassal peut aussi avoir des vassaux. On considère que « *le vassal de nom vassal n'est pas vassal* ». Le pouvoir politique se construit donc sur des liens personnels. Dès lors, pour qu'un établissement (acte législatif) ait force de loi partout sur un territoire, le prince territorial doit rassembler tous les vassaux et éventuellement les vassaux de ses vassaux pour leur faire souscrire à leur établissement. Il faut donc que le prince territorial ait suffisamment d'ascendants politiques pour obliger les vassaux à accepter la loi. Les premiers rois capétiens vont devoir tenir compte de cette situation. Le conseiller des rois Louis VI et Louis VII fut le très célèbre Suger (Abbé de Saint-Denis). Celui-ci affirme que le roi de France est le grand fief de France. Cela signifie que tous les seigneurs sont censés tenir leurs fiefs du roi et qu'il domine le roi tous les édifices royaux. C'est une fiction juridique qui permet à Suger d'utiliser le système féodal au profit de la monarchie. Cette dignité de grand fief de France tient au fait que le Roi est le seul prince territorial à être sacré. La personne du Roi est sacrée. Politiquement, le Roi reçoit de Dieu une mission toute particulière qu'on appelle le Ministère Royal, fonction qui n'est pas liée au cercle féodal. La politique des rois de France se consistera d'offrir à la monarchie des assises territoriales suffisamment larges pour offrir à la monarchie

un ascendant politique, économique et militaires sur les autres princes. Ils le font par mariage ou bataille. Cet ascendant va permettre au roi d'imposer progressivement dans le royaume leurs Etablissements. La féodalité joue contre la monarchie, on le subvertit en affirmant que le Roi est le grand fief du royaume.

B. La conquête progressive du droit de faire loi

Au milieu du XII^{ème} siècle, le roi parvient à réunir en sa Cour les grands barons du royaume. On constate qu'il continue de signer les établissements rédigés par le roi signe que leur consentement est nécessaire pour donner signe obligatoire. Or, à partir du XIII^{ème} siècle et notamment lors des règnes de Philippe Auguste et de Saint-Louis, il semble que l'unanimité des barons n'est plus nécessaire. L'établissement s'appliquera dans tout le royaume y compris dans les seigneuries qui n'y ont pas souscrit. C'est une révolution. A la fin du XIII^{ème} siècle, l'ancienne conception est entièrement battue en brèche. Le roi continue à appeler sa Cour ses principaux barons, il en recueille l'opinion mais l'assentiment des barons n'est plus une condition de validité de la loi. Dans son commentaire sur les coutumes de Beauvaisis, Philippe de Beaumanoir nous explique le roi peut valablement promulguer des établissements qui devront être obéis dans tout son royaume indépendamment de l'assentiment des barons. Mais il doit légiférer à très grand Conseil. Il doit donc s'entourer des avis des personnes les plus sages notamment celles des barons. Mais cette consultation ne correspond plus à une ratification de l'établissement par les vassaux, il est devenu une bonne pratique du gouvernement. Or, très vite, les personnages, appelés par le Roi en sa Cour, cessent d'être ses barons ou ses familiers. Les conseillers du Roi deviennent des techniciens du droit. Dès lors, des hauts personnages du système féodal se trouvent évincés par les conseillers du Roi. Dans cette évolution du rôle du Conseil du Roi, le droit public romain a joué un rôle important. Les empereurs romains gouvernaient aussi dans le cadre d'un conseil (le consistoire). Il est probable que les légistes aient interprété dans le sens romain l'ancienne habitude de consulter les barons. Or à Rome, cette consultation n'était pas une condition de validité de la loi car l'empereur possédait comme attribut essentiel de faire la loi. Ces idées politiques romaines vont venir renforcer la légitimité politique des rois de France et viennent consacrer le pouvoir de faire la loi comme un attribut essentiel du pouvoir royal.

§2 : Un attribut essentiel de la souveraineté royale

Dans la conception traditionnelle de la monarchie capétienne, l'idée de séparation des pouvoirs totalement inconnue. Faire la loi, rendre justice ou bien administrer sont des expressions mal distinguées de l'unique ministère royal. La renaissance du droit romain au XII^{ème} siècle transforme complètement les conceptions politiques traditionnelles. Le roi se voit reconnaître les attributs de la société dont était vêtu l'Empereur Romain, le *princeps*. A la renaissance du XVI^{ème} siècle, l'exaltation de la fonction législative du Roi, sera envisagée comme l'expression essentielle de l'absolutisme monarchique.

A. Le roi de France est Empereur en son Royaume

Comme nous l'avons vu dans la Leçon 4, les légistes vont recycler les théories politiques romaines pour les mettre au service de l'indépendance et de la souveraineté des rois de France. L'expression la plus définitive de cette souveraineté royale est due à un certain Jean de Blanot qui affirme que le roi de France est empereur dans son Royaume. Ce qu'il entend par là est que la France possède une autorité politique qui exerce les prérogatives publiques reconnues à l'Empereur. Dès le XIII^{ème} siècle, les juristes peuvent conclure que ce qui plaît au prince a

force de loi. Donc, le roi de France qui est empereur peut promulguer des lois comme l'empereur. D'ailleurs, la formule qui conclura les ordonnances des rois de France, le terme *tel est notre plaisir* signifie « a force de loi ». Les légistes affirment que le roi est libre de révoquer ses propres établissements mais aussi ceux de ses prédécesseurs. En effet, l'empereur n'est pas lié par les lois. Néanmoins, cette conception romanisante du pouvoir politique n'implique pas l'arbitraire législatif des rois de France. Tout souverain qui soit, le roi est lui-même soumis à la loi. C'est ce qu'enseigne le droit romain. Par ailleurs, la philosophie morale enseignée dans les universités influence profondément la pratique de la monarchie française. De Beaumanoir explique que les établissements du roi, pour être valides, doivent poursuivre le commun profit. Ces deux expressions renvoient à la conception scolastique de la loi telle que Thomas d'Aquin a reçue d'Aristote. La loi est un ordonnancement de la raison, ordonnée à l'accomplissement du bien commun. De Beaumanoir conclue qu'une loi contraire au commun profit ou qui serait déraisonnable ne mériterait pas d'être appelée loi. A partir de la Renaissance du XVIème siècle, cette conception traditionnelle du pouvoir législatif se trouve profondément bouleversée en raison de l'émergence des idées dites « absolutistes ».

B. Les théories dites « absolutistes »

Au XVIème siècle voit l'autorité royale contestée à la fois par les catholiques et les protestants qui se déchirent en de cruelles guerres de religions. Après une période d'hostilité à l'égard des protestants, la monarchie surtout sous le règne d'Henri III se résout à une politique de compromis. La monarchie est donc la cible à la fois des critiques de l'Eglise catholique qui considère que les concessions aux partis protestants sont des trahisons. Elle est critiquée aussi par les protestants qui exigent quant à eux davantage que ces simples concessions. Les deux parties, catholiques et protestantes, vont utiliser un certain nombre de théories politiques anciennes qui remontent au Moyen Age et à l'Antiquité et qui défendent l'origine démocratique de la royauté, le pouvoir royal d'une part, et aussi la théorie du tyrannicide de l'autre. Ces auteurs considèrent en effet que le peuple pourrait renverser le Roi ou qu'un homme pourrait assassiner le tyran. Ces théories politiques sapent l'autorité de la monarchie en même temps que sa légitimité. De fait, un certain Jacques Clément va assassiner Henri III, Ravallac va le faire sur son successeur. Les penseurs politiques monarchistes vont tenter de fonder l'autorité royale et donc le pouvoir législatif de la monarchie sur des bases nouvelles qui leur permettront de contourner ces théories démocratiques ou tyrannicides. Jean Bodin propose une approche absolutiste du pouvoir royal. Il développe une apologie dans *Les six livres de la république* (1576). La loi, selon Bodin, est avant tout une norme contraignante et le pouvoir de contraindre appartient au Roi. Or, le pouvoir royal est un pouvoir souverain et la souveraineté est dans son essence illimitée, i.e. absolument libre, i.e. déliée de toute obéissance à une norme quelconque. *Absolutus* est la racine de « absolue » qui signifie « délié ». Le prince doit certes respecter la loi de Dieu, mais il s'agit d'un simple devoir de conscience qui ne remet pas en cause la validité de la loi. Alors que la pensée médiévale soumettait la légalité de la loi par sa rationalité, Bodin évacue cette notion. La loi est l'expression souveraine de la volonté du monarque. Cette conception trouve écho dans la pensée d'un autre juriste qui est un contemporain de Richelieu, il s'agit de Cardin le Bret. Cardin le Bret affirme que la souveraineté royale n'est pas plus divisible que le point en géométrie. Il défend avec une certaine outrance les prérogatives de la monarchie française contre les empiètements des corps intermédiaires (états provinciaux, villes). Le plus grand théoricien de l'absolutisme sera Bossuet. Il défend la notion de droit divin des rois de France. Selon lui, les sujets du roi de France sont tenus d'obéir aux ordres du roi y

compris lorsque ses ordres sont contraires à la raison. La loi du roi pourrait ordonner, disposer de principes contraires à la loi de Dieu. Pour Bossuet, cette loi continuerait d'être une loi, les sujets ne pourraient se rebeller contre la loi, il n'aurait d'autres ressources que de partir pour ne pas obéir. En réalité, Bossuet acclimate dans un milieu catholique les théories politiques de Luther. Cette théorie politique constitue à la fin du XVII^{ème} siècle du système absolutiste.

Section 2 : L'émergence d'une législation royale

§1 : L'élaboration de la législation royale

Il s'effectue dans les grands principes du droit public d'Ancien Régime. A partir du XIV^{ème} siècle, le pouvoir législatif des rois n'est plus vraiment contesté. Néanmoins, la monarchie n'est pas un pouvoir arbitraire. L'autorité publique des rois de France s'effectue dans le cadre d'un droit public bien défini. Par ailleurs la législation royale n'intervient pas dans tous les aspects. Il doit s'élaborer dans un cadre d'une procédure législative qui se perfectionnera jusqu'à la fin de l'Ancien Régime. Le but de la législation royale est conforme au ministère royal traditionnel, i.e. régner l'ordre et la justice dans le royaume.

A. La naissance d'une procédure législative

La fonction législative s'exprime dans différents types d'actes, 3 essentiellement :

- Les ordonnances qui sont en somme les actes législatifs de droit commun
- Les édits qui ont pour caractéristique de réformer les ordonnances antérieures
- Les déclarations qui interprètent les ordonnances

Tous ces actes législatifs sont ce qu'on appelle des lettres patentes par opposition aux lettres fermées. Les lettres patentes ne sont pas cachetées. Elles sont rédigées et expédiées par la chancellerie royale et ce travail de rédaction et d'expédition est entouré de nombreuses solennités qui permettent le développement d'une véritable procédure de contrôle de l'activité législative des rois.

α) La rédaction et l'expédition des ordonnances

Le roi a l'initiative de la loi. Néanmoins, il peut décider de mettre en œuvre le pouvoir législatif à la demande des Etats Généraux voire à la demande des simples particuliers. Le travail de rédaction est confié au Chancelier en principe car à la fin de l'Ancien Régime, le roi confiera son travail à des spécialistes soit aux Secrétaires d'Etat en fonction de leurs spécialités, soit au contrôle général des finances. Conformément à la règle traditionnelle, le Roi légifère à bon conseil dès lors plusieurs formations du Conseil du Roi seront consultées. Après cette étape de consultation, les notaires-secrétaires de la chancellerie mettent en ordre le texte de l'ordonnance qui sera soumis à la signature du roi et à la fin de l'Ancien régime, la procédure du contreseing. Lors d'une audience du Sceau, la lettre de patente est scellée par le chancelier avant d'être expédiée aux cours et aux administrateurs qui sont chargés d'appliquer cette lettre patente. Chacun de ces étapes donne lieu à un contrôle.

β) Le contrôle du texte de l'ordonnance

Dans l'ancienne France, tous les sujets de droit sont débiteurs d'une obligation à son égard qui est l'obligation de Conseil. Ce principe est l'expression des fondements chrétiens de la monarchie et une ré-éminence des origines féodales de la royauté. Tout le processus de confection de la lettre patente est entouré de solennités et donc de publicités. Si le chancelier

considère que l'ordonnance est contraire à la justice et à la constitution divine, il doit en faire ré-outrance au Roi. Et si le roi lui ordonne de sceller néanmoins, le chancelier doit apposer le sceau avec la mention « *A l'expresse mandement du Roi* ». De même, les Cours souveraines, les parlements enregistrent les lettres patentes. A cette occasion, ils examinent aussi le contenu de l'ordonnance. Eux aussi doivent ré-outrance au roi. A partir du XVIème siècle, les Parlements vont considérer qu'ils le pouvoir de bloquer l'enregistrement des ordonnances et donc en empêcher l'application. Cette prétention des parlements des cours souveraines va être l'origine des conflits entre eux et le roi pendant les guerres de religion, la Fronde. En bloquant la réforme fiscale de Louis XVI, les Parlements ont forcé le roi à réunir les Etats généraux en 1789. C'est une procédure législative très longue et solennelle. Pour éviter ces blocages, et les lenteurs itinérantes à la procédure législative. Le roi peut utiliser une procédure plus expéditive, c'est l'Arrêt du Conseil. Le conseil du roi est en effet un organe de gouvernement et un organe juridictionnel. Un peu à la manière des rescrits de l'empereur à Rome, les arrêts du Conseil qui sont à l'origine des décisions juridictionnelles vont devenir, s'imposer comme des normes générales et impersonnelles. Quoi qu'il en soit, que le roi légifère par lettre patente ou par arrêt du Conseil, le Roi doit respecter la constitution traditionnelle du royaume.

B. Le domaine d'intervention de la législation royale

Ce domaine d'intervention est doublement défini :

- Négativement par un certain nombre de bornes posées par ce qu'on a appelées les lois fondamentales du royaume
- Positivement par le rôle que la royauté est appelée à jouer dans la vie sociale et juridique de la nation

a) Les lois fondamentales du royaume

Ces lois sont davantage des coutumes que des lois constitutionnelles à proprement parler. Elles sont nées pour la plupart d'un précédent. En principe, les ordonnances du roi ne peuvent pas mettre en échec les coutumes fondamentales du Royaume. Le principe premier est la masculinité posée au début du XIVème siècle à l'occasion tumultueuse de la succession de Philippe IV Le Bel où les femmes ne peuvent être roi de France. Il y a aussi le principe d'indisponibilité de la couronne où le roi ne peut pas choisir son héritier, il a été posé en 1420 après le funeste traité de Troyes. Il y a le principe d'inaliénabilité du domaine de la couronne qu'on appelle aujourd'hui le domaine public de l'Etat : le roi n'est pas propriétaire du royaume, il ne peut pas le disposer comme un bien personnel, les terres de l'Etat appartiennent à la Couronne, ce principe a été intégré par une ordonnance de Moulins (1566) qui est encore en vigueur actuellement. Le dernier principe est la catholicité des rois de France : le roi doit professer la foi catholique romaine, il a été formulé à la fin du XVIème siècle par l'Arrêt Lemaître.

β) Les ordonnances royales et le droit privé

Traditionnellement, le domaine des ordonnances royales est celui de la police. La police désigne l'administration du royaume, le maintien de l'ordre et l'administration de la justice au sens large. Aujourd'hui, on peut dire qu'elles touchent le domaine du droit public. Quand le roi de France entre solennellement dans une ville, lors des Joyeuses Entrées, il jure solennellement de respecter les coutumes de la contrée parce qu'on considère que le droit privé reste plutôt en dehors du domaine de la législation royale. Ce principe est respecté globalement jusqu'aux deux

derniers siècles de l'Ancien Régime. Aux XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles, les rois interviennent plus franchement dans les matières qui intéressent le droit privé. C'est la conséquence du triomphe des thèses absolutistes mais cette intervention témoigne aussi d'une conception nouvelle de l'Etat, un Etat plus interventionniste, plus administratif alors qu'au Moyen-âge, la monarchie traditionnelle était une forme d'Etat subsidiaire, régulateur de la vie sociale, économique et politique de ses sujets. Quoi qu'il en soit, de ces interventions en matière de droit privé, elles ne provoquèrent pas un chamboulement complet de la physionomie des institutions juridiques de l'époque. Le droit monarchique, la législation royale, est intervenue pour unifier le droit et pour rationaliser l'administration de la justice.

S2 : L'œuvre législative de la royauté

Parmi les ordonnances royales, on distingue les ordonnances de réformation et les ordonnances de codification.

Les ordonnances de réformation sont l'expression législative de la monarchie traditionnelle, régulatrice. L'autre, est l'expression de l'absolutisme monarchique.

A. Les ordonnances de réformation

Ces ordonnances de réformation portent en général sur le fait de justice. Elle renvoie aux rôles traditionnels du Roi qui est le grand justicier du royaume. Les premières ordonnances de réformations datent de Saint-Louis, du XIII^{ème} siècle. De retour de croisade, le roi a voulu restaurer ses sujets dans leurs droits légitimes. En effet, des seigneurs ou des agents royaux s'étaient rendus coupables d'abus. Ces ordonnances ont en commun de restaurer un ordre ancien que la méchanceté des hommes a compromis. Ces ordonnances sont des moyens de pacifier le royaume. Nombre d'entre elles sont promulguées après la guerre de Cent Ans ou après les guerres de religion ou quand la monarchie traverse une crise. Au XVI^{ème} siècle, plusieurs ordonnances de réformations sont rendus à la demande des Etats Généraux qui sont la réunion à la convocation du roi des représentants des 3 Etats : Clergé, Noblesse, Tiers Etat. Ces ordonnances du XVI^{ème} siècle introduisent de profondes réformes de l'administration ou du droit sous couvert d'une restauration d'un ordre ancien. L'ordonnance de Villiers-Cotterêts (1549) est l'acte de naissance de l'Etat civil. Le roi ordonne aux curés de tenir un registre des baptêmes dans chaque paroisse. Cette ordonnance ordonne par ailleurs que la langue française soit la langue du royaume. L'ordonnance de Moulins (1566) outre la codification du principe d'inaliénabilité du domaine public, abolie le principe médiéval « parole passe acte », cela signifie que l'écrit a de poids en justice que la parole, le témoignage. L'ordonnance de Blois (1579) intervient pour la première fois en matière de mariage qui relevait uniquement du droit canonique. Diverses ordonnances touchent au droit privé. C'est aussi le cas d'une ordonnance de 1560, qui régule les libéralités entre époux. La royauté doit rester prudente quand elle doit intervenir en droit privé. Quand le roi veut imposer des règles qui sont peu compatibles avec les règles locales, c'est un échec. Par exemple, en 1629, une ordonnance qu'on a appelé le code Michau a réformé le droit de la preuve en matière féodale qui facilitait la preuve des droits des seigneurs, elle fut donc mal appliquée.

B. Les ordonnances codificatrices

Ces ordonnances sont promulguées sous les règnes de Louis XIV et Louis XV. Comme le nombre d'ordonnances a augmenté à la fin de l'Ancien Régime et comme ces ordonnances ont été modifiées, s'est posé le problème de leur codification. Louis XIV et Louis XV vont ordonner

en même que la codification du droit des ordonnances, une révision de ce droit. Louis XIV confie à Colbert le soin de réformer la procédure civile et la procédure pénale. Aux termes de conférences (consultation des plus grands juristes du XVIIème siècle), deux ordonnances sont promulguées en 1667 l'Ordonnance dite « Civile » qui fixe les grands principes du procès civil tout en laissant subsister les spécificités locales. En 1670, l'ordonnance criminelle est promulguée, elle exerce en matière pénale. D'autres ordonnances sont promulguées en 1673 (ordonnance du commerce ou code Savary), en 1681 (ordonnance de la Marine, du commerce maritime). Elles vont servir de modèle pour la codification napoléonienne du début du XIXème où certaines dispositions seront reprises textuellement. Sous le règne de Louis XV, au XVIIIème siècle, la monarchie intervient plus sur le fond du droit. C'est l'œuvre du chancelier d'Aguesseau. Au terme d'une consultation des Cours et des Jurisconsultes, d'Aguesseau rédige et promulgue 3 ordonnances : 1731 sur les donations, 1735 sur les testaments et 1747 sur les substitutions. Ils touchent le fond du droit privé, du droit patrimonial de la famille.

Ici encore, la législation royale ne se substitue pas au droit antérieur. Elles fixent les grands principes généraux du droit, une espèce de droit commun qui a pour but d'unifier le droit des coutumes du royaume et aussi les jurisprudences divergentes des Cours. Elles n'uniformisent pas le droit, elles le rendent plus cohérent. La diversité juridique est constitutive de l'ancien système juridique français. Pour uniformiser le droit, pour changer de législation, il faudra donc changer de régime, ce sera l'œuvre de la Révolution et de Napoléon.

Leçon 8 : Le droit coutumier de l'ancienne France

Une coutume est une norme juridique qui possède une force obligatoire qui est fondée sur un usage constant. Le droit de l'ancienne France est largement dominée par la coutume y compris en droit public et en droit pénal. La semaine dernière, nous avons parlé des lois fondamentales du royaume qui étaient des coutumes constitutionnelles. La construction d'un modèle français original qui est parfaitement distinct du droit commun n'est possible que grâce à la croissance du pouvoir public et donc du domaine législatif des rois de France. Néanmoins, les ordonnances royales n'interviennent que ponctuellement en matière de droit privé. Le commerce juridique quotidien dans l'ancienne France est principalement régi par la coutume. Jusqu'à la promulgation du code Civil en 1804, la France constitue une véritable mosaïque de coutumes au ressort plus ou moins étendu. La loi du 30 ventôse XII qui a promulgué le code civil a aussi abrogé les coutumes qui étaient jusqu'alors en vigueur. Le code Civil ne renvoie que ponctuellement aux usages locaux. Il ne connaît donc pas la coutume à proprement parler. En effet, la seule norme à posséder un caractère véritablement juridique, c'est la loi. Dans l'ancienne France, la coutume constitue une source du droit pleinement autonome. La constitution de chaque détroit coutumier, i.e. le territoire sur lequel s'applique une coutume donnée, est déterminée par des données historiques, politiques, économiques et sociales. En France, les coutumes émergent progressivement aux alentours de l'an mil progressivement après la fusion des races. Le principe de personnalité des lois, qui consiste à appliquer aux romains le droit romain et aux barbares le droit barbares, disparaît peu à peu. L'us et coutumier, un autre principe, le principe de territorialité des lois. Les habitants d'un même territoire, donc soumis à un même seigneur, obéissent à un droit identique d'origine coutumière. Pour comprendre le phénomène coutumier, d'émergence des coutumes, les praticiens vont avoir besoin d'instruments intellectuels. Ces instruments intellectuels leur seront fournis par le droit romain et par le droit canonique donc les droits savants. Au Moyen-âge, la coutume est regardée comme un droit non-écrit. Rome, en effet, avait reconnu à la coutume une valeur pleinement juridique. Pour qu'un usage acquière le caractère obligatoire, il fallait que fussent remplies 3 conditions selon les jurisconsultes romains :

- Que l'usage fut très ancien
- Que l'on pu présumer l'assentiment du peuple à cette règle non écrite
- Que l'usage en question fut raisonnable

Les Prudents, ces jurisconsultes romains, affirment ainsi que la coutume est la meilleur interprète de la loi même en droit postclassique où la législation impérial joue un grand rôle, on reconnaît qu'une coutume *contra legem* fasse échec à la loi. L'expression « droit coutumier » date du XIIème siècle. Elle consacre le caractère pleinement juridique de la coutume chez les auteurs médiévaux. Par conséquent, il possède une valeur pleinement juridique. Au Moyen-âge, les romanistes voient donc dans la coutume une loi non-écrite. Les canonistes, quant à eux, insistent sur la nécessité, pour la coutume, d'être conforme à la raison. Le décret de Gratien rapporte par exemple une expression due à Tertullien : « Le Christ a dit : je suis la vérité et non pas je suis la coutume. ». Pour Pierre de Belleperche la force obligatoire de la coutume tient au fait qu'elle exprime « la volonté tacite du peuple ». Pour qu'un usage devienne coutume, il faut donc selon lui rechercher son ancienneté, son antiquité. Ancienneté qui est le signe, l'indice de cet acquiescement donné par le peuple à la norme. La coutume peut vaincre le droit écrit nous disent les glosseurs mais ils considèrent que le triomphe de la coutume n'est jamais qu'une

tolérance du législateur. Ils ramènent donc dans le prince cette norme coutumière. C'est sur cela que se dessinent les coutumes de la France. Cette diversité des coutumes va appeler la nécessité d'une codification, celle-ci sera entreprise à large échelle au XV^{ème} siècle.

Section 1 : La diversité coutumière de la France

Du X^{ème} au XIII^{ème} siècle émergent progressivement des normes d'origine coutumière. L'analyse de ces coutumes révèle l'existence en France de pratiques juridiques extrêmement diverses parfois disparates voire opposées.

§1 : L'émergence de coutumes diverses

Plus que n'importe quelles normes juridiques, l'émergence d'une coutume est tributaire du contexte dans lequel est né. Les causes qui président donc à la naissance de la coutume sont extrêmement contingentes. La diversité des contextes explique la diversité des coutumes. Néanmoins, des ressemblances existent entre ces coutumes qui témoignent de l'existence aussi d'un fonds commun, d'une origine commune.

A. Le fonds commun du droit coutumier

Les sources historiques qui pourraient nous renseigner sur l'origine de ces coutumes sont elles aussi extrêmement rares. Les origines sont encore aussi mystérieuses. Certains auteurs ont soutenus que les coutumes françaises étaient héréditaires de coutumes celtiques donc antérieures à celles de l'influence romaine qu'a connue la Gaule avant la conquête romaine. Il est en tout cas certain que les coutumes ont pu croître sur un vieux fonds germanique héritier des barbares. Cet héritage germanique aurait fusionné avec les pratiques du droit romain vulgaire pour produire une norme originale. Par ailleurs, le droit coutumier conserverait quelques traces de la législation barbare. Plusieurs exemples en témoignent.

Premier exemple : le régime des terres

Le droit coutumier ignore la distinction romaine entre la propriété et la possession. Le droit coutumier ne connaît que la notion de saisine qui mêle propriété et possession. Le code civil encore l'expression saisine. Le droit coutumier consacre aussi des souvenirs de la propriété familiale des Francs. Il n'existe que de propriétés collectives. Le droit coutumier conserve une technique, le lignager. Pour éviter qu'un bien ne sorte de la famille à l'occasion d'une vente particulière, les coutumes accordent aux membres de la famille la possibilité de se substituer à l'acheteur. Cela permet au bien foncier de rester dans la famille. C'est un souvenir de cet origine Franc de notre coutume.

Exemple : en matière matrimoniale

Les coutumes adoptent pour la plupart un régime de communauté conjugal alors que Rome connaissait un régime séparatiste.

B. Les facteurs de la diversité coutumière

Les coutumes sont diverse et ceci à un double point de vue. Du point de vue des solutions retenues d'abord. Du point de vue de l'étendue géographique sur laquelle elle s'applique. Deux facteurs expliquent cette double diversité. De ces facteurs socio-économiques d'abord, politique ensuite.

1. Le facteur social et économique

De façon empirique, la coutume intègre des règles qui ont été dégagées par la pratique de façon progressive. Ces règles varient donc d'une région à l'autre au grès des besoins ou des habitudes de la contrée. A cet égard, il faut signaler le rôle très important joué par une technique, la technique des convenances. Les convenances sont des véritables traités signés entre familles nobles afin de régler la transmission de biens en particulier des fiefs, afin de régler le régime matrimonial à l'occasion d'un mariage, ces traités sont donc de véritables pactes qui règlent les apports de la femme lors d'un mariage ou le statut de telle ou telle terre dont on veut régler la transmission.

Ces pratiques, ces convenances vont être sanctionnées par les tribunaux et progressivement, les techniques retenues dans les pactes, les traités d'alliances, les convenances vont être regardées comme des règles nécessaires. La coutume est née.

2. Le facteur politique

Le développement de la coutume est lié au triomphe au principe de territorialité des lois. Les détroits coutumiers sont de taille très inégale. Dans certaines régions comme en Normandie par exemple, une coutume identique va s'appliquer dans toute la province. Dans d'autres régions comme l'Artois, on est en face d'une multitude de petits détroits coutumiers ayant adopté des règles assez proches. Comment expliquer ces divergences ? Les coutumes se sont formées à l'époque où naissait la féodalité politique. En Normandie, la principauté fut extrêmement centralisée ce qui explique l'unité du droit coutumier. En Artois en revanche, le mouvement centrifuge a été plus fort que dans d'autres régions et donc l'autorité publique s'est éparpillée au niveau de toutes petites seigneuries. A leur niveau, ces petites Cours seigneuriales ont contribué à modeler le contour de règne qui était très divers de règles pratiquées ailleurs. Par ailleurs, les communautés urbaines ou rurales négocient avec leurs seigneurs des chartes de franchise. Ces pactes fixent notamment le montant des taxes dues au seigneur. Coutume a longtemps signifié taxe. Ces pactes prescrivent un droit pénal assez sommaire qui limite l'arbitraire du seigneur. Ils intègrent ainsi plusieurs dispositions de droit privé qui concernent en général le statut des personnes notamment la manière d'acquérir ou de perdre la qualité d'homme libre et donc la qualité de serf. Toutes ces franchises vont contribuer à l'émergence d'un droit coutumier dans le cadre territorial de la seigneurie.

§2 : L'expression de la diversité coutumière

Cette profusion de coutumes diverses n'empêche pas une certaine affinité entre elles. On peut remarquer l'existence de groupes, de familles de coutumes. Une des particularités de la France réside dans le fait que le royaume s'est construit sur un territoire qui au Nord est plutôt tourné vers des traditions germaniques et au Sud vers des traditions plutôt latines. Cette réalité se retrouve dans la géographie coutumière de la France. Par ailleurs, la diversité coutumière s'exprime dans un ordre politique et juridique qui est dominé surtout à partir du XIII^{ème} siècle par la puissance royale. La monarchie va en effet intervenir pour réguler le droit coutumier.

A. Les deux France coutumières

Klimrath distinguait deux France coutumières. L'étude des coutumes va être conduire à une grande césure. La France en effet est partagée selon une ligne qui va grosso modo de l'île Héron à Genève. Elle correspond à la ligne de partage de la France de langue d'oïl et la France de langue d'oc. Cette césure résulte de l'attitude un peu différente qu'a adoptée la France

coutumière au moment de la Renaissance. Les lois romaines ont en effet pénétré à des degrés divers toutes les coutumes. Mais cette pénétration a été plus importante dans la France du Sud où les premières écoles de droit romain ont été créées. Cette influence romaine a été si importante dans le Sud qu'on a parlé de pays de droit écrit par opposition à la France du Nord appelée pays de coutume.

1. Les pays « de droit écrit »

Malgré leur nom, ces pays ont toujours été régis par la coutume. Simplement ces coutumes ont été très profondément romanisées. Politiquement, le roi de France refusait de se soumettre au droit romain qui était considéré comme le droit de l'Empire donc la puissance étrangère. On affirme donc que le droit romain dans le Sud ne possède certes pas de force obligatoire mais qui est reçu comme une espèce de coutume générale qui s'applique par une espèce de coutume populaire. La France du Sud a été marquée par le droit édicté des communes dans leurs franchises. En effet au XII^{ème} siècle, des villes comme Montpellier, Béziers, Narbonne, Albi sont en pleine essor (économique, politique). Elles mettent par écrit ces villes un certain nombre de dispositions coutumières et avec beaucoup de liberté, elles vont intégrer à leurs coutumes des solutions romaines qui leur sont suggérées par les juristes qui assurent la rédaction de la coutume. Ces juristes ont été formés dans les écoles du droit savant. De même, les actes de la pratique, en particulier notarial, ont fait référence au droit romain. Grâce à ses praticiens, on voit naître ou renaître des institutions juridiques qui étaient totalement ignorées de la tradition coutumière.

Exemple : Le testament renaît

Or, cette libéralité à cause de mort s'oppose à l'ancien esprit qui était marqué par l'idée de propriété collective des immeubles.

Exemple : Le régime dotal

La dot est une somme d'argent que l'épouse apporte à son mari au moment du mariage. Elle reste la propriété de l'épouse mais elle est gérée par le mari. Il permet la renaissance des régimes séparatistes où les époux ne sont plus communs en biens.

Mais l'expression la plus extraordinaire est surtout la *patria potestas*.

Le fils de famille demeure mineur aussi longtemps que ses ascendants restent en vie.

2. Les pays « de coutume »

Même si ces pays ont été régis par la coutume, le droit romain y a joué aussi un grand rôle. Simplement, à la différence des pays de droit écrit, cette influence a été souvent superficielle.

Exemple : Le testament renaît aussi dans le Nord mais plus tardivement et sa signification est sensiblement différente. Dans le Nord, en effet, on affirmera toujours que dieu seul peut faire un héritier. Le testament sert simplement à faire des legs.

L'idée de propriété collective des fonds est restée plus vivace. Ces coutumes du Nord possèdent une très grande diversité. Mais il est néanmoins possible de les rassembler en groupe, en familles.

Exemple : L'égalité entre les enfants héritiers. Peut-on avantager un enfant héritier par rapport aux autres ? Certaines coutumes du Nord sont absolument hostiles à cette idée d'avantager un enfant au nom du principe d'égalité stricte entre les enfants. D'autres coutumes, comme celles de Paris, permet à un enfant d'être avantagé mais il devra choisir entre les legs et sa part. Dans l'Ouest, on permet d'avantager par des legs un enfant ou plusieurs avec cette restriction où le total cumulé de l'appareil héréditaire et des legs ne doivent pas excéder la quotité disponible.

Il va revenir à l'autorité royale de régler cette diversité coutumière car si la diversité est bonne, elle ne doit pas pour autant être facteur de troubles ni être cause d'injustice.

B. La régulation de la diversité coutumière par la royauté

La coutume n'a jamais été considérée lors de la monarchie comme une législation concurrente. Nous rois ont toujours estimé que ces règles d'origine populaire étaient l'expression d'une liberté laissée au peuple. Ces coutumes sont considérées par le roi. C'est pourquoi à l'occasion des joyeuses entrées qui scellent l'alliance entre le roi et le peuple, le monarque garantit régulièrement les coutumes et les us du pays. Quand Charles VII a libéré Bordeaux, il a juré de respecter les coutumes de Bordeaux. Jusqu'à la fin de l'Ancienne Régime, les ordonnances royales interviendront avec beaucoup de prudence dans le droit privé régie en principe par ces coutumes. Le roi, en effet, est garant de l'application des coutumes et les juges royaux sont tenus de trancher les litiges conformément aux lois du pays. Saint Louis dans ses grandes Ordonnances de réformations rappelle cette obligation à ses représentants. Un de ses représentants, Philippe de Beaumanoir dit qu'il est tenu de garder et de faire garder les coutumes. Néanmoins, s'il est garant des coutumes, il est davantage garant du bien commun. Il ne peut donc être garant de coutumes contraires à la justice ou à la raison. En effet, le roi qui est le garant de la justice, ne peut pas ordonner d'appliquer des coutumes contraires à la loi. Donc on va voir le roi intervenir régulièrement pour interdire certaines coutumes cruelles ou irrationnelles.

Exemple : Saint Louis interdit le duel judiciaire, irrationnel.

Philippe III combat le principe de responsabilité pénale collective

Louis XI interdit la coutume de la peine de la course

Cet œuvre de justice des rois passe également par l'abrégement des procès. Or beaucoup de procès surgissent en raison de l'incertitude qui entoure la règle coutumière. Au XV^{ème} siècle, les rois sont assez puissants pour imposer la rédaction des coutumes, leur codification.

Section 2 : La codification du droit coutumier

La codification du droit coutumier est l'œuvre d'une ordonnance de Charles VII de 1454 c'est l'ordonnance de Montils-lès-Tours. Cette opération de mise à l'écrit de la coutume ne touche pas seulement le mode d'expression du droit coutumier. Cette mise par écrit va aussi influencer

§1 : La rédaction des coutumes

L'ordonnance de Montils-lès-Tours cherche en effet à simplifier l'administration de la preuve du droit coutumier

A. Les difficultés de preuve de la coutume

La coutume est par hypothèse non écrite à la différence du droit positif. Quand surgit un différend surgit entre les parties, il y a une difficulté quant à la coutume à appliquer. Existe-t-il une coutume qui régit ? Quel est cette coutume ? Comment l'interpréter ? L'incertitude du droit peut aussi être la cause du procès. Il reviendra au juge de dire ce qu'est le droit coutumier. Jusqu'au XIII^{ème} siècle, on va recourir au duel judiciaire pour trancher la question de savoir quelle est la coutume. C'est le jugement de Dieu. Mais l'influence des droits savants va faire écartier ce moyen de droit au profit d'un système plus rationnel. Donc à partir du XIII^{ème} siècle, plusieurs modes de preuves de la coutume sont envisageables.

Premier procédé : le juge est une autorité publique.

Il peut connaître la coutume et attester de son existence et de sa formulation.

Autre mode de preuve : le juge ou les parties peuvent faire référence à un précédent, i.e. à une décision de justice qui a attesté de l'existence de la coutume et qui en a fait l'application.

Autre méthode : le juge peut saisir une assemblée de ville ou de métiers qui attesteront de l'usage pratiqué dans la commune ou par la corporation. A Paris, le Prévost du Châtelet saisissait régulièrement le parloir aux bourgeois afin qu'ils attestent certaines coutumes de la ville de Paris.

Autre méthode dus à saint Louis : l'enquête par turbe. La turbe est un collège d'une dizaine de prud'hommes à qui le juge demande d'établir sous serment l'existence et la teneur d'une coutume.

Comme nous le voyons, la preuve de la coutume exige une procédure longue et coûteuse. De manière très ponctuelle, la monarchie va ordonner la rédaction de certains usages comme Louis IX qui ordonne la rédaction des usages professionnels pour les métiers à Paris. Mais le mérite d'avoir ordonné toutes les coutumes revient à Charles VII.

B. L'ordonnance de Montils-lès-Tours de 1454

De longue date, les problèmes de preuve des coutumes se sont posés. Les praticiens ont tenté de les résoudre en proposant des révélations officielles des coutumes (le très ancien coutumier de Normandie, le livre de Jostice et Plet pour la coutume d'Orléans, les établissements de Saint Louis pour l'Anjou et la Touraine et le Grand Coutumier de France pour l'Ile-de-France). Faut-il ajouter les coutumes de Beauvaisis de Philippe de Beaumanoir. Ces coutumiers privés n'ont aucune valeur officielle, ils ne peuvent être invoqués en justice. Certaines communes du Midi principalement comme Arles, Montpellier ou Toulouse prennent quant à elles l'initiative de rédiger officiellement leurs coutumes. De même, certains officiers au royaume au XV^{ème} siècle prennent l'initiative de rédiger la coutume du ressort dans lequel ils exercent leurs juridictions. L'initiative de Charles VII rencontre donc une demande très ancienne et peut être très pressante que des initiatives particulières n'ont pas permis de satisfaire. Il faut rédiger à large échelle et les motifs sont à cet égard assez instructifs. Que disent ses conseillers ? L'art. 125 de l'ordonnance de Montils-lès-Tours ordonne que les coutumes soient rédigées. La première à l'être est la coutume de Bourgogne en 1459 mais la coutume de Paris ne le fut qu'en 1510. La procédure est en effet extrêmement lourde car pour chaque province, on voit intervenir les représentants du roi, les représentants du clergé, de la noblesse, du Tiers Etat et faut d'accord

entre eux, le Parlement, la Cour souveraine doit être saisie pour départager les thèses en présence. Enfin, le conseil du roi doit se prononcer sur la ratification avant qu'intervienne les lettres patentes. Très vite, il a fallu alléger la procédure de rédaction ce qui a permis de voir s'enclencher un mouvement plus rapide de rédaction au XVI^{ème} siècle. On voit donc 65 coutumes générales rédigées et près de 300 coutumes particulières. Ainsi sanctionnée par l'autorité publique, la coutume devient patente, i.e. connue de tous. Elle n'a plus besoin d'être prouvée. L'ordonnance de 1454 interdit en outre de prouver par turbe l'existence de coutumes contraires. La coutume devient stable car elle ne peut plus être contestée. La rédaction réglait une difficulté pratique mais elle entraînait une transformation plus longue du droit coutumier car la rédaction ne propose pas une codification à bras constant des coutumes.

S2 : La transformation du droit coutumier

En fixant les coutumes par écrit, la royauté les a figées. Le droit coutumier est en effet une règle souple qui répond aux exigences du commerce. C'est pourquoi dans les décennies qui suivent la mise par écrit des coutumes, celles-ci vont être révisées. On dit sous l'ancien régime « réformées ». Les réformateurs vont en effet intégrer à la coutume des perfectionnements techniques qui ont permis la naissance au début du XVI^{ème} siècle d'une véritable science juridique coutumière.

A. La naissance d'une science juridique coutumière

Les jurisconsultes coutumiers s'interrogent sur la nature de la coutume mise par écrit. Sanctionnées par la loi, par des lettres patentes du roi, cette coutume n'est-elle pas devenue elle-même une loi ? Pour certains comme Louis le Caron, il est évident que la coutume rédigée est devenue une loi du roi. Pour d'autres, moins acquis aux théories absolutistes, la coutume rédigée l'a été grâce à l'assentiment populaire. La sanction royale n'efface pas son origine populaire, elle garantit la coutume rédigée. Dès lors, les coutumes rédigées peuvent encore être qualifiées de coutumes, c'est l'opinion du jurisconsulte Guy Coquille. Ainsi mises par écrit, les coutumes peuvent être étudiées comme les lois romaines, le droit positif. De fait, des auteurs, des praticiens, se mettent à gloser la coutume de leurs provinces. Pour la coutume de Bretagne, on peut citer le don de Bertrand d'Argentré. Pour la coutume de Bourgogne, Barthélémy Chassaneux. André de Tiraqueau pour le Poitou. Ces auteurs formés pour la plupart en Italie interprètent la coutume selon les méthodes enseignées par Bartole. Ils cherchent à atteindre une certaine concorde entre d'une part leurs coutumes et le *jus commune*. Les dispositions contraires au droit romain doivent être interprétées strictement ce que critiqueront les auteurs attachés au *mos gallicus*. Par nationalisme, des commentateurs revendiquent une interprétation libre de la coutume, une interprétation émancipée des autorités traditionnelles et du droit romain. Ils cherchent à interpréter la coutume conformément à l'esprit du droit français. On peut citer le nom de Charles de Moulins, auteur d'un commentaire folio de la coutume de Paris ou Guy Coquille commentateur de la coutume de Nevers, il est aussi l'un des premiers à le rédiger en français. Les conceptions du droit défendu par ces auteurs vont obtenir l'oreille des magistrats du parlement. Charles de Moulins inspire les arrêts les plus novateurs du parlement de Paris. Les commentaires coutumiers vont déterminer *in fine* les manières de réformer les coutumes pendant la deuxième moitié du XVI^{ème} siècle.

B. La réformation des coutumes

La première rédaction des coutumes n'était d'une codification à droit constant. Les rédacteurs n'ont pas photographié le droit coutumier en vigueur lors de la rédaction. Certaines

dispositions coutumières ont été améliorées pour être rendues aux idées du temps. Certains personnages délégués par le roi pour présider à la rédaction des coutumes ont profondément influencé la rédaction. Ils sont parvenus à imposer leurs propres points de vue. Pierre Lizet, magistrat du Parlement de Paris a introduit beaucoup de solutions tirées au droit romain car favorable au droit romain. Christofle de Thou son successeur, a imposé aux coutumes la jurisprudence de cette Cour. Dans les années 1560 – 1580, la rédaction des coutumes est achevée. Mais on sent déjà le désir de remanier les textes de la coutume pour la rendre compatible avec l'état de la société à cette époque qui a vu ses structures économiques et sociales assez bouleversées. Il faut donc réformer les coutumes et ce mouvement de réformation s'étendra jusqu'aux premières années du XVII^{ème} siècle. Ce processus de réformation est périlleux, difficile. Certaines réformes n'aboutirent jamais. C'est le cas de la coutume de Bourgogne, première rédigée, jamais réformée. Mais quand les coutumes furent réformées, elles devinrent un véritable modèle de droit français. En 1580, la coutume de Paris est réformée. La jurisprudence du Parlement de Paris la plus récente et les opinions des auteurs les plus autorisés. Comme le dit un des réformateurs, Estienne Pasquier, la coutume de Paris fut réformée « sur le moule de la jurisprudence du Parlement ». Dans la pensée des réformateurs, il s'agissait en réformant l'expression la plus achevée du droit français de cette époque. Ils espéraient proposer un droit commun à la France en réformant la coutume particulière de Paris et de fait beaucoup de réformes de coutumes qui eurent lieu après 1580 prirent le droit de la coutume de Paris comme modèle.

On peut donc dire que la réformation des coutumes a constitué une étape importante dans l'unification du droit français. La première étape est peut être la naissance du droit commun coutumier.