

INTRODUCTION HISTORIQUE AU DROIT

Benjamin GALERAN
Yoann GALLIOU
Kevin HENOCQ

en poche
2^e édition

Une présentation
chronologique
de l'évolution du droit
(du Proche-Orient ancien
jusqu'au XIX^e siècle)

- Une approche simple et synthétique de l'évolution des sources du Droit
- Chaque fiche présente une époque et son apport dans la construction de notre droit moderne

 *Gualino*

un savoir-faire de

Lextenso

INTRODUCTION HISTORIQUE AU DROIT

Benjamin GALERAN
Yoann GALLIOU
Kevin HENOCQ

en poche
2^e édition

Une présentation
chronologique
de l'évolution du droit
(du Proche-Orient ancien
jusqu'au XIX^e siècle)

Des mêmes auteurs, dans la même collection :

- Histoire des Institutions, de B. Galeran et K. Henocq, 2^e éd. 2022.
- Introduction historique au droit, de B. Galeran, Y. Galliou et K. Henocq, 2^e éd. 2022.
- Histoire des idées politiques, de B. Galeran et K. Henocq, 2^e éd. 2022.
- Préparer son entrée en Fac de droit, de B. Galeran et K. Henocq, 3^e éd. 2022.
- Grands principes du droit constitutionnel, de K. Henocq et G. Herzog, 2022

Benjamin Galeran, doctorant en Histoire du droit au Centre d'Études Internationales sur la Romanité (CEIR), est attaché temporaire d'enseignement et de recherche à l'université de Rouen - Normandie.

Yoann Galliou, doctorant en Histoire du droit à l'Institut d'Histoire du Droit (IHD), est chargé d'enseignement à l'université de Montpellier.

Kevin Henocq, doctorant en Histoire du droit au Centre d'Études Internationales sur la Romanité (CEIR), est chargé d'enseignement à l'université de La Rochelle.

Suivez-nous sur



www.gualino.fr

Contactez-nous gualino@lextenso.fr



© 2022, Gualino, Lextenso
1, Parvis de La Défense
92044 Paris La Défense Cedex
EAN 9782297176675
ISSN 1962-6428



Cet ouvrage a été achevé d'imprimer
dans les ateliers de Leitzaran (Espagne)
Numéro d'impression : 782 – Dépôt légal : Août 2022

Sommaire

1	Les droits antiques.....	4
2	Rome : le temps du « pré-droit ».....	7
3	Rome : l'épanouissement du droit classique.....	10
4	Rome: un droit étatique pendant l'Antiquité tardive.....	14
5	Le Haut Moyen-Âge : de la personnalité des lois à la territorialité du droit.....	16
6	Le règne de la coutume.....	20
7	La redécouverte du droit romain et l'avènement des droits savants	24
8	Roi de France et puissance législative.....	28
9	L'essor du « droit français » ou l'affirmation du nationalisme juridique.....	32
10	La Révolution et le règne de la loi.....	35
11	Le tournant de la codification... ..	39
12	Du nationalisme à la globalisation juridique... ..	43
13	Éléments chronologiques.....	46
14	Bibliographie.....	48

Les droits antiques ont pour particularité d'être fortement liés à la religion. La finalité du Droit est alors très pragmatique : il s'agit d'appliquer une solution précise à un cas concret. Il faut attendre les Grecs pour que le Droit devienne objectif et laisse une part plus importante aux hommes. Traditionnellement, on distingue dans la période antique trois temps venant marquer l'évolution du Droit : les droits cunéiformes et hébraïque au Proche-Orient ancien, puis le droit grec.

■ ENTRE EMPIRISME ET MORALE : LES DROITS CUNÉIFORMES

On entend par droits cunéiformes ceux des premières grandes civilisations d'Orient. Située aux abords du croissant fertile, la plus célèbre d'entre elles est la **Mésopotamie** (du grec *meso*, « milieu » et *pota-mos*, « fleuve »), nichée entre le Tigre et l'Euphrate. Le développement d'une agriculture importante, voire intensive, entraîne la sédentarisation des peuples et la nécessité de construire des règles afin d'organiser la vie en communauté. Parallèlement, l'**apparition de l'écriture** (v. -3000), alors composée d'un alphabet de pointes et de coins, rend possible la mise en place d'une organisation politique et administrative. Celle-ci est alors forgée par un droit qui mêle plusieurs caractéristiques. D'origine divine, ce droit est relayé par le roi pour former un *corpus* empirique et pragmatique.

Fortement imprégné par la religion, on parle souvent pour le droit du Proche-Orient ancien de **droit « révélé » par les dieux**. Plusieurs codes en attestent, comme le **code d'Ur-Nammu** (v. - 2100) ou le célèbre **code d'Hammurabi** (v. -1750) aujourd'hui exposé au musée du Louvre. Ce dernier est d'ailleurs explicite : la pierre sur laquelle il est gravé présente le roi rédigeant le droit sous l'œil de Shamash, dieu du soleil et de la justice. Ainsi, le roi se présente en tant qu'intermédiaire entre les dieux et les hommes, qui reçoit des directives qu'il devra transposer au monde terrestre. L'idée est celle de fondements intangibles du droit qui ont vocation à s'appliquer éternellement et que la figure royale doit garantir. On trouve également des preuves de l'imprégnation divine du droit par le recours à des formes d'ordalies, notamment fluviales, durant lesquelles la personne accusée voit sa culpabilité avérée suivant qu'elle flotte ou qu'elle coule.

Surtout, **ce droit n'a pas d'aspect théorique** : la doctrine est inexistante. Si la coutume orale prédomine, le droit écrit peut intervenir de manière subsidiaire si l'une des parties le souhaite. Les lois sont alors la retranscription et la généralisation d'une sorte de « jurisprudence

royale », c'est-à-dire que les décisions rendues par le roi auront vocation à s'appliquer de manière globale au sein de la société. Dès lors, le droit s'apparente à un catalogue de cas accompagnés de leurs solutions (dans les domaines civil, pénal...), tout en prévoyant des clauses d'aménagement. Davantage proche de la morale, ce droit initialement mis en œuvre par les prêtres tombe peu à peu entre les mains des laïcs au sein des villes, avec un système d'appel devant le roi.

■ LE DROIT HÉBRAÏQUE ET LA PRÉÉMINENCE DU DIEU UNIQUE

Les Hébreux ont dans l'Histoire une place inversement proportionnelle à celle qu'ils ont géographiquement occupé. À l'origine des premières grandes religions monothéistes (judaïsme, christianisme, islam), ils suivent Abraham en Canaan (*grosso modo* la Palestine actuelle), puis s'y établissent définitivement avec Moïse après un exil de plusieurs siècles en Égypte. Sous l'impulsion de ces deux patriarches, les Hébreux scellent une **alliance divine**. Le droit hébraïque ressemble alors aux droits cunéiformes, mais y ajoute le concept de « peuple élu ».

Les cinq premiers livres de l'Ancien Testament (*Genèse, Exode, Lévitique, Nombres, Deutéronome*) forment la « Torah », c'est-à-dire la loi. En y ajoutant le *Décalogue* (les Dix Commandements dictés à Moïse), on dispose alors des sources du droit hébraïque. Comme pour les droits cunéiformes, ce droit être révélé : cette fois cependant, il l'est par un dieu unique. Et comme eux, il présente des **dispositions proches de la morale** dans des domaines variés : droit pénal, droit de la famille, droit religieux...

Mais encore plus que les autres systèmes juridiques proche-orientaux, le droit hébraïque se trouve entièrement **entre les mains de Yahvé**. Le roi est en effet issu du sacre, et c'est tout l'État qui est soumis à Lui. L'exemple le plus parlant est celui de la justice. Dans le droit hébraïque, ce ne sont pas les hommes qui jugent, mais bien la personne divine. Les juges n'ont alors qu'un simple rôle d'exécution des lois. Et si les juges respectent la loi, ce n'est pas par respect de la norme, mais bien parce que son origine est divine. Enfin, comme les droits précédents, c'est un droit empirique, dénué de toute connotation abstraite et qui se fonde toujours sur des cas concrets.

■ LE DROIT GREC : UNE PHILOSOPHIE ENTRE LES MAINS DES HOMMES

En **Grèce**, le droit revêt une forme différente. Si les dieux jouent toujours un rôle (quoique moins important) et que la discipline juridique n'est pas encore autonome mais se confond dans le grand ensemble de la philosophie, ce sont pourtant les Grecs qui font entrer les règles de droit dans l'**abstraction**.

L'influence divine se traduit par l'existence de **Thémis** (déesse de la justice et de la paix) et de ses filles, dont **Dikè** (celle qui dit le droit). Malgré cela, surtout à partir de l'époque classique et de la démocratie athénienne (V^e siècle av. n.è.), la loi et la justice auparavant détenues par les dieux sont désormais aux mains des hommes, et tous les citoyens sont égaux entre eux. À Athènes, la production législative se fait au travers d'institutions (*Ecclésia*, *Boulè*) et les peines sont prononcées par une juridiction (*l'Héliée*) dirigées ces citoyens.

S'attarder sur Athènes fait sens : avant son essor *Thémis* reste la source, plus ou moins directe, du droit tel qu'interprété par les hommes. Or, une fois la démocratie athénienne en place, la conception de la loi devient différente. Des fruits de l'interprétation d'une volonté divine, elle devient celle de la raison des hommes qui, voulant discerner le *juste* de l'*injuste*, préfèrent user de leur raison pour légiférer. Dès lors, le droit grec étant fortement lié à la philosophie, ce sont les philosophes les plus célèbres qui vont se charger de déterminer quelles finalités doit poursuivre la loi.

Le premier courant, qui aura un rayonnement moins important *a posteriori*, est celui des **sophistes**. Ce sont des pragmatiques : pour eux, les idées de *juste* et d'*injuste* ne sont pas des concepts intemporels, mais dépendent des mœurs de la société à un instant *t*. Pour eux, ce que le corps social estime correct, normal, est alors licite donc légal. À l'inverse, les comportements rejetés par la communauté doivent faire l'objet de condamnations. Surtout, les sophistes mettent en avant la légitimité de la loi du nombre : le plus fort a toujours raison, sa volonté doit donc s'imposer à tous.

Le second courant est issu de **Socrate** et des penseurs qu'il a pu inspirer. Pour Socrate, la société a besoin de lois pour exister : il convient donc d'y obéir, en poursuivant un idéal de justice propre à chaque citoyen. Chez **Platon**, une vision élitiste de la politique domine : seuls les philosophes les plus sages et expérimentés seraient légitimes à légiférer ou à rendre la justice. Chez **Aristote** domine la recherche de la justice par le respect du droit, qui est essentiel à la vie en société. Pragmatique, la loi est selon lui un outil et n'est pas intemporelle. Elle peut donc être modifiée en fonctions des évolutions sociales. En accord avec le principe « *in medio stat virtus* » (« la vertu est dans le juste milieu »), il met en avant les régimes politiques mesurés et dénonce l'excès des tyrannies. Le droit athénien rompt alors définitivement avec ses origines divines pour devenir un outil aux mains des seuls hommes.

■ CONTEXTE

Il faut comprendre l'évolution du droit romain comme étant celle d'une petite cité-État italique cheminant depuis des origines tribales mal connues jusqu'au *dominium mundi* de l'Empire universel. On distingue traditionnellement trois grandes phases dans son histoire :

- **l'ancien droit** (ou droit archaïque) : des origines jusqu'au milieu du II^e siècle avant notre ère (n. è.) ;
- **le droit classique** : jusqu'à la fin du III^e siècle de n.è ;
- **le droit postclassique** : jusqu'aux compilations justiniennes du milieu du VI^e siècle.

Il faut remarquer que ce découpage juridique ne recouvre pas celui de la succession des régimes politiques à Rome : Royauté (-753/-509), République (-509/-27) puis Empire (-27/476 pour l'Occident).

■ L'ANCIEN DROIT ROMAIN

Le premier droit romain s'inscrit d'abord dans le contexte primitif de la Royauté. Il exprime les besoins d'une société à forte dominance rurale et aux besoins commerciaux encore limités. Celle-ci s'organise politiquement et religieusement autour des groupements primordiaux que sont les **Gentes** (les grandes familles), chacune dirigée par un *pater* qui la représente au **Sénat**. Le **Roi**, détenteur du pouvoir de commandement général appelé *imperium*, apparaît lui-même dans cette logique comme le *pater* de la communauté des citoyens.

Dans cette première phase, les domaines du public et du privé, du juridique et du religieux, sont encore peu ou pas distingués. Les *patres* aussi bien que le roi sont tout à la fois des chefs politiques, militaires et religieux : ils sont chargés du gouvernement des choses aussi bien que responsables du culte des ancêtres. Dans cette société de culture orale et à forte solidarité communautaire, la **coutume** (appelée alors *mos maiorum*, soit la « façon de faire des anciens ») s'impose logiquement comme **la source principale du droit**.

De manière générale, chaque action d'importance nécessite l'accomplissement d'un rituel afin de ne pas heurter l'ordre cosmologique et d'assurer le salut de la Cité. Le droit se comprend dans ce contexte comme une activité fondamentalement cultuelle. De fait, il est extrêmement **formaliste** : dans le système romain où **la procédure détermine le droit reconnu**, seul préside à l'efficacité d'un acte le strict respect des gestes et des paroles consacrés.

Afin d'assurer le respect des formes sacramentaires (c'est-à-dire qui assurent le caractère sacré de l'acte) omniprésentes dans la pratique juridique, les secrets du droit – formules, calendrier judiciaire, etc. – sont gardés par le **collège des pontifes**. Ce sont à l'origine des prêtres chargés de veiller au bon déroulement des cérémonies religieuses, ce qui explique le rôle qu'ils ont joué dans le domaine juridique.

■ L'AVÈNEMENT DE LA RÉPUBLIQUE OU L'ESSOR D'UN DROIT DE LA CITÉ

À la suite de la révolution aristocratique entraînant la chute de la Royauté, la jeune République entre dans une grave crise institutionnelle. Les plébéiens – c'est-à-dire les non patriciens, issus des plus anciennes familles romaines – contestent en effet la domination patricienne sur la vie de la Cité. Un des points d'aboutissement de leurs revendications concerne directement l'organisation des sources du droit puisqu'il s'agit de la **Loi des XII Tables (LXIIT)**. Fruit du travail de la magistrature exceptionnelle des **Decemvirs** – une commission de dix membres (*decem viri* : « dix hommes ») désignés spécialement pour l'occasion –, elle fut adoptée autour de -450 par vote des comices.

La LXIIT est une conquête de première importance puisqu'elle donne pour la première fois au peuple romain un *corpus* juridique écrit et public, fournissant en somme une « base légale » au droit applicable. Cela a pour effet d'inscrire ce dernier dans des bornes connues de tous et par conséquent de limiter l'arbitraire des magistrats – alors tous patriciens. Plus généralement, l'adoption de cette loi constitue l'amorce d'un véritable **droit civil**, entendu ici comme un droit proprement politique (*civitas*, la Cité, *polis* en grec) : un droit que les hommes se sont donnés à eux-mêmes, un droit des citoyens, produit au sein de la Cité et non plus reçu de la sphère magico-religieuse.

Ainsi comprise, la LXIIT révèle son importance historique majeure : issue de la collaboration entre magistratures et « souveraineté » populaire, elle donne également au droit un fondement nouveau. Elle illustre donc bien le nouvel équilibre républicain autour de la « constitution patricio-plébéienne » (selon Jacques Ellul) tout en annonçant les prémices de la sécularisation juridique. Cela explique que Tite-Live la présente plusieurs siècles plus tard comme « la source de tout le droit privé et public » et qu'elle jouisse d'un prestige tel qu'elle ne sera jamais formellement abrogée, même après être tombée en désuétude.

Les diverses lois qui succéderont à cette expérience fondatrice confirmeront le caractère de gravité attaché au processus législatif à Rome. Dans la mesure où le *Populus* y exprime sa volonté – directement dans le cadre des **leges rogatae**, votées sur proposition d'un magistrat (la LXIIT par ex.), mais aussi par délégation dans le cadre des **leges datae** – la loi intervient surtout dans des circonstances particulières, notamment lorsqu'une crise nécessite un remède à sa

mesure. Cela explique le faible nombre de lois intervenues jusqu'à la fin de la République – un peu plus de huit cents en plus de quatre siècles – ainsi que leur domaine d'intervention quasi-exclusif : le droit public.

Le tableau de l'équilibre des sources de l'ancien droit romain doit également mentionner le rôle indirect mais parfois décisif des **sénatus-consultes** (sortes d'avis donnés par le Sénat aux magistrats, censés être de simples conseils mais qui sont presque systématiquement suivis) et des **plébiscites** (décisions prises par la plèbe sur proposition du Tribun de la plèbe et ayant force de loi).

L'immobilisme impliqué par la rigueur et le secret des procédures anciennes était peu problématique : Rome n'était pas encore entrée dans le dynamisme impérial qui allait la conduire à dominer l'Italie puis tout le bassin méditerranéen. Les caractères de l'ancien droit romain cependant, s'ils comportaient des vertus certaines, ne lui permettaient pas de s'adapter aux évolutions à venir.

ROME : L'ÉPANOUISSEMENT DU DROIT CLASSIQUE

L'ouverture de l'*urbs* sur le commerce méditerranéen pose rapidement **la question des relations juridiques entre citoyens et étrangers** exclus du droit civil traditionnel. Sur un plan plus théorique, l'hellénisme imprègne bientôt la pensée des élites romaines. Il conduit à instaurer un esprit plus soucieux de rigueur logique et attentif aux **réflexions sur la justice et les fondements du droit**. Ainsi se trouve bouleversé le rapport des romains à la chose juridique : comme l'explique Robert Villers, le droit romain passe alors de « l'âge empirique » à celui de sa « mise en système ».

■ LA FABRIQUE D'UN SYSTÈME JURIDIQUE

Le développement de l'*ars iuris* – l'art du droit – romain au cours de cette période marque la constitution d'une culture juridique propre qui se révélera déterminante dans l'histoire occidentale. Le droit des juristes romains est en effet construit comme **un système rationnel spécifique** articulé autour de l'exigence de justice, de ses logiques conceptuelles propres et d'une attention scrupuleuse portée aux faits à partir desquels il doit s'appliquer. Le droit romain classique se développe donc au carrefour de **l'éthique**, de la **dogmatique** et de la **casuistique**, cela avec une adresse et un souci d'équilibre qui l'ont érigé au rang de modèle par excellence de la science juridique.

■ L'IMPORTANCE DU DROIT PRÉTORIEN

L'importance du **préteur** dans l'évolution du droit romain est capitale : c'est sous son influence que la procédure acquiert la souplesse qui lui faisait jusqu'alors défaut. Concrètement, il est chargé d'organiser la première phase du procès romain (phase *in iure*) où sont reçues et mises en forme les prétentions des parties qui seront, dans un second temps, tranchées par un juge (phase *apud iudicem*). Dans ce cadre, le préteur impulse le passage de la **procédure des actions de la loi** à la **procédure formulaire**. Cette dernière consiste à transmettre ces prétentions au juge sous la forme d'un écrit (la « formule »), là où la procédure était auparavant uniquement orale.

Les différents procédés utilisés afin de dépasser la rigidité du formalisme traditionnel sont révélateurs d'un droit attentif aux besoins sociaux et capable de s'y adapter tout en respectant son architecture propre. C'est le cas par exemple de la fiction juridique utilisée par le préteur pérégrin (créé en -242 et chargé des situations juridiques relatives aux étrangers ; le **préteur urbain** existait quant à lui depuis -366)