

INTRODUCTION

Tout étudiant débutant en L. 1 doit progressivement se former aux sources formelles du droit : la loi, la coutume, la jurisprudence. En progressant dans ses études, celui-ci va se retrouver confronté à des notions de fonds essentielles. Pour le droit public, on parlera de constitution, d'État ou de souveraineté. Pour le droit privé, on emploiera les termes de mariage, de filiation, d'obligations, de contrats ou de propriété. Avant même de commencer un éventuel cours en droit processuel, les pratiques de « l'appel » ou de la « cassation » s'avéreront également déjà familières pour le jeune impétrant en droit.

Or toutes ces notions juridiques ont une histoire. Il importe de la connaître, au moins dans les grandes lignes, pour bien les comprendre et les maîtriser. En effet, la vie passée des institutions ou du droit a forcément façonné leur caractère actuel. C'est ce but, en particulier, que les enseignements historiques dispensés dans les facultés visent à accomplir. Une telle démarche ne doit pas se cantonner aux périodes les plus récentes sous peine, notamment, de privilégier le superficiel au détriment du plus important. Le droit contemporain s'avère le résultat de différentes « couches » successives. Les plus anciennes sont certainement les plus importantes. Celles-ci soutiennent l'ensemble de l'édifice et sont à l'origine des évolutions postérieures.

Chaque époque de l'histoire apporte donc des éléments à la construction de notre droit. Les fondements sont connus : ils viennent de l'Antiquité, des cités grecques, et surtout, de la civilisation romaine. S'ajoutent par la suite les apports du christianisme dont l'influence est très marquée au Moyen Âge. C'est sur ces fondements, qu'à partir du XV^e siècle, des « droits nationaux » se constituent finalement en Europe occidentale. Malgré leur particularisme, ceux-ci vont ensuite, à la fin du XVIII^e siècle, se cristalliser autour d'une nouvelle approche juridique : celle de la codification. Cette dernière étape va dès lors permettre l'avènement de nos systèmes juridiques modernes.

L'histoire du droit ne peut néanmoins se contenter de décrire uniquement le passé. Cette matière doit aussi tenter d'expliquer les causes des transformations juridiques constatées. Cela nécessite un recul salutaire refusé parfois par les positivistes ou les juristes. Notre discipline permet de constater que le droit n'est pas toujours à la « traîne » des mœurs, et ceci, contrairement aux idées reçues. Pour preuve, lorsque les révolutionnaires

instituent le divorce et l'égalité successorale, cette mesure s'avère à l'époque d'un très grand bouleversement pour les habitudes de la majorité des Français. Encore de nos jours, l'abolition de la peine de mort continue de diviser l'opinion publique. Enfin, les préoccupations religieuses en France, presque totalement inexistantes il y a trente ans, semblent désormais faire leur grand retour (à tort ou à raison !) dans un pays pourtant acculturé depuis 1905 à la laïcité. L'histoire du droit permet donc de relativiser ces évolutions ou changements juridiques jugés parfois inopinés.

Le droit a une fonction régulatrice, voire conservatrice. Il contribue à l'évolution d'une société en orientant les grands changements. Il peut donner ou refuser une forme juridique à certains courants de pensée. Il favorise, freine ou interdit certaines pratiques économiques. Le droit est alors créateur et novateur : il façonne la société de demain selon les critères retenus à un moment donné par la population elle-même. L'étude de cette histoire du droit en Europe, et plus spécialement en France, sera donc menée en trois temps dans le cadre d'un plan chronologique :

- ◆ Titre préliminaire. De l'apparition du droit à l'héritage romain.
- ◆ Titre I. L'ancien droit avant 1789.
- ◆ Titre II. Les principes du droit contemporain (1789-1814).

Titre préliminaire

DE L'APPARITION DU DROIT

À L'HÉRITAGE ROMAIN

Le droit participe de son milieu d'origine. Il en traduit les aspirations, il en subit les influences. La politique, la religion, l'économie, la morale, la philosophie, les faits sociaux... sont autant de facteurs qui contribuent à façonner le droit d'une société donnée. Le droit est lié génétiquement au contexte extra-juridique. Dès lors, deux attitudes sont possibles. Certaines civilisations organisent leur ordre social sans distinguer le droit des modèles de conduite issus principalement de la religion et de la morale. Le grand mérite du droit romain, est sans doute une des raisons de sa fortune historique, est précisément d'avoir isolé le droit. C'est un apport décisif auquel le droit en Occident reste redevable. Pour en mesurer le caractère novateur dans l'Antiquité, une brève incursion s'impose au sein du système juridique antérieur, qui est la tradition orientale (**section I**). Par opposition à celle-ci, Rome va établir les frontières du droit. Après l'avoir isolé, les Romains vont le constituer en discipline scientifique, léguant ainsi un nouveau système juridique (**section II**).

SECTION I. Les origines lointaines du droit dans le bassin méditerranéen

L'Ancien Orient va tenir la loi pour un don de Dieu (**I**). Si, par la suite, les philosophes Grecs reconnaissent également cette origine divine, ils vont néanmoins laisser aux hommes le soin de légiférer leur quotidien. Dans les cités des V^e et IV^e siècle avant J.-C., les lois vont constituer l'un des éléments essentiels de la vie du groupe civique et faire l'objet d'une élaboration particulière (**II**).

■ I. L'origine divine des premiers droits

L'Orient est à l'origine des premières grandes civilisations de l'humanité. Les plus anciennes se situent dans le bassin du Tigre, de l'Euphrate et en Mésopotamie. Dans ces terres fertiles, l'agriculture se sédentarise rapidement. La nécessité d'un travail collectif explique sans nul doute la précocité d'une organisation politique. L'écriture y apparaît vers l'an 3000 avant J.-C., outil indispensable à une administration efficace et aux activités d'échanges. Au Proche-Orient, des témoignages nous renseignent principalement sur les droits cunéiformes **(a)** et sur le droit hébraïque **(b)**. Au-delà de leur différence, ces droits présentent des analogies qui dessinent une physionomie générale, marquée par la religion, la morale et l'empirisme.

a. Les droits cunéiformes

Il s'agit de textes rédigés en écriture cunéiforme, qui combine des éléments en forme de coins ou de clous. Ces droits s'échelonnent sur trois millénaires avant notre ère, dans un espace géographique couvrant la Mésopotamie, la Syrie et l'Anatolie. Dans ces zones, plusieurs civilisations brillantes se succèdent, constituant à certaines périodes historiques de grands Empires. La documentation provient dans sa grande majorité d'actes de la pratique, rédigés sur des tablettes d'argile. Elle comprend également des textes législatifs, rassemblés dans des codes ou ordonnés dans des édits royaux. Aucun document doctrinal. Tous les droits cunéiformes ont en commun leur *caractère empirique*. Leur source prépondérante est la coutume orale et le droit écrit n'intervient que pour compléter ou amender une coutume. Les lois se présentent sous une forme casuistique, c'est-à-dire qu'elles énumèrent des solutions fixées pour des cas d'espèce, sur les sujets les plus divers regroupés par thèmes.

Ces droits sont également profondément *imprégnés par la religion*. Le droit mésopotamien se présente, par exemple, volontiers comme un droit révélé. C'est particulièrement visible dans le code Hammourabi. Ce document législatif porte le nom d'un roi de Babylone, ayant réussi à réunifier la Mésopotamie vers 1750 avant J.-C. Ce souverain va promulguer un code, dans lequel il se proclame « Roi du droit ». Au sommet de cette pierre noire, le Roi Hammourabi est debout, une main sur la bouche en signe de respect devant Dieu. Ce dernier siège sur un trône et tend au roi un roseau pour lui dicter le code sur des tablettes d'argile humide. Donné par Dieu, ce droit n'est pas destiné à changer. À la fin du code, une formule maudit à l'avance celui osant modifier la loi écrite à jamais. Au cours des siècles, ce droit ne subit que des modifications à portée limitée. Dans ce type de société, beaucoup plus statique qu'à notre époque moderne, le droit demeure plus voisin de la morale.

Le Code Hammourabi¹ (1750 av. J.-C.)

« ...Je suis Hammourabi, le roi parfait [...] Les grands dieux m'ont nommé et moi seul je suis le pasteur salvateur dont le sceptre est droit [...] Pour que le fort n'opprime pas le faible, pour rendre justice à l'orphelin et à la veuve [...] pour faire droit à l'opprimé, j'ai écrit mes précieuses paroles sur ma stèle [...] Que l'opprimé qui est impliqué dans une affaire vienne devant ma statue de « Roi du droit » et qu'il se fasse lire ma stèle écrite, qu'il entende ainsi mes précieuses ordonnances. Que ma stèle lui indique son affaire [...] Que dans la suite des jours, à jamais, (tout) roi qui paraîtra dans le pays, observe les décrets du droit que j'ai écrite sur ma stèle ; qu'il ne change pas la loi du pays que j'ai promulguée, les sentences du pays que j'ai rendues, qu'il ne contrarie pas mes desseins ! [...] Que les grands dieux des cieux et de la terre, que les Annunaki tous ensemble, le bon génie du temple, la Brique de l'Ebabbar le maudissent d'une funeste malédiction lui-même, sa semence, son pays, ses hommes, tant son peuple que son armée... »

Autre signe de l'imprégnation religieuse, l'ordalie. Souvent appelée jugement divin, il est un mode de preuve qui fait appel aux Dieux. Le plaideur est soumis à une épreuve matérielle destinée, en l'absence de preuve, à révéler la vérité. En Mésopotamie, elle prend fréquemment la forme de l'ordalie fluviale. Le juge ordonne que le plaideur (le plus souvent le demandeur) aille au « dieu-Fleuve ». « L'ordaliste » entre à pied dans le fleuve et s'y avance jusqu'à une certaine profondeur d'eau, déterminée à l'avance. Son innocence est prouvée s'il surnage, sa culpabilité l'est s'il coule. L'administration de la preuve dépend donc de la volonté divine. Il faut se garder de porter sur cette pratique un jugement de valeur trop hâtif. Les juges savent fort bien orienter le cours de la justice divine en fonction de leur intime conviction. Ils jouent dans leur intérêt sur le lieu, la date, la hauteur de l'eau, ou la distance à parcourir !

b. Le droit hébraïque

Par rapport aux empires du Proche-Orient, les Hébreux occupent une espace géographiquement microscopique. Mais ce qui confère au peuple d'Israël une place essentielle dans l'histoire de l'humanité, c'est sa religion, la première religion monothéiste, mère du judaïsme, du christianisme et de l'Islam. Le droit hébraïque appartient aux mêmes fonds culturels que les droits cunéiformes. Tout comme eux, il se signale par ses caractères religieux et empirique. Les sources juridiques se trouvent dans la Bible aux 5 premiers livres de l'Ancien Testament : Genèse, Exode, Lévitique, Nombres et Deutéronome. Ces 5 livres forment un ensemble que la tradition juive nomme « la Loi » (la Torah). C'est une compilation du V^e siècle avant J.-C., qui regroupe la première liste de textes,

1. (A.) Finet, *Le Code de Hammurapi*, Paris, Éd. du Cerf, 1998, 156 p.

d'origines et de dates diverses, reconnus officiellement comme faisant autorité pour la foi et la vie pratique. Le noyau primitif de la législation hébraïque est le Décalogue. C'est un droit révélé à Moïse sur le Mont Sinaï. Les 10 commandements sont gravés, comme le dit la Bible « du doigt de Dieu », sur des tables de pierre. Toujours sous la dictée de celui-ci, Moïse va écrire le « code de l'Alliance », qui intègre des normes juridiques coutumières et le « Code sacerdotal », contenant essentiellement des prescriptions culturelles. Ces différents exemples montrent que *le droit hébraïque fait également l'objet d'une révélation divine*.

Dans « la Loi », figurent des prescriptions les plus diverses : réglementation du culte, statuts familiaux, droit pénal, organisation de la justice, traitement des esclaves, règles morales, d'hygiène ou de diététique, comme des interdits alimentaires. Donnée par Dieu, la loi est immuable. Le juge est lié par elle. L'adaptation aux besoins nouveaux ne peut se faire que par interprétation. Celle-ci appartient aux juges, mais elle est également revendiquée par les prophètes. L'Ancien Testament offre un cas unique d'ordalie. La femme soupçonnée d'adultère est soumise à l'épreuve dite des « eaux amères ». Après avoir prêté serment, elle absorbe un breuvage composé d'eau sanctifiée où l'on a dissous de la poussière. Inoffensive sur la femme vertueuse, la boisson devient amère si la femme est coupable. Des marques physiques révèlent alors son infidélité, comme l'indique la Bible : « Son ventre enflera et son sein dépérira ».

Enfin, tout comme le droit cunéiforme, *le droit hébraïque est empirique*. Il ne formule pas de règles abstraites. Soit son expression est casuistique (« Quand un homme volera un bœuf, et qu'il l'aura abattu ou vendu, il donnera 5 bœufs en compensation »), soit il s'agit d'ordres personnels de Dieu (« Tu ne tueras pas, tu ne voleras pas »). La Bible n'a d'ailleurs pas de concept juridique. Son langage est toujours concret et précis. Ce bref aperçu du monde proche-oriental montre qu'une civilisation peut atteindre un très haut degré sans ériger son droit en science autonome. Une observation identique peut être faite à propos de la Grèce antique, où l'on retrouve pour la première fois, une réflexion théorique sur le droit.

Le Décalogue (Exode, 20, 1-17)¹

« ... Dieu prononça toutes ces paroles et dit : « je suis Yahvé, ton Dieu qui t'a fait sortir du pays d'Égypte, de la maison de servitude. Tu n'auras pas d'autres dieux devant moi. Tu ne te feras aucune image sculptée, rien qui ressemble à ce qui est dans les cieux là-haut ou sur la terre, ici-bas ou dans les eaux [...] Tu ne te prosterner pas devant ces dieux et tu ne les serviras pas, car moi Yahvé, ton Dieu, je suis un Dieu jaloux qui punit la faute des pères sur les enfants, les petits-enfants et les arrière-petits-enfants pour ceux qui me haïssent [...] Tu ne

1. *La Bible de Jérusalem*, Paris, Éd. du Cerf, 1992, 1844 p.

prononcera pas le nom de Yahvé ton Dieu à faux, car Yahvé ne laisse pas impuni celui qui prononce son nom à faux. Tu te souviendras du jour du sabbat pour le sanctifier. Pendant six jours tu travailleras et tu feras tout ton ouvrage ; mais le septième jour est un sabbat pour Yahvé ton Dieu. Tu ne feras aucun ouvrage [...] Car en six jours Yahvé a fait le ciel, la terre, la mer et tout ce qui qu'ils contiennent, mais il s'est reposé le septième jour, c'est pourquoi Yahvé a béni le jour du sabbat et l'a consacré [...] Tu ne tueras pas. Tu ne commettras pas d'adultère. Tu ne voleras pas. Tu ne porteras pas de témoignage mensonger contre ton prochain. Tu ne convoiteras pas la maison de ton prochain. Tu ne convoiteras pas la femme de ton prochain, ni son serviteur, ni sa servante, ni son bœuf, ni son âne, rien de ce qui est à ton prochain ».

■ II. Le monde grec et l'émancipation de la tutelle divine

En Grèce, la loi apparaît avec le régime de la cité. Au commencement, elle n'est pas nécessairement décidée par l'ensemble des citoyens. Elle émane parfois de l'autorité d'un homme, qui œuvre pour le bien de tout le monde. Aux VII^e et VI^e siècles av. J.-C., le monde grec connaît « l'âge des tyrans », qui est aussi celui des législateurs. Dotés de pleins pouvoirs, ils se chargent de défendre la cité et de réformer son droit. Venus le plus souvent de l'aristocratie et donc richement pourvus, ils entendent rétablir l'ordre et la paix sociale dans des villes, qui s'adaptent difficilement à l'essor économique et aux crises sociales qui en résultent. Toutefois, le succès de ces « Tyrans » est de courte durée. Leur aura ne dépasse pas deux ou trois générations. La loi apparaît comme le moyen pour eux d'assurer une paix sociale, que des bouleversements économiques ont mis à mal. Elle contribue à l'affermissement du régime de la cité. Elle donne la place des « Grands » et celle du petit peuple, réprime la violence contre les personnes, et protège leurs biens. Elle établit une tarification et une hiérarchie des peines. Elle garantit à chacun sa liberté et un lopin de terre (le *klèros*). Soucieuse surtout de la cité, elle intervient peu dans la vie familiale, qu'il s'agisse de la condition des femmes, du mariage, de l'autorité du mari, du père, de la transmission des patrimoines. De ces gouvernants qui établissent des lois, Aristote en rappelle les noms tout au long de son œuvre politique : Lycurgue à Sparte, Dracon à Mytilène (621 av. J.-C.), Solon à Athènes (593 av. J.-C.), etc. Derrière ces appellations, parfois mythiques, se cachent surtout des inconnus. On ne sait quasiment rien de la plupart des législateurs et, à de rares exceptions près, leurs Lois ne sont pas mieux connues.

Après les lois dictées par ces « Tyrans », s'annonce le règne des lois votées par le peuple. En effet, les temps politiques vont changer avec l'avènement dans les cités grecques de la notion de démocratie. Le texte le plus important par son ampleur et sa bonne conservation est sans conteste la célèbre loi de la *cité de Gortyne* (milieu du V^e siècle av. J.-C.).

On ignore sa date exacte et les conditions de son élaboration. Le texte débute par un appel aux Dieux et proclame que « les Gortyniens ont voté et décrété ce qui suit... ». Il s'agit donc d'une loi votée par le peuple dans une cité démocratique et dégagée de toute empreinte divine. Long de plus de 600 lignes, réparties sur 12 colonnes, le texte concerne essentiellement le droit privé. On ne peut pas encore parler de code. Il s'agit d'un ensemble de normes qui modifient partiellement une législation écrite antérieure et y ajoutent des dispositions nouvelles. À Athènes, après l'effondrement de la tyrannie (510 av. J.-C.) et les réformes de Clisthène (507-501 av. J.-C.), la cité met en place pendant deux siècles un régime démocratique. La place faite à la loi y devient importante. La loi humaine s'impose aux citoyens et n'est plus auréolée du divin. Faite par le peuple, elle établit le droit. Des lois, formulées par l'assemblée et mises sous forme écrite, en constituent l'ossature.

Démosthène¹, La conception de la loi à Athènes (353 av. J.-C.)

« ...Dans les lois qui nous régissent, Athéniens, figurent les prescriptions aussi précises que claires sur toute la procédure à suivre dans la proposition des lois. Avant toute chose, elles fixent l'époque où l'action judiciaire est admise. En second lieu, alors même, elles ne permettent pas à tout citoyen de l'exercer à sa fantaisie. Il faut d'une part que le texte soit transcrit et affiché au regard de tous devant les Éponymes, d'autre part que la loi s'applique également à tous les citoyens ; enfin que les lois contraires soient abrogées sans parler d'autres prescriptions [...] En cas d'infraction à une seule de ces règles, tout citoyen peut se porter accusateur... ».

Deux termes sont employés pour désigner les mesures législatives prises par les citoyens dans l'Athènes classique (V^e-IV^e av. J.-C.) : *Nomos* et *Pséphisma*. Le plus souvent traduit par « loi » et « décret ». La loi (ou le décret) est l'œuvre de l'assemblée qui la vote. Tout Athénien majeur et jouissant de ses droits politiques fait partie de l'assemblée (*Ecclesia*). Celle-ci réunit la totalité des citoyens, sans qu'ils soient répartis dans des groupes intermédiaires. Il s'agit d'une démocratie directe, où l'homme est isolé dans la foule de ses semblables. Tout citoyen peut soumettre par écrit à l'Assemblée une proposition de loi. Avant celle-ci, la *Boulê*, assemblée plus restreinte et dont les membres sont tirés au sort, donne son avis sur le projet (le *probouleuma*). La procédure d'élaboration des lois apparaît largement ouverte. Cependant, soucieux du maintien d'un régime de droit,

1. Démosthène est né à Athènes en 384 av. J.-C. Il meurt dans la ville de Calaurie en 322 av. J.-C. Homme d'État athénien, il est l'un des adversaires principaux de Philippe II de Macédoine. C'est également l'un des plus grands orateurs connus de l'Antiquité. Victime de graves problèmes d'élocution, cette incapacité lui vaut rapidement de la part de ses contemporains le surnom de « bègue ». Selon la légende, il est notamment contraint pendant plusieurs années de s'entraîner à parler régulièrement avec des cailloux dans la bouche afin d'améliorer sa diction.