

TOUT-EN-UN  
DROIT

Apprendre  
Approfondir  
Appliquer  
Réviser

2<sup>e</sup>  
édition

# HISTOIRE DU DROIT

---

Valérie Ménès-Redorat





# Droit et religion

## Mes essentiels

- Antiquité :
  - En Orient: en 1750 av. J.-C., le code Hammourabi est la rédaction des coutumes des peuples conquis. C'est un droit révélé, intangible mais séculier. Dans le Décalogue et le Pentateuque hébraïque, le droit donné par Dieu est mêlé de règles de culte et de morale.
  - En Occident: en Grèce, la dualité de l'ordre juridique distingue le droit naturel, formé des grands principes émanant des Dieux, et la loi, ou droit positif, créée et modifiée par les citoyens. Les réflexions des historiens et philosophes grecs sur la politique et le droit donnent naissance à la science politique. À Rome, la loi des XII Tables (450 av. J.-C.) est le premier grand texte juridique. La République connaît une grande variété de sources du droit (lois, coutumes, doctrine). Sous l'Empire, l'empereur devient la source exclusive de droit avec les constitutions impériales puis avec les compilations. Il faut noter l'importance de l'*autoritas* (volontés divines) dans la production normative.
- Moyen Âge (ve-xve siècles): la royauté germanique et le pouvoir sont attachés au religieux (charisme mérovingien, sacre des Carolingiens à partir de 751, couronnement impérial de Charlemagne en 800). La justice est marquée par la religion (ordalies et pénitentiels, Inquisition). Le droit est garanti par le serment sous la féodalité et le droit canonique s'applique dans la société médiévale.
- Ancien Régime (1492-1789): le déclin du droit canonique (1516 et 1539) et l'essor de l'humanisme juridique et du jusnaturalisme, repoussent la religion hors du droit avec la rationalisation et la sécularisation des règles (lois fondamentales 1316-1328, 1420, 1566, 1593).
- Période révolutionnaire et xixe siècle: la laïcisation du droit se poursuit dans la DDHC du 26 août 1789 et le Code civil de Napoléon en 1804. La séparation de l'Église et de l'État avec la loi de 1905 finit ce processus.
- Enjeux actuels: dans quelle mesure le droit intervient-il dans le religieux?

## L'essentiel au sujet de l'autonomie entre droit et religion

Toujours recherchée mais jamais atteinte! Cette séparation entre droit et religion est à dimension variable selon les époques mais jamais absolue. Au contraire même, la relation entre les deux matières envahit tous les champs du droit, privé et public. Les enjeux contemporains et internationaux, guerre, asile, terrorisme, médecine... soulèvent des débats nombreux sur la laïcité du droit et semblent se multiplier, comme en atteste la création d'un observatoire de la laïcité en 2007.

Selon l'expression de Jean Gaudemet le « *droit est venu des cieux* ». L'Antiquité est effectivement marquée par la relation étroite entre le droit et le religieux malgré une volonté d'autonomisation du droit (I). Au Moyen Âge, la confusion entre le droit et la religion se manifeste à divers degrés dans la société (II). Sous l'Ancien Régime, les conflits politiques entre la papauté et la royauté modifient la relation entre le droit et la religion, tendant à la limiter (III). La période révolutionnaire, quant à elle, est caractérisée par son anticléricalisme et sa volonté de laïciser le droit qui atteindront leur apogée sous la III<sup>e</sup> République et verront leur concrétisation dans la loi du 9 décembre 1905 de séparation de l'Église et de l'État (IV). Néanmoins, l'autonomie du droit est toujours en question, l'application de la loi de 1905 montre les contraintes et les limites de la laïcisation du droit et oblige à s'interroger sur sa réalité dans le droit positif (V).

## I « Le droit venu des cieux » dans l'Antiquité

Les origines du droit peuvent être situées, d'une part, dans l'héritage oriental de la Mésopotamie, en partie transmis par les Hébreux dans la culture juridique occidentale (A), d'autre part dans le legs gréco-romain qui a durablement marqué le droit de son empreinte et ouvert la réflexion sur l'autonomie du droit (B).

### A Droits et Dieux en Orient

Les droits mésopotamiens et hébraïques présentent de nombreuses caractéristiques communes dans le fond comme dans la forme. En effet, les douze tribus hébraïques nomades ont traversé la Mésopotamie avant d'être réduites en esclavage en Égypte. Cet héritage s'est ensuite partiellement transmis au travers de la religion chrétienne et constitue, de manière indirecte, une des racines de la culture juridique en Occident. Dans ces deux civilisations, le droit est réputé venir de Dieu. Le droit est révélé en Mésopotamie (1), donné par Yahvé aux Hébreux (2), ce qui caractérise un lien très étroit entre droit et religion.

#### 1 Le droit révélé en Mésopotamie

Un million de tablettes d'argile en cunéiforme ont été découvertes en Mésopotamie parmi lesquelles des fragments de « codes », contenant des règles juridiques. Parmi eux, les « codes » d'Urukagina (vers 2400 av. J.-C.), d'Ur-Nammu (vers 2100 av. J.-C.) et de Lipit Ishtar (vers 1934 av. J.-C.). Un seul a été retrouvé entier, il s'agit du code Hammourabi (vers 1750 av. J.-C.), visible au Louvre. Gravé sur de la pierre, en basalte noir, de forme pyramidale, il contient, à son sommet, une image du Dieu Shamash à la trompe d'éléphant tendant un stylet au roi Hammourabi pour écrire ce code, dessous un préambule, puis 282 articles.

Hammourabi, sixième roi de la dynastie amorite est le fondateur du premier empire de Babylone. Il régna quarante-trois ans, à partir de 1730 av. J.-C., et, par ses conquêtes, il domine les pays d'Akkad, de Sumer, de Mari et d'Assyrie. Pour unifier son empire, il rédige un grand code comprenant les coutumes des divers peuples soumis, les plaçant sous l'égide de leurs dieux respectifs. Cette œuvre lui est dictée par le Dieu du soleil et de la justice Shamash : « *Hammourabi, roi du droit, c'est moi auquel Shamash a fait présent des lois [...] Sur l'injonction de Shamash, le grand juge des cieux et de la terre, puisse mon droit se manifester dans le pays à l'ordonnance de Marduk, mon seigneur* ». Ainsi droit et religion sont intimement liés

dans ce code, qualifié de droit révélé par Dieu. Les règles écrites sont réputées être dictées par Shamash, qui seul pourra les modifier, elles sont donc intangibles et inviolables. Le code fut en effet appliqué près de mil ans. De plus, dans le préambule, une série de malédictions pèse sur quiconque violerait ou modifierait les règles. *« Que dans la suite des jours, tout roi qui paraîtra dans le pays observe les décrets du droit que j'ai écrit 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 Si cet homme ne prête pas attention à mes lois, dédaigne mes malédictions [...] qu'il soit roi, seigneur ou quiconque [...] que le grand Anum [...] le prive de la splendeur de la royauté et provoque un soulèvement [et] sa perte dans sa demeure, qu'il lui fixe pour destin un règne de souffrance, peu de jours de vie, la destruction de sa ville, l'obscurité sans lumière, une mort soudaine, la dispersion de son peuple, l'effacement de son nom [...] »*. Cela renforce son intangibilité, tout comme le fait qu'il soit gravé sur de la pierre et non sur des tablettes d'argile. Le roi apparaît dans l'illustration comme l'intermédiaire, celui qui rédige sous la dictée du Dieu Shamash. Placer les règles sous l'autorité des dieux renforce leur valeur. De coutumes locales, ces règles acquièrent valeur de loi par le processus de rédaction par le roi, voire valeur suprême puisque réputées émaner des Dieux et protégées par les Dieux. La nature de ce texte juridique reste malgré tout sujette à débat : coutumes rédigées ? Loi/code émanant du roi ? Jurisprudence ? Car les 282 articles – ou « *dinum* », le mot babylonien, signifient à la fois article, loi ou sentence, cas ou verdict – évoquent tous des cas concrets et leur solution juridique. Formellement en effet, ce droit est dit « casuistique », au cas par cas, « si... tel litige, alors... telle sanction », comme dans l'article 229 : *« Si un architecte a construit pour un homme une maison mais n'a pas renforcé son travail, et la maison qu'il a construite s'est écroulée, et il a causé la mort du propriétaire de la maison, cet architecte sera tué »*. Cette caractéristique vient étayer l'hypothèse de la rédaction par Hammourabi de la « jurisprudence » en vigueur.

Pour aller plus loin, si l'on affine l'analyse, il apparaît que Hammourabi est plus que le scribe de Shamash, il semble être le seul rédacteur du texte. Dans le préambule, il affirme être *« le roi du droit »*. *« Pour faire droit à l'opprimé, j'ai écrit mes précieuses paroles sur ma stèle et je l'ai dressée devant ma statue de roi du Droit »*. C'est en vertu de ses pouvoirs et sa puissance qu'il est aussi législateur. Cette œuvre est politique, elle permet la pacification des peuples conquis par l'assurance que le nouveau roi est respectueux de leurs coutumes et de leurs Dieux. La religion associée au droit est au service du pouvoir. Néanmoins, les règles inscrites sont séculières, elles ne concernent pas le culte mais bien les relations entre les individus, tels les contrats matrimoniaux, les crimes, les erreurs médicales, le travail : Art. 128 : *« Si quelqu'un a pris épouse mais ne lui a pas établi de contrat, cette femme n'est pas épouse*. Art. 196 : *Si un homme a crevé l'œil d'un homme, on crèvera son œil*. Art. 197 : *S'il a brisé l'os d'un homme, on brisera son os*. Art. 215 : *Si un médecin a opéré un homme d'une grave blessure avec une lancette de bronze et a sauvé l'œil de l'homme, il recevra 10 sicles d'argent*. Art. 220 : *S'il a ouvert avec une lancette de bronze sa tempe et a crevé son œil, il paiera en argent la moitié de son prix*. Art. 229 : *Si un architecte a construit pour un homme une maison mais n'a pas renforcé son travail, et la maison qu'il a construite s'est écroulée, et il a causé la mort du propriétaire de la maison, cet architecte sera tué*. Art. 230 : *S'il a causé la mort du fils du propriétaire de la maison, on tuera le fils de cet architecte »*.

À tout principe son exception : l'article 2 concerne la condamnation de la sorcellerie : *« Si un homme a chargé un autre homme de sorcellerie mais ne lui a pas prouvé, celui qui est chargé de sorcellerie ira au Fleuve, dans le Fleuve il plongera ; si le Fleuve le saisit, son accusateur prendra sa maison ; si le Fleuve purifie cet homme et il sort ainsi sauf, celui qui l'avait chargé*

*de sorcellerie sera tué; celui qui a plongé dans le Fleuve prendra la maison de son accusateur*». Cet article révèle aussi que la religion apparaît encore dans le système judiciaire, par l'usage de l'ordalie comme preuve en justice. L'ordalie est une preuve dite « irrationnelle ». On y recourt quand la preuve rationnelle, écrit et/ou témoignage, manque. L'ordalie est une épreuve ou manifestation divine par laquelle on saura si l'accusé est coupable comme indiqué dans l'article 2 précité : « *si le Fleuve le saisit... si le Fleuve le purifie* ». L'association du droit et de la religion est plus marquée encore dans le droit hébraïque.

## 2 Le droit donné aux Hébreux

Le droit hébraïque est contenu dans la *Torah* ou *Pentateuque*, qui comprend les cinq premiers livres de l'Ancien Testament, la Genèse, l'Exode, le Lévitique, les Nombres et le Deutéronome. Il convient de préciser que ces textes, écrits vers le VI<sup>e</sup> ou V<sup>e</sup> av. J.-C., relatent l'histoire des Hébreux depuis les origines et mêlent règles de culte et règles juridiques. Il faut veiller à ne pas confondre les règles culturelles ou spirituelles (rapports entre les individus et Dieu) et les règles temporelles (rapports des hommes entre eux).

Le document le plus connu et le plus révélateur des caractéristiques du droit hébraïque est le Décalogue, donné par Yahvé à Moïse sur le mont Sinaï vers le XIII<sup>e</sup> av. J.-C. D'où le qualificatif de « droit donné » pour le droit hébraïque. Il s'avère que Dieu se manifeste auprès des prophètes, ou nabi, comme Moïse ou Samuel et leur donne le droit. Cela est précisé à de très nombreuses reprises, pour exemple, dans le Deutéronome, (V, 22) Yahvé « *écrivit ses prescriptions sur deux tables de pierre qu'il donna à Moïse* », dans l'Exode, (XX, 1-2) « *Dieu prononça toutes ces paroles disant...* ». À la charge ensuite des prophètes de transmettre ces règles aux Hébreux.

Exode, xx, 1-21, Décalogue : « Dieu prononça toutes ces paroles, disant : Moi Yahweh, je suis ton dieu, qui t'ai fait sortir du pays d'Égypte, de la maison de servitude. Tu n'auras pas d'autres dieux en dehors de moi. Tu ne te feras pas d'image taillée, ni aucune figure de ce qui est en haut dans le ciel, ni de ce qui est en bas sur terre, ni de ce qui est dans les eaux sous la terre. Tu ne te prosterner pas devant elles et tu ne les serviras pas car je suis [...] un Dieu jaloux qui punit l'iniquité des pères sur les enfants, sur la troisième et la quatrième génération pour ceux qui me haïssent, mais faisant miséricorde jusqu'à mille générations à ceux qui m'aiment et gardent mes commandements. Tu ne prendras pas en vain le nom de Yahweh. Souviens-toi du jour du Sabbat pour le sanctifier [...]. Honore ton père et ta mère [...]. Tu ne tueras point. Tu ne commettras point d'adultère. Tu ne voleras pas. Tu ne déposeras pas comme témoin 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, ni rien de ce qui appartient à ton prochain. »

Ces premières règles, à valeur générale, juridiques (tu ne voleras pas), morales (tu ne convoiteras pas) et culturelles (tu n'auras pas d'autres dieux en dehors de moi) visent à donner un cadre aux Hébreux alors qu'ils sont conduits par Moïse à travers le désert vers la terre promise. Perdus, ils croient que Dieu les a abandonnés et commettent crimes et péchés. Yahvé entend la souffrance de son peuple et appelle Moïse pour leur transmettre les premières règles essentielles pour bien vivre ensemble.

À la suite de ce texte qui initie l'alliance entre Dieu et son peuple, le code de l'Alliance (dans le livre de l'Exode) régit le statut des esclaves, l'homicide, les responsabilités diverses,

les droits de propriétés, et autres règles morales et cultuelles (la séduction, la bonté envers les faibles, la sainteté, la justice, la charité)... Les prescriptions juridiques sont ensuite parsemées dans les divers livres et concernent le statut de la femme, le travail, les coups et blessures, le contrôle des professions sacerdotales et judiciaires, la vie collective et les droits des personnes privées. Ces normes énoncées par Dieu, après le Décalogue, sont réputées avoir été promulguées probablement par Josué lors de l'installation en Canaan. Elles sont données dans des moments particuliers : éviter l'anarchie dans le désert et permettre la cohabitation en paix une fois les hommes sédentarisés.

Ainsi, comme pour les Mésopotamiens, les règles révélées, données par Dieu viennent pacifier la société. À l'identique, ce droit est intangible et ne peut être modifié que par Dieu comme cela est déjà précisé dans le Décalogue : « *Je suis un Dieu jaloux qui punit l'iniquité des pères sur les enfants, sur la troisième et quatrième génération pour ceux qui me haïssent, mais faisant miséricorde sur mille générations à ceux qui m'aiment et me gardent mes commandements* ». Dans les deux civilisations, il s'agit de règles d'origine coutumière qui sont officiellement déclarées par un Dieu. Comme les Mésopotamiens, les Hébreux pratiquent l'ordalie, dans le cas particulier de l'adultère (Deutéronome, XIX, 15-16 : « *Un seul témoin ne sera pas admis contre un homme pour constater un crime ou un péché, quel que soit le péché commis. C'est sur la parole de 2 ou 3 témoins que la chose sera établie* ») pour lequel les preuves rationnelles, par témoignage principalement, sont plus difficiles à trouver. C'est l'ordalie des eaux amères, un mélange d'eau bénite, de poussière de temple et de parchemin réduit en poussière qui sera bu par la femme accusée d'adultère. Si elle tombe malade, « *son ventre enflera et son sein dépérira* », ce sera la preuve de sa culpabilité donnée par Dieu.

À la différence des Mésopotamiens, les règles hébraïques sont séculières et religieuses à la fois. Le droit hébraïque punit aussi bien les péchés « *Un seul témoin ne sera pas admis contre un homme pour constater un crime ou un péché, quelque soit le péché commis* » (Deutéronome, XIX, 15-16) ou le non-respect du culte, que les homicides et les vols. Culte et droit sont entremêlés, imbriqués. Il faut rester toutefois vigilant et ne pas confondre droit révélé par Dieu (forme) qui peut être séculier et/ou religieux dans son contenu et règles cultuelles (fond) qui régissent le dogme et la pratique du culte. Pour les Hébreux, précisément, les règles cultuelles sont dans le code sacerdotal et non dans le code de l'alliance. Néanmoins, il y a des règles de culte dans le Lévitique (rituel des sacrifices, institution des prêtres, interdiction de mariage pour parenté), comme dans le Décalogue.

Ces droits orientaux ont été appliqués un millénaire, preuve de leur intangibilité. Leur longévité est également due à un principe selon lequel seul le législateur peut modifier la loi qu'il a énoncée. Or, quand il s'agit de Dieu, seul Dieu peut modifier la règle. Le juge est lié par la loi, il ne peut la modifier, ni l'interpréter. Cela pose le problème de la sclérose du droit, ainsi figé par l'énoncé divin, alors que la société ne cesse d'évoluer. En cas de vide juridique, les Mésopotamiens recouraient à la coutume et les Hébreux à l'esprit du texte, c'est-à-dire à l'idée générale qui a présidé à l'édiction du texte. Cette précision permet de distinguer la lettre (les mots précis du texte) de l'esprit d'un texte (l'idée générale). Leur limite est justement leur nature révélée et intangible mais également leur forme casuistique : à défaut d'abstraction, le cas particulier ne permet pas d'englober toutes les situations litigieuses possibles. De plus, il n'y a pas de réflexion sur le droit, ni de hiérarchie, de classification ou de typologie des règles. Leur nature même est tout à la fois coutumière et « législative », leur contenu séculier et/ou religieux. Le droit n'est pas autonome en ce sens.

C'est dans l'antiquité gréco-romaine que commence à se poser la question de l'autonomie du droit et de son détachement du religieux.

## **B Le legs gréco-romain et les prémices de l'autonomisation du droit**

Dans l'antiquité grecque, la période athénienne est révélatrice des évolutions du droit, l'engageant dans les prémices de l'autonomisation (1) qui trouvera une certaine forme d'aboutissement pendant le millénaire romain (2).

### **1 Le droit inspiré par les Dieux grecs**

La démocratie athénienne se caractérise par la participation des citoyens (à l'exclusion des femmes, enfants, étrangers et esclaves) à l'élaboration de la norme. La participation politique aux pouvoirs est en effet un droit politique des citoyens, qui possèdent également les droits civiques. Les premiers citoyens à faire la loi, *nomos*, sont les tyrans (peut-être mythiques) Dracon et Solon, respectivement en 621 av. J.-C. et 594-591 av. J.-C. Nommé par les Athéniens pour réformer la cité, Dracon élabore une loi pénale pour fixer des règles égalitaires et en donner la connaissance et l'accès à tous. Composée de peines extrêmement dures, souvent la peine de mort, cette loi laisse son nom à l'adjectif « draconien » qui qualifie à l'avenir les textes juridiques particulièrement sévères. Par cet acte, il vise à la fois à briser le pouvoir des nobles qui avaient la connaissance, l'interprétation et la sanction exclusive du droit et aussi à mettre fin à la vengeance privée. L'archonte Solon, ensuite, en vertu de l'idéal d'*eunomia* (ordre et mesure), impose des lois permettant la participation de chacun en fonction de ses capacités, au gouvernement de la cité. Ainsi il crée un tribunal, l'Héliée, composée de citoyens tirés au sort et ouvre l'assemblée à toutes les classes sociales de citoyens. D'autres lois réforment le système successoral, le commerce et l'artisanat, la monnaie et le régime foncier pour établir l'égalité. Après eux, en 507 av. J.-C., Clisthène prend le pouvoir et met fin à la tyrannie. Il crée une « révolution isonomique » (isonomie signifie égalité géométrique et universelle) par des lois qui permettent une meilleure représentation politique : tirage au sort des archontes (dirigeants de la cité) et soumission de l'aréopage (conseil des anciens, composé des anciens archontes) et de la boulê (conseil de 500 citoyens préparant les lois soumises au vote) à l'*ecclesia* (assemblée démocratique de tous les citoyens qui votent les lois). Pour éviter le retour à la tyrannie, il invente la procédure d'ostracisme qui permet à l'*ecclesia* de condamner à l'exil (pour dix ans) un citoyen qui mettrait en danger la cité. Ces transformations politiques de la cité révèlent que ce sont désormais les hommes, tyrans ou citoyens qui font les lois, elles ne sont plus énoncées ou dictées par les Dieux.

Néanmoins, Sophocle (v. 496-406 av. J.-C.), dans son œuvre *Antigone*, fait référence à des normes supérieures, *agraphoi nomoi*. Elles sont évoquées par Antigone qui justifie l'enterrement de son frère, interdit par son oncle Créon, le roi de Thèbes, en disant avoir obéi à des « lois non écrites, qui ne sont ni d'aujourd'hui, ni d'hier ». « Créon : Ainsi tu as osé passer outre ma loi ? Antigone : « Oui car ce n'est pas Zeus qui l'avait proclamée ! Ce n'est pas la Justice, assise aux côtés des dieux infernaux ; non, ce ne sont pas là les lois qu'ils ont jamais fixées aux hommes, et je ne pensais pas que tes défenses à toi fussent assez puissantes pour permettre à un mortel de passer outre à d'autres lois, aux lois non écrites, inébranlables, des dieux ! Elles ne datent, celles-là, ni d'aujourd'hui ni d'hier, et nul ne sait le jour où elles ont paru. Ces lois-là, pouvais-je donc, par crainte de qui que ce fût, m'exposer à leur vengeance chez les dieux ? Que je dusse mourir, ne le



*savais-je pas ? Et cela, quand bien même tu n'aurais rien défendu* ». Créon condamne Antigone à être enterrée vivante mais lorsqu'il revient sur sa sentence, elle s'est pendue.

Sophocle prouve que, pour les Grecs, il existe d'autres règles, non écrites, intemporelles, permanentes et supérieures aux lois des hommes qui émanent des Dieux, de Zeus, de Thémis, sa femme, la déesse de la Justice, et de leur fille Diké, déesse du droit. Ces dieux et déesses ne donnent pas le droit, mais l'inspirent aux hommes. Au VIII<sup>e</sup> siècle av. J.-C., l'historien Homère, dans ses œuvres *l'Illiade* et *l'Odyssée* mentionne déjà Thémis qui inspire les thémistés, décisions des anciens monarques, et Diké, qui inspire les dikai qui sont les sentences des chefs, jugements qui créent du droit. Hésiode, poète grec du même siècle, dans sa *Théogonie* (histoire et généalogie des Dieux), évoque ces divinités et les grands principes ou règles morales et générales pour le maintien de l'ordre entre les hommes qu'elles énoncent. Socrate (469-399 av. J.-C.), Platon (v. 428-348 av. J.-C.) et Aristote (384-322 av. J.-C.) ont théorisé cette division juridique entre les grands principes émanant des Dieux, qu'ils nomment droit naturel, et les lois laïques des hommes, *nomoi*, qui doivent s'en inspirer et les respecter, qu'ils nomment le droit positif.

Ainsi apparaît chez les philosophes l'idée d'une dualité de l'ordre juridique. Le droit n'est pas détaché du religieux, mais – à la différence du droit oriental – n'est pas révélé ni donné par les Dieux mais inspiré par eux. La conséquence de cette dualité de l'ordre juridique est que le droit fait par les hommes est modifiable, contrairement aux principes émanant des Dieux intangibles, immuables, éternels. Ainsi les Grecs pouvaient proposer des nouvelles lois à l'*ecclesia*, modifier des lois existantes par des décrets (*pséphisma*), mettre en cause une nouvelle loi ou un décret contraire au droit existant par une action en illégalité (*graphé paranomon*), réviser les lois existantes lors de la première réunion annuelle de l'*ecclesia*. Les lois grecques visent à maintenir l'ordre (*eunomia*) et l'égalité (*isonomie*) dans la cité, de ce fait, tous les citoyens – membres de la cité – doivent participer à leur création (à l'*ecclesia*) et les respecter, voire en dénoncer et en juger (à l'héliée) les violations. La loi doit être conforme à la nature (au droit naturel), mais ne doit pas être appliquée aveuglément, elle doit conduire les hommes. De telles analyses sont formulées par les penseurs grecs, les historiens, les poètes et les philosophes qui peuvent réfléchir à la loi parce que justement elle n'est pas donnée par les Dieux. Elle est alors susceptible d'être critiquée, modifiée et améliorée pour le bien des citoyens, de l'ordre public, de la cité. Mais, pour les sophistes, tel Protagoras (490-420), la loi est un instrument au profit des gouvernants, une illusion, l'expression de l'intérêt du plus fort, comme l'écrit Calliclès : « *La loi est faite par les faibles et par le plus grand nombre dans leur intérêt, pour empêcher les plus forts de l'emporter* ». Elle est en rupture avec la nature puisqu'humaine et ne peut donc pas être juste.

Cette effervescence intellectuelle autour de la loi a donné naissance à la science politique, entendue comme la science de la *polis* (la cité), dans laquelle la loi est examinée dans son rapport avec l'existence et l'organisation institutionnelle et humaine de la cité. L'homme est en effet « un animal politique » (Aristote). C'est une science parce que les philosophes recourent à des méthodes d'analyses spécifiques, l'observation et la comparaison des lois écrites entre elles (Aristote), l'observation et le respect de la nature (Socrate, Aristote), l'intelligence et la raison (Platon), la logique (Aristote), la rhétorique et le relativisme, l'examen du contexte (Sophistes). Le progressif détachement du religieux permet donc l'émergence d'un droit laïc (qui régit les rapports entre les hommes), critiquable, perfectible et modifiable par les hommes, ce qui n'est pas possible quand le droit vient de Dieu.

Ce processus d'autonomisation du droit et de réflexion sur les règles trouve une autre forme chez les Romains, qui officiellement détachent le *jus* (droit) du *fas* (religieux) et créent la science juridique.

## 2 L'autonomie juridique élaborée par les Romains

Sous la monarchie romaine (753-509), les pontifes (chefs religieux) sont les dépositaires exclusifs de la justice et de la connaissance du *mos majorum* (coutumes des ancêtres qui traduisent les volontés divines) ainsi que du calendrier des jours *fas* et *nefas* permettant de déterminer les jours favorables aux actions juridiques et judiciaires selon les volontés divines. Lors de la déposition du dernier roi étrusque, Tarquin le Superbe, par les patriciens romains, en 509 av. J.-C., ces derniers forment un régime aristocratique. Dès 494 av. J.-C., les plébéiens, citoyens plus modestes que les patriciens issus des grandes familles, demandent une participation politique. Ils l'obtiennent par la création d'un tribun de la plèbe, magistrat chargé de les représenter, et un concile de la plèbe, une assemblée représentative de plébéiens. Le régime devient une République.

En 451 av. J.-C., les plébéiens revendiquent la connaissance du droit, qu'ils obtiennent par la rédaction de la loi des XII tables. Cette rédaction marque le début de l'autonomisation du droit, car les pontifes portent ainsi à la connaissance de tous, les coutumes ancestrales, désormais écrites et exposées sur le forum. Au III<sup>e</sup> siècle av. J.-C., les pontifes font un pas de plus en distinguant le *fas*, ou *jus sacrum* du *jus* ou *jus civile*, droit des citoyens. Le *fas*, composé des règles fixant les rapports entre les individus et les dieux, restent de leur ressort, il revient aux pontifes de maintenir l'ordre transcendantal. Le *jus*, qui régit les rapports entre les personnes, est laissé à la connaissance de tous. La *lex* (choisir), la loi, qui est l'expression du *jus*, est créée par les citoyens. Elle devient une action humaine détachée du religieux. Il appartient aux hommes de maintenir la paix entre eux par le *jus* et la *lex*. Toutefois, sous la République, les lois, proposées par un magistrat, débattues et votées par les citoyens, doivent recevoir l'*auctoritas* du sénat, c'est-à-dire que le sénat consulte les augures ou volontés des Dieux (le pouvoir d'*auctoritas* appartient aux *patres*, anciens magistrats qui composent le sénat). Si les Dieux sont favorables, la loi reçoit sa sanction ou validation, sinon elle n'est pas promulguée et n'entre pas en vigueur. L'autonomie de la loi vis-à-vis de la religion est donc ici à nuancer. Par ailleurs, en 304 av. J.-C., un scribe, Flavius, publie le calendrier des jours *fas* et *nefas*, permettant à tout citoyen d'en avoir la connaissance, jusque-là détenue secrètement par les pontifes. Puis, un pontife plébéien, Coruncanus, rend publiques ses consultations juridiques, en 254 av. J.-C. En ouvrant sa porte, il permet à tout citoyen intéressé d'écouter les solutions juridiques qu'il énonce. Cet élément s'ajoute au processus d'autonomisation et permet la formation progressive des citoyens romains à la connaissance du droit. Les meilleurs, les spécialistes en droit, deviennent jurisconsultes (consultants en droit) ou jurisprudents (sages en droit), pour conseiller, écrire les actes juridiques et assister en justice (*respondere, cavere, agere*). Ils peuvent alors aussi briguer les charges politiques sous la République: on parle du *cursus honorum*, le parcours des honneurs.

Sous l'Empire, l'*auctoritas* passe aux mains de l'empereur qui la reçoit du sénat en 27 av. J.-C. C'est désormais l'empereur qui, lorsqu'il édicte une constitution impériale, une loi, consulte directement les volontés des Dieux. Lors de la conversion de l'empereur Constantin au christianisme en 312 ap. J.-C. et lorsque le christianisme devient religion d'État par l'édit de Thessalonique en 380, l'empereur place le droit sous l'autorité de Dieu. Par exemple, la

constitution *imperiatorem majestatem*, pour la publication du Digeste en 533, rend grâce à l'aide de Dieu.

Le *jus* n'est toujours pas complètement autonome, mais il est bien laïc et crée par les hommes (les citoyens ou l'empereur) et porté à leur connaissance par l'affichage au forum. Détaché du divin, il n'est plus intangible, n'est plus assorti de malédictions, en conséquence il peut être modifié, interprété lors des consultations, voire critiqué pour l'améliorer. Ainsi, le travail et la réflexion des jurisconsultes font naître la science juridique. Pour acquérir cette compétence et le titre de jurisconsulte, sous la République, des patrons privés reçoivent gratuitement leurs élèves chez eux pour dispenser un enseignement officieux. Sous le Bas-Empire, pour mieux maîtriser la formation des juristes mais aussi des futurs administrateurs, un enseignement officiel de quatre ans est dispensé dans les trois grandes écoles de Beyrouth, Constantinople et Rome par des professeurs officiels, rémunérés par un traitement de l'État. Cela n'empêche pas la survivance des patrons privés jusqu'à la fin de l'empire.

Les juristes romains, qui exercent gratuitement et bénévolement leurs fonctions sous la République, voient leur statut changer sous l'Empire. À partir d'Octave Auguste, ils peuvent obtenir un brevet qui leur donne le privilège de dire le droit officiellement (*jus publice respondendi*). Les consultations bénéficiant de cette mention créent du droit pour les parties mais servent aussi de référence pour d'autres juristes ou citoyens, formant ce que les romains appellent jurisprudence. Dès Hadrien (II<sup>e</sup> siècle ap. J.-C.), ces consultations « *ex auctoritate principis* » ont une valeur normative. Leur masse oblige la rédaction de compilations comme celles du jurisconsulte Paul au III<sup>e</sup> siècle ap. J.-C. Désormais écrit et abondant, le droit civil romain formé des coutumes, lois, constitutions impériales, jurisprudence, droit prétorien, *senatus consulte*, fait l'objet d'analyses pragmatiques pour son utilisation optimale. Pour ce faire, les juristes romains se donnent des outils et des méthodes d'analyse, ainsi est née la science du droit. Le premier traité de droit civil, avec classifications, est celui de Mucius Scaevola au I<sup>er</sup> av. J.-C. Les lexiques de termes juridiques, comme celui d'Aelius Gallus au II<sup>e</sup> siècle ap. J.-C., les manuels d'enseignement comme les *Institutes* de Gaius vers 160 ap. J.-C., les recueils de consultation ou de cas pratiques (Paul, Papinien, Ulpien), ou encore les compilations de Justinien (compilations de constitutions impériales dans le *Codex* en 529 ou de jurisprudence dans le *Digeste* en 533), sont autant d'outils de travail. Quant aux méthodes, elles se veulent rationnelles. La méthode de l'exégèse consiste en une explication littérale et linéaire du texte afin d'en saisir le sens ; la méthode des *regulae* permet de proposer des notions générales et abstraites en partant d'un exposé basé sur des classifications par genre, espèces. La solution à un problème juridique doit passer par l'argumentation objective par syllogismes, par comparaison des textes applicables (Cicéron), ou *a contrario* (un texte qui affirme une chose nie en principe son contraire). Il en résulte l'établissement d'une typologie et d'une classification des règles de droit entre droit naturel (propre à tous les hommes), droit des gens (droit commercial pour les relations entre citoyens et pérégrins – étrangers non citoyens, habitant les provinces conquises), droit civil (droit des citoyens). Il en résulte aussi la fameuse *summa divisio* d'Ulpien (III<sup>e</sup> ap. J.-C.) entre droit public et droit privé : « *Le droit public est de qui regarde l'état de la chose romaine, le droit privé est ce qui regarde l'utilité des particuliers* ». Les Romains développent le droit fiscal, le droit administratif, le droit militaire, et, en droit privé, diverses réglementations sur les biens hors et dans le commerce, les choses corporelles et incorporelles, la distinction entre les personnes, les choses et les actions... La science juridique romaine, comme la science politique grecque est le résultat de l'autonomisation du droit. Détaché du religieux, le droit peut être critiqué et

modifié sans encourir de sanctions divines. Toutefois, il convient de nuancer : l'existence du droit naturel grec ou des augures romains prouvent la présence permanente des Dieux dans les lois.

La chute de l'empire romain d'Occident est souvent entendue comme la disparition de la civilisation romaine et avec elle, la disparition du droit romain. Néanmoins, cette position est à réviser car, d'une part, les éléments de civilisation romaine ont été absorbés par les barbares envahisseurs (implantés depuis un voire deux siècles déjà comme peuples fédérés dans l'Empire) et parce que, d'autre part, les anciens habitants de l'Empire conservent l'usage du droit romain après 476 dans les royaumes germaniques. Pour autant, la question de l'autonomie du droit est à nouveau posée car pendant le Moyen Âge, cette autonomie connaît un net recul, si ce n'est, par certains aspects, une disparition.

## II Droit et religion au Moyen Âge : le recul de l'autonomie

Sous les dynasties Mérovingienne (481-751) et Carolingienne (751-987), les droits appliqués sont le droit romain, le droit germanique et le droit canonique. Les deux premiers tendent à s'interpénétrer alors que le troisième, à destination du clergé, s'immisce de plus en plus dans le monde laïc. Ce processus brouille progressivement l'autonomie du droit vis-à-vis de la religion (A). De plus, la justice se teinte de religieux au travers du serment, des pénitentiels et des ordalies (B). Enfin, le pouvoir politique, régi par des règles qui président à l'accès au trône et à l'exercice du pouvoir, est caractérisé au Moyen Âge par l'alliance entre le Trône et l'Autel. Cette alliance a pour conséquence l'immixtion de la religion dans ce « droit royal » (C).

### A Interpénétration du droit canonique et du droit laïc

Le droit privé des gallo-romains et des barbares est connu par la rédaction de grandes lois dites « personnelles » entre le <sup>v</sup>e et le <sup>vi</sup>e siècle, quasiment exclusivement laïques (1). Le développement du droit canonique dans ces premiers siècles des monarchies barbares répond aux besoins du clergé (2) et progressivement à certains besoins de la société civile, réduisant ainsi l'autonomie du droit (3).

#### 1 L'autonomie du droit romano-germanique

À la chute de l'empire romain d'Occident en 476 ap. J.-C., les clans barbares (Francs, Wisigoths, Burgondes et Alamans) s'installent en Gaule et dirigent des petits royaumes composés d'ex gallo-romains. Ces derniers sont les Gaulois soumis par Jules César lors de la conquête des Gaules (de 58 à 51 av. J.-C.) et intégrés à la République puis à l'Empire. Lors de toute conquête, Rome laisse aux peuples conquis l'usage de leurs coutumes ancestrales avec pour obligation d'être administrés par des romains et de payer le tribut (impôt) à Rome. Progressivement romanisés, les Gaulois utilisent le latin, peuvent devenir membres du sénat et bénéficient, après l'édit de Caracalla de 212, de la citoyenneté romaine. De ce fait, ils peuvent utiliser le droit civil romain et leurs coutumes gauloises. Avec les siècles, un enchevêtrement des deux régimes juridiques se produit, donnant naissance au « droit vulgaire ». L'installation des Barbares après 476 entérine ces pratiques juridiques car, à leur tour, les chefs de clans germaniques qui soumettent les Gallo-Romains, leur laissent l'usage de leurs « coutumes ancestrales », c'est-à-dire le droit

vulgaire, tout en appliquant eux-mêmes leurs coutumes ancestrales et orales. Droit écrit romain et droit barbare oral cohabitent donc dans la Gaule germanique. Les rois barbares, en contact avec le droit écrit décident de faire rédiger à leur tour leurs coutumes. Ce mouvement donne naissance au *Code d'Euric* en 476 pour les Wisigoths, à la *Loi Gombette* pour les Burgondes en 502 et à la *Loi salique* des Francs (rédigée probablement avant 496, connue par sa seconde version entre 510 et 511). Celle-ci, du fait de la conquête par Clovis et ses fils du territoire gaulois, se propage dans tout le royaume et, en 802, Charlemagne édicte une *Lex salica emendata* (loi salique corrigée), preuve de la généralisation de son application. Pour les Gallo-Romains, les rois barbares décident également de faire écrire leur « droit vulgaire » : le *Bréviaire d'Alaric*, est rédigé en 506 à la demande du roi Alaric II. Il contient un abrégé des règles romaines en usage, principalement issues de la jurisprudence romaine tirée des consultations et enseignements de Paul du III<sup>e</sup> siècle ap. J.-C., et des constitutions impériales contenues dans le Code Théodosien (compilation de Constitutions impériales sous l'Empire Romain) de 438. Lorsque les Francs conquièrent les Wisigoths, en 507, Clovis décide d'utiliser le Bréviaire d'Alaric pour ses propres Gallo-Romains, car ils appliquent les mêmes règles et cela le dispense d'avoir à faire rédiger une loi romaine pour ses populations. Les Burgondes possédaient également une loi romaine, supplantée par le Bréviaire d'Alaric lors de la conquête en 534 par les fils de Clovis. Le Bréviaire d'Alaric est ainsi appliqué sur toute la Gaule pour les Gallo-Romains. Ces diverses lois, propres aux peuples (loi salique pour les Francs, loi gombette pour les Burgondes, bréviaire d'Alaric pour les Gallo-Romains...) nécessitent la mise en place d'un système spécifique pour leur application et leur usage en justice : il s'agit du système de personnalité des lois. Chaque peuple utilise sa loi. En cas de relations juridiques entre deux personnes ou groupes de personnes ayant des lois différentes, l'usage veut que la femme prenne la loi de son mari, les enfants la loi de leur père, en justice la loi du défendeur est choisie... Autour de l'an mil, la fusion des populations est avérée, ce système décline et les deux textes de références pour le droit applicable sont le bréviaire d'Alaric et la loi salique. Dans ces documents, le droit est laïc. Ces lois, barbares comme romaines, contiennent nombre d'articles concernant le règlement des litiges (« droit pénal »), d'autres sur les contrats, les successions et les relations matrimoniales. Ce droit peut être qualifié d'autonome vis-à-vis du religieux. Et, en effet, le monde religieux est régi par ses propres règles, le droit canonique, ce qui marque une réelle séparation juridique entre les sphères laïques et religieuses. Mais une certaine porosité grandissante se constate au fil des siècles au sein de ces deux grands ensembles.

## 2 Le droit canonique pour les clercs

Le droit canonique se développe depuis la fin de l'Empire romain, au bénéfice de l'édit de Thessalonique de 380 ap. J.-C. qui fait du christianisme la religion d'État. Des institutions pour les chrétiens peuvent désormais voir le jour officiellement. La hiérarchie du clergé est faite des prêtres, évêques, archevêques et, au sommet, l'évêque de Rome, réputé chef de l'Église chrétienne, devient le pape. Ces institutions, élues par leur communauté de chrétiens, disposent d'un pouvoir normatif ou réglementaire afin de régir les chrétiens dans leur relation avec Dieu. Le droit canonique qui en découle est donc un droit qui régit les relations spirituelles entre les individus et Dieu, il s'agit bien d'un droit religieux, de règles culturelles. Le droit canonique régit le dogme, le culte et la liturgie. Les premières règles sont énoncées dans la Bible, puis lors des conciles, réunions d'évêques à l'occasion desquelles les points de discussion sur le dogme, la liturgie... sont fixés collectivement. Un concile célèbre est celui de Nicée en 325 ap. J.-C. qui fixe la consubstantialité de l'Être (soit la réunion en une seule entité du Père, du Fils et du Saint-Esprit). Puis, à compter de 385, le pape peut édicter des décrétales, réponses à des

questions précises pour l'application des textes scripturaires (Bible) ou des canons (décisions) des conciles. Le droit canonique continue à se développer en Europe après la chute de l'Empire romain et s'applique et s'impose à tous les chrétiens dans leur exercice de la foi. Au VI<sup>e</sup> siècle, une nouvelle catégorie de textes de droit canonique apparaît, il s'agit des pénitentiels, recueils de pénitences pour sanctionner les violations des règles cultuelles (sorte de droit pénal pour les crimes religieux), comme le *Pénitentiel de Saint Colomban* en 572. Interdits par un concile de 813, ces textes continuent à être utilisés jusqu'au XI<sup>e</sup> siècle et certaines dispositions se retrouvent ensuite dans les collections canoniques. Ces dernières, compilations de canons conciles et de décrétales pontificales, voient le jour dès le XI<sup>e</sup> siècle en raison de l'abondance de textes : le *Décret de Gratien* compile tous les canons en 1140 et les *Décrétales de Grégoire IX* en 1234 tous les actes pontificaux.

Ainsi, deux sphères juridiques coexistent pendant le Bas Moyen Âge, sous les dynasties germaniques, mérovingienne et carolingienne. Une sphère romano-germanique contenant du droit laïc, généralement composé de droit privé, et une sphère religieuse contenant les règles de cultes. L'autonomie du droit peut être constatée. À la faveur de la généralisation de la christianisation, atteinte vers le VIII<sup>e</sup> siècle dans le royaume des Francs, et en raison du développement de la féodalité, la séparation entre ces deux espaces se réduit, voire disparaît.

### 3 Le droit canonique dans la société civile

La féodalité, qui débute au cours du IX<sup>e</sup> siècle et qui atteint son apogée au XII<sup>e</sup> siècle, sous la dynastie des Capétiens (987-1328), est un régime politique caractérisé par la dislocation territoriale (le royaume est divisé en multiples seigneuries ou fief à la tête desquelles se trouve un seigneur, duc ou comte ou châtelain), la vassalité (chaque homme libre doit avoir une relation personnelle et de fidélité avec le seigneur local) et l'usurpation des prérogatives régaliennes (chaque seigneur reçoit avec son fief des prérogatives régaliennes déléguées par le roi, qui en 877 deviennent héréditaires). Tout seigneur devient ainsi maître dans son fief, concédé par le roi, le duc ou le comte, avec les prérogatives régaliennes afférentes (commandement ou *banum* et protection militaire et judiciaire ou *mundium*), devenant progressivement indépendant dans son fief. Cette situation de fait plus que de droit, entraîne de nombreux conflits entre les seigneurs locaux, avides de posséder les terres de leurs voisins, cela générant une insécurité importante. L'insécurité est également juridique car chaque seigneur peut édicter dans son fief des « banalités » (issues de son pouvoir de ban ou *banum*), de manière orale. Ces règles, non écrites sont également susceptibles d'être modifiées au gré des volontés seigneuriales, rendant le droit instable et parfois arbitraire, propre à chaque seigneurie (et, par conséquent, différent d'une seigneurie à une autre). Pour garantir le droit, les individus vont prendre l'habitude, lors de contrats oraux par exemple, contrat de vassalité, contrat de mariage, contrat de vente, de solliciter des témoins pour en faire la preuve en cas de litige. De plus, les parties au contrat s'engagent désormais à le respecter en prêtant serment devant Dieu, sur des reliques ou sur la Bible. Le religieux pénètre ainsi dans le droit jusqu'alors laïc. Par voie de conséquence, en cas de rupture du contrat, il y a rupture de serment, le litige peut être porté devant les juridictions ecclésiastiques qui vont alors appliquer le droit canonique et les pénitentiels, sur des affaires laïques à l'origine.

Par ailleurs, les sacrements régissent la vie civile, le baptême pour la naissance, le mariage pour l'officialisation de la relation matrimoniale ou encore l'extrême-onction pour la mort. Les rituels du sacrement, religieux, rythment l'état civil et le réglementent (il faut attendre 1539 pour un état civil étatique concernant la déclaration des baptêmes/naissances). Ainsi, le

droit canonique détermine le statut juridique et les droits de succession des enfants légitimes ou illégitimes, les relations dans le mariage comme la fidélité et l'adultère, la gestion patrimoniale dans le mariage... Toute violation de ces règles de droit canonique matrimonial relève des juridictions ecclésiastiques. À titre d'exemple, un débat a agité la communauté des canonistes (juristes spécialisés en droit canonique), au XII<sup>e</sup> siècle, au sujet de ce qui fait débiter le mariage, à savoir le consentement ou la consommation. Les barbares pratiquant le mariage par rapt, la consommation était alors considérée comme faisant commencer le mariage. Le pape Alexandre III accepte les deux, le théologien Pierre Lombard n'accepte que le consentement, le décrétiste Huguccio tranche vers 1180, en déclarant que la consommation présuppose le consentement (théorie du mariage présumé), ce qui conduit à élaborer la théorie des vices du consentement. (Aujourd'hui, c'est le consentement devant un officier d'état civil qui vaut mariage en vertu du Code civil). Les conditions du mariage (parenté, âge...) et les relations dans le mariage (autorité sur les enfants, droits et devoirs des époux) sont également fixées par le droit canonique, notamment par le concile de Latran IV en 1215.

Un autre exemple de réglementation de l'Église dans le monde des laïcs concerne plus largement le statut des personnes. La société médiévale est, à partir du XI<sup>e</sup> siècle, considérée comme tripartite, formée de trois ordres, le clergé, la noblesse et le tiers état. Cette acception a été théorisée par l'évêque de Laon, Adalbéron, dans un poème, le *Carmen ad Rodbertum regem* : « *La maison de Dieu est triple, elle qui semble une. Ici-bas les uns prient, d'autres combattent et d'autres travaillent* ». Il fait une transposition de la consubstantialité de l'Être sur la terre (comme la cité des hommes à l'image de la *Cité de Dieu* (413-426) de Saint Augustin). Il faut bien préciser que cela ne modifie pas l'organisation sociale préexistante, il s'agit d'une autre conception de cette société. Néanmoins, cette vision de la société détermine le statut juridique des personnes. Le clergé est régi par le droit canonique, il est exempté d'impôt et possède des immunités. La noblesse combattante, qui protège l'ensemble de la population, est un ordre privilégié, elle ne paye pas l'impôt et n'a pas le droit de travailler. Le tiers état, quant à lui, doit travailler pour nourrir et vêtir l'ensemble de la population, il doit payer des taxes en argent et en nature. Le modèle religieux transposé impacte le droit des personnes. L'Église s'immisce un peu plus dans la réglementation de la noblesse à partir du X<sup>e</sup> siècle au nom de la pacification de la société. Les seigneurs appartiennent à la noblesse et sont chargés de protéger leur population. Mais la période féodale est troublée par des guerres endémiques entre les seigneurs locaux pour accroître leur puissance territoriale et financière. L'Église intervient alors pour pacifier en imposant des règles de guerre aux seigneurs. Les conciles de Charroux, en 989, et du Puy, en 1020, élaborent respectivement la paix et la trêve de Dieu. Ces dernières consistent, pour la première (paix de Dieu), à ne pas combattre les personnes qui ne portent pas d'armes, savoir les clercs et les paysans, et ne pas porter atteinte à leurs biens, pour la seconde (trêve de Dieu), à ne pas combattre lors des fêtes liturgiques, lors des jeudis saints, vendredis saints, samedis et dimanches. De plus, lors de l'adoubement des chevaliers, l'Église impose une veillée de prière, la bénédiction des armes lors de leur remise au chevalier et l'engagement de combattre au service de la foi. Au nom de cet engagement, les papes, en 1063 et 1095 appellent ainsi la noblesse à combattre pour la foi contre les hérétiques, c'est le mouvement des croisades (la *reconquista* en Espagne et les croisades Outremer pour reprendre Jérusalem). En 1123, le concile de Latran I fixe le statut juridique des croisés : c'est donc l'église qui élabore le statut des nobles, laïcs, qui partent en croisade.

Au XII<sup>e</sup> siècle, l'essor économique et urbain voit la naissance des corporations de métiers. Dans les chartes qui les régissent, les corporations sont toutes assorties d'une confrérie. Celle-ci

reçoit les cotisations des membres de la corporation, leurs dons et les amendes en cas de malfaçons... Ces sommes servent à fêter annuellement le saint patron de la corporation (saint Honoré pour les pâtisseries, saint Jacques pour les bouchers...) autour d'un grand banquet, mais surtout, au nom de la charité chrétienne, elles constituent une sorte de caisse d'assistance pour les membres de la corporation, leur venant en aide en cas de maladie, invalidité, vieillesse. Cette caisse peut financer les enterrements, l'apprentissage des orphelins, voire la construction d'hôpitaux et d'hôtel-Dieu. Accusées de devenir des foyers de séditions lors des grèves ouvrières, François 1<sup>er</sup> ordonne la suppression des confréries sans succès, en 1533 et 1539. Accusées d'empêcher le libre exercice du travail, elles sont à nouveau supprimées avec les corporations, et toujours sans succès, par Turgot en 1776. Le droit du travail dans les villes est ainsi régi par un droit marqué par le dogme chrétien qui fait de la charité - une des trois vertus théologales (Saint Paul, I Corinthiens, XIII, 1-7), comme rappelé par les théologiens Bernard de Clairvaux ou Thomas d'Aquin - un corollaire du « droit du travail ».

Ainsi le droit canonique et la religion se mêlent au droit laïc romano-germanique à divers degrés. Ces interventions progressives prouvent la perte d'autonomie, accentuée encore en matière judiciaire.

## **B Une justice teintée de religieux**

Dans la suite logique du développement précédent, toute violation des contrats passés sous serment, des règles matrimoniales, toute rupture de la paix ou de la trêve de Dieu, peut/doit être portée devant les officialités, juridictions de l'Église et à la tête desquelles se trouve la curie pontificale, le tribunal du Pape. À titre d'exemple, la réglementation du droit canonique concernant les « filles séduites » est représentative de l'immixtion du religieux dans le droit. Les fiançailles en droit canonique font commencer la relation matrimoniale et engagent les fiancés. Si, par une promesse de fiançailles ou de mariage, un homme séduit une femme, provoque sa grossesse avant le mariage et l'abandonne avant le mariage, cette femme/jeune fille peut porter plainte devant la juridiction ecclésiastique. S'applique alors cette théorie de la fille séduite du droit canonique qui permet à la femme d'obtenir que l'homme finance les frais de grossesse et d'accouchement, voire le mariage.

Les compétences *ratione materiae* des officialités sont très larges : tous les contrats, tout ce qui touche les relations matrimoniales et la filiation, les successions... De plus, l'église pratique le droit d'asile judiciaire qui existe déjà dans l'Ancien Testament. Il s'agit d'un refuge accordé à ceux qui ont commis un homicide involontaire (Deutéronome, XIX, 1-21 et Deutéronome XIX, 5, 35) car la Bible condamne tout meurtrier à la peine de mort (Exode, XXIV, 1) en vertu de la loi du talion. Cet asile régi par le droit canonique lors des conciles de 411, 511, 638... permet à une personne ayant commis un crime (homicide, vol, rapt, serf évadé, lèse-majesté...) de se réfugier dans une église, ou tout lieu de culte (extension des lieux d'asile lors des conciles de 1095 et 1139). Charlemagne, lors d'un conflit en 801-802, invoque le droit d'asile impérial romain face à son conseiller Alcuin qui invoquait pour sa part le droit d'asile des églises. Le but n'est pas d'échapper à la justice, mais d'échapper à la vengeance privée, rassembler les preuves avant le jugement, faire intercéder un clerc dans la procédure, négocier une compensation avec la famille de la victime. Tout individu, quel que soit son crime peut ainsi solliciter la justice ecclésiastique. De surcroît, tout individu, quel qu'il soit, peut la solliciter car ses compétences *ratione personae* sont toutes aussi larges : tous les clercs, incluant par exemple les étudiants et enseignants dans les universités médiévales qui ont ce statut, les membres du clergé régulier



(moines et moniales des monastères et abbayes), mais aussi tous les laïcs qui sont mariés, ont des enfants, ont passé des contrats, se sont croisés..., qu'ils soient même libres ou non libres (serfs).

La justice ecclésiastique attire aussi car les règles procédurales sont fixes et écrites, sa rapidité et sa gratuité sont des avantages considérables face à une justice laïque sans procédure, orale et fondée sur des banalités seigneuriales mouvantes. De plus, la menace de sanctions par pénitence – sur la base des pénitentiels – est plus douce que les peines physiques ou amendes que peuvent prononcer les autres juridictions seigneuriales ou royales. Néanmoins, ces dernières, bien que laïques, recourent aux ordalies, ces modes de preuves irrationnelles. Ces ordalies sont variées. Elles sont dites « bilatérales » quand les deux parties doivent rester les bras en croix, la première qui baisse les bras n'est pas dans son bon droit ou coupable, bilatérales encore quand les deux parties recourent au duel judiciaire, le gagnant est dans son bon droit. Elles sont « unilatérales » quand l'accusé seul doit se soumettre à l'épreuve comme plonger son bras dans un chaudron d'huile bouillante, la rapidité de sa cicatrisation prouve son innocence, l'infection sa culpabilité. « *L'appel au sacré tente de remédier aux impasses de la justice* » écrit C. Lovisi, dans son *Introduction historique au droit*. Charlemagne, dans son capitulaire de réforme de la justice vers 811-812, interdit les ordalies au profit des preuves rationnelles. Cette interdiction est réitérée en 1260 par saint Louis (pour l'interdiction des duels judiciaires), preuve que les ordalies sont toujours utilisées.

Un dernier champ du droit intègre fortement le religieux, faisant reculer l'autonomie d'un pas supplémentaire : il s'agit des règles d'accès et d'exercice du pouvoir royal.

## C Alliance du Trône et de l'Autel

Les chefs de clan barbares étaient élus et choisis sur deux critères : leur force physique et leur appartenance à la famille possédant le charisme, c'est-à-dire élue par les Dieux. Dès les Mérovingiens, l'accès au trône est en partie régi par les choix des Dieux. Le baptême de Clovis consacre à nouveau cette alliance entre le religieux - le christianisme venant supplanter les anciennes religions polythéistes des barbares - et le pouvoir royal. Bien que l'épisode soit sujet à débats entre les sources et les chercheurs, il apparaît que vers 496, à l'occasion de la bataille de Tolbiac contre les Alamans, Clovis aurait prié le christ, ou vu en songe le Dieu des chrétiens, celui de sa femme Clothilde, princesse burgonde convertie au christianisme, lui promettre la victoire à la condition qu'il se convertisse. Clovis remporte la victoire et, avec 3000 de ses guerriers, reçoit le baptême, se convertissant avec son peuple, au christianisme. Il initie une règle qui deviendra coutumière, celle de l'obligation pour les rois de France d'être catholiques. Lorsque les Mérovingiens tombent à la suite du coup d'État de Pépin le Bref, maire du palais Carolingien, les relations avec la papauté sont renforcées.

Pour préparer le renversement du dernier roi mérovingien, Childéric III, roi fainéant, le maire du palais Pépin le Bref devait s'assurer de l'élection des grands, pour ce faire il leur offre argent et terres, parfois même des bénéfices ecclésiastiques. Il cherche également à légitimer sa prise de pouvoir en demandant au pape qui doit être roi : celui qui a le titre (Childéric III) ou celui qui exerce la réalité des fonctions politiques (lui). Le pape répond en théorie que celui qui exerce mérite le titre... Pour empêcher toute contestation, après sa prise de pouvoir, le pape lui propose un mode de légitimité incontestable : le recours au sacre. Cette tradition hébraïque remonte à Saül, choisi par Dieu pour unir les douze tribus alors menacées par les Philistins (vers 1025 av. J.-C.). Par le sacre et la cérémonie de l'onction d'huile sainte, Dieu lui-même délègue

une part de son esprit au roi pour gouverner son peuple. Pépin le Bref voulait également être sûr que sa descendance soit à sa suite toujours élue sur le trône, il demande alors au pape de sacrer ses fils (Carloman et Charles) de son vivant. Ce sacre a lieu en 754, date à laquelle Pépin le Bref donne au pape les terres du Vatican, qu'il venait de reconquérir sur les Lombards, en remerciement et en dédommagement des bénéfices accordés aux grands guerriers pour son élection. Avec les Carolingiens, c'est le sacre qui fait le roi, dans le respect de l'hérédité. L'élection germanique est reléguée au rang de formalité pendant la cérémonie du sacre. Cette alliance entre le Trône et l'Autel modifie les règles d'accès au pouvoir mais aussi l'exercice du pouvoir lui-même car le roi, désigné par Dieu, à une mission à remplir. Dès 829, le concile de Paris se penche sur la définition de cette mission. Le roi par le sacre est le ministre de Dieu sur terre : *« Le ministère royal consiste spécialement à gouverner et à régir le peuple de Dieu dans l'équité et la justice et à veiller à procurer la paix et la concorde »*. La monarchie patrimoniale germanique cède la place au régime théocratique, le gouvernement par et pour Dieu. Cela autorise le pape à se mêler de la politique. Le pape peut même sanctionner par l'excommunication, comme il le fit avec le roi Philippe Auguste en 1200.

Ce pouvoir accru du spirituel sur le temporel atteint sa limite en 1302, lors de la crise entre Philippe IV le Bel et le pape Boniface VIII. Elle naît à l'occasion des injures contre le roi proférées par l'évêque de Pamiers vers 1298. Le roi le convoque alors devant sa justice pour rendre des comptes, ce que conteste le pape, au nom du privilège de for (un clerc ne peut être jugé que par ses pairs, d'autres clercs). Puis, en pleine guerre des Flandres, le roi veut lever un impôt de guerre exceptionnel sur l'ensemble de sa population, encore une fois le pape s'oppose à lui, invoquant le privilège d'exemption fiscale dont bénéficie les clercs depuis 318 (concession par l'empereur Constantin pour dédommager des confiscations de biens pendant les siècles de persécutions des chrétiens par l'empire romain). Par deux fois atteint dans sa souveraineté, Philippe le Bel convoque une assemblée des trois ordres, pour la première fois réunie, future assemblée des États généraux, afin de demander aux trois ordres leur accord sur cet impôt. À l'ouverture de ces États généraux, il demande aux représentants leur avis sur l'immixtion du pape dans la politique et la souveraineté du roi de France : les trois ordres reconnaissent cette souveraineté et l'impossibilité pour le pape d'interdire au roi de gouverner son peuple sur les questions temporelles. Cet épisode marque le début du gallicanisme, le roi de France revendique une autorité sur le clergé de France au nom de sa souveraineté.

L'alliance du Trône et l'Autel sont consommés, initiant un nouvel élan vers l'autonomie du droit. Sous l'Ancien Régime, les rois chercheront à sortir progressivement le droit de sa gangue religieuse.

### **III Les ruptures entre le droit et la religion sous l'Ancien Régime**

Divers facteurs poussent les rois à dégager le droit du champ religieux. D'une part, les incursions des papes comme l'épisode de 1302, mettent en cause la souveraineté durement acquise au sortir de la féodalité par les Capétiens. D'autre part, le droit canonique n'est pas national, il vient de Rome et du pape, d'une puissance qui peut concurrencer celle du roi de France, ce qui est incompatible avec la montée de l'absolutisme sous les Bourbons. Il convient donc de limiter la pénétration du droit canonique en France au profit d'un droit national et laïc produit par le roi législateur. Le droit d'asile religieux, quant à lui, menace le pouvoir judiciaire

du monarque, qui cherche également à le faire disparaître (A). La Renaissance et l'humanisme portent un courant de pensée individuel et rationnel et vantent la modernité contre le poids de la religion. Ce courant touche le droit et la pensée juridique européenne au travers du *jusnaturalisme* qui se fait l'écho de ce mouvement (B). Parallèlement, le protestantisme met en cause le sacre et oblige les penseurs politiques à trouver de nouveaux fondements juridiques au pouvoir royal. Un nouveau processus de laïcisation et d'autonomie du droit est engagé (C).

## A Limitation et rejet du droit canonique

Depuis le XII<sup>e</sup> siècle, les rois Capétiens puis Valois luttent pour imposer leur pouvoir édictal exclusif, à l'intérieur, contre les seigneurs indépendants, et à l'extérieur, contre les puissances impériales et pontificales ayant une prétention à la domination universelle. François I<sup>er</sup> est l'instigateur, par deux grands textes, du renouveau du processus d'autonomisation du droit : en 1516, par le concordat de Bologne (1) et en 1539, par l'ordonnance de Villers-Cotterêt (2).

### 1 1516: le concordat de Bologne et le droit canonique en France

En 1515, la France remporte la bataille de Marignan par laquelle elle gagne les terres du Milanais qu'elle revendiquait comme héritage depuis 1483. Le pape, et ses gardes suisses, qui s'étaient portés à la défense du duché de Milan, s'en trouvent affaiblis. François I<sup>er</sup> est alors en position de force dans les négociations pour établir le concordat de Bologne avec le Pape Léon X. Le roi de France rappelle le gallicanisme en matière de nomination aux bénéfices ecclésiastiques. Il exige surtout que, désormais, toute nouvelle réglementation de droit canonique soit préalablement enregistrée par le Parlement de Paris, qui vérifie sa conformité avec le droit interne, avant d'être appliquée en France. Le droit canonique n'est plus d'application directe, l'autorité du pape s'en trouve nettement diminuée. Pour exemple, le décret *Tametsi* de 1563 élaboré par le concile de Trente sur le mariage, est rejeté par le Parlement de Paris, en raison des dispositions contraires aux coutumes de France qui reconnaissent les autorisations parentales comme nécessaires lors des mariages, alors que le décret fait primer l'accord exclusif des époux. Pour autant, le droit canonique antérieur à 1516 reste d'application, il a été intégralement imprimé en 1500 dans une grande compilation, le *corpus juris canonici*. Les rois de France prennent alors le relais avec leur propre législation, nationale, comme François II en 1560, qui, par l'édit de secondes noces, remplace le droit matrimonial, à l'origine canonique, dans la sphère laïque et royale.

De plus, à l'appui de cette limitation de l'application du droit canonique, les rois de France, dont les pouvoirs se renforcent avec l'absolutisme à partir d'Henri IV (1593-1610), entendent appliquer dans le royaume le droit du royaume, soit les coutumes et les ordonnances royales. Le droit canonique est considéré comme un droit extérieur et comme une volonté d'emprise du pape sur le royaume par l'intermédiaire du droit canonique, il doit être écarté. Dans ce même esprit, François I<sup>er</sup> est gêné par les juridictions ecclésiastiques qui concurrencent frontalement son pouvoir judiciaire et l'application du droit national.

## 2 1539: l'interdiction du droit d'asile des églises pour l'autonomie de la justice

Depuis le <sup>xiii</sup>e siècle déjà, les Capétiens, rois justiciers, entendent réduire les compétences des juridictions ecclésiastiques concurrentes. Pour ce faire, ils développent des techniques juridiques pour reprendre cette compétence dans les juridictions déléguées. « L'appel comme d'abus », permet de faire appel d'un jugement des officialités devant le Parlement en cas de doute sur une application du droit canonique qui contreviendrait aux lois civiles. La théorie des cas privilégiés permet au Parlement de Paris de juger les affaires concernant le roi de France. Suite au conflit de 1302, Philippe le Bel impose au pape des enquêteurs royaux lors des procédures d'Inquisition en France pour lutter contre les hérésies, au nom du trouble à l'ordre public que les hérésies constituent. Reste en suspens la question de l'asile judiciaire des églises. Depuis plusieurs siècles déjà, les papes en restreignent la portée, conscients des résistances royales. Charlemagne, déjà, y voyait une atteinte à son pouvoir judiciaire. En 779, il interdisait de ravitailler les réfugiés dans les églises et en 803, il affirmait son droit de saisir les réfugiés dans les églises. À partir du <sup>xii</sup>e siècle, les papes réduisent eux-mêmes la portée de ce droit d'asile. Innocent III (1160-1216) en prive les serfs et les dévastateurs nocturnes des champs, puis Grégoire IX (1227-1241) en prive les juifs, hérétiques, voleurs, brigands de grand chemin, homicides, lèse-majesté et faux monnayeurs. Au <sup>xiv</sup>e siècle, la liste des exclus du droit d'asile s'allonge encore pour les débiteurs, évadés de prison, coupables de rapt, blasphémateurs. Pour les autres cas, il appartient toujours à l'évêque local d'accorder ou pas l'asile judiciaire. Cela réduit, par la même occasion, les contraintes matérielles (gîte et couvert) qui pèsent sur l'Église. Les critiques contre ce droit d'asile judiciaire ne sont pas que royales, les populations y voient un moyen d'échapper à la sanction, ce qui est dénoncé dans les cahiers de doléances des États généraux. Les sergents y saisissent les personnes par tous les moyens, par la force, par les incendies des églises pour enfumer les réfugiés, ce qui est très préjudiciable pour les églises. Un débat doctrinal s'engage parallèlement sur le fondement de ce droit d'asile religieux : est-il divin ? ou est-il une concession faite par les rois aux églises au nom d'un privilège, d'une immunité accordée par le pouvoir temporel au pouvoir spirituel ? Au <sup>xvi</sup>e siècle, ces contestations sont suffisamment avancées pour que François I<sup>er</sup> puisse l'interdire dans l'ordonnance de Villers-Cotterêt en 1539. En ses articles 1 à 4, il ôte la compétence des églises pour les matières judiciaires non spirituelles, et dans l'article 166, il interdit le recours à l'asile judiciaire en matière civile et le limite considérablement en matière criminelle. En 1574, Henri II permet la saisie de tout réfugié dans les églises. Cette atteinte grave au droit canonique provoque une résistance de la papauté. En 1591, la *Constitution cum Alias* de Grégoire XIV vise à maintenir le concours de l'église lors de l'extraction du délinquant. En 1626, le pape Urbain VIII crée la congrégation de l'immunité et encore en 1869, Pie IX rappelle que la violation du droit d'asile faisait courir le risque de l'excommunication. Malgré tout, à la veille de la Révolution en France, il ne subsiste plus que dans les églises de saint Germain des Prés, saint Martin des Champs, sainte Geneviève et au Temple. Les juristes du <sup>xviii</sup>e siècle, auteurs de *Dictionnaires de droit* comme Denisart et Ferrière rappellent l'interdiction de François I<sup>er</sup> et constatent que l'asile religieux n'a plus cours en France. Ce qui est une bonne chose pour Ferrière car, pour le citer : « une telle immunité pourroit inviter des gens à délinquer, dans l'espérance de pouvoir, par son moyen, se soustraire aux peines qu'ils auroient méritées ».

Si la souveraineté des rois de France se trouve ainsi renforcée par la limitation du droit canonique au profit du droit national, royal et laïc, c'est encore cette souveraineté qui est mise en cause par les courants de pensée des <sup>xvi</sup>e et <sup>xvii</sup>e siècles, l'obligeant à reconsidérer ses fondements juridiques hors du religieux, modifiant les relations entre le droit et la religion.

## B Quand les courants de pensée novateurs obligent l'évolution du droit vers l'autonomie

Les temps modernes s'ouvrent avec la Renaissance et la Réforme. Ces mouvements idéologiques bouleversent profondément la société et le droit. L'humanisme juridique et le *jusnaturalisme* placent l'individu et la raison au cœur de la réflexion juridique, écartant le religieux (A). Le protestantisme, quant à lui, fait craindre la disparition du fondement historique du pouvoir royal, le sacre, obligeant les légistes à proposer des solutions juridiques laïques, les lois fondamentales (B).

### 1 L'Humanisme juridique : le droit laïc fondé sur la raison

La Renaissance touche l'Europe à partir du <sup>xiv</sup>e siècle pour connaître son apogée aux <sup>xv</sup>e et <sup>xvi</sup>e siècles. Un courant appelé l'humanisme, ou l'admiration de la culture antique sous toutes ses formes, artistique, scientifique, littéraire, philosophique, diffuse une nouvelle façon, profane et critique, de voir le monde. Il est réputé être à l'origine de l'individualisme et d'une conception séculière de l'homme. Pétrarque, Dante, Boccace en sont les précurseurs, puis Érasme, More, Cervantès, Rabelais et Montaigne dans la littérature. L'architecture de Brunelleschi et Palladio, les machines de Léonard de Vinci, les découvertes de Copernic et Galilée, les peintures de Michael Ange, Titien, Bosch, Botticelli couvrent l'Europe et placent les hommes et les femmes au cœur de la pensée. L'imprimerie et le goût des voyages favorisent la propagation de ces nouvelles idées, majoritairement hostiles la chrétienté. Ce courant touche les légistes, recentrant leurs réflexions sur les textes originels de science politique grecque et de droit romain, les débarrassant des scories et déformations du Moyen Âge. Ils étudient le contexte pour en comprendre le sens premier, pour en dégager les principes fondamentaux et les rendre compréhensibles par la systématisation des règles. Guillaume Budé (1467-1540) dans son grand commentaire du *Digeste* de Justinien, est un des premiers représentants de l'humanisme juridique. André Alciat, à Bourges, crée une méthode d'analyse, le *mos gallicus*, théorique, philologique et historique, qui marque durablement la pensée juridique européenne, représentée par les travaux de Jacques Cujas (1522-1590). Une méthode italienne, le *mos italicus* ou méthode Bartoliste, propose un commentaire dogmatique et pragmatique des textes antiques pour un usage pratique des solutions juridiques. Elle inspire Charles Dumoulin, commentateur de la coutume de Paris en 1539 et Pothier, dans son *Commentaire de la coutume d'Orléans* en 1740, qui élaborent une doctrine coutumière basée sur des grands principes tels le consensualisme dans les contrats et la notion de responsabilité, qui marqueront le Code civil. Une troisième école, née à Salamanque est celle du *jusnaturalisme*. Elle étudie le droit naturel redécouvert, comme droit supérieur aux droits nationaux et positifs (dans l'acception grecque). Ce droit qui découle de la nature est rationnel et laïc (dans l'acception romaine). Grotius (1584-1645), juriste hollandais, est le grand représentant de ce courant. Ses œuvres, *Du droit de la guerre et de la paix* et le *De mare liberum* (De la mer libre) fondent le droit interétatique, le droit volontaire des nations, et visent à régir les relations internationales, en temps de paix comme en temps de guerre. Jean Domat (1625-1696), dans *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, en 1689, expose le droit romain et les lois naturelles, éternelles et immuables. Ces principes ou vérités naturels, saisis par la raison, faciles à appréhender, doivent guider la norme positive.

L'humanisme juridique représente la systématisation et sécularisation du droit coutumier (droit privé) mais aussi, partant, du droit interétatique. L'autonomie du droit vis-à-vis du religieux est ici largement défendue et affirmée, de surcroît dans une période où la religion elle-même

est troublée, en raison des guerres de Religion et de la Réforme. Ce qui n'était qu'hérésie frappe violemment le politique en France car le protestantisme fait courir un risque grave au fondement du pouvoir royal qu'est le sacre. Il appartient aux légistes d'apporter une solution laïque.

## 2 Les lois fondamentales *versus* le sacre ?

Les théologiens Calvin (1509-1564) et Luther (1483-1546) développent une doctrine divergente de la lecture des *Saintes Écritures*, connue sous le nom de réforme ou protestantisme, combattue dans toute l'Europe comme hérésie. Pour autant, l'Angleterre, en 1534, rompt avec Rome au profit de l'Anglicanisme avec l'acte de suprématie d'Henry VIII et la Suisse, en 1536, se tourne vers le protestantisme. L'édit de Nantes de 1598 admet la tolérance religieuse en France, comme l'Allemagne en 1648. Si la papauté et le christianisme vivent un bouleversement important, le pouvoir royal est mis en danger par les guerres civiles de religion entre les protestants et la Ligue (massacre de la Saint Barthélemy de 1572) et la guerre de trente ans (1608-1648) impliquant toute l'Europe sur la question. Mais le danger n'est pas que territorial et militaire, il est aussi juridique. Si les protestants l'emportaient, *quid* du sacre ? *Quid* de la légitimité divine du roi de France ? Les jurisconsultes, comme Jean de Terrevermeille, proposent des fondements juridiques et laïcs à la royauté. Ces textes, qualifiés de lois du royaume ou lois fondamentales (1575), sont considérés comme formant la « constitution coutumière du royaume ». « Constitution » car ces lois régissent l'accès au trône et l'exercice du pouvoir, s'imposant au roi et supérieures à toutes les autres lois ou coutumes, et « coutumière » car ces lois tirent leur origine d'usages ancestraux devenus coutumes à valeur obligatoire par leur répétition. Ces lois sont au nombre de quatre. Elles sont érigées et officiellement énoncées à l'occasion d'une crise politique grave et font toujours référence à une pratique coutumière et ancestrale.

En 1316-1328, en raison de l'absence de successeur direct au trône de France, la loi de masculinité ou loi salique impose que seul un homme, le descendant direct ou le plus proche collatéral mâle en degré, à l'exclusion des parents par les femmes, succède au roi de France. Le contexte est le suivant : à la mort de Philippe IV le Bel, lui succède son fils aîné, Louis X (roi de 1314 à 1316). Il décède laissant une fille (Jeanne) et sa femme enceinte. Le conseil de régence décide d'attendre l'accouchement, un fils, Jean I<sup>er</sup> le Posthume meurt très rapidement. Le conseil de régence décide d'écarter la succession de Jeanne, au prétexte qu'elle ne peut recevoir le sacre, en vertu de la Bible, qu'elle ne peut pas exercer une fonction publique, en vertu du droit romain et qu'elle ne peut pas hériter des terres des ancêtres, en vertu de la loi salique. Le conseil choisit donc « le plus proche collatéral mâle », le frère de Louis X, Philippe V, comme roi (de 1316 à 1322). Il décède à son tour sans fils, le choix se porte sur le troisième frère, Charles IV (1322-1328). Celui-ci aussi décède sans descendance mâle. Le choix se porte alors sur le plus proche collatéral mâle, le fils de leur sœur (fille de Philippe le Bel, mariée au roi d'Angleterre), futur Édouard III. Afin d'éviter que la France passe aux mains des Anglais (Édouard III réunirait les deux Couronnes s'il succédait aux deux royaumes), les légistes exposent que, puisqu'Isabelle, en tant que femme, ne dispose pas du droit de succession au trône de France, elle ne peut transmettre ce droit à ses héritiers, d'où l'expression « à l'exclusion des parents par les femmes ».

En 1419-1420, après le « honteux traité de Troyes », par lequel Charles VI abdique, exhèreède son fils et cède son trône au roi d'Angleterre Henri V, la loi d'indisponibilité du pouvoir ou théorie statutaire, est énoncée par Jean de Terre Vermeille. Elle interdit au roi d'abdiquer et d'exhérer son fils (lui interdire de succéder), au prétexte que le roi ne dispose pas de son pouvoir (en vertu du droit romain). Le traité de Troyes n'est pas appliqué, la guerre de cent ans continue. Charles VII succède à son père en 1422 et reconquiert la France aux mains des Anglais.

En 1566, l'édit de Moulins de Charles IX, fixe la règle d'inaliénabilité du royaume pour faire cesser la dispersion des terres, résultat de la patrimonialité du pouvoir germanique ancestrale. Au nom de la promesse du sacre et de la politique des Capétiens visant à reprendre toutes les terres du royaume sous leur autorité, il est désormais interdit de donner ou vendre une partie du territoire du royaume, le domaine fixe, celui que reçoit le roi lorsqu'il monte sur le trône. Seul le domaine casuel, apporté en héritage ou conquis, est disponible pour dix ans pour les apanages et les engagements.

En 1593, c'est le principe de catholicité des rois qui est imposé en France, au nom de l'ancienneté de cette catholicité, remontant au baptême de Clovis. Parce que le successeur d'Henri III ne pouvait être qu'Henri de Navarre, en vertu de la loi de masculinité, et que ce dernier était chef du parti protestant, excommunié en 1585, le risque, en pleine guerre de religion, était qu'un roi protestant monte sur le trône. De plus, il était impossible de le sacrer. Le Parlement de Paris, en juin 1593, par l'arrêt Lemaistre, affirme la nécessité de respecter la loi de masculinité et l'obligation pour le roi de respecter la religion de ses sujets (la religion catholique). Henri de Navarre abjure le protestantisme et est sacré en février 1594.

Ces lois donnent un cadre juridique à la royauté. Elles déterminent les modalités d'accès au trône (masculinité et catholicité) qui désormais ne dépendent plus du sacre, celui-ci reste symbolique et confirmatif. Charles VII est considéré comme le roi de France à la mort de son père en 1422, au nom de l'instantanéité de la succession (par les ordonnances de 1403 et 1407), « *le roi est mort, vive le roi* », alors qu'il ne sera sacré qu'en 1429. Les lois fondamentales limitent également l'exercice des prérogatives régaliennes : le roi ne peut pas disposer de son pouvoir, ni de son royaume. Les fondements séculiers et juridiques se substituent ainsi au fondement religieux du pouvoir, un « droit public ou constitutionnel » laïc, autonome, détaché du religieux, apparaît. Néanmoins, la loi fondamentale de catholicité des rois de 1593 et la théorie de la monarchie de droit divin de Bossuet viennent nuancer cette acception. Cette alliance du droit et de la religion, bien que limitée sous l'Ancien Régime, est mise en cause avec la Révolution française profondément marquée et définie par son anticléricalisme.

## IV L'autonomie du droit face à l'esprit révolutionnaire et républicain

Un vent de laïcité souffle sur la période révolutionnaire appelant à nouveau une réflexion sur la séparation du droit et de la religion. Les deux notions deviennent deux sœurs ennemies, inconciliables, irréconciliables. La loi, expression de la volonté du peuple, et son corollaire le légicentrisme, priment pendant la période révolutionnaire (A), l'anticléricalisme, quant à lui, de plus en plus virulent chez les républicains, trouve son expression dans la loi de séparation de l'Église et de l'État du 9 décembre 1905. Cette nouvelle « neutralité à la française » modifie la conception du droit, le détachant absolument du religieux (B).

### A Les principes révolutionnaires de laïcité et de légicentrisme

Les Lumières et la Révolution étaient hostiles à la monarchie absolue de droit divin et à la religion. Nombre de révolutionnaires reprochent à la religion d'être trop conservatrice face à la modernité du temps et d'être porteuse de discriminations sociales et juridiques (envers les

juifs, les protestants, les enfants illégitimes, les religieux). La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen reconnaît des nouveaux droits et libertés dégagés de la gangue religieuse (1). Un autre texte essentiel est symbolique de l'autonomie du droit vis-à-vis de la religion : le Code civil de Napoléon Bonaparte (2).

## 1 La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789

Texte d'urgence, la DDHC (texte intégral au chapitre 7) a été rédigée en moins de dix jours pour être soumise au vote des États généraux (réunis depuis le 5 mai 1789 à la demande de Louis XVI). Dans son préambule, le texte affirme « *exposer, dans une déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme* » et les placer sous « *les auspices de l'être suprême* ». Exit la religion chrétienne et bienvenue au *jusnaturalisme*. Dans son texte, l'article premier reconnaît que « *les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit* ». Exit les distinctions juridiques et sociales portées par la religion et entérinées dans l'ancien droit français depuis des siècles. L'article 10 selon lequel : « *nul ne peut être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public* » met fin à des siècles de religion d'État. Le droit énoncé dans la DDHC se veut séculier.

Les lois de la période intermédiaire (1789-1799), dans le respect de la DDHC, sont marquées, elles aussi, par cette sécularisation. Pour ne citer que quelques textes, la Constitution civile du clergé du 12 juillet 1790, que le roi a été contraint de signer, place le clergé français sous l'autorité directe de l'État, et non plus du pape, le clergé doit prêter serment à la Constitution et l'État rémunère les ministres du culte. Ce texte est condamné par le pape Pie VI en avril 1791. Sous la Terreur, les prêtres réfractaires, ceux qui ne se soumettent pas à la Constitution civile du Clergé, sont inscrits comme hors la loi dans la loi du 28 mars 1793 et passibles de la justice politique. Ils peuvent être arrêtés, condamnés au bannissement à perpétuité et à la confiscation de leurs biens, voire à la peine capitale (article 77).

La première Constitution du 3 septembre 1791, fixant la monarchie constitutionnelle, établit dans son Titre II, article 7 : « *La loi ne considère le mariage que comme un contrat civil* ». Il peut être surprenant de trouver dans une Constitution, réputée réglementer le régime politique et les institutions, du droit privé matrimonial. Il semblerait que l'importance de cette mesure nécessite qu'elle soit placée dans la Constitution. La rupture est consommée avec la religion : le mariage n'est plus un sacrement, ou plutôt, si le mariage peut toujours être un sacrement, la loi, elle, ne reconnaît que le contrat civil de mariage. Le sacrement n'est plus constitutif légalement du mariage. Voltaire réclamait aussi la dissolution du mariage quand « *ce lien est pourri* ». La loi du 20 septembre 1792, relative à l'état civil, substitue les registres d'état civil aux registres des sacrements, fixe les conditions du mariage, réduit les empêchements du droit canonique (parenté, interdiction de mariage pour les religieux et les religieuses, consentement des parents) et admet le divorce comme « *une conséquence naturelle et nécessaire des droits de l'homme* » et comme un moyen d'affranchir les femmes « *du despotisme des pères et de la perfidie des maris* ».

La volonté de séculariser ne touche pas que le droit, certains révolutionnaires entendent déchristianiser la société dans son ensemble. Lors de l'abolition de la monarchie, le 10 août 1792, et la proclamation de la première république, le 22 septembre 1792, commence l'an I de l'égalité, mettant fin à l'ère chrétienne. Un nouveau calendrier révolutionnaire remplace le calendrier grégorien, les prénoms des saints sont remplacés par des noms des objets constituant la richesse nationale : coings, pomme, granit, ardoise, violette... Pendant la Terreur (septembre 1793 à juillet 1794), toutes les villes en saint- ou sainte- sont débaptisées et perdent leur saint(e) (environ 3000)



et les édifices et objets chrétiens sont détruits. L'apogée de cette déchristianisation globale de la société pourrait se résumer dans la mort de Louis XVI. Le procès du roi devant l'Assemblée Nationale, du 1<sup>er</sup> octobre 1792 au 21 janvier 1793, date de son exécution, se fit en dépit de son inviolabilité constitutionnelle et de son sacre. Le roi fut guillotiné le 21 janvier 1793 à 10h22 sur la place de la Révolution. La décapitation du roi représente la rupture avec le monde céleste, la désacralisation de la société et la victoire de l'humanisme.

Il semblerait, au vu de tous ces facteurs, que le Droit et la Loi, soient maintenant autonomes vis-à-vis du religieux. Pourtant, le droit canonique est toujours applicable en France... Il faut attendre Napoléon pour une reconnaissance officielle de la laïcité du droit, à laquelle il parvient tout en ménageant la papauté.

## 2 Napoléon Bonaparte, entre laïcité juridique et enjeux politiques

La période intermédiaire a rendu les relations avec l'Église et la papauté délicates. Le premier consul, Napoléon Bonaparte, engage des négociations avec le pape Pie VII pour l'élaboration d'un concordat de trente-neuf articles, ratifié le 15 août 1801. Dans ce concordat, Napoléon met fin au gallicanisme et le pape est restauré dans son autorité sur le clergé français. Les ambitions de Napoléon Bonaparte, au travers de ce concordat sont doubles. Politiques parce qu'il ambitionnait de devenir empereur, or seul le pape peut choisir et couronner un nouvel empereur. Juridiques, parce que cela lui permet aussi, par un effet connexe, d'abroger l'usage du droit canonique en France lorsqu'il préside aux travaux de rédaction du Code civil, pour imposer «son droit». L'article 7 de la loi du 21 mars 1804 indique qu'*«à compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent code»*. Il en profite aussi pour consacrer le mariage civil, reléguant le sacrement de mariage à un acte de foi et non un acte de droit. Il impose le divorce, interdit par l'Église, dans le Code civil, contre l'avis des quatre rédacteurs, et limite les interdictions de parentés. Ces quelques exemples montrent qu'une grande partie des règles matrimoniales du droit canonique disparaît de la législation française et que d'autres persistent amoindries et surtout sont absorbées par le droit privé laïc.

Au dernier étage de cette construction de la sécularisation de la société et du droit se trouve la loi de séparation de l'Église et de l'État qui est la réalisation du programme des républicains sous la III<sup>e</sup> République.

## B La III<sup>e</sup> République et une séparation aboutie entre droit et religion

Le programme républicain en 1869 réclamait l'enseignement laïc et la séparation de l'Église et de l'État au nom de la modernité de la société. À la chute du Second Empire et à la proclamation de la III<sup>e</sup> République, le 4 septembre 1870, les républicains durent attendre les lois constitutionnelles de 1875 pour pouvoir mettre en place leur programme politique. Le bloc des gauches mène alors une politique fermement anticléricale. Léon Gambetta déclare dans un discours du 4 mai 1877 : *«le cléricalisme, voilà l'ennemi»*, malgré les appels à la conciliation du pape Léon XIII. Les lois de Jules Ferry dans les années 1881 à 1886, imposent l'école publique obligatoire et gratuite pour les garçons et les filles de 6 à 13 ans, et abolissent toutes les congrégations religieuses d'enseignement. La loi Waldeck-Rousseau du 1<sup>er</sup> juillet 1901 autorise toutes les associations laïques, pour mieux contrôler les associations religieuses et les

placer sous la surveillance de l'État. L'article 13 oblige toute congrégation religieuse à obtenir une reconnaissance légale par décret rendu sur avis conforme du Conseil d'État. Les inquiétudes de la papauté, déjà nombreuses, sont confirmées par le projet d'une loi de séparation de l'Église et de l'État. Elle est discutée à l'Assemblée et une forme de conciliation est trouvée par la proposition de la neutralité de l'État. La loi du 9 décembre 1905, en son article 1, garantit la liberté de conscience et de culte et, en son article 2, la neutralité de l'État : « *la république ne reconnaît, ni ne salarie, ni ne subventionne aucun culte* ». Sur le plan financier, la loi a trois conséquences majeures : elle met fin à la rémunération des ministres du culte par l'État, qui ne sont désormais plus ni salariés, ni logés, ni subventionnés par l'État ou les collectivités territoriales... Ce qui occasionne une économie de quarante millions de francs. Les frais de cultes devront désormais être pris en charge par les quêtes et les collectes. Sur le plan domanial, les biens religieux, propriété de l'État ou des communes depuis 1789, le restent, l'État se réservant le droit de confier gratuitement les bâtiments de culte aux associations cultuelles (article 13). L'article 25 de la loi prévoit une police du culte, les célébrations relèvent de la surveillance du pouvoir de police des maires. Cette loi est rejetée par le Vatican, par la bulle *Gravissimo Officii Munere*, d'août 1906, d'une part en raison de la rupture unilatérale du concordat de 1801, d'autre part, en raison des nouvelles spoliations. Elle est également rejetée par une partie de la droite catholique en France au sein de l'Action Française. Cela provoque une rupture des relations diplomatiques avec le Vatican jusqu'en 1921. Une loi de compromis est édictée en 1924 sur les associations diocésaines.

Par cette loi de 1905, l'autonomisation du droit semble trouver un aboutissement. Les deux disciplines retrouvent chacune leur sphère respective et historique : le for intérieur pour la foi et le for externe pour le droit. Mais, si l'État est neutre depuis 1905, comment expliquer alors ses interventions législatives sur les questions religieuses comme la loi dite « sur le voile », la loi sur les sectes... ?

## V

## Le droit est-il autonome ? Les enjeux actuels de la relation droit/religion

La Constitution de la v<sup>e</sup> République du 4 octobre 1958 fait de la liberté de culte un principe à valeur constitutionnelle. Pourtant, les exemples d'intervention législative ou judiciaire de l'État sur les questions religieuses sont nombreux. La loi du 12 juin 2001 sur les sectes vient limiter la liberté de conscience et de culte au nom de l'ordre public pour protéger les personnes du délit d'abus. La loi du 15 mars 2004, dite « du voile », interdit tout port de signes ou tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées en application du principe de laïcité. Donc, au nom de la laïcité, de la protection des personnes, de l'ordre public, l'État neutre peut, voire doit, intervenir par la loi dans la sphère religieuse. La neutralité est un fil ténu entre intervention et non intervention. La justice administrative est également parfois saisie de questions concernant l'application de ces principes de neutralité et du respect des droits fondamentaux. Par exemple, un témoin de Jéhovah, hospitalisé, qui refuse l'administration de produits sanguins, peut-il, au nom du respect de sa volonté, engager la responsabilité de l'État quand un médecin pratique une transfusion sanguine pour lui sauver la vie ? Le Conseil d'État, le 26 octobre 2001, juge que des médecins qui ont choisi de procéder à la transfusion d'un patient en vue de tenter de le sauver, en dépit de son refus de se voir administrer des produits sanguins, ne commettent pas de faute de nature à engager la responsabilité de l'État. En avril 2007, le tribunal