

LES 100 DATES

du
DROIT

Jean-Marie Carbasse



*Que
sais-je?*

puf

QUE SAIS-JE ?

Les 100 dates du droit

JEAN-MARIE CARBASSE

Ancien recteur d'Académie

Professeur à la faculté de droit de l'université de
Montpellier-I



Introduction

Cent dates du droit ! Trois mots, trois difficultés. On ne s'attardera pas sur la définition du droit, qui remplit des bibliothèques. Il suffira d'en retenir ici « l'idée que s'en font les hommes les moins instruits », pour plagier un auteur célèbre, ou du moins l'idée que s'en font les hommes moyennement instruits. On dira donc qu'il y a du droit dès qu'il y a une obligation sanctionnée par une instance sociale (c'est la coutume) ou institutionnelle, que celle-ci soit politique (c'est le droit légiféré) ou judiciaire (le droit est alors *dit* par le juge). Mais le droit peut aussi se saisir, en dehors de toute obligation sanctionnée, dans l'élaboration intellectuelle qui l'analyse ou même le définit, comme la jurisprudence romaine ou la doctrine médiévale et moderne : au sens propre, les docteurs « font » du droit. Aucune de ces modalités de l'objet juridique ne saurait évidemment constituer le droit à elle seule. Au surplus, le droit dit, posé ou analysé par les hommes peut être envisagé dans son rapport avec d'autres règles considérées

soit comme extérieures à l'ordre juridique – essentiellement la religion ou la morale –, soit comme constituant un ordre juridique supérieur au *droit positif* et, dans la mesure où l'on considère que cet ordre est inscrit dans la nature elle-même, on parle bien sûr de *droit naturel*. Selon les temps et les lieux, les systèmes juridiques ont combiné ces différents éléments, ou seulement certains d'entre eux, en proportions diverses. Le droit est ainsi un objet plus ou moins complexe, et donc plus ou moins facile à cerner dans des contours précis : première difficulté.

Deuxième mot, deuxième difficulté : les *dates*. L'étymologie du mot « date », qui dérive de la diplomatie (un acte officiel est « donné » – *datum* – à telle « date » et à tel endroit), n'est ici d'aucun secours. La vie du droit est un flux continu, mais ce flux subit parfois des infléchissements, des ruptures, des accélérations qui « font date » : il y a un avant et un après. Notre propos est bien de repérer, dans la vie multiséculaire du droit, les événements qui ont « fait date ». Faciles à repérer lorsqu'il s'agit de créations législatives (« 1804 : le Code Napoléon »), ces événements sont plus difficiles à saisir lorsqu'il s'agit d'œuvres doctrinales qui, outre qu'elles ne sont pas toujours datables avec précision, n'ont parfois développé

leur influence qu'au bout d'un délai plus ou moins long. Quant aux phénomènes qui relèvent d'une création continue, qu'il s'agisse du droit prétorien, d'un processus coutumier ou du *common law*, il faut se résigner à ne les évoquer qu'indirectement, par le biais d'accidents eux-mêmes datables : ainsi, pour l'édit du préteur, par l'œuvre terminale de Julien (voir *130 apr. J.-C.*).

Reste le troisième mot de notre titre : *cent*. C'est le point le plus difficile : le choix lui-même. Il était d'autant plus périlleux que nous avons pris le parti d'une vision large. Repoussant la tentation d'un palmarès limité aux 100 dates du droit *français*, il nous a paru qu'il n'était plus possible, en ce début du xxi^e siècle, d'en rester à une histoire du droit « gallo-centrique ». Le droit a existé avant la naissance de la France, et il a aussi trouvé de nombreuses et admirables expressions dans le reste de l'Europe et en Amérique du Nord. Droits nationaux étrangers, droit international et, plus récemment, droit européen et communautaire ont marqué, chacun à sa manière, l'histoire universelle du droit. On mesure ce que cette dernière expression peut avoir d'un peu ridicule, employée dans l'introduction d'un ouvrage aussi modeste que celui-ci. Mais les pages qui suivent sont écrites pour l'honnête homme pressé ; l'ambition de

l'auteur n'est évidemment pas de satisfaire entièrement sa curiosité, mais simplement de l'aiguiser, en lui donnant l'envie d'aller plus loin.

Nous avons d'abord retenu les « monuments » législatifs, du moins les principaux, ceux qui illustrent plus ou moins exactement les divers sens du mot « code » : depuis les premiers codes de l'Orient ancien, simples compilations de dispositions juridiques diverses, jusqu'aux codes modernes, exposés systématiques et théoriquement exhaustifs de l'ensemble du droit ou du moins d'une branche du droit en vigueur. Après les œuvres des législateurs, celles des grands juristes : comment douter que la glose d'Accurse ou *Les Lois civiles* de Domat ne soient des moments essentiels du droit ? Intéressent aussi notre propos les événements politiques qui ont eu pour conséquence une rupture plus ou moins importante de la continuité juridique. C'est le cas de la plupart des révolutions modernes qui, depuis la fin du xviii^e siècle, ont bouleversé plus ou moins profondément les ordonnancements juridiques. Sans entrer dans le détail des histoires constitutionnelles anglaise, américaine ou française, il faudra tenter d'en évoquer les incidences dans l'ordre du droit – étant bien entendu qu'il s'agit ici

d'histoire du *droit* et non d'histoire des *institutions* (qui pourrait faire l'objet de 100 autres dates !). Le choix des dates majeures a été naturellement plus facile pour les époques anciennes que pour les plus récentes. Les monuments de l'ancien droit se détachent sur l'horizon comme les sommets d'une chaîne de montagnes dont les piémonts sont noyés dans les brumes. Pour le droit actuel, surtout si on cherche à l'envisager largement, le recul fait cruellement défaut. Qui peut dire si tel événement considéré comme majeur par les commentateurs ne s'avérera pas, une fois passé l'effet de mode, une simple taupinière ?

Avant de livrer ces pages au public, l'auteur en appelle donc à l'indulgence ou, comme on disait jadis, à la « bénévolence » du lecteur. Tout choix est arbitraire, et plus encore par ce qu'il écarte que par ce qu'il retient. Plus que « *les 100 dates du droit* », voici donc, plus modestement, « 100 dates du droit ».

Liste des 100 dates

v. 2100-2050

v. 1750

Fin du xiii^e siècle

970 ?-931 ?

621

594-593

451-450 av. J.-C.

286 (?)

27 av.-14 apr. J.-C.

v. 46-54 (?) après J.-C.

130 apr. J.-C.

212

223 ?

313

438

476

v. 502

506

507-511 ?

528-534

622

789

v. 1100-1150

1140-1150

1163-1173

1215

1220-1235

v. 1230-1240

1231

1234

1254

v. 1260-1265

1267-1273

1283

1313 ?-1357

1454, avril

1516

1532

1532

1539

1500-1566

1576

1579

1580

1522-1590

1598

1625

1651

1667

1670

1673

1679, avril

1679

1689

1689

1690

1731-1747

1748

1762

1764

1765-1769

1776 (4 juillet)

1786

1787

1789 (4 août)

1789 (26 août)

1790 (16-24 août)

1791 (3 septembre)

1791 (25 septembre-6 octobre)

1794

1800 (17 février : 28 pluviôse an VIII)

1801 (17 juillet)

1804 (21 mars)
1806
1807
1808
1810
1811
1814
1832
1841 (22 mars)
1848 (4 mars-27 avril)
1864 (22 août)
1867 (24 juillet)
1881 (29 juillet)
1884 (21 mars)
1886
1900 (1^{er} janvier)
1901 (1^{er} juillet)
1905 (9 décembre)
1945 (8 août)

1948 (10 décembre)

1950 (4 novembre)

1957 (25 mars)

1958 (4 octobre)

1981

1990-2008

1992 (7 février)

2002 (1^{er} juillet)

2010 (1^{er} mars)

v. 2100-2050 : Lois d'Ur-Nammu

Même si d'autres « codes » de lois ont pu exister avant celui-ci dans l'espace mésopotamien, c'est le premier qui nous soit parvenu intégralement. Le préambule l'attribue au roi Ur-Nammu, roi de la cité sumérienne d'Ur, mais le corps du texte a peut-être été rédigé par son fils dans la première moitié du xxi^e siècle avant notre ère. On a pu reconstituer une quarantaine des cinquante-sept « lois »

que comporte le code. La plupart de ces dispositions concernent le droit pénal ou le droit de la famille. Le meurtre et le vol sont punis de mort, mais d'autres infractions donnent lieu à de simples peines pécuniaires exprimées en poids d'argent.

v. 1750 : « Code » de Hammourabi

C'est le plus célèbre monument juridique de l'ancienne Mésopotamie. Il se présente sous la forme d'une stèle de basalte noir découverte en décembre 1901 par des archéologues français et conservée depuis au Louvre. La stèle comporte deux parties : en haut, un bas-relief qui représente le roi se tenant respectueusement debout devant le dieu solaire Shamash qui lui dicte les lois ; au-dessous, le texte du « code », rédigé en caractères cunéiformes akkadiens. Les lois sont donc d'origine divine, le roi n'étant qu'un intermédiaire entre le dieu et ses sujets. Par une chance extraordinaire, la stèle a été retrouvée intacte, de sorte qu'elle nous donne le plus ancien texte juridique conservé dans son intégralité. Le code commence par un

préambule qui fait l'éloge du roi, selon l'usage babylonien, et vante son amour de la justice. Celle-ci est définie comme un programme de gouvernement : « Faire en sorte que le fort n'opprime pas le faible. » Suivent une série de dispositions que le premier éditeur, le professeur Scheil, a réparties un peu arbitrairement en 282 « articles ». Ils concernent la vie religieuse, l'organisation sociale, familiale et économique, la justice et le droit pénal... L'échelle des peines est soigneusement précisée, sur le principe du talion ; l'ordalie est possible, dans certains cas, à défaut de témoignages. Le « code » de Hammourabi a influencé l'ensemble des législations ultérieures du Moyen-Orient, à commencer par les codes bibliques, beaucoup plus tardifs.

Fin du xiii^e siècle : Moïse, les Tables de la Loi

Comme les autres peuples orientaux, les Hébreux tiennent leur droit de la divinité. Il s'agit ici du Dieu unique dont les chrétiens comme les musulmans recueilleront l'héritage. L'Exode (sortie d'Égypte) du peuple hébreu a vraisemblablement eu lieu à la fin du xiii^e siècle, à l'époque

du pharaon Ramsès II (?), mais cette datation est très discutée. De plus, si Moïse est supposé avoir reçu de Dieu les Tables de la Loi sur le Sinaï juste après la sortie d'Égypte, au début de la longue pérégrination qui a conduit le peuple d'Israël jusqu'à la Terre de Canaan, après le passage de la mer rouge, la rédaction de la Bible a été bien postérieure. Les cinq premiers livres (Genèse, Exode, Lévitique, Nombres et Deutéronome) sont appelés « la Loi » (Torah) par les juifs et Pentateuque par les chrétiens (*penta* : cinq). On attribue la publication de la Loi au roi Josias, à la fin du vii^e siècle, ou même au scribe Esdras, au milieu du v^e siècle. Que la date de formation ou de composition du Pentateuque soit ainsi très incertaine ne doit pas nous dispenser de la faire figurer au nombre des 100 dates du droit, car l'influence de cette législation a été extrêmement importante tout au long des siècles suivants et jusqu'à nos jours. En effet, la Torah ne comporte pas seulement les célèbres « Dix commandements » ou Décalogue (que l'on trouve deux fois dans le Pentateuque : au livre de l'Exode [20, 2-17] et dans le Deutéronome [5, 6-21]), il comporte aussi le « Code de l'Alliance » (Exode, 20 à 23), codification des us et coutumes des 12 tribus d'Israël après leur sédentarisation en Canaan. C'est donc un droit commun à l'ensemble du peuple qui regroupe des

prescriptions religieuses (rejet des dieux étrangers, statut des prêtres, célébrations...), mais aussi des règles relatives aux rapports sociaux (comme le traitement des esclaves) et du droit pénal (loi du talion, etc.). Alors que le premier des Dix commandements avait posé l'interdit « Tu ne tueras pas » sans exception ni réserve, le Code de l'Alliance admet la peine de mort pour l'homicide (« Vie pour vie ») ou pour certains comportements assimilés à des crimes religieux, comme la bestialité (Exode, 22, 18). Outre le Décalogue et le Code de l'Alliance, le Lévitique, troisième livre du Pentateuque, énonce aussi un grand nombre de « lois ». Son nom le désigne comme « Code sacerdotal » (Code des Lévites), mais en réalité il régleme la vie quotidienne de l'ensemble du peuple, et pas seulement des Lévites, par exemple en faisant le départ entre le « pur » et l'« impur » (d'où les interdits alimentaires, entre autres). Si le Code de l'alliance et le Code sacerdotal n'ont pas été « reçus » comme droit positif par l'Église chrétienne, sauf ponctuellement, les chrétiens ont en revanche toujours considéré le Décalogue comme porteur des « commandements » de Dieu.

970 ? – 931 ? : « Jugement

» de Salomon

Fils de David, ce roi est présenté par la Bible comme un grand sage. L'Église en fera par la suite le modèle du roi juste et le proposera à l'imitation de tous les monarques chrétiens. Cette renommée est établie en particulier sur un épisode remarquable, le fameux « jugement de Salomon » (1 *Rois* 3, 16-28) : deux femmes se disputant le même nouveau-né sans qu'aucune preuve ne puisse les départager, le roi ordonne que l'enfant soit coupé en deux et que chacune des mères prétendues en reçoive une moitié. Tandis que l'une des deux femmes accepte cette solution, l'autre la refuse et préfère se désister de sa demande pour éviter que l'enfant ne soit tué : ce dont le roi conclut très sagement que celle-ci est la vraie mère. Dans le langage courant, l'expression « jugement de Salomon » renvoie à une décision particulièrement équitable et fondée sur une certitude absolue.

621 : « Lois » de Dracon

Considéré comme le premier législateur d'Athènes, Dracon

est resté célèbre à travers l'adjectif « draconien » qui qualifie une disposition ou une mesure extrêmement sévère. De fait, les lois de Dracon étaient essentiellement pénales et punissaient de mort l'homicide volontaire et le vol, même minime. Selon Plutarque, les Grecs disaient que Dracon avait écrit ses lois « non avec de l'encre mais avec du sang ». Pourtant, ces lois apportent sans doute une amélioration par rapport au droit antérieur (fondé sur la vengeance familiale), en particulier parce qu'elles font la distinction entre meurtre (prémédité), homicide volontaire et homicide involontaire. De plus, dans la mesure où il s'agit d'un droit écrit et affiché en public, le progrès réside dans cette publication même, tous les Athéniens étant désormais à même de connaître la loi. Outre les dispositions pénales, le « code » de Dracon contenait aussi des règles de droit privé, mais leur contenu effectif est incertain et discuté. Ces lois ont été remplacées au début du vi^e siècle par celles de Solon*.

594-593 : « Lois » de Solon

Né vers 640 dans une famille noble d'Athènes, Solon est élu archonte (magistrat supérieur) pour l'année 594-593.

C'est à ce titre qu'il procède à plusieurs réformes très importantes qui préparent (de loin) l'avènement de la démocratie à Athènes : suppression de l'esclavage pour dette, mise en place du tribunal populaire de l'Héliée, réformes du droit de la famille (avec en particulier la liberté testamentaire, premier pas vers une forme d'individualisme patrimonial). Tout ceci est en réalité très conjectural, car nous ne connaissons pas le texte des lois de Solon. Platon et Aristote, pour une fois d'accord, ont fait de lui le prototype du législateur. C'est sa fameuse maxime : « Rien de trop », qui lui aurait valu d'être placé par la tradition parmi les Sept sages de la Grèce, en compagnie d'autres législateurs ou philosophes des vii^e et vi^e siècles. Il serait mort vers 540, à un âge suffisant pour devenir sage en effet.

451-450 av. J.-C. : Loi des Douze Tables

C'est le premier et le plus prestigieux des monuments juridiques de Rome. Il constitue le fondement du droit civil – celui qui, par définition, est réservé aux citoyens romains

(*cives*) – et sera entouré jusqu’à la fin de l’Empire d’une constante vénération. D’après la tradition, sa rédaction fut le résultat d’une campagne politique menée à partir de 462 par un tribun de la plèbe pour obtenir des patriciens que les limites du pouvoir politique (*imperium*) des consuls soient fixées par la loi et qu’ainsi les droits de tous les citoyens, plébéiens compris, soient connus et garantis. Après avoir résisté quelques années, les patriciens cèdent en 454 et acceptent la création d’un collège de magistrats spéciaux, les *décemvirs* (les « dix hommes ») « chargés de rédiger les lois au sujet de l’*imperium* des consuls ». Selon une légende évidemment destinée à rehausser le prestige du « code » romain, ses rédacteurs (ou certains d’entre eux) seraient allés à Athènes pour étudier les lois de Solon et s’en inspirer. Les dix premières tables ont été rédigées en 451, les deux autres l’année suivante. Ces tables étaient des panneaux (de pierre ?) sur lesquels étaient transcrites les nouvelles dispositions du droit (*jus*). Affichées sur le forum, tous les citoyens pouvaient les lire ou se les faire lire. Détruites vers 390 av. J.-C. par les Gaulois, puis à nouveau au moment des Invasions germaniques, les XII Tables ne sont pas parvenues jusqu’à nous. On n’en connaît que des éléments épars, cités de façon partielle et plus ou moins exacte par divers auteurs postérieurs, ce qui

rend très problématique la reconstitution du texte : on en est réduit à des hypothèses. Il y était question des atteintes aux biens et aux personnes, des cultes publics, de l'organisation familiale, de procédure civile et de voies d'exécution. – Le grand mérite de la loi des XII Tables est qu'elle instituait à Rome un « état de droit ». Reconnaissant aux citoyens certains droits précis, elle leur donnait les moyens de les faire respecter par une « action » en justice. Chaque fois que les conditions énoncées par la loi étaient réunies, tout citoyen pouvait donc « agir » en demandant à un magistrat le bénéfice d'un procès ; c'est la procédure des « actions de la loi » (*legis actiones*). Par rapport au droit antérieur qui était laissé à l'arbitraire des pontifes et des consuls, c'était une véritable révolution.

286 (?) : Loi *Aquilia*

Après l'adoption de la loi des XII Tables*, le peuple romain a voté quelques lois complémentaires (peu nombreuses) dont l'une des plus célèbres est la *Lex Aquilia*. Sa date est très discutée, certains la faisant remonter au iv^e siècle. Il s'agissait à l'origine d'assurer la réparation des « dommages causés sans droit » (*damnum*

injuria datum) au patrimoine d'un citoyen dans des circonstances très limitativement énumérées. Par la suite, grâce à la jurisprudence et à l'action du préteur (voir 130 apr. J.-C.), le régime de la réparation s'est sensiblement élargi, mais sans que le droit romain parvienne à élaborer une théorie globale de la responsabilité délictuelle. Le souvenir de la *Lex Aquilia* s'est néanmoins maintenu jusqu'à nos jours dans l'expression « responsabilité aquilienne », synonyme de « responsabilité délictuelle ». Les vieux magistrats citaient encore naguère l'adage *In lege Aquilia et culpa levissima venit* pour rappeler que même une faute très légère peut donner lieu à réparation.

27 av. – 14 apr. J.-C. : Lois d'Auguste (*Leges Juliae*)

Les dates indiquées ici sont celles du règne d'Auguste, fondateur de l'Empire, qui a beaucoup légiféré, toutes les lois qu'il a « portées » étant désignées, à partir du nom de sa famille, comme *Leges Juliae*. Auguste a voulu non seulement réformer la république en lui donnant des institutions stables, mais aussi restaurer l'ordre public (*Lex*

Julia de vi : sur les violences, qui renforce une précédente *Lex Julia de vi* due à César), le mariage (*L. J. de maritandis ordinibus*, destinée en particulier à favoriser la natalité), la famille et les mœurs traditionnelles (*L. J. de adulteriis*, aggravant les peines encourues par la femme adultère). D'autres lois d'Auguste réglementent les juridictions et la procédure (lois judiciaires). Ce modèle de l'empereur restaurateur du droit inspirera aussi bien Justinien (voir 528-534) que Bonaparte (voir 1804).

v. 46 – 54 (?) après J.-C. : Sénatus consulte Velléien

C'est l'un des textes de droit romain les plus célèbres et l'un des plus souvent cités par tous les juristes de l'ancienne Europe pendant des siècles. Proposé au Sénat par les deux consuls (dont l'un s'appelait Velleius Tutor, d'où le nom du S. C.), ce texte visait à protéger le patrimoine de la femme en lui interdisant de se porter caution pour autrui (*intercedere pro alio*). Antérieurement, des édits d'Auguste et de Claude lui avaient défendu de cautionner sur sa dot les engagements de son mari,

considéré comme particulièrement susceptible de la gruger... Le Velléien est rapporté par Ulpien* dans son *Commentaire* de l'édit du préteur (l. 29) et se retrouve au *Digeste* (16, 1, 2, 1 ; voir 528-534). Dans le fragment qui suit, Ulpien allègue à l'appui de ces dispositions restrictives de la capacité juridique des femmes « la faiblesse de leur sexe » (*imbecillitas sexus*), formule promise à un grand avenir.

130 apr. J.-C. : Rédaction définitive de l'édit du préteur

C'est l'un des grands « monuments » du droit romain. Au début de la République, lorsqu'un citoyen voulait intenter un procès pour faire valoir un droit, par exemple pour revendiquer une chose qu'on lui avait indûment enlevée, ou pour demander réparation d'une injure, il devait se présenter devant le consul et exprimer sa demande en la rattachant à une procédure précise, prévue par la coutume ou inscrite dans la loi des XII Tables, la procédure des « actions de la loi » (voir 451-450). Les plaideurs

s'adressaient à un magistrat supérieur (un consul d'abord puis, à partir du milieu du iv^e s. av. J.-C., le préteur) qui désignait un juge (choisi parmi les citoyens les plus notables). Encore fallait-il que le plaideur se réfère à une action prévue par la loi ; car si la demande ne correspondait pas exactement à l'une des « actions de la loi » disponibles, le procès ne pouvait pas avoir lieu : *pas d'action, pas de procès*. Au cours du iii^e s. av. J.-C., la rigidité de ce système est devenue de plus en plus gênante. Avec le développement de la puissance romaine, l'extension du territoire, l'accroissement des richesses, l'afflux dans la ville d'étrangers de plus en plus nombreux..., de nouveaux types de litiges ont forcément surgi, que la vieille procédure ne permettait plus de résoudre. Il fallut donc l'assouplir et, ce faisant, la transformer : ce fut le rôle du préteur, véritable « ministre » de la justice élu pour un an par l'assemblée du peuple. C'est à lui qu'il revint de créer de *nouvelles actions* et par là de nouvelles manières de dire le droit, au fur et à mesure que le besoin s'en faisait sentir. Comment s'y est-il pris ? En mettant au point, avec l'aide des juristes de métier (les *jurisprudents*) qui l'entourent, une *formule* : une sorte de petit « programme » par lequel le préteur, en désignant le juge, lui indique de quelle manière, à défaut d'action de la loi, il peut trancher le litige.

On appelle cette nouvelle procédure la *procédure formulaire*. Dans un premier temps, le préteur est parti des actions existantes pour les assouplir, les élargir, en étendre l'application à des cas nouveaux. Et puis, dans un second temps, le préteur et ses conseillers ont élaboré des actions tout à fait nouvelles, sans aucun lien avec les actions existantes. Au cours du deuxième siècle, peut-être avant, les préteurs ont pris l'habitude d'annoncer dès le moment de leur entrée en fonction les innovations qu'ils comptaient introduire dans le droit. Comme d'autres magistrats, le préteur avait en effet le *jus edicendi*, c'est-à-dire la possibilité de publier un édit (*edictum*) au moment d'entrer en charge. *L'édit du préteur*, publié d'année en année, était donc une sorte de programme judiciaire : c'était la liste des actions que le magistrat chargé de la justice s'engageait à délivrer aux plaideurs. Bien sûr, cette liste n'était pas bouleversée chaque année : chaque nouveau préteur reprenait les actions introduites par ses prédécesseurs en y ajoutant simplement quelques innovations. Le *droit prétorien* a ainsi été une création continue. C'est la principale source créatrice du droit romain pendant les deux derniers siècles de la République et au début de l'Empire. Mais à cette époque, peu à peu, l'édit du préteur perd son dynamisme : les préteurs nouveaux se contentent

de le recopier sans modification d'une année à l'autre. C'est la raison pour laquelle, vers l'année 130, l'empereur Hadrien a demandé au grand juriste Julien de donner une édition ordonnée et définitive de l'« Édít perpétuel » (*Edictum perpetuum*). Sous cette forme, l'œuvre des préteurs continuera à régir la vie juridique dans les siècles suivants, à côté d'une autre source du droit de plus en plus présente : la législation impériale. Les grands juristes du Haut Empire ont aussi donné des commentaires de l'Édit perpétuel (*Libri ad Edictum*), le plus célèbre étant celui d'Ulpíen*.

212 : Édít de Caracalla

La *Constitutio Antoniana de civitate* confère le droit de cité romaine à tous les habitants libres de l'Empire, à l'exception des« déditices » (ce terme désignant les Barbares vaincus que les généraux romains avaient installés dans les zones frontières de la Germanie). La distinction séculaire entre citoyens romains et pérégrins est donc abolie au profit d'une complète égalité juridique de tous les libres. Cette constitution n'est nouvelle que par sa généralité : elle conclut un long mouvement de concession

de la citoyenneté romaine aux élites provinciales qui remontait à Auguste. Pour autant, derrière l'apparente homogénéité juridique de l'ensemble du monde romain, les provinciaux ont bien souvent gardé leurs coutumes et usages propres qui se mélangent de façons diverses au droit romain. Au début du v^e siècle, saint Augustin saluera néanmoins la réforme de Caracalla pour avoir « étendu à tous ce qui n'était jusqu'alors que le privilège de quelques-uns ».

223 ? : Mort d'Ulpien

Sans aucun doute, le plus grand des jurisconsultes romains, Ulpien, était né en Syrie. Il avait appris le droit peut-être à Beyrouth, puis à Rome, où il entre dans l'administration impériale au début du iii^e siècle, sous Septime Sévère. Proche de Caracalla, Ulpien serait l'un des instigateurs de l'édit de 212* : un provincial œuvrant en faveur des provinciaux. Son œuvre juridique est considérable : plus de 200 ouvrages, portant sur tous les domaines du droit. Ses *Institutes*, manuel destiné aux étudiants, sont célèbres, ainsi que son commentaire de l'édit du préteur (voir 130 *apr. J.-C.*), ses livres sur l'organisation des tribunaux et sur la

procédure extraordinaire (*De officio proconsulis*) et son recueil de *Règles*. Ses définitions du droit et de la justice, inspirées d'Aristote, sont très connues : le droit est la mise en œuvre de la justice (« *jus* vient de *justicia* ») et celle-ci réside dans « une volonté constante et perpétuelle d'attribuer à chacun le sien » (*suum cuique tribuere* : D. 1, 1, 10). De même, sa conception du rôle du juriste : « C'est à bon droit que l'on nous qualifie de *prêtres*, car nous exerçons la justice et nous faisons connaître ce qui est bon et équitable, séparant l'équité de l'iniquité, distinguant le licite de l'illicite, cherchant à procurer le bien non seulement par la menace des châtiments mais aussi par la promesse des récompenses, pratiquant ainsi... la *vraie philosophie*... » (D. 1, 1, 1, 1). Ulpien est le jurisconsulte le plus utilisé par le Digeste (voir 528-534): plus de 40 % des fragments cités viennent de lui. Il est mort dans l'exercice de ses fonctions de préfet du prétoire, la plus haute charge administrative de l'Empire, tué par les prétoriens révoltés.

313 : « Édít » de Milan

Cette expression désigne (improprement) la décision par

laquelle Constantin et son collègue Licinius, réunis à Milan en février 313, interrompent la grande persécution commencée contre les chrétiens par Dioclétien en 303 et accordent ainsi à tous les habitants de l'Empire la liberté religieuse. C'est la confirmation d'un édit de tolérance pris par Galère en avril 311 mais qui n'avait pas été mis à exécution. Les chrétiens retrouvent leurs lieux de culte, et on leur rend les biens qui leur avaient été confisqués. Constantin, quelques années plus tard, adhèrera à la foi chrétienne, et le christianisme, après quelques vicissitudes au temps de Julien l'Apostat, deviendra la religion officielle de l'Empire avant la fin du siècle (380 : édit de Thessalonique). À partir de là, l'Église s'est rapidement développée sur le modèle institutionnel et juridique de l'État romain en devenant elle-même « romaine ». Elle s'est dotée d'un droit propre, le *droit canonique*, qui deviendra dans les siècles suivants l'un des « droits communs » de l'Europe (voir 1140-1150).

438 : Code Théodosien

C'est le premier « code » officiel promulgué à Rome depuis les XII Tables. À partir du iii^e siècle, et plus encore

aux iv^e et v^e, les lois (désormais faites par les empereurs) se sont multipliées. Dans un contexte social profondément troublé par les menaces extérieures, la crise des anciennes valeurs, le recul économique, l'État a réagi par une législation foisonnante portant sur toute sorte d'objets : organisation familiale, vie des métiers, condition des paysans, administration locale, régime des prix, ravitaillement et transport des marchandises, vie religieuse, protocole de la cour impériale, etc. En proliférant, les lois ont fini par former une masse de plus en plus difficile à manier. Pour tenter de mettre de l'ordre dans ce chaos législatif sont publiées, vers 292, les premières *compilations* : ce sont les *codes* des juristes Grégoire et Hermogène. C'est dans ce contexte que le mot « code » fait son apparition dans le vocabulaire juridique. À l'origine, ce terme n'est pas propre au droit. Il désigne une nouvelle manière de présenter les textes écrits : celle qui nous est aujourd'hui la plus familière, le *livre*. Jusqu'au deuxième siècle en effet, la présentation la plus fréquente était celle du rouleau (*volumen*) ; pour lire, il fallait dérouler le texte d'un côté et l'enrouler de l'autre ; ce n'était pas très commode ! Au iii^e siècle se répand la nouvelle technique du *codex* : une série de feuilles distinctes, rectangulaires, pliées en cahiers superposés et reliés ensemble par un côté. Ce

fut une véritable révolution, car cette nouvelle présentation en *codex*, beaucoup plus maniable que l'archaïque *volumen*, rendait incomparablement plus facile la consultation d'un texte abondant et la recherche de références éparses. C'est pour cette évidente raison de commodité que l'usage du *codex* a été immédiatement adopté par les juristes, confrontés à une documentation foisonnante. Les codes grégorien et hermogénien, compilations privées, n'avaient pas d'autre ambition que de rendre service aux praticiens du droit. Tout autre est la compilation officielle réalisée sur l'ordre de l'empereur d'Orient Théodose II, le *Code théodosien*. Décidée en 429, confiée à une commission de 16 membres, elle est achevée en 438 et promulguée à la fois en Orient et en Occident. Elle rassemble selon un plan systématique toutes les constitutions impériales promulguées depuis Constantin. La matière est répartie en 16 livres, eux-mêmes divisés en titres ; dans chaque titre, les lois sont classées par ordre chronologique. Le Code théodosien est resté en vigueur en Occident jusqu'à la fin de l'Empire, du moins sous sa forme initiale ; il fera ensuite l'objet de résumés ou « bréviaires ». En Orient, il s'est appliqué jusqu'à la promulgation du Code de Justinien (voir 529-533).

476 : Loi des Wisigoths

L'année 476 marque traditionnellement la fin de l'Empire romain en Occident : en théorie, il n'y a plus désormais qu'un seul empereur à Constantinople, en pratique la partie occidentale de l'Empire romain se divise en royaumes *de facto* indépendants. C'est dans ce nouveau contexte qu'apparaissent les lois dites « barbares » (expression bien discutable !), officiellement promulguées à la fin du v^e siècle et au tout début du vi^e par les chefs des nouveaux royaumes, qui veulent donner à leurs sujets d'origine germanique un droit *écrit*, et écrit *en latin* : donc un droit formellement comparable au droit de Rome. Jusqu'aux Invasions en effet, les différentes tribus germaniques établies au-delà du *limes* romain étaient régies par de simples usages oraux, les « coutumes des ancêtres », qui formaient un droit très sommaire. La rédaction du droit applicable aux barbares est donc une étape importante de leur intégration à la romanité.

La plus ancienne rédaction d'une « loi » pour les barbares est le « code » promulgué en 476 par Euric, roi des Wisigoths, qui régnait à ce moment-là sur le sud-ouest de la

Gaule et l'Espagne. Le *Code d'Euric*, qui combinait traditions germaniques, droit romain et influence chrétienne, a été complété aux vi^e et vii^e siècles, après le repli du royaume wisigothique sur l'Espagne. La loi des Wisigoths devient alors un droit territorial et s'applique, sous le nom de *Liber judiciorum* (Livre des jugements), à tous les sujets du roi. Elle a joué un grand rôle dans la formation du droit espagnol. Sous le nom de *Fuero Juzgo*, elle s'appliquera en Castille jusqu'à la fin du Moyen Âge. Cette rédaction de leur droit propre marque pour les Germains installés dans l'Empire un double progrès : non seulement ces droits affectent désormais, comme le droit romain, la forme d'un texte latin, mais encore il s'agit d'un droit amélioré dans son contenu, parfois de façon substantielle.

v. 502 : Lois des Burgondes

Dans le royaume burgonde, c'est le roi Gondebaud qui promulgue autour de 502 une « loi des Burgondes », dite loi Gombette (*Lex Gundebalda*, du nom du roi). Elle est parallèle à une autre loi d'inspiration romaine et destinée aux sujets romains du même roi, compilation maladroite de

textes romains (dont le Code théodosien*) qui a été rapidement remplacée par le Bréviaire d'Alaric*.

506 : Bréviaire d'Alaric

Aussitôt après sa promulgation, le Code théodosien*, trop difficile à comprendre, avait été assorti de résumés simplificateurs présentés comme des *interprétations* (à vrai dire pas toujours fidèles). En 506, le roi wisigoth qui régnait à Toulouse, Alaric II (qui sera vaincu et tué l'année suivante à Vouillé par Clovis) promulgue une « loi romaine » pour ses sujets romains. L'objectif affiché dès le préambule est de « faire disparaître toute obscurité dans les lois romaines et le droit ». En réalité, cette « loi » n'est pas une nouvelle rédaction du droit. C'est une simple compilation, une juxtaposition de textes déjà publiés ou connus : la majeure partie du Code théodosien assorti de ses interprétations, quelques constitutions impériales postérieures à ce Code et des extraits d'œuvres doctrinales antérieures. On appellera ce texte, à partir du xvi^e siècle, le *Bréviaire d'Alaric*. L'ensemble, à peine classé, est assez hétéroclite. Cette publication hâtive s'expliquerait par le souci du roi Alaric de complaire à ses sujets « romains » en

simplifiant à leur intention les sources du droit, au moment où la puissance franque devenait de plus en plus menaçante.

Quoi qu'il en soit de cette explication, Alaric mourra l'année suivante sur le champ de bataille de Vouillé, et Clovis étendra son royaume jusqu'aux Pyrénées. Ce faisant, il conservera le legs du Wisigoth vaincu en déclarant sa « loi romaine » applicable à toute la Gaule. C'est donc ce texte qui constitue désormais le recueil officiel du droit romain pour l'ensemble du royaume franc. Il s'appliquera jusqu'aux ix^e et x^e siècles, mais sous forme de résumés de plus en plus sommaires, et en prenant des formes de plus en plus locales. Les Francs, quant à eux, sont soumis à la loi salique.

507-511 ? : Promulgation de la loi salique par Clovis

De toutes les lois « barbares », la loi salique est la plus célèbre, en particulier pour ce qu'on lui a fait dire au Moyen Âge au sujet de la succession au trône de France

(l'exclusion des filles). C'est pour l'essentiel un code pénal, fondé sur le principe des *compositions pécuniaires* : en cas d'infraction, le coupable doit « composer » avec sa victime, c'est-à-dire la dédommager en argent ou en nature. Cette modalité de règlement des conflits de nature pénale est ancienne, on la trouve dans beaucoup de législations antiques. La loi salique se présente comme un long tarif de réparations fixes. En une série de titres qui s'est allongée avec le temps, la loi salique décrit donc toute sorte d'atteintes aux biens ou aux personnes, et fixe l'indemnisation correspondante. La composition centrale est celle qui concerne l'homicide : c'est le *wergeld*, ou « prix de l'homme ». Le « prix » du Franc ordinaire est ainsi fixé à 200 sous d'or, celui d'un Romain à 100 sous ; mais un Franc placé sous la protection du roi « vaut » 600 sous, et le Romain « convive du roi » en vaut 300, etc. Le *wergeld* des blessures varie, de la même façon, en fonction de leur gravité apparente. Vu d'aujourd'hui, il s'agit d'un mode de règlement des conflits très primitif. Et pourtant, la loi salique constitue à son époque un très grand progrès par rapport à l'ancienne pratique germanique de la vengeance privée illimitée. Ce progrès résulte de l'influence romaine, confortée par les conceptions chrétiennes. En effet, selon l'hypothèse la plus vraisemblable, le noyau

initial du texte était un règlement militaire donné à certaines tribus franques installées dès le milieu du iv^e siècle dans les Gaules, le long des frontières du nord et du nord-est, par les Romains eux-mêmes, pour consolider la défense de l'Empire. Organisés en colonies militaires, ces Francs dépendaient des généraux romains chargés des circonscriptions frontalières et pouvaient donc recevoir d'eux des règlements disciplinaires. C'est dans ce contexte que les Francs, « auxiliaires » des Romains, auraient reçu une « loi » qui leur interdisait formellement de recourir à la pratique ancestrale de la vengeance privée – génératrice de querelles incessantes – et remplaçait celle-ci par un principe d'indemnisation systématique non seulement des coups et blessures, mais même des homicides. C'est autour de ce noyau premier, qui a dû prendre vers 350 la forme de proclamations orales, que la loi salique elle-même s'est ensuite développée jusqu'à sa mise en forme officielle, dans le contexte du royaume franc, à la fin du règne de Clovis – sans doute entre 507 et 511. À cette époque, le roi est baptisé depuis une dizaine d'années et gouverne entouré d'évêques. L'idée de transformer le code disciplinaire romain en loi royale officielle vient vraisemblablement de cet entourage ecclésiastique, soucieux d'empêcher le retour aux vieilles pratiques

vindicateurs. Ainsi, loin d'être du « droit germanique pur », comme on le disait naguère, la loi salique est dans son principe un texte romain, certes adapté à une population germanique, mais avant tout destiné à la détourner de ses anciennes coutumes. La loi salique a été ensuite enrichie à plusieurs reprises, jusqu'à ce que Charlemagne en donne la dernière version « amendée » en 768.

528-534 : Compilation de Justinien

On parle de compilation ou de « codification » justinienne, en prenant le mot « codification » dans un sens large, comme regroupement et mise en ordre de textes juridiques existants (c'est ce que l'on appelle aujourd'hui la « codification à droit constant », par opposition à la codification *créatrice* qui apparaîtra au xviii^e siècle). L'œuvre de Justinien revêt une énorme importance pour toute l'histoire des droits européens jusqu'à nos jours. En effet, l'empereur a voulu faire la somme de tout le droit romain depuis ses origines pour le transmettre, comme un héritage précieux, à la postérité. Justinien a régné sur

l'empire d'Orient entre 527 et 565. Il rêvait de restaurer l'Empire romain dans son antique splendeur. Il a entrepris de reconquérir l'Occident alors aux mains des Barbares et a réussi à en récupérer une grande partie, jusqu'au sud de l'Espagne. Mais sa grande idée était la *restauration juridique*. Ce fut un immense chantier, ouvert dès 528 et confié à un ancien professeur de droit devenu questeur du « Sacré Palais », Tribonien, qui a réuni autour de lui les plus éminents spécialistes, professeurs, hauts fonctionnaires, avocats.

La compilation justinienne comporte quatre éléments. D'abord, un nouveau code. De fait, celui de Théodose était dépassé : depuis près d'un siècle, une masse considérable de constitutions nouvelles s'était ajoutée aux précédentes. La commission travailla vite, réutilisant le Code théodosien* pour la partie ancienne, le complétant pour la période postérieure. Il fut achevé en avril 529, mais très vite remis sur le métier pour être complété. Seule cette seconde version nous est parvenue : elle a été publiée le 16 novembre 534. Le Code de Justinien est divisé en 12 livres, eux-mêmes subdivisés en titres ; les lois sont classées dans chaque titre par ordre chronologique. Le deuxième élément de la compilation est le *Digeste* (en grec : *Pandectes*). C'est

un recueil soigneusement « mis en ordre » (c'est le sens du mot « digeste ») des extraits les plus significatifs des grandes œuvres juridiques du passé. Une commission de 16 membres, que Justinien présida parfois en personne, devait en sélectionner les passages les plus significatifs ou les plus utiles. Comme l'empereur l'explique lui-même, la commission a opéré une réduction au 1/20 de la documentation existante : sur trois millions de lignes, elle en a retenu 150 000. Les œuvres de 38 jurisconsultes, représentant 1 600 ouvrages, ont été mises à contribution. Les auteurs les plus cités sont Gaius, Paul, Papinien et surtout Ulpien*, qui arrive largement en tête. Divisé en 50 livres (eux-mêmes subdivisés en titres, fragments et paragraphes), le *Digeste* fut promulgué le 16 décembre 529 par la constitution *Tanta* dans laquelle Justinien se targue d'avoir réalisé « ce qui paraissait tout à fait impossible à l'esprit humain : ... ramener à l'unité et à l'harmonie le droit de Rome, depuis sa fondation jusqu'à notre époque, c'est-à-dire pendant quatorze siècles. »

Mais il ne servait à rien de restaurer le droit si l'on ne restaurait pas aussi l'enseignement du droit. C'est la raison pour laquelle Justinien a demandé à trois professeurs de droit (dont Tribonien) de rédiger des *Institutes*, comme

l'avaient fait auparavant les grands jurisconsultes, dont Gaius et Ulpien. Le manuel est adressé « à la jeunesse avide des lois ». Il fut promulgué le 21 novembre de la même année 533, précédé d'une préface remarquable qui, dès la première phrase, met en parallèle la puissance des lois et la force des armes : « La Majesté impériale ne doit pas seulement être illustrée par les armes, elle doit aussi être armée par les lois : ceci, afin ... que le prince soit victorieux non seulement de ses ennemis dans les batailles mais aussi en réprimant les iniquités des malfaiteurs à l'aide des lois... »

Après 533, Justinien a encore régné plus de trente ans et a continué à légiférer. Ce sont ces constitutions postérieures au Code qui ont été par la suite réunies dans un quatrième recueil, les *Novelles* (« nouvelles » constitutions). Promulguée théoriquement pour tout l'Empire romain, la compilation justinienne ne fut vraiment connue qu'en Orient. Pour plusieurs siècles, en fait de droit romain, l'Occident en resta au Code théodosien et à ses succédanés. Et c'est seulement à la fin du xi^e siècle que le droit de Justinien sera découvert en Italie puis passionnément étudié : début de la renaissance juridique de l'Occident (voir v. 1100).

622 : L'Hégire et la *charia*

Le mot *Hégire* (« exil » ou « séparation ») désigne le départ de Mahomet de la Mecque à Médine et le premier acte de sa mission prophétique. C'est donc le début de l'islam (et aussi du calendrier musulman). Dans la mesure où le droit musulman est essentiellement de nature religieuse, on peut considérer l'acte fondateur de cette religion comme une grande date du droit. La première et principale source du droit islamique, ou *charia*, est en effet le Coran, qui rassemble les révélations de Dieu (*Allah* en arabe) à celui qui se présente comme son ultime Prophète, Mahomet (mort en 632). Révélation définitive, donc, qui comporte à la fois un aspect théologique et un code de conduite (la « voie à suivre »), qui touche à tous les aspects de la vie sociale, familiale et individuelle. Le droit islamique est ainsi un droit révélé par Dieu, un droit « divin » *stricto sensu*. Les juristes musulmans distinguent parmi les versets juridiques du Coran (« versets légaux ») ceux qui traitent du statut personnel (70), du droit « civil » (70), du droit pénal (30), de la procédure (13), de la « constitution » de la communauté islamique (10), des affaires économiques (10) et enfin des relations avec les autres puissances, en somme

le « droit international » (25). Mais comme le Coran lui-même ne réglait pas tout, on l'a complété avec la *Sounna*, qui désigne la manière dont le Prophète s'est comporté dans différentes circonstances de la vie, en somme l'exemple vivant qu'il a donné. Ces exemples ont été recueillis sous forme de « faits » ou anecdotes appelés *hadith*. À côté du Coran et de la *Sounna*, le droit musulman admet aussi une troisième source, de nature doctrinale : l'accord unanime des docteurs de la loi sur la manière de comprendre les deux premières sources. Le travail d'interprétation a été intense du vi^e au x^e siècle, donnant naissance à plusieurs « écoles » juridiques, puis il a été considéré comme terminé. Le caractère fondamentalement *révélé* (au sens religieux du terme) de la *charia* constitue assurément une difficulté pour les musulmans qui vivent dans des sociétés laïcisées, et particulièrement en France où la conception officielle de la laïcité est très stricte : on l'a bien vu, récemment, avec la question des « signes religieux à l'école » (loi du 15 mars 2004) et tout dernièrement avec le texte sur le voile intégral (loi du 11 octobre 2010 « interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public »). Le droit coranique est un droit entièrement religieux, bien différent du droit canonique chrétien qui ne se présente pas comme « droit divin », mais

simplement comme un droit « humain » fondé sur les *principes* du christianisme, et donc susceptible d'une évolution continue (voir *1140-1150* et *1234*). Plus largement, en distinguant le Royaume de Dieu des royaumes terrestres (« Mon royaume n'est pas de ce monde ») et le domaine de Dieu de celui des souverains séculiers (« Rendez à César ce qui est à César et à Dieu ce qui est à Dieu »), le Christ a reconnu la légitimité d'institutions humaines *autonomes* par rapport au dogme religieux révélé et donc la possibilité d'un droit humain *distinct* du droit divin (ce dernier étant réduit aux préceptes fondamentaux : l'Évangile ne contient aucune règle de droit positif).

789 : *Admonitio generalis* de Charlemagne

C'est le plus célèbre des « capitulaires ». On appelle ainsi, à l'époque franque, les actes législatifs qui énoncent, en une série de petits chapitres (*capitula*), des règles promulguées par le roi après discussion préalable dans le cadre de l'assemblée du peuple (c'est-à-dire des guerriers)

réunie à date fixe. Les capitulaires sont pour l'essentiel de deux sortes. Les uns sont ajoutés à la loi salique (voir 507-511) et ne s'appliquent de ce fait qu'aux seuls Francs (c'est donc encore un droit ethnique). Les autres – les plus importants – s'appliquent à tous les sujets du roi, quelle que soit leur origine « nationale », dans l'ensemble du royaume : c'est donc un *droit territorial*, comparable à cet égard à celui de l'Empire romain. L'*Admonitio generalis* (« Avertissement général ») promulgué par Charlemagne en 789 est de ce dernier type. Ses *capitula* portent sur des sujets très divers, mais l'inspiration dominante est nettement religieuse. Le roi « ministre de Dieu » est en charge du Salut (éternel) de son peuple et doit donc s'assurer que celui-ci marche dans la « voie droite » ; d'où le souci de lui donner une bonne formation religieuse et d'améliorer la qualité de la liturgie. C'est ainsi que le c. 72 prescrit aux prêtres de procurer une bonne formation à tous les enfants, qu'ils soient d'origine servile ou de condition libre, et d'organiser pour eux, dans les monastères ou auprès des cathédrales, des *écoles* où ils pourront apprendre à lire, à chanter et à « compter » (essentiellement dans un but liturgique). Dans le même esprit, le c. 80 recommande aux prêtres d'adopter la liturgie romaine (ou « grégorienne ») afin que le peuple

célèbre le culte d'une seule voix d'un bout à l'autre du royaume. D'autres capitulaires très importants ont été promulgués par Charlemagne après la restauration de l'empire d'Occident, en 800, et ensuite par son fils Louis le Pieux († 840).

v. 1100-1150 : Débuts de l'école juridique de Bologne

C'est à Bologne, dès la fin du xi^e siècle, que le droit des compilations justiniennes (voir 528-534) a commencé à faire l'objet d'une étude savante et d'un enseignement qui allait bientôt devenir « universitaire ». Le premier maître fut Irnerius. D'abord « maître ès arts », c'est-à-dire grammairien, il devint aussi juge de Bologne : d'où son intérêt pour le droit. Aux alentours de l'an 1100 (?), il se mit à « lire » les textes de Justinien devant des élèves. C'est le début d'un enseignement juridique qui allait faire de Bologne, pour longtemps, la capitale européenne du droit. Irnerius a enseigné au moins jusqu'en 1125. Il laisse

en mourant quatre disciples, qu'il a formés à l'explication du droit romain et qui vont en perpétuer l'enseignement. Ce sont les fameux « quatre docteurs » : Martinus, Bulgarus, Hugo et Jacobus. Ils forment la seconde génération des *civilistes* – les spécialistes du droit « civil », c'est-à-dire romain. Hormis quelques anecdotes douteuses, on sait très peu de choses de leur vie. Ils ont été présents en 1158 auprès de l'empereur Frédéric Barberousse dans une circonstance politique importante, la Diète de Roncaglia (en Italie du nord). Martinus († 1159) et Bulgarus († 1166) se sont souvent opposés sur l'interprétation du droit de Justinien ; leurs élèves respectifs ont repris leurs thèses, formant ainsi pour quelque temps deux « écoles » rivales. À la troisième génération, les docteurs quittent l'Italie pour aller porter ailleurs les « lumières du droit ». C'est ainsi que Placentin (né à Plaisance) est venu dans les années 1160-1180 enseigner le droit romain à Montpellier, fondant la première école de droit dans les limites de la France actuelle. Ces premiers civilistes ont expliqué le droit romain selon une méthode semblable à celle des grammairiens : la lecture (*lectura*, ou *lectio* : « leçon ») du texte accompagné de l'explication des mots considérés comme importants ou difficiles. Ce commentaire des mots

est appelé *glose* (en grec : le « mot »). D'abord orales, les gloses sont ensuite notées sur les manuscrits par les maîtres eux-mêmes ou par un auditeur, qualifié de « rapporteur ». Les gloses étaient notées parfois entre les lignes du texte (gl. interlinéaires), plus souvent dans ses marges (gl. marginales). Elles sont identifiables par le sigle de l'auteur (une abréviation de son nom). Aux gloses d'Irnérius et des « quatre docteurs », les générations suivantes ont ajouté les leurs, de plus en plus nombreuses et détaillées. Il reviendra à Accurse d'en effectuer une remarquable remise en ordre (voir v. 1230-1240).

1140-1150 : Décret de Gratien

Le droit propre de l'Église (*droit canonique*) qui a commencé à se développer dès l'époque romaine, a pris beaucoup d'ampleur dans les premiers siècles du Moyen Âge. Comme pour le droit romain, l'abondance des normes de diverses natures (préceptes tirés de la Bible ou des écrits des Pères de l'Église, canons des conciles, décrétales des papes) a suscité la rédaction de compilations plus ou

moins complètes et ordonnées, qui sont d'abord des ouvrages privés. Avec le Décret de Gratien, on en reste à une compilation privée, certes, mais tellement complète qu'elle est de fait devenue une source quasi *officielle* du droit de l'Église. Œuvre collective réalisée en deux étapes (avant 1139, puis vers 1150) à Bologne, sous la direction de Gratien (un personnage dont on ne sait à peu près rien), le Décret s'intitule au départ « Concordance des canons discordants » (*Concordia discordantium canonum*). Ce titre indique son objet : il ne s'agit pas seulement, comme à l'époque précédente, de réunir une masse aussi abondante que possible de règles canoniques, il faut aussi les faire « concorder » – en dissipant les « discordances », les contradictions – pour en faire un tout *cohérent*. Le travail était considérable. Il fallait d'abord réunir les textes, très divers, porteurs de normes juridiques (tous désignés ici comme *canons*), vaste collecte pour laquelle Gratien a réutilisé les compilations antérieures, en particulier celle d'Ive de Chartres († 1115) ; ensuite, il fallait les classer, les regrouper, les comparer. Et il fallait surtout, en cas de discordance, s'efforcer de la résoudre. La méthode utilisée est celle que Pierre Abélard, le célèbre théologien parisien, avait esquissée quelques années auparavant dans son *Sic et non* (« Oui et non »). Sur une question donnée, les textes

sont répartis en deux masses : ceux qui vont dans le sens du pour (du *oui*) et ceux qui vont en sens inverse (contre, ou *non*), la contradiction étant (plus ou moins) résolue dans un *dictum* (« dit ») qui est l'œuvre propre de Gratien et qui sert de conclusion.

Travail énorme, le Décret est rapidement devenu un objet d'études et de commentaires, en un mot, de *doctrine*. Celle-ci est le fait de juristes spécialisés, les *décrististes*, qui « lisent » et expliquent le Décret comme au même moment les glossateurs lisent et expliquent le droit civil. Les *décrististes* rédigent donc des gloses, des sommes (résumés) et des commentaires. À l'époque suivante, il y aura dans les universités, à côté des facultés de droit civil (romain), des facultés spéciales vouées au droit canonique : les facultés de Décret.

1163-1173 : Usages de Barcelone

Ce texte fondamental dans l'histoire du droit catalan a d'abord été une compilation privée élaborée depuis le

milieu du xi^e siècle à partir de sources diverses – comme le Bréviaire d’Alaric*, le *Liber judiciorum* (voir 476), les *Étymologies* d’Isidore de Séville ou encore les collections canoniques – et enrichie jusqu’en 1163, en dernier lieu avec du droit romain « provençal ». Forte de 174 chapitres (appelés « usages »), la compilation est reconnue dix ans plus tard comme droit officiel de la Catalogne par le roi d’Aragon et sera dès lors considérée comme une œuvre de nature législative. En 1251, Jacques I^{er} décide que les usages constitueront la première source du droit catalan ; ils le resteront pendant les siècles suivants, même après la réunion des États de la couronne d’Aragon avec la Castille et même à l’époque des rois Bourbons.

1215 : Grande Charte du royaume d’Angleterre

Concédée par le roi d’Angleterre Jean sans Terre le 15 juin 1215, la Grande Charte (*Magna Carta*) s’intitule officiellement « Accord (*concordia*) entre le roi Jean et les barons sur les libertés de l’Église et du royaume d’Angleterre ». Elle met un terme à un affrontement

(*discordia*) de plusieurs années entre la Couronne et les grands du royaume, laïcs et ecclésiastiques, sur un certain nombre de points : organisation de l'Église, taxes, procédure judiciaire, etc. Bien qu'appelée à devenir universellement célèbre, puisqu'on y voit à juste titre le premier monument des fameuses « libertés anglaises », cette concession de Jean sans Terre n'est en réalité qu'une charte de franchises parmi des milliers d'autres qui ont fleuri, entre le xii^e et le xiv^e siècle, d'un bout à l'autre de l'Europe. Ce qui singularise la *charte des libertés* anglaises par rapport aux autres textes de même nature, c'est qu'elle vaut pour un royaume entier, alors que les *chartes de franchises* continentales n'étaient accordées qu'à une localité particulière (ou un groupe de localités), voire une province. Ces franchises étaient apparues à la fin du xi^e siècle, dans un contexte de « décollage » économique, puis s'étaient multipliées au xii^e, d'abord dans la France du Nord, la Flandre, les pays rhénans, mais aussi dans le Nord de l'Espagne et en Italie. Au xiii^e siècle, c'est un phénomène absolument général en Europe. La Charte anglaise de 1215 n'est donc pas très originale dans son contenu, la plupart de ses articles ayant leurs homologues sur le continent. Ainsi l'article premier, qui reconnaît la

liberté des élections ecclésiastiques, s'inscrit-il, avec retard, dans la ligne de la Réforme grégorienne qui remontait à la fin du xi^e siècle. Si l'on met à part des dispositions conjoncturelles liées au règlement de la *discordia* entre le roi et les barons (comme l'article 51, où le roi promet de renvoyer chez eux les mercenaires étrangers qu'il avait employés contre ses adversaires), les concessions les plus intéressantes sont non seulement celles qui reconnaissent la liberté de circulation (article 42) et la liberté du commerce (article 41 : sécurité des marchands et limitation des taxes sur le commerce), mais surtout les articles accordant aux hommes libres d'importantes garanties judiciaires et pénales : proportionnalité des peines (article 20 et 21) et jugement par les pairs (pour les comtes et barons : article 21 ; pour les hommes libres : article 39). C'est sans doute cet article 39 qui a été considéré comme le plus important par la postérité, car il constitue l'embryon de ce que l'on appellera par la suite l'*habeas corpus** : « Qu'aucun homme libre ne soit arrêté, ou emprisonné, ou mis hors la loi, ou exilé, ou puni d'aucune autre manière..., si ce n'est par le jugement légal de ses pairs ou par la loi du pays. » Le *judicium legale* ne renvoie évidemment pas au droit romain, mais au *common law* d'Angleterre, désigné par ailleurs comme « loi du Royaume » (article 45). En

1354, sous Édouard III, le parlement confirma ce texte en précisant que l'expression « par les lois du pays » signifiait « selon la procédure légale », *due process of law* : cette notion était appelée à jouer un rôle fondamental par la suite dans les droits anglais et américain, jusqu'à nos jours. Quant au jugement par un jury de pairs (*pares* : les égaux), on le trouve aussi très souvent sur le continent : mais alors que le jury continental périclitera à la fin du Moyen Âge du fait de la professionnalisation de la justice (consécutive à la romanisation de la procédure), il se maintiendra sans interruption en Angleterre où Montesquieu, Beccaria et leurs émules iront le rechercher au xviii^e siècle pour en faire une revendication centrale en vue de la réforme de la justice (voir 1748, 1764).

1220-1235 : *Sachsenspiegel* (« Miroir de Saxe »)

C'est le monument le plus célèbre du droit allemand du Moyen Âge, mais il est aussi considéré comme un document linguistique de première importance pour la connaissance de l'ancien allemand (le « moyen saxon », en

l'espèce). C'est un exposé du droit coutumier « commun » en vigueur en Saxe au début du xiii^e siècle, compilé à la demande du comte de Falkenstein par l'un de ses chevaliers, Eike von Repgow. Élevé dans une école cathédrale, sans doute celle de Magdebourg, Eike savait le latin et connaissait assez bien le droit canonique. Pour autant, le *Sachsenspiegel* n'est pas une œuvre théorique, mais l'exposé du droit territorial (*Landrecht*) en vigueur dans le duché de Saxe, présenté de manière très vivante, claire et précise. Ces qualités expliquent que l'œuvre d'Eike von Repgow ait inspiré d'autres « miroirs » juridiques territoriaux, comme le *Schwabenspiegel* (« Miroir de Souabe »), composé vers 1275, qui le reproduit largement. L'influence du *Sachsenspiegel* s'est étendue jusqu'à la Hollande, les pays baltes et l'Ukraine. La matière traitée est très vaste puisque, comme le fera plus tard Beaumanoir (voir 1283), l'auteur envisage à la fois le droit privé, le droit féodal et les institutions politiques (par exemple l'élection impériale). Le Miroir de Saxe a été utilisé très longtemps en Allemagne, même après que le droit romain eut été reconnu comme droit commun de l'Empire ; la cour suprême de la République de Weimar (*Reichsgericht*) l'a encore allégué en 1932.

v. 1230-1240 : La Grande Glose

Aux gloses apportées par Irnérius et ses principaux élèves (voir v. 1100-1150), les générations suivantes ont ajouté les leurs, de plus en plus nombreuses et détaillées. S'accumulant en strates successives autour du texte de Justinien (voir 528-534), les gloses marginales ont fini par former une sorte d'encadrement plus épais que le texte lui-même. Au bout d'un siècle, l'amas des gloses était tel (il y en avait près de 100 000) qu'il parut indispensable d'y mettre de l'ordre : ce fut l'œuvre d'Accurse. Juriste exceptionnel, Accurse reprit toutes les gloses antérieures et s'efforça de les organiser : c'est le résultat de cette mise en ordre, élaborée en plusieurs étapes jusqu'en 1240 (?), qui constitue la Grande Glose, appelée aussi « glose ordinaire », car elle figure dès lors sur tous les manuscrits de la compilation justinienne, selon une disposition qui sera encore reproduite, à partir de la fin du xv^e siècle, par les éditions imprimées du *Corpus juris civilis* : le texte de Justinien au centre, sur deux colonnes étroites ; et autour, s'étalant en un cadre opulent, la glose ordinaire. Après

Accurse, l'École de Bologne a périclité et le flambeau du droit en Europe est passé à Orléans, où une autre méthode se développera : celle du commentaire (École des commentateurs : voir 1313 ?-1357).

1231 : Constitutions de Melfi

C'est dans la Sicile normande que le pouvoir royal de faire la loi s'est développé le plus tôt. Dès les années 1140, le roi Roger II se faisait reconnaître par ses vassaux le plein pouvoir de légiférer et d'abroger les coutumes contraires à la loi nouvelle, largement inspirée par le droit romain (Assises d'Ariano). La construction d'un État législateur à la romaine s'est poursuivie jusqu'à la fin du xii^e siècle et s'est encore accélérée sous le règne de Frédéric II de Hohenstaufen, roi de Sicile par sa mère Constance et empereur. Frédéric promulgue le 1^{er} septembre 1231, à Melfi, le recueil des *Constitutions du royaume de Sicile*, ou *Liber augustalis*, dites « Constitutions de Melfi ». C'est sans aucun doute le recueil législatif le plus important du Moyen Âge ; il marque, selon Ernst Kantorowicz (qui a

publié en 1927 la plus importante biographie de Frédéric II), « l'acte de naissance de l'État administratif moderne ». Très marqué par le modèle romain, le *Liber augustalis* exalte le pouvoir souverain du roi législateur et organise un « État de justice » exclusivement administré par des fonctionnaires royaux, les « justiciers ». Aucune autonomie n'est laissée aux barons, aux villes ou à l'Église. Le *Liber* présente les règles de droit en trois livres : le droit public, qui comprend 109 titres ; la procédure (52 titres) ; le droit féodal, privé et pénal (94 titres). Cette œuvre considérable a été élaborée, sous l'impulsion du roi-empereur, par Pierre des Vignes qui a combiné les lois antérieures des rois normands et le droit romain. Frédéric II se désignait comme « Père et Fils de la Justice » et définissait en ces termes la mission propre du roi : « Fonder le droit en cultivant la justice » (*colendo justiciam et jura condendo*).

1234 : Décrétales de Grégoire IX

En 1075, décrivant dans un texte célèbre les prérogatives du pontife romain, Grégoire VII avait affirmé : « Il n'est

permis qu'à lui seul de faire des lois nouvelles, selon les nécessités du moment » (*Dictatus papae*, n° 7). Ainsi le pape revendiquait-il pour lui même, à l'instar des empereurs romains, un pouvoir législatif *exclusif*. De fait, la législation pontificale connaît au xii^e siècle un essor rapide. Il est surtout sensible à partir du milieu du siècle, comme si le Décret de Gratien*, en mettant en ordre les règles canoniques existantes, avait stimulé l'édiction du droit. Au surplus, les grands papes qui se succèdent à cette époque sont tous des juristes : Alexandre III, Innocent III, Honorius III, Grégoire IX... Jaloux de leur autorité, soucieux d'organisation rigoureuse, ces pontifes légifèrent beaucoup. Les décrétales postérieures au Décret (on les appelle « extravagantes », car elles sont *extra Decretum vagantes* : elles « se promènent en dehors du Décret ») sont donc de plus en plus nombreuses. Des compilations privées ou officielles en sont faites assez rapidement ; on en compte cinq successives jusqu'au début du xiii^e siècle. Fait remarquable : alors que Gratien avait retenu dans son Décret toute sorte de textes, y compris des fragments scripturaires ou patristiques dont le contenu juridique n'était pas toujours évident, les compilations publiées autour des années 1200 sont des recueils purement

législatifs, composés uniquement de décrétales. Mais ces recueils n'étaient pas sans défauts et les usagers du droit canonique attendaient mieux. C'est à cette attente qu'a voulu répondre Grégoire IX en confiant la compilation systématique et *ordonnée* de toutes les décrétales « extravagantes » à un très grand juriste, le catalan Raimond de Peñafort. Le travail est mené rapidement à bien et le 5 septembre 1234 le pape promulgue le recueil comme droit officiel de l'Église. Une fresque de Raphaël au Vatican représente la remise des Décrétales par saint Raimond à Grégoire IX, tandis que la fresque symétrique représente Tribonien remettant le Digeste à Justinien (voir 528-534) : parallèle significatif !

La compilation est divisée en cinq livres, respectivement consacrés à l'organisation judiciaire, la procédure, la discipline du clergé, au mariage et enfin au droit pénal ; chaque livre est subdivisé en titres et chapitres. Les Décrétales de Grégoire IX sont aussitôt étudiées dans les universités par des spécialistes que l'on appelle des *décrétalistes* et elles sont, comme le Décret, abondamment glosées et commentées. Les deux plus célèbres « apparats » de gloses sur les Décrétales sont dus respectivement au pape Innocent IV (v. 1253) et à Henri de Suse, cardinal

d'Ostie (*Hostiensis*).

Après 1234, de nouvelles décrétales ont été édictées ; des compilations complémentaires ont donc été nécessaires. Elles sont publiées à la fin du xiii^e et au début du xiv^e siècle par Boniface VIII, Clément V et Jean XXII. Il faudra attendre 1917 pour que l'Église catholique se dote d'un véritable code, le *Codex Juris canonici*, qui est resté en vigueur jusqu'en 1983.

1254 : Ordonnance de saint Louis pour la réforme du royaume

Elle est édictée par le roi à son retour de la croisade, en décembre 1254. Louis IX explique l'échec des croisés en Égypte comme une sanction divine pour les désordres du royaume, auxquels il faut remédier d'urgence en améliorant le fonctionnement de la justice et la qualité des juges royaux, baillis et sénéchaux. On connaît deux versions de ce grand texte : l'une, en français, destinée aux bailliages et sénéchaussées de langue d'Oïl (Nord et Ouest du

Royaume), l'autre en latin pour les sénéchaussées de langue d'Oc (Beaucaire-Nîmes et Carcassonne). Le préambule expose toute la philosophie de la « réformation » qui inspirera la plupart des grandes ordonnances ultérieures : « Louis, par la grâce de Dieu roi de France, etc. C'est pour nous *un devoir de la puissance royale* que de rechercher de tout notre cœur la paix et la tranquillité de nos sujets... ; et plein du zèle de l'indignation contre les hommes malhonnêtes et malfaisants qui viennent troubler cette paix et ce repos, nous avons donné les ordres suivants pour en finir avec les injustices et pour *réformer l'état du Royaume*, au mieux pour le temps présent... » Le roi édicte ensuite quelques règles de bonne administration de la justice et précise les termes du serment que doivent prêter, en entrant en charge, baillis et sénéchaux. Il est clair que ce modeste début de la législation capétienne, qui ne touche en rien au fond du droit, n'est pas comparable aux vastes recueils qu'avaient déjà promulgués, de leur côté, les papes ou les rois de Sicile !

v. 1260-1265 : *Siete partidas*

Le roi de Castille, Alphonse X le Sage (1252-1284), a été

l'un des princes les plus remarquables de l'Europe du xiii^e siècle. Descendant par sa mère des empereurs allemands et byzantins, lui-même prétendant à la couronne du Saint Empire pendant l'Interrègne (1250-1273), il s'inscrit dans la tradition impériale des grands monarques législateurs. Son œuvre juridique est considérable. Dès le début de son règne, il cherche à dépasser la diversité des coutumes et droits locaux (*fueros*) en imposant un *fuero* unique, le *fuero real* (royal), mais il se heurte à l'attachement des populations à leurs droits particuliers. D'où l'idée de réaliser une grande compilation juridique qui serait un travail préparatoire à l'harmonisation future du droit castillan. C'est le recueil appelé *Siete Partidas*, car divisé en sept parties (elles-mêmes subdivisées en 182 titres et près de 2 500 « lois »). Rédigées (en castillan) par une commission de juristes choisis par le roi, les *Partidas* empruntent massivement au *Digeste* et au Code de Justinien (voir 528-534), au droit canonique (Décret de Gratien* et Décrétales de Grégoire IX*), à la glose civiliste et canoniste : c'est donc essentiellement une œuvre de synthèse et d'adaptation du droit savant. Le roi a-t-il cherché à imposer les *Partidas* comme droit positif ? S'est-il heurté à une réaction de rejet des populations ? La question est discutée. La compilation d'Alphonse X

n'entrera vraiment dans le domaine du droit positif qu'en 1348, lorsque Alphonse XI, dans l'ordonnance d'Alcalá, inscrira les *Partidas* dans la hiérarchie des droits supplétoires du royaume. Elle restera en vigueur, sur certains points, jusqu'au xix^e siècle.

1267-1273 : **Thomas** **d'Aquin,** *Somme* *théologique*

Saint Thomas, l'un des plus grands penseurs du Moyen Âge est bien sûr d'abord un théologien. Son apport à la réflexion sur le droit n'en est pas moins considérable. Le droit s'inscrit dans une vision globale de la vie sociale qui combine l'héritage antique et la foi chrétienne. La vie des hommes en société est réglée par un ensemble de normes superposées. Au sommet, la « loi éternelle » qui se confond avec l'ordre de la Création voulu par Dieu. Puis, la *loi naturelle* qui est accessible à tous les hommes dans la mesure où ils sont dotés de raison. Enfin, la *loi divine*, c'est-à-dire révélée d'abord aux juifs, puis aux chrétiens. La

Révélation comporte donc deux éléments : l'ancienne Loi, c'est-à-dire la *Torah* (voir ci-dessus *Fin du xiii^e siècle*), et la nouvelle, c'est-à-dire l'*Évangile*. La nouvelle Loi dépasse les prescriptions de l'ancienne et les interprète à la lumière de la charité ; elle n'en conserve donc que les préceptes généraux (essentiellement le Décalogue) et non le détail des règles juridiques. Quant aux lois humaines, qui constituent un troisième niveau, elles sont *posées* par le législateur ou par la coutume ; mais dans tous les cas, une loi « positive » ne peut être vraiment une loi que si elle respecte l'ordre supérieur de la loi naturelle et divine. Cette vision de la loi, en ses différents « niveaux », se combine avec une conception très classique de la justice.

Thomas associe la justice à la raison et celle-ci à la loi naturelle : « On appelle juste dans les choses humaines ce qui est conforme à la règle de la raison ; et la première règle de la raison se trouve dans la loi de nature... » Dans la ligne d'Aristote et d'Ulpien*, Thomas définit le droit comme la mise en œuvre de la justice : « le droit vient de la justice », et non l'inverse. Concrètement, c'est le fait de « rendre à chacun son dû ». Cette conception du droit vaut aussi bien dans l'ordre interne que dans l'ordre « international ». Un roi qui ne serait pas juste ne serait pas

un roi, mais un tyran. Il serait alors licite de lui *résister*, voire de l'éliminer, du moins après un jugement. De même, la guerre ne peut être juste qu'à certaines conditions... Ces principes valent pour l'humanité entière, car ils dérivent de la loi naturelle ; ce qui signifie qu'un « ordre juste » peut exister aussi chez des peuples qui n'ont pas encore bénéficié de la Révélation. On retrouvera ces questions au xvi^e siècle, chez les premiers théoriciens du droit international moderne (voir 1532).

1283 : Coutumes de Beauvaisis

Œuvre de Philippe de Beaumanoir, c'est le commentaire coutumier le plus remarquable du Moyen Âge français. Beaumanoir, bailli du comté de Clermont-en-Beauvaisis (apanage de Robert de Clermont, sixième fils de saint Louis et « tige » de la famille de Bourbon), décrit le droit du comté, tel qu'il a eu à l'appliquer en tant qu'administrateur et juge du lieu. Mais au lieu de se borner à une plate énumération des règles en vigueur, il en fait un véritable commentaire, comparant la coutume de Clermont à

d'autres coutumes ou aux droits savants, dont il semble avoir une certaine connaissance, même s'il est probable qu'il n'a pas fréquenté l'Université. Il fait aussi état de la jurisprudence du Parlement et cite des décisions prises au cours de certaines sessions de la cour auxquelles il a assisté en tant que bailli. Les *Coutumes de Beauvaisis* sont l'œuvre d'un grand juriste, assurément le plus grand juriste coutumier de la France médiévale. C'est en outre un superbe monument de la langue française du xiii^e siècle (dialecte picard).

1313 ?-1357 : Bartole

Bartole (*Bartolus de Sassoferrato*) est certainement le juriste européen le plus célèbre du Moyen Âge. D'abord vénéré comme un génie du droit, il sera ensuite tourné en ridicule par les humanistes. Au xviii^e siècle, lorsque Beaumarchais mettra en scène, dans *Le Mariage de Figaro*, un juriste franchement antipathique, il l'appellera Bartolo. Mais le vrai Bartole n'a rien à voir avec cette caricature. Élève de Cynus de Pistoie (lui-même tributaire de l'école d'Orléans), ce fut un grand professeur et un travailleur infatigable. Après avoir enseigné dans plusieurs universités

italiennes, il est mort en 1357, âgé seulement de 43 ans, en laissant une œuvre impressionnante. Dans la ligne de Cynus et des Orléanais, il pousse très loin la liberté à l'égard des textes du *Corpus* justinien (voir 528-534) : ce n'est pas la « lettre de la loi » (*littera legis*) qui importe, mais « son esprit et sa raison » (*mens et ratio*). Bartole considère la compilation de Justinien* comme un vaste réservoir de mots et de concepts dans lequel le juriste peut puiser à sa guise. Aussi bien, Bartole n'hésite-t-il pas à mettre en œuvre d'autres sources, concurremment aux sources romaines, en particulier les statuts municipaux des villes italiennes ou le droit canonique. Outre un commentaire complet du *Digeste*, du *Code* et des *Institutes*, et des centaines de consultations (*consilia*), il a laissé sur des quantités de sujets des traités qui ont encore été imprimés au xvi^e siècle. Tout sujet lui est bon : le duel judiciaire, le gouvernement des villes, le droit de l'eau, le droit pénal, les questions politiques, etc. Bartole a aussi excellé dans le genre de la controverse (*quaestiones disputatae*), exercice très prisé des universitaires. Son principal élève a été Balde, encore un auteur très prolifique et de notoriété européenne. Il est mort en 1400, laissant à son tour des quantités d'élèves. Ce sont eux, répandus à travers l'Europe, qui assurent à la fin du Moyen Âge le

triomphe de la méthode italienne du droit romain, le *mos italicus*. Dans toutes les universités nouvelles qui se créent aux ^{xiv}^e et ^{xv}^e siècles, en particulier dans l'Empire, on enseigne le droit romain selon cette méthode. Mais dès le ^{xv}^e siècle, l'approche bartoliste du droit est en voie d'épuisement, et le renouvellement de la doctrine viendra alors des juristes français, en particulier de l'école de Bourges et de Cujas*.

1454, avril : Ordonnance de Montils-lès-Tours

Promulguée par Charles VII au sortir de la guerre de Cent Ans, cette ordonnance vise, comme de nombreux textes précédents (voir 1254), à la réformation de la justice. Elle comporte, à l'article 125, une disposition très nouvelle relative au droit coutumier. Débiteur de justice, le roi devait veiller à la conservation et à la bonne application des diverses coutumes en vigueur, du moins des « bonnes coutumes ». Encore fallait-il que ces coutumes fussent « certaines », c'est-à-dire connues avec précision et sans ambiguïté. Or, un grand nombre de procès s'éternisaient en

raison de l'incertitude du droit applicable, qui donnait lieu à des débats sans fin. La solution était simple : il fallait mettre les coutumes par écrit, mais selon une procédure officielle donnant à cet écrit une force probatoire incontestable. Tel est l'objet de l'article 125 : il prescrit la *rédaction générale des coutumes* pour mettre un terme à l'incertitude du droit coutumier, aux « contradictions et contrariétés » des coutumes, afin de rendre la justice plus sûre, plus rapide (et aussi, de ce fait, moins coûteuse). Dans l'immédiat, seule la coutume de Bourgogne fut rédigée (1458-1459). Il faut ensuite attendre Charles VIII pour que la rédaction reprenne, mais c'est surtout à la fin du règne de Louis XII et sous François I^{er} que la plupart des grandes coutumes seront « arrêtées ». Cette rédaction s'est faite selon une procédure assez complexe, qui associe les hommes du roi et les représentants des « pays » concernés. À la fin, c'est le Parlement dont relève le « pays » concerné qui arrête le texte définitif de la coutume et la promulgue au nom du roi. Ont ainsi été promulguées les coutumes d'Anjou et du Maine en 1508, d'Orléans en 1509, de Paris en 1510, du Poitou en 1514, de Bordeaux en 1521, de Nivernais en 1534, de Bretagne en 1539, etc.

1516 : Concordat de Bologne

La question des rapports entre l'Église et l'État s'est posée dans toute l'Europe depuis la fin de l'Empire romain d'Occident et elle a appelé, selon les cas, des solutions diverses. Depuis saint Louis et Philippe le Bel, les rois de France, tout en se considérant comme « les fils fidèles de l'Église », n'entendaient pas laisser la Papauté s'immiscer dans la politique du royaume et considéraient au contraire que l'Église de France (*Ecclesia gallicana*), chaque fois qu'il s'agissait du temporel, ne relevait que de la Couronne. Sacré et « Très Chrétien », le roi n'était-il pas doté d'une forte légitimité religieuse ? Après de longues vicissitudes, les guerres d'Italie, en affaiblissant le Saint-Siège, ont fourni l'occasion d'un règlement définitif : c'est le Concordat de Bologne qui, signé en 1516 entre François I^{er} et Léon X, est resté en vigueur jusqu'en 1790. Aux termes de cet accord, le roi nomme désormais lui-même les évêques, qui reçoivent *ensuite* du pape l'investiture canonique. Cette solution intermédiaire place la France dans une position idéale entre les États qui, embrassant la

Réforme, se séparent de l'Église universelle et ceux qui restent catholiques, mais en s'alignant sur la politique pontificale (par exemple l'Espagne de Philippe II). La France défend les *Libertés de l'Église gallicane* mais sans rompre la communion avec le Siège romain : une « exception française » dont l'écho n'est pas encore éteint aujourd'hui (voir 1801 et 1905).

1532 : *Constitutio criminalis carolina*

Œuvre de l'empereur Charles Quint (d'où son nom de « caroline »), cette constitution criminelle du Saint Empire a été préparée par les Diètes d'Augsbourg et de Ratisbonne, qui avaient relayé les plaintes des populations contre la paralysie et l'inefficacité de la justice. La Caroline est à la fois un code de procédure particulièrement sévère, mais aussi un code pénal, puisqu'elle traite, dans ses derniers articles, de la punition de certaines infractions. Simple droit commun, la constitution laisse subsister les législations particulières émises par les princes. Mais droits locaux et droit commun partagent la même

philosophie pénale : celle d'une grande sévérité répressive au service de l'exemplarité. La Caroline s'est appliquée dans certaines principautés allemandes et en Suisse jusqu'au xix^e siècle.

1532 : Francisco de Vitoria, *De Indis* et *De jure belli*

Né à Burgos ou à Vitoria vers 1483, entré dans l'ordre de saint Dominique en 1504, Vitoria a été l'un des fondateurs de l'école de Salamanque, berceau du droit naturel moderne. Après des études en Sorbonne entre 1508 et 1522, année de son doctorat, il enseigne la théologie à Valladolid puis à Salamanque, imposant la *Somme* de saint Thomas comme ouvrage de référence – même si la conception du droit naturel qui se développe sous son impulsion à Salamanque n'est plus exactement la même que celle que Thomas d'Aquin avait élaborée au xiii^e siècle (voir 1267-1273). L'apport de Vitoria dans tous les domaines de la pensée politique, économique et juridique

est considérable. Si nous le retenons ici parmi les « lumières » du droit, c'est surtout en raison de deux ouvrages, l'un et l'autre écrits en 1532, que l'on peut considérer comme fondant le droit international et, d'une certaine façon, la discipline contemporaine des droits fondamentaux.

Il s'agit d'abord du traité « Sur les Indes » (*De Indis*), c'est-à-dire sur l'Amérique espagnole. Condamnant sans réserve les violences commises au détriment des populations indigènes au moment de la conquête, Vitoria affirme que les Indiens sont des hommes comme les autres et possèdent de ce fait les mêmes droits que les autres, en particulier le droit de propriété sur leurs terres, qui est un droit *naturel*. L'autre traité est le *De jure belli Hispanorum in Barbaros*, « Du droit de la guerre faite par les Espagnols aux Barbares » (c'est-à-dire aux non-chrétiens), ouvrage dans lequel il examine, après saint Thomas, les conditions de la *guerre juste*. N'est juste que la guerre qui est déclenchée pour répondre de manière proportionnée à une agression ou de façon préventive pour empêcher un mal plus grand ; la guerre d'annexion est donc injuste. Plus largement, il considère que les relations entre États ne doivent pas remettre en cause la *communauté naturelle* des

hommes et des peuples, et que la force ne peut pas créer le droit. Avec Bartholomé de Las Casas, autre théologien dominicain, Vitoria avait obtenu en 1542 de Charles Quint la promulgation des *Nouvelles Lois pour les Indes*, très favorables aux Indiens (mais malheureusement rapportées en 1546, année de sa mort).

1539 : Ordonnance de Villers-Cotterêts

Préparée par le chancelier Poyet et « donnée » par François I^{er} en août 1539, c'est encore une ordonnance de réformation de la justice. De fait, elle contient des dispositions relatives à la compétence des tribunaux, à la procédure pénale, à la procédure civile, aux formalités judiciaires. Elle touche aussi au droit des personnes en posant, comme incidemment, les fondements du futur service public de l'état civil : elle prescrit en effet aux curés de tenir des registres de baptême pour prouver l'âge des personnes et déterminer sans hésitation si elles sont majeures ou mineures (article 51) et des registres de sépulture « pour servir au jugement des procès où il serait

question de prouver le temps de la mort » (article 50).

Toujours dans le but d'éviter des procès en clarifiant les rapports juridiques, l'ordonnance contient une importante disposition relative à la langue du droit. Dans ses articles 110 et 111, elle interdit l'usage du latin comme langue juridique et prescrit que tous les arrêts et jugements, pièces de procédure, contrats, testaments et autres actes officiels soient désormais rédigés « en langage maternel français et non autrement ». Par une interprétation sottement politique de ces dispositions, on affirme parfois que François I^{er} aurait voulu imposer la langue française à l'ensemble du royaume, en « extirpant les langues régionales ». Cette interprétation totalement anachronique anticipe de deux siècles et demi la politique linguistique qui sera celle de la Révolution : car l'ordonnance de 1539 ne concerne que la langue du droit et de l'État, sans s'occuper le moins du monde des langues vernaculaires, celles que les habitants des différentes provinces parlaient entre eux dans leurs rapports privés. Celles-ci sont restées bien vivantes jusqu'à la fin de l'Ancien régime, même si la langue française a effectivement gagné du terrain dans tout le royaume au cours des trois derniers siècles avant 1789, pour des raisons purement sociologiques et culturelles (le

prestige de la langue du roi, langue du droit et de la grande littérature) et non en vertu d'une interdiction légale que même les juristes les plus absolutistes ne pouvaient imaginer.

1500-1566 : Charles Dumoulin

Né à Paris, Dumoulin (ou Du Moulin) est l'un des plus grands juristes français du xvi^e siècle et l'un des fondateurs de ce que l'on appellera par la suite le *droit français*. Juriste national (sinon nationaliste), il rejette la thèse dominante qui faisait du droit romain le « droit commun » du Royaume et y substitue le droit coutumier, « vrai droit » de la France. Pour Dumoulin en effet, la diversité coutumière était un simple accident de l'histoire, toutes les coutumes étant issues d'un même fond commun gaulois et franc. Restaurer le droit coutumier du royaume contre le droit romain était une façon parmi d'autres d'assurer l'indépendance française. L'idée qu'il y avait en France sinon un droit coutumier *unique*, du moins un droit *commun* de nature coutumière était ancienne. À la fin du

xiii^e siècle, Beaumanoir (voir 1283) citait parmi les sources de son ouvrage « le droit qui est commun à tous au royaume de France » (§ 6). Cette idée, d'abord exceptionnelle, se rencontre ensuite au Parlement, où le procureur du roi invoque de plus en plus souvent la « coutume générale du royaume ». Au xvi^e siècle, la notion se banalise. La rédaction des coutumes (voir 1454) et la diffusion de leurs textes grâce à l'imprimerie permettent d'en faire la « conférence », c'est-à-dire la comparaison. Celle-ci fait apparaître des divergences mais aussi des convergences, voire des similitudes. Ainsi repère-t-on des principes généraux que l'on retrouve dans des coutumes différentes. À partir de ce constat, pourquoi ne pas envisager un rapprochement complet de toutes les coutumes, leur fusion en un corps unique ? C'est ce projet (peut-être déjà envisagé par Louis XI) qui est repris par Dumoulin dans son « Discours pour parvenir à la concorde et l'union de toutes les coutumes de France » (*Oratio de concordia et unione consuetudinum Francie*), rédigé vers 1546. C'était encore une vue théorique, mais qui ouvrait la voie à la notion de « droit français ». En plus de ce travail programmatique, Dumoulin a commenté de façon magistrale la coutume de Paris et quelques autres coutumes, en proposant un certain nombre d'analyses qui,

souvent par l'intermédiaire de Pothier, se retrouveront dans le Code civil (voir *21 mars 1804*) : théorie de la subrogation légale, de la révocation des donations pour survenance d'enfants, de la résolution des contrats pour inexécution, de la responsabilité délictuelle, etc. Néanmoins, encore fidèle à la méthode des commentateurs (voir *1313 ?-1357*), il n'a laissé aucune synthèse générale.

1576 : Jean Bodin, *Les Six Livres de la République*

Développant une conception résolument unitaire de l'État, Bodin affirme dans *Les Six Livres de la République* le caractère structurellement *indivisible* de la souveraineté. Celle-ci doit donc appartenir tout entière à un seul organe : le roi, dans l'État monarchique ; elle est aussi absolue, c'est-à-dire qu'elle n'a pas de limites, du moins dans l'ordre terrestre. La pensée de Bodin est en vérité plus nuancée que cet « absolutisme » de la souveraineté auquel on la réduit trop souvent : pour lui, le droit du souverain reste subordonné au « droit de Dieu et de nature » et donc à la justice. Mais le dogme d'une souveraineté indivisible

restera au cœur de la doctrine publiciste française jusqu'à nos jours. En revanche, du côté allemand, la plupart des juristes considéreront avec Leibniz que la souveraineté peut se répartir entre l'empereur et les princes sans que « l'unité de la république de l'Empire » soit pour autant remise en cause. Il y a là deux conceptions de l'État (unitaire/fédéral) qui s'affrontent encore aujourd'hui dans le contexte de la construction européenne (voir 1992).

1579 : Ordonnance de Blois

Depuis le début du xiii^e siècle, l'Église considérait que le lien matrimonial résultait du seul consentement des époux, en dehors de toute formalité substantielle, de sorte qu'un mariage conclu secrètement entre les seuls époux (un mariage « clandestin ») était canoniquement valable. Les inconvénients juridiques d'un consensualisme aussi radical sautent aux yeux : comment établir avec certitude l'état des gens mariés ? Comment distinguer les époux réguliers de simples concubins ? Et, du même coup, comment distinguer les enfants légitimes des enfants naturels ? La clandestinité des mariages était donc génératrice de désordres, et les puissances séculières avaient demandé à

l'Église d'y remédier. Un décret du concile de Trente (*Tametsi*, 1563) fait du mariage *un acte solennel* : pour être valable, le consentement des époux doit désormais être échangé devant le curé de la paroisse et des témoins. Bien que de nature à satisfaire la royauté française, puisqu'elle répondait à son attente, cette nouvelle règle n'était cependant pas applicable de plein droit dans le royaume ; car le roi, en vertu de la doctrine gallicane, est seul maître chez lui. Il faut donc que le décret conciliaire soit formellement « reçu » dans la législation française : c'est l'un des objets de l'ordonnance de Blois (article 40 et suiv.). Mais ce texte d'Henri III renforce aussi l'ordre des familles et le contrôle matrimonial en subordonnant la validité des mariages à une condition qui n'avait pas été acceptée par l'Église : le consentement des parents des époux. On trouve chez Molière de fréquentes applications de cet état du droit.

1580 : « Nouvelle coutume » de Paris

La rédaction de 1510, comme les autres rédactions

effectuées dans la première moitié du siècle en application de l'ordonnance de Montils-lès-Tours (voir 1454), ne satisfaisait pas les juristes. Leur critique se fondait sur une approche à la fois systématique et comparative des textes, désormais facilitée par l'imprimerie. La « conférence » des coutumes fait vite apparaître des contradictions parfois absurdes. Devant ce constat, de grands juristes, comme le premier président du parlement de Paris Christofle de Thou ou Charles Dumoulin*, ont proposé de remettre la rédaction sur le métier. Cette « réformation » des coutumes a eu lieu dans la seconde moitié du siècle, selon une procédure qui associait juges royaux et praticiens du droit, sous la haute autorité des commissaires du roi. Une fois arrêtées, les coutumes réformées ont été promulguées au nom du roi en lieu et place des textes antérieurs : ce sont les « nouvelles coutumes » (nc), de qualité bien supérieure. Certaines constituent de véritables petits « codes civils » provinciaux : ainsi, la nc de Bretagne, promulguée en 1580, qui comporte 685 articles. Mais c'est la nc de Paris, promulguée elle aussi en 1580, qui est à coup sûr la plus remarquable. Plus synthétique (elle compte 362 articles), elle a bénéficié des savants travaux de Dumoulin. Outre ses qualités juridiques propres, le fait qu'elle soit la coutume de la capitale, « patrie commune » des sujets du roi,

explique qu'elle a rapidement servi de référence pour la réflexion sur le « droit commun coutumier », fondement du « droit français » (voir 1679).

1522-1590 : Jacques Cujas

Né à Toulouse, Cujas est le maître incontesté de l'« humanisme juridique » au xvi^e siècle. Après avoir dominé la science du droit au xiv^e siècle et au début du xv^e, l'école bartoliste est entrée en crise. Les élèves de Bartole* et de Balde ne sont plus des créateurs, ils se contentent de répéter ce qu'ont dit les maîtres ou, pis encore, de gloser les maîtres ! La décadence est évidente. La réaction survient, brutale, avec la Renaissance. Dans tous les domaines du savoir, l'humanisme prône le retour aux sources, et à des sources purifiées : balayer tous les commentaires, revenir au texte du *Corpus* justinien (voir 528-534), critiquer le *Corpus* lui-même pour retrouver l'état du droit romain antérieur à Justinien, tel est le nouveau programme. Détrônés par les juristes à la fin du xi^e siècle, voici qu'à la sortie du Moyen Âge les grammairiens resurgissent et prennent leur revanche. Revanche contre Balde, Bartole et autres « barbares »

italiens, revanche aussi contre les compilateurs eux-mêmes, accusés d'avoir manipulé les textes authentiques du droit civil.

Une fois balayée la masse des commentaires qu'avaient accumulée les juristes médiévaux, l'école humaniste du droit préconise l'étude *scientifique* du droit romain : étude philologique (critique de la langue), historique (pour replacer les diverses sources du droit romain dans leurs époques respectives), diplomatique (en recherchant les manuscrits les plus fiables pour retrouver la version authentique des textes romains). Ce programme, lancé dès 1508 par Guillaume Budé (qui fondera en 1530 le Collège de France), sera repris par la nouvelle école juridique. À l'exception de l'Italien André Alciat († 1550), les maîtres de cette nouvelle école sont pour la plupart français : Le Douaren († 1559), Baudouin († 1573), Doneau († 1591) et surtout, les dominant tous, Jacques Cujas.

Ces maîtres ont tous enseigné au moins un temps à l'Université de Bourges, centre de la nouvelle science du droit. Celle-ci met en œuvre la même méthode critique, voire hypercritique : on la désignera bientôt comme « méthode française », *mos gallicus*, pour l'opposer au *mos*

italicus des commentateurs. Fructueuse sur le terrain de l'érudition, cette approche exclut les grandes synthèses : on revient au plus près des textes, on les analyse jusqu'aux moindres détails, on discute sur une virgule. Cujas excelle à ces exercices ; aujourd'hui encore, nombre de ses observations sur le *Corpus* justinien conservent toute leur valeur. Pour autant, ces exposés savants étaient très éloignés de la vie concrète du droit ! Si Cujas comblait d'aise les érudits, il n'était d'aucun secours aux praticiens. En face du bartolisme dépassé, la nouvelle école ne constituait donc pas une alternative réaliste pour les professionnels du droit. Mais déjà une troisième voie s'était ouverte, celle d'un *droit proprement français* qu'avait commencé à illustrer, dès la génération précédente, Charles Dumoulin* (voir aussi 1580).

1598 : édit de Nantes

Cet édit de tolérance, qui a rendu Henri IV très populaire aux ^{xix}^e et ^{xx}^e siècles, n'est pas le premier du genre. Depuis le début des guerres de religion en France, en 1560, la tolérance religieuse a été alternativement octroyée et retirée. Roi de droit à la mort d'Henri III en 1589, Henri IV

a dû conquérir son royaume à la pointe de l'épée et n'a obtenu la paix qu'après avoir abjuré le protestantisme. L'édit de Nantes met donc un terme aux guerres de religion, au moins pour un temps, en proclamant la liberté de conscience : « Nous avons permis et permettons à ceux de la religion prétendue réformée de vivre et demeurer dans toutes les villes et lieux de notre royaume et pays de notre obéissance, sans être requis, offensés, molestés ou contraints de faire quoi que ce soit pour le fait de la religion *contre leur conscience*, ni, pour cause de celle-ci, d'être recherchés dans les maisons et lieux où ils voudront habiter... » L'édit reconnaissait aussi, dans certaines conditions, la liberté du culte. Ces dispositions libérales seront restreintes par Louis XIII en 1629, puis retirées par Louis XIV en 1685 (« Révocation »). La question de la liberté religieuse, posée depuis l'essor de la Réforme, avait été résolue de façon sommaire dans l'Empire, depuis 1555 (paix d'Augsbourg), par l'adage *Cujus regio, ejus religio* (« À chaque royaume sa religion »), qui impliquait que les sujets suivissent la religion de leur Prince. La règle était semblable en Espagne et en Italie. Seule parmi les grandes monarchies européennes, la France a donc fait exception à cette règle entre 1598 et 1685. Lorsque Louis XVI, en 1787, permettra aux protestants français d'avoir leur état

civil, reconnaissant ainsi leur droit à la différence religieuse, il ne leur rendra que la liberté de conscience, pas la liberté de culte. Celle-ci ne leur sera reconnue que par la Révolution, avec l'ensemble des droits civiques (décret du 24 décembre 1789).

1625 : Grotius, *De jure belli ac pacis*

Même si cet ouvrage ne marque pas davantage la naissance du droit international que celle de l'école moderne du droit naturel, comme on le dit souvent, il n'en constitue pas moins un sommet de l'histoire juridique. Né en Hollande, Hugues de Groot a d'abord fait ses premières armes au service de sa patrie avant d'en être chassé par un revirement politique ; emprisonné, puis réfugié en France, c'est à Paris qu'il publie en 1625 le *De jure belli*, dédié à Louis XIII. Mûri pendant près de vingt ans, il s'inscrit dans la réflexion sur la guerre juste et le droit de la guerre commencée depuis le Moyen Âge et puissamment développée au xvi^e siècle en Espagne, dans le contexte de la conquête du Nouveau Monde, par les maîtres de l'école de

Salamanque, en particulier Vitoria (voir 1532). Ce qui singularise essentiellement Grotius par rapport à ses prédécesseurs, c'est « l'hypothèse impie », selon ses propres termes, qu'il formule à propos du droit naturel. Pour lui, ce droit existe en lui-même, indépendamment du droit divin, et il existerait « quand bien même Dieu n'existerait pas », car il est inhérent à la nature humaine elle-même. À partir de là, Grotius décrit le droit de la guerre et de la paix comme celui de la relation entre les États, personnes publiques souveraines qui, dans la mesure même où ils ne sont pas soumis aux droits positifs nationaux, sont directement sujets du droit naturel. La guerre est donc définie comme une espèce d'action, au sens judiciaire du mot, que les États intentent pour faire valoir leurs droits contre d'autres États. Ces droits des États sont analysés comme des droits subjectifs naturels. La doctrine ultérieure des droits de l'homme, à la fois naturels et subjectifs, est ici en germe. La pensée de Grotius sera exaltée par les jusnaturalistes de la fin du xvii^e et du xviii^e siècle, comme Pufendorf et Wolff, qui en seront les épigones.

1651 : Hobbes, *Léviathan*

Hobbes est né pendant une sombre nuit de 1588, année où la flotte espagnole de Philippe II – l'*Invincible Armada* – terrorisait l'Angleterre : Hobbes est « fils de la peur ». Cette prédisposition psychologique éclaire sa conception de l'État et du droit. *À l'état naturel*, l'homme est une bête féroce : « L'homme est un loup pour l'homme » (*homo homini lupus*). Nul n'est à l'abri de la férocité des autres, chacun court à tout instant le risque d'être dévoré. C'est « la guerre de tous contre tous ». Comment se mettre à l'abri, rendre la vie possible, échapper à l'omniprésence du danger ? Telle est la question centrale du *Léviathan*, publié par Hobbes en 1651, dans une Angleterre ravagée par la guerre civile. Et voici la réponse : il faut *pactiser* avec l'adversaire potentiel, c'est-à-dire avec les autres hommes, pour créer un *pouvoir commun* qui sera en même temps un bien commun (*Commonwealth*) puisqu'il assurera l'ordre. « La seule façon d'ériger ce pouvoir commun, apte à défendre chacun de l'attaque des autres et des dommages qu'ils pourraient s'infliger, et ainsi les protéger de telle sorte que par leur [travail] ils puissent se nourrir et vivre satisfaits, c'est de confier tout leur pouvoir et toute leur force à un seul homme ou à une seule assemblée qui puisse réduire toutes leurs volontés... en une seule volonté » (*Léviathan*, I, XVII). Dès lors que ce pouvoir existe en

vertu de l'*autorisation* des sujets, il exerce sur eux un empire absolu. C'est sa volonté seule qui fait la loi, et celle-ci doit être considérée *a priori* comme juste – ou plus exactement c'est désormais la loi elle-même qui désigne le juste et l'injuste : « Ce n'est pas la vérité, mais l'autorité (c'est-à-dire le pouvoir) qui fait la loi. » Et le domaine de la loi est illimité : le souverain décide de tout, « du mien et du tien (donc de la propriété), du bon et du mauvais, du légitime et de l'illégitime » (*Léviathan*, II, XVIII). De même, puisque la loi est exclusivement l'œuvre du souverain (monarque ou assemblée délibérante), elle ne saurait être laissée à l'arbitrage du juge. Est ainsi rejetée toute la tradition d'un *common law* confié à l'élaboration des juges : « La loi ne procède pas de la *juris prudentia* ou sagesse des juges subalternes, mais de la raison de la République (*Commonwealth*) et de ses commandements. »

1667 : Ordonnance civile

C'est la première des « grandes ordonnances » promulguées par Louis XIV et dont l'ensemble constitue ce que l'on appelle (un peu abusivement) la « codification » louis-quatorzienne. Dès 1661, décidant d'assumer

personnellement le gouvernement du royaume après la mort de Mazarin, le roi avait formé le projet de réformer complètement la procédure civile et criminelle. Cinq ans plus tard, Colbert (contrôleur général des finances) lui proposait de mettre aussi en chantier une ordonnance sur le commerce et une autre sur la marine. Ces projets ont été rapidement menés à bien, selon une méthode rigoureuse qui comprenait trois étapes. Un avant-projet, rédigé par des spécialistes, était ensuite soumis à un organe plus politique, le conseil de justice (composé surtout de conseillers d'État) qui siégeait à jour fixe, en principe chaque semaine, souvent sous la présidence effective du roi. Le texte définitif était enfin mis au point au cours de conférences plus larges où le conseil de justice s'adjoignait quelques « députés » du parlement de Paris.

Contrairement à une opinion trop répandue, l'ordonnance civile n'est pas un petit « code civil » avant la lettre, car elle ne porte que sur la procédure et absolument pas sur le fond du droit. Il en va de même pour l'ordonnance criminelle*. L'une et l'autre, dans la ligne des ordonnances de réformation de l'époque antérieure, ne sont donc que des *codes de procédure*. Leur utilité est néanmoins patente : car la procédure, réglée dans les deux domaines civil et

pénal par une longue suite d'ordonnances accumulées, présentait nombre d'obscurités, voire d'incohérences. Une telle situation laissait libre cours à « la malice des plaideurs », à la « cautèle des avocats » et finalement à l'improvisation des tribunaux ; d'où la « variété de jugements », c'est-à-dire des jurisprudences incohérentes d'un ressort à l'autre, et donc des incertitudes, des complications, des lenteurs, des frais de justice disproportionnés, des injustices. Techniquement, l'ordonnance civile est un texte de grande qualité, dont le Code de procédure civile de 1806 s'inspirera largement.

1670 : Ordonnance criminelle

Ses objectifs sont les mêmes que ceux de l'ordonnance civile* : établir un « code de procédure » pénale uniforme. Comme la précédente, celle-ci a été préparée dans le cadre du conseil de justice. C'est à partir de mai 1667, une fois achevée l'ordonnance civile, que le conseil de justice s'est attaqué au projet d'ordonnance criminelle. Terminé en mai 1670, ce projet fut ensuite discuté avec des représentants

du parlement de Paris au mois de juillet ; après une ultime révision en conseil de justice, l'ordonnance fut « donnée à Saint-Germain-en-Laye » puis enregistrée au parlement de Paris en août 1670.

L'ordonnance de 1670 n'est pas un code pénal (elle ne dit rien des infractions et des peines), mais un code de procédure pénale. Elle vise à clarifier le déroulement du procès pénal à partir des grands principes posés à la fin du Moyen Âge et repris dans l'ordonnance de Villers-Cotterêts (voir 1539), tout en intégrant certaines innovations introduites ensuite par les tribunaux. Le procès pénal comporte cinq étapes bien distinctes : la mise en mouvement de l'action publique, l'instruction préparatoire, l'instruction définitive, les jugements, les recours. C'est sur ce dernier point qu'est intervenu le progrès le plus important. En effet, l'ordonnance institue le système de l'*appel automatique* (ou *appel de droit*) devant les cours souveraines pour toutes les sentences portant peines de sang ou perpétuelles, et pour les jugements de condamnation à la torture : ces décisions ne deviennent définitives qu'après confirmation par un arrêt. Par cette disposition remarquable, toute l'activité répressive était placée sous le contrôle strict des

parlements. Il s'agissait bien sûr de tenir en main les juges inférieurs, mais aussi de protéger les justiciables. Il n'en reste pas moins que l'ordonnance criminelle de Louis XIV est un texte délibérément répressif, ce qui lui a valu après 1750 des critiques de plus en plus vives. Au xvii^e siècle, pourtant, l'opinion publique et la plupart des juristes en ont approuvé la sévérité. Chacun tenait pour évident le principe énoncé dès le préambule du texte : « Le règlement de l'instruction criminelle assure le repos public et contient par la crainte des châtimens ceux qui ne sont pas retenus par la considération de leurs devoirs. »

1673 : Ordonnance du commerce

Préparé lui aussi sous la direction de Colbert (voir *1667* et *1670*), ce grand texte vise à « fixer », ou du moins à régulariser, le droit du commerce, souvent flou et variable en fonction des régions ou des métiers concernés. Le droit commercial, en effet, était pratiquement ignoré par le droit coutumier proprement dit et se présentait sous forme de simples usages suivis par les marchands ou les gens de

métiers. Cette partie de la codification touche donc au fond même du droit commercial, au-delà d'une simple harmonisation des procédures. Pour Colbert, il y allait de la puissance du royaume et de sa prospérité : c'est pour favoriser l'activité des marchands et encourager les affaires que le droit du commerce devait être rendu plus « sûr » et plus clair. Le « code » étant destiné aux marchands, Colbert a demandé à un marchand, Jacques Savary (qui lui avait remis dès 1670 un mémoire sur les abus et fraudes des commerçants), d'en rédiger le projet. Cette paternité de l'ordonnance a été reconnue par les contemporains qui l'ont baptisé « code Savary ». Très apprécié à sa parution, le texte fut néanmoins rapidement dépassé. À la fin de l'Ancien régime, on travaillait à sa révision. Celle-ci n'aboutit finalement qu'en 1807, sous la forme du Code de commerce de Napoléon.

1679, avril : édit sur l'enseignement du droit

Dans le cadre de cet édit (pris à Saint-Germain-en-Laye) portant réforme générale des études de droit, Louis XIV

créée, à côté des cours traditionnels de droits romain et canonique, un enseignement spécifique de « droit français » : « Afin de ne rien omettre de ce qui peut servir à la parfaite instruction de ceux qui entreront dans les charges de judicature, nous voulons que *le droit français contenu dans nos ordonnances et dans les coutumes* soit publiquement enseigné ; et à cet effet, nous nommerons des professeurs qui expliqueront les principes de la *jurisprudence* française et qui en feront des leçons publiques... » (article 14). Les nouveaux professeurs de droit français, bien que tournés vers la pratique, ont néanmoins développé une œuvre doctrinale importante en publiant leurs cours sous forme d'*Institutes* ou de *Principes* à vocation générale, ou des traités sur des sujets plus étroits ; ils ont ainsi œuvré efficacement dans le sens de l'harmonisation du droit en vigueur dans le royaume. Le plus remarquable fut Pothier (1699-1772), professeur à Orléans, dont les travaux seront abondamment utilisés par les rédacteurs du Code civil (voir *21 mars 1804*).

1679 : Habeas Corpus Act

L'expression *habeas corpus* apparaît en Angleterre dès le

règne d'Édouard I^{er} (v. 1272). Ce sont les premiers mots d'ordre brefs (*writs* : « brefs ») que le roi envoyait à ses shérifs pour régler certains points de procédure. Le plus connu de ces *writs* est celui qui ordonnait au shérif de présenter devant un juge de *common law* une personne détenue comme suspecte d'une infraction pénale (*habeas corpus ad subjiciendum et recipiendum*). Par la suite, l'*habeas corpus* sera appliqué en faveur de justiciables incarcérés sur l'ordre du chancelier, c'est-à-dire hors du champ du *common law* (non sans beaucoup de discussions). À l'époque moderne, cette procédure est considérée comme la pierre de touche des libertés publiques : c'est dire qu'au-delà de sa signification judiciaire, elle revêt aussi une importance politique majeure. L'*Habeas Corpus Act*, voté par le Parlement de Charles II Stuart le 27 mai 1679, précise la procédure, en particulier en limitant strictement le temps laissé aux officiers de police pour faire connaître aux juges les motifs de l'arrestation (trois jours) et le temps laissé aux juges pour décider de l'élargissement du détenu ou de son renvoi pour jugement devant le juge compétent (deux jours). Au xviii^e siècle, William Blackstone (voir 1765-1769) comparera l'*Act* de 1679 à « une seconde *Magna Carta* » (voir 1215).

1689 : Domat, *Les Lois civiles dans leur ordre naturel*

Lorsque Jean Domat publie son chef-d'œuvre, il n'est qu'un humble magistrat (avocat du roi) d'une petite juridiction royale provinciale, le présidial de Clermont, en Auvergne. Né en 1625, ami très proche de Blaise Pascal (1623-1662), Domat inscrit sa réflexion sur le droit dans une conception du monde essentiellement chrétienne : il croit à un *ordre naturel* du monde, à une « loi naturelle » voulue par Dieu. C'est à la fin des années 1670, cherchant le moyen de faire comprendre à son fils la logique du droit, que Domat a entrepris la rédaction de ses *Lois civiles*. Sa grande idée a été de présenter le « droit civil » (c'est-à-dire le droit romain) dans un « ordre » conforme à cette loi naturelle. D'où le titre : *Les Lois civiles dans leur ordre naturel*. Sous l'influence de Pascal et des autres jansénistes (en particulier Pierre Nicole, auteur avec Antoine Arnaud de la fameuse *Logique* de Port-Royal), il considère la méthode géométrique (*mos geometricus*) comme applicable

à toutes les sciences, à commencer par le droit. L'ordre naturel du droit est donc un ordre géométrique, ou du moins un ordre parfaitement *logique*, où les propositions démonstratives s'enchaînent les unes aux autres selon une rigueur parfaite. Le résultat est une exceptionnelle systématisation des règles romaines qui exercera une grande influence sur la doctrine du xviii^e siècle et qui inspirera ensuite, au moins sur certains points (par exemple la responsabilité civile) les rédacteurs du Code civil.

1689 : *Bill of Rights*

Intervenant dix ans après l'*Habeas Corpus Act**, le *Bill of Rights* marque l'épilogue des débats constitutionnels et juridiques qui avaient commencé sous Charles I^{er} et parachève l'édifice des « Libertés anglaises » dont la Grande Charte* était considérée comme le soubassement (voir 1215). L'acte de 1689 est la première « Déclaration des droits » de l'époque moderne, mais contrairement à la Déclaration française de 1789*, elle ne prétend à aucun caractère universel. Le *Bill of Rights* constitue la conclusion juridique de la « Glorieuse Révolution » qui, l'année

précédente, avait chassé Jacques II Stuart au profit de sa fille Marie et de l'époux de celle-ci, Guillaume d'Orange. Comme la Grande Charte, le *Bill* de 1689 contient d'abord des dispositions conjoncturelles visant à légitimer l'éviction du roi Jacques (essentiellement accusé, comme « papiste », d'avoir voulu « subvertir » la religion établie, c'est-à-dire l'anglicanisme), puis rappelle et précise les grands principes de la monarchie modérée en soumettant le pouvoir royal au strict respect des anciennes « libertés » du royaume, en particulier le droit de pétition, le droit de port d'armes (dans un but purement défensif) et le jugement par jurés. Mais le *Bill of Rights* va bien au-delà puisqu'il organise le partage de la souveraineté entre le monarque et le parlement, ouvrant ainsi la voie à ce qui deviendra au siècle suivant le régime parlementaire. L'idée générale est qu'un gouvernement n'est légitime que s'il respecte les « lois établies » et les libertés des sujets, qu'elles soient individuelles ou collectives ; il s'agit bien sûr toujours de libertés concrètes, telles que l'histoire les a établies. Lorsque les colons américains se révolteront moins d'un siècle plus tard contre la Couronne d'Angleterre, ce sera au nom de ces mêmes libertés concrètes et la première Déclaration des droits américaine (celle de Virginie, voir 1776) les évoquera en des termes

fort proches de ceux du *Bill* de 1689. C'est Locke qui a explicité, l'année suivante, la philosophie politique et juridique contenue implicitement dans le *Bill of Rights* de 1689.

1690 : Locke, *Deux traités du gouvernement civil*

John Locke (1632-1704) publie ses *Deux traités* au lendemain de la Glorieuse Révolution et du *Bill of Rights** dont ils sont une sorte de développement théorique. Il s'interroge sur l'origine du pouvoir social et la manière dont les membres de la société se situent par rapport à celui-ci. Selon lui, la raison d'être d'une société organisée est moins la garantie de l'ordre, comme chez Hobbes (voir *1651*), que celle des *droits naturels* des individus. C'est un changement majeur de perspective. Ces droits naturels sont le droit à la vie, la liberté, la sûreté corporelle, mais aussi le droit à la propriété des choses nécessaires. Si les hommes conviennent entre eux de créer une société *civile*, c'est-à-dire une communauté organisée de *citoyens*, c'est avant tout pour assurer le respect mutuel de ces droits

essentiels. Chacun s'engage à obéir au pouvoir social qu'il contribue à instituer à la condition expresse que ce pouvoir lui garantisse la jouissance de sa liberté et de ses propriétés (au sens large du mot). Dès lors, le contrat social n'est qu'un contrat *minimum* : l'adhésion au pacte n'implique qu'une promesse conditionnelle d'obéissance et il n'entraîne aucune renonciation de la part des contractants à leurs droits naturels. Ces droits fondamentaux sont tellement « attachés » à la personne de leurs détenteurs qu'ils ne peuvent en être disjoints, même volontairement : ils sont *inaliénables*. Au cas où l'État, au lieu de protéger ces droits, entreprendrait de les réduire, les citoyens seraient fondés à résister : le *droit de résistance* est donc inhérent au pacte fondateur. En 1688, avec la Glorieuse Révolution qui a porté Guillaume et Marie sur le trône d'Angleterre, c'est ce modèle qui a triomphé. Pour autant, cette Révolution n'est pas une rupture, mais un « retour » à l'esprit des libertés traditionnelles (en somme, une « révolution » au sens astronomique) : le *Bill of Rights*, comme l'*Habeas Corpus Act*, s'inscrit dans la continuité de la Grande Charte*.

1731-1747 : Ordonnances

du chancelier d'Aguesseau

Elles constituent un début, à vrai dire encore timide, d'unification du droit privé par voie législative. Issu d'une lignée de juristes régaliens (partisans d'un pouvoir royal fort, et donc de l'extension des prérogatives de la Couronne), Henri d'Aguesseau envisageait l'unification (ou du moins l'harmonisation) par voie législative de certains domaines du droit de la famille qui présentaient à ses yeux une forte dimension d'ordre public. Les ordonnances de 1731 et de 1735 portent sur deux points très précis à l'égard desquels la diversité coutumière paraissait particulièrement gênante : les donations et les testaments. Toutefois, comme la démarche était nouvelle (car cette fois on touchait vraiment au fond du droit, c'est-à-dire au droit substantiel, jusque-là laissé au domaine coutumier ; voir la fin de 1667), le chancelier a préparé sa réforme avec beaucoup de précautions, en y associant les plus hautes juridictions du royaume, parlements et conseils souverains, et sans rien brusquer. Finalement, le chancelier a fait des concessions à la diversité juridique, par exemple en acceptant que subsistent deux formes différentes de testaments, l'une pour le Nord, l'autre pour le Midi. Si

l'on n'est pas parvenu à une unification totale, il y a eu du moins une réelle simplification : les variantes propres aux différentes coutumes des pays coutumiers étant éliminées, seul subsiste désormais le dualisme entre pays de coutumes et pays de droit écrit, qui durera jusqu'au Code civil. La troisième ordonnance préparée par le chancelier n'a été publiée qu'en 1747 : elle concernait les substitutions, une institution du droit successoral qui permettait la transmission des biens de famille sur plusieurs générations.

1748 : Montesquieu, *De l'esprit des lois*

Cette œuvre universellement connue de Montesquieu (1689-1755) est l'un des plus grands « monuments » de la littérature juridique et politique. C'est non seulement une réflexion sur le droit et les différentes manières dont il se forme ou s'exprime, mais aussi une enquête sur les relations entre systèmes juridiques et systèmes politiques : les Lois (au sens large de « droit ») dans leurs rapports avec le Pouvoir. Rappelons d'abord que Montesquieu,

avant d'écrire *De l'esprit des lois*, a appartenu à la magistrature (il fut président au parlement de Bordeaux). Même si la fonction judiciaire ne l'avait pas passionné, c'est toujours en juriste qu'il raisonne, et en parlementaire : son point de vue est à la fois traditionnel et libéral. C'est dire que sa pensée est complexe et nuancée. La postérité lui a fait subir de pénibles simplifications, en réduisant l'ensemble de l'ouvrage à quelques-uns de ses chapitres, à commencer par le (trop ?) fameux chapitre VI du livre XI, consacré à la constitution anglaise. C'est là que Montesquieu présente sa célèbre théorie de la *distinction* des pouvoirs. Vient d'abord la « puissance législative ». Elle est par nature illimitée, car on peut faire des lois sur n'importe quel sujet. Par sa généralité même, du fait qu'elle touche d'un seul coup l'ensemble du corps social, la loi est un acte très grave. Si donc le même organe dispose à la fois du pouvoir de faire les lois et de celui de les exécuter, c'est-à-dire de les appliquer aux situations particulières, la liberté publique est en péril : « Lorsque dans la même personne ou dans le même corps de magistrature, la puissance législative est réunie à la puissance exécutive, il n'y a point de liberté, parce qu'on peut craindre que le même monarque ou le même sénat ne fasse des lois tyranniques pour les exécuter tyranniquement. » La seule

façon d'éviter le despotisme est donc de confier à des organes *distincts* la fonction législative d'une part, les fonctions exécutives de l'autre. Pour Montesquieu, la « puissance exécutrice » est elle-même double : l'une correspond en gros à ce que nous appelons aujourd'hui le pouvoir exécutif, l'autre à la fonction judiciaire. C'est la *distinction de ces trois fonctions* qui permet de garantir la liberté publique contre les entreprises toujours redoutables du pouvoir législatif : « Il faut que, par la disposition des choses, *le pouvoir arrête le pouvoir.* » On ne résistera pas ici au plaisir de citer dans son intégralité le chapitre XIII du livre V : « *Idée du despotisme.* Quand les sauvages de la Louisiane veulent avoir du fruit, ils coupent l'arbre au pied, et cueillent le fruit. Voilà le gouvernement despotique. » Célèbre est aussi l'opinion de Montesquieu sur la place des juges par rapport à la loi, qui varie selon la nature du régime politique : « Dans les États despotiques, il n'y a point de loi ; le juge est lui-même sa règle. Dans les États monarchiques, il y a une loi : là où elle est précise, le juge la suit ; là où elle ne l'est pas, le juge en cherche l'esprit. Dans le gouvernement républicain, il est de la nature de la Constitution que les juges suivent *la lettre de la loi* » (E. L., VI, 3).

1762 : *Du contrat social*

C'est en 1762 que Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) publie *Du contrat social*, conçu comme l'introduction théorique d'un vaste traité sur les institutions politiques qui n'a jamais vu le jour. Locke était préoccupé par la liberté ; Rousseau est obsédé par l'égalité. Tous les hommes sont égaux : voilà le postulat de base. Depuis longtemps, le christianisme (après les stoïciens) avait affirmé la radicale égalité des hommes devant Dieu ; mais il s'agit ici de transposer cette égalité « naturelle » dans le domaine de la politique et du droit. Le moyen de cette transposition est le *contrat* fondateur et organisateur de la société. Pour faire en sorte que l'*égalité naturelle* des hommes se consolide en *égalité politique*, il faut que chaque citoyen, au moment même où il devient citoyen, c'est-à-dire à l'instant précis de la conclusion du pacte civique, renonce à la totalité de ses droits antérieurs (ceux qu'il tenait de la nature) et qu'il les remette tous à la collectivité, sans en rien retenir. « Chacun de nous met sa personne et toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté générale », voilà la clause essentielle du pacte. S'étant ainsi entièrement dépouillé de ses droits originaires, le nouveau

citoyen retrouve aussitôt des droits « civiques » ou « politiques », lesquels sont les mêmes pour tous. Mais ces droits sont désormais tenus de la puissance publique elle-même, *et d'elle seule* : dans l'opération, les droits *naturels* (que Locke réputait *inaliénables*) ont donc tout bonnement disparu. Où est passée, dès lors, la liberté ? Il serait fastidieux de suivre Rousseau dans les méandres d'un raisonnement qui est bien souvent à la limite du sophisme : « Chacun se donnant à tous ne se donne à personne » (à personne *en particulier*), et demeure donc aussi libre qu'auparavant. C'est réduire la liberté à l'absence de dépendance *individuelle* ; mais peut-on encore parler de liberté dans un système de dépendance *collective* ? En réalité, la « volonté générale » que Rousseau institue comme la seule source possible de l'autorité et de la loi peut devenir l'instrument du plus insupportable despotisme : celui de la masse anonyme, ou d'un groupe quelconque qui prétendrait la représenter. C'est le schéma de tous les totalitarismes. Émanant de la seule « volonté générale » (c'est-à-dire de la communauté politique elle-même, seule souveraine et seule capable d'exprimer une volonté *générale*), la loi ne peut porter que sur des objets *généraux*. Elle est, par nature, générale. De même, son domaine est *illimité*. Montesquieu l'avait déjà noté, mais

pour en marquer les risques. Rousseau, lui, ne voit là aucun inconvénient : la loi exprime la volonté du peuple et il serait absurde que celui-ci veuille se nuire à lui-même. S'il y a dans le système politique un organe dont il faut se méfier, c'est seulement de l'organe d'exécution, le gouvernement, toujours porté à « entreprendre » sur les droits du peuple souverain : tout gouvernement est un usurpateur en puissance. Par là s'explique la position très subordonnée qui sera celle de l'organe exécutif dans la Constitution de 1791 et sa quasi-disparition entre 1793 et 1795. Pour la même raison, la loi est *infaillible* : la volonté générale « ne peut errer », affirme Rousseau, elle est « toujours droite », elle a toujours raison. Enfin, la loi est un commandement *absolu* : une fois délibérée dans des conditions convenables, elle s'impose à tous, même à ceux qui ne l'ont pas votée et qui peuvent être contraints à l'observer par la force. C'est « l'absolutisme de la volonté générale » que l'on verra à l'œuvre (mais au prix de sensibles distorsions) tout au long de la Révolution.

On peut discuter à l'infini sur les contradictions, réelles ou apparentes, que recèle le *Contrat social*. La plupart de ses lecteurs en retiendront trois idées simples : 1/ la loi est *la seule* source du droit ; 2/ elle peut, comme le souverain lui-

même, *tout* vouloir ; 3/ en principe, c'est le peuple lui-même qui fait la loi ; mais cet idéal n'est praticable que pour les peuples bien « institués », convenablement formés à la « civilité » et de petite taille – car la démocratie directe n'est praticable que dans les petites républiques, de la dimension des cantons suisses, idéal montagnard de Rousseau. Autant dire que le passage de la théorie à la pratique, pour un peuple aussi nombreux que le peuple français, déjà marqué par tant de mauvais plis, n'ira pas sans difficultés (voir 3 septembre 1791).

1764 : Beccaria, *Des délits et des peines*

Cet opuscule très célèbre, publié en 1764 par un jeune noble milanais de 25 ans, est considéré comme l'expression la plus emblématique du mouvement de réforme pénale des Lumières. Alors que le droit pénal classique fondait la peine sur l'idée de *justice rétributive* (la peine est la sanction nécessaire d'une faute), Beccaria ne lui reconnaît pas d'autre fondement que l'*utilité sociale* : « Le but des peines n'est ni de tourmenter et affliger un être sensible ni

de faire qu'un crime déjà commis ne l'ait pas été... Les cris d'un malheureux seraient-ils capables de faire revenir le temps passé et de révoquer les actes qu'il a commis ? Le but des châtements ne peut être dès lors que d'empêcher le coupable de causer de nouveaux dommages et de dissuader les autres d'en commettre de semblables. » Il appartient donc au législateur de choisir les peines susceptibles de produire « l'impression la plus efficace et la plus durable sur l'esprit des hommes, et la moins cruelle sur le corps du coupable » (*Des délits...*, XII). C'est cette considération qui porte Beccaria à préférer à la peine de mort les travaux forcés à perpétuité : « Le frein le plus puissant pour arrêter les crimes n'est pas le spectacle terrible mais momentané de la mort d'un scélérat, c'est le tourment d'un homme privé de sa liberté, *transformé en bête de somme* et qui paie par ses fatigues le tort qu'il a fait à la société... Les travaux forcés substitués à la peine de mort ont toute la sévérité voulue pour détourner du crime l'esprit le plus déterminé » (XXVIII). On présente généralement Beccaria comme un adversaire déterminé de la peine de mort et le grand précurseur de l'abolitionnisme. En réalité, sa condamnation de la peine capitale souffre deux exceptions (dont l'une servira souvent pendant la Terreur) : « La mort d'un citoyen ne peut être jugée *utile* que pour deux motifs :

d'abord si, quoique privé de sa liberté, il a encore des relations et un pouvoir tels qu'il soit une menace pour la sécurité de la nation, et si son existence peut provoquer une révolution dangereuse pour la forme du gouvernement établi... [*Cet argument sera largement repris en 1793, lors du procès de Louis XVI.*] Mais sous le règne paisible de la légalité, sous un gouvernement approuvé par l'ensemble de la nation..., là où le pouvoir n'appartient qu'au véritable souverain [*c'est-à-dire au peuple*]..., il ne saurait y avoir aucune nécessité de faire périr un citoyen, *à moins que* sa mort ne soit le meilleur ou l'unique moyen de dissuader les autres de commettre des crimes, second motif qui peut faire regarder la peine de mort comme juste et nécessaire... » À vrai dire, il est difficile de voir dans l'abolitionnisme (tout relatif) de Beccaria un véritable humanisme. Comme les autres réformateurs, Beccaria est un adepte du sensualisme : l'esprit humain ne se nourrissant que de sensations, pour que les peines soient efficaces, elles doivent « faire sensation ». Au surplus, si la peine doit éviter toute cruauté *inutile*, il faut aussi qu'elle soit inévitable et « infaillible », la certitude du châtement étant la première condition de son efficacité ; le droit de grâce, qui introduit une incertitude quant à l'exécution de la peine, doit donc être aboli. Efficacité, utilité, tels sont les

maîtres mots de la réforme attendue.

Ajoutons que pour Beccaria, cette réforme doit être uniquement le fait du Législateur : le juge ne garde aucune marge de manœuvre, il est complètement subordonné à la Loi. En réaction contre le système classique de l'« arbitrage de la peine » par les juges, Beccaria ne leur laisse aucun pouvoir, pas même celui d'interpréter les règles légales ou d'en « chercher l'esprit » (ce qu'admettait Montesquieu) : ils n'ont qu'à consulter le code pénal et à l'appliquer littéralement. Dès lors que la loi est précise et complète, l'office du juge « se réduit à examiner si tel homme a commis ou non un acte contraire aux lois. En présence de tout délit, le juge doit former un syllogisme parfait : la majeure doit être la loi générale, la mineure l'acte conforme ou non à la loi, la conclusion étant l'acquittement ou la condamnation » (*Des délits...*, IV). C'est cette conception du juge « automate » qui a été adoptée par les législateurs de la fin du xviii^e siècle et que l'on retrouvera aussi bien dans le code autrichien de Joseph II (voir 1787) que dans celui de la Constituante (voir 1791).

1765-1769 : Blackstone,

Commentaires sur les lois anglaises

L'auteur du plus célèbre commentaire du droit anglais à l'époque moderne était à la fois un professeur de droit et un parlementaire ; il a quitté sa chaire en 1766 pour devenir juge. Les *Commentaires* sont le produit de son enseignement. Tout en célébrant la singularité juridique (et politique) de l'Angleterre, William Blackstone n'est pas insensible aux Lumières ; mais celles-ci n'influencent guère que la forme de l'ouvrage, qui se veut synthétique et claire, et fort peu le fond, qui reste ancré dans la tradition. Les *Commentaires* sont divisés en quatre livres, selon un plan inspiré des Institutes : *Rights of Persons* ; *Rights of Things* ; *Private Wrongs* ; *Public Wrongs*.

Quant au fond, la vision du *common law* est traditionnelle. En tant que coutume générale de l'Angleterre, il s'impose aux juges qui doivent s'en tenir aux précédents. La loi (*statute*) émane du souverain, c'est-à-dire de la « corporation » formée par le roi et les deux chambres du Parlement ; le juge peut l'interpréter, mais selon des critères précis. Et si la loi humaine contrevient au droit

naturel, le juge doit la considérer comme invalide. Les institutions publiques sont bonnes, le droit pénal trop sévère. Mais c'est pire sur le continent, qui connaît la torture et les lettres de cachet ! Blackstone a eu une grande influence en son temps ; son œuvre reste une très bonne introduction au droit anglais.

1776 (4 juillet) : Déclaration d'indépendance des États- Unis d'Amérique

Ce texte aussi fondamental par son contenu que remarquable par sa forme a été rédigé par Thomas Jefferson (qui avait déjà publié deux ans plus tôt un *Aperçu des droits de l'Amérique britannique*). Adopté lors de la convention de Philadelphie à l'unanimité des 56 délégués des 13 Colonies, il fonde l'indépendance américaine en retournant contre le gouvernement britannique la philosophie juridique du *Bill of Rights**, telle que Locke l'avait systématisée (voir 1690). C'est cette

philosophie libérale qui inspire Jefferson et qui reste aujourd'hui encore à la base du système politique américain. La Déclaration commence par un exposé des motifs d'une très haute tenue, que nous donnons ici dans la traduction de Jefferson lui-même : « Lorsque dans le cours des événements humains, il devient nécessaire pour un peuple de dissoudre les liens politiques qui l'ont attaché à un autre et de prendre, parmi les puissances de la Terre, la place séparée et égale à laquelle les lois de la nature et du Dieu de la nature lui donnent droit, le respect dû à l'opinion de l'humanité oblige à déclarer les causes qui le déterminent à la séparation. – Nous tenons pour évidentes pour elles-mêmes les vérités suivantes : tous les hommes sont créés égaux ; ils sont doués par le Créateur de certains droits inaliénables ; parmi ces droits se trouvent la vie, la liberté et la recherche du bonheur. *Les gouvernements sont établis parmi les hommes pour garantir ces droits, et leur juste pouvoir émane du consentement des gouvernés.* Toutes les fois qu'une forme de gouvernement devient destructive de ce but, le peuple a le droit de la changer ou de l'abolir et d'établir un nouveau gouvernement en le fondant sur les principes et en l'organisant en la forme qui lui paraîtront les plus propres à lui donner la sûreté et le bonheur. » Suit la liste complète des griefs articulés par les

Américains à l'encontre du gouvernement anglais. Présentés comme autant d'atteintes aux libertés des sujets américains de la Couronne, ces griefs ont détruit la confiance qui peut seule fonder une autorité *légitime*. D'où la conclusion, qui est la déclaration d'indépendance proprement dite : « En conséquence, nous, les représentants des États-Unis d'Amérique, assemblés en Congrès général, prenant à témoin le Juge suprême de l'univers de la droiture de nos intentions, publions et déclarons solennellement au nom et par l'autorité du bon peuple de ces Colonies, que *ces Colonies unies sont et ont le droit d'être des États libres et indépendants* ; qu'elles sont dégagées de toute obéissance envers la Couronne de la Grande-Bretagne ; que tout lien politique entre elles et l'État de la Grande-Bretagne est et doit être entièrement dissous ; que, comme les États libres et indépendants, elles ont pleine autorité de faire la guerre, de conclure la paix, de contracter des alliances, de régler le commerce et de faire tous autres actes ou choses que les États indépendants ont droit de faire ; et pleins d'une ferme confiance dans la protection de la divine Providence, nous engageons mutuellement au soutien de cette Déclaration, nos vies, nos fortunes et notre bien le plus sacré, l'honneur. »

1786 : *Leopoldina*

On appelle ainsi le code pénal réformateur promulgué en Toscane par le grand duc Léopold, fils de l'impératrice Marie-Thérèse. C'est le premier code pénal européen qui met en pratique les idées des réformateurs, en particulier celles de Beccaria, du moins en partie. Il englobe la procédure et le droit substantiel, mais sans imposer un principe de légalité stricte : la *Leopoldina* n'est pas un code pénal complet et laisse une place à l'appréciation des juges, selon le schéma pénal traditionnel. Le procès est public, l'abolition de la question est confirmée. La peine capitale est supprimée (elle sera rétablie en 1790), mais les pénalités se veulent exemplaires. Léopold semble cependant envisager aussi la peine comme un moyen d'amendement du condamné, ce que n'avait pas fait Beccaria ; on retrouvera ce thème dans le premier code pénal français (voir 1791).

1787 : Code pénal de l'empereur Joseph II

Comme son frère Léopold en Toscane, Joseph II a voulu promulguer un code moderne, inspiré des théories des Lumières. Alors que le code de l'impératrice Marie-Thérèse (la *Constitutio Criminalis Theresiana* promulguée en 1769) était resté fidèle à la conception traditionnelle de la répression pénale, Joseph II commence par abolir la torture en 1776 et la peine de mort en 1783 avant de procéder à une réforme globale : c'est, en 1787, l'*Allgemeines Gesetzbuch über Verbrechen und derselben Bestrafung* (« Code général des crimes et de leur punition »). Ce code pose de façon très stricte le principe de légalité des incriminations et des peines et interdit tout raisonnement par analogie. Les juges doivent donc appliquer le code à la lettre et prononcer la peine prévue sans aucune possibilité de l'aggraver ou de la modérer. Le but des peines est ici exclusivement l'exemplarité : si la peine de mort est abolie, la peine du halage des bateaux sur le Danube, qui la remplace, n'est en réalité qu'une destruction plus lente (et donc plus durablement exemplaire) du corps du condamné. Sont aussi affirmés le principe d'égalité devant la loi pénale et la personnalité des peines. Le code pénal a été complété l'année suivante par un code de procédure (*Kriminalgerichtordnung*) également inspiré par l'idéologie des Lumières. Les réformes ont

continué sous Léopold II (auparavant grand duc de Toscane, qui devient empereur en 1790) et sous François II, mais les événements de France, là aussi, ont conduit à des révisions : dès 1803 François II a donc remplacé les codes josphins par un nouveau code, d'inspiration plus traditionnelle, le *Strafgesetz über Verbrechen und schwere Polizeiübertretungen* (rédigé *in fine* par Franz von Zeiller, par ailleurs l'un des pères du Code civil de 1811) qui s'est appliqué en Autriche jusqu'en 1975, non sans de nombreuses réformes.

1789 (4 août) : Abolition des privilèges

Dans les semaines qui suivent la transformation des États généraux en Assemblée constituante sont posés les fondements juridiques du Nouveau régime. L'abolition de la division de la société en ordres distincts impliquait l'affirmation d'une complète homogénéité du corps de la nation, désormais exclusivement constituée d'individus égaux en droits. Le premier acte de cette « Révolution du droit » est posé par la Constituante au cours de la nuit du

4 août 1789 : c'est l'*abolition des privilèges*, ces « droits particuliers » qui appartenaient, depuis le Moyen Âge, à certains groupes sociaux ou territoriaux. Seuls désormais les individus, et non les groupes, sont titulaires de droits ; et comme tous les individus sont égaux entre eux, tous doivent être soumis au même droit, *unique* et *uniforme*. C'est la fin de la diversité juridique qui avait jusque-là caractérisé le royaume. Il s'agit d'abord de niveler le territoire, puis d'engager l'uniformisation du droit privé.

L'article 10 du décret des 5-11 août 1789 (qui met en forme les décisions prises dans la nuit du 4) abolit expressément les privilèges territoriaux : « Une constitution nationale et la liberté publique étant plus avantageuses aux provinces que les privilèges dont quelques-unes jouissaient et dont le sacrifice est nécessaire à *l'union intime de toutes les parties de l'Empire*, il est déclaré que tous les privilèges particuliers des provinces, pays, principautés, cantons, villes et communautés d'habitants... sont abolis sans retour et demeureront *confondus dans le droit commun des Français*. » Pour les Constituants, les provinces sont non seulement les vestiges d'un passé historique trop lourd, mais elles sont aussi le siège de particularismes qui divisent la nation et qui perpétuent en son sein des inégalités

choquantes. À la place des provinces supprimées, l'assemblée institue les *départements*, cadres uniformes et radicalement nouveaux de l'administration territoriale. Chaque département sera divisé en districts et chaque district en cantons (décret du 22 décembre 1789).

Le deuxième volet de l'uniformisation concerne le droit privé. Le mot d'ordre avait été lancé par les philosophes des Lumières : plus de coutumes, plus de droits écrits, plus de particularités jurisprudentielles ; le même droit pour tous, défini par la Loi seule et appliquée par des juges passifs. Le principe de l'uniformité du droit privé est affirmé par la loi des 16-24 août 1790 : « Il sera fait un Code général de lois simples, claires et appropriées à la Constitution » (entendons : en harmonie avec le Nouveau Régime politique). Le projet d'une codification générale est réaffirmé à la fin du titre I^{er} de la Constitution de 1791 : « Il sera fait un Code de lois civiles communes à tout le royaume. » En réalité, ce code ne verra le jour qu'après l'échec de quatre tentatives successives échelonnées entre 1793 et le début du Consulat (voir 1804).

1789 (26 août) :

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen

Visée par le préambule de la Constitution de 1958*, la Déclaration de 1789 est une pièce essentielle de notre actuel « ordonnancement » juridique. Au lendemain de l'abolition des privilèges*, il s'agissait pour les Constituants de poser les bases du nouveau régime juridique, qu'il s'agisse de la Constitution ou des diverses branches du droit interne. La discussion a été vive et les opinions diverses. Le texte est clairement tributaire de deux sources d'inspiration : le libéralisme de Locke et de Montesquieu d'une part ; le légicentrisme de Rousseau d'autre part (voir 1690, 1748, 1762). Le point de départ est libéral : il s'agit non pas d'instituer, mais simplement de *déclarer* les droits « naturels, inaliénables et sacrés » de l'homme ; que ces droits préexistent au pacte social (droits de l'homme *stricto sensu*) ou qu'ils en résultent (droits du citoyen), ils constituent en tout état de cause des barrières que l'État ne saurait franchir. Cette approche s'inspire des déclarations adoptées au début de la guerre d'Indépendance par différents États américains : la Virginie (juin 1776), la

Pennsylvanie et le Delaware (septembre 1776), le Maryland (novembre 1776), la Caroline du Nord (décembre 1776), le Massachusetts (mars 1780) – textes qui se rattachent à la tradition du *Bill of Rights** (voir 1776). Il s’agit donc d’abord de marquer les limites infranchissables du pouvoir de l’État : « Le but de toute association politique, déclare l’article 2, est la conservation des droits naturels et *imprescriptibles* de l’homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l’oppression. » La *liberté* est le premier terme de l’énumération, le premier des droits naturels de l’homme en tant que tel : c’est la *liberté naturelle* qui se prolonge ensuite en *liberté politique*, celle des citoyens proprement dits. La *propriété*, notion essentielle chez Locke, doit aussi s’entendre à la fois au sens philosophique et au sens juridique (celui-ci étant précisé à l’article 17, le dernier de la Déclaration, où il est dit que « les propriétés » – transformé ensuite en « la propriété » – sont « un droit inviolable et sacré »). La *sûreté* désigne ici, très précisément, le droit de ne pas être arrêté sans cause et, dans un sens plus large, celui de bénéficier de garanties judiciaires minimales ; en Grande-Bretagne, c’était l’*habeas corpus* (voir 1679) ; en France, c’est la condamnation des lettres de cachet, expressément interdites un peu plus loin :

« ceux qui sollicitent, expédient, exécutent... des ordres arbitraires doivent être punis » (article 7). C'est la notion de *résistance à l'oppression* qui clôture l'énumération des droits imprescriptibles. L'idée n'est pas neuve ; au Moyen Âge, la résistance, au moins passive, au tyran était déjà considérée comme de droit naturel (voir 1267-1273). Pour les hommes de 1789, l'oppression ne peut venir que d'un monarque et de ses ministres : on n'imagine pas encore que la tyrannie puisse être le fait de la volonté générale elle-même. Celle-ci, Rousseau l'assure, est « toujours droite », elle ne peut « errer », etc. C'est pourquoi l'article 7 *in fine* exclut formellement toute résistance à l'ordre de la loi : « tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la Loi doit obéir à l'instant ; *il se rend coupable par sa résistance* ». La loi dont il s'agit ici est bien celle de Rousseau : « La loi est *l'expression de la volonté générale* », affirme l'article 6 de la Déclaration. Comme la volonté générale dont elle émane, la loi est illimitée, absolue, infaillible. C'est la loi qui a le dernier mot, c'est elle qui parle encore *après* la déclaration des libertés fondamentales, et même après la liberté tout court. Certes, celle-ci est définie très largement comme le pouvoir de « faire tout ce qui ne nuit pas à autrui » (article 4), mais la phrase suivante ajoute aussitôt que ce pouvoir a des « bornes », lesquelles « ne peuvent être déterminées

que par la *loi* ». La loi est donc bien, pour le citoyen, la limite de sa liberté. Bien sûr, selon l'article 5, « la loi n'a le droit de défendre que les actions *nuisibles* à la société » ; mais qui posera le critère du « nuisible », si ce n'est, justement, le législateur lui-même ? On tourne en rond. Pour briser le cercle, il faudra attendre la Cinquième République et la création du Conseil constitutionnel (voir 1958).

La Déclaration de 1789 a été remplacée en 1793 par une autre, plus large mais totalement dénuée de sens dans le contexte politique de l'époque, celui de la Terreur. En 1795, avec la Constitution de l'An III, un nouveau texte, cette fois plus restrictif, ajoute à la Déclaration des droits une Déclaration des devoirs. Ensuite, la mode des Déclarations passe, jusqu'en 1946 où le texte de 1789 est visé par le préambule de la Constitution du 27 octobre ; il l'est aussi par le préambule de 1958.

1790 (16-24 août) : Loi sur l'organisation judiciaire

Anticipant sur l'organisation générale des pouvoirs publics

que devait dessiner la Constitution (voir 3 septembre 1791), cette loi pose les principes de base de la nouvelle justice civile et délimite strictement les contours du « pouvoir » judiciaire. En réaction contre les tentatives continuelles faites par les anciens parlements pour s’immiscer dans le domaine politique, il est désormais interdit aux juges de se mêler non seulement de politique mais aussi, plus largement, de tout ce qui relève du pouvoir exécutif, et donc de l’administration. C’est l’application du nouveau principe constitutionnel de séparation des pouvoirs, strictement entendu. La loi fait donc défense aux juges de s’immiscer dans l’exercice du *pouvoir exécutif* en citant les administrateurs « pour raison de leurs fonctions ». La Constitution de 1791 reprendra cette disposition : « Les tribunaux ne peuvent... entreprendre sur les fonctions administratives ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions » (III, V, article 3). Il en résulte que les juges ne peuvent pas connaître des litiges où l’administration est partie : ces litiges seront d’abord réglés par l’administration elle-même (selon le principe de l’administrateur-juge), puis par un ordre juridictionnel spécial, la *juridiction administrative*, qui sera mis en place à partir de l’an VIII.

D'autre part, la loi de 1790 interdit aux juges d'empiéter sur le *pouvoir législatif*. Dans l'Ancien régime, les parlements interprétaient les lois ou en comblaient les lacunes en édictant des règlements à l'usage des juges inférieurs (ce sont les fameux arrêts de règlement). Désormais, si par extraordinaire la loi présente une lacune ou une obscurité, ou si son sens n'est pas parfaitement clair pour le juge, celui-ci ne peut plus trancher lui-même : « Les tribunaux ne pourront point faire de règlements mais ils s'adresseront au corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle » (II, article 12) : c'est le système du *référé législatif*, qui réserve au législateur lui-même le monopole de l'interprétation de la loi. Cette procédure lourde et incommode sera abrogée par le Code civil (article 4).

1791 (3 septembre) : Première constitution écrite de la France

Pour les juristes français d'Ancien Régime, le royaume de France avait une « constitution » dans la mesure même où

il était « constitué », autour de la Couronne, par un ensemble de règles coutumières, de traditions, de privilèges, et dans la mesure aussi où la statut de la Couronne échappait au bon plaisir du roi (c'est ce que l'on appelait les « lois fondamentales du Royaume »). Mais pour les esprits éclairés du xviii^e siècle, une constitution est nécessairement un texte écrit et intangible qui organise le jeu des pouvoirs de façon très précise, à l'image d'une mécanique. À la veille de la Révolution, les réformateurs politiques, simplifiant les leçons de Montesquieu, réclamaient la séparation des pouvoirs (voir 1748) et, de façon plus confuse, une nouvelle définition de la royauté. C'est ce schéma qu'adoptent les États généraux, à la fin de juin 1789, lorsqu'ils s'autoproclament Assemblée nationale, puis Assemblée constituante. La Constitution, péniblement rédigée en plus de deux ans, sera finalement acceptée par le roi et promulguée le 3 septembre 1791. Elle mettait en œuvre le principe posé dès l'été 1789 par la Déclaration des droits*, en son article 16 : la séparation des pouvoirs. Cependant, tout en distinguant les trois « pouvoirs », la Constitution les hiérarchise. Le pouvoir essentiel est celui de faire les lois : il sera confié à une assemblée élue. Quant aux deux autres pouvoirs, ils sont à la fois cantonnés et subalternes. Le roi, même si on le

reconnaît comme « représentant héréditaire de la nation », n'est en réalité qu'un exécutant – le premier des fonctionnaires publics : « Il n'y a point en France d'autorité supérieure à celle de la loi. Le roi ne règne que par elle, et ce n'est qu'au nom de la loi qu'il peut exiger l'obéissance. » Quant au pouvoir judiciaire, il est lui aussi relégué à une place subalterne (voir *16-24 août 1790*). Ainsi conçue, cette constitution a vite montré ses limites et n'a pas résisté à l'épreuve du réel. Moins d'un an plus tard, la royauté constitutionnelle faisait place à la république, puis au *gouvernement révolutionnaire* (qui s'est passé de constitution). C'était le début d'une très longue instabilité institutionnelle qui vaudra à la France d'user, entre 1791 et 1958, de 13 constitutions successives : c'est en cela que la date du 3 septembre 1791 est, pour le droit public, une date marquante.

1791 (25 septembre-6 octobre) : Premier code pénal français

Comme le Code autrichien (voir *1787*), celui-ci est aussi

une mise en œuvre des idées de réforme pénale développées depuis le début du xviii^e siècle. Il commence par réduire le champ des incriminations aux seuls actes considérés comme « nuisibles » à la nouvelle société *laïcisée* en faisant disparaître du droit pénal tous les anciens délits religieux. Il consacre en revanche une large place à la répression des infractions politiques, c'est-à-dire à la défense des institutions publiques nouvelles mises en place depuis 1789. Sur un total de 150 incriminations prévues par le Code, 82 sont de nature politique (infractions commises par les ministres et « agents du pouvoir exécutif »). Les autres incriminations concernent soit des atteintes à la morale « naturelle » (63 cas), soit des infractions économiques (5 cas). Quant aux peines, elles s'inscrivent aussi dans le droit fil des Lumières et de la Déclaration de 1789*. Non seulement les peines sont égales pour tous, mais elles sont aussi strictement personnelles : la confiscation des biens est donc abolie. Mais la grande nouveauté, c'est que les peines sont désormais *absolument fixes*. Par réaction contre l'arbitraire des anciens juges, le nouveau droit pénal ne connaît plus que des peines déterminées à l'avance par la loi elle-même. Ainsi le juge n'a-t-il plus aucun pouvoir d'appréciation ; ce n'est plus un « arbitre », mais une simple machine à

appliquer un tarif.

De quelles peines s'agit-il ? Pour les Constituants, le premier fondement des peines est leur utilité sociale. La peine est d'abord un exemple, c'est pourquoi elle doit être publique. Dans son rapport, Lepeletier prévoyait ainsi que les prisons seraient ouvertes au public afin que la vue du coupable « dans l'état pénible où l'a réduit son crime » constitue une « instruction publique ». Mais cet objectif va de pair avec le désir de favoriser l'*amélioration* des condamnés et de rendre possible, avant la lettre, leur réinsertion sociale. C'est pourquoi le Code écarte les peines perpétuelles, la plus longue détention étant de vingt-quatre ans. Poussant cette idée jusqu'au bout, le rapporteur avait préconisé l'abolition de la peine de mort. Ce point a suscité beaucoup de discussions. Les arguments déjà avancés par Beccaria ont été repris par plusieurs députés, en particulier Robespierre, Duport et Pétion. Mais la majorité de l'Assemblée a été plus sensible aux arguments des partisans du maintien de la peine capitale, comme Brillat-Savarin. La peine de mort, définie comme « la simple privation de la vie », subsiste donc, avec un mode d'exécution très simple : « Tout condamné à mort aura la tête tranchée. » Pour le surplus, le nouveau système pénal

est fondé sur la privation de liberté – le bien le plus précieux de l’homme et l’apanage distinctif du citoyen – avec des variations dans sa durée et dans sa rigueur. Autres peines : la déportation, la dégradation civique et le carcan – nouvelle désignation du pilori. Par rapport aux châtimts de l’Ancien Régime, le nouveau Code apporte donc un adoucissement réel. Reste qu’une législation ne vaut que par l’application qui en est faite. Or, les jurys de l’époque révolutionnaire, loin d’appliquer la loi, se sont bien souvent employés à l’éluder – tout simplement pour échapper aux conséquences de la fixité absolue des peines, qui interdisait de les adapter aux circonstances concrètes de chaque infraction. De là ces « acquittements scandaleux » qui justifieront l’assouplissement du principe de légalité d’abord par le Code de 1810*, puis par la loi de 1832*.

1794 : Codification prussienne

En 1749, dans la *Dissertation sur les raisons d’établir ou d’abroger les lois*, le jeune Frédéric II décrivait en ces termes la législation idéale : « Un corps de lois parfait

serait le chef-d'œuvre de l'esprit humain dans ce qui regarde la politique du gouvernement : on y remarquerait une unité de dessein et des règles si exactes et si proportionnées qu'un État conduit par ces lois ressemblerait à *une montre*, dont tous les ressorts ont été faits pour un même but... ; les châtimens seraient tempérés, de sorte qu'en maintenant les bonnes mœurs ils ne seraient ni légers ni rigoureux ; des ordonnances claires et précises ne donneraient jamais lieu au litige ; elles consisteraient dans un choix exquis de tout ce que les lois civiles ont eu de meilleur, et dans une application ingénieuse et simple de ces lois aux usages de la nation ; *tout serait prévu*, tout serait combiné, et rien ne serait sujet aux inconvénients. » Si Frédéric a lancé l'idée d'un Code *général* et en a longuement préparé la rédaction, c'est son successeur Frédéric-Guillaume II qui a promulgué l'*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* (alr) en 1794. Ce texte très complexe et complet (plus de 17 000 paragraphes) envisage tour à tour, selon un plan systématique, toutes les branches du droit et tous les aspects de la vie sociale, jusqu'aux plus petits détails de la vie quotidienne, en insistant beaucoup sur les devoirs des sujets : en somme l'idéal bureaucratique d'un roi absolu. En 1856, dans *l'Ancien Régime et la Révolution*,

Tocqueville notera avec juste raison que « ce Code [contient] des dispositions dont l'extrême esprit centralisateur avoisine le *socialisme* » – ce dernier terme, sous la plume d'un libéral, étant évidemment péjoratif.

1800 (17 février : 28 pluviôse an VIII) : Loi d'organisation administrative

Depuis la nuit du 4 août 1789* et la division du territoire en départements et communes uniformes, le paysage administratif français est parfaitement homogène : « surface égale, selon Mirabeau, [qui] facilite l'exercice du pouvoir ». Après le coup d'État de Bonaparte (18 Brumaire an VIII : 9 novembre 1799), la dictature militaire succédant à l'anarchie, tout est en place pour doter la France d'un régime administratif combinant les deux principes d'*uniformité* et d'*autorité*. Tel est l'objet de la fameuse loi de pluviôse qui place un préfet à la tête de chaque département, un sous-préfet à la tête de chaque

arrondissement, un maire à la tête de chaque commune, tous étant nommés par le premier consul (ou par le préfet, pour les maires des petites communes) : une hiérarchie de chefs locaux, tous rattachés au chef suprême. À chaque niveau, la loi institue un ou deux conseils qui ne sont là que pour délibérer. On a trop dit que le préfet de Bonaparte était la reproduction de l'intendant de la monarchie : c'est évidemment excessif, si l'on songe à tout ce qui restait de pluralisme juridique et administratif jusqu'à la veille de la Révolution. La loi de pluviôse donne à la France l'administration hypercentralisée dont les despotes éclairés du xviii^e siècle avaient rêvé et que les lois de décentralisation (1831, 1833, 1884) viendront peu à peu libéraliser, avant que la grande vague décentralisatrice des années 1980 ne bouleverse le vieux schéma napoléonien.

1801 (17 juillet) : Concordat

La Révolution avait d'abord dépouillé l'Église pour des motifs financiers, puis l'avait combattue pour des raisons idéologiques. Bonaparte, « nouveau Constantin » (voir

313), comprend que la « paix de l'Église » est indispensable à la stabilité de son pouvoir. C'est dans cet esprit qu'est signé ce Concordat, par lequel le Saint-Siège prend acte du « changement de gouvernement » en France, la République admettant de son côté que « la religion catholique... est la religion de la grande majorité des Français ». En pratique, c'est globalement le concordat de Bologne de 1516* qui est réactivé, avec les adaptations nécessaires : le catholicisme n'est plus religion d'État et les « clergés » (y compris les pasteurs et les rabbins) sont pris en charge par le Trésor public. Complété en 1802 par des « articles organiques » très gallicans, le Concordat s'est appliqué jusqu'en 1905* et reste partiellement en vigueur encore aujourd'hui en Alsace-Moselle.

1804 (21 mars) : Le Code civil des Français

Constituée dès le 12 août 1800, la commission de rédaction du nouveau projet de Code civil comprenait quatre juristes éminents, politiquement modérés, mais issus de traditions régionales différentes, et donc complémentaires. Le

président, Tronchet, ancien avocat au parlement de Paris, était un grand spécialiste du droit parisien. À ses côtés, trois autres grands juristes : un breton plutôt traditionnel, Bigot de Préameneu, spécialiste de la coutume de Bretagne, qui représentait au sein de la commission la tradition juridique de l'Ouest ; Maleville, originaire du Périgord, celle du Sud-Ouest ; enfin le Provençal Portalis, ancien avocat au Parlement d'Aix, juriste exceptionnel, à coup sûr le plus brillant des quatre, qui allait faire entendre la voix puissante de la tradition romaine et du droit naturel. C'est lui qui a rédigé l'admirable *Discours préliminaire du projet de Code civil*, resté justement célèbre. Les commissaires connaissaient bien les grands auteurs de l'ancien droit : Cujas*, Domat*, D'Aguesseau* et surtout Pothier (voir 1679), à qui ils ont emprunté beaucoup. La commission rédigea un premier projet en quatre mois. Il fut d'abord soumis pour avis au Tribunal de cassation et aux tribunaux d'appel, après quoi le texte du Conseil d'État et les avis des juridictions furent transmis au Conseil d'État qui consacra 87 séances à la rédaction du projet définitif. Bonaparte assista à certaines séances et fit des interventions remarquées sur l'adoption, le divorce, l'incapacité de la femme, l'autorité paternelle, les enfants naturels... Après un passage pour la forme devant le

Tribunat, le projet fut adopté par le Corps législatif en une série de 36 lois, en 1803 et au début de 1804, l'ensemble étant promulgué par la loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1804).

Le « Code civil des Français » comporte 2 281 articles répartis selon un plan à la fois classique et très clair. Outre un titre préliminaire consacré aux dispositions générales, il est divisé en trois livres. Le premier traite des personnes, le deuxième des biens et le troisième « des différentes manières dont on acquiert la propriété ». Sur le fond, le Code répond bien au schéma des codifications modernes en ce qu'il abroge expressément tout le droit antérieur. Pour autant, Bonaparte voulait faire œuvre durable. La première exigence était donc le réalisme : pour être accepté, le nouveau droit civil devait être applicable à la société française réelle, telle qu'elle avait été façonnée non seulement par la Révolution, mais aussi par les siècles antérieurs. En un mot, il fallait que le droit tînt compte de l'état réel de la société. Le Code est donc une sorte d'amalgame, ou de transaction, entre l'ancien droit et le nouveau : un « concordat » entre l'héritage de l'Ancien régime et les innovations révolutionnaires. Selon les sujets, c'est l'une ou l'autre influence qui l'emporte. Tel quel, le

Code Napoléon a suscité aussitôt l'admiration de nombreux juristes européens et a donc été imité : son influence a été prédominante jusqu'à l'extrême fin du xix^e siècle, époque où il a été concurrencé par le bgb allemand (voir 1900).

1806 : Code de procédure civile

C'était le prolongement naturel du Code civil*. Matière aride, la procédure n'a pas soulevé les passions. L'avant-projet a été confié dès 1802 à une commission de cinq membres dont le plus influent était Pigeau. Praticien, ce dernier s'est largement inspiré du droit qu'il connaissait, celui de l'ordonnance civile de 1667*. Là aussi, les tribunaux furent invités à donner leur avis, après quoi le Conseil d'État arrêta le projet définitif. Sur 23 séances, l'empereur n'en présida qu'une, signe de son faible intérêt pour la matière. Que ce Code soit aussi dépendant du texte louis-quatorzien est peut-être une preuve supplémentaire de la grande qualité du modèle ; c'est peut-être aussi la conséquence d'un défaut d'imagination des rédacteurs.

D'un point de vue purement politique, cette continuité a parfaitement convenu à Napoléon, alors en pleine « reconstitution » monarchique. La rédaction du Code de procédure civile n'en est pas moins une occasion manquée : on a surtout reproché à ce code de ne pas s'ouvrir par une partie théorique où auraient été exposés les grands principes de la procédure civile et de l'organisation judiciaire. Ce point sera corrigé dans le nouveau code de 1975.

1807 : Code de commerce

Dès la fin de l'Ancien Régime, une réforme de l'ordonnance du commerce de 1673* avait été mise en chantier : en 1789, un projet de code de commerce était en cours d'examen devant le parlement de Paris. Ici encore, le travail efficace n'a repris qu'en l'an IX. Une commission de rédaction fut désignée, composée de praticiens du commerce, dont le principal était Gorneau. Un premier texte, achevé en frimaire an X (décembre 1801) se bornait à reprendre les ordonnances de Louis XIV. Soumis aux avis des tribunaux, ce projet a été amendé en 1803. Préparé dans l'ombre du Code civil, le Code de commerce apparaît

clairement comme un *droit d'exception* par rapport au droit civil, *droit commun*. Loin de former un système complet, ce code est conçu dès le départ comme lacunaire par nature :« Les lois du commerce n'étant que des lois d'exception qui reçoivent leur complément du droit civil, ne peuvent seules former un système complet sur presque aucune des matières qu'elles règlent » (Locré). De fait, après la promulgation du Code civil, le projet de code de commerce semble oublié. C'est la crise économique de 1805, suivie en 1806 de faillites retentissantes, qui l'ont remis d'actualité. Indigné par les banqueroutes, Napoléon voulait surtout réformer le droit de la faillite dans un sens très répressif. Discuté au Conseil d'État de novembre 1806 à août 1807, voté par le corps législatif en septembre, le Code de commerce est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1808. Replacé dans l'ensemble de la codification napoléonienne, c'est peut-être le caractère lacunaire de ce Code qui le rend intéressant. Car bien que sa promulgation emportât en principe abrogation de tout le droit antérieur dans les matières sur lesquelles il statuait, il fallut bien admettre que dans les autres matières l'ancien droit subsistait. Le Conseil d'État l'admit dans un avis de 1811 : dans le silence du Code de commerce, les tribunaux peuvent recourir « au droit commun et aux usages du commerce ».

À vrai dire, ce Code reflète un état du droit déjà dépassé : il ignore en particulier la notion de fonds de commerce que la pratique notariale avait pourtant dégagée dès la fin de l'Ancien Régime. Il sera complété à de nombreuses reprises, en particulier par la loi de 1867* sur les sociétés par actions.

1808 : Code d'instruction criminelle

À peine premier consul, Bonaparte s'est attaché à la réforme de la législation pénale. Il souhaitait qu'un même texte regroupe le droit pénal et la procédure criminelle. Un premier projet de Code criminel, correctionnel et de police fut rédigé en trois mois, au début de 1801. La philosophie de ce texte était simple : pour justifier son coup d'État, Bonaparte avait promis aux Français « les bienfaits de l'autorité qui protège et la force de l'autorité qui réprime ». De fait, après dix ans de convulsions sanglantes et de constante insécurité, le pays aspirait à l'ordre, fût-ce au prix d'une répression très dure de la délinquance. Soumis aux tribunaux, ce projet a suscité de vives critiques, surtout

dans sa partie procédurale. La discussion commença au Conseil d'État en mai 1804, juste après l'adoption du Code civil (voir 1804), mais au bout de quelques mois les travaux furent interrompus et on décida de préparer séparément deux codes, l'un pour la procédure, l'autre pour le droit substantiel. C'est le Code d'instruction criminelle (cic) qui fut adopté le premier, le 16 décembre 1808, et entra en vigueur en même temps que le Code pénal (voir 1810), le 1^{er} janvier 1811. Ce Code est le fruit de longs travaux préparatoires auxquels furent naturellement associés les tribunaux. Beaucoup de magistrats avaient demandé la suppression pure et simple du jury, innovation de 1790, et plaidé pour le retour à l'ordonnance criminelle de 1670*, plus ou moins retouchée. On décida finalement de combiner les deux procédures, celle de l'Ancien Régime et celle de la Constituante. Au stade de l'instruction préparatoire, c'est le souci de l'*ordre public* qui l'emporte : le jury d'accusation est supprimé et l'instruction, à nouveau secrète et inquisitoire comme avant 1789, est rendue aux magistrats. En revanche, pour le jugement du procès criminel, le Code de 1808 conserve le jury, toujours considéré comme la meilleure garantie des *droits individuels*. Devant la cour d'assises, les débats sont

publics, oraux, contradictoires, et l'accusé a droit à l'assistance d'un avocat. Comme le Code civil, le Code d'instruction criminelle est donc bien une œuvre de transaction.

1810 : Code pénal

Achévé en 1810, il entre en vigueur le 1^{er} janvier 1811. Il est lui aussi une œuvre de transaction. La Constituante, retrouvant (sans en avoir conscience) une idée chère aux canonistes, avait voulu que les peines servent à l'amélioration des coupables (voir *1791*). Cette idée est désormais rejetée comme utopique : « Ne craignons pas de le dire, [la Constituante] a trop souvent considéré les hommes non tels qu'ils sont, mais tels qu'il serait à désirer qu'ils fussent ; elle était mue par un espoir de perfectibilité qui malheureusement ne se réalise pas. » Le seul et unique but de la peine est l'utilité sociale : « La société doit être conservée, et à des calamités présentes il faut opposer des remèdes rapides : tel est le but des lois criminelles et du Code pénal » (Target, rapporteur du 1^{er} projet). Le Code pénal est donc ouvertement répressif : le champ de la peine de mort est élargi, la prison perpétuelle (qui n'existait pas

dans le Code pénal de 1791*) est instaurée. En même temps, le principe de légalité est partiellement assoupli. Le texte de 1791, mettant en œuvre le strict légalisme des Lumières, ne comportait que des peines fixes, ne laissant aux juges aucune marge d'appréciation. Cette fixité absolue des sanctions pénales avait beaucoup gêné les tribunaux. Comme le remarquait Target, la variabilité infinie des actions humaines condamne la fixité des peines. C'est pourquoi le Code de 1810 établit pour certaines infractions un maximum et un minimum de peine, les juges pouvant « arbitrer » entre ces deux limites en fonction des circonstances de chaque espèce. Toutefois, cet arbitrage n'était pas encore possible pour les crimes les plus graves et c'est seulement la loi de 1832* qui permettra la modulation des peines dans tous les cas.

1811 : Code civil autrichien

Même si Franz von Zeiller, son principal rédacteur, connaissait bien la doctrine française, l'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (abgb) est apparu dès sa promulgation comme un concurrent du Code Napoléon (voir 21 mars 1804). Plus bref que celui-ci (1 502

paragraphes contre 2 281 articles), il attachait davantage d'importance aux principes généraux et aux définitions théoriques en s'inscrivant délibérément dans la tradition du droit naturel que les rédacteurs du code français avaient au contraire ignorée. Par ailleurs, l'abgb restait lié à la tradition de l'Ancien Régime en préservant certains privilèges personnels et religieux (les prêtres catholiques conservant, par exemple, l'état civil). L'abgb a été introduit en 1815 et 1816 dans les possessions italiennes des Habsbourg (Lombardie-Vénétie, Trente et Trieste) où il a remplacé le Code Napoléon.

1814 : Thibaut et Savigny

En 1814, dès que la défaite de Napoléon devient certaine, les juristes d'outre-Rhin s'interrogent sur le destin juridique des différents États allemands dont une partie avait été, directement ou indirectement, englobée dans le « Grand Empire » napoléonien et par conséquent soumise à l'application des codes français. Que faire, dès lors que cette législation pouvait devenir caduque ? Fallait-il revenir au système juridique antérieur à l'invasion française ou mettre en œuvre des codes nouveaux ? La bureaucratie des

différents États de l'ancienne confédération du Rhin (vassale de la France impériale) penchait pour des codifications nationales, propres à chaque État, sur le modèle des codes prussien ou autrichien (voir 1811). Mais dès 1814, à peine l'occupant français retourné dans ses foyers, une solution beaucoup plus ambitieuse était proposée par un professeur de droit de Heidelberg, Anton Thibaut. Dans un essai intitulé *De la nécessité d'un code civil commun à toute l'Allemagne*, Thibaut se faisait l'apôtre d'une codification unique pour l'ensemble des États de langue allemande. Son point de vue était à la fois libéral (il s'agissait de « soustraire le droit civil à l'arbitraire des gouvernements particuliers ») et national : un code civil commun à toute l'Allemagne devait être une étape importante sur le chemin de son unité. C'est alors qu'une autre voix se fit entendre, celle de Friedrich Carl von Savigny. Celui-ci proposait un troisième point de vue : le refus de principe de toute codification. C'est l'objet du fameux *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (« De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit »). Savigny s'y montrait à la fois adversaire de la codification, conçue comme une législation étatique systématique, et partisan d'une doctrine créatrice. Pourquoi la codification est-elle

mauvaise ? Parce que par elle, l'État prétend *créer* non seulement *du* droit, mais *tout* le droit ; et parce qu'il prétend le créer *ex nihilo*. Or, selon Savigny, *l'État n'a pas à créer le droit*. Tout au plus peut-il le constater, ou le déclarer. Le droit, en réalité, est une émanation de la communauté. Il sort du peuple, selon un processus coutumier : « Les rapports *organiques* du droit avec l'essence et le caractère du peuple se vérifient au cours de la marche du temps ; ... c'est à la langue qu'il faut le comparer. » Le droit comme la langue expriment l'esprit du peuple, *Völkgeist*. Naturellement, avec les progrès de la civilisation, le droit s'est compliqué. Dans les pays allemands, à partir du xvi^e siècle, le *Corpus* du droit romain a été reçu comme un droit positif. Des savants l'ont commenté, les juridictions du Saint Empire l'ont appliqué (voir *v.1230-1240*). Du coup, ce n'est plus le peuple lui-même qui fait directement évoluer le droit, ce sont les juristes. Et c'est ici qu'intervient l'autre grande thèse de Savigny : le peuple, comme créateur de droit, est désormais représenté par les juristes. C'est à eux qu'il incombe de traduire en règles claires les aspirations confuses de la communauté. Ils doivent le faire à partir de l'héritage historique qui, dans les pays héritiers du Saint Empire, ne peut être que le droit romain – mais un droit romain

désormais scientifique, expliqué, systématisé. Dans la conclusion du *Vom Beruf*, Savigny en appelle donc à « une science juridique qui progresse de manière *organique* et qui puisse être *commune* à toute la *nation* » : chaque mot compte. C'est cette « science du droit » qui sera systématiquement élaborée au cours du *xix^e* siècle par les « pandectistes » (de *Pandectes*, *Digeste* en grec), artisans d'une remarquable « réélaboration » systématique du droit romain. Ce long travail aboutira, à la fin du siècle, au bgb (voir 1900).

1832 : Loi de réforme du Code pénal

Cette loi est l'un des grands monuments législatifs du règne de Louis-Philippe. Tournant le dos au régime de légalité stricte qui prévalait depuis 1791 (voir 25 septembre-6 octobre 1791) et que le Code de 1810* avait insuffisamment assoupli, elle étendait le jeu des circonstances atténuantes à l'ensemble des infractions. Il appartient désormais au jury de déclarer s'il y a des circonstances atténuantes en se fondant non pas sur tel ou

tel fait particulier, mais sur l'impression qu'il a retirée de l'ensemble des débats. Du coup, la justice pénale retrouve cette dimension « circonstancielle » qui avait été si importante dans l'ancien droit.

En même temps qu'elle restaurait la possibilité d'individualiser les peines, la loi du 28 avril 1832 adoucissait le régime des pénalités. Louis-Philippe considérait que le Code de 1810 était trop dur et que la France devait donner au monde l'exemple de l'humanisation des peines. La réforme de 1832 fait donc disparaître du Code pénal les châtiments les plus cruels comme le carcan, la marque, la mutilation du poing. Quant à la peine de mort, même si une partie de la doctrine en conteste le principe, la majorité parlementaire décide de la maintenir, mais seulement « pour des crimes tellement atroces que leur énormité semble en justifier l'application ».

1841 (22 mars) : Loi sur le travail des enfants

La Révolution et l'Empire n'avaient pas été tendres pour

les ouvriers. En supprimant le cadre (relativement) protecteur des corporations de métiers, en interdisant toute organisation collective des travailleurs et en pénalisant la grève (délit de coalition), le droit nouveau avait isolé l'ouvrier et l'avait placé en position d'évidente faiblesse face à son employeur. Dès les premières décennies de la révolution industrielle, en Angleterre d'abord puis sur le continent, l'exploitation de masses ouvrières de plus en plus nombreuses était un fait patent, et certaines consciences commençaient à s'en émouvoir. Outre les premiers penseurs socialistes, ce sont les catholiques sociaux qui ont protesté avec le plus de vigueur contre les conditions terribles qui étaient faites aux employés des manufactures, et d'abord bien sûr aux plus faibles, les enfants. L'effrayant *Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de laine, de coton et de soie* publié en 1840 par le docteur Villermé a réveillé le législateur français qui, contre les libéraux attachés à la « liberté » du contrat de travail, est venu poser la première pierre de ce qui allait devenir le *droit du travail* : c'est la loi du 22 mars 1841 qui interdit le travail des enfants mineurs de 8 ans, limite à huit heures de travail effectif la journée des enfants âgés de 8 à 12 ans et à douze heures celle des enfants de 12 à 16 ans (ce qui

signifie tout de même qu'un enfant âgé de 12 ans révolus pouvait encore travailler 12 heures par jour...). Bien que très modeste dans ses ambitions, la loi de 1841 semble avoir été assez mal appliquée, du fait à la fois de la mauvaise volonté des patrons et de la « complicité » des parents. Plus efficaces seront les lois de 1874 et de 1892 qui encadrent aussi le travail des femmes. La journée de huit heures pour tous les travailleurs sera instaurée en 1919 (voir *1886*).

1848 (4 mars-27 avril) : Abolition de l'esclavage

L'esclavage avait été aboli dans les colonies françaises par un décret de la Convention du 4 février 1794 (16 pluviôse an II), pris à l'initiative de l'abbé Grégoire, puis rétabli par Bonaparte le 20 mai 1802. Mais dès cette époque, la traite des Noirs et l'esclavage sont de plus en plus critiqués, cette fois au nom des principes chrétiens. La Constitution américaine de 1787 interdisait la traite, mais maintenait l'esclavage. L'Angleterre avait pris la même décision en 1807. Pour éviter la concurrence déloyale des pays du

continent, elle demande au congrès de Vienne de généraliser la prohibition de la traite comme « répugnant aux principes d'humanité et de morale universelle ». La France n'a entériné cette interdiction qu'en 1831, sous la pression de divers groupes philanthropiques, dont la Société de la morale chrétienne (fondée par le duc de La Rochefoucauld-Liancourt, qui s'intéressait d'autre part à la réforme des prisons). Mais il ne suffisait pas d'empêcher le commerce des esclaves, il fallait aussi abolir l'esclavage en tant que tel. Dès les années 1820, les États d'Amérique latine nouvellement indépendants avaient donné l'exemple : Chili, Bolivie, États d'Amérique centrale, Mexique, Uruguay... Le 3 décembre 1837, le pape Grégoire XVI condamnait à la fois la traite et l'esclavage... Et la France ? En 1834 avait été créée à Paris une Société pour l'abolition de l'esclavage dont le premier président fut le duc de Broglie. C'est le 4 mars 1848, quelques jours à peine après les Journées de février, que le gouvernement provisoire de la nouvelle République française abolit l'esclavage par décret. Rédigé par Victor Schœlcher, qui s'était engagé dès 1831 dans ce combat, ce texte créait une Commission d'abolition de l'esclavage pour mettre en œuvre l'émancipation. Constituée dès le 5 mars, cette commission tint sa première réunion le 6 sous la présidence de

Schoelcher et proposa une série de mesures concrètes relatives à la libération des esclaves (en particulier l'indemnisation des maîtres) et à l'organisation des colonies après cette émancipation. Le décret du 27 avril octroie aux anciens esclaves le statut de citoyen et dispose qu'ils sont désormais appelés « nouveaux citoyens » ou « nouveaux libres ». Victor Schoelcher est mort en 1893, et sa dépouille a été déposée au Panthéon.

1864 (22 août) : Première convention de Genève et naissance de la Croix Rouge

Signée par 12 États européens, cette convention marque la naissance du droit international humanitaire. Elle résulte d'une initiative du genevois Henri Dunant (que la visite du champ de bataille de Solferino, en juin 1859, avait profondément bouleversé). En 1863, Dunant avait créé, avec Gustave Moynier et Guillaume-Henri Dufour, le Comité international de la Croix Rouge (cicr) dont l'action

énergique a débouché sur cet accord international. L'objet de la convention est de conférer la neutralité au personnel de secours aux blessés et aux hôpitaux militaires ; l'insigne qui doit permettre aux combattants de les reconnaître est la croix rouge sur fond blanc. En droit international, le cizr est considéré comme une « entité souveraine non gouvernementale » de droit international, à l'instar de l'Ordre de Malte.

1867 (24 juillet) : Loi sur les sociétés par actions

Le Code de commerce était déjà dépassé au moment de sa promulgation (voir *1807*). À côté des sociétés de personnes, il ne considérait les sociétés anonymes qu'avec grande suspicion et les réglementait de façon très restrictive, leur création étant soumise à une autorisation gouvernementale donnée par décret en Conseil d'État. Même si la pratique avait rempli en partie les lacunes du Code, l'essor industriel exigeait une évolution législative. Après quelques mesures partielles et insuffisantes, c'est cette loi du 24 juillet 1867 qui est venue « libérer » les

sociétés par actions en supprimant le régime de l'autorisation préalable, selon le modèle déjà ancien de l'Angleterre. La loi de 1867, qui marque un tournant majeur dans l'histoire du droit commercial français, a elle-même été souvent révisée par la suite, en particulier en 1893, 1925 (sarl) et 1966 (sa).

1881 (29 juillet) : Loi sur la liberté de la presse

La liberté de la presse a été un enjeu politique majeur dans tous les pays d'Europe tout au long du xix^e siècle. Les régimes autoritaires ont fait en sorte de réduire cette liberté en définissant très largement les délits de presse et en facilitant leur répression, tandis que les oppositions libérales (pour qui cette liberté était aussi essentielle que celle de l'enseignement) réclamaient qu'ils soient définis strictement et jugés par le jury. Après une série de fluctuations législatives, la Troisième République a consacré le principe de la liberté de la presse par cette grande loi du 29 juillet 1881, encore en vigueur mais très souvent modifiée et complétée par la suite (voir 1990-

2008). Si la liberté de la presse est de principe, elle trouve sa limite dans le respect de la vie privée qui est lui aussi considéré comme de principe : reconnu par l'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, il figure aussi à l'article 9 du Code civil (« Chacun a droit au respect de sa vie privée »). D'où des conciliations parfois bien difficiles !

1884 (21 mars) : Loi sur la liberté syndicale

Depuis que les corporations d'Ancien régime avaient été abolies par la Constituante (loi Le Chapelier des 14-17 juin 1791) et la grève érigée en délit par le Code pénal de 1810* (délict de coalition), les ouvriers et employés se trouvaient dans une relation juridique purement individuelle avec leurs patrons et employeurs : c'était la conséquence juridique de l'individualisme libéral, évidemment défavorable aux plus faibles. Cette situation a donc été dénoncée depuis la Restauration par le catholicisme social, puis par le mouvement socialiste (voir aussi 1841). Un premier

progrès est accompli par la loi du 25 mai 1864, voulue par Napoléon III, qui a aboli le délit de coalition. Mais le pas décisif est franchi par la loi Waldeck-Rousseau du 21 mars 1884 (Jules Ferry étant président du Conseil) qui proclame la liberté de création des syndicats.

1886 : Premier mai

En 1884, les syndicats américains s'étaient fixé comme objectif d'obtenir des employeurs la journée de huit heures avant le 1^{er} mai 1886. Ce jour-là, tandis qu'un certain nombre d'ouvriers avaient déjà obtenu satisfaction, les autres entament une grève générale pour les huit heures. Le 3, une manifestation dégénère à Chicago, faisant trois morts du côté des ouvriers et huit du côté des forces de police. Au terme du procès (expéditif) qui s'ensuit, cinq syndicalistes anarchistes sont condamnés à mort. Ces événements ont eu un grand retentissement en Europe, où la II^e Internationale socialiste, réunie à Paris pour le centenaire de 1789, décide de faire du 1^{er} mai une journée de revendication pour la journée de 8 heures à partir de 1890. L'année suivante, à Fourmies, la manifestation

tourne là encore au drame, ce qui achève de faire du 1^{er} mai une journée symbolique pour le mouvement ouvrier. Mais c'est seulement le 23 avril 1919 que l'Assemblée nationale (Chambre « bleu horizon » et Sénat), en votant la journée de huit heures à l'unanimité, fait du 1^{er} mai une journée chômée. Et c'est le régime de Vichy qui décrète ce jour « fête du travail et de la concorde sociale » (« loi » du 24 avril 1941). La « fête du travail » (mais sans la « concorde sociale ») est confirmée par une loi du 29 avril 1948.

1900 (1^{er} janvier) : Code civil de l'Empire allemand (bgb)

Lorsque l'unité allemande s'acheva, entre 1866 et 1871, il était naturel que se réactivât l'idée d'un code unique pour tout l'Empire. Et c'est tout aussi naturellement que la réalisation de ce code fut confiée aux « pandectistes » (voir 1814), le plus célèbre étant Bernhard Windscheid († 1892) qui avait publié entre 1861 et 1870 un manuel de droit privé romain célèbre dans toute l'Europe. Le *Bürgerliches*

Gesetzbuch (bgb) comporte 2 385 articles et s'ouvre sur une importante « partie générale » (absente des codes civils français et autrichien) qui présente les principes de base et les institutions transversales comme la prescription. Il est promulgué le 18 août 1896 par Guillaume II pour entrer en vigueur le 1^{er} janvier 1900. Aussitôt son prestige concurrence celui du Code Napoléon : c'est ainsi que le Code civil japonais (1898) porte finalement sa marque, beaucoup plus que celle du code français (voir *1806*).

1901 (1^{er} juillet) : Loi sur la liberté d'association

La Déclaration de 1789* ne faisait aucune allusion à la liberté d'association. L'abolition des ordres, des corps et corporations (voir *4 août 1789*), puis l'interdiction des groupements professionnels et autres « coalitions » manifestait bien que la société nouvelle n'était faite que d'individus : toute constitution de « sociétés partielles » au sein de la grande société nationale globale était considérée avec une extrême méfiance. En 1810*, le Code pénal soumet à autorisation toute association de plus de 20

personnes réunies dans un but religieux, littéraire, politique « ou autre » (article 291). Le Code de commerce (voir 1807) contrôlait de même les sociétés commerciales. Le carcan commence à se desserrer sous le Second Empire, avec la suppression du délit de coalition et la loi de 1867* sur les sociétés par actions, puis sous la Troisième République avec la loi syndicale de 1884*, mais le principe général de la liberté d'association n'a été posé qu'en 1901 par cette très célèbre loi du 1^{er} juillet, toujours en vigueur. La loi supprime l'autorisation préalable et reconnaît la personnalité juridique aux associations dont la création aura été déclarée à l'administration. Une exception, toutefois, à ce régime très libéral : les congrégations religieuses, pour lesquelles le régime de l'autorisation préalable était maintenu.

1905 (9 décembre) : Loi portant séparation des Églises et de l'État

Après un long siècle, la Troisième République dénonce le

concordat de 1801* et rend leur liberté aux Églises (« La République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte », article 2), mais après avoir reconnu, dès l'article 1^{er}, la liberté religieuse : « La République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes... » Les Églises auraient pu s'en accommoder, au nom de la distinction des deux Royaumes (voir 622), et instaurer des relations apaisées avec l'État. Ce fut le cas pour l'Église réformée mais non pour l'Église catholique dont les relations avec la République étaient depuis 25 ans exécrables. La loi de 1901* qui soumettait les congrégations à un contrôle très strict (par exception au droit commun des associations) avait été appliquée sauvagement par Émile Combes, ancien séminariste devenu président du Conseil, et dans ce contexte la loi de séparation ne pouvait pas ne pas apparaître comme une agression supplémentaire. Une question très sensible fut celle de la dévolution des biens affectés à l'exercice du culte, le Saint-Siège refusant la constitution d'associations cultuelles. Finalement, c'est la guerre qui permit l'apaisement et une application de la loi acceptable par les deux parties. Cette loi de 1905 continue néanmoins d'alimenter régulièrement le débat public, et la question de sa révision a été récemment posée, en particulier à propos

du culte musulman. Ces querelles franco-françaises sur la laïcité « apaisée », « ouverte » ou « de combat » suscitent l'étonnement des autres pays européens qui y voient le symptôme d'une durable (et peu raisonnable) « exception française ».

1945 (8 août) : Tribunal de Nuremberg

Créé par les accords de Londres (États-Unis, Union soviétique, France et Royaume-Uni), le Tribunal militaire international devait juger « les criminels de guerre dont les crimes sont sans localisation géographique précise, qu'ils soient accusés individuellement, ou à titre de membres d'organisations ou de groupes, ou à ce double titre. » Les Accords distinguaient trois grands chefs d'inculpation : les crimes contre la paix, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. Ces derniers, évidemment les plus importants par leur nouveauté, sont définis ainsi : « L'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou

bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal ou en liaison avec ce crime. » Le Tribunal a siégé à Nuremberg du 20 novembre 1945 au 1^{er} octobre 1946. Du point de vue juridique, les crimes contre la paix et contre l'humanité constituaient des innovations (ce qui a permis à la défense d'en dénoncer l'application rétroactive) ; le recours au droit des gens classique et à la notion de droit naturel pouvait évidemment fournir une réponse à cette objection. Le tribunal comportait quatre juges (un pour chaque puissance signataire des Accords) et quatre suppléants. Le juge français était Henri Donnedieu de Vabres, professeur de droit pénal à la Faculté de Paris, qui avait publié en 1928 *Les Principes modernes du droit pénal international*, où il rattachait la valeur obligatoire de ce droit à la notion d'obligation morale. Un Tribunal militaire international destiné à juger les crimes du même ordre commis par les Japonais a été institué par une déclaration du 19 janvier 1946 et siégea à Tokyo jusqu'en décembre 1948.

1948 (10 décembre) : Déclaration universelle des droits de l'homme

C'est une résolution adoptée à Paris par l'Assemblée générale des Nations unies. Le texte en avait été débattu au sein de la Commission des droits de l'homme alors présidée par Éléonore Roosevelt, à partir d'un projet rédigé par René Cassin, représentant de la France à l'Onu et engagé depuis longtemps dans la lutte contre le racisme. L'adjectif « universelle » contenu, à la demande expresse de R. Cassin, dans le titre de la Déclaration, manifeste que les droits dont elle reconnaît l'existence appartiennent en propre à tous les hommes, comme sujets directs (au moins virtuellement) du droit international. La déclaration universelle de 1948, complétée par des pactes subséquents, a servi de référence à d'autres textes régionaux ou nationaux relatifs aux droits de l'homme.

1950 (4 novembre) : cedd

Le traité de Londres instituant le Conseil de l'Europe (5 mai 1949) prévoyait la signature ultérieure d'une Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (dite Convention européenne des droits de l'homme) qui en serait en quelque sorte la « constitution ». Signée à Rome le 4 novembre 1950, elle est entrée en vigueur le 3 septembre 1953. Subsidaire par rapport aux textes nationaux de garantie des droits de l'homme, elle est centrée sur quatre principes : la non-discrimination, le respect de la dignité humaine, la « prééminence du droit » et le pluralisme (au sens politique, impliquant la liberté de la presse). De là découlent un certain nombre de droits qui sont reconnus directement aux particuliers, « par-dessus » les États dont ils sont les ressortissants. Le traité sur l'Union européenne renvoie expressément à la cedh de sorte que cette convention, normalement appliquée par la Cour européenne des droits de l'homme (Strasbourg), peut aussi être alléguée devant la Cour de justice des communautés européennes (Luxembourg). L'imbrication de ces textes, auxquels s'ajoute depuis le 7 décembre 2000 la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, n'est pas toujours très claire pour le justiciable « moyen ».

1957 (25 mars) : Traités de Rome

Au lendemain de la défaite de l'Axe, dans le contexte de guerre froide que les appétits soviétiques faisaient peser sur le continent, les pays de l'Europe occidentale ont pris plusieurs initiatives pour se rapprocher et mettre en place des structures de défense et/ou de coopération économique plus ou moins larges. Parmi toutes ces initiatives, celles qui devaient avoir le plus grand avenir, outre le Conseil de l'Europe dont il a déjà été question (voir 1950), ont été instaurées le 25 mars 1957 par deux traités signés à Rome et instituant, l'un la Communauté européenne du charbon et de l'acier (ceca), l'autre la Communauté économique européenne (cee). La cee, unissant la France, l'Italie, l'Allemagne fédérale et les trois pays du Benelux, devait connaître des développements considérables, aussi bien quant à l'aire géographique concernée que par les approfondissements institutionnels successivement adoptés jusqu'à aujourd'hui (voir 1992). Ces approfondissements ne sont d'ailleurs pas allés sans quelques infléchissements, voire davantage, par rapport

aux objectifs initiaux : d'un marché commun protégé à une zone de libre-échange ouverte à tous les vents de la mondialisation ; d'un cadre de coopération interétatique à une structure fédérale de plus en plus intégrée... Dans ce contexte, la question de la souveraineté est cruciale : doit-on en rester à la conception d'une souveraineté indivisible, à la manière de Jean Bodin (voir 1576), ou admettre une souveraineté partagée, plus proche de la tradition juridique allemande ? Les enjeux sont considérables, mais trop souvent obscurcis par des préoccupations conjoncturelles.

1958 (4 octobre) : Constitution de la Cinquième République

C'est la première constitution française, depuis celle de 1875, qui a connu une relative stabilité – au prix, il est vrai, de nombreuses révisions. Pour l'essentiel, ce texte a été fait largement par et pour le général de Gaulle : il restaure fortement l'exécutif que la Constitution de 1946 avait à peu près annihilé. Les institutions sont désormais centrées autour du chef de l'État, dont la position sera encore

renforcée par la révision de 1962 qui le fait élire au suffrage universel direct. En dehors de ce nouvel équilibre des pouvoirs, la Constitution de 1958 comporte deux innovations importantes, à les considérer dans la perspective historique. Toutes deux, d'une certaine manière, tournent le dos au légicentrisme révolutionnaire ou du moins en limitent l'impact. Il s'agit d'abord de l'article 34 qui cantonne la loi à un domaine précis, le reste relevant du règlement et donc du pouvoir exécutif (article 37) ; ensuite de la création du Conseil constitutionnel (titre VII), organe chargé de contrôler, pour la première fois en France, la constitutionnalité des lois. Très limité et difficile à mettre en œuvre à l'origine, ce contrôle s'est ensuite largement développé jusqu'à la toute récente question prioritaire de constitutionnalité (qpc, voir 2010).

1981 : Abolition de la peine de mort en France

Faut-il placer la loi du 9 octobre 1981 parmi les « grandes dates » du droit français, *a fortiori* européen ? La France n'est pas, et de très loin, le premier pays à avoir prononcé

l'abolition de la peine capitale. Dans le contexte européen, elle est même plutôt à la traîne. L'abolition (du moins pour les crimes ordinaires) est intervenue beaucoup plus tôt au Portugal (1867), aux Pays-Bas (1870), en Norvège (1905), en Suède (1921), en Islande (1928), en Suisse (1942), en Italie (1947), en Autriche (1968), en Grande-Bretagne (1973)... Le mérite du président François Mitterrand et de son ministre de la Justice Robert Badinter n'en est pas moins grand d'avoir imposé cette réforme hautement symbolique à une opinion publique qui restait encore majoritairement attachée à la peine capitale et d'avoir ainsi relégué au musée des horreurs la sinistre machine du docteur Guillotin.

1990-2008 : Lois dites « mémorielles »

Ce sont des lois destinées à « faire mémoire » de tel ou tel événement historique en le présentant comme une *vérité de droit*, affirmée comme telle par le pouvoir législatif, la négation de cette vérité étant éventuellement assortie de sanctions. Le législateur pose donc un acte purement

politique, dans le seul but de satisfaire tel ou tel segment de l'opinion, dans des domaines qui devraient être laissés à la libre recherche historique. Ces lois sont particulièrement significatives des dérives actuelles de la procédure législative, et c'est à ce titre qu'elles nous semblent mériter de figurer ici. La première des lois « mémorielles » a été votée en France le 13 juillet 1990 à l'initiative de J.-C. Gayssot. Adopté contre l'avis du Sénat, ce texte modifie la loi sur la liberté de la presse (voir *1881*) en y introduisant un article 24 *bis* ainsi libellé : « Seront punis des peines prévues par le 6^e alinéa de l'article 24 ceux qui auront contesté... l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du Tribunal militaire international [de Nuremberg]... et qui ont été commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale. » Après la loi Gayssot, la présidence de M. Chirac a été particulièrement propice à ce genre d'initiative, à ceci près qu'il s'agit désormais de textes purement « déclaratifs ». C'est ainsi qu'une loi du 29 janvier 2001 est venue « reconnaître » le génocide arménien par un article unique : « La France reconnaît publiquement le génocide arménien de 1915. La

présente loi sera exécutée comme loi de l'État. » Mais que signifie « exécuter la loi », dès lors qu'il s'agit d'un texte dépourvu de sanction, type même de ce que les Romains appelaient une *lex imperfecta* ! Quelques mois après, le 21 mai 2001, a été votée une loi portée par M^{me} C. Taubira, députée de Guyane, « tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité ». L'article 1^{er} dispose : « La République française reconnaît la traite négrière comme un crime contre l'humanité » ; selon l'article 2 : « Les programmes scolaires et les programmes de recherche en histoire et en sciences humaines accorderont à la traite négrière et à l'esclavage la place conséquente qu'ils méritent... » Le sommet a été atteint avec une loi du 23 février 2005 « sur la présence française outre-mer ». L'article 4, 2^e disposait : « Les programmes scolaires reconnaissent en particulier le rôle positif de la présence française outre-mer, notamment en Afrique du Nord, et accordent à l'histoire et aux sacrifices des combattants de l'armée française issus de ces territoires la place éminente à laquelle ils ont droit. » Disposition attaquée comme « révisionniste » par une partie de l'opinion, elle a été « déclassée » par le Conseil constitutionnel (comme ne relevant pas du domaine de la

loi), puis abrogée par un décret du 15 février 2006. En décembre 2005, 19 historiens parmi les plus éminents avaient fait paraître dans la presse une pétition intitulée « Liberté pour l'histoire », condamnant le principe même de lois mémorielles. Le Parlement français semblait les avoir entendus puisqu'il a décidé, en novembre 2008, de ne plus voter de telles lois, mais il a rechapé dès 2011-2012 en tentant cette fois de pénaliser la négation ou « minimisation » du génocide arménien.

1992 (7 février) : Traité de Maastricht

C'est la deuxième grande étape de la construction européenne après les traités de Rome (voir 1957). La nouvelle « Union européenne » instituée entre les 12 États membres de la Communauté a désormais un début de consistance politique. L'adoption d'une monnaie non plus commune mais unique, se substituant à terme aux différentes monnaies nationales (c'est chose faite depuis le 1^{er} janvier 2002), est conçue non seulement comme un facteur de progrès économique, mais aussi comme une

préface à une « union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe ». Du point de vue juridique, la manière dont le traité définit le principe de subsidiarité, et surtout l'interprétation qu'en donne la Cour de justice, est surprenante ; en tout cas, elle ne paraît pas correspondre à l'acception classique de cette notion.

2002 (1^{er} juillet) : Cour pénale internationale

La cpi a été créée dans le cadre des Nations unies par le Statut signé à Rome le 17 juillet 1998 et entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002 (après ratification par 60 États). C'est une étape majeure dans la mise en place d'une justice pénale internationale depuis la création du Tribunal de Nuremberg (voir 8 août 1945). Après les procès de Nuremberg et de Tokyo, alors même que l'Assemblée générale de l'onu avait reconnu la nécessité d'un tribunal pénal international (tpi) *permanent*, la guerre froide avait rendu impossible la mise en œuvre de cette résolution. C'est seulement après la chute du mur de Berlin que l'idée a pu être reprise, et deux tpi à compétence spéciale ont été créés, d'abord pour l'ex-

Yougoslavie (1993), puis pour le Rwanda (1994). Contrairement à ces deux précédents, la Cour pénale internationale créée à Rome en 2002 est une juridiction permanente et dont le champ d'action s'étend à tous les États qui ont ratifié le Statut (114 à la fin de 2010). La grande nouveauté, c'est que la cpi juge des individus et non des États, contrairement aux juridictions internationales classiques. C'est un pas important vers l'universalisation du droit humanitaire et des droits de l'homme, c'est aussi une façon de mettre en garde les dirigeants contre certaines dérives despotiques. La cpi siège à La Haye.

2010 (1^{er} mars) : Question prioritaire de constitutionnalité

La révision constitutionnelle de juillet 2008 a introduit en droit français une nouveauté considérable, du moins dans le contexte français (car ce droit existait déjà dans la plupart des démocraties) : la question prioritaire de constitutionnalité (qpc), entrée en vigueur le 1^{er} mars 2010.

C'est la faculté accordée à un citoyen, au cours d'un procès, de contester la loi qu'on lui oppose en arguant du fait que cette loi violerait un droit fondamental garanti par la Constitution. La réforme n'est pas allée jusqu'à donner aux citoyens la possibilité de saisir directement le Conseil constitutionnel (cc) et a institué un filtre : le Conseil d'État ou la Cour de cassation examinent la qpc et ne la transmettent au cc que si elle présente un caractère sérieux. Les premières qpc ont été examinées le 28 mai 2010, et le cc a déclaré contraire à la Constitution, comme instituant une différence de traitement injustifiée entre pensionnés de nationalités différentes, la « cristallisation » des pensions des anciens combattants originaires de pays autrefois français et devenus depuis indépendants. C'est (peut-être ?) une décision historique.