



INTRODUCTION GÉNÉRALE

Le droit est composé de règles obligatoires émanant d'un pouvoir légitime, et dont le non-respect entraîne l'application de sanctions. Il a l'ambition de correspondre à ce qui est bon pour la société. Aussi est-il un des grands révélateurs du mode de pensée et des évolutions d'une société. Si bien que ses règles ne sont pas immuables.

Notre droit est très redevable à l'Antiquité gréco-romaine. Nous lui devons notamment les idées d'égalité, de liberté et de démocratie, venues de Grèce, ainsi que la distinction entre droit privé, droit public et droit international, et le concept d'État, créés à Rome. Les Romains nous ont légué leur droit, qui nous est parvenu principalement grâce aux compilations de l'empereur Justinien au ^v^e siècle après J.-C.

Les Grecs ont abordé des domaines très importants pour le droit à travers leurs réflexions philosophiques. Aussi, conscients du caractère très brillant de la civilisation grecque, les Romains se sont-ils inventé des ancêtres troyens. La légende raconte en effet que la mère de Romulus et de Rémus était de la lignée d'Énée – un des chefs de la guerre de Troie –, dont les descendants se seraient installés et auraient régné à Albe la Longue. Or, les habitants d'Albe ont effectivement donné naissance à Rome.

Au ^{vi}^e siècle avant notre ère, en Grèce, les réformateurs se fondent sur les lois pour réorganiser la cité. Ils montrent ainsi le caractère primordial de la loi qui, de plus, est alors détachée de l'emprise du divin, pour être une « œuvre humaine et rationnelle » (J. Gaudemet). Or, dans l'Athènes démocratique, la loi est le mode d'expression du gouvernement de la cité. Elle est faite par l'ensemble des hommes participant à la vie de la cité; elle est la même pour tous et s'impose à tous. C'est ainsi que les Grecs ont créé le concept de citoyenneté, que les Romains ont repris, et que nous avons fait revivre à partir de la Révolution.

En Grèce, le concept très abstrait de l'État est ignoré, mais il se trouve en germe dans la philosophie grecque. Aussi bien l'étude de cette pensée, combinée aux conséquences de la transformation de la petite cité de Rome en un immense empire englobant des peuples très différents, a-t-elle conduit les Romains à élaborer la notion d'État. Ayant connu une éclipse, elle sera progressivement redécouverte dans la seconde moitié du Moyen Âge, avant que de s'imposer de manière éclatante à partir du ^{xvi}^e siècle.

Dans l'Antiquité, Rome est seule à pouvoir s'enorgueillir d'avoir laïcisé son droit, mais là

encore la pensée grecque a exercé une profonde influence sur celle des Romains. Et, c'est parce qu'ils se sont très vite débarrassés de l'idée selon laquelle des injonctions divines se trouvaient nécessairement à l'origine de toute règle de droit, qu'ils ont été en mesure de rationaliser et de systématiser leur réflexion juridique. Aussi, en 304 avant J.-C., à l'époque du censeur Appius Claudius, les pontifes doivent-ils céder la place aux juristes laïcs pour interpréter le droit. Parallèlement, les Romains ont considérablement développé le droit pour en faire une véritable « science du juste et de l'injuste », écrit Jacques Ellul, en s'inspirant de la formule du très célèbre juriste romain du III^e siècle de notre ère, Ulpien.

Le christianisme, sa doctrine et le droit canonique ont aussi beaucoup influencé notre droit. D'ailleurs, le christianisme en représente un des éléments fondateurs à travers notamment sa vision de l'être humain. En outre, la doctrine chrétienne établit une distinction fondamentale entre pouvoirs temporel et spirituel qui se retrouve dans notre droit laïc. Elle représente donc un des fondements de nos institutions publiques, ainsi que de nos droits public et privé. Mais, cette empreinte des idées défendues par le christianisme n'est pas toujours immédiatement visible dans un texte de loi, et peut même parfois paraître bien lointaine par rapport à ses sources immédiates et aux préoccupations de ses rédacteurs. En effet, très souvent, pour être adopté et appliqué, le droit se doit de correspondre aux préoccupations de la société. Enfin, les membres les plus éminents de l'Église ont donné naissance au droit canonique, dont les premières sources se situent à l'époque du Bas-Empire romain. Or, droit romain et droit canonique ont été, au Moyen Âge, les deux droits savants de l'Occident.

Notre droit reste à certains égards influencé par l'ancien droit, qui s'est construit tout au long du Moyen Âge et de l'Ancien Régime. Pétri de droit romain et de christianisme, notre ancien droit l'était aussi de droit coutumier. Il tendait à

respecter la division de la société en trois ordres et en différents corps.

Lorsque les peuples d'origine germanique ont envahi la Gaule romaine, ils ont apporté leurs propres règles et en ont emprunté d'autres au droit romain, qui avait pu, dans une certaine mesure, se maintenir dans le Midi, où il s'était identifié à la civilisation gallo-romaine. À l'époque de la monarchie franque, le morcellement du territoire – causé principalement par l'effacement du concept d'État et la trop grande faiblesse de la royauté – a entraîné l'installation du système féodal, principalement fondé sur l'établissement de liens personnels entre les individus. Dans le même temps, de multiples règles coutumières – de formation populaire et orale – ont été créées dans l'ensemble du royaume, tandis que la législation royale – représentée alors par les capitulaires et restée très rare – disparaissait entre le X^e et le XII^e siècle.

Les monarchies franques puis capétienne, toutes d'origine germanique, se sont quelque peu méfiées du droit romain en l'identifiant tout d'abord au droit de l'empereur romain germanique, puis en y voyant un droit étranger à la législation royale et au droit coutumier. L'ancien droit est en effet très directement lié à la nation, dont les premiers affleurements sont perceptibles dès le Moyen Âge, et vont s'associer à l'émergence de l'idée de l'État.

Aussi, après l'avènement de la dynastie capétienne, la disparition de la féodalité a-t-elle résulté de l'affirmation du pouvoir royal, qui s'est accompagnée de l'écllosion de principes supérieurs de nature coutumière, érigés en lois fondamentales du royaume en 1575. Et, dès le XVI^e siècle, le pouvoir royal achèvera son épanouissement avec la mise en œuvre de la monarchie absolue, que les légistes du roi médiéval avaient rêvée, et à la préparation de laquelle ils avaient toujours œuvré. Cet accroissement continu du pouvoir royal a eu pour corollaire l'apparition, puis le développement, de véritables ordonnances royales, parallèlement au maintien des règles coutumières. En effet, la royauté a toujours

respecté celles-ci tout en encourageant leur mise par écrit. De plus, la royauté ne légifère pratiquement qu'en matière de droit public et pénal, alors que les règles coutumières concernant ce domaine sont tombées dans l'oubli tandis que le pouvoir royal devenait beaucoup plus effectif. En revanche, la coutume a continué de régir le droit privé. Et, malgré quelques incursions de la législation royale en ce domaine, le droit privé restera, jusqu'à la Révolution, l'affaire du droit coutumier au nord, et celle du droit romain au sud où il est au demeurant considéré comme une coutume. Ainsi droit coutumier et législation royale ont-ils participé à la construction du droit français d'Ancien Régime, qui est enseigné à l'université à partir du XVII^e siècle, à côté du droit romain et du droit canonique. Il fait alors l'objet de réflexions doctrinales, au même titre les deux droits savants.

Le droit issu de la Révolution marque également très profondément notre droit actuel. Comme la Révolution elle-même, pendant dix ans, le droit révolutionnaire – ou droit intermédiaire – consacre une rupture avec ce qui a précédé.

En effet, si les hommes du Moyen Âge et de l'Ancien Régime se caractérisaient par leur volonté de respecter et de conserver le passé, les révolutionnaires de 1789 ont adopté la démarche inverse. Détestant tout ce qui est issu de l'Ancien Régime, ils montrent volontiers leur goût pour l'Antiquité. Ils veulent surtout faire table rase du passé en fondant notamment le droit sur le principe de l'égalité des citoyens et sur un certain individualisme. Ils font ainsi disparaître les ordres et les corps, renaître le terme antique de « citoyen », et placent la loi au-dessus de tout. Les révolutionnaires établissent d'ailleurs un véritable culte de la loi. Cette attirance pour l'Antiquité ne disparaît pas en 1799, lorsque se termine la période révolutionnaire. Napoléon, lui aussi, va volontiers utiliser le vocabulaire ayant eu cours, à Rome, sous la République comme sous l'Empire. Mais, contrairement à ses prédécesseurs, il veut allier droit de l'Ancien Régime et droit

révolutionnaire, et fait appel au droit romain, tant pour l'instauration de nouvelles institutions publiques, que pour la construction et la codification du droit civil. En effet, si Napoléon maintient la République, il établit le Consulat puis l'Empire, avec un Sénat et des consuls. Et, pour la rédaction du Code civil, Napoléon encourage l'utilisation de toutes les sources juridiques de l'Ancien Régime et de la Révolution. Ce faisant, la codification napoléonienne emprunte beaucoup au droit romain – notamment pour le droit des obligations –, mais également à la coutume et à la législation royale. L'on note de plus que l'idée même de codification existait à Rome, qu'elle avait été reprise sous l'Ancien Régime et pendant la Révolution, avant que de s'épanouir grâce à Napoléon.

Après la chute de Napoléon, qui met fin aux différentes expériences politiques s'étant succédé depuis 1789, la France hésite durant un demi-siècle entre monarchie (bourbonienne et césarienne) et République, avant de choisir – un peu accidentellement – cette dernière. Dès lors, le législateur va s'efforcer d'adopter des lois devant servir à la consolidation du régime. D'où les accès d'anticléricalisme de la Troisième République, qui font comme un écho atténué à l'antichristianisme très violent de la Convention un siècle auparavant. D'où, aussi, une importante législation sociale pouvant être perçue comme un écho – deux fois millénaire, cette fois – à celle des réformateurs de l'Athènes démocratique.

Par ailleurs, si l'idée d'universalité a existé à Rome, elle était également présente au Moyen Âge, mais elle était intimement liée à l'Église, dont quelques membres font d'ailleurs partie des fondateurs du droit international public. Cependant, cette idée est aussi liée à la Révolution, dont les protagonistes de la première heure ont adopté une « Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen » valable pour tous les peuples. Toutefois, c'est à l'époque des monarchies absolues que l'on a assisté, à partir du milieu du XVII^e siècle, à la création d'une sorte de « droit public européen » qui conduira

les États vers la construction, au XIX^e siècle, d'un véritable droit international public fondé sur la conclusion de conventions multilatérales réglant des questions d'ordre général et dont les clauses d'adhésion leur permettent de devenir, pour certaines, universelles.

Ce manuel d'*Introduction historique au droit* est constitué de 23 leçons, dont la première est consacrée aux legs du droit romain. Puis, dix-huit leçons présentent le long développement de l'ancien droit qui se déroule sur de nombreux siècles, et occupe donc la plus grande partie de l'ouvrage. L'étude de notre ancien droit permet de mieux appréhender la teneur du lien entre le droit et les modifications de la société, ainsi que les moyens de son gouvernement. Cela est vrai également pour la période post-révolutionnaire. Ainsi, après 1799, année qui sonne le glas

de la période révolutionnaire, l'omnipotence du législateur et de la loi fait place à l'établissement d'un régime abaissant le législatif au profit d'un exécutif puissant ayant seul l'initiative des lois. Trois leçons présentent le droit révolutionnaire et celui issu du régime napoléonien. Puis, une leçon retrace l'histoire relativement récente de l'installation en France du parlementarisme, qui pose la question du mode de construction de la loi dans une société où, depuis 1789, la souveraineté appartient à la Nation. Enfin, pour clore l'ouvrage, une leçon présente l'histoire de la naissance du droit international public jusqu'à la création de la Société des Nations, ainsi que celle du droit humanitaire, qui en est une des branches et qui régit les règles de la guerre. En effet, en droit international public, une des questions primordiales est celle de la guerre et de la paix.

Partie 1

L'HÉRITAGE DU DROIT ROMAIN

Rome a constitué pour les Européens du Moyen Âge et de l'époque moderne un objet de fascination. Rome a légué à l'Europe – et par-delà au monde – deux notions fondamentales : l'idée de *Res publica*, c'est-à-dire l'idée d'un État existant indépendamment de la personne qui en assume la direction et l'idée que l'État est régi par le droit, que le gouvernement des hommes doit être effectué au moyen du droit, que la civilisation est fondée sur le droit.

Le droit romain – que l'on voit véritablement apparaître avec la République consulaire romaine, mais qui trouve certaines de ses racines dans les règles coutumières de la Rome royale – demeure une source essentielle du droit français, comme de celui de l'ensemble de la civilisation occidentale. En effet, les Romains nous ont notamment légué la distinction entre droit privé et droit public, ainsi que les notions de *Res publica* et d'État.

Si le droit public romain disparaît avec la chute de l'Empire, les écrits en cette matière, apparus dès l'époque de la République, et dont plusieurs ont survécu, seront retrouvés, puis étudiés et utilisés au Moyen Âge. Donc, s'il faut attendre l'Ancien Régime pour voir la notion d'État réaffirmée pleinement, les Capétiens se sont très vite attachés à dégager les principes conduisant à une identification entre le pouvoir royal et la gestion de la chose publique, soit la *Res publica*, chère aux Romains. Le chemin de la renaissance de l'État était donc tracé bien avant le XVI^e siècle. En outre, les légistes des rois capétiens se sont inspirés de la conception romaine du pouvoir impérial pour asseoir celui de la royauté et préparer la voie à la monarchie absolue qui s'épanouit aux XVII^e et XVIII^e siècles.

Quant au droit privé, après la chute de l'Empire, ses règles principales se maintiennent dans le Midi en raison de la proximité géographique et des rémanences de la civilisation gallo-romaine. C'est ainsi que le droit privé romain est repris dès le Moyen Âge dans les régions méridionales. En particulier, il y a beaucoup inspiré les « statuts » des villes.

Ainsi, le droit romain représente un héritage indéniable pour notre tradition juridique, et peut donc être identifié à une des principales sources du droit actuel. En effet, les Romains ne nous ont pas seulement légué un droit, mais aussi leurs réflexions menant à sa construction et à son développement. En plus de la codification des règles de droit, les Romains ont en effet inventé la jurisprudence, soit la *jurisprudencia*, qui combinait les notions de doctrine et de consultation juridique. Ainsi, le peuple de juristes qu'étaient les Romains se distingue de tous ceux qui les ont précédés par l'extraordinaire réflexion qu'ils ont apportée à leur droit, qu'ils ont, au fil du temps, laïcisé et perfectionné, jusqu'à élaborer un droit très technique pouvant non seulement leur survivre, mais aussi toujours servir de référence. Aussi bien les hommes des Lumières ont-ils toujours la Rome antique présente à l'esprit lors de leurs réflexions. Il en a été de même pour Napoléon, qui, de plus, n'a pas hésité à reprendre le droit romain pour rédiger les articles de son Code relatifs au droit des obligations.

De surcroît, à travers le *jus gentium*, le droit romain est aussi une des sources du droit international, appelé «droit des gens» entre les ^{xvi}e et ^{xix}e siècles. En effet, de par son extraordinaire extension géographique, Rome éprouve, dès la période de la République, le besoin de posséder des règles spécifiques pour établir des relations juridiques avec les peuples extérieurs à l'Empire. Ce faisant, à travers Ulpien, les Romains ont établi une différence entre le *jus gentium* et le droit naturel – inventé par les Grecs – intéressant toutes les espèces vivantes.

Pour toutes ces raisons, les Romains nous ont légué une vision du droit qui nous renvoie à nos droits national et international. Une première leçon consacrée à l'héritage du droit romain s'impose donc dans une introduction historique au droit.

LEÇON 1

ROME ET LE DROIT (753 AVANT J.-C. – 565 APRÈS J.-C.)

- I. Les grandes étapes de la construction du droit romain sous la royauté et la République
- II. Le devenir du droit romain sous l'Empire

La légende raconte que Rome a été fondée en 753 avant notre ère. Elle a vu le jour sur la colline du Palatin située sur la rive gauche du Tibre. Romulus a été le premier roi de Rome. Avec son frère jumeau, Rémus, il peut s'enorgueillir d'une naissance et d'une enfance hors du commun. Tous deux ont en effet été jetés nouveaux-nés dans le Tibre. Bien que voués à la mort, ils ont échoué sur le rivage, été allaités par une louve, avant d'être recueillis par un berger, Faustulus, qui les a élevés avec son épouse. Ayant été reconnus par le dernier roi d'Albe la Longue, Amulius, qui les avait abandonnés, Romulus et Rémus l'ont renversé, permettant ainsi au roi légitime qu'il avait chassé du pouvoir, Numitor, de retrouver son trône. Puis, se remémorant avec gratitude le miracle de leur toute jeune enfance, ils ont fondé un village à l'endroit même où ils avaient été sauvés par la louve. Cependant, la belle entente entre les deux jumeaux – nés des amours de la fille de Numitor et du dieu Mars – n'a pas duré. En effet, un présage donné par un vol d'oiseaux confère le titre de roi à Romulus qui – pour se protéger avec ses sujets et marquer son territoire – trace pour la construction d'une enceinte, un sillon magique, le *pomerium*, que

son frère, Rémus, franchit pour le braver. Et Romulus, jaloux de son tout nouveau titre, va tuer son frère jumeau et demeurer seul.

À côté de la légende, la réalité des débuts de Rome est bien plus prosaïque. Au VIII^e siècle, plusieurs villages sont construits sur cinq collines romaines; deux sont occupées par des Sabins et trois par des Latins. Deux siècles plus tard, les villageois s'unissent et construisent une enceinte protectrice.

L'histoire institutionnelle de Rome débute avec l'instauration d'une royauté étrusque qui est renversée en 509 par l'aristocratie. Celle-ci s'arroge le pouvoir en créant une République consulaire. On lui doit notamment la mise en exergue de la notion d'État qui suppose que les consuls exercent le pouvoir, non pour eux-mêmes, mais pour la chose publique ou *res publica*, soit pour l'intérêt commun. Cette notion va demeurer sous l'Empire, instauré en 27 avant notre ère avec l'avènement d'Auguste. L'on divise traditionnellement l'Empire en deux grandes périodes, celle du Haut-Empire allant de 27 avant J.-C. à 284 après J.-C. et celle du Bas-Empire s'étendant de 284 à 476, fin de l'empire d'Occident. Mais nous prolongerons

notre propos jusqu'en 565, année de la mort de Justinien.

Rome et le droit sont très liés. D'ailleurs, Romulus était considéré comme le principal auteur des «lois royales». Le droit à Rome fut à la fois une science et une des raisons de la grandeur romaine. Et la notion de guerre juste, appelée à un grand avenir, en est un parfait exemple.

L'on retrace généralement l'histoire du droit romain en trois grandes périodes s'étendant sur treize siècles, allant du VIII^e siècle avant J.-C. à la mort de l'empereur Justinien en 565 de notre ère. Celui-ci fut le dernier empereur d'Orient à utiliser le latin comme langue officielle. Quant à l'Empire romain d'Occident, il n'existe plus depuis 476, année de la déposition de Romulus Augustule par Odoacre. Celui-ci, commandant de la garde prétorienne, se fait proclamer roi d'Italie par son armée, tandis que l'empereur d'Orient ne lui reconnaît que le titre de patrice. L'Empire romain subsiste en effet dans sa partie orientale. Devenu Empire byzantin avec Constantinople pour capitale, il ne tombera qu'en 1453, année de la prise de la ville par les Turcs.

Pendant la très longue période, allant de 753 avant J.-C. à 565 après notre ère, Rome a connu trois régimes politiques au fil desquels le droit, au départ archaïque dans la Rome royale, s'est développé et adapté aux différentes phases d'expansion de la petite «cité-État», appelée à devenir la capitale d'un empire englobant tous les peuples de la Méditerranée. Le droit romain a atteint son apogée entre le milieu de la République et les débuts de l'Empire. C'est dans le même temps qu'il a dû considérablement évoluer pour répondre aux modifications de la société dues principalement à l'extension du territoire dominé par les Romains, ainsi qu'à l'évolution démographique et économique. Puis l'empereur et son conseil vont déposséder à leur profit les «juristes-consultants» qui avaient su faire du droit une science. Mais, ce faisant, ils vont aussi préparer l'avenir en ordonnant des compilations du droit.

Ainsi, la période allant de la création d'un droit dominé par la coutume à sa véritable

construction par des juristes s'étend de la Rome royale à l'Empire. Au cours de cette histoire, le droit romain a bénéficié d'impulsions extrêmement novatrices qui lui permettront d'accéder à une modernité juridique à laquelle les premiers Romains n'auraient jamais pu songer.

I. Les grandes étapes de la construction du droit romain sous la royauté et la République

Sous le règne des rois étrusques, Rome connaît surtout des règles coutumières caractéristiques d'un peuple primitif. Ce n'est qu'avec la République, à partir du VI^e siècle, que le droit prend la voie de l'exception et que l'on peut percevoir à quel point les Romains sont un peuple de juristes.

A. Le caractère archaïque du droit de la Rome royale

Pendant toute la période royale et jusque durant la moitié du II^e siècle avant J.-C., le droit demeure archaïque. Il est en effet essentiellement coutumier, oral, très empreint de religieux et profondément formaliste. Néanmoins, les Romains établissent déjà une distinction entre le droit public qui intéresse les institutions de la «cité-État», et le droit privé qui régit les rapports entre les particuliers. C'est naturellement le droit privé qui va se développer le plus vite.

1. Un droit coutumier primitif directement issu des *gentes* et développé par les Étrusques

Les communautés villageoises de la Rome pré-urbaine sont organisées en différentes *gentes* constituées de plusieurs familles liées par la croyance en l'existence d'un ancêtre commun. Elles vivent en autarcie. Le chef de la *gens*, sans doute élu, est le *pater* ou *princeps*. Il rend la justice interne à la *gens* en prenant des *decreta gentilitia*, tandis que la guerre sert à résoudre les conflits avec l'extérieur. Chaque *gens* comprend