

**LES
CARRÉS**

6^e édition

L'essentiel de L'INTRODUCTION HISTORIQUE AU DROIT

Avec une
chronologie
à chaque fin
de chapitre

Pierre Allorant / Philippe Tanchoux

G*ualino* un savoir-faire de
Lextenso

6^e édition

L'essentiel

de

L'INTRODUCTION HISTORIQUE AU DROIT

Pierre Allorant / Philippe Tanchoux

 *Gualino* un savoir-faire de
 Lextenso

LES CARRÉS



Cette collection de livres présente de manière synthétique, rigoureuse et pratique l'ensemble des connaissances que l'étudiant doit posséder sur le sujet traité. Elle couvre :

- le Droit et la Science Politique,
- les Sciences économiques,
- les Sciences de gestion,
- les concours de la Fonction publique.

Pierre Allorant est Professeur en Histoire du droit, responsable de la spécialité Métiers de l'Accompagnement Politique du Master Droit et Administration publique à l'Université d'Orléans.

Philippe Tanchoux est Maître de conférences en Histoire du droit ; il dirige la spécialité Gestion Locale du Patrimoine Culturel du Master Droit et Administration publique à l'Université d'Orléans.

Des mêmes auteurs, chez le même éditeur :

Collection « Mémentos »

- Introduction historique au droit, 9^e éd. 2021.



© 2021, Gualino, Lextenso
1, Parvis de La Défense
92044 Paris La Défense Cedex
ISBN 978-2-297-13400-2

Suivez-nous sur



www.gualino.fr

Contactez-nous gualino@lextenso.fr

PRÉSENTATION

Grâce à une démarche d'histoire du droit, des institutions et de la société, cet ouvrage présente avec clarté et rigueur les apports diversifiés des sociétés antiques, du droit romain et des normes barbares jusqu'au système juridique pluraliste de l'Europe médiévale. Puis les origines du droit français contemporain sont éclairées par l'étude du droit commun savant diffusé par les universités, et l'examen de l'épanouissement d'un droit national, jusqu'à la Révolution française. La codification napoléonienne ouvre un nouveau cycle, refermé par l'interpénétration contemporaine des normes internes et internationales.

Ce livre présente en 9 chapitres, à l'étudiant de licence de Droit, de Gestion, d'AES et des Instituts d'études politiques, les différentes sources des normes juridiques, les notions fondamentales et les repères chronologiques indispensables à la compréhension des systèmes juridiques contemporains depuis les civilisations moyen-orientales antiques jusqu'au xx^e siècle.

PLAN DE COURS

Présentation	3
Introduction – L’apport de l’histoire du droit	11
Chapitre 1 – Droit et religion dans l’Antiquité moyen-orientale	13
<i>1 – Les droits d’origine divine de l’Orient ancien</i>	<i>14</i>
■ <i>La révélation du droit par les dieux</i>	<i>14</i>
■ <i>Le roi législateur, intermédiaire privilégié</i>	<i>15</i>
<i>2 – Le droit biblique hébraïque</i>	<i>15</i>
■ <i>Un droit assimilé aux principes divins</i>	<i>16</i>
■ <i>Des principes en dehors de la compétence humaine</i>	<i>16</i>
<i>3 – Des dieux aux hommes, le droit grec</i>	<i>17</i>
■ <i>L’éloignement des dieux</i>	<i>17</i>
■ <i>La conception du droit par les hommes</i>	<i>18</i>
Chapitre 2 – L’exemplarité du droit romain	23
<i>1 – L’autonomie du système juridique romain</i>	<i>24</i>
■ <i>Du droit religieux au droit des hommes</i>	<i>24</i>
a) <i>Le droit de la Rome primitive</i>	<i>24</i>

b) La coutume et les « lois royales »	25
c) La loi des XII Tables et les lois de la cité	25
d) L'organisation de la justice suivant les actions de la loi	27
■ <i>Les nouvelles sources du droit de la période classique</i>	28
a) Le droit prétorien	28
b) L'opinion des jurisconsultes	29
2 – L'organisation du droit en système	30
■ <i>La suprématie de la norme légale sous l'Empire</i>	30
a) La conquête de la compétence législative par l'empereur	30
b) Le déclin des autres sources de droit et l'essor de la justice impériale	32
■ <i>L'aspiration à l'unification du droit romain</i>	32
a) Le temps des codifications	32
b) Les compilations justiniennes	33
Chapitre 3 – Le creuset juridique de l'époque franque	39
1 – La diversification des populations et des cultures sur un même territoire, IV^e et V^e siècles	40
■ <i>L'héritage culturel de l'Empire</i>	40
a) La tradition romaine	40
b) La tradition chrétienne	42
■ <i>L'apport culturel des envahisseurs germaniques</i>	43
a) L'unification politique et religieuse de la Gaule sous l'autorité des Francs	43
b) L'introduction de mœurs nouvelles	44
2 – La juxtaposition des traditions juridiques : romaine, germanique et chrétienne	44
■ <i>La survivance des lois nationales</i>	45
a) Le droit des Gallo-Romains	45
b) Les lois des ethnies germaniques	45

■ <i>Le système de la personnalité des lois</i>	46
a) La définition de la loi applicable et les conflits de loi	46
b) La dégradation de l'appareil judiciaire	46
■ <i>L'essor du droit canonique</i>	48
a) La législation de l'Église	48
b) L'extension de la juridiction ecclésiastique	48

Chapitre 4 – Repli de l'État et sédimentation coutumière **51**

1 – L'unité temporaire du royaume chrétien de Charlemagne	52
■ <i>Le dépassement des différents statuts juridiques</i>	52
a) L'unification politique et religieuse des populations au sein du royaume	52
b) L'essor de lois communes à la période carolingienne	53
■ <i>Le morcellement territorial du royaume</i>	54
a) La division de l'Empire et la montée en puissance de l'aristocratie	54
b) L'abaissement de l'autorité royale et la disparition d'une législation générale	55
2 – Le triomphe d'un ordre juridique diversifié à partir du x^e siècle	55
■ <i>La primauté de la coutume</i>	56
a) Le mécanisme de la coutume	56
b) Le contenu de la coutume	57
■ <i>L'inscription des ressorts coutumiers dans le monde féodal</i>	58
a) L'application territoriale de la coutume	58
b) La géographie des coutumes	58
3 – Le recul de l'ordre juridique	59
■ <i>L'affaiblissement du droit</i>	59
a) L'imprégnation du droit par la religion	59
b) Le débordement du droit privé sur le droit public	60
■ <i>La segmentation de l'organisation judiciaire</i>	61
a) Le perfectionnement du <i>mallus</i> à l'époque carolingienne	61
b) L'essor des juridictions seigneuriales dans le monde féodal	61

Chapitre 5 – Le pluralisme juridique médiéval	65
1 – La survivance de l'idéal juridique au sein des droits savants	65
■ <i>La redécouverte et l'utilisation universitaire du Corpus romain</i>	65
a) L'étude rénovée de la compilation de Justinien	66
b) Les glossateurs universitaires du droit civil	66
■ <i>L'extension de l'influence du droit canonique</i>	67
a) Le Décret de Gratien et la réunion des décrétales	67
b) Les apports du droit canonique	68
2 – La naissance d'un droit propre au royaume de France	69
■ <i>L'affirmation du droit coutumier</i>	69
a) La réflexion sur la nature et la valeur de la coutume	69
b) La coutume provinciale dégagée par la jurisprudence	70
c) La rédaction générale et officielle des coutumes	70
■ <i>L'essor de la législation royale et d'un droit spécifique à la Couronne</i>	72
a) Le renouveau du pouvoir normatif royal	72
b) Les règles de dévolution de la couronne	73
c) L'inaliénabilité du domaine royal	75
Chapitre 6 – La loi du Roi de Justice	79
1 – L'affirmation doctrinale de la suprématie de la loi du roi	79
■ <i>La consécration législative de la monarchie absolutiste</i>	79
a) Des lois fondamentales précisées	79
b) Des règles constitutionnelles peu contraignantes	80
■ <i>Diversification et perfectionnement des agents territoriaux du roi</i>	81
a) Les agents classiques	81
b) La montée en puissance de l'intendant	82
2 – L'élaboration d'un droit royal français	82
■ <i>Les grandes ordonnances de codification</i>	83
a) Les lois de réformation des Valois	83
b) Les ordonnances de Colbert	84
c) Les ordonnances du chancelier d'Aguesseau	85

- *L'apport normatif des cours souveraines* 85
- a) La reconnaissance de la jurisprudence 85
- b) Les arrêts de règlement des parlements 86

Chapitre 7 – Les avancées du droit révolutionnaire **89**

1 – La contestation de l’Ancien Régime absolutiste **89**

- *La force des idées des Lumières* 89
 - a) La dénonciation des coutumes et des privilèges 89
 - b) Les principes nouveaux : souveraineté de la nation et suprématie de la loi 90
- *L'échec des réformes « par en haut »* 91
 - a) L'opposition des parlements 91
 - b) La force d'inertie des privilégiés 92

2 – L’œuvre juridique inachevée de la Révolution française **93**

- *Le culte révolutionnaire de la loi* 93
 - a) La suprématie de la loi nationale et la subordination des juges 93
 - b) L'expérimentation avortée de la monarchie constitutionnelle 94
 - c) La première expérience républicaine 95
- *Le nouvel ordre juridique libéral* 97
 - a) L'unification juridique 97
 - b) L'individualisme libéral 98

Chapitre 8 – La synthèse juridique napoléonienne **103**

1 – Bonaparte : fonder l’État contemporain **103**

- *La réorganisation administrative et constitutionnelle* 103
 - a) Le tournant bonapartiste : l'exécutif personnalisé et prépondérant 104
 - b) La centralisation administrative : la hiérarchie des agents uniques nommés 105
- *Les « masses de granit » financière, monétaire, judiciaire et religieuse* 106
 - a) Le Concordat religieux de 1801 et les articles organiques de 1802 106

b) Le franc germinal, la Banque de France et l'administration des contributions	107
c) La réorganisation judiciaire	108
2 – La codification du droit français et sa diffusion	108
■ <i>La codification civile napoléonienne</i>	108
a) L'élaboration et la rédaction du Code civil français	109
b) L'esprit du Code Napoléon : concilier la tradition et la Révolution	109
■ <i>Des codes impériaux peu innovants en droit privé et en droit pénal</i>	110
a) Code de procédure civile et Code de commerce	111
b) La répression criminelle et la procédure pénale	111
Chapitre 9 – Les mutations du droit contemporain	113
<hr/>	
1 – La recherche difficile d'un consensus institutionnel en France	113
■ <i>L'instabilité constitutionnelle spécifique de la France contemporaine</i>	113
a) Les lents progrès du parlementarisme (1814-1848)	114
b) L'apprentissage de la démocratie depuis 1848	115
■ <i>Centralisation étatique et déconcentration administrative</i>	117
a) La question du statut des fonctionnaires	117
b) La conciliation des libertés locales et de l'intérêt national	118
2 – L'évolution du droit depuis la codification napoléonienne	119
■ <i>Les réactions internationales au Code Napoléon</i>	119
a) La diffusion de la codification sous influence française	119
b) Les autres modalités de codification	120
■ <i>L'adaptation du droit civil français à la société contemporaine</i>	121
a) L'indépassable horizon du Code Napoléon au XIX ^e siècle	121
b) Le développement d'un droit sans code : le droit administratif	121
c) L'essor des écoles doctrinales et la modernisation du droit privé français	122
Bibliographie	133

Introduction

L'apport de l'histoire du droit

Les juristes positivistes peinent à donner une définition du droit sans s'appuyer sur la sanction de la règle normative et sans la référence à l'État. Ils définissent le droit par son côté pathologique de la sanction du juge, ou en s'appuyant sur le particularisme occidental qu'est le développement de l'État comme instrument d'organisation de la société pour en souligner les spécificités. Or les anthropologues ont souligné l'existence de modèles de comportements dont la sanction n'est pas automatique dans des sociétés dépourvues d'État et qui s'apparentent pourtant à des règles de nature juridique. Si la définition des positivistes ne suffit pas à caractériser définitivement le droit, la formule antique de Celse selon laquelle « le droit est l'art du bon et du juste » ou la réduction « légicentriste » au contenu de la loi n'épuise pas davantage son sens.

Le recours à l'histoire comme le regard anthropologique confirment le fait que le droit ne se définit pas uniquement comme un ensemble de normes mais plutôt comme un processus inter-normatif avec la morale et la religion. En cela, son contenu et son effectivité varient selon les cultures et le modèle occidental n'est ni universel, ni immuable. Il se subdivise en différentes familles qui, partageant une conception du droit identique, diffèrent dans la définition des outils techniques et des institutions autorisées à dire le droit : c'est ce qui différencie particulièrement les familles de droit romano-germanique et de *common law*.

La seconde vertu de l'histoire dans l'appréhension du droit réside dans la démonstration de son caractère évolutif. Sa qualité d'« héritage » force à considérer le droit comme un produit du passé transmis et transformé à chaque génération, et non comme un théorème à jamais établi par une

science exacte. Or, l'élaboration du droit au fil du temps contraint à revenir à des époques anciennes et à élargir le champ géographique et intellectuel aux civilisations dont nous sommes débiteurs.

À l'aube des civilisations antiques moyen-orientales, le droit et la religion sont dans des rapports étroits et c'est à la civilisation romaine qu'il revient d'avoir détaché le droit de la religion pour en signaler la singularité dans l'organisation politique et sociale. L'organisation systématique tardive et la richesse conceptuelle et technique du droit romain assurent son exemplarité durable pour l'Occident.

À la chute de l'Empire romain d'Occident au ^v^e siècle après J.-C., la Gaule rapidement fédérée par une foi commune se trouve à la croisée de traditions culturelles germanique, chrétienne et romaine. Malgré le recul juridique jusqu'à la fin du ^{xii}^e siècle, l'imbrication de ces traditions sous la forme d'abord de lois nationales ethniques puis de coutumes territoriales constitue le socle de son identité juridique à venir.

L'attention renouvelée portée au droit romain redécouvert à partir du ^{xl}^e siècle jointe à l'effort de systématisation qui caractérise le droit de l'Église, valorise l'émergence d'un droit commun savant. Puis, dans le contexte de reconstruction de l'autorité publique en la personne du roi et la structuration de l'État nation entre le ^{xiii}^e et le ^{xviii}^e siècle en France, le système juridique s'enferme dans les frontières de l'État au profit d'un ordre juridique national, dans lequel le pluralisme juridique et les droits savants perdent du terrain au profit de la loi.

Le tournant du ^{xviii}^e au ^{xix}^e siècle marque une réaction par rapport aux fondements juridiques de l'Ancien Régime tout en prolongeant un mouvement d'unification du droit initié sous la monarchie. Expression de la souveraineté et source essentielle du droit, la loi est destinée à façonner la société à venir sur la base des principes révolutionnaires de liberté et d'égalité. Elle conduit à une codification d'ensemble du droit sous le Consulat et l'Empire pour une société égalitariste, individualiste et de plus en plus laïque.

Chapitre 1

Droit et religion dans l'Antiquité moyen-orientale

C'est en Mésopotamie, entre l'Irak et la Syrie actuels, où l'écriture prend naissance sous forme cunéiforme il y a environ cinq mille ans, qu'ont été retrouvés les premiers documents juridiques de notre histoire. Or, les droits des civilisations de la haute Antiquité orientale sont tous l'œuvre des dieux. Ce lien étroit entre droit et religion, non spécifique aux périodes anciennes, caractérise encore certaines sociétés « traditionnelles » au sens des anthropologues en Afrique, en Asie ou en Océanie.

Les sociétés moyen-orientales antiques sont structurées autour d'un chef, élu des dieux et intermédiaire entre eux et les hommes. Pour les anthropologues, les circonstances géopolitiques de ces Empires –aux territoires étendus, aux populations nombreuses tournées vers l'activité agricole, sous la menace durable d'agressions extérieures– explicitent l'organisation de monarchies autoritaires établies sur la base du pouvoir militaire, dans lesquelles l'individu s'efface devant le groupe et où un roi de nature surhumaine incarne le pouvoir maximal.

C'est dans ce rapport étroit du chef aux dieux qu'est élaborée la règle de droit : la révélation divine confère à la loi son caractère obligatoire par sa double fonction d'instruire et de corriger le peuple.

Les situations diffèrent selon que les dieux dictent intégralement la loi ou bien se contentent de la souffler à l'oreille des hommes (1). Les dieux des religions polythéistes de l'Orient se révèlent ici moins impératifs que ceux des religions monothéistes tels que Yahvé chez les Hébreux dont les commandements ne peuvent être interprétés par les hommes (2).

La Grèce –territoire ouvert sur la mer, divisé en différentes villes et îles auxquels s'ajoutent les comptoirs commerciaux établis sur le pourtour méditerranéen– a sa population tournée vers le commerce maritime plus que vers l'agriculture et est marquée par une unité de langue et de religion... Dès la fin du VIII^e siècle av. J.-C., les monarques sont supplantés par des oligarchies ou

des tyrannies. Aux termes de luttes de pouvoirs entre propriétaires fonciers, paysans et commerçants, surgissent au tournant du VI^e siècle av. J.-C. des cités États matures dont l'apogée caractérise le V^e siècle avant leur déclin jusqu'à la soumission à l'autorité romaine au II^e siècle av. J.-C.

Cette période de la Grèce classique est la plus féconde pour ce qui intéresse l'histoire du droit car elle donne lieu de façon innovante à une réflexion sur sa définition et ses finalités. Les philosophes défendent l'idée d'un droit humain dont les fondements sont pensés par les hommes, qui est relatif et susceptible de modifications et doit tendre vers l'idéal de justice. Suggéré par les dieux, le droit est désormais l'affaire des hommes (3).

1 Les droits d'origine divine de l'Orient ancien

Au Moyen-Orient entre le Tigre et l'Euphrate, depuis le III^e millénaire avant notre ère se constituent différentes monarchies militaires autour de grands centres urbains : *Ur*, *Summer*, *Akkad* et *Babylone*. Le développement de l'agriculture conduit à la sédentarisation et à l'augmentation de densité puis à la hausse démographique des populations et favorise l'émergence d'un pouvoir politique organisé. L'instrument de l'écriture 3 000 ans avant notre ère permet le développement de structures administratives, la multiplication des échanges et le premier contact de l'homme au droit dont nous conservons des traces majeures.

Ces règles empiriques dressent la liste de solutions juridiques sans référence à des concepts abstraits ni à une doctrine théorique. Inspiré par les dieux, le roi sert d'intermédiaire entre la divinité et les hommes pour transcrire la volonté divine en prescriptions juridiques.

■ La révélation du droit par les dieux

Le droit de ces civilisations est fortement imprégné par la religion et la morale et n'est souvent conçu que comme le contenu d'une révélation divine. Plus que des codes, ce sont des recueils de lois d'objets et d'époques divers, reprenant souvent une part du droit local antérieur.

La première législation élaborée par un roi sous l'inspiration divine remonterait au roi *Urukagina*, en 2400 av. J.-C. Le *Code d'Ur-Nammu* autour de 2100 av. J.-C. ne laisse aucun doute sur cette filiation divine : le roi est considéré comme l'intermédiaire du dieu et constitue le gardien de l'ordre divin. Plus récemment, le *Code d'Hammourabi*, établi entre 1792 et 1750 av. J.-C. pour maintenir la grandeur de l'État, constitue le plus complet des textes juridiques à notre disposition. Le roi Hammourabi se pose en « roi du droit » mais est présenté, sur la pierre conservée au musée du Louvre sur laquelle est écrit ce code, comme écrivant le droit sous la dictée du dieu Shamash. Expression de la volonté divine, ce droit proche de la morale a peu évolué près d'un millénaire plus

tard. Distinct des lois religieuses, il s'apparente à un règlement de paix et insiste sur la qualité de justicier et de protecteur du roi. Récompenses et sanctions divines accompagnent son application.

■ **Le roi législateur, intermédiaire privilégié**

À la divinité revient l'initiative de la loi, au roi choisi la plupart du temps par les dieux revient le soin de l'appliquer et de l'interpréter. Les normes ainsi formulées précisent de façon casuistique la place de chacun dans la société en fixant les impératifs nécessaires au maintien de la vie familiale, économique et sociale.

Le très ancien *Code d'Ur-Nammu* apparaît encore simple dans sa rédaction. Il établit une liste de compositions pécuniaires pour des blessures physiques, et vise ainsi à réduire les pratiques de la vengeance privée et de la loi du Talion. À cela s'ajoutent des interdits édictés pour maintenir la paix sociale.

Le *Code d'Hammourabi* s'adapte avec pragmatisme à la communauté des hommes en formant la synthèse des législations antérieures en matière de droit pénal, de droit de la famille, de droit des personnes et des biens. Il s'élargit aux questions de droit économique. Il se complexifie en fixant des droits et devoirs variables selon le rang social des individus. Ses dispositions regroupées par thèmes, au vocabulaire concret, n'inspirent pas une réflexion théorique et technique. Dans son contenu, ce n'est pas un droit religieux : rien ne concerne les rites et croyances. C'est un droit usuel et pragmatique fait pour la vie laborieuse quotidienne.

Quant à l'application de la loi, c'est surtout aux hommes en la personne du roi et ses représentants qu'elle appartient. Si par le biais d'ordalies fluviales la justice peut faire appel aux dieux dans la détermination de la preuve ; au temps d'Hammourabi, les prêtres ne restent compétents que pour recevoir les déclarations sous serment. Ils sont tenus à l'écart au profit des administrateurs des villes qui composent les juridictions. L'appel au palais puis à la personne du roi est organisé.

À l'inverse, le droit des Hébreux, tiré des commandements divins de Yahvé, ne laisse aux hommes aucune marge d'interprétation dans l'obéissance ou la modification des principes édictés.

2 **Le droit biblique hébraïque**

Installés en Palestine à compter du II^e millénaire avant notre ère et durablement au III^e siècle av. J.-C. après un exil en Égypte, les Hébreux élaborent un droit qui, tout en s'inscrivant dans la tradition culturelle de la Mésopotamie par le contenu et la forme, s'en distingue par l'autorité reconnue à la loi d'origine divine qu'aucun humain ne peut modifier. La religion monothéiste

d'Israël immobilise le dogme dans l'éternité de Dieu et fait échapper la règle juridique à toute appropriation humaine.

■ **Un droit assimilé aux principes divins**

Les sources du droit hébraïque sont essentiellement constituées des *cinq premiers livres de l'Ancien Testament de la Bible* (*Genèse, Exode, Lévitique, Nombres, Deutéronome*) formant *la Torah* – « la Loi ». Elles compilent les premiers textes faisant autorité pour la foi. De là émanent les législations applicables aux Hébreux. La particularité tient au fait que la loi est donnée par Dieu, par l'établissement d'une alliance entre lui et son peuple. Elle donne une direction (la Torah, l'enseignement) et insiste sur des principes tels que la pureté de l'homme, la liberté et la responsabilité individuelle, la faute.

Le contenu des principes édictés rejoint les traditions du Moyen-Orient : réglementation du culte, organisation de la famille et de la justice, règles pénales, morales voire même de vie domestique, statut des esclaves... La société est fondée sur les pères de famille qui disposent de la puissance maritale et paternelle. Si le droit hébraïque défend la charité envers les faibles, il n'est pas pour autant l'expression d'une législation universelle qui fait de l'étranger l'égal de l'Hébreu. Enfin le droit se résume à une liste casuistique de solutions juridiques, au vocabulaire simple et concret, sans concepts abstraits, ainsi qu'à une série de préceptes religieux et moraux.

■ **Des principes en dehors de la compétence humaine**

Plus qu'aucun autre, le droit tiré de la Bible est établi par la personne divine et ne souffre aucune modification, réforme, désobéissance. Seule l'interprétation dans le respect de la croyance est de la compétence humaine, le commandement juridique restant pour le reste immuable.

Or, les différentes dimensions du droit public laissent à Yahvé la place maîtresse. Si le peuple d'Israël se dote d'une monarchie, le roi est l'élu de Dieu par le biais du sacre qui lui assure un charisme et une protection spécifiques. De plus, les prêtres conservent un rôle gouvernemental important. Parallèlement, avec la mise en place d'une royauté à la fin du II^e millénaire av. J.-C., les juridictions sont composées de lévites – prêtres issus de la tribu de Lévi – et de juges royaux, et sont compétentes sur le plan civil, criminel et religieux. Les juges en tant que docteurs de la loi ou bien les prophètes peuvent seuls adapter la loi aux nécessités nouvelles. Leur sentence équivaut au jugement de Dieu. L'interpellation divine pour établir la culpabilité est exceptionnelle et les preuves testimoniales ou les enquêtes prévalent. Mais la peine infligée vaut expiation religieuse d'une faute, laquelle peut rejaillir sur la descendance du criminel.

La civilisation grecque apporte un regard nouveau sur les finalités du droit au sein de la société des hommes. Elle établit une plus grande autonomie des hommes vis-à-vis des divinités dans l'élaboration et l'application de la norme.

3 Des dieux aux hommes, le droit grec

Le droit des Grecs n'est plus l'œuvre exclusive des dieux mais plutôt celle des hommes. Il trouve sa source dans l'expérience des sages et fait l'objet pour la première fois d'une réflexion théorique dans sa définition et ses finalités. Il n'est toutefois pas individualisé comme une source à part des autres matières de la philosophie.

■ *L'éloignement des dieux*

Dans la mythologie grecque, la déesse Thémis assure discipline, justice et paix, aidée par ses filles *Economia*, qui définit l'ordre, *Dikè*, qui dit le droit, et *Eironé*, qui donne la paix. Ce que veut Thémis est ce qu'il convient de faire, ce que *Dikè* dit est ce qu'il est juste de réaliser. Là s'arrête l'intervention divine qui suggère la loi conforme à la justice, les hommes se chargeant de rédiger la norme sous cette inspiration suivant leurs besoins.

Toutefois, c'est surtout la période de la Grèce classique à partir de la fin du VI^e siècle jusqu'à la domination romaine qui est décisive pour l'évolution de la pensée juridique. Les Grecs les premiers soulignent la différence qui existe entre la conformité à la loi et la recherche de la justice. Les lois visent au plus près cet idéal de justice, et peuvent être amendées par les hommes pour s'en approcher.

La démocratie athénienne mise en place au V^e siècle av. J.-C. marque cette évolution dans la conception et le rapport au droit dans les esprits des philosophes du temps. Elle fait de la loi l'expression de la volonté du peuple. Chaque Athénien, égal en droits civils et en droits civiques, partage l'initiative des lois devant l'assemblée de l'*Ecclésia*. Une fois les débats clos, le texte proposé est ensuite soumis pour avis à l'assemblée de la *Boulè* avant d'être voté à l'assemblée de l'*Ecclésia*. Doté de la force obligatoire, il est rédigé de façon définitive puis publié et archivé. L'application ordinaire de la loi est assurée par le tribunal populaire de l'*Héliée*. Formé par tirage au sort annuel de citoyens, le tribunal instruit le procès en réunissant les preuves matérielles et les éléments de droit applicable. Chaque partie est entendue par les membres du jury qui votent finalement sur l'affaire, sans possibilité d'appel. Cette justice aux mains des hommes n'est pas sans travers dès lors qu'elle assure l'essor de délateurs publics (*sycophantes*), d'avocats (*logographes*) et qu'elle s'accompagne de la corruption des juges (*héliastes*). Mais pour la première fois depuis les sociétés antiques orientales, la compétence législative et juridictionnelle échappe aux

divinités pour devenir une compétence humaine. Cette évolution est complétée par une réflexion sur les objectifs et caractéristiques du droit par les philosophes grecs.

■ **La conception du droit par les hommes**

Jusqu'à la période de la démocratie athénienne, la loi reste un droit révélé des dieux et la justice n'est que l'expression de la volonté de Thémis. C'est véritablement à partir du ^v^e siècle av. J.-C. que la loi est assimilée à l'expression des volontés humaines dans la formulation d'une réalité sociale, où le discernement du juste ou de l'injuste s'appuie sur la raison des individus. Le bien des hommes, pensé et conceptualisé par eux, sert désormais d'horizon aux législateurs bien plus que la volonté divine. Les philosophes en deux écoles de pensée se chargent alors de définir les finalités des règles de droit.

D'abord, les sophistes comme Protagoras ou Antiphon, défenseurs de la *sophia*, la sagesse, défendent l'idée que la justice, détachée des dieux, est à la mesure de l'homme : relative dans l'espace et le temps. La frontière entre le juste et l'injuste ne dépend pas de la nature mais de l'usage et des conventions sociales dont sont exclus les dieux. Ce qui est juste se confond avec ce qui est licite, soit ce qui est conforme à la volonté du plus grand nombre qui vote la loi de façon éclairée. Cette adhésion du plus grand nombre rend la loi obligatoire, son contenu impartial même si elle ne satisfait pas l'intérêt de tous. Soulignant la loi universelle de la nature selon laquelle l'intérêt du fort l'emporte toujours sur celui du faible, ou bien que la loi est l'expression du plus grand nombre des faibles, les sophistes concluent que l'irrespect de la loi par le fort constitue une nécessité profitable et juste.

En opposition, **Socrate** et ses disciples au ^{iv}^e siècle retiennent l'idée que ***l'homme, ne pouvant vivre isolément, a besoin de lois pour vivre en société.*** L'obéissance à la loi est dès lors conforme à la nature et Socrate place dans le *dikaion* (principe de justice), l'idéal de la loi, idéal que chacun peut discerner par introspection personnelle. **Platon** ne remet pas fondamentalement en cause la pensée de Socrate mais restreint l'exercice des compétences législatives et judiciaires aux plus compétents des individus. Dans sa ***République***, le bon gouvernement ne peut être le fait que de quelques-uns, les plus éminents pour élaborer la loi. À ses yeux, ce sont les philosophes dont la sagesse est supérieure et relie la connaissance de l'humain et du divin. La justice également doit être confiée aux plus âgés et compétents des sages dont le jugement se rapproche de la justice des dieux. Conciliation de l'autorité et de la justice, gouvernement des plus compétents, loi formulée par le législateur dans un esprit de vertu qui unifie la cité, assure la justice, enseigne aux hommes la sagesse... telles sont les conclusions de Platon dans ses ***Lois***, à la fin de sa vie.