

mémentos

APPRENDRE

UTILE

2023/24

Pierre Allorant • Philippe Tanchoux

Introduction historique au droit

Avec des encadrés permettant
une lecture d'histoire comparée
des sources juridiques

11^e

Cours intégral
et synthétique **+** Tableaux
et cartes

Pierre Allorant

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

Philippe Tanchoux

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

Suivez-nous sur



www.gualino.fr

Contactez-nous gualino@lextenso.fr



© 2023, Gualino, Lextenso
1, Parvis de La Défense
92044 Paris La Défense Cedex
EAN 9782297221191
ISSN 2680-073X
Collection Mémentos

mémentos

APPRENDRE

UTILE

2023/24

Pierre Allorant • Philippe Tanchoux

Introduction historique au droit

Avec des encadrés permettant
une lecture d'histoire comparée
des sources juridiques

11^e

Cours intégral
et synthétique **+** Tableaux
et cartes

mémentos

APPRENDRE

UTILE

- C'est un cours complet et synthétique avec des aides pédagogiques différenciées.
- Il correspond à un enseignement dispensé en Licence et Master.
- Il est entièrement rédigé de manière structurée, claire et accessible.
- Il est à jour de l'actualité la plus récente.

Chez le même éditeur

- Amphi LMD
- Mémentos
- Exos LMD
- Méthodo LMD
- Carrés Rouge
- Annales corrigées et commentées
- Master
- En Poche
- Droit Expert
- Droit en poche
- Petit Lexique
- Hors collection

Présentation

Grâce à une démarche fondée sur l'histoire du droit, des institutions et de la société, *cet ouvrage synthétise les acquis récents de la recherche et présente avec clarté et rigueur l'évolution des sources de droit*, depuis la période antique dans les civilisations de l'Orient ancien et de la Grèce jusqu'au système juridique de la France aujourd'hui.

Soulignant le détachement progressif du droit par rapport à la religion dans l'Antiquité, il insiste sur l'exemplarité du modèle juridique romain pour l'avenir.

Se restreignant au territoire de la France à partir de la chute de l'Empire romain, l'étude souligne les apports diversifiés du droit romain et des normes barbares au système juridique pluraliste de l'Europe chrétienne médiévale et la primauté faite à la norme coutumière dans le contexte féodal.

Puis, les origines du droit français contemporain sont éclairées par l'étude du droit commun savant diffusé par les Universités, et par l'examen de l'épanouissement d'un droit national, du roi législateur au droit intermédiaire de la Révolution française, illustrant l'évolution d'un pays de tradition romano-germanique.

La codification napoléonienne ouvre un nouveau cycle, refermé par l'interpénétration contemporaine des systèmes juridiques qui réintroduit une pluralité des sources et des types de normes internes et internationales dont seule l'histoire permet d'appréhender la richesse et la complexité d'articulation. Un regard comparatiste montre le modèle alternatif de *Common Law* et l'influence des systèmes européens.

Ce livre, destiné aux étudiants en licence de Droit, de Gestion, d'AES et des Instituts d'études politiques, *présente en dix chapitres les différentes sources de droit, les notions fondamentales et les repères chronologiques indispensables à la compréhension des systèmes juridiques contemporains.*

Plan de cours

P résentation	5
I ntroduction	13

PARTIE 1

Fondation de la discipline juridique à la période antique

C hapitre 1 Droit et religion de l'Orient ancien à la Grèce, l'intime mélange	19
1 Les droits d'origine divine de l'Orient ancien	20
<i>A - La révélation du droit par les dieux</i>	21
<i>B - Le roi législateur, intermédiaire privilégié</i>	23
2 Le droit biblique hébraïque	25
<i>A - Un droit assimilé aux principes divins</i>	26
<i>B - Des principes en dehors de la compétence humaine</i>	28
3 Des dieux aux hommes, le droit grec	28
<i>A - L'éloignement des dieux</i>	29
<i>B - La conception du droit par les hommes</i>	30
C hapitre 2 Dissociation du droit de la religion : l'exemplarité romaine	37
1 La mise en place d'un droit dégagé de l'emprise religieuse	39
<i>A - Du droit religieux au droit des hommes</i>	39
1) Le droit de la Rome primitive	40
2) La coutume et les « lois royales »	41

3) La loi des XII Tables et les lois de la cité	42
a) <i>L'élaboration de la loi des XII Tables</i>	42
b) <i>L'apport de la loi des XII Tables</i>	43
c) <i>L'adoption des lois par les comices</i>	44
4) L'organisation de la justice suivant les actions de la loi	46
<i>B - Les nouvelles sources du droit de la période classique</i>	47
1) Le droit prétorien	48
a) <i>L'organisation de la justice suivant la procédure formulaire</i>	48
b) <i>L'élargissement des actions civiles par le droit prétorien</i>	48
2) L'opinion des jurisconsultes	49
a) <i>Des pontifes aux jurisconsultes</i>	49
b) <i>L'âge d'or de la jurisprudence du I^{er} au III^e siècle</i>	49
2 L'organisation du droit en système	51
<i>A - La suprématie de la norme légale sous l'Empire</i>	51
1) La conquête de la compétence législative par l'empereur	51
a) <i>L'appropriation des pouvoirs du Sénat par l'empereur aux deux premiers siècles</i>	51
b) <i>L'élaboration des constitutions impériales au III^e siècle</i>	52
2) Le déclin des autres sources de droit et l'essor de la justice impériale	53
<i>B - L'aspiration à l'unification du droit romain</i>	54
1) Le temps des codifications	54
2) Les compilations justiniennes	55
a) <i>La compilation de l'ensemble du droit romain</i>	55
b) <i>Les instruments de cette codification</i>	56

PARTIE 2

La Gaule au croisement des traditions culturelles (IV^e-XII^e siècles)

Chapitre 3 Ruptures et permanences juridiques (IV^e-VIII^e siècles) 65

1 La diversification des populations et des cultures sur un même territoire (IV^e et V^e siècles)	66
<i>A - L'héritage culturel de l'Empire</i>	66
1) La tradition romaine	66
a) <i>Concepts et technique du droit romain</i>	66
b) <i>La dégradation du droit romain depuis le IV^e siècle</i>	68
2) La tradition chrétienne	69
a) <i>La naissance de l'Église dans l'Empire</i>	69
b) <i>La constitution du droit canonique</i>	71
<i>B - L'apport culturel des envahisseurs germaniques</i>	71
1) L'unification politique et religieuse de la Gaule par les Francs	71
2) L'introduction de mœurs nouvelles	73

2 La juxtaposition des traditions juridiques : romaine, germanique et chrétienne	74
<i>A - La survivance des lois nationales</i>	74
1) Le droit des Gallo-Romains	74
2) Les lois des ethnies germaniques	75
<i>B - Le système de personnalité des lois</i>	77
1) La définition de la loi applicable et les conflits de loi	77
2) La dégradation de l'appareil judiciaire	77
a) <i>L'alternative de la vengeance privée à la justice juridictionnelle</i>	77
b) <i>La justice archaïque des Francs</i>	78
c) <i>L'impossible construction jurisprudentielle</i>	78
<i>C - L'essor du droit canonique</i>	79
1) La législation de l'Église	79
2) L'extension de la juridiction ecclésiastique	80

Chapitre 4 Unification culturelle et sédimentation coutumière (VIII^e-XII^e siècles)

1 L'unité fragile du royaume carolingien	84
<i>A - La restauration temporaire de l'État</i>	84
1) Le rassemblement des populations au sein de l'Empire	84
a) <i>Fondation d'une nouvelle dynastie et sacralisation de l'autorité royale</i>	84
b) <i>La restauration de la dignité impériale</i>	85
2) L'essor de lois communes	86
a) <i>L'idéal d'unité chrétienne et juridique de l'Empire</i>	86
b) <i>La législation unitaire de l'empereur</i>	86
<i>B - La dévitalisation de l'État</i>	88
1) La division de l'Empire et la montée en puissance de l'aristocratie	88
2) La disparition d'une législation générale	89
2 Le triomphe d'un ordre juridique diversifié à partir du X^e siècle	90
<i>A - La primauté de la coutume</i>	91
1) Le mécanisme de la coutume	91
2) L'évolution du contenu de la coutume	93
<i>B - L'inscription des ressorts coutumiers dans le monde féodal</i>	95
1) Le décalque des ressorts coutumiers sur la carte politique	95
2) La fracture coutumière entre le Nord et le Sud	96
3 Le recul de l'ordre juridique	97
<i>A - L'affaissement du droit</i>	97
1) L'imprégnation du droit par la religion	97
2) Le débordement du droit privé sur le droit public	98
<i>B - La segmentation de l'organisation judiciaire</i>	99
1) Le perfectionnement du mallus à l'époque carolingienne	99
2) L'essor des juridictions seigneuriales à partir du X ^e siècle	99

PARTIE 3

Du pluralisme juridique à la formation d'un droit national français

Chapitre 5	Les sources plurielles d'un droit national	105
1	La survivance de l'idéal juridique au sein des droits savants	105
	<i>A - Redécouverte et utilisation universitaire du droit romain</i>	106
	1) L'étude rénovée de la compilation de Justinien	106
	2) Les glossateurs universitaires du droit civil	107
	<i>B - Le développement de l'influence du droit canonique</i>	109
	1) Les compilations : le Décret de Gratien et la réunion des décrétales	109
	2) L'utilisation du droit canonique et ses apports	110
2	Naissance d'un droit du royaume de France	111
	<i>A - L'affirmation d'un droit coutumier</i>	112
	1) La réflexion doctrinale sur la nature et la valeur de la coutume	112
	2) La coutume provinciale dégagée par la jurisprudence	112
	3) La rédaction générale et officielle des coutumes	114
	<i>B - L'essor de la législation royale</i>	116
	1) Le renouveau du pouvoir normatif royal	116
	2) L'affirmation doctrinale du prince législateur	117
	<i>C - L'émergence d'un droit spécifique à la Couronne</i>	118
	1) La détermination des règles de dévolution de la couronne	118
	2) L'inaliénabilité du domaine et la continuité des biens de l'État	120
Chapitre 6	La formation d'un ordre juridique français	127
1	Le perfectionnement des lois fondamentales et de l'administration territoriale	128
	<i>A - Des lois fondamentales complétées, mais limitées</i>	128
	1) Des lois fondamentales précisées	128
	2) Des règles constitutionnelles précisées, mais peu contraignantes	130
	<i>B - Professionnalisation des agents territoriaux du roi</i>	131
	1) Les agents classiques	131
	2) La montée en puissance de l'intendant de police, justice et finances	132
2	L'élaboration d'un droit royal français	135
	<i>A - Les grandes ordonnances de codification</i>	135
	1) Les réformes des Valois et l'échec des ordonnances	135
	2) Les ordonnances mises en œuvre par Colbert	137
	3) Les ordonnances du chancelier d'Aguesseau	138

<i>B - L'apport normatif des cours souveraines</i>	139
1) La reconnaissance de la jurisprudence	139
2) Les arrêts de règlement des Parlements	140

PARTIE 4

Unification et codification du droit français

Chapitre 7 Les avancées du droit révolutionnaire 149

1 Aux sources du droit intermédiaire : la remise en cause de l'Ancien Régime absolutiste	149
<i>A - Dynamisme et diversité de l'idéologie des Lumières</i>	149
1) La dénonciation de l'Ancien Régime : « despotisme éclairé » ou libéralisme ?	150
2) Souveraineté de la Nation, suprématie de la loi et subordination des juges	151
<i>B - L'échec des tentatives ministérielles de réforme « par en haut » : la pré-Révolution</i>	154
1) Les réformes judiciaires bloquées par les Parlements	154
2) Les réformes économiques et administratives entravées par les privilégiés	155
2 L'œuvre inachevée de la Révolution française	157
<i>A - Le légicentrisme révolutionnaire</i>	157
1) La suprématie de la loi voulue par la Nation	157
2) Le corollaire de la nomophilie : la subordination des juges	158
<i>B - Un nouvel ordre juridique : l'individualisme libéral</i>	158
1) L'unification juridique sans la codification	158
2) Un nouvel ordre législatif individualiste et libéral	160

Chapitre 8 Codification et mutations du droit contemporain 167

1 La codification du droit français et sa diffusion	167
<i>A - La codification napoléonienne</i>	168
1) L'élaboration et la rédaction du Code civil français	168
2) Le Code Napoléon : concilier tradition et acquis révolutionnaires	169
3) Des codes impériaux peu innovants en droit privé et en droit pénal	171
<i>B - Les réactions internationales au Code Napoléon</i>	173
1) La diffusion de la codification sous influence française	173
2) Les autres modalités de codification	176
2 Les mutations contemporaines du droit	178
<i>A - Stabilisation, contestation et modernisation du droit civil français</i>	178

1) L'indépassable horizon du Code civil français au XIX ^e siècle	178
2) Le développement d'écoles doctrinales	181
<i>B - La persistance d'autres sources normatives et la modernisation du droit</i>	181
1) Le développement d'un droit sans code : le droit public	181
2) Adaptation, mutation ou dissolution du droit français ?	187
L exique	195
T able des textes	205
B ibliographie	209
I ndex	211

Introduction

Les juristes positivistes peinent fréquemment à donner une définition du droit sans s'appuyer sur la sanction de la règle normative et sans la référence à l'État. Le plus couramment, soit ils définissent le droit par son côté pathologique de la sanction du juge, soit ils s'appuient sur le particularisme occidental qu'est le développement de l'État comme instrument d'organisation de la société pour en souligner les spécificités.

De là à considérer que les sociétés sans État, sans normes bien répertoriées, relèvent des sociétés primitives, il n'y a plus qu'un pas que les anthropologues nous ont appris à reconsidérer, en soulignant 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 juridique¹. Si la définition des positivistes ne suffit pas à caractériser définitivement le droit, la formule antique selon laquelle « le droit est l'art du bon et du juste » ou la réduction « légicentriste » au contenu de la loi n'épuisent pas davantage son sens.

L'histoire et l'anthropologie juridique participent à une appréhension complémentaire de la matière et du concept de droit.

Premier avantage, elles viennent relativiser la vision statique et ethno-centrée qui est généralement portée sous nos latitudes occidentales, françaises en particulier, sur le rôle dévolu au droit dans la société et sur sa forme matérielle. Elles confirment le fait que le droit ne se définit pas uniquement comme un ensemble de règles spécifiques mais plutôt comme un processus inter-normatif avec la morale et la religion, selon des valeurs qu'une société juge essentielles pour assurer sa perpétuation à un moment donné de son évolution. En cela, son contenu et son effectivité varient selon les cultures.

Par exemple en Chine, une notion de droit proche de celui de l'Occident a été développée au cours de son histoire. Mais par choix politique, l'usage du droit est rejeté au profit de la tradition fortement teintée de morale, qui fait de la vertu des sages et de l'éducation les garants de l'équilibre de la vie collective. Recourir au droit est malvenu et constitue la pire des solutions en rompant l'harmonie ; mieux vaut privilégier la recherche de consensus, la conciliation des points de vue pour régler les différends.

1. Rouland N., *Anthropologie juridique*, 1989, PUF ; *Aux confins du droit*, 1991, Odile Jacob.

De façon différente en Inde, à côté du système de *Common Law* introduit par le colonisateur anglais se maintient le droit hindou dans lequel l'humain a été pensé dans tous ses aspects et où nature, religion, structure sociale sont imbriquées dans une planification de l'ordre qui bénéficie à la notion de *Dharma*. Celle-ci fixe la voie à suivre par des guides de comportement, des idéaux, bien plus que par des règles obligatoires. Elle prend en charge la totalité des devoirs qui pèsent sur un individu selon son statut à chaque étape de sa vie et fait se relier le matériel et le spirituel, le séculier et le sacré. Le droit, dans sa définition occidentale, n'y trouve pas véritablement sa place².

Ces exemples contemporains peuvent être confrontés à des situations expérimentées au cours de l'histoire. La particularité de l'Occident dans la définition d'un rôle éminent et spécifique reconnu au droit dans l'organisation de la société par rapport au champ distinct réservé aux règles religieuse ou morale ressort avec davantage de relief avec ce regard historique. Bref, le modèle occidental n'est ni universel, ni immuable. Il n'est pas davantage homogène et 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 essentiellement les familles de droit romano-germanique et de *Common Law*³. À l'heure de la mise en relation accélérée des systèmes juridiques des États de l'Union européenne appartenant à ces deux familles constitutives du modèle juridique occidental, il apparaît plus que jamais indispensable d'en connaître les fondements communs et les caractéristiques spécifiques tirées de l'histoire.

La seconde vertu de l'histoire dans l'appréhension du droit réside dans la démonstration de son caractère changeant et évolutif, au fil d'une « sédimentation » de strates juridiques, dont l'évolution et le renouvellement ne sont jamais définitifs. La qualité « d'héritage », de « patrimoine », force à considérer le droit comme un produit du passé transmis et transformé à chaque génération, et non comme une construction instantanée ou un théorème à jamais établi par une science exacte. Créé et instrumentalisé par les sociétés pour leur assurer solidité et pérennité, le droit s'inscrit en effet dans une évolution multimillénaire. Depuis la préhistoire, les groupements humains se sont dotés d'usages, de prohibitions qui relèvent du droit et s'imposent à tous quelle que soit leur forme. En cela, l'histoire rejoint l'anthropologie pour souligner que le droit et l'État ne sont pas indissolublement liés, que le droit n'a pas toujours reçu une forme légale mais a longtemps procédé de faits pour relever de la coutume ou de l'usage. Il apparaît avec l'apparition du langage et d'un minimum de pensée abstraite au sein des premières communautés humaines, bien avant l'invention de l'écriture.

Sans en revenir à une préhistoire dont les sources nous sont manquantes, le regard porté sur l'élaboration du droit contraint à revenir à des temps anciens et à élargir le champ géographique et intellectuel aux civilisations dont nous sommes débiteurs et dont l'éloignement temporel ou géographique n'exclut pas une filiation intellectuelle. Voilà le fil directeur qui guide ce mémento et conduit à signaler, sans exhaustivité excessive et dans un ordre chronologique qui nous a semblé faciliter l'approche la plus simple et cohérente possible, les couches successives qui se sont amoncélées dans la construction de notre système juridique et dont il conserve les traces.

2. Chêne Ch., Durand B., Leca A., *Introduction historique au droit*, 2004, Montchrestien.
3. Vanderlinden J. et Snow G., *La Common Law de A à Z*, 2001, Bruylant.

Les premières sources dont nous disposons encore proviennent du Moyen-Orient et ont été élaborées pour les sociétés des vallées du Tigre, de l'Euphrate, déjà au ^{xviii}e siècle av. J.-C. Au fil des siècles, le phénomène juridique gagne le centre du bassin méditerranéen, le royaume des Hébreux et surtout les cités-États grecques aux structures politiques distinctes de celles des empires moyen-orientaux et qui, à leur tour, investissent le champ du droit. Or, à l'aube des civilisations moyen-orientales, le droit et la religion sont dans des rapports étroits tels qu'en connaissent encore certaines sociétés traditionnelles repérées de nos jours par les anthropologues en Inde, en Afrique...

Si de l'Orient ancien à la Grèce, un glissement s'observe pour ce qui concerne le caractère « révélé » du droit et si les hommes tendent à s'approprier l'initiative de l'élaboration juridique inspirée par les dieux, 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. Au-delà de sa technicité sophistiquée et de sa richesse conceptuelle, également porteuses pour l'avenir, cette autonomie du droit par rapport à la religion et son organisation systématique tardive singularisent l'apport romain à l'histoire du droit de la période antique et assurent son exemplarité durable pour l'Occident européen (Partie 1).

À la chute de l'Empire romain d'Occident au ^ve siècle après J.-C., alors que les terres de la Gaule romaine sont occupées par des peuples venus du nord-est de l'Europe, aux usages distincts de ceux des autochtones, la Gaule rapidement fédérée par une foi commune se trouve à la croisée de traditions culturelles germanique et romaine. Malgré le recul juridique qui marque la période allant jusqu'à la fin du ^{xii}e siècle, l'imbrication de ces deux traditions sous la forme d'abord de lois nationales respectueuses des groupes ethniques puis de coutumes ancrées seulement sur le territoire constitue le socle de son identité juridique à venir (Partie 2).

L'attention renouvelée portée au droit romain à partir du ^{xi}e siècle et l'effort de systématisation qui caractérise le droit de l'Église valorisent l'émergence d'un droit commun savant. Celui-ci imprime un renouveau et une modernisation d'ensemble des sédiments juridiques d'inspiration germanique de l'Europe continentale et identifie la famille romano-germanique face à la *Common Law* anglaise.

La lente reconstruction de l'autorité publique en la personne du roi et la structuration des États-nations entre le ^{xiii}e et le ^{xviii}e siècle diversifient le paysage juridique du continent européen et enferment progressivement dans les frontières des États les systèmes juridiques en mutation. En France, la reconnaissance à côté du droit savant d'un droit propre au royaume sous forme coutumière anticipe l'affirmation d'un ordre juridique national, indépendant à l'échelle européenne, et dans lequel le pluralisme juridique et les droits savants perdent du terrain au profit de la loi du roi (Partie 3).

Le tournant du ^{xviii}e au ^{xix}e siècle, de la révolution à la chute du 1^{er} Empire, marque une réaction fondamentale par rapport aux valeurs et fondements de l'Ancien Régime à partir desquels les bases d'un droit nouveau sont posées. Il prolonge, dans le même temps, un mouvement de fond d'unification du droit initié sous la monarchie et qui s'épanouit sous le Consulat.

Si techniquement la loi devient la source essentielle du droit et exprime la souveraineté désormais transmise du roi à la Nation, elle est plus que jamais idéalisée comme un instrument destiné à façonner la société à venir sur la base des principes révolutionnaires de liberté et d'égalité et est assortie d'un caractère messianique fort. Au-delà des illusions qui accompagnent pareil enthousiasme, elle conduit à une codification d'ensemble du droit sous le Consulat et l'Empire et le nouveau système juridique national est marqué par une société égalitariste, individualiste et de plus en plus laïque (Partie 4). Participant de la tradition romano-germanique, ce modèle avec celui de la *Common Law* influencent en profondeur les pays ayant subi la colonisation européenne.

PARTIE 1

Fondation de la discipline juridique à la période antique

Chapitre 1	Droit et religion de l'Orient ancien à la Grèce, l'intime mélange . . 19
Chapitre 2	Dissociation du droit de la religion : l'exemplarité romaine 37

Si toute société, traditionnelle comme moderne, connaît des modes de régulation des rapports humains, sous forme de règles coutumières ou d'autres modalités, c'est en Mésopotamie, à l'emplacement de l'Irak et de 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. Les civilisations antiques moyen-orientales ont en effet laissé une documentation juridique considérable, sous la forme de tablettes d'argile qui mettent en lumière les actes de la pratique, les contrats, les constitutions de dot, usités par les contemporains de

cette époque, et sous forme également de stèles gravées pour les textes législatifs comme le Code des lois d'Hammourabi conservé au musée du Louvre du *xviii^e* siècle av. J.-C.

Les systèmes juridiques en cause font preuve d'une grande stabilité dans le temps et forment un ensemble évolué et cohérent. La règle déjà présente contribue à l'essor de la civilisation au sein de sociétés très hiérarchisées pour constituer une « aurore » de la vie juridique.

Ces systèmes sont marqués par deux caractéristiques essentielles. D'abord, ils sont restés essentiellement pragmatiques et n'ont pas fait l'objet d'une réflexion théorique. De ce fait, leur influence sur les systèmes postérieurs est indirecte, par l'intermédiaire des Grecs et des Romains, qui les ont connus et s'en sont parfois inspirés. Quant au droit hébraïque, c'est le christianisme qui lui assurera un certain écho en Occident aux premiers siècles de notre ère. Ensuite, la réflexion religieuse y domine largement la réflexion légale, de façon plus ou moins impérative selon la cosmogonie des sociétés en cause et le caractère exigeant des dieux considérés qui requièrent l'obéissance absolue ou tolèrent l'interprétation et l'application humaine des règles juridiques.

La filiation de nos droits modernes est davantage à rechercher dans les civilisations de la Grèce et de Rome. Les Grecs et les Latins s'installent sur les côtes méditerranéennes à la suite de migrations plus de mille ans avant notre ère et connaissent des civilisations brillantes respectivement entre les *vi^e* et *iv^e* siècles pour les Grecs, entre le *ii^e* av. J.-C. et *iii^e* siècle apr. J.-C. pour les Romains.

Si les Grecs renforcent la place de l'homme dans la définition et l'interprétation du droit en lui assignant un objectif de justice fortement développé par la philosophie, ils conservent un ordre juridique peu systématisé très pragmatique. Le 1^{er} chapitre dressera un panorama rapide de l'apport juridique des civilisations du Moyen-Orient et de la Grèce.

C'est à la civilisation romaine qu'il revient d'avoir détaché le plus profondément le droit de la religion dans l'organisation politique et sociale, d'en avoir systématisé le contenu dans des classements et définitions sophistiqués, et d'avoir différencié explicitement la sphère privée de la sphère publique dans les catégories de règles applicables. Le 2^e chapitre s'attachera au modèle romain.

Droit et religion de l'Orient ancien à la Grèce, l'intime mélange

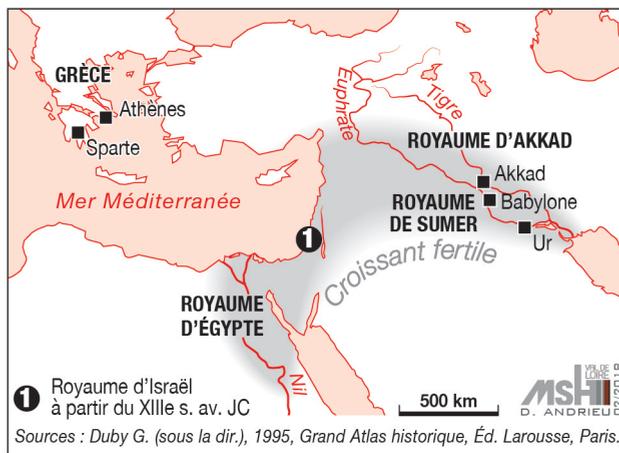
Les droits des civilisations de la haute Antiquité orientale sont tous l'œuvre des dieux, qui manifestent ainsi sous des principes supérieurs leur volonté profonde aux hommes qui leur doivent obéissance. Ce lien étroit entre droit et religion, non spécifique aux périodes anciennes, caractérise encore certaines sociétés traditionnelles approchées à des périodes récentes par les anthropologues du droit en Afrique, en Asie ou en Océanie.

Dans cette tradition, les sociétés moyen-orientales antiques présentent la particularité d'être structurées autour d'un chef charismatique, élu des dieux et intermédiaire entre eux et les hommes. Au regard des critères de l'anthropologie moderne, les circonstances géopolitiques de ces Empires – aux territoires étendus, aux populations nombreuses tournées vers l'activité agricole, sous la menace durable de possibles agressions des populations extérieures – expliquent facilement l'organisation de monarchies autoritaires établies sur la base du pouvoir militaire, au service de l'État plus que de l'homme, dans lesquelles l'individu s'efface devant le groupe et où un roi surhumain incarne le pouvoir maximal.

C'est dans ce rapport étroit du chef aux dieux qu'est élaborée la règle de droit, sans intervention des hommes – pas même des prêtres –. Les dieux dictent la loi au roi qui la reçoit. Cette révélation divine confère à celle-ci son caractère obligatoire par sa double fonction d'instruire et de corriger le peuple.

Ce point commun entre civilisations moyen-orientales ne doit pas dissimuler en revanche une gradation de situations distinctes, 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 catégoriques que ceux des religions monothéistes tels que Yahvé chez les Hébreux qui s'impose en législateur et dont les commandements doivent être respectés et ne peuvent être interprétés par les hommes (2).

Les civilisations antiques du Moyen-Orient



De façon intermédiaire dans l'histoire du droit, la civilisation grecque initie le transfert des dieux aux hommes de la compétence d'élaborer le droit, dans un esprit de justice. Si les critères de l'anthropologie peuvent apporter une explication possible à cette évolution, il faut remarquer que les circonstances géopolitiques de la Grèce diffèrent considérablement des civilisations moyen-orientales et ne sont pas propices à l'établissement durable de monarques tout-puissants : la Grèce est un territoire étroit ouvert sur la mer, morcelé géographiquement et divisé en différentes villes, îles auxquels s'ajoutent les comptoirs commerciaux établis sur le pourtour méditerranéen, avec une population tournée vers les échanges et le commerce maritime plus que vers une agriculture aux capacités limitées, une unité de langue et de religion... De fait, dès la fin du VIII^e siècle av. J.-C., les monarques établis en Grèce connaissent des difficultés et sont supplantés par des oligarchies ou des tyrannies. Aux termes de luttes de pouvoirs et d'oppositions d'intérêts entre propriétaires terriens, paysans et commerçants, surgissent au tournant du VI^e siècle av. J.-C. des cités-États matures dont l'apogée va caractériser 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 et la philosophie du droit. Sans être la civilisation de juristes techniciens que va connaître la période de la Rome antique, elle donne lieu de façon innovante à une réflexion théorique sur la définition et les finalités du droit de la part des philosophes. Or ces penseurs défendent l'idée d'un droit humain dont les fondements sont pensés par les hommes et qui, relatif et susceptible de modifications, 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

La Mésopotamie, « le pays entre les fleuves » littéralement, située entre le Tigre et l'Euphrate au Moyen-Orient, constitue le creuset ancien de nos civilisations occidentales, au croisement des traditions indo-européennes. Depuis le III^e millénaire avant notre ère