

# Université Paris X - Nanterre

Année universitaire 2000-2001

1ère Année - UP 2

Cours d'Histoire du droit

## Plan



(Modifié le 10 avril 2001)

(Les lignes distinguent les différents blocs à charger)

# Première partie : Une civilisation impériale

## • Titre I - Le pouvoir patriarcal

- Chapitre 1 - Le pouvoir patriarcal domestique
  - ¶ I - La soumission de la femme
  - ¶ II - Le pouvoir de vie et de mort
- Chapitre 2 - Le pouvoir patriarcal politique

## • Titre II - De la République à l'Empire

- Chapitre 1 - La mise en place des institutions
- ¶ I - La révolution patricienne
- ¶ II - La révolution plébéienne
- ¶ III - La république des compromis
  - § 1 - La Loi des XII Tables, texte fondateur
  - § 2 - Les sources du droit
  - § 3 - Les magistrats
  - § 4 - Les assemblées

- Chapitre 2 - La République conquérante
- Chapitre 3 - Les crises sociales et politiques
- Chapitre 4 - Le Haut-Empire (fin Ier siècle av. J.-C. - fin IIIe siècle)
  - ¶ I - La maîtrise de l'espace et du temps
  - ¶ II - La gestion du capital humain
  - ¶ III - L'empereur, loi vivante

• **Titre III - L'Empire dans l'Occident chrétien**

- Chapitre 1 - Le Bas-Empire chrétien (début IVe siècle - milieu VIe siècle)
- Chapitre 2 - L'Empire médiéval

**Deuxième partie : Une civilisation du droit**

- **Titre I - Le droit dans la culture romaine**

- [Chapitre 1 - Apparition du livre de droit](#)

---

- [Chapitre 2 - Le mouvement de codification](#)

---

- **Titre II - Le droit dans la société romaine**

- [Chapitre 1 - Personnes, choses et actions](#)

---

- [Chapitre 2 - La situation de l'esclave](#)

---

- **Titre III - Le droit romain depuis le Moyen Age**

- [Chapitre 1 - La transmission du droit romain](#)

---

- [Chapitre 2 - L'origine des systèmes juridiques modernes](#)

Accueil

Sur le pont

Articles

Thèses

Mémoires

Formations

Liens

[Sur le pont](#) - [Articles](#) - [Thèses](#) - [Mémoires](#) - [Formations](#) - [Liens](#) -

**Université Paris X - NANTERRE**

**1ère année de DEUG - UP 2 : Histoire du droit**

**(2e semestre de l'Année 2000-2001) - Ière partie, titre I, chapitre 1, section I**

---

## **Chapitre 1**

### **Le pouvoir patriarcal domestique**

Le pouvoir patriarcal, c'est-à-dire une institution politique fondée sur l'autorité du père de famille ou, plus généralement, sur l'homme âgé, est la constante la plus solide de l'histoire institutionnelle.

A l'arrivée, l'institution est politique mais comme cette institution trouve son origine dans le cadre des lois de la maison (c'est-à-dire quelque chose d'intermédiaire entre les lois de la nature et les lois de la cité (dans lesquelles se trouve le droit), c'est ici que notre étude commence, en distinguant la soumission de la femme du pouvoir de vie et de mort

-

#### **¶ I - La soumission de la femme**

## § 1 Le pouvoir originel de la femme

- Dans la plus antique "histoire de l'histoire", cette Epopée de Gilgamesh qui nous raconte les aventures, dans le IIIe millénaire avant J.-C., d'un roi d'Ourouk en Mésopotamie, il est un moment particulièrement important pour la suite du récit, celui où Gilgamesh doit affronter Enkidou, un monstrueux intermédiaire entre la bête et l'homme. Gilgamesh, qui est fort et courageux, pourrait affronter Enkidou. Mais comme il est aussi d'une grande sagesse, il envoie à sa place Abisimti, la prêtresse-courtisane, celle qui est chargée d'initier les jeunes gens :  
"Elle s'est allongée près de lui, lui a prodigué ses caresses et l'a guidé sur elle afin qu'il la possédât.  
Telle fut son initiation. Il était comme une bête, par l'étreinte de la femme il est devenu comme un homme.  
Il serait aussi juste de dire : il est devenu comme un dieu. Car c'est ainsi, dans l'acte de la vie, que nous imprègne la divine essence." (*Gilgamesh, roi d'Ourouk*, .18)
- Désormais, les animaux sauvages ne se laisseront plus approcher par cet être que l'érotisme, inconnu des accouplements bestiaux, avait si parfaitement rendu humain Enkidou qu'il confinait à la divinité. Ces gazelles, qui l'avaient nourri de leur lait, le fuyaient désormais et Abisimti devait donc l'initier à la deuxième chose par laquelle les femmes produisent l'humanité : l'alimentation. Etant parvenue à vaincre ses réticences, elle lui fit découvrir que le pain et le vin étaient de bonnes choses. Son rôle était désormais terminé. L'amante génitrice et nourricière pouvait livrer aux hommes celui dont ils pourraient faire un mâle sachant travailler, chasser et guerroyer. Il n'est pas, me semble-t-il, d'autre texte où l'on montre si bien que la force de la femme est authentiquement biologique, alors que celle de l'homme n'est que mécanique : l'homme cogne plus fort, mais meurt plus jeune.
- Ne connaissant pas, sauf de très rares exceptions, un autre récit des origines que celui de la Genèse, l'homme occidental doit pourtant savoir qu'une telle description de la fabrication de l'homme par l'érotisme et la séduction féminine se retrouve encore dans ce qui tint lieu de Genèse jusqu'à la Christianisation de l' Empire romain. En effet la Théogonie d'Hésiode, nous dit, au travers d'un récit fort différent, la même chose essentielle : qu'il fallait la femme et l'érotisme pour créer l'homme.
- La Théogonie d' Hésiode . qui, racontant la fabrication des dieux pour nous expliquer la création du monde, fait d'abord apparaître Gaia, Ouranos, Cronos, Nyx, etc., à savoir des dieux-éléments : dans l'ordre, la terre, le ciel, le

temps, la nuit...) dieux qui, bien que sexués, n'avaient pas forme humaine. Gaia la terre est violemment couverte par Ouranos le ciel, auquel elle a donné naissance et qui est devenu son amant abusif. Il lui impose le coït et de cette violence ne naît que de la violence : les titans, puis les cyclopes et enfin les cent-bras, tous plus violent les uns que les autres. Effrayé par ce qu'il engendre, Ouranos le ciel va repousser dans le ventre de Gaia la terre tout ce qui naîtra après les cyclopes, et cela tout en lui imposant ses coïts violents. La seule solution pour Gaia fut de séduire son fils Cronos, d'engendrer le fer pour fabriquer une serpe et de faire couper par Cronos le sexe de son père. Mais alors, la création allaient-elle s'arrêter alors que les hommes n'étaient pas encore créés? Non parce que le sexe d'Ouranos fut jeté dans la mer et que de l'écume en sortit alors, écume qui donna naissance à Aphrodite, la première déesse qui ait une forme humaine. Ainsi, pour que l'homme existe il fallait :

- que la femme soit maîtresse de sa fécondité
- et qu'elle attire l'homme par sa force de séduction
- Désormais l'érection masculine n'était plus la manifestation de la violence d'Ouranos, mais le résultat du désir provoqué par la femme. On voit ainsi ce qui distingue l'homme de l'animal : son désir n'est pas déclenché par cette ovulation que la zoologie désigne par l'*oestrus* (du grec *oistros*, c'est-à-dire le taon ou tout autre insecte dont la piqûre déclenche la fureur animale). C'est face à la quasi-mécanique de l'*oestrus* (liant étroitement la sexualité à la fécondité) que l'érotisme s'impose comme constructeur d'humanité, reconnu comme tel tant par l'épopée babylonienne que par la mythologie grecque.
- Cette littérature est en parfait accord avec les données de l'archéologie qui nous apprend que la première divinité fut une déesse, représentée d'abord par une boule bosselée, puis par une forme plus féminine aux rondeurs exagérées, idole représentant à la fois la femme et la terre, c'est-à-dire la vie, non pas linéaire comme dans la Genèse (venant en droite ligne du Dieu créateur), mais sous la forme du cycle de la fertilité.
- La première représentation de la divinité fut à la fois les rondeurs de la femme et le cycle de la vie. Elle fut ronde comme la Terre-mère, celle dont le cycle est éternellement fécond (la terre n'est pas atteinte par la ménopause!), ronde comme le ventre de la femme enceinte et aussi comme l'astre lunaire qui, faisant monter la divinité féminine de la terre aux cieux, reconstitue sa rotondité en vingt huit jours, apprenant ainsi aux hommes la première sacralité du temps, celle qui recouvre le cycle de la fécondité féminine, ronde enfin comme ces sépultures primitives où la position foetale montre à la fois le retour à la mère et une image de l'infini en forme d'éternelle fécondité.

## § 2 - Etablissement du pouvoir de l'homme

- Ici les indications de l'archéologie sont précieuses. Elles indiquent en effet qu'au huitième millénaire avant notre Ere, un ensemble d'indices permet de situer l'époque où s'installe la domination masculine. Ainsi le linéaire et l'angulaire dominant en architecture, entre autres pour remplacer l'ancienne maison circulaire semi-enfouie (avant on vivait en quelque sorte dans le sein de la Terre-mère), la fabrication de l'armement métallique se développe et surtout, les figures masculines commencent à concurrencer puis à dominer les représentations féminines.
- Nous touchons ici au point essentiel : l'apparition des rites religieux distinguant l'homme du primate, la dominance dans les pratiques liturgiques signale un renversement du rapport de force. Avec la frêle Antigone disputant au prince Créon le cadavre de son frère, Sophocle nous montre une survivance d'un temps où les femmes avaient le rôle dominant dans les rites funéraires. En fait, en nous montrant le patriarche dans sa fonction essentielle de responsable du culte domestique on l'installe solidement en une dominance que le surnaturel justifie. Désormais la religion ne montre plus le cycle divin de la fécondité féminine, mais la lignée du culte des ancêtres masculins. L'abandon de l'ensevelissement en position foetale est vraisemblablement la conséquence de la masculinisation du culte domestique.

## § 3 - La domestication de la femme

- La domestication de la femmes signale un phénomène qui se constate autant en Grèce qu'à Rome : les hommes monopolisent l'essentiel de pouvoir civique et se réservent en outre l'accès au savoir qui donne le pouvoir. Et, s'ils

conçèdent une certaine autorité à la femme dans le cadre domestique, c'est par délégation de l'autorité masculine.

- La domestication de la femme indique peut-être plus une crainte qu'un mépris. Certes, si l'on considère la philosophie d'Aristote, le mépris de la femme domine. Pour Aristote, la femme est un être inachevé, imparfait, qu'il classe entre l'infirme, au mieux, et le monstre, au pire : c'est pour cette raison qu'il considère qu'un fœtus féminin ne reçoit son âme humaine (c'est-à-dire rationnelle, en plus de l'âme végétative et animale) qu'au bout de 80 jours, alors qu'un homme possède la sienne après 40 jours de gestation. Mais il ne faut pas croire que l'autorité d'Aristote eut, dans l'Antiquité, quelque chose à voir avec celle qu'il obtint au Moyen Âge, où il fut le philosophe par exemple (quand les textes médiévaux parlent du "Philosophe" ils désignent Aristote). En revanche, l'Antiquité gréco-romaine fut plus impressionnée par l'aspect quantitatif de son œuvre que par sa qualité. C'est pourquoi, quand le philosophe Lucien s'amusa, au II<sup>e</sup> siècle de notre Ère, à organiser une vente aux enchères des principaux philosophes, Socrate et Platon valaient chacun six fois plus cher qu'Aristote.
- C'est pourquoi Hésiode, dans *La Théogonie* et dans son autre œuvre, *Les Travaux et les jours*, raconte que la punition que Zeus envoya aux hommes, pour les punir d'avoir reçu le feu de Prométhée, fut "l'espèce maudite des femmes", qui présentent pour l'homme le grand danger de se comporter comme ces abeilles qui, s'affairant en permanence dans la ruche, réduisent les mâles à l'état de "bourdons sans dard". C'est là qu'intervient Xénophon, ce disciple de Socrate qui écrit entre autres un traité d'*Economie* (mais dans le sens grec, qui désignait les "lois de la maison"). Pour lui, la femme doit être dans la maison la Reine des abeilles qui rend la justice domestique en donnant à chacun ce qui lui revient. Mais l'abeille ne doit pas avoir la supériorité sur le mâle qu'on rencontre dans la ruche : c'est pourquoi Xénophon ajoute qu'elle est aussi la Gardienne des lois (fonction officielle qu'on rencontrait dans certaines cités grecques). Surtout, Reine des abeilles ou Gardienne des lois, elle tient son pouvoir du mari qui l'a instituée dans la maison. Xénophon a beau avouer qu'il lui est arrivé d'être condamné par le "tribunal de sa femme", il n'empêche que c'est du fait de son autorité que ce tribunal a été créé. Surtout, il précise bien qu'il est le seul à intervenir dans le cadre de la cité, lieu du pouvoir politique et du savoir qui permet d'y accéder.
- C'est ce que confirme la mythologie. Le début de la *Théogonie*, avec l'émasculatation d'Ouranos et la naissance d'Aphrodite montre le triomphe féminin dans la nature. Mais la suite du récit indique le passage de la maison à la cité, avec corrélativement la victoire masculine dans le cadre civique. Pour le ciel (Ouranos) et la terre (Gaia), la nuit tenait lieu de maison. C'est dans le secret de la nuit que se produisaient les accouplements et les crimes domestiques. Et c'est dans ce cadre que s'est établie, en un premier temps, la dominance féminine. En d'autres

termes, la force biologique de la femme l'a emporté sur la violence masculine, mais elle a perdu la bataille de la sagesse dans la cité. Car c'est ce qui domine au dernier acte de la Théogonie : le transfert au profit de l'homme de la sagesse et de la justice, principes féminin que Zeus s'attribuera en épousant les déesses qui les incarnaient (et en avalant même Métis, la sagesse). Zeus fut roi chez les dieux, non par sa force, mais du fait de l'"acquisition par mariage" de la sagesse et de la justice. Ainsi était divinement justifiée, une domination de l'homme dans les domaines liés de la politique et du savoir, domination qui ne fut réellement remise en cause qu'à partir du XIXe siècle.

#### § 4 - La survie des cultes féminins

- Bien que la masculinisation de la Religion ait marqué le début de l'abaissement de la femme, les cultes féminins ont cependant survécu, phénomène signalant une persistance inconsciente, tant chez les hommes que chez les femmes, de l'intime hommage à la supériorité féminine.
- La mythologie grecque ne fut qu'un épisode de cette féminité divine de la vie que l'on rencontre, de la préhistoire jusqu'à nos jours, sous toutes les latitudes . En Occident, la dominante masculine de la religion civique refoula la religion féminine de la vie dans une zone de mystères et d'initiations où elle demeura fort vivace. Partout et de tous temps, la divinité féminine de la terre donna naissance, d'une part à des cultes populaires faisant directement référence à la Terre-Mère (grottes, sources , formes féminines rondes, vierges noires et dames blanches) et, d'autre part, à deux figures religieuses dérivées, celle qui incarnait la fécondité végétale et celle qui représentait la vitalité du monde animal. Dans la religion gréco-romaine la première sera Déméter et la seconde, Artémis (respectivement Cérès et Diane chez les Romains). Déméter présida en Grèce aux fort célèbres mystères d'Eleusis. Quant à Cérès, sa traduction romaine, (dont l'importance se repère, entre autres dans le fait qu'elle est à l'origines du mot céréale), Cicéron reconnaissait que les "Mystères" des "initiations à Cérès" jouaient un rôle essentiel dans la "fabrication de l'être humain". Cependant, il en parlait pourtant dans *Les lois* comme d'une chose à la limite de l'illégalité.

- Au XI<sup>e</sup> siècle une croyance est très répandue, selon laquelle les femmes peuvent espérer chevaucher la nuit des animaux sauvages en compagnie de la déesse Diane. L'absorption par le culte de la Vierge Marie fut certainement le procédé le plus efficace pour faire disparaître les références explicites aux croyances païennes. C'est avec pertinence que les folkloristes, ces savants si précieux (et tant méprisés par les universitaires parce qu'ils parlent de notre sauvagerie), ont pu concentrer le maximum d'attention sur le fait que les oratoires sylvestres dédiés à Marie avaient remplacé ceux qui, dans la forêt, mettaient en topographie le culte de Diane.
- Ce qui a survécu le plus efficacement, c'est le culte populaire, culte faisant référence à Gaïa et repérable dans la dévotion aux vierges noires (comme la terre), ou aux "dames blanches" (comme l'eau de source). On sait l'importance des vierges noires pour les Chrétiens. Quant aux dames blanches, il faut à leur sujet se précipiter sur l'ouvrage d'Isaure Gratacos (*Fées et gestes*, Toulouse, Glénat, 1987) qui les a rencontrées avec surprise dans le récit des paysans, alors qu'elle faisait une recherche, académiquement banale, sur le statut social des femmes pyrénéennes. En pays de Comminges et de Couserans, on ne trouve pas moins de trente-huit grottes (*tutas*), où l'on considère comme un fait historiquement incontestable que sont apparues des *hadas*, c'est-à-dire des formes féminines blanches à l'attitude divinement douce et bienveillante, lesquelles entretenaient en outre un rapport étroit avec des sources. Parmi ces évidentes résurgences de la Terre-Mère (la grotte et la source), quatre furent reconnues par l'Eglise du XIX<sup>e</sup> siècle comme étant des apparitions d'une Vierge Marie (Montsaunès, Miramont, Sauveterre et Lourdes). L'une d'entre ces dernières, Lourdes avec sa grotte de Massavielha que les anciens appellent toujours la *tuta deras hadas* (la grotte des femmes blanches et bienveillantes), est devenu, on le sait, un lieu mystique et touristique d'envergure mondiale. Il est très important de signaler ainsi que la ferveur populaire voit la Vierge, dans une grotte et près d'une source, et aussi le fait qu'on a construit un peu partout des "grottes de la vierge", sans oublier, à Bethléem, la "grotte du lait de la Vierge".
- La Maîtresse de la vie est toujours là, en source et en terre.

---



Plan du cours

[Plan du cours](#)



**(rappel : chapitre 1 - Le pouvoir patriarcal domestique)**

-

## **¶ II - Le pouvoir de vie et de mort**

### **§ 1 - Le titulaire du pouvoir**

#### **A - Le pouvoir de fait de la femme**

- Il est tout à fait remarquable que les législations pénales de l'Orient antique ne prévoient qu'une seule hypothèse en matière d'avortement. Réserve faite de la Bible, dont vous verrons bientôt les problèmes qu'elle pose, l'hypothèse envisagée est celle où des hommes se battant dans la rue (hypothèse incluant toutes les violences involontaires), bagarre à l'occasion de laquelle une femme enceinte est bousculée. Sont alors distingués deux cas :
  - - soit le choc cause un avortement, et alors la sanction est une indemnité pécuniaire à verser au "maître" de la femme, époux, père, beaux-père, ou propriétaire de l'esclave.
  - - soit l'accident cause la mort de la femme, et alors c'est la peine de l'homicide qui s'applique.

- Il en ressort deux choses, aussi importantes l'une que l'autre. D'abord que l'avortement volontaire ne se produit jamais hors de la maison familiale : l'Antiquité a toujours envisagé l'avortement comme relevant, non pas des lois de la cité, mais des lois de la maison. On voit par ailleurs que l'avortement n'est considéré que comme un dommage corporel, alors que seule la mort de la mère apparaît comme un homicide.
- C'est maintenant qu'il me faut faire intervenir le texte de la Bible, le seul texte où il y soit question d'un avortement provoqué par une intervention humaine.
- Lorsque Les Editions du Cerf publièrent, sous l'*imprimatur* du 29 octobre 1955, la première édition de *La Bible de Jérusalem* (c'est-à-dire, traduite en français sous la direction de l'Ecole biblique de Jérusalem), l'unique texte qui envisageait une hypothèse d'avortement causé par l'homme (*Exode* 21, 22-25), le lecteur pouvait trouver ce qui suit :
 

"22 Lorsque des hommes, au cours d'une rixe, bousculeront une femme enceinte qui de ce fait **avortera, mais sans en mourir**, l'auteur de l'accident devra payer l'indemnité imposée par le maître de cette femme et il la paiera par l'intermédiaire d'arbitres.

23 **Mais si elle en meurt** , tu donneras vie pour vie,

24 oeil pour oeil, dent pour dent, main pour main, pied pour pied,

25 brûlure pour brûlure, meurtrissure pour meurtrissure, plaie pour plaie."

L'édition de 1998 de *La Bible de Jérusalem* , présente au fidèle, toujours sous le même *imprimatur* du 29 octobre 1955, un texte qui signifie rigoureusement l'inverse :

"22 Si des hommes, en se battant, bousculent une femme enceinte et que celle-ci avorte **mais sans autre accident** , le coupable payera l'indemnité imposée par le maître de la femme, il paiera selon la décision des arbitres.

23 **Mais s'il y a accident** , tu donneras vie pour vie, oeil pour oeil, etc."

- Même s'il était avéré que la traduction la plus récente présente plus de garanties scientifiques, il n'en

resterait pas moins que le Catholique français est maintenu dans l'ignorance de deux choses. D'abord que le texte qu'il considère comme authentique peut avoir, selon les éditions, une signification radicalement inverse. Ensuite que le seul texte considéré comme authentique par Rome s'est longtemps opposé à l'actuelle doctrine romaine de l'assimilation de l'avortement au meurtre, non seulement parce que le texte de la Vulgate (traduction latine de Saint Jérôme, à l'articulation des IV<sup>e</sup> et V<sup>e</sup> siècles, reconnue comme texte authentique par le Concile de Trente) distingue l'avortement de l'homicide, mais aussi parce que l'Eglise a toujours condamné l'avortement, même dans la période qui, selon Aristote repris par Thomas d'Aquin, précédait l'animation du fœtus (40 jours pour les garçons, 80 pour les filles), donc où l'être humain, selon cette théorie, n'existe pas encore.

- En fait, ce qui ressort essentiellement de l'histoire du droit antique est que l'avortement, ainsi que tout ce qui touchait à la contraception et à la gestation, relevait des lois de la maison, domaine où les choses essentielles se réglaient entre l'autorité institutionnelle du père et la position stratégique de la mère. Pendant des millénaires, tout ce qui touchait à la contraception et à l'avortement releva essentiellement du "secret dans le secret" : du secret des femmes dans le secret des familles.
- C'est d'ailleurs ce que signifie le serment d'Hippocrate. Le médecin était le seul homme admis à pénétrer le secret dans le secret. On est pratiquement certain que, sauf cas d'intervention chirurgicale, jamais un médecin de l'Antiquité n'a touché les parties génitales d'une patiente. Leurs ouvrages de gynécologie, inauguré par *Le traité des maladies des femmes* d'Hippocrate doivent presque tout aux confidences des patientes, des sages-femmes et des matrones, à l'observation des femelles animales et, parfois à leurs relations intimes avec leurs épouses ou compagnes.
- En revanche les femmes possédaient un savoir considérable, transmis oralement, pour tout ce qui concernait les aphrodisiaques, les contraceptifs et les abortifs. Les fumigations, mais surtout les pessaires imbibés du produit adéquat, étaient les techniques les plus souvent utilisées par elles. On comprend alors pourquoi Hippocrate s'interdisait de prescrire le pessaire abortif alors qu'il pratiquait les avortements avec d'autres procédés (entre autres la gymnastique violente). C'est pourquoi son serment lie deux interventions, qui toutes deux sont dangereuses lorsqu'elles ne sont pas pratiquées par des spécialistes :
  - l'opération de la taille (enlèvement du calcul urinaire) pour laquelle il y avait toujours eu des spécialistes ne pratiquant que cela

- la prescription du pessaire abortif, domaine dans lequel les femmes possédaient un savoir sans commune mesure avec celui de l'homme, fût-il médecin
- En fait la question essentielle était celle du pouvoir de fait de la femme, en pratique difficilement contrôlable ni par le père ni par le médecin, et le pouvoir de droit de vie et de mort que la cité reconnaissait au père, pouvoir qui devenait ainsi un droit. On le voit déjà dans le texte biblique : celui qui a autorité sur la femme (mari, beau-père, maître de la servante ou de l'esclave) est celui qui touche l'indemnité ou qui peut réclamer la vengeance. En outre l'unicité du texte biblique est en soi une confirmation.
- On comprend aussi pourquoi, dans l'immense production littéraire du droit romain, seuls quatre passages concernent l'avortement :
  - l'un dans le contexte révolutionnaire de la fin de la République, au début du Ier siècle av. J.-C. ("Lois sur les bandes de tueurs et les empoisonnements") : comme un avortement pouvait être une catastrophe dans une famille voulant imposer politiquement sa descendance, quelques matrones empoisonneuses et avorteuses avaient été embauchées pour tuer des hommes politiques ou/et pour les priver de descendance.
  - Le second texte romain n'est qu'un simple témoignage de Cicéron signalant la condamnation à mort d'une femme qui à Milet (en Ionie) avait été soudoyée par les héritiers de son mari afin que, par un avortement, elle le prive d'un successeur en ligne directe. L'affaire confirme ce qui apparaissait déjà dans la Bible, et qu'on trouvait en outre dans la philosophie grecque qui préconisait l'infanticide quand on n'avait pas pu faire d'avortement : le droit antique ne faisait pas de l'avortement une affaire publique, mais quelque chose qui se réglait dans l'intimité familiale.
  - Le troisième va exactement dans le même sens : un rescrit impérial prévoit, au début du IIIe siècle, un exil temporaire pour la femme qui a provoqué son avortement, parce qu'elle a "privé frauduleusement son mari d'une descendance".
  - Les choses changent au IVe siècle du fait de l'influence chrétienne : les *Sentences de Paul* prévoient pour un avortement causé par un poison, la condamnation aux mines pour les pauvres, l'exil dans une île et la confiscation d'une partie du patrimoine pour les riches.
- L'obstacle essentiel pour réprimer l'avortement, et aussi l'infanticide, était le secret dans le secret (le

secret des femmes au sein du secret des familles). C'est pourquoi, en 1556, le roi de France Henri II promulgua une ordonnance qui prévoyait la peine de mort pour les femmes qui avaient dissimulé une grossesse dont le fruit était un enfant mort.

- C'était, au moins pour la France, le point de départ d'une transformation de l'avortement et, en général de la gestation, d'affaire domestique en affaire d'Etat.

## **B - Qu'est-ce qu'un père?**

- Il s'impose de définir le père avant d'envisager son droit. Car définir le père n'a rien de simple.
- Prenons comme point de départ de notre réflexion le droit romain. Il y apparaît qu'un père (*pater*, *patres* au pluriel), même s'il a engendré tout ou partie de ceux qu'il domine, exerce une fonction, au même titre qu'un roi, un magistrat, etc. Le mot dont est issu ce que nous appelons le père, désignait à l'origine le chef, peut-être élu, d'une *gens*, c'est-à-dire d'un groupe de familles ayant le vague sentiment d'avoir un ancêtre commun. C'est pourquoi la langue latine distinguait rigoureusement le père (*pater*) du géniteur (*genitor*). Un *pater* avait autorité sur sa famille par le sang et, parfois, par alliance, mais aussi sur ses esclaves ses serviteurs, ses animaux et aussi ses biens parce que, à l'origine, la notion de père ne distinguait pas nettement de celle de propriétaire : c'est parce qu'on était un *pater* qu'on avait à la fois la puissance paternelle (*patria potestas*) sur certains humains et le *dominium* sur certains biens. En revanche, son fils, lorsqu'il est géniteur d'enfant n'est pas leur *pater* : c'est sa mort qui fera de son fils un *pater*.
- Toute autre est la définition biblique du père. Pour la Bible, un père est d'abord un géniteur, parce que le père est celui qui, par l'intermédiaire de ses ancêtres mâles, a reçu de Dieu un fluide vital à transmettre.
- Le problème est que la civilisation occidentale est héritière de ces deux cultures. Contentons-nous ici, en gardant à l'esprit que la rencontre avec la Bible aura lieu un jour, d'envisager le père tel que l'antiquité grecque et, surtout, romaine, l'avait perçu.

## **C - Le pouvoir de droit du père**

- Dans ce domaine, le père possède un pouvoir dans le cadre des lois de la maison, mais qui devient un droit du fait que, à la différence du pouvoir de la mère, il est consacré par les lois de la cité.
- Dans le cadre des lois de la maison, le pouvoir du père est fortement mis en scène (d'où sa transformation en droit), parce qu'il est à l'origine beaucoup plus limité que celui de la mère. Dans le cadre domestique, les femmes possèdent tous les secrets qui permettent à l'enfant de naître : aphrodisiaques, produits ou techniques anticonceptionnels ou abortifs, etc. En d'autres termes, lorsqu'on présente un nouveau-né au père, c'est que les femmes l'ont bien voulu. On comprend ainsi l'importance de la mise en scène dans l'affirmation du pouvoir (devenant droit) de vie et de mort du père de famille.
- La mise en scène est déjà présente, lorsque, face à un public plus large que la famille (pour que la cité soit impliquée et que son pouvoir devienne un droit), le père fait ce geste solennel d'élever dans ses bras le nouveau-né (il vivra) ou de le poser à terre (il sera abandonné et, très souvent, périra).
- Signalons aussi la plus solennelle des formalités d'adoption, telle qu'Aulu-Gelle nous la décrit au II<sup>e</sup> siècle de notre Ère dans les *Nuits attiques*. L'adoptant déclarait qu'il adoptait à la fois comme père et comme mère. Rien n'indiquait plus clairement que la mise en scène venait gommer le pouvoir réel qu'avait la mère dans l'apparition de l'être humain.
- Ceci dit, lorsque les êtres étaient nés, accueillis ou achetés dans une famille, le pouvoir/droit de vie et de mort du père était une réalité. Non seulement le père romain a toujours pu rendre la justice à l'intérieur de la famille, mais encore, lorsqu'un des membres de celle-ci était condamné par la cité il pouvait se voir imposer de l'exécuter, à moins qu'il n'en prenne lui-même l'initiative : certains des condamnés de la conjuration de Catilina furent exécutés par leur propre père qui en avait fait la demande.
- Faute de pouvoir développer toutes ses implications, signalons cependant le fondement profond du droit de vie et de mort. Dans l'Antiquité, il en est surtout question lorsqu'un prince exerce son droit de grâce. C'est en fait beaucoup plus un droit de vie qu'un droit de mort : celui qui vous avez gracié alors que vous auriez pu le tuer vous doit la vie. Tuer est trivialement humain, ne pas tuer alors qu'on aurait le droit de le faire est la seule façon humaine, quand on reste dans le domaine matériel (nous verrons que le droit permet de créer dans l'immatériel), d'être un créateur.
- Le fait que le droit du père soit essentiellement une mise en scène laisse entendre qu'il peut-être

menacé physiquement par son fils. Or un fils, à Rome peut très souvent être tenté de tuer son père parce qu'il n'obtiendra sa pleine capacité juridique que lorsque son père sera mort. C'est pourquoi le parricide était à la fois une obsession des fils (attestée par la littérature latine) et, par voie de conséquence mais aussi parce que le parricide mettait en cause tout le système, l'objet d'une répression atroce. En mettant le parricide dans un sac avec des animaux et en le jetant ainsi à la mer, on lui faisait prendre le chemin inverse de celui qui justifiait les ensevelissements en position foetale : il se retrouvait dans un liquide amniotique où l'on sortait de l'espèce humaine.

## **D - Liens avec notre époque**

- En ce qui concerne la survie du droit de vie et de mort, signalons sa forme atténuée dans la tolérance coutumière des corrections physiques. En fait, l'Etat s'est progressivement substitué au père. Sous l'Ancien Régime, les lettres de cachet permettaient de faire incarcérer un fils récalcitrant (dans la Bible, déjà, l'assemblée des Anciens pouvait être le dernier recours en ce domaine, avec la lapidation comme sanction). Le code civil légalisa la correction avec intervention de l'Etat en permettant au père de faire placer son fils dans une maison de correction (art. 375). L'incarcération paternelle ne survécut pas à la Troisième république et la notion même de droit de correction fut remplacée, au début de la Cinquième république par celle d'assistance éducative (ordonnance du 23 décembre 1958).
- En ce qui concerne la répression du parricide, signalons la sauvagerie des supplices dans les affaires de régicide et la survie de la mutilation, jusqu'en 1832 dans le droit français, uniquement pour le parricide (mutilation de la main avant l'exécution capitale).

## § 2 - Les victimes

## A - Epouse

- On s'est trop longtemps contenté d'une image caricaturale où le chef de famille avait un pouvoir absolu sur sa maison/famille sans qu'il y ait de distinction entre les personnes et les choses . A Rome, "l'honneur de la matrone" (l'épouse d'un père de famille) n'était pas l'indice d'un dérèglement de la société romaine à la fin de la République, mais la preuve du rôle important de l'épouse du chef de famille dans le droit le plus archaïque. Le censeur romain, ce magistrat unique en son genre parce qu'au carrefour de toutes les normativités (morales, économiques, juridiques, etc.), pouvait destituer un sénateur coupable d'avoir traité son épouse comme une simple femme attirante et avoir oublié qu'en l'embrassant devant ses enfants il remettait en cause la fonction d'associée dans la gestion familiale que la société antique conférait à la gardienne des lois domestiques.
- Cependant le droit de vie et de mort du père de famille concernait bien les femmes et donc sa propre épouse. Il est vrai que les auteurs latin nous signalent comme un archaïsme disparu depuis longtemps le droit pour un père de famille d'exécuter une femme ayant bu du vin (probablement un antique sacrilège où le vin était assimilé au sang masculin). Pourtant, dans son principe, le droit subsista à Rome : dans l'affaire des Bacchanales, que nous verrons bientôt, les femmes coupables furent, sur l'ordre des autorités publiques, exécutées par le *pater* dont chacune dépendait (en tant que fille, petite fille mais aussi épouse, bru, etc.)
- La tolérance en ce qui concerne les violences conjugales (du fait du mari) fut l'ultime séquelle de l'antique droit de vie et de mort. Son dernier bastion est tombé, il y a vingt ans, lorsque la jurisprudence française accepta enfin l'idée que le viol conjugal était possible, alors que la Cour de cassation, en 1910, le jugeait inconcevable. D'ailleurs il n'est pas certain que tous les juristes en aient réellement accepté l'idée.
- Notons aussi la difficile disparition d'un tabou, concernant la situation du mari battu, où la femme ajoute à sa puissance biologique la puissance mécanique (éventuellement à l'aide d'une arme).
- Autant la violence à l'égard de l'épouse fut longtemps considérée comme étant dans l'ordre des choses, autant l'existence d'un mari battu fut toujours un scandale mettant en cause la répartition des forces humaines (puissance biologique d'un côté, force mécanique de l'autre). Pourtant, le mari battu ne viole pas l'ordre naturel. On se souvient des inquiétudes masculines face au statut du mâle chez

les abeilles : un mâle battu, affaibli, humilié par la femelle. Il ne faut pas retrouver, dans la maison des hommes, la situation qu'on constate dans la ruche. Avant la civilisation par la cité, la domestication par la maison doit produire une mise en forme de la matière humaine où le mâle domine. Face au scandale du mari battu, la société pénètre les intimités pour sanctionner où, à l'inverse, censurer la chose si on lui découvre une ampleur digne de donner un résultat statistique. C'est ainsi qu'en France, jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, outre les mises en scènes comiques du théâtre et de la littérature populaire, et la sanction folklorique du charivari (tapage nocturne et injurieux), les maris battus ont été pénalement condamnés à la sanction infamante de la "course de l'âne" (chevaucher une âne à l'envers).

- Quant à la censure des réalités statistiques, je fais référence au fait que, sans se concerter, les universités de plusieurs Etats américains avaient entre les années 1970 et 1990 fait des recherches sur les violences conjugales, en particulier celles qui étaient consignées sur les registres des urgences hospitalières, et que leurs travaux donnaient tous le même résultat : entre 38 et 39% des violences conjugales étaient le fait des épouses. Une telle science était sacrilège, au point que des chercheurs gardèrent leurs découvertes secrètes, et que d'autres allèrent même jusqu'à les publier sélectivement, en ne gardant que ce qui concernait les violences faites aux femmes .

## **B - Enfants**

- Réserveant à une rubrique particulière la question de la pédophilie, notons que ce qui domine en la matière est un principe sacrificiel, selon lequel on pourrait faire don de la vie de son enfant. Inutile de revenir sur l'enseignement biblique (où alors il faudrait y consacrer une énorme littérature) selon lequel le meurtre ne doit pas s'accomplir. C'est ce qui assimile à un créateur le père (plus généralement l'ascendant) qui ne tue pas : en tuant on perd le pouvoir de tuer, donc on perd aussi le pouvoir créateur. C'est ainsi que se justifie, dans les lois de la maison, le pouvoir de correction physique des parents, et surtout du père (toujours le même problème : même si, statistiquement, les violences de la mère sont les plus fréquentes, ce sont celles du père qui sont en cause).
- Nous avons vu que l'assistance éducative de l'Etat s'était finalement substituée à la correction paternelle. Cela c'est fait malgré une opinion publique qui, tributaire inconsciemment de l'antique

pouvoir de vie et de mort, fut et reste encore très largement complice des violences abusives commises dans les familles.

- Il n'y a pas plus d'un siècle que les observateurs sociaux ont pris conscience du problème. L'inconvenante interrogation se formula d'abord dans la médecine légale : comment se fait-il qu'on n'ait pas prévu une incrimination spéciale pour le meurtre de son propre enfant? Comment expliquer que la seule chose qui distingue ce crime de l'homicide ordinaire soit la grande indulgence des jurys d'assises? Pourquoi existe-t-il un crime particulier, l'avortement, lorsqu'on interrompt la vie d'un fœtus, une incrimination spéciale, l'infanticide, pour l'homicide du nouveau né, alors qu'aucune infraction pénale ne protège particulièrement l'enfant mineur contre ses parents? Mais si un tel crime devait exister, comment l'appellerait-on? En 1892, le médecin Émile Dumas, avait retenu un terme qui commençait à s'imposer dans la médecine légale, le "libéricide" (du mot latin *liber*, l'enfant né libre : ni esclave, ni affranchi), mais avec cette réticence particulièrement significative : "libéricide ressemble trop à liberticide" ! Cette limitation du pouvoir homicide ne risquait-elle pas d'apparaître comme une nouvelle entrave à la liberté des familles? Pourtant, les expertises publiées par Émile Dumas montraient des crimes horribles, avec des détails qui auraient déchaînés les passions si de tels actes avaient été commis par d'autres que les parents (par exemple des brûlures à l'acide nitrique). En outre, les actes criminels situaient le parent coupable dans le schéma-type du monstre, meurtrier et pervers sexuel. Selon la froide statistique des rapports, la localisation des blessures signalait, après la tête, la zone allant de la ceinture aux cuisses, avec un acharnement particulier sur les parties sexuelles : de quoi susciter un appel au lynchage si le coupable avait commis de telles abominations sur un autre enfant que le sien.

## C - Esclaves et assimilés

- Evidemment, tant en ce qui concerne les violences que les abus sexuels, l'esclave, homme ou femme, est à Rome le premier exposé.
- Ajoutons ceux qui sont assimilés, à savoir le *nexus* (*nexi* au pluriel), celui que ses dettes ont réduit en un état proche de la servitude (un citoyen romain ne pouvait être vendu comme esclave qu'au delà du Tibre : *trans Tiberim*, l'actuel quartier romain du *Trastevere*). Le plus à plaindre était en ce domaine

le "voleur manifeste", celui qui avait été pris en flagrant délit. Le volé pouvait en faire ce qu'il voulait : le vendre comme esclave au delà du Tibre, le tuer ou... le violer. Le Priape, cette espèce de nain de jardin obscène qui protégeait les potagers, avertissait par une inscription que le voleur serait violé par le maître des lieux ou, offense suprême, par ses esclaves.

- La question conduit à envisager maintenant le problème particulier de la pédophilie, avec cette indication initiale : dans la société romaine, où l'enlèvement et le viol faisaient partie des hauts faits historiques (voir l'enlèvement des Sabines), le droit du maître sur l'esclave impliquait nécessairement l'abus sexuel : la question de la pédophilie servile n'apparaissait pas comme un sujet digne d'intérêt. A l'inverse de la situation contraire, où l'esclave dominait sexuellement une femme libre et, pire encore, un homme libre : dans un tel cas, le citoyen romain était frappé d'infamie, parce qu'une telle situation mettait en cause l'ordre social de Rome où, dans le domaine sexuel comme ailleurs, il devait y avoir les dominants (hommes libres) et les dominés (femmes et esclaves).

## **D - La pédophilie**

- Le mot est récent mais la question n'a pas d'âge. Disons pour commencer que le sujet se rattache au pouvoir sacrificiel de la famille sur l'enfant, et que ce que nous appelons aujourd'hui la pédophilie est toujours apparue comme le "mal venu d'ailleurs".
- Dans la Bible, livrer ses enfants à la concupiscence d'une foule en rut pouvait être un devoir sacré qu'imposait les lois de l'hospitalité (pour faire échapper ses hôtes à des sévices sexuels).

"Ecoutez : j'ai deux filles qui sont encore vierges, je vais vous les amener : faites-leur ce qui vous semble bon, mais pour ces hommes, ne leur faites rien, puisqu'ils sont entrés sous l'ombre de mon toit" (Genèse, 19, 8).

"Puisque cet homme est entré dans ma maison, ne commettez pas cette infamie. Voici ma fille qui est vierge. Je vous la livrera Abusez d'elle et faites ce que bon vous semble, mais ne commettez pas à l'égard de cet homme une pareille infamie" (Genèse 19, 23-24)

- On voit se manifester ici, très clairement, le prolongement du pouvoir sacrificiel. Le pouvoir disposer

de la vie de l'enfant, sans que le meurtre se produise, semble entraîner *a fortiori* le pouvoir d'en disposer sexuellement, sans que l'inceste se produise : donc d'en disposer à l'extérieur de la famille par le sang (le mariage imposé ou "arrangé" par les parents est l'ultime séquelle de ce pouvoir sacrificiel).

- Ce n'est donc pas l'abus sexuel en soi qui est mis en cause, mais le fait que l'enfant soit la victime du mal venu d'ailleurs, que l'usage sexuel de l'enfant entraîne une consécration à une divinité étrangère. C'est ce qu'enseigne très clairement, à Rome, l'affaire des Bacchanales. Nous sommes en 186 av. J.-C. La mère du jeune Aebutius décide, pour respecter un vœu, de consacrer son fils à Bacchus. Mais Aebutius apprend que le rituel lui impose la déshonorante pratique de l'homosexualité passive et entre si violemment en conflit avec sa famille que l'anecdote devient une affaire d'Etat dont Tite-Live fit un récit dramatique, qui donna lieu à deux *senatus-consultes* et qui entraîna la condamnation, dans la plupart des cas à la peine capitale, de sept mille personnes! On ne retrouvera pas, à Rome un autre cas d'exécution aussi massives avant la persécution des Chrétiens.
- Une affaire d'une telle ampleur ne s'explique pas uniquement par la crainte de voir de jeunes aristocrates contraints à une pratique sexuelle réservée aux esclaves. Les Bacchanales furent une affaire d'Etat parce que les magistrats et les sénateurs virent le dieu grec Dionysos derrière Bacchus, son compère romain, ce Dionysos de l'Italie du sud hellénisé qui aurait pu détourner les jeunes romains des traditionnels rites de passage, lesquels, à l'inverse des Bacchanales, affirmaient leur citoyenneté en glorifiant leur vigueur phallique. Dionysos fut, dans la Rome de ce temps-là, la première incarnation du mal venu d'ailleurs (de nos jours, et à ce sujet, l'"Internet pédophile" semble en être la dernière personnalisation).
- Ensuite, et jusqu'à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, ce fut le grand silence sur ce sujet. Il faut cependant noter deux choses. D'abord qu'à Rome l'usage sexuel de l'enfant esclave est considéré comme normal. Ensuite que l'actuelle guerre contre la pédophilie montre depuis peu ce qu'on dissimulait avant : que les cas les plus nombreux sont à l'intérieur des familles. Ce qui s'est joué depuis deux siècles fut donc de lever, sur cette question, le secret familial qui protégeait les coupables.
- Il y a quarante ans, Philippe Ariès attirait l'attention sur l'émergence de l'enfant en tant qu'individu. Il va de soi qu'ainsi individualisée, la personne de l'enfant interrogeait nécessairement la société au chapitre d'abus sexuels dont l'essentiel était dissimulé par le grand secret des familles. C'est ainsi

qu'on peut percevoir, depuis, le XVIII<sup>e</sup> siècle, une certaine façon d'approcher la pédophilie en son noyau familial, par ce qu'on pourrait appeler une manoeuvre d'encerclement.

- On a relevé que les premières condamnations ont en ce domaine frappé des proches (voisins, bande villageoise, compagnons de travail, maîtres, etc.) . Le monde des proches était une extension de la famille, mais moins que le milieu scolaire qui est apparu et s'est confirmé, à la fois comme une famille artificielle (d'où la constante d'une solidarité corporatiste, en particulier dans les institutions religieuses), et aussi comme le prolongement de la famille naturelle (d'où cette autre constante de la solidarité familiale avec les institutions scolaires et les mouvements de jeunesse). Ainsi, le fait que les abus sexuel des maîtres soient de plus en plus poursuivis doit être interprété comme une progression de la répression à l'intérieur des zones d'ombre entretenues par le milieu familial.
- La "pédophilie des pédagogues" est apparue, dans la France du XIX<sup>e</sup> siècle, comme l'un des thèmes polémiques de la confrontation, sur le terrain scolaire, entre une éducation qui devenait nationale (d'abord sous le nom ambigu d'Université) et l'Eglise qui entendait maintenir sa position dans l'enseignement, tant privé que public . Dans la dernière décennie du Second Empire, soit vingt ans avant la guerre scolaire de la Troisième République, ce qu'on n'appelait pas encore la pédophilie fut souvent un argument de poids utilisé par les partisans d'un enseignement public réservé à un personnel laïque.
- En fait la querelle de la laïcité scolaire masque ici le véritable problème. Quand on imagine le scandale que représentait alors le fait qu'un ecclésiastique soit condamné au bagne (il y eut des cas), on comprend - sans excuser - la complicité qui, du côté de l'Eglise catholique, protégeait le prêtre ou le religieux pédophile. Mais retenons surtout le silence, voire la solidarité des familles, tant en ce qui concerne les violences que les abus sexuels, silence et solidarité qui sont toujours d'actualité et qui, parfois, émeuvent les médias . D'un tel phénomène la signification se profile en contraste, quand on le confronte au fait que la "pédophilie des pédagogues" est l'une des accusations que les Indiens du Canada expriment avec le plus d'insistance, au point de demander des excuses et des dédommagement à l'Eglise catholique (démarche de Phil Fontaines, leader des communautés indigènes du Canada, en 1998) . Pour les mêmes faits, on voit alors, d'un côté, des familles incluant la violence et les abus sexuels des maîtres dans une discrétion qui confine à la complicité et, de l'autre, une population percevant dans les institutions scolaires un complot visant, d'abord, à rendre

les enfants étrangers à leur famille, pour finalement détruire sa culture. Quel que soit le contenu respectif de chaque dossier, l'un répond à l'autre en réimprimant la pédophilie en son image du mal venu d'ailleurs.

---



Plan du cours

[Plan du cours](#)

# Chapitre 2

## Le pouvoir patriarcal politique

Le pouvoir patriarcal, c'est-à-dire une institution politique fondée sur l'autorité du père de famille ou, plus généralement, sur l'homme âgé, est la constante la plus solide de l'histoire institutionnelle.

Dans cette optique, le Sénat romain retient l'attention, non seulement parce qu'il traverse toute l'histoire institutionnelle de Rome, mais encore parce qu'il fait le lien entre les conseils d'anciens des sociétés archaïques et le bicaméralisme (ou bicamérisme) moderne.

### ¶ I - Le Sénat romain sous la période royale

- Depuis l'époque royale la "chose publique" romaine s'exprime par un sigle : S.P.Q.R. (*Senatus populusque romanus* : le Sénat et le peuple romain) qui est d'ailleurs toujours utilisé par l'actuelle municipalité romaine (sur certains équipements collectifs).

- Ce que les Romains ont appelé le *populus* était le peuple en armes. Le Sénat était composé de *patres* (pluriel de *pater* ). Le *pater*, n'était pas un père dans le sens génétique (lequel s'appelait en latin le *genitor* ). Le *pater* était le chef d'un groupe humain appelé la famille composé d'individus avec lesquels il n'avait pas nécessairement des liens de sang (d'ailleurs la *familia* désignait à l'origine un groupe d'esclaves et de domestiques). En fait, les *patres* furent à l'origine des chefs, peut être élus, de *gentes* (pluriel de *gens*) : groupes ayant une ascendance commune, composés de plusieurs centaines d'individus, mais associées à plusieurs milliers de clients (personnes protégées par un *gens*, mais pouvant aussi l'aider très efficacement : le rapport entre le patron et le client fut une institution romaine fondamentale). Les patriciens se présentèrent ensuite comme les descendants de ces premiers *patres*. A partir de la république les *patres* seront des chefs de famille. C'est dans ce milieu de patriciens qu'est né, avant l'apparition des rois, le Sénat.
- Nous ne connaissons pas grand-chose sur le fonctionnement du Sénat à l'époque royale. En revanche, l'institution apparaît d'emblée comme possédant une grande autorité, laquelle est liée à deux fonctions essentielles :
  - - L'interrègne : en l'absence d'un roi le Sénat désigne l'un de ses membres qui exerce ses fonctions. L'interrègne indique en fait la supériorité du Sénat.
  - - Surtout, en prolongement des pouvoirs religieux du père dans le cadre familial, le Sénat possède un pouvoir important dans le domaine des auspices, c'est-à-dire dans la procédure d'interrogation des dieux sur les affaires publiques, auspices qui, dans la Rome païenne, étaient un élément majeur de la vie publique.

## ¶ II - Le Sénat sous la République romaine

A cette époque, le Sénat a deux fonctions essentielles :

- - Juridiquement : prendre part à tous les actes engageant la vie de la cité et ses relations avec l'étranger.
- - Politiquement : maintenir le pouvoir entre les mains d'une oligarchie.

### § 1 - Composition

- On distinguait les *patres* et les *conscripti*.
- Les *patres* furent à l'origine les pères des principales familles patriciennes. Ensuite, cette catégorie fut composée d'anciens magistrats patriciens.
- Les *conscripti* (littéralement "ceux qui étaient inscrits avec") furent ajoutés pour donner un accès au Sénat à la partie plébéienne de la noblesse (catégorie sociale formée de l'aristocratie des patriciens et des plus riches des plébéiens ayant exercé une fonction de magistrat).
- L'appartenance à la classe sénatoriale dépendait d'un choix du censeur, dont on voit se confirmer ici l'importance politico-sociale.

## § 2 Attributions

### A - Fondements du pouvoir

- **Interrègne** : après la monarchie, un *interrex* était nommé en cas de vacance du pouvoir chez les magistrats supérieurs (consuls). Seul un *pater* pouvait occuper cette fonction impliquant le pouvoir de consulter les auspices.
- L'"**autorité des pères**" (*auctoritas patrum*). Qu'il s'agisse de l'élection d'un magistrat ou du vote d'une loi, la décision d'une assemblée républicaine n'était appliquée que si elle obtenait l'accord du Sénat. Comme il n'y avait pas de recours supérieur en cas de conflit entre le Sénat et l'assemblée, le pouvoir de s'opposer *a posteriori* fut remplacé, à la fin du IV<sup>e</sup> siècle av. J.-C., par une autorisation préalable.
- **Gardien du culte** : le Sénat était garant du maintien de la religion romaine et de l'accueil par Rome de cultes étrangers.
- En revanche, le Sénat n'avait **pas de pouvoir législatif**. Les *senatus-consultes* qu'il votait étaient en fait une invitation faite aux magistrats de prendre les mesures nécessaires à la mise en application de la volonté du Sénat.

### B - Relations avec l'extérieur

- Représentation de la cité à l'**étranger**.
- Pouvoir de décider les **opérations militaires**.

### C - Domaine financier et économique

- Gestion du trésor public
- Administration de l'*ager publicus* (terres appropriées par l'Etat romain à la suite des conquêtes).

### D - Contrôle et jugement des magistrats romains et provinciaux

Les grands procès politiques avaient lieu devant le Sénat (nous parlerions aujourd'hui d'une "Haute cour")

## ¶ III Le Sénat dans l'Empire romain

- Le rôle du Sénat sera essentiel dans l'évolution des institutions républicaines qui conduisit à l'Empire. Déjà, la dictature de César avait été approuvée par le Sénat. Le pouvoir personnel de son fils adoptif, Octave, fut d'abord exercé avec l'appui du Sénat. Octave, devenu ce que nous appelons aujourd'hui un "homme providentiel", eut l'habileté, dans une séance dramatique de l'an 27 avant J.-C., de remettre tous ses pouvoirs entre les mains des sénateurs, lesquels l'implorèrent de les reprendre. C'est alors que Octave devint l'empereur Auguste, nom justifié par le fait qu'en plus des pouvoirs républicains il avait obtenu l'**auctoritas** (autorité personnelle confirmée par l'"autorité des pères").
- Au Ier et au IIe siècle, les sénateurs, le Sénat fut un utile paravent institutionnel dissimulant le pouvoir législatif impérial. D'abord, la disparition du censeur (qui les nommait sous la République), dès le début de l'Empire, fut le prétexte pour l'empereur de nommer les membres Du Sénat. C'est pourquoi le premier siècle fut marqué par de grands senatus-consultes ayant force législative (entre autres le Macédonien, annulant les engagements du fils de

famille, et le Velléien, faisant l'objet de nombreuses "renonciations" dans la pratique médiévale parce qu'interdisant à la femme de garantir les engagements de son mari). En fait le Sénat ne faisait qu'approuver la volonté impériale. C'est la raison pour laquelle l'*oratio* (discours dans lequel l'empereur présentait sa loi) devint l'élément le plus important de la procédure. On finit par appeler les senatus-consultes des *orationes*. A partir, du IIe siècle, le pouvoir législatif de l'empereur fut un fait établi n'ayant plus besoin du relais sénatorial.

- Au IVe siècle, en conséquence des réformes affectant alors l'organisation impériale, le Sénat fut d'abord transporté à Constantinople, puis furent créés deux Sénats, un pour chaque capitale (Rome et Constantinople).
- En fait, on constate qu'au Bas-Empire les textes législatifs concernent principalement l'accès au Sénat et le statut des sénateurs. C'est la preuve que ce qui importe désormais est, non la fonction institutionnelle du Sénat, mais le statut de sénateur, c'est-à-dire ce qui concerne un titre essentiellement honorifique. A la fin de cette époque, le Sénat intervient dans des domaines très divers (internationaux, judiciaires, municipaux...) mais toujours avec une autorité très limitée.

## ¶ IV - Lien avec notre époque

### A - Le Sénat de Venise

Quelques grandes villes italiennes (entre autres Gènes, Florence et Milan) eurent au Moyen Age des institutions appelées Sénat. Mais le Sénat de Venise semble être celui qui a eu le plus d'importance.

Après une ébauche d'institution apparue au IXe siècle avec la personne du Doge (à l'origine une espèce de monarque regroupant les populations des îles du Rialto), aux XIIe et XIIIe siècles, des institutions urbaines s'étaient constituées sur la base des paroisses, puis des

quartiers. Mais à la fin du XIII<sup>e</sup> siècle, le pouvoir tomba définitivement aux mains des grandes familles formant un Grand Conseil, qui, du fait de l'ampleur et de la complexité du travail délégua une partie des tâches à des commissions spécialisées. C'est la principale de ces commissions qui devint le Sénat, lequel devint alors l'élément essentiel de cette république aristocratique. Il dirigea l'économie, économiques, la conduite des guerres et de la politique étrangère. On l'appelait le Pregadi (de *pregare*, prier) parce qu'à l'origine le Sénat ne s'assemblant que dans des occasions extraordinaires, on allait prier les principaux citoyens de s'y trouver. Le rapprochement avec le Sénat romain, qui s'impose déjà par son origine dans le pouvoir d'un certain nombre de grandes famille, est confirmé par son importance dans un système républicain oligarchique.

## **B Le Sénat de Savoie**

Le Sénat de Savoie ne fut pas un véritable sénat, mais une institution essentiellement judiciaire. Le Sénat de Savoie a été un héritage de l'occupation française de 1536-1559 (la Savoie ne devint définitivement française qu'en 1860). Créé par François I<sup>er</sup>, l'année même où le roi de France prit possession de la Savoie (1536), le Parlement de Chambéry fut déclaré Cour Souveraine par Henry II en 1549 (les Parlements furent des institutions d'origine féodale, issues du devoir de conseil du vassal). Lorsque la Savoie fut détachée du Royaume de France pour être rendue à la Maison de Savoie (qui devint plus tard le royaume de Sardaigne, mais avec sa capitale à Turin), l'un des premiers soins du duc Emmanuel-Philibert fut de décréter l'érection d'un Sénat de Savoie, remplaçant le Parlement de Chambéry. Par la suite, le Sénat de Savoie s'orna d'un lustre qu'on a souvent comparé à celui du Parlement de Paris jusqu'à ce que le roi Victor-Amédée II ne le confine, au XVIII<sup>e</sup> siècle, dans d'étroites fonctions judiciaires (le Royaume de Sardaigne fut, au XVIII<sup>e</sup> siècle, l'Etat le plus centralisateur d'Europe : il aurait servi de modèle à Napoléon). L'ignorance de l'histoire de cette institution a parfois fait présenter, entre autres dans certains milieux autonomistes, le Sénat de Savoie comme l'expression de la souveraineté de la Savoie.

## C - Le Sénat des USA

Mis en place par la Constitution de 1787, le **Sénat des Etats-Unis** est pourtant l'institution la plus proche du Sénat de la Rome républicaine. En effet :

- Le très grand prestige du Sénat américain : un poste de sénateur est le couronnement d'une carrière politique.
- Les importants pouvoirs du Sénat dans le domaine législatif et en ce qui concerne la nomination et le contrôle des membres du gouvernement et des hauts fonctionnaires.
- Son rôle majeur dans le domaine international : déclaration de guerre et ratification des traités.
- Enfin la possibilité qui est la sienne de sa transformer en Haute cour et d'obtenir, suivant la procédure d'*empeachment* , une condamnation pouvant atteindre le président des Etats-Unis lui-même.

## D - Les Sénats impériaux

- Les Sénats impériaux, prévus par la constitution de l'An VIII et celle de 1852, présentent l'originalité d'être à la fois celles de nos Chambres hautes qui soient les plus proches du Sénat romain, et aussi l'annonce d'une institution constitutionnelle moderne.
- Précisons d'abord le second point en signalant que les Sénats impériaux furent les premières institutions garantes de la constitution, mais avec cette importante réserve qu'ils permirent aussi des changements constitutionnels qui étaient des changements de régime.
- En fait cette réserve renforce le rapprochement entre les Sénats Napoléoniens et le Sénat romain, mais uniquement en ce qui concerne son rôle politique. En effet dans les deux cas le Sénat servit à passer de la république à l'empire. Un autre point commun en ce qui concerne l'histoire politique : le sens de l'évolution fut de faire du titre de sénateur une distinction purement honorifique.

## E - Les chambres hautes dans le parlementarisme moderne

- **Les institutions d'origine féodale**

- La plus célèbre est la Chambre des lords anglaise.
- Prévues par les chartes de 1814 et 1830, la Chambre des pairs française fut une institution originale s'inspirant à la fois du Sénat napoléonien et de la Chambre des lords anglaise. Mais à l'inverse, elle n'eut pas un grand rôle politique. Elle servait surtout à justifier le titre honorifique de pair de France (Victor Hugo en fut un).

- **Les chambres hautes des républiques françaises**

Les institutions républicaines françaises ont connu des Chambres hautes (sauf la Seconde République) n'ayant pas toutes le nom de Sénat (Conseil des Anciens sous le Directoire, et Conseil de la République sous la IV<sup>e</sup> République). Leur seul point commun avec le Sénat romain était la vague référence au système patriarcal qu'on pouvait trouver dans la sélection par l'âge (à partir de la catégorie des quadragénaires) et la croyance dans les valeurs de la ruralité. Notons que si l'avantage donné à la société rurale se comprenait dans les lois de 1875 (III<sup>e</sup> République) où le monde rural représentait 80 % de la population française, elle est beaucoup moins justifiable aujourd'hui (5 % de paysans). Ces Chambres modératrices se sont parfois montrées franchement réactionnaires, en particulier lorsque le Sénat s'opposa farouchement (à 5 reprises entre 1919 et 1936) à l'extension aux femmes du droit de vote.

- **Les chambres hautes dans le reste du monde**

- En 1991, sur 154 Etats possédant une représentation parlementaire, 55 étaient bicaméralistes.
  - Cependant, le bicaméralisme (appelé aussi bicamérisme) recouvre des réalités fort diverses, quoique possédant généralement le point commun de favoriser l'âge et la ruralité.
  - Parmi les autres pays ayant une Chambre haute certains possèdent une Chambre modératrice du type des "sénats" républicains français. D'autres doivent leur Sénat à leur structure fédérale, le but recherché étant alors l'égalité dans la représentation des Etats.
  - Cependant, on trouve dans toutes ces institutions un respect de l'âge et de la ruralité qui maintient un vague lien avec l'antique Sénat romain
-

Plan du cours

[Plan du cours](#)

# Chapitre 1

## La mise en place des institutions

-

-

### ¶ I - La révolution patricienne

A la fin du VI<sup>e</sup> siècle avant J.-C. (en 509 av. J.-C.), les patriciens chassent le dernier roi et disposent ainsi de l'essentiel du pouvoir à Rome. Politiquement ils dominent le Sénat et l'armée. Socialement, les *gentes*, chacune composée de plusieurs centaines de personnes auxquelles sont associées plusieurs milliers de clients, forment des groupes de pression qu'on ne peut jamais négliger.

Cependant, les patriciens ne vont pas se contenter d'une espèce d'interrègne sans fin. Ils vont faire de ce pouvoir royal

récupéré quelque chose qui fera la République romaine.

## § 1 - Les consuls, "monarques républicains"

Le roi est remplacé par deux consuls qui ont récupéré les pouvoirs du roi, sauf les fonctions religieuses (dévolues pour l'essentiel au Grand pontife, et dans des fonctions rituelles de pure forme, au *rex sacrorum*, le "roi pour les choses sacrées").

### A - Ce sont des "magistrats"

C'est pour désigner les consuls que le terme de magistrat est apparu à Rome. Or, notons-le, étymologiquement, un "magistrat" est celui qui est au dessus, un "ministre" est au dessus. Un ministre (le mot apparaîtra bien plus tard, sous le régime impérial) désigne celui qui a reçu un pouvoir d'une autorité supérieure. Quel est donc ce pouvoir supérieur?

### B - Ils possèdent l'*imperium*

- Remarquons d'abord l'importance historique d'une notion qui apparaît pour conférer le pouvoir royal à des magistratures républicaines et qui désignera finalement le nouveau pouvoir monarchique, celui de l'empereur. D'ailleurs la notion d'empire, directement issue de l'*imperium*, restera utilisée en Occident pour désigner tout pouvoir qui, dans sa nature ou dans son étendue est comparable à aucun autre.
- Même si, à l'instar de la notion de magistrat, l'*imperium* concernera plus tard d'autres magistrats, l'*imperium* des consuls restera le pouvoir le plus important à Rome, au moins dans les circonstances ordinaires. Comme le pouvoir royal, l'*imperium* ne se décrit pas. Comme le pouvoir royal, il a une origine surnaturelle et se caractérise par un pouvoir de donner des ordres aux citoyens en situation de paix comme en situation de guerre, et un pouvoir de contraindre pour l'exécution de ces ordres. Ce pouvoir de contraindre est appelé "pouvoir de coercition majeure", c'est-à-dire conférant, des certains cas extrêmes, le pouvoir de vie et de mort. Dans les cérémonies publiques, l'*imperium* des consuls est mis en scène : douze licteurs (personnages portant un faisceau de verges et une hache) précéderont les consuls. Les magistrats (des circonstances ordinaires) qui, par la suite,

- posséderont aussi un *imperium*, seront aussi précédés de licteurs, mais en nombre moins important.
- Pourtant, ce pouvoir d'origine royale est un pouvoir républicain car la disparition de la monarchie s'est accompagnée d'innovations institutionnelles qui changeront tout.

## §2 - Les inventions institutionnelles

### A - Annalité non renouvelable

Le consul n'est élu que pour un an et il n'a pas le droit de solliciter immédiatement un second mandat.

### B - Nomination

A l'origine les consuls nommaient leur successeurs avec l'accord du Sénat. Cependant on voit très vite apparaître une élection par les comices centuriates (nous les étudierons bientôt). Malgré cela, le rôle des consuls quittant leur fonction restera important, essentiellement en présentant leurs candidats aux électeurs et en présidant l'opération électorale (Rome ne connut jamais le vote secret).

### C - Dualité

- Pour éviter la monarchie, il est une technique mathématiquement imparable : confier les pouvoirs du roi à plusieurs personnes (ou à plus : dans certaines circonstances, il y eut à Rome, à la place des consuls, des triumvirs, et même, une fois, des décemvirs).
- A l'origine, l'exercice du pouvoir n'était pas collégial, les deux consuls alternaient de mois en mois. On comprit vite les avantages de la collégialité. Quand les institutions républicaines furent fixées, les magistrats exerçaient ensemble. Ainsi l'un pouvait s'opposer à la décision de l'autre ("intercession") ou, plus sagement, s'y opposer avant ("prohibition"). Plus sagement encore, les décisions furent généralement prises en concertation.

## §3 - La république oligarchique

- L'accès au patriciat resta ouvert tant que son pouvoir dans la République ne fut pas contesté. Mais, avec cette révolution plébéienne dont il va être question dans la prochaine rubrique, on va voir, en réaction, le patriciat se fermer. A partir du Ve siècle, il n'y eut plus de noms nouveaux en son sein. A la différence des noblesses issues des féodalités occidentales, le patriciat ne connut pas de procédure d'intégration de nouveaux venus.
- En outre, deuxième fermeture (mais provisoire) : l'accès au consulat se ferma à l'intérieur même du patriciat. Au cinquième siècle, on retrouve toujours les mêmes noms de consuls (tout changera lorsque les plébéiens auront, à partir du IVe siècle avant J.-C., accès aux magistratures patriciennes).

## ¶ II - La révolution plébéienne

### § 1 - Causes

#### A - Participation à la guerre, pas à la vie politique

- A la fin de la période royale, le notion de peuple a une signification politique très précise : il s'agit du "peuple en armes" qui, avec le Sénat, forme ce qu'on appellera la République romaine (**le Sénat et le peuple romain**). Appartenant au peuple romain, la plèbe a le sentiment de partager les désavantages de la guerre, et de ne pas profiter de ses avantages : apparition de la question du partage des terres conquises (*l'ager publicus* : littéralement, le "champ public") qui empoisonnera la République tout au long de son histoire.
- Les terres cultivables romaines sont à l'origine fort proches de la ville, ce qui représentait une surface restreinte où les *gentes* s'étaient taillé la part du lion. Or, à la fin de la période royale, les ennemis sont géographiquement très proches, toujours prêts à entreprendre un coup de main, une razzia. Dans ces circonstances les paysans plébéiens étaient particulièrement exposés alors que les *gentes* pouvaient bien mieux se défendre.
- En outre, la chute de la monarchie avait laissé le patriciat, avec son Sénat, ses consuls et - ne les oublions pas - ses pontifes, seul aux commandes de la cité.

## B - L'usure, plaie de l'Antiquité

- Qu'il s'agisse de la Grèce, de Rome ou des autres civilisations antiques, l'usure apparaît comme une plaie sociale majeure. C'est ce qui explique que les Pères de l'Eglise (confirmé dans leur attitude par le naturalisme d'Aristote : l'argent "ne fait pas de petits") s'opposèrent farouchement à toute forme de prêt à intérêt, malheureusement sans distinguer le prêt à la consommation (qui ruine le pauvre) du prêt à la production (qui permet de lancer une affaire). Au début du XXe siècle (1920), la célèbre théorie du sociologue allemand Max Weber, fera de la religion l'un des facteurs fondamentaux du développement du capitalisme. Effectivement, le capitalisme se développa beaucoup plus rapidement dans les pays protestants, qui abandonnèrent très vite (plus du fait de Calvin que de Luther) la prohibition du prêt à intérêt, que dans les pays catholiques qui établirent difficilement la distinction entre le prêt usuraire à la consommation et le prêt à la production.
- Retournons dans cette Antiquité où tout ceci prit forme. A Rome, l'usure fonctionnait comme une machine à asservir la partie la plus pauvre de la Plèbe. Pour comprendre cette mécanique, il faut bien réaliser que le prêt à la consommation était le dernière extrémité d'un malheureux qui refusait de voler. L'échéance était le plus souvent très courte (une semaine) et les intérêts énormes (30% était un taux fréquent). Surtout, l'anatocisme (capitalisation des intérêts : les intérêts produisaient eux-même des intérêts) faisait rapidement une somme extravagante : reportée de semaine en semaine avec les intérêts, la petite somme prêtée devenait, au bout d'un an, un chiffre astronomique. En fait, il ne fallait pas attendre cette échéance pour que l'emprunteur se retrouve ruiné, dépouillé de son bien et remis à son créancier. En effet, dans le droit romain primitif, le corps du débiteur était l'objet majeur de l'obligation. Celui qui payait sa dette rachetait son corps. Celui qui ne pouvait pas rembourser était, dans le meilleur des cas, remis en tant que *nexus* (mot dont la racine a donné l'"annexion") à son créancier (dans le pire des cas, celui de l'existence de plusieurs créanciers, il était tué et chaque créancier en prenait un morceau : l'anthropophagie n'était pas loin). On pouvait faire ce qu'on voulait d'un *nexus*, l'enfermer, le faire travailler, en abuser de différentes façons, le vendre comme esclave au delà du Tibre (on sait qu'un citoyen romain ne peut être esclave à Rome), ou même le tuer. Notons que ceci est à l'origine de la prison pour dettes, qui ne fut supprimée en France, en ce qui concerne les relations entre les particuliers, que sous le Second Empire (1866), mais qui subsiste, sous le nom de contrainte par corps au profit de l'Etat : pour obtenir le paiement d'amendes, d'impôts ou de frais de justice, l'Etat peut se saisir de votre corps alors que vous n'avez pas été condamné à la prison (le corps est donc toujours pris en gage).

## § 2 Institutions propres à la plèbe

### A - Première sécession (494-493)

- Face à la puissance du patriciat, la plèbe dispose de deux armes : la masse qu'elle représente au sein du peuple, du *populus*, (c'est-à-dire, rappelons-le, de la population en armes), et la possibilité qu'elle a de mettre de son côté des puissances surnaturelles. De ces deux armes, elle sut jouer de façon exemplaire.
- La plèbe ne pratiqua pas la révolte armée, mais la sécession. Ainsi, elle ne se mettait pas dans son tort, aux yeux des hommes et des dieux, en faisant verser du sang romain. Pourtant, en privant le peuple en armes de l'appui décisif de la plèbe, la sécession affaiblissait dangereusement Rome face à des voisins hostiles qui attendaient la première occasion pour l'écraser.
- L'utilisation du sacré fut un autre trait du génie plébéien. Certes, la religion officielle était - et restera pour longtemps - aux mains des patriciens. Mais cela n'ôte rien de la possibilité pour n'importe quel homme de sacraliser quelque chose, dans un sens bénéfique ou maléfique (à la fin du Moyen Age, la chasse aux sorcières démontra les craintes que suscitaient, en haut lieu, les pouvoirs maléfiques des plus humbles). Dans cette optique, la plèbe prit deux initiatives :
  - S'étant retirée massivement sur un mont appelé le Mont sacré, ce qui montre à la fois la volonté de commettre un acte illégal pour être politiquement reconnue, mais aussi de chercher en cette affaire l'appui des forces surnaturelles, elle créa, près du Mont Aventin, un sanctuaire dédié à trois dieux qui avaient l'aspect primitif des cultes de la fertilité (Cérès et deux divinité typiquement romaines, Liber et Libera).
  - Par ailleurs, la plèbe se dota d'un magistrat chargé de la défendre, le tribun. Celui-ci n'avait aucune légitimité au regard des institutions romaines de l'époque. C'est pourquoi on en fit un être sacro-saint : quiconque portait la main sur le tribun pouvait être immédiatement mis à mort par le premier venu.
- Pourvu ainsi de son culte et de son magistrat, la plèbe accepta de rejoindre le reste du peuple. Désormais le tribun pouvait défendre la plèbe dans son ensemble, et tout plébéien dans son individualité, soit par préventivement ("prohibition") soit après coup ("intercession"). Il fallait nécessairement qu'il soit élu par une autre assemblée que celles qui étaient alors dominées par les patriciens. C'est pourquoi furent créés, en 471 av. J.-C., les assemblées de la plèbe (*concilia plebis* : c'est pourquoi certains traduisent par "conciles de la plèbe").

- La première sécession a créé une situation révolutionnaire (on a d'ailleurs dit que le tribun était une révolution permanente) qui imposa la plèbe dans le paysage politique romain. Ce n'était qu'un premier pas. Il fallait encore, pour que les institutions de la plèbe entrent dans la légalité, qu'une autre bombe révolutionnaire cesse de menacer la République, l'ignorance du droit dans laquelle le patriciat maintenait la plèbe.

## **B - Deuxième sécession (451-450)**

- Avant la rédaction de la Loi des XII Tables, un plébéien pouvait être jugé et condamné, parfois à mort, en vertu d'un droit qui, considéré comme étant d'origine surnaturelle, était conservé comme un secret par les prêtres, lesquels appartenaient au patriciat.
- En 451, jugeant intolérable le maintien d'une telle situation, les plébéiens firent une nouvelle sécession exigeant la rédaction du droit. Il fallut pour cela suspendre la constitution républicaine. Les consuls et les tribuns (les seuls magistrats de l'époque) se démisèrent de leur fonction au profit d'un groupe de dix hommes (les décemvirs), chargé de gouverner pendant un an et de rédiger le droit. Telle fut l'origine de la très fameuse Loi des XII Tables.
- On n'a jamais retrouvé cette Loi des XII Tables, ni en texte gravé, ni en texte écrit. La majeure partie de la Loi des XII Tables a pu être reconstituée à partir des citations qu'en firent les auteurs latins. Comment faire la part des légendes et des faits historiques? Y a-t-il vraiment eu une délégation en Grèce (plus vraisemblablement dans la "Grande Grèce" de l'Italie du Sud) pour étudier les lois de Solon? On ne tranchera pas, mais on retiendra que, quel que soit le modèle formel, la Loi des XII Tables montre un archaïsme et une cruauté (crimes magiques, découpage du débiteur en morceaux, perquisition "par le plat et le caleçon!", procédure qualifiée de ridicule par les juristes romains du début de notre ère), tels qu'on ne peut comparer la société rurale et magico-religieuse de l'époque avec la société urbaine et brillante de l'Athènes du siècle de Périclès.

## **§ 3 - Le partage du pouvoir**

### **A - Reconnaissance des institutions de la plèbe**

Immédiatement après cette seconde sécession (à partir de 449 av. J.-.C.) et, dans une dynamique révolutionnaire qui ne pouvait plus être arrêtée, les institutions que la plèbe avait imposées à la suite de sa

première sécession furent reconnues comme faisant partie de la constitution de la République romaine. Désormais, les tribuns et les assemblées de la plèbe appartenaient aux institutions de la Rome républicaine.

## **B - Accès aux magistratures patriciennes**

Dans le courant du IV<sup>e</sup> siècle av. J.-C., toutes les magistratures patriciennes furent ouvertes aux plébéiens. Ce fut d'abord, la plus importante (en pouvoir, car la plus importante en dignité était celle de censeur), à savoir le consulat. On peut se demander si, dans un premier temps, les patriciens n'avaient pas voulu offrir aux plébéiens une coquille vide. En effet, immédiatement après avoir, en 367 av. J.-C., permis aux plébéiens de devenir consuls, ils créèrent, l'année suivante, la magistrature de préteur, d'abord réservée aux patriciens, qui, en *imperium*, venaient immédiatement après les consuls et qui, surtout, obtinrent une fonction stratégique dans l'organisation des procès (nous y reviendrons). En fait rien ne pouvait arrêter une mécanique révolutionnaire, régulièrement réactivée par de nouvelles sécessions. Ainsi, les plébéiens purent devenir, très vite, et avant que le siècle ne se termine, édiles curules, préteurs, dictateurs et censeurs, le mouvement étant couronné par l'accès à la plus haute fonction dans l'ordre religieux (celle de Grand pontife).

---



Plan du cours

[Plan du cours](#)



**Université Paris X - NANTERRE**

**1ère année de DEUG - UP 2 : Histoire du droit**

**(2e semestre de l'Année 2000-2001) - Ière partie, titre 2, chapitre 1, sect. 3, § 1 et § 2**

---

**(Rappel : chapitre 1 - La mise en place des institutions, ¶ III, § 1 et §2)**

-

-

## **¶ III La république des compromis**

### **§ 1 - La Loi des XII Tables, texte fondateur**

#### **A - La supériorité du droit sur la philosophie**

- En ce domaine le témoignage de Cicéron est particulièrement important, d'abord parce que Cicéron est le plus philosophe des juristes et le plus juriste des philosophes, et aussi parce que son témoignage intervient quatre siècles après la Loi des XII Tables, dans une Rome cultivée,

commerçante et ouverte sur le monde, une Rome qui n'a plus grand-chose de commun avec la société rurale, naïvement cruelle et obsédée par des croyances magico-religieuses qui s'exprime dans la Loi des XII Tables.

- Dans le *Traité des lois*, Cicéron se met en scène, un beau jour d'été de l'an 52 avant J.-C., avec quelques notables romains. Entre autres, ils se souviennent avec attendrissement d'une récitation de leur enfance :

**Au temps, Quintus, où nous étions petits, nous avons appris à donner le nom de lois à des formules comme : "Si l'on cite en justice" (*Si in ius vocat*) et autres de ce genre.**

- Cicéron nous apprend ainsi que dans cette société urbaine, brillante et cultivée de cette Rome en fin de République, les enfants apprenaient par coeur la Loi des XII Tables, un texte désignant une société agricole où l'on croyait pouvoir s'emparer magiquement de la récolte de son voisin, où l'on devait enquêter sur un vol en caleçon et avec un plat à la main (*lance licioque*) et où un débiteur insolvable pouvait être coupé en morceaux.
- En fait, il n'est pas nécessaire, pour un texte fondateur, qu'il soit applicable ni même compris. La Loi des XII Tables restera toujours un texte fondateur en ce qu'elle sera toujours considérée comme la loi écrite qui, aux origines de la République romaine, a servi de fondement à son organisation politique, a justifié la prétention romaine de dominer le monde et la croyance en sa mission d'installer son droit au coeur de la civilisation. C'est parce que la Loi des XII Tables était tout cela dans l'esprit de Cicéron que celui-ci osa, dans son traité sur *L'Orateur*, affirmer que la Loi des XII Tables était philosophiquement supérieure à toutes les Ecoles d'Athènes :

**Libre à tout le monde de protester : je n'en dirai pas moins ce que je pense. Oui, prenez toutes les collections d'ouvrages de tous les philosophes réunis ; à lui seul, le petit livre des XII Tables, source et fondement de nos lois, me paraît, tant par son autorité imposante que par sa féconde utilité, leur être infiniment supérieur.**

- En d'autres termes, cette sagesse du droit dont les Romains se considèrent comme les inventeurs est pour Cicéron une philosophie en soi, la philosophie d'un peuple vainqueur, qui impose sa paix et sa loi :

**Enfin, préférez-vous la philosophie, fière dominatrice, dites-vous, du savoir humain ; eh bien! j'ose l'affirmer, ne cherchez pas ailleurs la source de toutes ses discussions : elle est dans le droit civil et les lois.**

## **B - La découverte de l'histoire du droit**

- L'ennui, lorsqu'on se rattache à un texte fondateur ayant plus de six cents ans, c'est qu'on peut rencontrer un mauvais esprit décidé à critiquer l'archaïsme du texte.  
La scène se déroule au début du II<sup>e</sup> siècle, dans cette cour de l'Empereur Hadrien, qui commençait à réunir tout ce qui comptait dans la science juridique et quelques philosophes en renom.
- Aulu-Gelle nous raconte dans les *Nuits attiques* qu'un jour, en cette cour d'Hadrien, il assista à une belle querelle entre le philosophe Favorinus d'Arles, et le jurisconsulte Sextus Caecilius Africanus.
- Favorinus avait provoqué le jurisconsulte en lui montrant que certains articles de la Loi des XII Tables étaient beaucoup trop obscurs. Il ajoutait que cette dangereuse obscurité se combinait avec une incompréhensible sévérité ou une effarante indulgence. Comment pouvait-on admirer un tel texte?
- Toute la défense d'Africanus s'est alors appuyée sur l'histoire du droit. Selon lui, Favorinus ne réalise pas que ces textes ont environ six cents ans et que le temps a fait oublier le sens et le contexte des mots qui y étaient utilisés.
- Favorinus ayant accusé les Douze Tables de cruauté, puisqu'elles autorisaient à traîner en justice un invalide juché sur une bête de somme, cruauté qui contrastait avec une incroyable indulgence en ne condamnant qu'à 25 as celui qui s'était livré à une violence physique, Africanus lui rétorqua que les lois devaient servir à apporter des solutions aux problèmes d'une époque et que seul le contexte de

cette époque permettait de les comprendre. En ce qui concernait le transport de l'invalidé, le mot *jumentum* signifiait alors, non seulement la bête de somme ou de trait, mais aussi le véhicule tiré par l'attelage. En outre Favorinus ne connaissait pas l'histoire de la monnaie romaine et de sa dépréciation : à l'époque des XII Tables, 25 as étaient une somme importante. La dépréciation monétaire (illustrée par l'histoire du riche excentrique qui giflait les passants et leur donnait aussitôt les 25 as auxquels ils avaient droit) fut la cause d'une réaction de l'édit du préteur en ce domaine. Favorinus aurait, selon Aulu-Gelle, reconnu sa défaite dans la joute oratoire.

Pour nous, c'est la première fois qu'un juriste faisait un cours d'histoire du droit.

## § 2 - Les sources du droit

### A - La coutume

- A l'époque républicaine, le peuple romain est juriste, mais non législateur. Notons d'abord, que cette fameuse Loi des XII Tables, dont il sera bientôt question, fut une rédaction de coutumes.
- En outre, on est impressionné par tout ce qui, à Rome, est un produit de cette expression particulière de la coutume que les Romains appelaient l'"usage des ancêtres" (*mos majorum*), usage formé d'un mélange de normes domestiques et de règles civiques. De nombreuses règles religieuses, de comportement social, de vie familiale font référence à cet usage des ancêtres. De plus, c'est parce que ces notions puisaient leur origine dans l'usage des ancêtres que les Romains n'ont jamais considéré comme nécessaire de définir législativement des concepts juridiques aussi fondamentaux que la puissance paternelle, l'obligation, la succession et l'antique notion de propriété (le *dominium*).

## **B - La loi**

- Il vient d'être rappelé que les Romains avaient produit très peu de lois. Et celles qu'ils ont votées concernaient très rarement le droit privé : la loi était surtout destinée à régler une question politique ou sociale.
- Les projets de loi venaient toujours d'un magistrat supérieur (consul, tribun, voire dictateur). Les textes étaient votés par les comices centuriates ou tributes.
- En ce qui concernait la sanction, on distinguait les lois parfaites (nullité), moins parfaites (amende) ou imparfaites (absence de sanction). Cette dernière catégorie confirme la timidité des Romains dans le domaine législatif.

## **C - L'édit**

Face à la carence législative, on doit à l'édit du préteur, et dans une moindre mesure à celui de l'édile, l'essentiel de l'évolution du droit sous la période républicaine. Nous détaillerons ceci en étudiant la fonction de ces magistrats.

## **D - La doctrine (*jurisprudentia* )**

- Le dernier bastion de la résistance patricienne, face à la poussée plébéienne, fut la société des prêtres. Ces pontifes, qui avaient si longtemps conservé le droit comme un secret, retinrent, même après la Loi des XII Tables, le secret des formules nécessaires pour intenter une action judiciaire, ou pour se défendre efficacement. En se trompant sur un seul mot (par exemple en parlant d'"arbustes" alors qu'il fallait dire "vignes", on pouvait perdre, définitivement! son procès). En outre les pontifes gardaient jalousement le secret des jours fastes et néfastes. En introduisant une action un jour néfaste, on était de la même façon définitivement perdant.
- C'est pourquoi, à la fin du IV<sup>e</sup> siècle av. J.-C., Appius Claudius (scribe de Gneus Flavius, une espèce de Clisthène romain) dévoila le texte des formules ainsi que la liste des jours fastes et néfastes.
- C'est alors que commença un mouvement qui conduisit la doctrine juridique romaine de la religion à

la philosophie du droit, celle qu'on a si bien définie comme étant la "sagesse du droit", c'est-à-dire ce que nous appelons la doctrine (ce n'est qu'à partir du XVII<sup>e</sup> siècle que la jurisprudence a commencé à désigner la source du droit issue des décisions des tribunaux). Symbole de la laïcisation du droit, le premier grand pontife plébéen donna des consultations en public au milieu du III<sup>e</sup> siècle av. J.-C. On vit ainsi apparaître une profession juridique qui, à la fin de la République, donnait des conseils, plaidait, jugeait (le magistrat désignait un juge parmi ceux qui connaissaient le droit) et qui commençait à produire une littérature juridique spécialisée, chose tout à fait nouvelle dans la culture occidentale.

- C'est ainsi qu'à la fin de la période républicaine, confirmant l'analyse de Cicéron qui faisait de la "sagesse du droit" (jurisprudence) quelque chose de supérieur à l'"amour de la sagesse" (la philosophie) que l'on dispensait dans les quatre écoles d'Athènes (l'Académie de Platon, le Lycée d'Aristote, le Jardin d'Epicure et le Portique des Stoïciens).
  - Effectivement, il se produisit, à la charnière de la République et de l'Empire un phénomène rigoureusement incompréhensible pour les philosophes grecs. Les juristes romains se séparèrent en deux écoles de pensée, les Sabinien et les Proculien. Dire ce qui distinguait les deux écoles serait une longue affaire, et l'on est loin de s'entendre à ce sujet : certains ont même avancé qu'il suffisait qu'une école avance une théorie pour que l'autre prenne le contre-pied. Peu importe. Nous devons surtout retenir que l'existence de ces deux écoles permit de débattre sur des questions majeures, des questions impliquant une profonde réflexion dans le domaine de la philosophie juridique. Un exemple. Une esclave a fait l'objet d'un usufruit, ou a été remise en gage. Rendue à son propriétaire, doit-on aussi rendre l'enfant né d'elle dans l'intervalle. La réponse (qui fut positive) soulevait à la fois la question de la distinction de l'homme et des autres mammifères (philosophie naturelle) et celle de la personnalité juridique de l'esclave (philosophie juridique). Voilà pourquoi les Romains pouvaient prétendre que leur jurisprudence valait bien n'importe quelle école philosophique grecque.
-

Plan du cours

[Plan du cours](#)

**Université Paris X - NANTERRE**

**1ère année de DEUG - UP 2 : Histoire du droit**

**(2e semestre de l'Année 2000-2001) - Ière partie, titre 2, chapitre 1, sect. 3, § 3 et § 4**

---

**(Rappel : chapitre 1 - La mise en place des institutions, ¶ III(La république des compromis), § 3 et § 4)**

-

-

## **§ 3 - Les magistrats**

### **A- Le pouvoir**

#### **1 - Les concepts**

##### **a - La *potestas***

- La signification première de la *potestas* est assez vague : la puissance, le pouvoir. Ce terme est utilisé chaque fois qu'une personne possède une autorité sur une autre.
- La *potestas* du magistrat ne fait donc pas l'objet d'une définition générale. Il existe une

*potestas* propre à chaque magistrature, qui résulte des pouvoirs attribués à chaque magistrat.

- La *potestas* implique un pouvoir de contrainte qui, à l'instar de celui de l'*imperium*, n'est pas un pouvoir judiciaire.

### **b - L'*imperium***

- L'*imperium* est un pouvoir propre à l'autorité politique. Il se justifie à l'origine par une prérogative religieuse : le titulaire de l'*imperium* possède, d'abord, le pouvoir de consulter les auspices (accord des dieux transmis par le vol des oiseaux).
- Autre particularité de l'*imperium* , qui confirme son importance politique : l'aspect militaire d'un tel pouvoir. Le titulaire de l'*imperium* peut commander l'armée à Rome ou dans les provinces.
- Le titulaire de l'*imperium* possédait un pouvoir de contrainte supérieur à celui de la *potestas* , et pouvant aller jusqu'à la peine capitale. Notons cependant que la contrainte attribuée tant par la *potestas* que par l'*imperium* n'était pas sans contrôle : un autre magistrat pouvait s'y opposer et les comices pouvaient recevoir l'appel au peuple. En outre, à l'instar de la *potestas* , il existait une hiérarchie en ce qui concernait l'*imperium* .

## **2 - Légitimité**

La légitimité des pouvoirs des magistrats était liée à deux principes majeurs (élection et collégialité), mais pouvait aussi se fonder sur des circonstances exceptionnelles.

### **a - L'élection**

- Pour être éligible, il fallait être citoyen, mais pas de trop fraîche date (par exemple, pas un affranchi).

- Sauf pour le dictateur (6 mois) et le censeur (18 mois), le magistrat était élu pour un an non renouvelable (mais avec possibilité de présenter sa candidature à d'autres magistratures).

### **b - La collégialité**

Pour les mêmes fonctions, il y avait toujours au moins deux magistrats (sauf quand on élisait un dictateur). Un magistrat pouvait s'opposer à la décision de son collègue, soit après qu'elle ait été prise (intercession), soit en la prévenant (prohibition). L'intercession intervenait principalement en période de crise ; à l'inverse, la prohibition permettait aux magistrats de se concerter.

### **c - Les circonstances exceptionnelles**

Les Romains se réservaient la possibilité de confier, pour un temps limité, tous les pouvoirs à un seul homme (le dictateur) ou à un organe collégial (décevirat , triumvirat) afin de répondre aux exigences de circonstances exceptionnelles.

## **3 La carrière**

- A ce propos les Romains parlaient du cours des honneurs (*cursus honorum* ), ces honneurs qui sont à l'origine de la notion d'honoraires (sauf qu'il s'agissait de l'inverse : celui qui était "honoré" par l'élection versait en contrepartie une somme au trésor public).
- On pouvait être tribun (de la plèbe) à 27 ans, questeur, à 30, édile à 36, préteur à 40, consul à 42 et censeur à 44 (en pratique beaucoup plus vieux). Cette hiérarchie des honneurs n'était pas toujours celle des pouvoirs : nous verrons que les pouvoirs d'un tribun étaient immenses.
- On sait que, accessibles à l'origine aux seuls patriciens (sauf évidemment les fonctions

de tribun de la plèbe), les fonctions de magistrat se sont progressivement ouvertes aux plébéiens. Mais, à la fin de la République, la carrière était réservée à la noblesse (la *nobilitas* romaine était formée par les patriciens et les plébéiens riches).

## **B - Les divers magistrats**

### **1 - Consuls**

- Le début de la République romaine est entre autres marqué par le fait que 2 consuls furent installés à la place du roi. Ils exerçaient alors toute la souveraineté régaliennne.
- Ils furent au début choisis par les consuls en place, avec l'accord du sénat. Depuis le Ve siècle av. J.-C., ils sont élus par les comices.
- Les consuls sont à la tête de la République. Ils sont titulaires des pouvoirs militaires et civils les plus importants (direction des opérations militaires, convocation des assemblées, initiative des lois, etc.). Leur *imperium* est sanctionné par un pouvoir de coercition majeur.

### **2 - Tribuns**

- Issus, comme les assemblées de la plèbe, de la sécession de la plèbe du Ve siècle av. J.-C., les tribuns, bien que ne disposant pas de l'*imperium*, s'imposent immédiatement après les consuls du fait du rôle politique majeur qu'ils vont tenir dans l'histoire romaine.  
Le tribun ne dispose que d'une *potestas*, mais une *potestas* très particulière, puisque son origine sacrée lui confère, en principe, une totale inviolabilité.
- La puissance tribunicienne confère au tribun un pouvoir, réellement révolutionnaire, dans la défense de la plèbe. Il peut, sans avoir à présenter aucune justification, s'opposer à toute mesure de coercition concernant un plébéien.
- A cette défense individuelle, s'ajoute une défense collective en ce qu'il dispose d'une sorte de droit de

veto (donc sans avoir de justification à donner) contre tout ordre d'un magistrat qui lui semble léser les intérêts de la plèbe. Il peut s'opposer à l'ordre d'un consul alors que le contraire est impossible. La seule limite à son pouvoir est d'ordre territorial : il est limité à la ville de Rome.

### 3 - Préteurs

- Les préteurs possèdent aussi l'*imperium*, mais inférieur à celui des consuls. Cependant ce n'est pas dans le domaine politique qu'il faut apprécier le rôle du préteur, mais dans celui de l'histoire du droit ; au regard de celle-ci, le préteur est, de loin, le magistrat le plus important.
- Il faut, pour comprendre son rôle à Rome, réaliser que les Romains ne concevaient pas qu'ils avaient une action en justice parce qu'ils avaient un droit : c'est au contraire parce qu'ils avaient une action dans tel ou tel cas qu'ils en concluaient qu'ils avaient un droit.
- Le préteur était élu sur un programme que les Romains appelaient l'édit (*edictum* : proclamation publique). Dans son édit, le préteur, après s'être enquis des souhaits populaires en ce domaine, annonçait que dans tel ou tel cas il donnerait une action en justice. Chaque préteur, reconnaissant la valeur de ce qu'avaient fait ses prédécesseurs, reprenait à son compte l'édit de ceux-ci et ajoutait sa propre contribution.
- Signalons cependant qu'à l'origine l'action du préteur ne concernait pas les étrangers (auxquels le droit civil, droit des citoyens romains, ne s'appliquait pas). C'est pourquoi, on ajouta, au III<sup>e</sup> siècle av. J.-C. un préteur pérégrin chargé de donner aux étrangers des actions en justice (*peregrinus* : étranger, voyageur - mot à l'origine de pérégrination, mais aussi de pèlerin).

### 4 - Ediles

- Restant dans le domaine des héritages linguistiques, signalons que nous désignons parfois sous le nom d'édiles les élus municipaux.  
C'étaient des magistrats inférieurs en dignité, mais essentiels pour l'existence des collectivités.
- D'abord, les édiles étaient responsables de tout ce qui concernait la sécurité et la salubrité publique dans la ville.

- Ils étaient aussi responsables de l'ordre moral, particulièrement en ce qui concernait l'organisation des spectacles (théâtre, en particulier). On attendait en outre d'eux qu'ils organisent des jeux ; pour cela, ils puisaient souvent dans leur fortune personnelle, espérant pouvoir un jour faire fructifier leur investissement par l'accès à des magistratures supérieures, puis à une charge de gouverneur de province, fonction à l'origine de nombreux profits (malheureusement rarement légaux).
- Ils avaient aussi une importante fonction économique, étant responsables de l'organisation des marchés, et en particulier des marchés d'esclaves.  
Pour tout cela, ils pouvaient donner des actions en justice (en transmettant aux préteurs les affaires les plus importantes). A cette fin ils publiaient un édit.

## 5 - Questeurs

Leur nom désigne à la fois l'enquête judiciaire et la quête d'argent. En effet, ils furent créés à l'origine pour aider les magistrats et les assemblées dans les enquêtes criminelles. Puis ils gèrent le trésor public, fonction matériellement fort importante, à laquelle s'ajouta, au 1er siècle av. J.-C., le contrôle de la comptabilité des gouverneurs de province

## 6 - Censeurs

- Les censeurs étaient chargés de faire le recensement des citoyens tous les 5 ans, et cela pendant une durée de fonction de 18 mois. Cette période de cinq ans est toujours appelée un lustre, en référence à l'opération de purification qui suivait le recensement (*lustratio*). En quelque sorte, ayant tout compté et classé, les censeurs offraient aux dieux une république purifiée.
- Le recensement s'accompagnait d'un classement : les Romains étaient inscrits dans les diverses classes des comices centuriates et les diverses tribus des comices tributes. Dominant le tout, ils établissaient la très convoitée classe sénatoriale.
- Les Romains étaient d'abord "pesés" économiquement : leur accession à une classe définissait leur charge militaire (équipement : ainsi seuls les plus riches pouvaient être chevaliers) et leur contribution fiscale. Ils l'étaient aussi moralement car, à l'occasion du recensement, le censeur

pouvait ajouter une note à côté du nom du citoyen. C'était généralement pour signaler un comportement moralement répréhensible quoique juridiquement irréprochable (par ex. divorces trop fréquents, violences familiales, etc.). Ces notes pouvaient être assorties d'une sanction, la rétrogradation à une classe inférieure, sanction particulièrement importante lorsqu'elle faisait sortir un notable de la classe sénatoriale.

## **7 - Gouverneurs de province**

Les provinces étaient administrées par d'anciens magistrats de Rome (d'où leur titre de propréteur ou proconsul). Chargés de l'administration, de la justice et de la perception des impôts, les gouverneurs, malgré le contrôle de principe du Sénat et, depuis le II<sup>e</sup> siècle av. J.-C., d'une juridiction spécialisée, pouvaient pratiquer la corruption sur une grande échelle. On peut en avoir un aperçu dans quelques plaidoiries de Cicéron.

## **§ 4 - Les assemblées**

A la différence d'Athènes qui ne connaissait qu'une assemblée (l'*ecclesia*), nous ne comptons pas moins de quatre assemblées à Rome. Lorsqu'il ne s'agit pas d'une assemblée de la plèbe, une assemblée romaine s'appelle des "comices" : au masculin pluriel (du latin *comitia*, neutre pluriel) même s'il s'agit de la réunion d'une seule assemblée. Cette multiplicité tient au fait que Rome, à certains moments de son histoire, a répondu à des nécessités politiques et sociales en créant de nouvelles assemblées sans supprimer ce qui existait déjà.

### **A - Origines**

#### **1 - Comices curiates**

- On sait que, sous la période royale, l'organisation première était la *gens*, à savoir un groupe de familles croyant posséder un ancêtre commun (rappelons que chaque *gens* était renforcée par un très

grand nombre de clients). Ce sont les *patres* qui, mis à la tête de ces *gentes*, furent à l'origine du Sénat.

- Pourtant, la gens n'était pas une unité fort pratique pour réunir la population dans la perspective d'une opération militaire. C'est pourquoi le roi, avant le VI<sup>e</sup> siècle av. J.-C., regroupa les *gentes* en trois tribus, elles-mêmes divisées en 10 curies. En outre, il jugea opportun d'utiliser cette organisation militaire à des fins politiques. Telle fut l'origine des comices curiates, composés de 30 curies, chiffre qui restera constant tout au long de la République.
- Mais, comme il s'agissait d'une organisation dont les *gentes* étaient la base, il s'ensuivit que les chefs de celles-ci, les *patres*, y eurent un rôle prépondérant. Les comices curiates étaient donc une assemblée aristocratique où le critère d'appartenance était la naissance.

## 2 - Comices centuriates

- Fondés sous la période royale, les comices centuriates abandonnent la distinction par la naissance et établissent une sélection par l'argent.
- C'est alors qu'est apparu en Occident un mot qui aura le succès que l'on sait puisqu'il s'agit de la "classe", avec sa double signification militaire (les classes d'appelés au service) et, surtout, socio-économique (les classes sociales). Comme les comices curiates, l'assemblée est d'abord militaire, mais elle se fonde sur la richesse, du fait de l'importance de l'équipement, financé par les combattants, dans les nouvelles guerres auxquelles Rome est confrontée.
- C'est pourquoi Rome a inventé cette notion, qui eut un tel succès par la suite, la notion de "classe" (*classis* de *calere* : appeler). Ceux qui, du fait de leur fortune, pouvaient être appelés à l'armée, et qui par voie de conséquence pouvaient être conduits à se prononcer sur les affaires de la cité, ceux-là étaient les citoyens par excellence, ceux qui étaient appelés dans la "classe". Plus tard on distingua 5 classes (par ordre de fortune), mais il resta toujours la "sous classe" (*infra classem*), celle qui réunissait un groupe qui, lui aussi, eut une gloire moderne, le groupe des "prolétaires" (le prolétaire a la même origine linguistique que le "prolifère"), le groupe de ceux dont le rôle, essentiel au demeurant, était de faire de la population pour Rome, de "proliférer".

### 3 - Assemblées de la plèbe

- Nous savons que, pour désigner les tribuns, il fallut que la plèbe constitue, en 476, ses propres assemblées. Telle fut l'origine des assemblées de la plèbe, appelées parfois "conciles" de la plèbe (par influence du latin *concilia plebis*).
- La grande invention technique (outre la révolution politique qu'elles imposaient) des assemblées de la plèbe, fut d'établir le critère du domicile. Désormais le peuple était à nouveau divisé en tribus, mais qui à la différence des trois tribus qui firent les comices curiates, étaient désormais définies par rapport au domicile. Telle fut la grande révolution (malheureusement récupérée ensuite) : faire une assemblée sur la base du domicile alors qu'on n'avait jusque là connu que le critère de la naissance et celui de la richesse.
- Il y eut toujours quatre tribus urbaines, plus des tribus rustiques qui furent 10 à l'origine pour atteindre finalement le chiffre de 31.
- Notons un point majeur : l'appartenance à une tribu fut dès lors la preuve (qui n'existait pas avant) de la qualité de citoyen romain.

### 4 - Comices tributes

Au milieu du IV<sup>e</sup> siècle av. J.-C., les patriciens trouvèrent très utile de pouvoir réunir, pour des sujets mineurs, des assemblées fondées sur la base des tribus territoriales. Telle fut l'origine des comices tributes. On comprend pourquoi les Romains firent très vite la confusion entre les assemblées de la plèbe et les comices tributes. En pratique, les assemblées de la plèbe furent celles qui étaient présidées par un tribun, les comices tributes celles qui étaient présidées par un autre magistrat.

## B - Organisation et compétence

### 1 - Comices curiates

- Trouvant leur origine dans la période royale, les comices curiates ont eu, comme les comices centuriates, une origine militaire. Rien d'étonnant à cela : le *populus* désignant le peuple en armes, la signification première de la *curia* était "ceux qui combattent ensemble".
- Cette origine et le fait que ces assemblées ne présentaient plus de grand intérêt politique sous la période républicaine expliquent que, finalement, les trente curies y aient été représentées par trente licteurs (ceux qui représentaient la force coercitive et militaire de la République).
- Pourtant les comices curiates conservèrent toujours un rôle fort important :
  - Au regard de la vie politique : ils conféraient leur pouvoir (*l'imperium*) aux magistrats supérieurs (mais qu'ils n'étaient pas).
  - En matière de religion : ils désignaient les prêtres les plus importants et le *rex sacrorum*, qui récupérait sous la république les fonctions religieuses du roi.
  - Dans le domaine familial : c'est devant eux que se déroulait l'adoption la plus solennelle (*l'adrogatio*).

## 2 - Comices centuriates

Politiquement, ce sont les assemblées les plus importantes

### a - Lieu de la réunion

Pour les Romains, le lieu de la vie civique était territorialement distinct du lieu de la guerre. Le cœur de Rome était soigneusement délimité comme étant l'endroit civique, c'est-à-dire l'endroit où l'on ne pouvait pas entrer en portant des armes (le *pomerium*). C'est pourquoi, les comices centuriates, qui représentaient le peuple en armes et où, effectivement, les citoyens se rendaient armés, devaient se réunir au champ de Mars (dieu de la guerre).

## **b - Le pouvoir de l'argent**

- Les centuries étaient une unité, d'importance numérique variable, mais dont le point commun était de fournir cent soldats à l'armée romaine.
- Les centuries étaient réparties en cinq classes en fonction de la fortune de ceux qui les composaient. Les premières classes, celles qui étaient composées des citoyens les plus riches, votaient en premier. C'était psychologiquement fort important car la superstition incitait à voter comme la première centurie. En outre le vote s'arrêtait dès que la majorité était atteinte. Le plus souvent, le petit peuple ne pouvait même pas manifester son opinion. Cicéron, qui appartenait à une grande famille, a critiqué ce système, mais avec une espèce de naïveté cynique, en disant en substance : "Laissons-leur au moins le plaisir de voter pour nous".
- Les comices centuriates, par l'importance qu'ils donnaient à la richesse, ont pour beaucoup contribué à l'installation d'une oligarchie faite de patricien et de plébéiens riches : la *nobilitas* (qu'on peut traduire en "noblesse" mais en gardant à l'esprit qu'elle n'avait rien de commun avec la noblesse de l'Ancien Régime français, issue de l'organisation féodale et excluant la bourgeoisie riche, sauf anoblissement).

## **c - Fonctions**

- - Election des magistrats supérieurs (en particulier consuls et préteurs).
- - Vote de la loi. Mais seuls les magistrats pouvaient proposer une loi que l'assemblée devait accepter ou rejeter, sans possibilité de présenter des amendements. En outre, le magistrat pouvait interrompre un vote en prétextant un motif religieux (les auspices étaient devenus brusquement défavorables!).
- - Théoriquement, les comices centuriates avaient la possibilité de déclarer la guerre et de conclure un traité avec une puissance étrangère. En fait, le pouvoir véritable était, en ce domaine, détenu par le Sénat.
- - Appel au peuple. Dans ce domaine, le pouvoir de l'assemblée était de la plus haute

importance. Elle recevait l'appel au peuple (*provocatio ad populum*) contre les sentences des magistrats condamnant un citoyen à une peine majeure. On a pu dire que ce pouvoir d'en appeler au peuple était l'aspect essentiel de la qualité de citoyen romain.

### 3 - Assemblées de la plèbe et comices tributes

- Les tribus étaient une division territoriale avantageant considérablement les propriétaires fonciers des environs de Rome (31 tribus) contre le reste de la population de la ville (4 tribus et chaque tribu n'avait qu'une voix), et aussi contre les nouvelles tribus italiennes.
- Les fonctions des comices tributes étaient d'élire les magistrats inférieurs, de recevoir les appels au peuple quand la condamnation prononcée n'était pas capitale et, tardivement, le vote des lois.
- *Important*. On se souvient que lors de la sécession du début du Ve siècle av. J.-C., la plèbe s'était organisée en assemblée. Retournant dans la cité romaine, la plèbe conserva ses assemblées. Celles-ci fournirent leur cadre aux comices tributes. En pratique lorsque les comices tributes étaient présidés par un tribun ils se transformaient en assemblée de la plèbe. Les lois que votaient ces assemblées étaient des plébiscites : ce fut l'essentiel de l'activité législative de la fin de la République, période où les plébiscites servirent entre autres à donner un appui populaire au parcours politique des révolutionnaires et des dictateurs, préparant ainsi l'arrivée de l'Empire.

---



Plan du cours

[Plan du cours](#)



**Université Paris X - NANTERRE**

**1ère année de DEUG - UP 2 : Histoire du droit**

**(2e semestre de l'Année 2000-2001) - Ière partie, titre II, chapitre 2**

---

## **Chapitre 2**

### **Le République conquérante**

-

-

#### **¶ I - L'armée**

##### **§ 1 - Distinction de la guerre et de la justice**

- Nous envisagerons la question au travers des textes bibliques, mais la même évolution peut se retrouver dans tous

les schémas conduisant à la naissance du droit pénal (sauf en ce qui concerne la technique intermédiaire des Villes de refuge).

- La *Genèse* nous livre deux textes montrant la guerre à son origine, c'est à dire ce que nous appelons la guerre privée, au regard de notre actuel droit pénal impliquant le monopole étatique de la violence. Dans un premier texte, Dieu annonce que Caïn, qui n'est pas puni de mort (il est condamné à errer loin de la terre fertile), serait vengé 7 fois si quelqu'un le met à mort. Le second texte est le prolongement de ce premier passage. En effet Lamek, descendant de Caïn, réunit ses deux femmes pour qu'elles fassent savoir partout que, si Caïn aurait pu être vengé 7 fois, lui le serait 77 fois et qu'il a "tué un homme pour une blessure, un enfant pour une meurtrissure".
- Nous avons là l'expression de la vengeance privée dans ce qu'elle a de plus absolu, c'est-à-dire la guerre avant qu'on ne tente de la faire entrer dans un système de droit. La guerre ne mesure pas, sauf dans quelques proclamations de principe, la riposte à l'attaque. La plus efficace des stratégies consiste à menacer l'autre de destruction totale, ou au moins d'une riposte terrible.
- La Bible montre très bien comment on passe de la guerre à la justice, plus précisément, comment on déplace la guerre d'un cadre humain inférieur à un cadre humain supérieur (de la famille à ce que nous appelons maintenant l'Etat). Le problème est que la vengeance privée est, à l'instar de la guerre entre les Etats, fondée sur l'obligation de tuer. Dans la Bible, le plus proche parent mâle de celui qui est tué devient son "vengeur du sang". Le vengeur du sang ne peut échapper à une obligation de nature sacrée, et cela même si l'homicide a été involontaire (c'est d'ailleurs cette hypothèse qui sera à l'origine de l'évolution). A partir du livre des *Nombres* on voit apparaître l'institution des Villes de refuge (liée à la sédentarisation du peuple hébreu). En cas d'homicide involontaire, l'obligation du vengeur du sang ne disparaît pas, mais des villes sont désignées pour que le meurtrier involontaire puisse s'y réfugier. En d'autres termes, il faut d'abord que celui-ci coure plus vite que le vengeur du sang. Dans la Ville de refuge, le meurtrier sera jugé et, s'il est reconnu que le meurtre a été réellement involontaire, il sera admis à se réfugier dans cette ville. Mais attention! l'obligation du vengeur du sang ne disparaît pas : le vengeur peut attendre que le meurtrier involontaire commette l'imprudence de sortir de la ville et il aura alors l'obligation de la tuer.
- On voit bien ce en quoi les Villes de refuge furent un stade intermédiaire. L'achèvement de l'évolution se lit dans le *Deuxième livre de Samuel*, dans cette sordide affaire de famille où, Amnon s'étant rendu coupable d'inceste, est assassiné par Absalom. La mère d'Absalom sait que son fils risque d'être tué par le vengeur du sang d'Amnon.

Elle s'en remet à David qui juge l'affaire, en apprécie les mobiles (nous parlerions d'un assassinat avec des circonstances atténuantes) et, finalement, substitue le droit pénal du royaume à la vengeance privée. L'obligation familiale de venger le sang n'existe plus, même dans le cas d'un assassinat (en l'occurrence accompagné d'un guet-apens) ; au contraire, elle devient un délit. L'obligation militaire n'est donc plus familiale ; elle est désormais revendiquée par ce que nous appelons l'Etat.

- Le règne de David est la parfaite illustration du phénomène, interdisant la vengeance privée mais mobilisant le peuple hébreu pour des guerres internationales où Dieu est l'unique vengeur, celui qui défend le peuple élu. Ce stade d'évolution est toujours celui des Etats modernes (malgré les velléités de soumettre la guerre à un droit international), sauf dans les pays de *vendetta* où l'obligation de tuer reste familiale.

## § 2 - Apparition de l'obligation civique

- Pour les cités grecques, l'obligation militaire est nécessairement liée à la qualité de citoyen. Deux choses sont particulièrement dignes d'être signalées. D'abord le lien que la médecine hippocratique a fait entre les régimes politiques et la valeur militaire (entre autres l'opposition entre les sujets d'un prince despotique et les citoyens vivant dans un régime démocratique : les seconds, n'ayant pas une mentalité d'esclave, seront plus portés à défendre une cité qui leur appartient). La valeur militaire est d'ailleurs si intimement liée à la démocratie de type athénien que l'aristocratie militaire peut causer des maladies d'origine institutionnelle. Ainsi Hippocrate combat vigoureusement l'idée selon laquelle la "maladie des Scythes" (féminisation, à partir d'un certain âge, d'une partie des mâles de l'aristocratie) serait d'origine divine. Il démontre que cette pathologie est liée aux institutions, et en particulier aux institutions militaires des Scythes. Pour des raisons de privilèges militaires (contrepartie de leurs privilèges sociaux) les membres de l'aristocratie scythe sont obligés de passer une grande partie de leur existence à cheval. La maladie des Scythes est donc en relation directe avec la vie équestre de l'aristocratie de ce peuple.
- Pourtant, l'idéal de l'obligation civique montre déjà ce qu'il a d'utopique, entre autres dans la littérature hippocratique. Au Ve siècle av. J.-C., Athènes fait commerce de sa victoire sur les Perses. C'est ce que montre Aristophane dans *Les Guêpes* : les Athéniens piquent comme des Guêpes, mais pour piller comme elles les ressources des autres : c'est une référence au système de tribut par lequel les autres cités grecques payaient

Athènes de cette sécurité qu'elles lui devaient. L'issue de l'affaire fut, à la fin du Ve siècle av. J.-C., la Guerre du Péloponnèse, à la suite de laquelle Athènes perdit définitivement son hégémonie politique (il lui resta heureusement, pour de nombreux siècles, un immense prestige culturel).

- Retenons la leçon qu'en tira l'Occident : même dans une optique civique, l'obligation militaire peut être exécutée en nature (service militaire) ou en contrepartie pécuniaire (tribut, impôt permanent, achat d'un remplaçant, etc.)

## § 3 - L'armée à Rome

### A - Aspects culturels de la guerre

#### 1 - La sacralité de la guerre

Les fétiaux étaient dans la Rome archaïque un collège, de prêtres chargés de déclarer la guerre en s'assurant du soutien des dieux. Selon Georges Dumézil, leur nom faisait référence à " la base ", au " fondement ". Ils étaient donc chargés d'établir le fondement religieux permettant à l'armée de Rome d'avancer légitimement en territoire ennemi et de dicter ensuite ses conditions aux vaincus.

- Il s'agissait ainsi de mettre le droit de son côté en déclarant que la guerre était juste aux yeux des dieux, et donc des hommes. En pratique, les fétiaux étaient chargés d'aller réclamer officiellement quelque chose que le peuple agressé devrait rendre à Rome. C'était évidemment un vol fictif. Deux fétiaux se rendaient ainsi à la frontière du peuple prétendument coupable et prenaient Jupiter à témoin de la légitimité de leur demande. Ensuite ils pénétraient en territoire ennemi et réitéraient leur demande, dans les termes liturgiques d'usage, à la première personne rencontrée, qui évidemment ne comprenait rien à l'affaire. Ils allaient ensuite répéter la formule consacrée à la porte de la cité agressée, puis sur le forum de la ville, annonçant aux magistrats que, faute de restitution,

la guerre serait déclarée sous trente jours. Au terme de ce délai, les deux fétiaux déclaraient la guerre en se rendant à la frontière et en lançant un javelot sur le territoire ennemi. L'intérêt de cette procédure est d'abord d'ordre anthropologique : on peut trouver des formes semblables dans d'autres sociétés (par exemple chez les Indiens d'Amérique du Nord). C'est aussi l'expression première d'une prétention à la guerre juste, la guerre où Rome prétendra toujours avoir quelque chose à défendre, supercherie par laquelle elle pourra ainsi constituer son Empire en se présentant toujours comme une victime, et donc comme étant soutenue par les dieux dans ses entreprises.

- La sacralité de la guerre expliquait aussi d'autres manifestations : ouverture du temple de Janus (divinité du passage, par exemple d'une année à l'autre - d'où son mois, le mois de janvier - et aussi du passage de la paix à la guerre, ainsi que le sacrifice d'un cheval à la fin de la campagne (en octobre) et, à la même époque, la purification des armes.

## 2 - La guerre et le sport

- Il s'agit en fait d'un triptyque : il y a à l'origine du sport un lien profond entre le sport, la guerre et le sacré. Dans la Rome archaïque on entrait dans le mois dédié au dieu de la guerre, Mars, par une série d'exercices destinés à mettre le futur combattant dans un état de "fureur" (la *furor*), c'est à dire un état qui serait celui de la folie (à Rome un fou était un *furiosus*) s'il n'avait pas été artificiellement causé par le sport et la liturgie. C'est pour atteindre cet état que des courses de chevaux se déroulaient entre la mi-février et la mi-mars, en alternance avec des défilés, des chants, des danses, dans un décor de symboles guerriers et de musiques obsédantes rythmées par la percussion des boucliers. On devait ainsi atteindre à la mi-mars l'état de fureur nécessaire pour partir en guerre.
- Nous verrons plus loin que le même lien entre la religion, la guerre et le sport existait à l'origine des jeux olympiques.
- Notons aussi que la notion de champion (dont l'origine est dans le *campus* latin, c'est-à-dire le champ de bataille) liait à la valeur militaire, et aussi à la notion religieuse du sacrifice, les exploits individuels remplaçant les batailles rangées. Voyez le célèbre

combat des Horaces et des Curiaces et ce qu'il signifie, au chapitre de l'exploit sportif (course et escrime), de la lutte armée (victoire de Rome sur Albe) et du sacrifice (culte des morts pour la patrie). C'est pourquoi l'Eglise, qui condamnait le duel, l'acceptait quand il s'agissait d'un combat de champions évitant de nombreuses morts. On comprend aussi pourquoi, dans la presse sportive du début du XXe siècle, les duels faisaient l'objet d'une rubrique spécialisée.

## **B - L'évolution de l'armée**

- Jusqu'au IIe siècle avant J.-C., Rome réussit à maintenir le principe d'une obligation civique remontant aux origines de son histoire : la notion même de peuple impliquait l'idée de peuple en arme. La pratique fut longtemps de mesurer l'obligation militaire à l'importance de la fortune. Mais le système se dégradait, les plus riches tentant d'échapper à l'obligation, et les plus pauvres s'engageant à leur place (depuis qu'une maigre solde les attirait et aussi dans la perspective du butin et du pillage), lesquels se sentaient cependant moins motivés en ce qu'ils n'avaient pas le sentiment de participer aux profits des conquêtes (partage de l'*ager publicus*). Les choses se dégradèrent totalement dans le contexte des luttes sociales de la fin de la République (désertions, mutineries, etc.).
- C'est pourquoi le consul Caius Marius, à la fin du IIe siècle av. J.-C., put imposer un système militaire entièrement nouveau : une armée composée de mercenaires. L'obligation militaire devenait dès lors la contrepartie, non pas d'un devoir familial ou civique, mais d'une relation de type juridique.
- Techniquement, le système ne donna pas de mauvais résultats. Mais moralement, et donc politiquement, il en alla autrement. Liés à leur chef dans la guerre, les mercenaires, qui lui devaient tout, lui conservaient leur appui dans la vie politique. Ceux qui mirent fin à la République en attisant la guerre civile trouvèrent facilement des mercenaires dévoués à leur cause.

# ¶ II - La constitution de l'empire

## § 1 - Les mobiles

- Officiellement, toutes les conquêtes de Rome étaient justifiées par la défense du territoire et le secours aux alliés. (les conquérants ont rarement tenu un autre langage).
- Après une première époque illustrée par la prise de Rome par les Gaulois, et où Rome fut réellement sur la défensive, les véritables mobiles furent le butin et la gloire.
  - - Le butin en argent (plus bijoux, etc.) pouvait être énorme (en une seule campagne un consul rapporta, au IIe siècle av. J.-C., de quoi payer 25 années de dettes publiques pour l'ensemble d'une Guerre punique). Au butin en argent allant dans les caisses de l'Etat, s'ajoutait ce qui était prélevé par les magistrats et les combattants. Les récoltes pouvaient tenir lieu de tribut, sans parler de la confiscation des terres et de la réduction en esclavage d'une partie, parfois importante, des populations vaincues.
  - - La gloire fut aussi un mobile très fort. Les succès militaires furent toujours - et de plus en plus jusqu'à l'Empire - la garantie d'une brillante carrière politique. Il y avait aussi la gloire de Rome, pour laquelle les Romains demandaient régulièrement l'aide des dieux.

## § 2 - L'Italie

Jusqu'au milieu du IVe siècle av. J.-C., les campagnes militaires en Italie furent réellement défensives. Jusque là, la vulnérabilité de Rome s'illustre dans la prise de la ville par les Gaulois au début de ce siècle, défaite qui resta unique jusqu'à l'écroulement de l'Empire d'Occident (Hannibal, lui-même, n'osera pas attaquer la ville de Rome). Entre le milieu du IVe et le milieu du IIIe siècle av. J.-C., Rome s'imposa aux peuples du centre de l'Italie, aux Gaulois qui, au Nord, étaient présents jusqu'à Bologne, et à l'Italie du Sud

qui, hellénisée, la menaçait autant culturellement que politiquement (à Tarente, principal foyer de résistance, on parla grec jusqu'au milieu du Moyen Age et, aujourd'hui, dans certains villages isolés des Abruzzes, les vieilles personnes ne parlent toujours que le grec).

## § 3 - Le monde méditerranéen

### A - Les Guerres puniques

- C'est avec le tournant des Guerres puniques (de *Poeni*, terme par lequel les Romains désignaient les Carthaginois) que Rome devint une puissance méditerranéenne.
- Jusqu'au début du III<sup>e</sup> siècle av. J.-C., Carthage, colonie phénicienne (proche de l'actuelle Tunis) installée en un pays peuplé de Berbères, vécut en bonne entente avec Rome : Carthage se consacrait au commerce maritime en Méditerranée et Rome s'imposait sur terre, en Italie. Les choses se gâtèrent lorsque Rome, ayant conquis toute l'Italie, s'en prit à la Sicile qui, jusque là, avait été partagée entre les Grecs et les Carthaginois.
- Ce fut l'origine de la **première Guerre punique** (264-241). Elle se termina par une victoire navale de Rome et par une paix qui humilia Carthage sans détruire sa puissance.
- Cependant Rome était devenue à cette occasion une puissance navale dans une Méditerranée qui, jusqu'au XVI<sup>e</sup> siècle, resta le lieu d'affrontement maritime des grandes puissances. C'est pourquoi, le génie d'Hannibal fut, lors de la **seconde Guerre punique** (218-202), de transformer les Carthaginois (c'est-à-dire des Phéniciens), en redoutables fantassins. Ce second affrontement est bien connu, qui montre Hannibal et ses fameux éléphants (une terrible arme psychologique, entre autres) remonter l'Espagne et franchir les Alpes. N'ayant pas osé prendre Rome, Hannibal connut ensuite une série de défaites, et cela jusque sur le sol africain, d'où il dut s'enfuir en espérant vainement trouver en Orient des alliés contre Rome.
- Condamnée à payer un lourd tribut pendant 50 ans (202-152), Carthage honora ponctuellement ses échéances jusqu'à la dernière, puis cessa brutalement de payer. Ce qui nous semble juridiquement

normal était une lourde faute politique : Carthage avait montré que sa puissance économique restait intacte et qu'elle demeurait politiquement dangereuse. Le prétexte le plus futile suffit à déclencher la **troisième Guerre punique** (149-146), dont l'objectif était, comme le voulait tant le censeur Caton, de "détruire Carthage". Les fouilles archéologiques démontrent aujourd'hui la réalité de la destruction. Sa population fut entièrement réduite en esclavage et son domaine, par ailleurs voué aux dieux infernaux et semé de sel, fut annexé par Rome. Carthage fut remplacée, au début de l'Empire par la ville Romaine de Byrsa, puis, après la conquête arabe, par celle de Tunis.

## **B - La conquête de l'Orient**

A partir du IIe siècle av. J.-C., Rome, trouvant un prétexte dans les conspirations orientales d'Hannibal en exil, s'en prit à la Macédoine. Victorieuse, elle déclara avoir libéré les Grecs, et leur imposa une autorité qu'ils ne pouvaient refuser à leur libératrice... Et c'est aussi en se présentant comme libératrice et bienfaitrice qu'elle étendit son autorité au Proche-Orient. L'autorité de Rome ayant été établie sur l'Afrique du Nord, l'Espagne et le Provence à l'occasion des Guerres puniques, l'Empire de la République romaine s'étendait, à la fin du IIe siècle av. J.-C., sur l'ensemble du monde méditerranéen (à l'exception de l'Egypte).

## **C - Les autres conquêtes**

Dans les dernières années de la République, entre César et Auguste, l'emprise romaine s'étendit encore à la Gaule, l'Angleterre et l'Egypte. Mais l'autorité de Rome ne parvint pas à s'établir au-delà du Rhin et du Danube. C'est de là que, dès le IIe siècle, se produisirent des infiltrations barbares qui devinrent bientôt des invasions.

---



Plan du cours



## **Chapitre 3**

### **Les crises sociales et politiques**

-

#### **¶ I - La crise sociale**

- Dans le dernier tiers du IIe siècle av. J.-C., moment où débute la crise de la République, Rome gère sa domination militaire, la prospérité qui l'accompagne et se heurte aux effets pervers de celle-ci.
- Venant des pays conquis, l'or, les esclaves, le blé et les produits agricoles de subsistance affluent, c'est-à-dire que les prix augmentent, sauf ceux des produits agricoles appartenant à l'agriculture traditionnelle des Romains et des Italiens. Ainsi les paysans du Latium et du reste de l'Italie ne parviennent, ni à vendre leurs produits au prix qui les ferait vivre, ni à acheter de quoi s'équiper ou plus simplement entretenir leurs exploitations. Ils s'endettent

auprès des plus riches et, du fait de la mécanique implacable de l'usure antique, se trouvent rapidement dépossédés de leurs biens au bénéfice des propriétaires les plus riches, lesquels constituent de grandes exploitations consacrées à des produits de grand rapport (par ex. vin ou huile d'olive). Les paysans ruinés en sont réduits, soit à devenir des ouvriers agricoles au service des grands propriétaires (situation où il leur sera difficile de se distinguer des troupes d'esclaves venus des pays conquis), soit à tenter fortune en ville où, dit-on, l'argent coule à flots.

- En ville, l'afflux d'esclaves met en péril la classe moyenne des petits artisans, de plus en plus en situation d'infériorité face à la production de type industriel que l'abondance de la main d'oeuvre servile autorise désormais. Quant à l'argent, il se trouve principalement entre les mains de ceux qui constituent les sociétés de publicains (groupes financiers comparables aux grandes Fermes de l'Ancien Régime français), lesquelles prennent à ferme les revenus de l'Etat (perception des revenus contre le paiement de sommes forfaitaires). Ces entreprises financières disposent ainsi de sommes énormes leur permettant de pratiquer la corruption sur une grande échelle et à tous les niveaux de la société. Paysans et artisans ruinés n'ont guère d'autre solution que de devenir les clients des plus riches, monde au sein duquel se retrouvent aussi bien les révolutionnaires généreux que les aventuriers prêts à tout.

## ¶ II - Idéologies en présence

La noblesse se disloque, laissant apparaître deux groupes, également composés de citoyens riches, et que seule l'idéologie distingue.

### § 1 - Les "populaires" (*populares* )

- Ceux-ci affichent des opinions favorables aux couches les plus défavorisées de la plèbe. On rencontre parmi eux des révolutionnaires sincères, mais aussi toutes les variétés de provocateurs, d'opportunistes et d'ambitieux.

- L'outil institutionnel des *populares* est la magistrature du tribunat et les assemblées de la plèbe votant ces plébiscites qui forment l'essentiel de la production législative de l'époque.

## § 2 - Les "meilleurs" (*optimates* )

- Cette seconde catégorie est composée d'hommes persuadés que la société est nécessairement hiérarchisée du fait de la fortune et du talent.
- Leur outil institutionnel est le Sénat.

# ¶ III - Les principaux acteurs de la révolution

## § 1 - Les Gracques (133-121)

- Le début de la révolution républicaine a été marqué par la courte et tragique carrière politique des frères Gracques (Tiberius et Caius Gracchus). Le prestige de leur nom explique que le révolutionnaire social de la révolution bourgeoise de 1789 se soit fait appeler Gracchus Babeuf.
- Lorsque Tiberius Gracchus devient tribun en 133, le problème politique majeur est , à Rome, celui de la répartition de l'*ager publicus* (les domaines conquis par Rome). L'entreprise généreuse des Gracques était vouée à l'échec, tout simplement parce que la plèbe urbaine n'était pas disposée à quitter la ville pour une conversion agricole.
- Tiberius Gracchus, élu tribun en 133, veut simplement reconstituer la classe moyenne. Pour cela, il désire imposer que l'attribution de l'*ager publicus* soit limitée à une surface humaine (à peu près, dans nos mesures

actuelles, 25 hectares, avec un maximum de 50 hectares en tenant compte des enfants.

- Une grande partie de la noblesse étant farouchement hostile à sa politique, l'autre tribun fait opposition à son plan de réforme. Une violente crise politique s'ensuit, avec même des combats de rue (Tiberius est tué dans ces circonstances).
- Caius Gracchus, obtint de l'assemblée de la plèbe ce qui fut à l'origine de la chute de son frère : la possibilité de réitérer son mandat au tribunat. Sa politique sociale le conduit à, proposer une distribution de blé aux plus démunis, à des tarifs réduits. Son idée sera ensuite institutionnalisée, jusqu'à la fin de l'Empire d'Occident, par un système de distribution gratuite de blé à la plèbe. Il sera lui-même tué à l'occasion des troubles politiques causés par sa politique.

## § 2 - Sylla, César, Auguste

- La constitution républicaine, déjà mise à mal par l'épisode des Gracques (non réitération du mandat et inviolabilité du tribun), va voir, du fait de Sylla, tomber un autre tabou : l'impossibilité d'accéder en arme dans l'enceinte sacrée de la ville (*pomerium*).
  - Notons surtout une importante conséquence des crises politiques du dernier siècle av. J.-C. : l'acquisition par tous les habitants de l'Italie de la citoyenneté romaine (mesure annonçant l'édit de Caracalla qui, en 212, donna cette citoyenneté à tous les habitants de l'Empire).
  - Le dernier siècle de la République verra souvent les hommes providentiels (ou pseudo-providentiels) venir en armes à Rome pour exprimer leur prétention au pouvoir. Tel sera Sylla, dans sa tentative de restauration aristocratique, César franchissant le Rubicon, accédant à la dictature et tombant lui-même sous les coups d'une conjuration armée et enfin Octave dont on sait qu'il devint empereur sous le nom d'Auguste en 27 av. J.-C., après que le Sénat lui ait demandé de reprendre les pouvoirs qu'il avait prétendu abandonner.
  - L'histoire de la République romaine se terminait.
-

Plan du cours

[Plan du cours](#)

**Université Paris X - NANTERRE**

**1ère année de DEUG - UP 2 : Histoire du droit**

**(2e semestre de l'Année 2000-2001) - Ière partie, titre II, chapitre 4, sect. 1**

---

## **Chapitre 4**

### **Le Haut-Empire**

**(fin Ier siècle av. J.-C. - fin IIIe siècle)**

-

-

#### **¶ I - La maîtrise de l'espace et du temps**

##### **§ I - Maîtrise de l'espace**

Maîtriser l'espace (géographie, cartographie, voire astronomie) est le préalable scientifique de l'expansion impériale. C'est aussi une nécessité pour la gestion du territoire conquis. En général, l'exactitude scientifique est au service de la découverte et de la gestion d'un empire (équipements routiers, fiscalité, défense). L'erreur peut aussi jouer son rôle (découverte du nouveau monde).

## A - La géographie

- Parmi les légendes à détruire, siège en bonne place le fait qu'on aurait cru, jusqu'aux grandes découvertes de temps modernes, que la terre était plate. En fait, la rotondité de la terre était une théorie philosophique remontant à Pythagore et développée par Platon, théorie expliquant certains faits expérimentaux (disparition du navire à l'horizon) et confirmant une théorie géométrique à la limite de la croyance : la sphère était la forme parfaite.
- Mieux, les Grecs, dans ce foisonnement scientifique d'Alexandrie (rencontre de la philosophie grecque et de la science égyptienne), parvinrent à faire un calcul de la circonférence du globe terrestre, dont le résultat n'est nullement ridicule au regard des moyens dont on disposait alors.
- Si Alexandre ne fut qu'un conquérant laissant sa vie dans sa folle entreprise et non le créateur d'un Empire, c'est peut-être parce qu'il ne connaissait pas les dimensions de la terre. Il n'avait pas été mal formé, loin de là : son précepteur ayant été Aristote, son savoir était encyclopédique. Pourtant il partit conquérir le "bout du monde", avec des géomètres qui calculaient la distance parcourue depuis la Macédoine et la Grèce. Les Romains surent au contraire conquérir ce qu'ils croyaient pouvoir gérer. Ayant une idée approximative des dimensions de la terre, ils savaient qu'il était fou de vouloir étendre leur empire sur son intégralité.
- Eratosthène, qui vécut aux alentours de 276-195 av. J.-C., fut l'auteur de ce tour de force. Vivant à Alexandrie, des voyageurs lui apprirent qu'à Assouan, le 21 juin à midi, on pouvait apercevoir le soleil au fond d'un puits, alors qu'on ne constatait rien de tel à Alexandrie. Le fait, qui aurait convaincu ceux qui n'auraient pas cru en la circularité de la terre, fut aussi perçu comme offrant en outre la possibilité de mesurer sa circonférence. Connaissant, la hauteur d'un obélisque dressé à Alexandrie, Eratosthène mesura la longueur de l'ombre que celui-ci projetait à terre, le 21 juin à

midi. Il obtint ainsi un triangle ; et l'angle que faisait le sommet de l'obélisque avec l'extrémité de l'ombre donnait la fraction de circonférence terrestre correspondant à la distance entre Assouan et Alexandrie. L'angle était de  $7, 2$  : donc la circonférence terrestre représentait 50 fois la distance entre ces deux villes ( $7, 2 \times 50 = 360$ ). Malheureusement il lui était difficile de connaître exactement la distance entre Alexandrie et Assouan (50 jours de chameau). Malgré tout il obtint un résultat donnant à peu près 45 000 kilomètres (au lieu de 40 000, selon nos mesures actuelles). L'erreur était importante mais, compte tenu des moyens de l'époque, nous pouvons juger le résultat sidérant.

- Au II<sup>e</sup> siècle de notre Ere, Ptolémée découvrit qu'Eratosthène avait surévalué la circonférence terrestre. Il refit les calculs, mais en sous-évaluant exagérément : 28 800 kilomètres. En outre il dessina une Asie qui s'allongeait exagérément vers l'Est. C'est cette géographie de Ptolémée qui fit croire à Christophe Colomb que l'Asie était deux fois plus proche qu'en réalité dans un voyage vers l'Ouest. On le sait, l'homme eut la chance de découvrir l'Amérique, mais en restant persuadé qu'il avait atteint des îles proches de la Chine

## **B - Les infrastructures romaines (villes et routes)**

- Rome n'a inventé ni la ville ni la route, mais elle les a utilisées systématiquement pour asseoir son pouvoir. Cette matière mériterait de très amples développements, mais nous devons nous contenter ici de l'élémentaire.
- Les villes existaient en Occident, mais c'est Rome qui, particulièrement dans les régions non touchées par l'expansion grecque, a fait de l'Occident une civilisation urbaine. La ville fut pour Rome, un relais de pouvoir, mais ce fut aussi un lieu d'implantation culturelle que l'architecture matérialisait : rues, places, temples, théâtres, arènes, thermes, etc.
- Quant aux routes, disons que jusqu'aux temps modernes, les Occidentaux ont toujours trouvé plus simple de se déplacer et, surtout, de transporter les marchandises par voie d'eau (cabotage le long des côtes et transports fluviaux). Cependant, on sait l'importance des voies romaines qui, à partir d'un grand U inversé (du Sud de l'Italie au Sud de l'Espagne) faisaient des embranchements aux destinations parfois fort lointaines. Les voies romaines (et aussi, ne les oublions pas! les aqueducs) eurent une importance stratégique, administrative et économique. Mais routes et aqueducs eurent

aussi une importance culturelle, enseignant la technologie romaine (la voûte, une grande invention architecturale : voyez, par exemple le [Pont du Gard](#)) mais aussi son art de vivre (si toutes les routes vont à Rome, tous les aqueducs vont dans des thermes romains!), et même sa religion : les Romains dédièrent les passages en hauteur à Jupiter (*Jovis*, génitif de Jupiter a donné les toponymes de "Joux", "Montjoux" ou "Montjoie" attribués à des cols et des lieux élevés) et les Chrétiens en comprirent l'importance puisqu'ils dédièrent souvent à Saint Michel (le saint le plus élevé dans les cieux) les monts et les passages d'altitude que les païens avaient dédiés à Jupiter.

## § 2 - Maîtrise du temps

Pour l'homme, pauvre mortel, la volonté de maîtriser le temps est un acte de pouvoir absolu. L'histoire nous montre plutôt l'homme soumis, par sa nature autant que par sa culture, aux forces naturelles qui imposent un rythme à sa vie. Tout au plus croit-il pouvoir donner au découpage du temps une explication surnaturelle : Dieu, en créant le monde en 6 jours et en se reposant le septième, nous aurait imposé la semaine. Non seulement l'intervention humaine dans le calcul du temps est la marque du pouvoir, mais notre division du temps est, en Occident, intimement liée au développement du phénomène impérialiste.

### A - Le calendrier

- A Rome, avant César, le calendrier romain, fort complexe, dépendait de l'autorité ecclésiastique. Comme on le rencontre pratiquement partout, le mois était lunaire et était divisé par les calendes (1er jour du mois lunaire), les nones (premier quartier lunaire : 5e ou 7e jour du mois) et les ides (pleine lune : 13e ou 15e jour du mois).
- A l'origine, l'année romaine était de dix mois. Pour mieux faire correspondre l'année civile avec l'année solaire, les pontifes rajoutèrent en un temps archaïque indéterminé, deux mois

supplémentaires parmi ceux qui étaient dédiés à des dieux. On eut de ce fait six premiers mois dédiés à des divinités romaines, plus six mois qui restèrent numérotées de 5 à 10 bien qu'ils correspondissent en fait à la moitié allant du 7<sup>e</sup> au 12<sup>e</sup> mois. Voilà l'explication de ce qui nous fait toujours appeler le 9<sup>e</sup> mois le 7<sup>e</sup> (septembre), le 10<sup>e</sup> mois le 8<sup>e</sup> (octobre), le 11<sup>e</sup> mois le 9<sup>e</sup> (novembre), et le 12<sup>e</sup> mois le 10<sup>e</sup> (décembre).

- Comme l'année romaine ne comptait que 355 jours, les pontifes intercalaient tous les deux ans un mois supplémentaire, mais dans une période qu'ils choisissaient plus pour des considérations politiques qu'astronomiques. Le désordre était tel que le calendrier ne s'accordait plus avec les saisons.
- Jules César reforma ce calendrier, dans l'intention déclarée d'en faire un outil scientifique capable de gérer un empire. C'est pourquoi il retira aux pontifes les pouvoirs qu'ils possédaient en ce domaine et qu'il les remplaça par l'autorité des meilleurs savants d'Alexandrie, lesquels calculèrent un calendrier définitif (malgré la correction de Grégoire XIII, nous l'utilisons toujours), de 365 ou 366 jours, avec une succession de mois de 30 et 31 jours, et un mois de février de 28 ou 29 jours (donc, rien de nouveau depuis). Pour faire correspondre le calendrier de César (calendrier julien) avec l'année solaire, il suffisait d'ajouter un jour tous les quatre ans. Le choix de ce jour est la seule différence avec notre calendrier. De nos jours, nous ajoutons un 29 février. Les Romains, eux comptaient deux 24 février, c'est-à-dire deux fois le 6<sup>e</sup> jour avant les calendes de mars, ce qui faisait de cette année l'année du double 6, l'année "bissextille".
- César voulut aussi que le nouveau calendrier servit sa gloire personnelle. C'est pourquoi il se dédia *quintilis* (le faux cinquième) en créant le mois de *Julius* César (juillet, le mois de Jules) et inscrivit dans le calendrier des fêtes qui commémoraient ses victoires. Auguste fit de même en se dédiant l'ancien *sextilis* (le faux sixième), qui devint le mois d'août (*agosto*, en italien, langue qui rappelle bien sa dédicace à Auguste). Le calendrier julien, adopté par la chrétienté, resta en vigueur jusqu'au XVI<sup>e</sup> siècle. Il est toujours utilisé par l'Église orthodoxe.
- Adopté par la Chrétienté, le calendrier julien fut cependant affecté d'une modification considérable : on lui superposa la semaine. Son origine était biblique, mais les Chrétiens la modifièrent en faisant du dimanche le jour du Seigneur (avec, entre autres, le plus important, le dimanche de Pâques). Cependant la semaine, dont l'origine n'a rien d'astronomique, restera une superposition artificielle sur

le calendrier julien : elle n'est la subdivision exacte ni du mois ni de l'année.

- En revanche, le Christianisme eut la sagesse d'adopter des festivités en quelque sorte "sauvages" pour en faire des fêtes chrétiennes. Le résultat le plus notable fut de fixer la naissance du Christ (dont tout indique qu'elle n'eut pas lieu en hiver) en cette période du solstice d'hiver où les hommes ont toujours fêté la "renaissance du soleil". On peut aussi noter que le solstice d'été (la Saint Jean) a été christianisé tout en conservant des traces d'un primitif culte solaire (les feux de la Saint Jean).
- Pour mettre fin aux difficultés et erreurs engendrées par le calendrier julien, minimes à l'origine (11 minutes par an) mais qui finirent par avoir d'importantes conséquences, Grégoire XIII, aidé comme l'avait été César par les savants de son temps, réalisa en 1582 un nouveau calendrier (d'où, calendrier "grégorien"). Là encore, seule la question du pouvoir d'organiser le temps doit retenir l'attention. Oeuvre d'un Pape, en un temps où la séparation entre l'Eglise catholique et l'Eglise orthodoxe était consommée depuis plus de cinq cents ans, dans une Europe divisée par la Réforme, on comprend qu'il ait été mieux accueilli (bien qu'avec quelques réticences) dans les pays catholiques que dans le reste de l'Occident. L'Angleterre et l'Amérique du Nord ne l'acceptèrent qu'au milieu du XVIIIe siècle. Depuis, il est devenu le calendrier des relations internationales, mais en réservant souvent l'usage d'un autre calendrier, soit pour la vie nationale, soit pour la seule année religieuse. La volonté de marquer par le calendrier le début d'un bouleversement politique reste toujours présente, illustrée par l'expérience française du Calendrier républicain, de 1793 à 1806, et la tentative soviétique, de 1929 à 1940.

## **B - Les heures**

- La question ne se pose pas différemment, au regard du pouvoir, en ce qui concerne les heures, sauf qu'il s'agit de s'intercaler entre les hommes, la nature et les dieux, non pas sur des périodes qui peuvent mettre en cause des civilisations, mais dans le rythme de l'existence quotidienne.
- Faisant la part de ce qui relève exclusivement (ou presque) de l'histoire scientifique et technique, nous retiendrons ce qui se rattache au pouvoir, c'est-à-dire à ce qui relie l'Occident au pouvoir impérial romain.
- A ce propos, retenons d'abord le rôle majeur de l'Eglise, héritière directe des institutions occidentales

en Occident. Auparavant, l'antiquité grecque avait mis au point des techniques pour mesurer le temps de jour (le gnomon ou cadran solaire) et de nuit, notamment grâce à l'écoulement d'eau (la clepsydre, étymologiquement la "voleuse d'eau"). D'autres procédés avaient été utilisés, en Occident et ailleurs (sabliers, chandelles, lampes à huile, bâtonnets d'encens). Mais ce qui est directement à l'origine de la pendule moderne est la volonté de l'Eglise de rythmer la vie des membres du clergé, surtout dans les monastères, puis du reste du peuple chrétien. C'est pourquoi l'horloge fut d'abord une cloche (d'où son nom en anglais ancien et en allemand), marquant grâce à un mécanisme la succession des offices et des prières. C'était à l'origine une mécanique sans cadran, servant à sonner les heures correspondant aux divers temps de la vie ecclésiastique. Puis, ce mécanisme fut utilisé pour faire sonner une ou plusieurs cloches du clocher. Ensuite vinrent les cadrans marquant les heures, puis les minutes et, bien plus tard, les secondes. C'est l'horloge mécanique qui mit fin à la variation des heures selon les saisons, le jour et la nuit. La mécanique imposée par l'Eglise est à l'origine de ce que, depuis le premier tiers du XIVe siècle, nous ayons pris l'habitude de diviser les journées en 24 heures égales. Avant, les heures variaient en fonction du jour, de la nuit et de la période de l'année.

- En outre l'histoire de l'horlogerie de précision entretient un rapport direct avec l'impérialisme occidental. En effet, la découverte du Nouveau Monde et du reste du globe inconnu avant le XVe siècle imposait qu'on puisse naviguer partout en se situant exactement sur la planète. Le calcul de la latitude était relativement facile (par exemple, angle soleil-horizon). Pour la longitude il en allait autrement, compte tenu qu'on ne pouvait apprendre l'astronomie à tous les capitaines, ni mettre des télescopes sur tous les bateaux. La solution était d'embarquer une excellente horloge sur les navires : en la réglant sur l'heure de Greenwich, on pouvait savoir, en fonction de la différence d'heure au lever ou au coucher du soleil par rapport à Greenwich, où l'on se trouvait en longitude. Mais comment faire fonctionner sur un bateau, une horloge à poids et à balancier? C'est pourquoi le parlement anglais, offrit une importante prime à celui qui trouverait un moyen de mesurer exactement la longitude. Elle fut gagnée en 1761 par un inventeur qui avait mis au point un modèle de pendule à ressort, qui, lors d'une traversée atlantique, n'avait varié que de cinq secondes en 9 semaines. La maîtrise du temps rencontrait ainsi la maîtrise de l'espace.
-

Plan du cours

[Plan du cours](#)

**(Rappel : chapitre 4 - Le Haut-Empire, ¶ II)**

-

## **¶ II - La gestion du capital humain**

### **§ 1 - L'alimentation**

Peut-on laisser l'autre mourir de faim? A priori, la réponse du droit romain est affirmative : il faut, pour ne pas mourir de faim, avoir de quoi acheter des aliments, ou bénéficier de la libéralité d'un bienfaiteur (lequel est libre de refuser).

En fait, la rigueur du principe a toujours été perçue comme excessive. En effet le principe du droit romain était indissociable, d'une part de la pratique sociale de la clientèle (il n'était pas rare que le soutien du patron au client soit d'ordre alimentaire), et aussi d'un service public destiné à donner aux pauvres de quoi survivre. L'Occident médiéval héritera du principe juridique, et tentera de concilier à sa façon le droit et

l'humanité.

## **A - A Rome : le service public de l'annone**

- L'annone (*annona*) désignait d'abord la récolte annuelle, puis l'impôt en nature versé par les provinciaux. Elle désigna finalement le service public de l'approvisionnement et de la distribution de vivres.
- A l'origine de ce service administratif, nous trouvons l'initiative de Caius Gracchus (tribun de 124 à 122 av. J.-C.) établissant le principe d'une vente à bas prix (fixé par les assemblées de la plèbe) des aliments de première nécessité. La différence était réglée par le trésor public. On lui reprocha ce qu'on reproche à tous ceux qui proposent des mesures sociales. On l'accusa d'entretenir les parasites, ce qui pouvait parfois être prouvé. En revanche, l'accusation d'empêcher le retour à la terre était sans fondement : très souvent les nécessiteux avaient au contraire été chassés de la terre par les conditions économiques de l'époque.
- D'ailleurs on alla plus loin dans le sens défini par Caius Gracchus, en organisant, jusqu'à la fin de l'Empire d'Occident, des distributions gratuites de vivres. Ce fut l'oeuvre de Pompée, de César et, surtout, d'Auguste. C'est ce dernier qui organisa l'annone sous la forme d'un service public sous la direction d'un Préfet de l'annone.
- Si les circonstances politiques et économiques expliquent les distributions de vivres, le fait que l'Empereur ait voulu s'en réserver l'exclusivité est à lier au thème de l'évergétisme antique (le prestige lié au titre de bienfaiteur public). C'est pourquoi l'Empereur voulut attirer particulièrement l'attention sur cette fonction, attitude illustrée par le fait que le préfet de l'annone fût très vite devenu, en dignité, l'un des plus hauts personnages de l'Etat.

## **B - Depuis le Moyen Age : la question du droit des pauvres**

### **1 - Position du problème**

- Au Moyen Age, les juristes ont redécouvert le droit romain et, avec lui, la justification

doctrinale de la très sévère répression du vol, ainsi que le principe selon lequel il faut utiliser les mêmes contrats pour acheter aussi bien un objet somptueusement inutile que ce qui est nécessaire à la survie. Livrant ses principes, mais pas son service public de l'annonce, Rome enseigne que la société est juridiquement irréprochable lorsqu'elle laisse les pauvres mourir de faim.

- Cependant, le droit romain est accueilli dans une société dominée par les principes de la religion chrétienne, et particulièrement celui de la charité. Cette confrontation de la rigueur juridique à la morale religieuse est à l'origine d'un certain nombre d'interrogations majeures sur les ordres mendiants et le vol en cas de nécessité.

## **2 - La question des ordres mendiants**

- Au XIIIe siècle, apparaissent les ordres mendiants et, parmi ceux-ci, les Franciscains qui prétendirent n'avoir que l'usage de fait des choses nécessaires à l'existence, c'est-à-dire un usage qui n'avait pas besoin du droit pour être justifié.
- Pour eux, vivre dans la pauvreté n'est pas mourir de pauvreté. Il faut au moins manger et être abrité lorsque les éléments sont trop hostiles. Les Franciscains mangent et se logent. Deviennent-ils propriétaires ? Ils répondent qu'ils n'ont que l'usage de fait. Pour eux, encouragés un temps par la papauté dans cette idée, le véritable propriétaire est l'Eglise (qui de ce fait supporte les charges de la propriété sans en avoir les avantages).
- Les choses se sont gâtées avec le pape Jean XXII (1316-1334), qui était un bon juriste de l'Université d'Orléans, et qui rencontra un adversaire à sa taille en la personne de Guillaume d'Occam, défenseur de la cause des Franciscains. Ce qui nous intéresse ici est le fait que, malgré la violence de la querelle, les deux parties n'étaient pas réellement opposées au sujet de l'accès au minimum vital. Qu'il s'agisse de l'absence de droit, chez Guillaume d'Occam, ou du droit divin (ou céleste), chez Jean XXII, chaque camp considérait qu'on n'avait besoin, ni du droit romain ni d'un quelconque autre droit humain, pour avoir accès aux choses nécessaires à la vie : au Paradis terrestre, Adam et Eve n'avaient pas besoin du droit romain pour se procurer de quoi vivre.

### **3 - Le vol en cas de nécessité**

- Contrairement à ce qui vient d'être vu, cette question n'a fait l'objet d'aucun débat au sein de l'Eglise médiévale. Très vite l'unanimité s'est faite à ce sujet tant chez les théologiens que chez les canonistes. Au regard de la doctrine de l'Eglise médiévale, puisque tous les biens avaient été communs à l'origine, ils devaient le redevenir en cas de nécessité : famine affectant la collectivité ou dénuement extrême d'un individu.
- Le droit pénal de l'Ancien Régime, par ailleurs très sévère en matière de vol (peine de mort fréquente), montre une réelle indulgence, tant dans les textes coutumiers que dans la jurisprudence des tribunaux, pour les vols causés par la faim. L'ère industrielle fut beaucoup moins indulgente. Si quelques juges se rendirent célèbres, au XIXe siècle et au début du XXe siècle (entre autres, le juge Magnaud), par des acquittements d'affamés, c'est bien parce qu'il s'agissait d'exceptions ; d'ailleurs leurs décisions furent systématiquement réformées en appel.
- L'actualité montre que la question fait toujours l'objet de débats. Malgré la dureté de l'Ere industrielle, on peut trouver, çà et là, quelques points positifs (notion de minimum vital, extensions de la liste des choses insaisissables, organisations humanitaires).

## **§ 2 - L'entretien des valeurs guerrière**

Quand on ne considère pas son versant chrétien qui, lui, est en grande partie fondé sur la mystique du sacrifice corporel, la civilisation occidentale, telle qu'elle s'exprime dans le droit romain, est fondée sur la censure de la violence, du corps, de la vie et de la mort. Seul le droit pénal y fut longtemps le siège d'une cruauté censurée ailleurs (on l'a vu avec la question de l'alimentation) et c'est pour cette raison que le mot

civilisation désignait à l'origine (au XVIIe siècle) le fait de sortir du droit pénal pour entrer dans le droit civil.

Rappelant en outre que le mot *persona* désignait à l'origine le masque, puis le personnage de théâtre, on peut considérer la vie juridique comme une mise en scène du théâtre de la civilité, censurant ce qu'Antonin Artaud appelait le théâtre de la cruauté.

Or la cruauté (qui désigne aussi ce qui est cru ou naturel) et la violence de l'homme (le seul prédateur qui détruit son espèce) ne peuvent être exclues de la vie civique que si elles sont vécues en tant que spectacle. Qu'on le veuille ou non, l'histoire occidentale nous a montré la nécessité de mettre en scène la violence lorsqu'on l'interdisait dans la réalité quotidienne. La trêve olympique, en arrêtant la guerre au moment de l'affrontement sportif, démontrait que celle-là pouvait remplacer celui-ci.

L'opposition des extrêmes ne doit pas faire oublier l'identité de leur nature. Qu'il s'agisse de l'athlétisme ou des combats de gladiateurs, il s'agit toujours de violence. Même le spectacle de l'effort solitaire (bien que quasiment inexistant dans le spectacle sportif) est la mise en scène d'une violence contre soi. Entre la course à pied et le combat de gladiateurs, où passe la frontière indiquant qu'on quitte le sport pour entrer dans le combat meurtrier? Avec la corrida? Les sports de combat? Où lorsqu'on le sportif accepte de sacrifier à la performance et la victoire sur l'autre sa santé, et donc des années de sa vie? A propos de la difficulté de distinguer le sport du combat meurtrier, rappelons qu'au début du XXe siècle la presse spécialisée commentait en termes sportifs les duels et l'entraînement qu'ils exigeaient.

Il n'est donc pas inconvenant de réunir ici les deux grandes mises en scène de la violence antique : les jeux olympiques et les jeux du cirque.

## **A - Les jeux olympiques**

- On fait en général débiter l'histoire du sport en Occident par celle de l'olympisme grec. C'est oublier le lien originel, dans tous les peuples, entre le sport d'une part, la guerre et la chasse, d'autre part.

D'emblée le sport se perçoit dans son lien avec la violence. Retenons aussi le témoignage des Grecs nous signalant, bien avant l'olympisme, l'existence en Crète de jeux, à la fois sportifs et religieux, consistant à sauter au dessus d'un taureau (à l'origine des diverses formes de tauromachie). Ils signalaient aussi l'existence de compétitions sportives chez "les peuples du Nord". Nous savons maintenant qu'il s'agissait, entre autres, des Celtes (notamment en Irlande) et peut-être des Vikings. Nous avons même l'indication précise de l'origine de certaines épreuves athlétiques inconnues de l'olympisme grec (saut en hauteur et lancer du marteau).

- A l'origine des jeux olympiques grecs nous trouvons la rencontre, au moins depuis le VIII<sup>e</sup> siècle av. J.-C., entre les exercices militaires et le culte religieux. L'origine militaire du sport grec est parfaitement illustrée par l'oeuvre d'Homère qui fut, aussi, la première exaltation littéraire de l'exploit sportif (Achille, le coureur au pied léger, Ulysse, dont le javelot était plus rapide que la flèche, etc.). Mais, annoncé déjà par les exploits d'Hercule, le lien entre le sport et la religion est à l'origine directe des jeux olympiques. Les jeux les plus importants étaient toujours organisés en l'honneur d'un dieu (par exemple Apollon à Delphes) et c'est parce qu'ils étaient dédiés à Zeus (Jupiter pour les Romains) que les jeux d'Olympie l'emportèrent sur les autres.
- A partir du Ve siècle, les sports sont un élément important de l'éducation. Athènes les réserve aux hommes, mais les femmes de Sparte sont célèbres dans toute la Grèce pour leurs qualités sportives. Platon, dont le nom signifie "le bien bâti" et qui fut célèbre pour ses victoires olympiques avant de l'être en tant que philosophe, plaida (après Xénophon) pour que les sports soient accessibles à toutes les femmes de Grèce. En fait la position d'Athènes l'emporta et les jeux olympiques furent réservés aux hommes : on raconte que c'est pour prouver leur masculinité que les athlètes devaient concourir nus.
- Deux raisons expliquent, à partir du III<sup>e</sup> siècle av. J.-C., le déclin des jeux olympiques. On se rendit compte, d'abord, que l'exaltation des valeurs individuelles avait cédé la place au chauvinisme des cités : l'idéal olympique masquait mal les intérêts politiques. Surtout, et par voie de conséquences, le professionnalisme s'installa et l'athlète apparut dès lors, soit sous l'aspect d'un sportif inculte avide d'argent et de plaisirs exclusivement physiques, soit sous celui de l'homme usé, souvent infirme s'il avait été pugiliste (boxeur), et finissant misérablement ses jours.
- Au II<sup>e</sup> siècle av. J.-C., la conquête romaine accéléra leur déclin. Les Romains considéraient

l'athlétisme comme insuffisamment viril en comparaison des combats de gladiateurs. Finalement, l'empereur Théodose Ier, celui-là même qui avait fait du Christianisme une religion d'Etat, convaincu par saint Ambroise de l'origine païenne de ces manifestations sportives, abolit les jeux Olympiques. Rétablis en 1896 grâce à l'action du baron de Coubertin, les Jeux Olympiques furent aussitôt jugés par le royaliste Charles Maurras (qui écrivit un ouvrage sur les jeux d'Athènes) comme plus susceptibles d'exalter le nationalisme que l'internationalisme. Quant à l'utopie de l'amateurisme, on sait ce qu'il faut en penser au regard de la réalité du professionnalisme, tant dans l'Antiquité que de nos jours.

- Notons encore que la religion n'a pas disparu des jeux. Il s'agit aujourd'hui d'une liturgie sans référence précise à un culte donné, sauf évidemment au culte primitif du feu (avec la flamme olympique, une invention des Nazis aux jeux olympiques de Berlin, en 1936).

## **B - Les jeux du cirque**

Signalons d'abord que le cirque est en principe un espace suffisamment grand pour qu'une course de chevaux puisse s'y dérouler et que les combats de gladiateurs avaient lieu, de préférence, dans des amphithéâtres. Ceci dit, nous entendons généralement par les jeux du cirque des spectacles violents dominés par des combats de gladiateurs, entre eux ou avec des fauves. Sachons cependant que, pendant l'importante période de l'année que les Romains consacraient aux jeux (4 mois en moyenne), il y avait plus de courses que de combats.

La violence était dans l'arène et sur les gradins.

### 1 - Violence dans l'arène

- Plus encore que les jeux olympiques, les combats de gladiateurs sont le produit d'une rencontre entre la guerre et la religion. A l'origine le gladiateur est un combattant, mais un combattant qui s'offre ou est offert en sacrifice à l'occasion de l'ensevelissement d'un notable.
- Au cours du IIe siècle av. J.-C., la pratique eut une importance telle que les combats de

- gladiateurs dépassèrent le cadre familial pour devenir des spectacles publics.
- On rapporte qu'en 164 av. J.-C., le public déserta une représentation théâtrale de Térence parce qu'on venait d'annoncer un combat : le théâtre romain amorçait son déclin. Au début siècle suivant, les combats de gladiateurs furent organisés dans le cadre du culte officiel : ainsi des spectacles officiellement publics s'ajoutèrent à ceux que les particuliers offraient à la population. Compte tenu de l'engouement du public et de l'importance des frais, les notables et les ambitieux virent que c'était un excellent moyen de se faire connaître en tant qu'évergète (bienfaiteur public). Par la suite, les empereurs, soucieux d'apparaître, dans ce domaine aussi, comme les grands évergètes, tentèrent d'accorder la priorité aux combats qu'il organisaient.
  - Les organisateurs de combats s'adressait à un entrepreneur qui leur fournissaient des combattants (très méprisé, en tant que marchand de chair quand il ne faisait que cela). Les gladiateurs pouvaient être des criminels condamnés à mort (il s'agissait alors plus d'une exécution que d'un combat), des hommes condamnés, non pas à mort mais à être gladiateur (ceux-ci pouvaient espérer une remise de peine à la suite de nombreuses victoires), des esclaves (cas le plus fréquent), des hommes libres qui s'engageaient volontairement dans la profession (statut proche de l'esclavage), enfin des hommes libres s'engageant pour un seul combat (pour la famille, prime 50 fois plus élevée s'ils mouraient). Ces dernières catégories étaient évidemment les plus appréciées puisqu'elles étaient proches des combattants et à l'opposé des condamnés.

## 2 - Violence sur les gradins

- Qu'il s'agisse de combats de gladiateurs ou de courses de chevaux la violence était aussi sur les gradins.
- Avec les grandes manifestations sportives du XXe siècle, nous avons redécouvert la violence des spectateurs, mais seule l'observation du cirque antique permet d'en comprendre la nature.
- Dans le système romain, le peuple et particulièrement la population de la capitale, celle

qui, juridiquement, incarne au mieux la civilisation, cette même population peut se comporter dans le cirque comme une horde sauvage. Le système institutionnel romain a prévu, dans le cirque, un théâtre de la cruauté où la population peut cesser de jouer le rôle écrit pour chacun dans le théâtre de la civilité.

- La chose concerne au plus haut point le pouvoir impérial. Pour les administrateurs des provinces, mais surtout pour l'Empereur dans la capitale, le cirque est le lieu où l'on s'imposait en tant que chef primitif. Un jour les spectateurs manifestèrent violemment leur hostilité à l'Empereur parce qu'il lisait du courrier administratif. Que signifie l'anecdote? Que, dans le cirque, les spectateurs n'attendent pas de l'Empereur qu'il se comporte en administrateur, en "loi vivante" selon l'expression du droit romain reprise par les pouvoirs occidentaux. Dans le cirque, l'Empereur doit être le mâle qui domine une horde primitive. L'Empereur doit se montrer capable, par l'attitude, le geste et la parole, de dompter la foule.
- En 532, Justinien, défendant une équipe de cavaliers, commit la maladresse de provoquer la foule et de ne pas savoir s'imposer à elle. De chahut dans le cirque, l'hostilité devint révolte dans la rue. Assiégé dans son palais, il dut à la force de caractère de son épouse Théodora de ne pas fuir misérablement. Cet homme, intellectuellement supérieur, n'était pas un bon chef de horde primitive. Si, à ce moment-là, la révolte l'avait emporté, nous n'aurions pas eu les Compilations de Justinien et nous aurions certainement, aujourd'hui, une histoire du droit, mais pas celle-là.

---



Plan du cours

[Plan du cours](#)



**(Rappel : chapitre 4 - Le Haut-Empire, ¶ III)**

-

-

**¶ III - L'Empereur, loi vivante**

- La notion de loi vivante appliquée au prince législateur est d'origine grecque (*nomos empsuchos*): on la voit apparaître dans les monarchies hellénistiques (pour rappel : monarchies issues du démembrement de l'Empire d'Alexandre).
- Sa traduction latine (*lex animata*) apparaît sous le Haut-Empire, au moment où l'empereur devient la clef de voûte des sources du droit. Cette expression sera reprise, au Moyen Age, pour justifier le pouvoir législatif des monarques au sein des Etats modernes, ainsi que la formule, beaucoup plus célèbre, qui est apparue au début du IIIe siècle, affirmant que "ce qui plaît au prince a force de loi".
- Comment en est-on arrivé là? Nous avons déjà signalé ce phénomène en montrant comment les lois républicaines ont été remplacées, au travers du stade intermédiaire des sénatus-consultes, par la législation impériale.

- Approfondissons la question en envisageant la fixation de l'édit des magistrats, le triomphe et la décadence de la doctrine, et la montée en puissance de la législation impériale.

## § 1 - Fixation de l'édit des magistrats

Dès le début de l'Empire, l'édit cessa d'être un facteur de progrès juridique. L'édit des préteurs ainsi que celui des édiles furent définitivement rédigés sous le règne de l'Empereur Hadrien (117-138), moment essentiel en ce qui concerne la mainmise du pouvoir impérial sur les sources du droit.

## § 2 - Triomphe et décadence de la doctrine

La doctrine est la source du droit dont le parcours impérial présente le plus d'intérêt. C'est sous l'autorité de l'Empereur qu'elle permit aux princes de la discipline de s'exprimer, mais aussi de laisser entendre son chant du cygne.

### **A - Le droit de répondre en public (*jus publice respondendi*)**

Le droit de répondre en public montra immédiatement que le pouvoir impérial naissant inscrivait le contrôle de la pensée juridique parmi ses priorités. Institué par Auguste en 23 av. J.-C., il donnait un brevet officiel à certains jurisconsultes. Ceux-ci ne possédaient pas de monopole, mais il est évident que le public les préféra très vite aux autres, d'autant que le choix impérial fut souvent excellent. L'Empereur Hadrien imposa même aux juges de respecter l'opinion concordante de plusieurs jurisconsultes brevetés.

## **B - Les princes de la pensée juridique romaine**

Fruit d'une réflexion remontant au II<sup>e</sup> siècle av. J.-C., la doctrine (*jurisprudentia*) romaine a atteint son apogée au II<sup>e</sup> et au début du III<sup>e</sup> siècle. Les plus grands noms furent Gaius, Paul et Ulpian. On cite encore Modestin, mais pas au même niveau d'excellence. En revanche le "prince des princes" fut Papinien. Tous ces grands noms furent des familiers de la cour impériale, avec tout ce que cette situation impliquait de gloire, mais aussi de risque (assassinat politique).

## **C - La Loi des citations**

- Ce dont il va être question se situe au Bas-Empire, mais nous l'étudions ici en ce qu'il s'agit d'une conséquence directe de la domination de la doctrine par l'autorité impériale, phénomène qui, lui, se situe sous le Haut-Empire.
- Etouffés par une vie bureaucratique, les juristes se multiplièrent au Bas-Empire, mais leur niveau intellectuel se dégrada considérablement. Vint un temps où les juges ne furent plus à même de comparer, sur un point donné, la valeur de l'argumentation des grands jurisconsultes.
- C'est pourquoi l'Empereur Théodose II promulgua, en 426, un texte connu sous le nom de Loi des citations. Il y était établi :
  - - que les "cinq grands", Papinien, Gaius, Paul, Ulpian et Modestin pouvaient toujours être cités à l'appui des prétentions des plaideurs
  - - que les autres jurisconsultes ne pouvaient l'être que s'ils avaient été cités par l'un des "cinq grands" et si on pouvait présenter le manuscrit de la citation
  - - qu'en cas de divergences entre les "cinq grands", la majorité l'emportait, avec une préférence pour l'opinion de Papinien en cas d'égalité.

○

## **§ 3 - Montée en puissance de la législation impériale**

- D'abord dissimulée par l'autorité des sénatus-consultes, la législation impériale se développe de façon autonome à partir du II<sup>e</sup> siècle. Elle devient l'unique source législative à partir du III<sup>e</sup> siècle.
- Tous les actes législatifs de l'Empereur furent groupés sous le terme générique de **constitutions** (à ne pas confondre avec ce que nous entendons aujourd'hui par ce mot).
- Les constitutions impériales étaient rédigées par l'administration centrale de l'Empereur, laquelle était peuplée de fonctionnaires ayant reçu une formation juridique. En d'autres termes, cette législation était produite par une bureaucratie. Mais les Romains l'admirent en établissant en dogme politique que tout ce que produisaient les bureaux était censé être l'oeuvre de l'Empereur. On trouva même une puissante expression, indiquant que l'Empereur intégrait dans son être - et même dans son corps - l'oeuvre bureaucratique : on disait de lui qu'il "avait tous les bureaux (en latin *scrinia*) dans sa poitrine".
- Sous les termes génériques de "constitutions", nous pouvons distinguer 4 catégories d'actes législatifs émanant de l'Empereur :

#### **A - Les édits**

Il s'agit de mesures à portée générale, voisines de ce que nous désignons aujourd'hui comme étant des lois, sauf à préciser que ces lois sont l'oeuvre d'un monarque. Toutes choses égales par ailleurs, on peut rapprocher ces édits des ordonnances du monarque d'Ancien Régime (que d'ailleurs on appelait parfois des édits), voire des ordonnances présidentielles prévues dans certains régimes républicains.

#### **B - Les décrets**

Il s'agissait en fait de jugements. Le Haut-Empire vit s'imposer un système judiciaire où les juges étaient des fonctionnaires impériaux hiérarchisés. Ainsi, la procédure romaine découvrit l'appel qui, du fait du système hiérarchique, aboutissait à l'Empereur. On comprend aisément comment ces jugements firent jurisprudence auprès de fonctionnaires soucieux de ne pas déplaire à l'Empereur et pourquoi le simple fait que celui-ci ait rendu un jugement soit interprété comme un acte législatif.

#### **C - Les rescrits**

Ce sont des actes très nombreux, par lesquels l'Empereur répondait aux questions de ses fonctionnaires, et en particulier à celles des gouverneurs de province. La réponse étant interprétée comme devant s'appliquer à tous les cas semblables, elle devenait aisément une loi d'Empire.

### **D - Les mandats**

Ces actes mettaient aussi en relation l'Empereur et ses fonctionnaires, sauf qu'il ne s'agissait pas de réponses à des interrogations mais d'ordres que l'Empereur prenait l'initiative de donner. Les mêmes directives étant données à de nombreux fonctionnaires, ces actes administratifs étaient, eux-aussi, perçus aisément comme de véritables lois.

---



Plan du cours

[Plan du cours](#)

## S

Le Bas-Empire, que certains appellent aujourd'hui, l'Antiquité tardive (pour éviter une connotation péjorative) est caractérisé par deux phénomènes majeurs :

- **Le partage de l'Empire** - Après un demi-siècle d'anarchie militaire, Dioclétien, dont le règne (284 - 305) marque le début du Bas-empire, tente de résoudre le problème de la succession impériale en instituant en Orient et en Occident un Auguste assisté d'un César destiné à lui succéder. Ce fut le régime de la Tétrarchie (gouvernement à quatre) qui ne fonctionna jamais, mais qui fut à l'origine, malgré quelques tentatives de réunification, du partage en Empire d'Orient et Empire d'Occident. Illustrée par le transfert, par Constantin (306 - 337), de la capitale à Byzance (devenue alors Constantinople), la tendance fut de renforcer la partie orientale au détriment de la partie occidentale, avec comme conséquence la chute de l'Empire d'Occident en 476.
- **La conversion de l'Empereur au Christianisme.** Ce phénomène majeur pour l'histoire occidentale s'inscrit dans le Bas-Empire, mais il est le fait d'une révolution qui conduit à s'interroger aussi sur les rapports entre Rome et le Christianisme dans la période précédente.

# ¶ I - Les chrétiens dans l'Empire païen

## § 1 - Le culte impérial

- Il y avait déjà quelque chose de religieux dans cette inviolabilité tribunitienne que l'empereur avait récupérée. En outre, ce que, dans le vocabulaire chrétien, nous désignons comme "providentiel" était alors présenté comme divin. C'est parce qu'il était apparu comme providentiel que César fut appelé divin et qu'on lui éleva un temple après sa mort.
- En fait, la divinisation de l'Empereur démarra par le culte de son souvenir, puis, de son vivant, par celui de son génie (sa divinité protectrice correspondant un peu à l'ange gardien des Chrétiens). En outre l'extension de l'Empire favorisa l'idée, banale en Orient, d'une relation privilégiée du prince avec les divinités.
- Au premier siècle, la divinisation de l'Empereur intervient après sa mort. C'est un acte législatif qui en est la cause : le Sénat lui confère l'apothéose où, s'il n'a pas été un bon Empereur, procède à la condamnation de sa mémoire. Alors, les Empereurs eux-même n'y croyaient pas beaucoup. Eux-même, ou des personnages de leur entourage, s'en moquaient. Les choses changent à partir du IIe siècle, où les Empereurs sont systématiquement divinisés lors de leurs funérailles. Au IIIe siècle, la divinisation de l'Empereur, et aussi de l'Impératrice, de leur vivant progresse fortement, au point que Dioclétien (dont le règne marque le début du Bas-Empire exigeait des marques d'adoration).
- Les armées impériales furent pour beaucoup dans la diffusion du culte, ainsi que la dédicace à Auguste des implantations romaines dans l'Empire (à l'origine des actuels toponymes Aoste, Aosta, Augst...).
- Le culte impérial fut le premier culte commun à toutes les parties de l'Empire : on soupçonne que la conversion de l'Empereur au Christianisme facilitera considérablement le passage de l'Empire païen à l'Empire Chrétien.

## §2 - Les persécutions

- Au début les Romains ne distinguèrent pas les Chrétiens des Juifs. Très accueillante aux cultes des peuples soumis, Rome recevait dans son Panthéon (signifiant en grec "tous les dieux"), après l'autorisation du Sénat, les divinités de ceux-ci; le dieu des Juifs y avait sa place. Au départ les Chrétiens apparurent comme des fauteurs de troubles à l'intérieur des communautés juives, lesquelles faisaient appel aux autorités romaines pour que les missionnaires chrétiens soient chassés. Ces mesures de polices n'avaient rien à voir avec des persécutions, mais elles expliquent en partie pourquoi le Sénat refusa d'accepter le culte chrétien.
- Le problème fut que le Christianisme toucha très rapidement la société romaine. C'est que, au début de l'Empire, les Romains semblaient être attirés par de nouvelles spiritualités (officialisation à Rome du culte égyptien d'Isis et d'Osiris). En outre, certaines sectes avaient maintenu la doctrine pythagoricienne de la réincarnation et le culte d'Orphée revenu des enfers (d'où une certaine croyance en l'immortalité de l'âme). Si l'on ajoute que le culte d'Orphée faisait état d'un homme source de toute vie que Zeus se serait attribué, on comprend que, malgré une apparente opposition des cultures, il existait un terreau favorable à la nouvelle religion.
- Simplement tolérés pendant deux siècles, les Chrétiens ne furent persécutés qu'accidentellement. En effet, vivant en communautés (désormais distinctes des communautés juives), ils attiraient nécessairement l'attention et n'étaient pas à l'abri d'un accès de folie meurtrière (Néron en 64) ou d'une poussée de violence populaire (Lyon en 177).
- Au début du IIe siècle, une célèbre correspondance entre le gouverneur Pline le Jeune et l'Empereur Trajan, montre qu'il n'y a alors aucune volonté de persécution et que les Chrétiens ne doivent être poursuivis qu'au cas où leurs manifestations publiques sont jugées comme hostiles à la légalité romaine. Cependant, il semble bien que le fait d'être chrétien soit alors très proche d'être considéré comme un délit en soi.
- Il fallut attendre l'anarchie militaire du IIIe siècle pour voir se développer des persécutions systématiques. La volonté de mise en ordre du règne de Dioclétien n'apporta rien de bon aux Chrétiens qui firent alors figure de fauteurs de troubles.

Tout changea, évidemment, avec la conversion au Christianisme de l'empereur Constantin.

# ¶ II - Comment l'Occident est devenu chrétien

## § 1 - De la religion reconnue à la religion d'Etat

- Au début du IV<sup>e</sup> siècle, la conversion de l'empereur Constantin fait du Christianisme une religion reconnue, qui deviendra très vite une religion privilégiée, richement dotée en bâtiments et en terres (entre autres le palais de Latran et la construction d'une basilique sur la tombe de Saint Pierre (origine de l'actuelle basilique du Vatican), et en outre largement favorisée par des privilèges et fiscaux. En revanche c'est un faux, rédigé, vraisemblablement au VII<sup>e</sup> ou au VIII<sup>e</sup> siècle (la *Donation de Constantin* ), qui laissa croire jusqu'au XII<sup>e</sup> siècle que Constantin avait investi l'Eglise du pouvoir de nommer l'empereur.
- Constantin n'avait pas interdit les autres cultes. Tout changea lorsque, en 380, dans l'édit de Thessalonique, l'empereur Théodose fit du Christianisme une religion d'Etat. C'est alors que l'Occident découvrit l'intolérance et que Rome se fabriqua des ennemis de l'intérieur. Les païens, les hérétiques et les Juifs devinrent des citoyens de seconde zone, grevés d'incapacités juridiques et administratives.
- Au VI<sup>e</sup> siècle, les Compilations de Justinien donnèrent une base légale à l'antijudaïsme religieux (Nouvelle 146 déclarant que les Juifs faisaient des interprétations insensées de la Bible). Cet antijudaïsme religieux se transforma très vite en ségrégation physique (ne pas vivre ensemble, ne pas manger ensemble, pas de liens de domesticité, etc.) et aboutit, d'abord dans l'Espagne du XV<sup>e</sup> siècle à l'antisémitisme racial : les mesures prises contre les Juifs convertis au Christianisme (les *conversos* ) conduisirent les familles chrétiennes à faire des recherches généalogiques pour prouver leur "pureté de sang".

## § 2 - Rapports entre l'Eglise et l'Etat

### A - Le Césaropapisme

- Cette expression désigne la situation de l'Eglise par rapport à l'Empire à la fin de l'Empire d'Occident. Au départ, l'évêque de Rome possède une influence négligeable par rapport à celle de l'Empereur : l'Eglise est favorisée, mais maintenue dans une situation de sujétion.
- Les dogmes (tel celui de la Sainte Trinité), les principes majeurs de la discipline ecclésiastique, la lutte contre les hérésies, tout ceci dépend de grands conciles. Ceux-ci sont en grande partie tributaires de l'Empire. En effet, à une époque où la piraterie sévit en Méditerranée, la sécurité des transports d'évêques dépend du pouvoir impérial. En outre, seul l'Empereur peut assurer le bon ordre des réunions conciliaires, lesquelles, en cette période propice aux hérésies, sont souvent perturbées par de violentes querelles. Enfin, la seule façon de faire accepter, sur l'ensemble du territoire chrétien, une décision conciliaire (même un dogme!) est d'en faire une loi impériale : c'est pourquoi le Code de Justinien débute par le titre suivant : "Au sujet de la Sainte Trinité et pour que personne n'ose la contredire".

### B - La supériorité du pouvoir spirituel

- Reposant essentiellement sur la force matérielle de l'Empire, le Césaropapisme sera nécessairement remis en cause par les premiers signes de faiblesse de l'Empire d'Occident.
- Au début du Ve siècle, un simple coup de main permit aux Wisigoths de se livrer au pillage de Rome (410). L'affaire eut un retentissement considérable dans tout l'Empire. Ce fut aussi ce qui inspira à Saint Augustin une réflexion qu'il développa dans les dernières années de sa vie et qu'il publia dans sa célèbre Cité de Dieu (427). A ceux qui accusaient le Christianisme d'avoir affaibli Rome, il répondait que les barbares avaient détruit les monuments publics, mais avaient respecté les Eglises. Surtout, comprenant que l'Empire d'Occident pouvait être détruit, il soutenait que la Cité de Dieu

n'existait pas seulement au Ciel et que son existence terrestre était, elle, indestructible.

- Prolongeant la pensée de Saint Augustin, le Pape Gélase, dont le pontificat se situe quelque temps après la chute de l'Empire d'Occident (492-496), eut une influence déterminante sur la pensée politique du Moyen Age en établissant fermement la distinction du pouvoir spirituel et du pouvoir temporel, mais aussi la supériorité du spirituel : devant Dieu le Pape est responsable de l'Empereur.

---



Plan du cours

[Plan du cours](#)

**Université Paris X - NANTERRE**

**1ère année de DEUG - UP 2 : Histoire du droit**

**(2e semestre de l'Année 2000-2001) - Ière partie, titre III, chapitre 2**

---

# **Chapitre 2**

## **L'Empire médiéval**

-

-

### **I - L'Eglise et l'Empire**

- La restauration du titre impérial au profit des Carolingiens s'est effectuée de telle façon que le spirituel et le temporel y ont, pendant quelque temps, trouvé leur compte. Le Pape obtenait un soutien militaire, entre autres contre les Lombards, les Carolingiens confirmaient religieusement, par le sacre et le couronnement, une

légitimité conquise par les armes. Mais, imposé par leur résistance face aux invasions arabes (première moitié du VIIIe siècle), les Carolingiens ne purent surmonter leur défaite face aux Normands (fin du IXe siècle), à laquelle s'ajouta leur impuissance face aux raids des Sarrasins et des Hongrois.

- L'empire d'Occident ayant été restauré en pays germanique par Otton (deuxième moitié du Xe siècle), la papauté entra en conflit avec ce nouvel Empire un siècle plus tard et fut tellement occupée par ce formidable affrontement qu'elle ne s'aperçut pas que ses prétentions ne pourraient survivre à la montée en puissance d'un nouveau pouvoir politique, celui des Etats modernes.
- Attisé par la Querelle des investitures (qui doit nommer des évêques utiles tant au pouvoir temporel qu'au pouvoir spirituel?), le conflit, dans lequel l'Eglise disposait de deux efficaces armes spirituelles (l'excommunication et le pouvoir de délier les sujets de leur serment envers l'Empereur), sembla se dénouer à l'avantage de l'Eglise au début du XIIe siècle, avantage qui sembla définitif lorsque, au milieu du XIIIe siècle, la défaite de l'empereur germanique fut renforcée par un interrègne de plus de trente ans, à la suite duquel les nouveaux empereurs germaniques eurent rarement des ambitions autres qu'allemandes.
- C'est alors que les auteurs ecclésiastiques développèrent dans ses conséquences extrêmes une théorie qui avait son apparition, à l'occasion de la Querelle des investitures, dans les *Dictatus papae* de Grégoire VII : la plénitude de pouvoir, en latin *plenitudo potestatis* (notez l'utilisation du vocabulaire romain dans le langage politique). Dans la deuxième moitié du XIIIe siècle, la plénitude de pouvoir est devenue une notion totalitaire. L'Eglise ne peut tolérer un autre pouvoir que celui du Pape. Selon la théorie des deux glaives, le pape détient aussi bien le glaive spirituel que le glaive temporel. Il confère le second au prince pour qu'il en fasse l'usage que le Pape lui précise. Ne tolérant pas les corps étrangers, l'Eglise, et elle seule, peut demander à celui qui détient le glaive temporel d'en faire usage contre les infidèles et les hérétiques (croisade et exécution des sentences capitales des tribunaux d'Inquisition).

## ¶ II - L'apparition des Etats modernes

## § 1 - Les événements

Toute occupée à sa lutte contre l'Empire, la Papauté n'a pas vu la montée en puissance de nouvelles réalités politiques qui seront à l'origine des Etats modernes. Elle a même encouragé l'affirmation du pouvoir royal en France, lequel se révélera pourtant le plus efficace adversaire de la théocratie pontificale.

- Au début du XIII<sup>e</sup> siècle, le Pape crut habile de soutenir les prétentions du roi de France contre un Empereur germanique considérant les princes européens comme de simples gouverneurs de province. A deux reprises, le Pape affirma l'indépendance du Roi de France (il s'agissait de Philippe Auguste). En effet, selon la doctrine pontificale :
  - le Roi de France n'avait pas de supérieur dans l'ordre temporel. A propos d'une affaire de légitimation d'enfants, le pape affirma que le Roi de France devait s'en référer à lui, puissance spirituelle, puisqu'il "n'avait pas de supérieur dans l'ordre temporel". Donc, et contrairement à ce qu'aurait voulu l'Empereur germanique, le Roi de France était autre chose qu'un subordonné de celui qui se voulait l'héritier de l'Empereur d'Occident.
  - en outre, le pape estimait que le roi de France avait raison de demander que le droit romain, qui affirmait la primauté impériale, ne soit pas enseigné à Paris : le pape lui donna raison en interdisant l'enseignement du droit romain à Paris (Bulle *Super specula* de 1219)
- La disparition de l'enseignement juridique à Paris (de 1219 à 1669) fit, au moins en un premier temps, la fortune de l'université d'Orléans qui devint, à la fin du XIII<sup>e</sup> et au début du XIV<sup>e</sup> siècle, une espèce d'école d'administration utilisée tant par l'Eglise (nombreux évêques français et même plusieurs Papes d'Avignon) que par un Roi de France découvrant enfin l'utilité de juristes dévoués à sa cause. Les "légistes" (juristes soutenant le pouvoir royal) parvinrent ainsi à retourner le droit

romain en faveur du roi de France : il suffisait de mettre "le Roi" partout où le droit romain mettait "l'Empereur". L'opération doctrinale fut couronnée par une formule mettant fin à toute controverse (d'autant que la doctrine avait été précédée, à Bouvines, par la victoire militaire) : "Le roi est empereur en son royaume".

- Dans la deuxième moitié du XIII<sup>e</sup> siècle, l'Empereur étant éliminé, la rivalité entre le temporel et le spirituel ne pouvait plus opposer que le Pape et le Roi de France. Le conflit éclata entre le Roi Philippe le Bel et le Pape Boniface VIII, à propos de la contribution fiscale du clergé. De lettre en lettre le débat s'envenima, au point que Philippe le Bel fit saisir le Pape pour le faire juger par un concile (attentat d'Anagni), outrage qui causa, quelques mois plus tard, la mort de Boniface VIII (1309). La folle ambition d'une théocratie totalitaire se termina par le transfert du siège pontifical en Avignon (1309-1377), suivi par le Grand schisme d'Occident (1377-1417) où l'on vit à la fois deux papes (parfois 3) s'excommuniant mutuellement et où les évêques réunis en concile tentèrent de prendre le pouvoir, tout cela dans une atmosphère de fin de l'Eglise qui, en ajoutant le contexte de la Guerre de cent ans et de la peste noire, était perçue comme l'annonce de la fin du monde (ce qui explique la grande vogue, au XV<sup>e</sup> siècle, des tableaux, fresques et textes représentant des danses macabres).

## § 2 - La théorie politique

On comprend aisément que le désastre politique subi par l'église se soit accompagné de conséquences doctrinales. Mais il peut paraître surprenant que l'affirmation de l'autonomie du pouvoir temporel ait d'abord été le fait d'auteurs ecclésiastiques. Pourtant Guillaume d'Occam et Marsile de Padoue, tout deux théologiens du XIV<sup>e</sup> siècle, en furent les initiateurs. Il n'est pas question de réduire en quelques formules une révolution de la pensée occidentale sur laquelle une oeuvre majeure a été écrite (Gérard de Lagarde, *La naissance de l'esprit laïque*). Notons cependant quelques observations qui firent mouche. D'abord que l'Ancien Testament, qui justifie abondamment

l'autorité du Roi, ne parle jamais d'un pouvoir qui ressemblerait à celui Pape, ensuite qu'Aristote, dont Thomas d'Aquin avait fait le philosophe par excellence (dans les textes médiévaux, on n'écrivait pas "Aristote" mais "Le Philosophe"), avait démontré que la Cité (c'est-à-dire, le Royaume, puis l'Etat) était le lieu où l'homme, animal politique, se réalisait pleinement.

- Dès lors on ne pouvait plus concevoir le pouvoir temporel à l'intérieur du pouvoir spirituel, mais on devait inverser l'optique : le prince tendait à apparaître comme le chef de l'Eglise nationale. C'est ce qui a donné, entre autres, le schisme en Angleterre (Eglise anglicane) et des concordats favorable à l'autorité du roi, puis du chef de l'Etat français (Gallicanisme). A noter que, pour les diocèse de Strasbourg et de Metz, le Président de la République française est toujours, du fait du maintien local du concordat de 1801, l'autorité ecclésiastique supérieure (nomination et rémunération des officiers du culte).

---



Plan du cours

[Plan du cours](#)

**Université Paris X - NANTERRE**

**1ère année de DEUG - UP 2 : Histoire du droit**

**(2e semestre de l'Année 2000-2001) - IIe partie, titre I, chapitre 1**

---

# **Chapitre 1**

## **Apparition du livre de droit**

Avant de désigner un recueil juridique, le code est d'abord apparu, dans l'histoire du livre, comme un support particulier de l'écrit, destiné à recevoir des textes de toute sorte. Il est donc particulièrement important de signaler d'emblée que ce support matériel ait finalement été assimilé à cette oeuvre législative que nous connaissons sous ce nom.

-

**¶ I - Invention du *codex***

- Jusqu'au début de l'Ere chrétienne, les livres s'écrivaient sur des rouleaux de papyrus ; on y écrivait sur une seule face. Ce support s'appelait un *volumen* (du latin *volvere* : tourner, rouler) ; c'est l'origine du mot français "volume". La *Thora* de la religion judaïque se présente toujours sous cet aspect.
- Lorsque les Grecs et les Romains désiraient prendre des notes rapides, ils utilisaient une tablette couverte de cire : on y écrivait avec un stylet et on effaçait en grattant et en égalisant la cire. A la fin de l'Ere préchrétienne, les Romains, lorsqu'ils voulaient prendre des notes plus volumineuses, avaient pris l'habitude de relier quelques tablettes de ce genre. C'est cet objet qui fut d'abord appelé un *codex*, mot qui désignait à l'origine le tronc d'arbre, la souche, le poteau (donc référence au bois supportant la cire).
- Au début de l'Ere chrétienne, plus particulièrement dans le cours du IIe siècle (c'est-à-dire à la grande époque de la pensée juridique romaine), une révolution se produisit dans l'histoire du livre : le *codex* désigna un support de l'écrit fait de nombreuses feuilles de papyrus, écrites sur les deux faces et reliés en utilisant la technique mise au point pour les tablettes de bois recouvertes de cire. Ainsi, la signification du *codex*, donc du code, fut celle du livre relié quel que soit le texte écrit. Cependant on vit très vite que c'était un outil idéal pour recueillir des textes de lois : possibilité de feuilleter rapidement pour retrouver un texte, possibilité de numéroter, de faire une table des matières, un index, etc. A noter qu'apparut à la même époque le mot manuel (avec le *Manuel* d'Epictète), mais que le livre qui désigna alors l'ouvrage de pédagogie juridique fut "les Institutes". Etait un manuel tout ouvrage dont le format permettait cette révolution dans la vie des lecteurs : pouvoir tenir un livre dans la main.

## ¶ II - Invention du livre moderne

La caractéristique du livre moderne est d'être un objet industriel de grande diffusion. En ce domaine, nous distinguerons

la révolution du XIII<sup>e</sup> siècle des derniers perfectionnements techniques.

## § 1 - La révolution du XIII<sup>e</sup> siècle

- Au XIII<sup>e</sup> siècle, le livre cessa d'être une pièce unique, sur laquelle des générations d'auteurs-lecteurs rajoutaient des gloses, et cela particulièrement lorsqu'il s'agissait d'ouvrages juridiques. A cette époque le livre de droit se présente sous l'apparence d'un texte principal entouré de gloses qui ne s'enrichissent plus de nouveaux apports. Au XII<sup>e</sup> siècle, chaque manuscrit avait ses propres gloses. Au XIII<sup>e</sup> siècle, on trouve le même ensemble de gloses partout. En ce qui concerne les textes de Droit romain (Compilations de Justinien, plus le Livre des fiefs ajouté, avec l'approbation de l'Empereur germanique, pour adapter le droit aux réalités féodales inconnues de Rome), la **Glose** ou (**Glose ordinaire**) fut rédigée, en réunissant les gloses de ses prédécesseurs, par **Accurse** aux alentours de 1230 (c'est pourquoi, de nos jours on appelle communément la **Glose ordinaire**, la **Glose d'Accurse**, alors que le droit ancien disait plutôt la **Glose**)
- Auparavant tous les livres étudiés avaient fait l'objets de gloses, mais c'est dans le domaine des livres de droit que la technique fut systématique (pour des raisons intellectuelles que nous aurons à préciser). C'est pourquoi les juristes du Moyen Age furent appelé, au moins jusqu'au XIII<sup>e</sup> siècle, des Glossateurs. A cette époque, les ouvrages juridiques se présentaient comme un texte de droit romain entièrement entouré de gloses. Les [premières éditions imprimées](#) n'en changèrent pas la forme. Puis les imprimeurs se contentèrent de gloses en bas de page. Telle est l'origine des notes de bas de pages, qu'on rencontre aujourd'hui dans tous les genres littéraires : le roman est lui-même concerné, bien que le phénomène affecte surtout la littérature savante.
- Désormais, le texte du livre était fixé. Le temps était donc venu d'en organiser la production industrielle. La révolution dans l'histoire de la fabrication du livre ne fut donc ni l'invention du papier, ni même l'imprimerie, mais la mise en place d'un système de copie de type industriel.
- Jusqu'au premier tiers du XIII<sup>e</sup> siècle, celui qui voulait copier un livre louait ou empruntait un

manuscrit pour le recopier du premier au dernier mot : pendant tout ce temps-là le manuscrit-modèle était immobilisé. A partir de cette période, des libraires se spécialisèrent dans la location d'ouvrages à recopier. Chaque oeuvre était divisée en cahiers (en latin une cahier est une *pecia* , une pièce). Supposons que le Digeste ait été divisé en 50 cahiers : 50 copistes, au lieu d'un, pouvaient le copier ensemble. C'est donc un siècle avant la diffusion du papier en Occident, et deux siècles avant la redécouverte de l'imprimerie, que le livre occidental entra dans l'histoire industrielle.

## § 2 - Les derniers perfectionnement techniques

En fait, le livre moderne était inventé au XIIIe siècle. Il bénéficiera ensuite de divers perfectionnements qui, culturellement furent d'importance équivalente entre eux, mais sans comparaison avec la révolution du XIIIe siècle.

Il s'agit du papier et de l'imprimerie.

### A - Le papier

- La chute de l'Empire avait privé l'Occident de certaines ressources, entre autres du papyrus. On se mit donc à écrire sur du parchemin, c'est-à-dire sur de la peau de bête (il nous en reste un mot, le vélin désignant à l'origine une fine peau de veau mort-né). Ce support était particulièrement cher : un manuscrit de qualité moyenne coûtait, dans la Bologne du XIIIe siècle, le salaire annuel d'un portier de la ville. C'est pourquoi l'écriture exigeait de nombreuses abréviations, afin de mettre le plus de choses sur chaque pages (on trouvera les principales abréviations par l'intermédiaire du [Portail de l'étudiant en histoire du droit](#)).

- Inventé par le Chinois dans les premiers siècles de notre ère, l'art de fabriquer du papier a été transmis en Occident par les Arabes, d'abord en Espagne et en Italie aux XIe et XIIe siècles. Les artisans italiens ont, non seulement utilisé l'énergie fournie par le moulin à eau, mais ont en plus transformé la technique de fabrication (battoirs à mouvement alternatif).
- Dans le courant du XIVe siècle, le papier se répand dans les sites universitaires, ce qui encourage la prolifération des intellectuels, mais trop souvent aux dépens de la qualité (avec cependant de belles surprises).
- Jusqu'au XIXe siècle, le papier fut fabriqué à partir de chiffons. Sa qualité était extraordinaire : conservé dans des conditions normales, un manuscrit sur papier du XIVe siècle a pratiquement conservé la qualité du neuf. Au XIXe siècle, la diffusion du livre, mais surtout, à partir des années 1830, de la presse populaire, rendit cruciale la question de la matière première du papier (voir *Les Illusions perdues* de Balzac). Le choix industriel fut finalement d'utiliser le bois. Cependant le papier fabriqué à partir du bois possède une durée de vie très limitée (les livres imprimés il y a plus de 120 ans commencent parfois à se désagréger). La solution est donc de sauver l'imprimé par l'édition électronique, tout aussi limitée en durée (un siècle, dit-on) mais reproductible, avant l'échéance fatale, très rapidement et pour un coût quasiment négligeable.

## **B - L'imprimerie**

- Qu'il s'agisse de l'Occident ou de l'Orient, l'invention de l'imprimerie a été précédée par celle du sceau (qui imprime au moins quelques lettres) et celle de la xylographie utilisant la gravure sur bois pour reproduire des dessins parfois accompagnés de textes. En Occident, le développement de la xylographie a été lié à l'apparition du papier aux XIVe et XVe siècles ; et,

à la même époque, à l'engouement populaire pour les images pieuses (comportant parfois des textes d'une longueur non négligeable) et... les cartes à jouer!

- L'imprimerie se distingue de la xylographie en ce qu'elle utilise des caractères mobiles. Les Chinois, qui connaissaient déjà la xylographie au début de notre ère chrétienne, ont inventé les caractères mobiles (en argile cuite ou en résine solidifiée) au XI<sup>e</sup> siècle. Mais ce sont les Coréens qui mirent au point une technique fiable en inventant, au XIII<sup>e</sup> siècle, les caractères mobiles en métal fondu, technique qui fut vite reprise par la Chine et introduite ensuite au Japon. Pourtant ce n'est pas en Asie que se développa d'abord l'imprimerie. La première raison est d'ordre linguistique. L'écriture chinoise et l'écriture japonaise sont faites d'idéogrammes si nombreux qu'un lettré peut passer toute une existence d'érudition sans connaître tous les signes de son écriture nationale : combien faut-il de casiers dans un atelier typographique chinois au japonais? En revanche, la langue coréenne est devenue alphabétique au XV<sup>e</sup> siècle : on pouvait désormais l'imprimer en n'utilisant que quelques dizaines de caractères. Pourtant, l'imprimerie coréenne ne se développa que tardivement, et cela pour des raisons politiques : la nouvelle invention était réservée à l'usage interne de la cour ou pour placarder un ordre à la population. Il n'y avait donc pas de quoi faire vivre une industrie de l'imprimerie. Lorsqu'on voulait produire un texte calligraphié pour la cour, ou un ordre à diffuser dans le royaume, le plus simple était de faire graver une planche de bois. C'est pourquoi la xylographie l'emporta en Asie sur l'imprimerie, et cela jusqu'à l'ère industrielle.
  - Si l'imprimerie passe pour une invention occidentale, c'est parce que s'était développée dans les universités du XIII<sup>e</sup> et du XIV<sup>e</sup> siècle une industrie du livre. C'est ce qui manquait en Asie.
  - Gutenberg, un orfèvre de Mayence, et ses associés, réalisèrent dans les années 1430-1450 une série d'inventions et de mises au point qui débouchèrent immédiatement sur la création d'entreprises industrielles mécanisant l'industrie manuelle du livre et faisant de celui-ci un produit de grande diffusion avec, dès les premières années, deux secteurs commerciaux : l'édition savante et le livre populaire diffusé par colportage.
-

Plan du cours

[Plan du cours](#)

# Chapitre 2

## Le mouvement de codification

- Bien que le *codex* ait rapidement désigné de préférence un recueil de textes législatif (mais pas uniquement : cf. le *codex* des pharmaciens contenant les médicaments acceptés par la profession), les codes anciens et modernes ont désignés des oeuvres très différentes : des codifications et des compilations.
- Une compilation est un simple regroupement de textes pour en faciliter la consultation ; une compilation est une oeuvre publique (sa forme est alors celle d'une loi ou d'un règlement) ou privée.
- Une codification est toujours publique : réunissant des textes législatifs et réglementaires, une codification est

toujours - elle-même - une loi (plus généralement, un texte à valeur législative). En outre la codification se veut créatrice : concilier des sources de diverses origines et de diverses périodes, réformer le droit en fonction de l'évolution d'une société, s'inspirer d'une philosophie juridique, adapter le droit au présent et à l'avenir, etc.

- Il faut bien dire qu'une distinction aussi tranchée entre la codification et la compilation est en fait relativement moderne et qu'elle doit beaucoup au prestige propre du Code civil français de 1804. En ce qui concerne Rome, nous avons eu des codes qui étaient des compilations et des compilations qui étaient des codes.

## ¶ I - Les codes avant Justinien

- Rappelons le grand précédent du Code d'Hammurabi, qui se distingue des "codes" antérieurs en fonctions des critères précités et en particulier par la réflexion sur la justice que le texte et l'illustration démontrent. En ce qui concerne la Bible, le Décalogue est un texte fondateur, mais le Code de l'Alliance et le Deutéronome sont de véritables codifications.
- Notre propos étant principalement celui du code après l'apparition de ce support du texte, distinguons les codes privés du Code théodosien.

### **§ 1 - Les codes privés.**

Les premiers codes romains furent de simples compilations de constitutions impériales (rappelons que les constitutions impériales sont le terme générique désignant toute l'oeuvre législative, réglementaire, voire judiciaire de l'empereur). Il s'agit du Code Grégorien (rédigé au plus tard en 291) et du Code Hermogénien (ajoutant au premier des constitutions allant jusqu'en 294). Ces

oeuvres privées furent composées, à des fins pratiques, par deux de ces professeurs qui enseignaient dans les écoles de droit de l'époque (on pense qu'il s'agirait de l'Ecole de Beyrouth).

## § 2 - Le Code Théodosien (438)

- Le Code Théodosien, promulgué par l'empereur Théodose II à Constantinople et par l'empereur Valentinien III à Rome, fut le premier Code officiel publié dans l'Empire Romain. Il reprend toute la législation impériale depuis Constatin, mais avec une véritable volonté codificatrice : élimination des mesures désuètes et suppression des contradictions.
- L'Empire d'Occident s'étant écroulé en 476, le Code Théodosien fut le seul code impérial connu en Occident, du Ve au XIe siècle. En fait il fut surtout connu au travers du *Bréviaire d'Alaric*, c'est-à-dire la "loi romaine des Wisigoths" rédigée par le roi Alaric à l'usage de ses sujets gallo-romains. Notons cependant que, très vite, les concepts véhiculés par le Code de Théodosien ou le Bréviaire d'Alaric furent incompris des barbares, et cela jusqu'à la renaissance intellectuelle des XIe et XIIe siècles et à la découverte en Occident des Compilations de Justinien.

## ¶ II - Les Compilations de Justinien (529-534 pour l'essentiel, 534-565 pour les Nouvelles)

- Les Compilations de Justinien ne sont pas des compilations dans le sens actuel du terme. Il s'agit au contraire

d'une immense oeuvre codificatrice, s'appliquant d'ailleurs à d'autres sources juridiques que des textes législatifs ou réglementaires. Les juristes du Moyen Age les ont appelées le Corps du droit civil (*Corpus juris civilis*), ce qui illustre mieux l'ampleur monumentale de l'entreprise.

- L'empereur Justinien voulait restaurer la grandeur de Rome, militairement (reconquête provisoire d'une partie de l'Italie, de l'Afrique du Nord et de l'Espagne) et intellectuellement, en élevant un monument au droit, c'est-à-dire à ce que les Romains ont toujours conçu comme étant au coeur de leur civilisation. Il confia cette mission à une équipe de juristes dirigée par Tribonien, un professeur de l'Ecole de Droit de Constantinople. Le résultat fut la publication de ces oeuvres majeures que sont le Code et le Digeste, et d'ouvrages de moindre importance, les Institutes et les Nouvelles.

## § 1 - Le Code de Justinien

Comme le Code Théodosien, le Code de Justinien (divisé en XII livres pour rendre hommage aux XII Tables, fondatrices du droit romain) est un recueil de constitutions impériales, mais la mission confiée à l'équipe de Tribonien était d'une autre ampleur. D'abord du fait de la période : de Hadrien à Justinien (du II<sup>e</sup> au VI<sup>e</sup> siècle). Il fallait en outre, après avoir divisé les matières en livres et en titres, composer les titres en sélectionnant des textes, et aussi en donnant une importance générale à ce qui pouvait être limité ou circonstanciel, ou à l'inverse en retranchant ce qui était obsolète, voire en adaptant les textes aux nécessités du VI<sup>e</sup> siècle. Le Code fut promulgué en 529, puis réédité, avec quelques adaptations et compléments en 534.

## § 2 - Le Digeste

- Le mot désigne ce qui est réparti partout en n'excluant rien (la "digestion" a la même origine!). L'ouvrage est aussi désigné par un mot grec qui indique la totalité de ce qui peut être enseigné (les Pandectes).
- Le Digeste fut l'oeuvre la plus extraordinaire. D'abord, parce qu'à la différence du Code elle n'avait pas de précédent. Ensuite parce qu'il s'agissait de réunir toute l'oeuvre doctrinale (la jurisprudence des Romains) depuis le IIe siècle av. J.-C. jusqu'au IIIe siècle, puis, après avoir découpé, regroupé et aménagé les passages des multiples auteurs, construire un ouvrage qui en 50 livres divisés en titres embrasserait toute la pensée juridique romaine pour l'adapter au besoins de l'époque. Signalons, pour ajouter son originalité à l'ampleur de l'oeuvre, qu'en l'occurrence la technique codificatrice a été utilisée pour de la doctrine ; ce qui fait que la doctrine utilisée, lorsque le Digeste fut promulgué en 533, devint ainsi de la législation étatique. Les juristes médiévaux ne s'y sont pas trompé : ils définirent comme étant des "lois" tous les fragments du Digeste.

### **§ 3 - Les autres oeuvres**

#### **A - Les Institutes (533)**

- Les Institutes furent un manuel, très synthétique, destiné à la formation des futurs juristes. Cette oeuvre doit beaucoup aux Institutes de Gaius (l'un des "princes de la jurisprudence", au milieu du IIe siècle).
- La rédaction par l'empereur d'un manuel officiel peut surprendre, mais c'est cependant une démarche à rapprocher de celle de Napoléon prescrivant que les étudiants en droit fassent leur formation en étudiant ses codes.

#### **B - Les Nouvelles**

De 534 à 665, Justinien produisit encore une abondante législation. On l'a publiée dans le livre des Nouvelles, c'est-à-dire des Nouvelles constitutions (*Novellae constitutiones*). C'est la seule oeuvre qui corresponde à une compilation dans le sens où nous l'entendons aujourd'hui. L'importance des textes est très inégale et on ne perçoit pas de réel effort de construction.

---

Plan du cours

[Plan du cours](#)

**Université Paris X - NANTERRE**

**1ère année de DEUG - UP 2 : Histoire du droit**

**(2e semestre de l'Année 2000-2001) - Ie partie, titre II, chapitre 1**

---

# **Chapitre 1**

## **Personnes, choses et actions**

**Préambule**

Reprenant une formule des Institutes de Gaius, les Institutes de Justinien donnent cette définition de ce qui constitue le droit :

*"Tout le droit que nous utilisons concerne soit les personnes, soit les choses, soit les actions"*

Pour comprendre la signification profonde de la formule, il faut réaliser que la civilisation gréco-romaine a établi deux principes :

- d'abord que la création juridique est équivalente à la création naturelle : l'exemple-type en est l'adoption, qui établit un lien de filiation entre deux êtres génétiquement étrangers l'un à l'autre.
- par voie de conséquence, la vie est dans la cité, non pas un phénomène biologique, mais une "institution", c'est-à-dire quelque chose dont l'existence et le fonctionnement dépendent de règles juridiques.

En faisant une synthèse de l'ensemble, on découvre qu'à Rome le droit, non seulement est au cœur de la culture, mais qu'il est même le fondement de la civilisation (ce qui s'illustre parfaitement par le fait que la civilisation soit, linguistiquement, le lieu du "droit civil"). Mieux, le droit romain recrée le monde (la cité est mise à la place du cosmos) et recrée les personnes et les choses,

lesquelles deviennent des êtres immatériels (respectivement, des sujets de droits et des objets de droit). Notre préoccupation principale étant les personnes, il convient cependant, dans ce préambule, de situer les deux autres piliers du droit, les choses et les actions.

## Les choses

A l'intérieur de la cité, les choses n'appartiennent pas au monde du réel. Une chose c'est ce qui est en cause dans une affaire de droit, c'est ce qui peut devenir une cause judiciaire. C'est pour cela que les langues latines, même pour faire référence aux choses de la nature, n'ont pas retenu une expression dérivant de la *res* latine, qui pourtant nous a donné la "réalité", mais la *causa*, cette cause judiciaire donnant leur origine à la chose du français ou la *cosa* de l'italien et de l'espagnol. C'est ainsi que le langage quotidien rappelle à sa façon que le droit civil est au cœur de notre civilisation.

## Les actions

- A notre époque, il ne nous vient pas à l'idée de placer les actions à égalité avec les personnes et les choses au sein de ce qui fait le droit. La procédure nous apparaît comme une chose froide et technique. Nous avons oublié cet aspect essentiel du droit romain, qui faisait des actions l'énergie vitale du droit.
- Répétons que, dans le système juridique romain, la vie n'est pas une réalité biologique mais une institution. C'est ce qui donne aux actions leur fonction littéralement vitale.
- A Rome on n'a pas une action en justice parce qu'on a un droit, on a un droit parce qu'on a une action. L'action précède la procédure, laquelle permet d'affirmer l'existence d'un droit. L'action

est donc intégrée dans cette vie instituée.

- Elle est une énergie vitale se présentant sous deux aspects :
  - - Elle présente un aspect pathologique lorsqu'elle aboutit à une procédure judiciaire. L'action en justice correspond à ce qu'est la maladie en ce qui concerne la vie biologique.
  - - Mais le rôle premier de l'action n'est pas plus de créer des procédures que celui de la vie biologique de générer des maladies. L'action judiciaire a d'abord pour fonction de faire exister les situations juridiques et d'éviter, par la menace pathologique qu'elle comporte, de devoir recourir au procès. On découvre ainsi que, avec une avance de deux millénaires sur l'actuelle définition du normal et du pathologique dans le domaine de la physiologie, la vie instituée par le système juridique des Romains faisait du normal (l'existence de l'action) et du pathologique (la procédure judiciaire) deux aspects de la même réalité vitale.

Nous pouvons maintenant en venir à l'étude de cette formidable invention romaine que fut la personne.

-

## ¶ I - Qu'est-ce qu'une personne juridique?

- Nous abordons ici le droit romain par ce qu'il nous a livré de plus essentiel, et ce qui, du fait même de l'importance de la question, fait aujourd'hui l'objet des plus grands débats. On pourrait objecter que la notion de cité qui a donné, entre autres, ce que nous appelons l'Etat est au moins aussi importante que la notion de personne. Mais il serait aisé de répondre que l'Etat est lui-même une personne : c'est très exactement une personne morale de droit public.
- Pour comprendre l'origine de la personne juridique, il faut savoir que les systèmes juridiques primitifs font du corps l'enjeu des relations juridiques. Dans le droit romain archaïque, un débiteur qui ne pouvait pas payer était remis à son créancier qui pouvait en faire ce qu'il voulait (le vendre, le réduire en esclavage, le tuer). S'il y avait plusieurs créanciers, le corps était coupé en morceaux.
- La création de la personne juridique fut donc un progrès fondamental dans l'histoire de la civilisation occidentale. La *persona* désignait en latin le masque de théâtre, puis le mot signifia par extension le personnage d'une pièce de théâtre. Les Grecs et les Romains, en créant des personnages, des décors et des situations de théâtres savaient très bien qu'ils ne faisaient qu'imiter la réalité ou représenter un idéal. En revanche, la pensée juridique romaine a franchi un pas essentiel en établissant que la fiction de la personne était la vérité. La personne est une fiction, mais une fiction n'est pas nécessairement une fausseté. Le mot latin "*fictio*" désignait l'action de façonner, la création. Dans le théâtres et les autres beaux-arts, la fiction n'est qu'apparence ; dans le droit elle exprime une vérité.
- Rien n'illustre mieux la chose que la formule du juriste dauphinois Gui-Pape affirmant au XVe siècle que l'Empereur pouvait "déclarer vivant quelqu'un qui est mort". En d'autres termes le monde du droit possède sa propre vérité : un être humain peut être mort, mais la personne juridique qui le représentait sur le terrain du droit peut continuer à vivre. D'ailleurs la personne peut exister avant l'être humain, ou mourir après.

## **II - Début et fin de l'existence de la personne**

Les philosophes et les hommes de religion distinguent dans l'individu le corps et l'âme, beaucoup se disputent au sujet l'existence de l'âme, au sujet de sa nature ou de ses rapports avec le corps. Le droit romain ne se soucie pas de ça : il prend l'individu, corps et âme et lui substitue la personne. A l'origine la personne ne concernait qu'un être humain : en tant que titulaire de droits, l'être humain était représenté sur le terrain juridique par la personne. On est en droit de supposer qu'à l'origine la personne apparaissait avec l'être humain et disparaissait avec lui. Ensuite les liens se sont distendus au point qu'on pourrait dire que la personne existe à l'occasion de l'existence de l'être humain.

### **§ 1 - La naissance et l'apparition de la personne**

- Il ne s'agit pas de la même chose.

La naissance ne concerne pas la personne, mais l'être humain. Pour que l'être humain devienne une personne, il faut à Rome qu'il soit accepté par le père de famille.

- Dans la France d'aujourd'hui, la naissance ne suffit pas pour qu'apparaisse une personne juridique. Il faut, pour être une personne juridique, être né vivant et viable. Dans d'autres législations (comme, par exemple, en Suisse) il suffit d'être né vivant, même si, non viable, on meurt quelques minutes plus tard.

## § 2 - La personne avant la naissance

- La personne juridique existant désormais, la question peut se poser de savoir si l'individu peut faire rétroagir son existence au temps de la conception. Il s'agit ici d'une formule romaine qui appartient toujours à notre droit positif : L'enfant conçu est considéré comme né quand c'est son intérêt (*Infans conceptus pro iam nato habetur*). Se pose alors la question de la durée de la grossesse. Notre code civil l'a fixée (à la suite d'une consultation du médecin et chimiste Chaptal), à un minimum de 180 jours et un maximum de 300 jours avant la naissance. En fait, la médecine connaissait depuis des millénaires ces limites extrêmes et les textes de droit romain, donnent des chiffres très voisins, à quelques jours près.
- On voit ainsi que si la naissance n'est pas suffisante, elle est nécessaire pour qu'existe la personne. Mais, quand la condition est remplie, le résultat est spectaculaire puisqu'un enfant qui fait rétroagir sa naissance peut exister en tant que personne alors qu'il n'est même pas conçu physiquement : un enfant conçu 180 jours avant sa naissance peut ainsi toucher l'héritage de quelqu'un qui est mort 120 jours avant qu'il ne soit conçu, c'est-à-dire à une date

où ses parents ne se connaissaient peut-être pas.

- Cependant, répétons-le, la naissance est indispensable (et pas toujours suffisante) pour que la personne existe. Les juristes romains ont beaucoup insisté sur ce point. Pour eux un fœtus était une "chose de nature", il n'appartenait pas aux "choses humaines", son seul rattachement à l'humanité tenait au fait qu'il était "une partie de la femme et de ses entrailles". Malgré tout, il représentait un espoir, plus exactement selon le droit romain "un espoir de naissance". C'est la raison pour laquelle, lorsque l'on soupçonnait une menace concernant le patrimoine de l'enfant à naître, l'autorité judiciaire romaine (le préteur sous la République) nommait un "curateur au ventre", c'est-à-dire quelqu'un qui ne défendait pas les droits d'une personne, mais qui protégeait les biens d'une personne qui existerait peut-être un jour.

### **§ 3 - La personne avant et après la mort**

- A Rome, la personne disparaissait en général avec l'être humain, au moment du constat de la mort selon les critères de l'époque (arrêt du cœur et de la respiration). Mais elle pouvait disparaître avant ou après.
- Elle disparaît avant dans le cas de mort civile. Les Romains l'avaient prévue dans le cas où un citoyen était maintenu en captivité par les ennemis. Les Romanistes médiévaux ajoutèrent le cas de l'entrée en religion, de l'incarcération dans une léproserie, et de certaines condamnations pénales : la peine de la mort civile n'a disparu de notre droit que depuis la loi du 31 mai 1854.

- Mais, de nos jours, la personne peut toujours disparaître alors que l'être humain est bien en vie. C'est ce qui résulte de l'actuel régime de l'absence, issu de la loi française du 28 décembre 1977. Dans le système actuel, le jugement déclaratif d'absence prononce une espèce de "mort civile" d'une personne qui peut être physiquement vivante, exécution entraînant la transmission du patrimoine aux héritiers et autorisant le conjoint à se remarier. Comme il a fallu cependant prévoir l'éventualité d'un retour de l'absent, la nouvelle attribution d'une personnalité juridique à celui qui est revenu est très justement appelée par les civilistes une résurrection. A noter que si l'individu est mort avant le jugement déclaratif d'absence, nous sommes dans la situation inverse : sa personne survit à son existence terrestre jusqu'à la date du jugement.
- La personne peut survivre à l'être humain. En droit romain, une hérédité jacente était toujours censée appartenir à la personne du défunt. En outre, le père dont le fils était mort au combat pouvait obtenir que son fils soit déclaré comme survivant en gloire, ce qui lui permettait de conserver un certain nombre d'avantages juridiques, administratifs et fiscaux.

### ¶ III - Personne juridique et personne humaine

- La personne juridique fut l'invention fondamentale de la pensée juridique romaine (les travaux récents du grand romaniste Yan Thomas en donnent toute la mesure). Créant des êtres immatériels elle permettait de trouver une solution à une infinité de difficultés pratiques. Si un esclave était possédé par deux maîtres, il était deux personnes : il pouvait passer un acte

juridique entre ses deux maîtres en étant, par exemple, le vendeur pour l'un et l'acheteur pour l'autre. Surtout, elle permettait de créer dans le monde du droit des êtres qui n'existaient pas dans la nature. En développant une idée en germe dans la Rome Antique, les Romanistes du Moyen Age (ceux qui développèrent la pensée juridique romaine dans les universités médiévales) forgèrent le concept de personne morale, c'est-à-dire l'idée d'un être juridique qui ne correspondait pas à un être humain. Ce pouvait être un ensemble de personnes ou de personnes et de biens (sociétés, associations, personnes morales de droit public) ou simplement un ensemble de biens (fondation).

- Une telle invention conceptuelle donnait à l'homme, du moment qu'il se contentait d'oeuvrer dans le domaine immatériel, un pouvoir créateur semblable à celui de Dieu. C'est ce que montrera très bien Hobbes, au début du XVIIe siècle, dans son introduction au Léviathan : l'outil de Dieu est la nature qui lui permet de créer les réalités terrestres, l'outil de l'homme est le droit qui lui permet de créer un être qui n'existe pas dans la nature est qu'il appelle le Léviathan (il s'agit en fait de l'Etat).
- Mais la confrontation entre la religion chrétienne et un système conceptuel issu du paganisme était nécessairement défavorable au dernier. Il n'était pas concevable de laisser à l'homme, même dans le domaine immatériel de la cité du droit, un pouvoir comparable à celui de Dieu dans la Création. C'est ainsi que les fictions juridiques, qui étaient à Rome la vérité du droit, devinrent dans la pensée médiévale des fictions simplement utiles, mais ne correspondant pas à la vérité. La situation de la survie en gloire, qui dans le système romain pouvait être éternelle, fut dans le droit romain des universités médiévales, limitée à 120 ans (parce que la Genèse avait fixé ce maximum à la vie humaine). Quant à la double personnalité de l'esclave de deux maîtres, elle fut remplacée par l'idée d'une double représentation : même dans l'immatériel, les hommes ne pouvaient plus faire qu'il y ait deux êtres alors que Dieu n'en avait

créé qu'un.

- Surtout, et c'est le plus important en l'affaire, la théologie chrétienne, puis la philosophie occidentale ont récupéré la notion juridique de personne pour lui donner le sens, qui est aujourd'hui celui de l'usage commun, d'être humain formé d'un corps et, surtout, d'une raison, avec en plus, dans la transcription religieuse, d'une âme divine. L'auteur de cette mutation est Boèce, qui écrivit au début du VI<sup>e</sup> siècle, et qui assimila la personne à l'individu pourvu de raison, idée qui fut reprise et développée, au XIII<sup>e</sup> siècle par Thomas d'Aquin et récupérée finalement tant par la pensée philosophique la plus élevée que par le langage le plus courant. De nos jours, la notion de personne n'évoque pas une fabrication de la pensée juridique mais désigne très simplement l'être humain.

\*\*\*

Il reste encore une question à trancher : le système romain admet-il que tous les êtres humains soient des personnes? C'est la question du statut de l'esclave qui est ici posée, question à laquelle nous tenterons de répondre dans le chapitre suivant.

---



Plan du cours

[Plan du cours](#)



**Université Paris X - NANTERRE**

**1ère année de DEUG - UP 2 : Histoire du droit**

**(2e semestre de l'Année 2000-2001) - IIe partie, titre II, chapitre 2**

---

# **Chapitre 2**

## **La situation de l'esclave**

-

### **¶ I - L'esclavage romain**

#### **§ 1 - Chose ou personne?**

- Le livre des *Institutes* a, au sein des Compilations de Justinien, une importance particulière puisque c'est le manuel de droit que l'empereur destinait à la formation des futurs juristes. Or ce livre nous dit deux choses d'apparence contradictoire, voire totalement énigmatique. Dans le titre consacré aux personnes, un principe fondamental est énoncé, selon lequel "la division majeure en ce qui concerne le droit des personnes est que tous les hommes, ou sont libres, ou sont esclaves". Puis, dans le titre consacré aux choses, nous découvrons, comme exemples de choses corporelles (pouvant être touchées), "le fonds de terre, l'homme, le vêtement, l'or, et l'argent".
- La confrontation des deux textes conduit à se poser une question majeure : si l'homme dont il est question dans la liste des choses corporelles est l'esclave, comment se fait-il que le statut des esclaves soit étudié dans le cadre du droit des personnes?

La seule façon de résoudre cette apparente contradiction, est de faire la distinction entre l'abstraction de la personne juridique et la réalité matérielle du corps humain. Ceci nous conduit à comprendre qu'en droit romain :

- 1) Tout homme est une personne : non seulement l'esclave est une personne, mais nous avons vu qu'il pouvait être plusieurs personnes juridiques.
- 2) Tout corps humain est une chose
- 3) Le corps de l'homme libre est une chose sans prix
- Si tout homme est une personne et si tout corps humain est une chose, ce qui distingue l'homme libre de l'esclave n'est pas le partage entre les personnes et les choses, il s'agit au contraire d'une distinction interne à la catégorie des choses corporelles. Au stade final de l'évolution du droit romain, il apparaît en effet que seul le corps de l'esclave est une marchandise.
- Nous avons en effet vu que le père de famille pouvait vendre son fils, mais nous avons aussi vu que le sens de l'évolution a été de ne pas donner à cette vente une finalité lucrative (vente pour réaliser un affranchissement ou une adoption). En revanche, l'esclave, qui est clairement rangé dans la catégorie des personnes, possède un corps (voire un esprit "chosifié" lorsque l'esclave est apprécié pour ses qualités intellectuelles ou artistiques) qui s'inscrit dans la catégorie des marchandises. Il semble que ce soient les romanistes du Moyen Age qui aient trouvé la solution en mettant en valeur un passage

des Compilations de Justinien déclarant : "Le corps d'un homme libre ne peut faire l'objet d'une estimation".

- Nous avons là l'illustration de la richesse conceptuelle du droit romain et une nouvelle démonstration que le droit a précédé la science. En effet on n'a toujours rien trouvé de mieux que la distinction entre la marchandise et la chose aliénable à titre gratuit pour fonder juridiquement un système de greffes et de transfusions où l'on peut transférer la propriété d'éléments et produits corporels tout en interdisant que l'opération soit source de profits matériels (au moins en principe).

## **§ 2 - Situations intermédiaires**

- Les situations intermédiaires entre la liberté et l'esclavage permettent de comprendre pourquoi le droit romain a clairement intégré les esclaves dans la catégorie des personnes.
- Dans le droit archaïque, l'enfant vendu par son père et le débiteur livré à son créancier étaient dans une situation très proche de l'esclavage. On peut dire la même chose, tout au long de l'histoire romaine, de voleur remis à la victime, de la prostituée et aussi du gladiateur qui, lorsqu'il n'était pas esclave, assumait sa situation en application d'un contrat qu'il avait passé en tant qu'homme libre.

## **§ 3 - Variété des situations serviles**

- Entre autres grâce aux travaux de Marcel Morabito (*Les réalités de l'esclavage d'après le Digeste* ,

Paris, Les belles lettres, 1981), nous connaissons désormais la grande variété des situations que recouvrait la servitude romaine. Nous avons déjà le soupçon de cette immense diversité en étudiant les activités dignes de l'homme libre : tout le reste relevait des activités serviles.

- Au sommet de l'échelle étaient les esclaves publics, étroitement associés à la gestion des affaires d'une cité, voire de l'Empire. Dans une situation voisine de celle des hauts fonctionnaires, ils étaient souvent sollicités par des hommes libres qui cherchaient leur protection ou qui voulaient les associer à leurs affaires.

Tout en bas de la servilité nous trouvions les "damnés de la terre" : des ennemis réduits en esclavage à la suite d'une défaite militaire ou des Romains ayant fait l'objet d'une condamnation. Employés sur mer comme galériens ou sous terre comme mineurs, ces esclaves étaient de véritables outils humains dont la vie ne valait pas très cher. Pour illustrer le fait, signalons que, jusqu'au XVIe siècle, la silicose (maladie pulmonaire des mineurs) fut appelée le "mal des esclaves".

- Entre les deux, on trouvait tout le monde du travail manuel et du commerce, soit que des esclaves y soient embauchés, soit que des hommes libres y soient employés à des "tâches serviles".
  - Dans cette grande zone intermédiaire, la situation la plus enviable était d'abord celle d'esclaves exerçant des fonctions de gestion (intendants ruraux, responsables d'établissements commerciaux ou industriels), et aussi celle des esclaves intégrés dans la famille et dont le statut évolua vers la domesticité moderne.
  - Les plus à plaindre étaient les troupes d'esclaves employés dans les grands domaines et soumis à une discipline qui pouvait devenir insupportable. C'est dans cette dernière catégorie que prirent naissance les grandes révoltes d'esclaves, dont certaines (en particulier celle de Spartacus) firent trembler la République finissante.

## ¶ II - L'esclavage médiéval et moderne

- Au Moyen Age, l'esclavage antique disparut sans pour autant avoir fait l'objet d'une mesure d'abolition. Disons que, poursuivant une évolution amorcée sous la période romaine, l'esclavage s'est dissous dans le monde du travail. Les documents latins parlèrent d'abord de *servi*, comme à Rome, puis les documents français firent état de serfs. C'est sans révolution sociale, et encore moins juridique, que le servage prit, dans l'ancien Empire d'Occident, la succession de l'esclavage. Ce n'est pas le lieu d'étudier le servage d'Ancien Régime. Contentons-nous de signaler que ce fut un phénomène essentiellement rural ("L'air de la ville rend libre", disait-on) et qu'il regroupait une grande variété de situation : être un serf dans telle région était préférable à la situation de roturier dans une autre.
- En revanche nous devons attacher la plus grande importance au fait linguistique suivant : si le "serf" d'Ancien Régime vient bien du "servus" latin, l'"esclave" n'est pas d'origine latine. Il désigne le Slave (dans la langue anglaise l'assimilation est totale, en français les slaves du Sud ont longtemps été appelés "Esclavons").
- Les religions du Livre n'ont pas, au moins dans l'Antiquité et au Moyen Age, pris position contre l'esclavage. C'est pourquoi les Chrétiens, surtout sous la période Franque n'hésitèrent pas à faire un trafic, cette fois-ci littéralement d'"esclaves", avec les Musulmans d'Espagne ou, par voie maritime, du Proche-Orient et d'Afrique du Nord. L'assimilation du Slave à l'esclave s'explique par le fait que les Slaves furent christianisés tardivement (Xe siècle) et que, jusque là, les Chrétiens n'hésitèrent pas à capturer des esclaves au-delà de la Germanie pour alimenter un trafic et maintenir, entre l'Antiquité et le Temps modernes, la pratique d'un esclavage qui subsista en Espagne malgré sa reconquête par les Chrétiens. Ainsi s'explique aussi sa réapparition comme un phénomène massif lorsqu'un Génois au service de l'Espagne catholique découvrit le Nouveau Monde. Alors, l'esclavage réapparut, soit pour exploiter les ressources du nouveau monde, soit pour montrer la force des nouveaux Etats, engagés dans une confrontation où le sort des condamnés pouvait être utilisé pour affirmer la puissance d'une nation (galère, bague et transportation coloniale forcée).

---



Plan du cours

[Plan du cours](#)

**Université Paris X - NANTERRE**

**1ère année de DEUG - UP 2 : Histoire du droit**

**(2e semestre de l'Année 2000-2001) - IIe partie, titre III, chapitre 1**

---

# **Chapitre 1**

## **La transmission du droit romain**

Au milieu du XIe siècle, les concepts les plus élémentaires du droit romain (propriété, contrat, obligation, responsabilité, etc.) sont oubliés. Pourtant, il existe, à la fin de ce siècle, un lieu, la ville de Bologne où le droit romain

commence à être étudié et enseigné. On verra dans ce qui suit ce qui présida, dans l'Occident chrétien, à l'apparition d'un droit savant, c'est-à-dire d'une matière s'inscrivant dans un renouveau intellectuel et à l'insertion officielle du droit dans les sphères du savoir dominant.

-

## ¶ I - Le renouveau intellectuel de l'Occident

- D'abord le renouveau économique de l'époque donne à l'Occident la possibilité de faire renaître une civilisation urbaine, laquelle se révèle non seulement commerciale mais encore savante.
- Le renouveau intellectuel implique d'abord l'Eglise. Dans les villes épiscopales, des écoles se créent, sous l'impulsion de la papauté, pour améliorer la formation des clercs. Certaines de ces écoles rayonneront avant de périr (ce fut le cas de l'Ecole de Chartres). D'autres évolueront pour donner naissance à nos universités. C'est ainsi qu'on voit en certains lieux, au XIIe siècle, se développer des Ecoles (telle est l'origine à Paris de la rue des Ecoles), dont le prestige attire un public international. Outre Bologne, déjà citée, signalons Paris (littérature et, surtout, théologie), Montpellier (médecine) et aussi Oxford (physique) qui présentait alors l'originalité de ne pas être le siège d'un évêché (et dont la vocation savante ne doit donc rien au développement d'une école épiscopale).
- Au cours du XIIIe siècle, on donna à ces écoles une structure institutionnelle appelée "*universitas*" (origine de ce que nous appelons université) et dont le modèle est la corporation professionnelle : c'est pourquoi on ne trouve rien de comparable dans le monde savant de l'Antiquité. On reconnaît les plus anciennes universités d'Europe à ce qu'il est impossible de fixer précisément la date de leur apparition : ce sont des écoles des XIe et XIIe siècle, transformées en université au XIIIe siècle. Ce n'est qu'à partir du XIIIe siècle qu'on vit apparaître des universités créées de toutes pièces. La première fut Cambridge, créée en 1208 du fait de la "sécession" des étudiants d'Oxford. Ensuite, la création des universités eut souvent une portée politique. Ce fut le cas de celle de Naples créée en 1224 par l'empereur germanique pour combattre l'influence du pape en Italie du Sud et de celle de Toulouse, créée par le pape en 1229 pour combattre l'hérésie cathare, et aussi des universités de la péninsule

ibérique marquant le recul de l'Islam dans la reconquête des rois espagnols.

- A ce sujet, il n'est pas inutile de rappeler que la culture d'expression arabe (la langue commune au divers peuples convertis à l'Islam) considérait les Occidentaux comme des barbares, ne leur concédant qu'une réelle valeur militaire en souvenir des victoires carolingiennes (avec la si efficace épée à deux tranchants), des Croisades et aussi, ne l'oublions pas, de la sécurité maritime que firent régner, à partir de l'Italie du Sud et de la Sicile, des Normands (dès le XI<sup>e</sup> siècle) désormais acquis à la cause chrétienne. D'ailleurs, jusqu'à la fin du XV<sup>e</sup> siècle, moment où les découvertes maritimes des Occidentaux forcèrent l'admiration des arabes, ils appelèrent communément "les Francs" tous ces peuples, pour eux barbares, intellectuellement parlant. C'est le fait que, par respect pour la sacralité du Coran, les érudits arabes refusèrent longtemps l'imprimerie, qui explique le retard que prit alors la science islamique, alors qu'elle fut, jusqu'au XVI<sup>e</sup> siècle, la première au monde après la science chinoise (d'ailleurs le Coran préconisait d'aller chercher la science "jusqu'en Chine si c'était nécessaire"). Pour situer le retard prit en ce domaine, signalons que c'est Napoléon qui, en emportant avec lui quelques presses d'imprimerie lors de la campagne d'Egypte, introduisit l'édition imprimée en pays d'Islam. Le monde islamique ne s'ouvrit réellement à l'imprimerie que dans le courant du XIX<sup>e</sup> siècle, suivant l'exemple de la Turquie qui, en ce domaine comme en bien d'autres, eut un rôle de précurseur.
- On voit ainsi que, tout au long du Moyen Age, le développement des universités eut une portée politique. On le vit dès le début et c'est pourquoi on redécouvrit les Compilations de Justinien au XI<sup>e</sup> siècle : la querelle entre le pape et l'empereur est la seule explication plausible de ce brutal "besoin de droit" qui vit les érudits occidentaux fouiller les bibliothèques pour trouver de nouvelles sources législatives, alors que, parallèlement, l'Eglise mettait en forme ses propres sources du droit. Le résultat fut l'apparition, d'abord à Bologne, d'un droit "savant", c'est-à-dire faisant l'objet d'études érudites, lequel se divisa en deux branches, le droit civil (c'est-à-dire romain) et le droit canonique. A la fin du Moyen Age, un juriste parfait était docteur "dans l'un et l'autre droit".

## ¶ II - Le droit romain, droit savant

A la fin du XI<sup>e</sup> et au début du XII<sup>e</sup> siècle, on voit apparaître, à Bologne, un professeur de droit appelé Irnérius, transmettant sa passion à quatre disciples, Martinus, Bulgarus, Jacobus et Hugo (ils sont passés à la postérité sous le nom des "Quatre docteurs"). Beaucoup d'historiens du droit divisent l'histoire du droit romain médiéval en deux périodes, celle des glossateurs (auteurs de gloses en marge des manuscrits de droit romain), puis, après la Glose ordinaire d' Accurse (premier tiers du XIII<sup>e</sup> siècle), celle des commentateurs ou post-glossateurs (moins dépendants des sources romaines). En fait, ceux qui ont réellement étudié le droit savant médiéval trouvent cette distinction un peu trop simpliste. D'une part, il est erroné d'opposer les périodes quand à la dépendance par rapport aux sources romaines : tous les juristes médiévaux furent à la fois, dans l'esprit, des glossateurs, même lorsqu'ils ne mettaient pas leurs réflexions en marge du texte des Compilations de Justinien. Par ailleurs, à l'intérieur des deux périodes traditionnellement distinguées, il existe une histoire de la pensée, de la recherche et de la pédagogie d'une grande richesse. Il n'est malheureusement pas possible de développer ici ces évolutions.

Puisque la description traditionnelle des deux périodes du droit savant utilise la Glose ordinaire rédigée par Accurse, afin de distinguer l'époque des glossateurs de celle des commentateurs, rappelons ce que nous en avons dit. La Glose d'Accurse, oeuvre au demeurant sans génie, fut essentiellement un moment de l'histoire du livre : en figeant le contenu des manuscrits, la Glose d'Accurse, imitée par les canonistes pour leurs propres sources juridiques, fit du livre un produit industriel, reproductible à l'identique, produit qui existait donc dès le XIII<sup>e</sup> siècle, et qui ne trouva dans l'imprimerie qu'une amélioration technique (extraordinaire, évidemment).

Les tous premiers temps de l'étude des Compilations de Justinien, montrent d'emblée une préférence pour les deux oeuvres majeures du Code et du Digeste. Pourquoi? Et pourquoi les glossateurs considérèrent-ils que l'ouvrage pédagogique des Institutes étaient sans grand intérêt? Pourquoi cette apparente anarchie des sujets : on passe du coq à l'âne dans les gloses alors que les collaborateurs avaient déployé d'immenses efforts pour mettre un peu d'ordre dans l'immensité des sources romaines? Pourquoi?

## §1 - Pourquoi la glose?

- Afin d'approcher la réalité, j'invite l'étudiant à cesser d'envisager la littérature juridique médiévale en la comparant aux actuels manuels de droit (ne serait-ce que du fait que le manuel des Institutes était considéré comme une oeuvre mineure), mais en l'approchant comme une méthode d'enseignement des langues. Les premiers glossateurs et les nombreuses générations de maîtres et d'élèves auxquelles ils transmirent leurs techniques devaient surmonter une difficulté linguistique et une difficulté conceptuelle
  - une difficulté linguistique car le latin médiéval était une langue fort élémentaire en comparaison du latin utilisé dans les sources juridiques
  - une difficulté conceptuelle : les concepts juridiques véhiculés par le droit romain (obligation, contrat, propriété, possession, etc.) sont a priori des notions complètement aux pratiques juridiques simplistes, rudimentaires et parfois barbares (ordalies : jugement de Dieu) qui étaient à la base du droit tel qu'on le pratiquait au Moyen Age. Quand on avait atteint une compréhension élémentaire, c'est-à-dire grammaticale des textes étudiés, il fallait alors comprendre les idées qui étaient derrière ces moments. Comme la société qui avait produit ces textes avait disparu, la seule solution était de retrouver le contexte en dépouillant les dizaines de milliers de fragments qui composaient les Compilations de Justinien. Or le Code et le Digeste étaient la source idéale pour cela. Les dizaines de milliers de fragments qui les composaient étaient des cas pratiques, des situations précises dont la lecture systématique permettait, au bout de quelques années, de comprendre le contexte dans lequel les textes avaient rédigés et, parallèlement, les concepts juridiques qu'ils véhiculaient.
- On comprend ainsi pourquoi les gloses se succèdent de façon désordonnées, alors que les rédacteurs des Compilations avaient été obsédés par le désir de mettre de l'ordre dans les sources de droit romain.
- Voyons la situation. Un lecteur du Moyen Age, lit un texte n'importe lequel (car le système fonctionne aussi bien s'il commence la lecture du Digeste ou du Code en commençant par le milieu ou par la fin). Quel que soit l'objet

du texte, le lecteur va d'abord être arrêté par des difficultés grammaticales. Si personne n'a mis de glose avant lui, ou s'il n'est pas d'accord avec l'analyse de son prédécesseur, il va écrire son élucidation grammaticale en marge (glose marginale), et parfois, dans les premiers manuscrits, entre les lignes du texte romain (glose interlinéaire : il s'agit pratiquement toujours d'élucidations grammaticales). Mais sa lecture va le conduire à rencontrer des notions qu'il ne comprend pas bien ou pas du tout. Il va alors bénéficier du véritable tour de force que réalisa, au tournant du XIe et du XIIe siècle, la première génération de glossateurs : la mise en correspondance de milliers de textes produisant, en marge des premiers manuscrits glosés du Digeste, d'impressionnantes [listes de références](#) (et rien d'autre au début).

- Ainsi, les lecteurs des générations suivantes furent guidés, dans leurs efforts de compréhension, par la confrontation des textes qui, faisant découvrir le contexte, permettait de comprendre ces concepts juridiques romains si éloignés du droit qu'ils voyaient se pratiquer au quotidien. Notre lecteur va ainsi bénéficier de l'explication laissée en marge par son prédécesseur, lequel aura été guidé par l'initiale confrontation des textes. Si personne n'a résolu le problème, il pourra proposer sa solution. Un autre lecteur pourra éventuellement ajouter une glose de contradiction, et un troisième pourra peut-être trouver, et donc inscrire, la "solution des contraires" (la *solutio contrarium* était l'objectif visé par ce que les intellectuels médiévaux appelaient eux-même leur "dialectique", c'est-à-dire une logique cherchant à "lire au travers" des textes et à s'entendre sur une solution).
- C'est ainsi, que de génération en génération, se perfectionna dans les universités juridiques du Moyen Age, la compréhension, non pas des sujets évoqués dans un ordre donné par les rédacteurs des Compilations, mais, de façon globale, de la langue du droit romain et des concepts qu'elle véhiculait. Individuellement c'était le même cheminement. Un étudiant qui arrivait dans une université juridique pouvait "prendre en marche" le cours d'un professeur qui en était au milieu du Digeste et celui d'un autre qui finissait l'étude du Code, et de même pour la lecture des oeuvres jugées inférieures (Institutes, Nouvelles, Livre des Fiefs). S'il ne désirait pas enseigner lui-même le droit, sa formation n'était pas toujours sanctionnée par un diplôme. Mais cela n'importait guère : il avait appris, non pas à appliquer du droit romain, mais à comprendre le droit qui se pratiquait à son époque, et aussi la politique de son temps, avec un cerveau de juriste romain. Voilà ce que fut la transmission du droit romain et c'est en cela que le monde politico-juridique de l'Occident vit toujours sous la loi romaine.

## § 2 - Brève histoire du droit romain médiéval

- Ayant ainsi précisé la mécanique intellectuelle qui permet de comprendre l'origine et le développement de la glose, situons sommairement les grandes périodes du droit romain médiéval. Après la période d'Irnérius et des quatre docteurs, l'école des glossateurs se développa à Bologne : les gloses se multipliaient en marge des Compilations de Justinien et, en même temps, se développaient des genres littéraires nouveaux prenant essentiellement pour fondement le Code de Justinien, à savoir des "sommés" (résumés) qui, se nourrissant de l'acquit des gloses devinrent des "commentaires". On trouva aussi des recueils de gloses détachées du texte, mais y renvoyant (on était censé avoir deux manuscrits en mains) ; ces recueils de gloses s'appelaient des "apparats".
- L'enseignement de Bologne rayonna vite dans toute l'Europe : non seulement des étudiants venaient des pays les plus lointains, mais on vit aussi, dans la deuxième moitié du XIIe siècle, des maître bolonais exporter leur enseignement dans d'autres pays (Placentin à Montpellier et Vacarius à Oxford). Au tournant des XIIe et XIIIe siècle, les oeuvres d'Azon marquèrent l'apogée de l'école de Bologne.
- La Glose d'Accurse eut un effet déplorable sur Bologne où le droit périclita pendant près d'un siècle. La relève fut prise pour l'université d'Orléans, dans la deuxième moitié du XIIIe siècle et au début du XIVe siècle, avec deux noms dominant, Jacques de Révigny et Pierre de Belleperche : les orléanais ranimèrent la réflexion juridique en la nourrissant de la pensée philosophique de Paris, dominée par l'immense personnalité de Thomas d'Aquin.
- L'oeuvre des orléanais fut à l'origine du renouveau de la pensée juridique à Bologne, dans la première moitié du XIVe siècle, mouvement qui estompa injustement l'oeuvre doctrinale, à la même époque, de l'université de Toulouse. Le renouveau bolonais fut marqué par la personnalité de Bartole, dont la gloire fut immense jusqu'à la fin du Moyen Age, et aussi par l'oeuvre de son disciple Balde, que l'on peut souvent juger supérieur à son maître.
- Le XVe siècle est généralement considéré comme étant une période où les oeuvres des juristes furent à la fois nombreuses (papier, puis imprimerie) et médiocres. Il faut nuancer cette analyse en relevant l'importance de l'oeuvre de Jason et en signalant que, dans l'importante littérature de conseils juridique d'auteurs dont on a souvent oublié le nom avancèrent parfois des théories que l'on retrouva dans les siècles suivants.
- A partir du XVIe siècle, le droit romain avait rempli sa fonction historique : la pensée juridique occidentale était définitivement marquée par les concepts redécouverts, ou même forgés, par les romanistes médiévaux. Dès lors,

le droit romain, qui pouvait toujours apparaître comme un réservoir de concepts (surtout en Allemagne, jusqu'à la fin du XIXe siècle), apparut de plus en plus comme le droit de la Rome antique. C'est ce qui explique qu'on se mit à l'étudier sous l'optique de l'histoire du droit et que, parallèlement, des nationalismes juridiques qui prétendirent opposer des droits nationaux à un droit romain qui faisait désormais figure de droit étranger. Une tentative avortée de codification sous le règne d'Henri III fut ainsi saluée par les juristes français : "Ne soyons plus étrangers dans notre propre pays". C'est ainsi que la France s'achemina vers cette codification napoléonienne, par laquelle les Français se prétendirent les nouveaux Romains de l'Occident.

## ¶ III - L'autre droit savant : le droit canonique

### § 1 - Le droit canonique comme phénomène de savoir

- A partir du IVe siècle, on voit circuler dans la Chrétienté des collections réunissant des sources éparses, des canons conciliaires, des décrétales (actes législatif de la papauté), des normes issues des Livres saints et de certains auteurs chrétiens (les Pères de l'Eglise), voire du droit romain. La plus connue des collections de cette première période est la Dyonisiana, rédigée, au VIe siècle, par Denis le Petit (celui qui, en outre, proposa de faire débiter le décompte des années à partir de la naissance du Christ).
- Les collections canoniques se multiplièrent par la suite véhiculant des textes authentiques, mais parfois contradictoire et toujours de valeur inégale, et aussi des faux fabriqués systématiquement, sous la période carolingienne, par des ateliers spécialisés. Au XIe siècle, dans le contexte de la Réforme Grégorienne (et aussi du conflit entre le pape et l'empereur qui fut déjà à l'origine de la redécouverte du droit romain), on éprouva le besoin de faire une somme, construite rationnellement, des sources canonique. Le mouvement fut d'abord marqué

par le Décret de Burchard de Worms et la Panormie d'Yves de Chartres, deux oeuvres honorables mais qui furent vite éclipsées par l'oeuvre de Gratien, au milieu du XIII<sup>e</sup> siècle (1140). Gratien était alors à Bologne, dans l'atmosphère de l'école des glossateurs qui faisait renaître le droit romain. C'est à qu'il forma le projet de donner au droit canonique un socle comparable aux Compilations de Justinien et qu'il réalisa une oeuvre qui se révéla comme le fondement de la pensée canonique moderne. Face à l'impérieuse nécessité de mettre de l'ordre dans les sources canoniques, Gratien intitula son oeuvre "La concorde des canons discordants". Le titre était très significatif de l'oeuvre, mais on l'appela beaucoup plus simplement le Décret de Gratien.

- Ce fut alors le véritable démarrage de la pensée canonique occidentale. Gratien avait déjà ajouté ses propres observations aux textes recopiés dans son Décret. Très vite on ajouta des gloses au Décret de Gratien et on en fit des "sommés" de son oeuvre (résumés donnant l'occasion d'avancer des réflexions originales). Ainsi naquit l'école des décrétistes, dont le plus remarquable représentant fut, dans les années 1180, Huguccio (auquel les canonistes doivent beaucoup en ce qui concerne l'explication des textes canonique à la lueur de la pensée juridique romaine). La période des décrétistes se termina lorsque, au début du XIII<sup>e</sup> siècle, en cette période où Accurse faisait la même chose pour les Compilations de Justinien, Jean le Teutonique rassembla les gloses de ses prédécesseurs en une glose ordinaire qui, désormais, accompagna invariablement les manuscrits (et aussi les premières éditions imprimées) du Décret de Gratien. La demande d'une glose ordinaire fut alors si forte parmi les exigences du public érudit qu'on vit les nouvelles collections canoniques être accompagnées, peu de temps après leur promulgation ou mise en circulation, d'une glose ordinaire qui était en pratique l'oeuvre d'un seul auteur.
- C'est qu'il y eut en effet, d'autres collections canoniques, qui toutes illustrèrent la puissance nouvelle de l'autorité pontificale au sein de la Chrétienté. Peu après la rédaction du Décret de Gratien, on vit circuler des collections privées de décrétales (rappel : les décrétales sont des actes législatif du pape).
- Dans le cours du XIII<sup>e</sup> siècle, et au début du XIV<sup>e</sup> siècle (période où l'on crut à l'omnipotence de l'Eglise), l'oeuvre législative pontificale fut, on s'en doute, de la plus haute importance. L'oeuvre majeure fut, dans la première moitié du XIII<sup>e</sup> siècle, les Décrétales de Grégoire IX (à ne pas confondre avec Grégoire VII, le pape de la réforme grégorienne et de la querelle des investitures). On eut aussi, à la fin du XIV<sup>e</sup> siècle, le Sexte de Boniface VIII (Sexte, curieusement appelé ainsi parce que se présentant, alors qu'il était lui-même divisé en cinq livres, comme le sixième des cinq livres publié par Grégoire IX : comprenez qui pourra!), et, au début du XIV<sup>e</sup> siècle, le livre des Clémentines, appelées ainsi de par le nom de leur auteur, Clément V. D'autres collections de décrétales circulèrent ensuite, mais sans avoir l'accréditation officielle de la Papauté. C'est pourquoi on les appela

des "Extravagantes", c'est-à-dire "celles qui divaguaient hors des collections officielles" ; il s'agit des Extravagantes communes et des Extravagantes de Jean XXII. A la fin du XVe siècle, un imprimeur parisien réunit toutes ces sources dans une oeuvre globale qu'il intitula, à l'instar du *Corpus juris civilis* pour le droit romain, le *Corpus juris canonici*. Suivant le chemin tracé par l'oeuvre napoléonienne, l'Eglise de l'époque contemporaine s'est orientée vers la codification de son droit. C'est ainsi que fut promulgué, en 1917, par Benoît XV, le Code de droit canonique (*Codex juris canonici*), code réformé ensuite, en 1983 (et en 1990 pour les églises orientales). La codification du droit canonique, liée à la politique pontificale d'agir essentiellement par voie médiatique (mise en scène des voyages du pape, des Journées mondiale de la jeunesse, etc.), tout ceci donne un début d'explication à l'effarante chute de l'érudition, historique et même canonique, dans ce qui fait actuellement l'entourage du Saint-Siège.

## § 2 - Le droit canonique, comme enjeu de pouvoir

- La volonté ecclésiastique d'avoir son propre droit eut nécessairement un impact politique. Les énormes lacunes conceptuelles du droit canonique naissant furent comblées par le droit romain. Ainsi, ne connaissant pas la distinction de la propriété, de l'usufruit et de l'usage, le droit canonique eut, pendant des décennies (de Gratien à Huguccio), du mal à justifier le régime des biens d'Eglise. Ce furent finalement les progrès universitaires du droit romain qui permirent au droit canonique d'obtenir une solide armature conceptuelle. C'est pourquoi on vit, les concepts, le vocabulaire et les références au droit romain envahir le droit canonique à la fin du XIIe siècle. Mais alors, cela signifiait-il que le droit de l'Eglise était tributaire d'un droit romain dont l'empereur germanique se prétendait le continuateur (il avait ainsi fait ajouter une "Livre des fiefs" aux Compilations de Justinien). L'Eglise trouva la solution au début XIIIe siècle : lorsque le droit canonique empruntait du droit romain, celui-ci cessait d'être du droit romain pour devenir du droit canonique : une modification du droit romain du fait de la législation de l'empereur germanique était ainsi sans effet sur le droit canonique. On soupçonne l'acuité des problèmes politiques que la question évoquait.

- Notons l'importance particulière de l'Eglise dans la vie juridique du Moyen Age. C'est à elle que l'on doit des choses totalement inconnues de l'Antiquité païenne : que la justice se rend dans des temples (improprement appelés "palais") et dans une tenue sacerdotale; tout ceci tient à l'origine divine de la justice du prince, telle qu'elle est montrée dans la Bible, entre autres pour David et Salomon. En outre, l'appel (perçu au Moyen Age comme le grand avantage de la justice ecclésiastique) issu du droit romain passa, grâce à l'Eglise de Rome aux législations modernes. En revanche la cassation (ainsi que la juridiction administrative) trouve son origine dans la justice retenue du roi (justice qu'il exerçait en un conseil qui est à la fois à l'origine de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat).
- Au-delà de cette influence sur la justice laïque (ou plutôt difficilement laïcisable), retenons l'importance de la justice proprement ecclésiastique, qui déborda longtemps de la société purement cléricale. La question matrimoniale montre particulièrement la fonction d'intermédiaire de l'Eglise entre Rome (où l'Eglise trouva son système du mariage contractuel) et le droit moderne. Longtemps, le mariage resta de la seule compétence de l'Eglise. De nos jours, certains pays catholiques (par ex. l'Italie, pour s'en tenir à un pays voisin) considèrent comme civilement valable le mariage religieux. D'autres, comme la France ont accordé la priorité à un mariage civil, mais en adoptant, plus ou moins consciemment, tel important chapitre du droit canonique (tout ce qui concerne les dispenses pour certains empêchements : la dispense est une étrangeté en droit civil alors qu'elle est très répandue en droit canonique).
- Au-delà du mariage, un véritable envahissement par la juridiction ecclésiastique se produisit au Moyen Age, du fait du justiciable d'abord, séduit par la perspective de pouvoir faire appel, mais aussi - et surtout - du fait de l'Eglise elle-même, qui comme tous les pouvoirs de l'époque, n'était pas insensible aux revenus de l'activité judiciaire (la confiscation des biens était une peine fréquente), et qui prétendait étendre sa compétence à tout ce qui se rattachait à un sacrement ou à un rite assimilable : mariage (et par voie de conséquence contrat de mariage), baptême (et donc questions touchant à la filiation), serment (donc tous les contrats garantis par ce moyen) et enfin extrême-onction (donc succession, surtout pour ce qui concernait les legs pieux faits par le mourant). N'oublions pas la répression de la sorcellerie au XVe et au début du XVIe siècle, où le "bras séculier" n'était que l'exécuteur des décisions des tribunaux ecclésiastiques.
- On comprendra pourquoi, en 1539, l'ordonnance de Villers-Cotterêts enjoignit aux juridictions d'Eglise de se limiter aux questions purement ecclésiastiques.

---



Plan du cours

[Plan du cours](#)

**Université Paris X - NANTERRE**

**1ère année de DEUG - UP 2 : Histoire du droit**

**(2e semestre de l'Année 2000-2001) - IIe partie, titre III, chapitre 2**

---

## **Chapitre 2**

# **L'origine des systèmes juridiques modernes**

**¶ I - Les pays de *common law***

- 
- Lorsque, dans la deuxième moitié du XI<sup>e</sup> siècle (1066), Guillaume le Conquérant a conquis l'Angleterre, il a laissé en place les justices existantes, c'est-à-dire :
    - - des justices locales, à l'origine composée de l'assemblée des hommes libres, mais alors dominées par les seigneurs
    - - des justices ecclésiastiques sous l'autorité des évêques
    - - enfin (ce qu'on ne rencontrait pas encore sur le continent) des justices spécialisées dans les affaires commerciales, où s'appliquait la "loi des marchands"
  - La justice royale, était alors une instance tout à fait exceptionnelle. Elle n'intervenait que lorsque l'affaire était suffisamment importante pour que le roi se sente concerné. Il fallait alors que le plaignant obtienne du chancelier un *writ* (écrit accordant le privilège de recourir à la justice royale).
  - Aux XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> siècles, la justice du roi ayant très vite acquis la réputation d'être meilleure, le roi a cessé de juger lui-même (entouré de sa cour) et a délégué cette justice à des institutions appelées les cours de Westminster. Parallèlement, les anciennes juridictions déclinèrent et n'eurent bientôt qu'une existence formelle, sauf les juridictions ecclésiastiques (qui seront laïcisées à l'occasion du schisme et de la mise en place de l'Eglise anglicane) dont l'action fut cependant limitée à ce qui concernait le sacrement de mariage et la discipline du clergé. Cette survie est cependant à relever en ce qu'elle explique la présence dans les bibliothèques anglaises de nombreux manuscrits de droit canonique, mais aussi de droit romain (qui, on le sait, a pénétré massivement le droit canonique à partir de la fin du XII<sup>e</sup> siècle). Ainsi s'explique que, malgré la volonté politique affichée très tôt par la monarchie anglaise de refuser le droit romain, celui-ci n'ait pas été sans influence dans le monde conceptuel du droit anglo-saxon.
  - Les cours de Westminster, produisirent un droit jurisprudentiel qui était le seul qui soit commun à toute l'Angleterre. C'est ce qui explique l'expression de *common law*.
  - Pour diverses raisons, la justice rendue par les cours de *common law* fut finalement jugée insuffisante par les plaideurs qui, à la fin du Moyen Age, désirèrent à nouveau s'adresser directement au roi. Leur argument était que leur cause était "équitable", que le mauvais fonctionnement des cours de *common law* ne leur permettait pas d'obtenir justice, et que de ce fait ils ne pouvaient pas payer au roi ce qu'ils lui devaient. L'incidence fiscale de

l'argumentation fait comprendre que ces affaires furent soumises au chancelier (qui, en Angleterre, est à l'origine du ministre des finances alors qu'en France il est l'ancêtre du ministre de la justice), lequel constitua au sein de l'institution fiscale appelée l'Echiquier (par référence, dit-on, à une nappe de ce style recouvrant la table où l'on déposait les dossiers), une instance judiciaire censée juger en équité et qui fut de ce fait appelée l'*Equity*.

- Jusqu'au XIXe siècle, il y eut ainsi deux juridictions la *common law* et l'*equity*. On a parfois comparé l'action de la seconde à l'oeuvre prétorienne qui, à Rome, offrait la possibilité d'adapter le droit à l'évolution de la société.
- Une simple perspective de géo-politique permet de situer l'influence du système de *common law* : une grande partie de l'Amérique du Nord et l'ancien Empire Britannique. Ce système se veut fortement indépendant du droit romain, bien qu'il n'ait pas pu se préserver totalement de son influence. Les avocats américains, qui font parfois une publicité tapageuse pour que les citoyens fassent appels à eux s'ils ont été victimes d'une "*injury*" savent-ils qu'il s'agit de la très vieille "*injuria*" romaine, à savoir une atteinte aux droits, dont la forme majeure est la blessure physique?

## ¶ II - Les pays du groupe romano-germanique

### § 1 - Droit commun et conflits de lois

D'emblée, cette rubrique indique un paradoxe. C'est qu'en effet les juristes de l'Europe continentale, bien qu'étant formés universitairement par l'enseignement du même droit romain, se trouvèrent confrontés, dans la pratique, à une multitude de droits entre lesquels il fallut organiser un système de conciliation (lequel a produit ce que nous appelons le droit international privé)

## A - Droit commun

- Dans une Europe connaissant l'extrême fragmentation des droits (essentiellement coutumiers), le droit commun était le savoir juridique, d'essence romaine mais aussi canonique, qui s'enseignait dans les universités. Le droit commun formait l'esprit de ces juristes qui allaient devenir des juges, des avocats, des notaires, des conseillers juridiques, et aussi les agents des divers pouvoirs politiques.
- La formation intellectuelle des hommes de loi se percevait évidemment en des conséquences pratiques. Non seulement les juristes méridionaux introduisirent du droit romain dans leurs coutumes pour conforter leurs compatriotes dans leur adhésion culturelle à la romanité (alors que la pratique contredisait souvent la coutume rédigée), mais aussi les praticiens des pays dits coutumiers (en principe hors droit romain) ainsi que les agents des divers pouvoirs politiques, tout ce monde-là réfléchissait et argumentait en utilisant des concepts issus de leur acculturation universitaire.
- Un cerveau juridique doit évidemment prouver son utilité sociale. En d'autres termes : que valait, avant le XIX<sup>e</sup> siècle, un argument de droit romain avancé devant un tribunal? A mon sens, l'impact était le même dans toute l'Europe continentale. Signalons cependant qu'il est d'usage de distinguer l'ensemble de l'Europe continentale (où le droit romain s'appliquait automatiquement lorsque les juges constataient la défaillance des autres législations) de la France et de la Castille où le droit romain n'avait aucune force contraignante à l'égard du juge. Tout laisse à penser que la distinction était purement formelle et que, dans tous les tribunaux occidentaux, l'important était la pertinence de l'argumentation de l'avocat lorsqu'il soutenait que seule la loi romaine pouvait trancher le différent en cause.
- Quelles que soient les susceptibilités nationales, le droit romain, avec en outre l'appui, déterminant en de nombreux cas, du droit canonique, s'est imposé en Europe comme le droit commun.
- Rappelons cependant que ces juristes nourris à la même mamelle doctrinale du droit romain, rencontraient en Europe, lorsqu'il s'agissait de l'application du droit, une myriade de systèmes juridiques, territoriaux, seigneuriaux, urbains, professionnels, impériaux, princiers et ecclésiastiques. Nécessairement, ces hommes imprégnés du droit commun de ce qui sera peut-être l'Europe étaient confrontés à la triste réalité des conflits de lois.

## B - Conflits de lois

- L'entrée dans la barbarie juridique (VI<sup>e</sup> siècle) fut marquée par le système de la personnalité des lois : les divers peuples barbares, et aussi les gallo-romains, étaient jugés selon leur loi nationale. Il n'est pas nécessaire d'entreprendre une longue démonstration pour faire comprendre qu'un tel système ne pouvait pas durer longtemps. Très vite, le principe fut celui de la "loi du tribunal" : quelle que soit la nationalité du justiciable, le tribunal n'appliquait que la loi du lieu. Longtemps on crut en Occident que nul ne pouvait proposer une autre solution. Pourtant, au début du XIII<sup>e</sup> siècle, en ce moment où l'avancement des études romanistes laissaient espérer la naissance d'un droit commun, un auteur anonyme posa une question qui donna naissance à une nouvelle discipline, le droit international privé.
- Dans l'Italie du Nord, au début du XIII<sup>e</sup> siècle, ce que la France appellera le droit coutumier était alors le "droit des statuts" : les villes faisaient rédiger les statuts de leur cité, lesquels devinrent ainsi les coutumes applicables dans la zone d'action politique de ces villes. C'est pourquoi la première école de réflexion sur le droit international privé fut appelée la "doctrine des statuts".
- C'est un juriste de Modène (position que je soutiens contre ceux qui croient qu'il fut de Bologne) qui lança le débat. La question devait être, pour lui, majeure : il avait en effet choisi, sous le prétexte le plus futile, la première loi publiée dans le Code de Justinien (la glose *Cunctos populos*), alors que celle-ci n'avait rien à voir avec les rivalités judiciaires entre les villes italiennes : il s'agissait du dogme de la Sainte Trinité. En fait, le rédacteur modénais qui rédigea l'apparat conservé dans un seul manuscrit ([MS Paris, lat. 4546](#)) avait voulu trouver la première occasion pour écrire ce qu'il avait sur le cœur. Après lui, tous les romanistes médiévaux se donnèrent rendez-vous en marge de la glose *Cunctos populos* (c'est ce que nous appelons la *sedes materiae* : le siège de la matière) pour donner leur avis sur les conflits de lois. Le glossateur de Modène a donné naissance au droit international privé en posant, dans le manuscrit précité, la question suivante :

*"Il s'agit ici de la clémence de la justice. Et de ce fait il faut noter qu'il (l'Empereur) n'a pas voulu lier d'autres que ses sujets à son pouvoir impérial. Et cela va contre les coutumes des villes qui veulent contraindre les autres avec leurs statuts. Et l'argument est le suivant : si un Modénais fait un procès à un Bolonais dans cette ville (de Bologne), pourquoi est-ce que ce*

*statut (de Bologne) ne nuirait-il pas au Modénais? Mais certains contredisent cela par cet argument que, si un Modénais va à Bologne, il doit se conformer à ce tribunal et donc suivre toutes les lois de ce tribunal."*

La suite se confond avec la genèse du droit international privé, sujet qui est à lui seul l'objet d'un cours. Retenons cependant quelques grands principes : loi nationale pour le statut personnel et familial, loi du lieu en ce qui concerne le statut des immeubles et le droit pénal et... beaucoup de difficultés en matière de droit des contrats.

## **§ 2 - La codification française**

### **A - Sous l'Ancien Régime**

- Au Moyen Age, les juristes étaient intellectuellement formés par des concepts de droit romain, mais le droit appliqué était coutumier. Le midi prétendait vivre sous un droit romain dont ses coutumes faisaient grand cas, mais ce n'était là qu'une attitude culturelle, largement démentie par la pratique notariale. Il y avait surtout une immense diversité de coutumes, faisant dire à Voltaire que, lorsqu'on voyageait en France, on changeait plus souvent de coutume que de chevaux.
- L'origine la plus lointaine du mouvement conduisant à la codification fut, en 1454, l'ordonnance de Montils-lès-Tour ordonnant la rédaction des coutumes. Plusieurs centaines de coutumiers furent ainsi édités, grâce à l'invention, toute récente, de l'imprimerie. Diffusées, comparées, les coutumes montrèrent leurs insuffisances (d'où un mouvement de réformation) et leurs contradictions. Telle fut l'origine d'une réflexion sur le "droit commun coutumier", illustré au XVIIIe siècle par Pothier, l'un des grands inspirateurs du Code civil.
- Parallèlement, on sait que le pouvoir royal tentait de codifier sa propre législation. C'est ainsi que, sur l'ordre de Henri III, Barnabé Brisson, président au Parlement de Paris publia en 1587 un recueil

de plusieurs milliers d'actes royaux. Bien qu'il l'ait appelée Code Henri III, son oeuvre resta une compilation privée. Elle eut cependant un fort impact psychologique chez les juristes français qui commençaient à considérer les Compilations de Justinien comme une oeuvre étrangère. Brisson reçut des félicitations de juristes le remerciant d'avoir entrepris de faire du droit français et lui déclarant que son oeuvre leur avait appris à "ne plus être aubains (étrangers) en leur pays".

- Après une tentative malheureuse de Marillac sous Louis XIII, la véritable oeuvre codificatrice débuta avec Louis XIV. Désormais il ne s'agissait plus de compilations privées vaguement encouragées par le pouvoir, mais de pans entiers du droit qui furent réformés par Louis XIV et, surtout, son ministre Colbert. C'est ainsi que furent promulguées, entre 1667 à 1685, des ordonnances sur la Procédure civile et la Procédure pénale, les Eaux et forêts, le Commerce, la Marine, ainsi que le trop fameux Code noir.
- Cette oeuvre fut complétée, sous le règne de Louis XV par trois grandes ordonnances du chancelier D'Aguesseau sur les donations, les testaments et les substitutions (années 1730-1740).

## **B- Les codifications napoléoniennes**

- Considérant qu'un étudiant en droit est censé connaître l'histoire des codifications napoléoniennes, nous envisagerons ici le seul aspect de l'impact international du Code civil.
- Le Code civil français a d'abord été imposé par la force aux pays vaincus par les armées de Napoléon (peut-être est-ce l'origine du fait qu'on l'appelle souvent le Code Napoléon à l'étranger, alors que cette désignation est, en France, tombée en désuétude).
- Napoléon avait réellement imaginé d'en faire le Code de l'Europe entière. C'est ainsi qu'il a été introduit dans certains États allemands, aux Pays-Bas, dans ce qui deviendra la Belgique, au Luxembourg, dans les divers États italiens, à Genève, en Savoie, dans des cantons suisses, et même jusqu'en Pologne.
- Mais la puissance des armes n'était pas seule en cause. Des juristes des pays vaincus voyaient sans déplaisir s'imposer, soit une législation qu'ils admiraient, soit les idéaux politiques de la Révolution (souvent les deux). Comment expliquer autrement que la Louisiane, depuis peu vendue aux États-Unis, s'en soit tellement inspirée en rédigeant son Code de 1808, au point que celui-ci est

communément appelé là-bas le Code Napoléon?

- La chute de Napoléon marqua un certain recul du Code civil dans les pays libérés (quelques États italiens et cantons suisses), mais son influence en Europe se fera bientôt sentir pour des raisons qui n'auront plus rien à voir avec la domination des armes : dans les Pays-Bas, à nouveau dans les États italiens puis dans l'Italie unifiée, en Roumanie, au Portugal et en Espagne.
- En Amérique du Nord, outre la Louisiane, on note une certaine influence au Québec (mais sans dépasser la Coutume de Paris d'Ancien Régime). L'Amérique latine a été fortement influencée : Saint Domingue, la Bolivie, le Chili et les codes influencés par celui du Chili (entre autres le Code argentin).
- Signalons aussi son influence, par l'intermédiaire de l'Égypte, au Moyen-Orient
- Dans un premier temps, le Japon en fut fortement influencé avant d'opter pour cette codification allemande dont il va être maintenant question.

### § 3 - La codification allemande

- C'est en Allemagne que le droit romain vécut le plus longtemps comme droit vivant grâce, au XIXe siècle, à l'école des Pandectistes (le digeste s'appelait aussi les Pandectes) qui voulaient, à partir des Compilations de Justinien échafauder un édifice rationnel utilisable chaque fois qu'un juge rencontrait une difficulté.
- Cependant l'unification de l'Allemagne mit à l'ordre du jour, à partir de 1871, la codification du droit allemand fut à l'ordre du jour. Les rédacteurs de ce Code civil appelé communément le B.G.B. (pour *Bürgerliches Gesetzbuch*) réussirent le tour de force d'allier le droit romain (la rédaction de 1888 fut rejetée parce qu'elle en était trop proche) aux coutumes, mais aussi aux importantes avancées doctrinales du XIXe siècle, c'est-à-dire d'une société occidentale confrontée à l'Ère industrielle.
- Plus moderne, la codification allemande, adoptée en 1896 et entrée en vigueur en 1900, eut une forte

influence internationale, au Japon, en Suisse, en Grèce, en Autriche, en union Union soviétique et dans les pays scandinaves.

\*\*\*\*\*

*Malgré le développement des codifications nationales, et au-delà de l'influence du Code Napoléon et du B.G.B., il existe quelque chose que l'Europe continentale a hérité du droit romain médiéval. Les développements doctrinaux d'un pays, ses innovations jurisprudentielles et ses avancées législatives peuvent très facilement influencer la doctrine, la jurisprudence et la législation des autres pays du groupe romano-germanique. Ainsi, dans l'attente du parachèvement de ce droit communautaire qui contribuera peut-être à faire l'Europe, on n'oublie pas que l'Europe, qui n'est pas une unité géographique, naquit au Moyen Age par la découverte d'un culture commune, au sein de laquelle le droit commun permettait au droit romain de s'orienter vers la modernité.*

---

Plan du cours

Plan du cours