

Histoire du Droit

Leçon 2 : Etapes de formation ou historicité du Droit

Par

Professeur Felicien KALALA

ULK 2025

CHAPITRE III

LES PRINCIPALES ETAPES DE LA FORMATION DU DROIT OU L'HISTORICITE DU DROIT

Nous avons montré, à notre introduction générale, que le droit existe et a toujours existé dans toutes les sociétés humaines. La formation de l'esprit juridique n'est donc pas l'apanage d'une seule aire culturelle mais elle est le fruit du concours de toutes les cultures de l'humanité. Dans ce chapitre, nous allons montrer comment l'esprit juridique s'est formé et a évolué depuis les temps les plus anciens jusqu'à ces jours, et comment les divers continents de la planète ont contribué, chacun à sa manière, à l'édification du droit.

Section 1. Problème de l'historicité ou la réalité historique du Droit

Il sera question de chercher ce que signifie la thèse selon laquelle le Droit est le produit de l'histoire, en cherchant à la fois ce qui peut la rendre évidente et ce à quoi elle s'oppose.

§1. L'évidence de l'historicité du droit

Que le droit soit le produit de l'histoire, signifie qu'il est historique, qu'il subit un devenir dans le temps, qu'il n'est pas immuable. Or, quand on considère le contenu du droit à travers les différentes époques d'une société donnée, on constate qu'effectivement le droit est historique : il porte la trace des évolutions sociales, techniques, scientifiques, etc., de la société ainsi que des révolutions éventuelles. Les règles normatives, énonçant ce qui est permis et défendu, suivent pas à pas ces évolutions. Au fur et à mesure que se créent de nouvelles réalités, se créent de nouveaux problèmes, et, en conséquence, il faut de nouvelles lois. Par exemple, il a fallu modifier le Code Civil, le code pénal, afin de pouvoir régler les problèmes inédits que posaient les accidents des voitures, et, aujourd'hui, il faut créer de nouvelles lois pour régler les problèmes liés à l'informatique. Le contenu du droit est donc changeant, et porte la trace des mutations sociales.

A. Le fondement ontologique ou génétique du Droit

Le fondement ontologique ou génétique du Droit gravite autour de l'idée selon laquelle l'origine du Droit n'est pas à situer dans une nature humaine universelle, métahistorique, encore moins dans les principes de la raison qui seraient eux aussi métahistoriques ; il est mis dans le peuple et l'esprit qui agit en lui, c'est-à-dire dans une grandeur historique. Mais, en même temps, l'esprit populaire, historiquement déterminé, est aussi le fondement génétique du Droit. Le Droit ne trouve pas seulement en lui le fondement qui le légitime, mais il est aussi produit par lui : il se forme et vit dans la conscience commune du peuple ou dans la représentation vivante des institutions juridiques prises dans leur cohésion organique. Suivant cette conception, le droit est rattaché et rapporté à l'histoire.

B. Fondation axiologique du Droit

L'idée centrale de la fondation axiologique du Droit, en tant que position philosophique, est que le Droit positif trouve sa base matérielle dans des valeurs qui sont à réaliser par le Droit ; l'ordre juridique lui-même serait un ordre axiologique ou un ordre des valeurs et devrait se présenter comme

tel ; ce n'est qu'ainsi qu'il serait véritablement du Droit et non un simple ordre arbitraire de contrainte. L'idée du Droit invoque donc des valeurs comme fondement du Droit.

§2. Remise en cause de l'historicité du droit

Si la thèse de l'historicité du droit semble évidente, elle s'oppose à ce qu'on qualifie de rationalisme juridique - celui de l'ère des Lumières. Pour ces derniers, le droit est fondamentalement anhistorique. On trouve une telle conception du droit chez Rousseau, dans le *Contrat Social*, ou encore chez Kant dans sa doctrine du droit, et dans tous ses écrits portant sur l'autonomie de la raison pratique.

Ce qui la caractérise, c'est la croyance en la possibilité d'édicter, par la raison, des règles universelles du droit ; la raison serait capable de se donner à elle-même des lois non déterminées par la tradition, le passé, ou les contingences du moment. Pour eux, le droit n'est donc qu'un pur produit de la raison législatrice, et ce, sans considération des conditions historiques et sociales.

A. Le caractère arbitraire du Droit issu de la raison

L'impression que le droit soit le produit de l'histoire conduit à l'arbitraire. Il faut au contraire reconnaître que c'est plutôt la thèse inverse, celle selon laquelle le droit est le produit de la raison et de la décision de l'homme. En effet, si le droit est le produit de la raison et du consentement des hommes, alors, il n'est que le fruit des conventions passées entre les hommes, et par conséquent, il correspond inévitablement aux différents caprices ou intérêts de classe des divers groupes humains à l'intérieur d'une société donnée ou des différentes sociétés.

Ainsi, selon Montesquieu, il faut reconnaître l'historicité du droit, mais pour autant, cela n'entraîne nullement un constat relativiste quant à la nature ou au fondement du droit. Dans la Préface de *l'Esprit des lois*, Montesquieu dit bien qu'il a " *examiné les hommes, et (qu'il a) vu que, dans cette infinie diversité des lois et des mœurs, ils n'étaient pas uniquement conduits par leur fantaisie* ". Montesquieu cherche, dans cet ouvrage la raison pour laquelle il y a des différences entre les règles de droit des divers peuples. Pour lui, ces différences ne sont pas dues au hasard, ni aux fantaisies des législateurs, mais elles répondent à la nature des choses.

C'est ce qu'il montre dans le chapitre 1 du livre I, à travers son principe de l'universelle rationalité (ou encore, sa théorie générale des lois). Ce principe stipule que tous les êtres ont leurs lois, les lois étant définies comme des rapports nécessaires et constants dérivant de la nature des choses. Appliquant ce principe à sa recherche, Montesquieu en déduit que la diversité, la variabilité, des règles de droit, ne signifie pas absurdité ou irrationalité, bien au contraire. Il y a ici la présence d'une raison cachée, sous-jacente, que Montesquieu appelle " esprit des lois " : comme il le dit en sous-titre de son ouvrage, c'est " *le rapport que les lois doivent avoir avec la constitution de chaque gouvernement, les mœurs, le climat, la religion, le commerce, etc.* ".

On est loin, ici, du rationalisme juridique : la thèse de Montesquieu est bien que le droit ne peut être qu'un produit complexe de l'histoire, qu'il est le produit de multiples causes, et qu'il est profondément lié à l'histoire d'une nation particulière. C'est ce que montre bien le concept d' " esprit général d'une nation ", que l'on trouve formulé dans le livre XIX, chapitre 4. Montesquieu soutient que cet esprit général d'une nation est la résultante, la synthèse, l'effet global, de la vie d'un peuple. Chaque peuple se distingue des autres par le fait qu'un des facteurs déterminant les peuples y domine

plus que chez les autres. Par exemple, c'est le climat qui, selon lui, prédomine chez les " sauvages " (les sauvages, pour lui, c'est l'Asie...).

Si donc le législateur veut faire des lois qui soient fondées dans la " nature des choses ", il doit prendre garde à considérer tous ces facteurs. Toutes les lois ne sont pas bonnes pour tous les peuples, et, par conséquent, il ne saurait y avoir de règles de droit abstraites, intemporelles et universelles.

§3. Signification de l'historicité du Droit

La thèse selon laquelle le droit est le produit de l'histoire signifie que le droit, certes, est historique, mais plus encore qu'il ne peut être le produit de l'élaboration théorique des savants, ou d'une activité consciente de l'homme. Nous venons de voir, avec Montesquieu, que le droit est changeant, qu'il est le produit de multiples causes, et que cela se comprend du fait qu'il y a un esprit propre à chaque peuple. Nous sommes donc bien loin, ici, de la société des citoyens du monde de Kant !

Dire que le droit est le produit de l'histoire, n'est-ce pas dès lors considérer qu'il est seulement la création spontanée de l'esprit des peuples, comme le soutient l'Ecole historique du droit allemande, dont le chef de file est Savigny ? Le droit a, selon Savigny, sa source dans la coutume, dans le peuple vaquant à ses occupations quotidiennes. Les mœurs ou les croyances étant l'unique source du droit, le droit exprime donc la nature ou les besoins de tel ou tel peuple. Il est le résultat de sourdes forces agissantes, l'élaboration créatrice d'un donné mystérieux et obscur, " l'histoire ". Le droit, selon Savigny, ne se comprend que si on revient à son origine, si on parvient à en ériger les circonstances d'apparition.

L'idée selon laquelle le droit n'est que le produit de l'histoire, nous semble donc plus fiable, plus efficace, que la thèse selon laquelle il serait le produit d'un législateur doté d'une raison autonome et énonçant par conséquent des principes universels.

Pourtant, il semble bien que si le droit n'est rien d'autre que l'ensemble des régulations tendant spontanément à s'imposer dans un organisme collectif, s'il n'est que le produit de l'histoire, entendue comme pure succession empirique et contingente des faits, alors, rien ne nous permet de fonder le droit, qui n'est plus alors que l'expression des rapports de force, de ce qui réussit à s'imposer à travers l'histoire.

Section 2: Le droit antique

L'histoire des droits antiques du monde méditerranéen, à l'exception du droit romain, s'échelonne sur plus de deux millénaires, depuis les fragments du code sumérien d'Ur-Nammu (environ 2080 av. J.-C.) Jusqu'aux documents papyrologiques de l'Égypte (III^e-I^{er} s. av. J.-C.)¹. L'histoire connue des sociétés dans lesquelles ces droits se sont appliqués, qu'il s'agisse de l'Égypte ou de la Mésopotamie, remonte au III^e millénaire avant notre ère. La diversité de ces sociétés, de leur niveau de civilisation, de leur mode de vie était trop considérable pour qu'un droit uniforme puisse se développer dans tous les pays du pourtour de la Méditerranée. On ne saurait parler d'un droit antique

¹ GAUDEMET, J., « ANTIQUITÉ - Le droit antique », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], URL : <http://www.universalis.fr/encyclopedie/antiquite-le-droit-antique/>

et il serait vain de tenter une impossible synthèse de tendances parfois contraires. Il ne faut cependant pas méconnaître la possibilité d'influences d'un système juridique sur un autre. L'archéologie confirme de plus en plus la fréquence et l'importance des échanges à toutes les époques de l'histoire du monde méditerranéen antique, et l'histoire de l'art en donne de multiples témoignages.

§1. Le Code d'Hammurabi

Le plus ancien texte de droit que l'on connaisse est, certes, le code d'Ur-Nammu² rédigé vers 2100 av J-C, mais il ne nous est parvenu que de manière parcellaire.

Le Code d'Hammurabi (1750 av J-C) qui est considéré (à tort) comme le plus ancien texte de loi qui nous soit parvenu, est en réalité le premier texte juridique quasiment complet qui nous soit parvenu. Il s'agit d'un système répondant aux préoccupations de la vie courante (mariage, vol, contrat, statut des esclaves...) avec une prédominance à la loi du talion en matière pénale. Il est d'inspiration divine mais pas religieux. Quel est le legs du Code d'Hammurabi ?

Le code d'Hammurabi est un texte juridique babylonien daté d'environ 1750 av. J.-C., à ce jour le plus complet des codes de lois connus de la Mésopotamie antique. Il a été redécouvert en 1901-1902 à Suse en Iran, gravé sur une stèle de 2,25 mètres de haut comportant la quasi-totalité du texte en écriture cunéiforme³ et en langue babylonienne, exposée de nos jours au musée du Louvre à Paris. Plus qu'un code juridique, il s'agit en fait d'une longue inscription royale, comportant un prologue et un épilogue glorifiant le souverain Hammurabi, qui a régné sur Babylone d'environ 1792 à 1750 av. J.-C., dont la majeure partie est constituée de décisions de justice.

Depuis sa découverte, en 1901, cet ensemble de décisions est désigné comme un « code » et chaque décision comme autant de « lois » ou « articles » relatifs à différents aspects de la vie de la société babylonienne de la période. Dans l'ensemble, le Code donne des informations essentielles pour la connaissance de différents aspects de la société babylonienne du XVIII^e siècle av. J.-C, notamment l'organisation et pratiques judiciaires, le droit de la famille et de la propriété, les statuts sociaux, les activités économiques.

Le texte du Code d'Hammurabi est divisé en trois parties : un prologue historique en langue littéraire commémorant les accomplissements d'Hammurabi en sa fin de règne ; les « lois » ou décisions de justice rendues par le roi ; et un épilogue formulant la volonté que le texte transporte la parole du roi à travers les âges et ne soit pas altéré sous peine de malédictions.

§2. L'Égypte antique

² Le Code d'Ur-Nammu est la plus ancienne tablette contenant un code juridique qui nous soit parvenue.

Elle fut rédigée en sumérien vers 2100-2050 av. J.-C. Bien que le préambule attribue directement les lois au souverain Ur-Nammu de la cité d'Ur (2112-2095 av. J.-C.), certains historiens estiment qu'il pourrait s'agir de l'œuvre de son fils Shulgi. Le premier exemplaire du code fut découvert en deux fragments à Nippur, puis fut traduit par Samuel Kramer en 1952.

³ L'écriture cunéiforme est un système d'écriture mis au point en Basse Mésopotamie entre 3400 et 3200 avant notre ère, qui s'est par la suite répandu dans tout le Proche-Orient ancien, avant de disparaître dans les premiers siècles de l'ère chrétienne.

L'Égypte ancienne a mis en place un système judiciaire particulier. Ce système judiciaire comportait une large variété de sanctions susceptibles d'être infligées aux malfaiteurs.

Appliquée seulement dans les cas les plus graves, la peine capitale par empalement, crémation, décapitation ou suicide forcé, était prononcée uniquement par Pharaon. Dans les cas les moins graves, les peines, cumulables- pouvaient être la réquisition de la force de travail ou des biens du condamné, la privation de son nom ou de ses droits funéraires, l'emprisonnement, le bannissement ou encore les châtiments corporels, généralement cent coups de bâton ou la mutilation du nez ou des oreilles.

Dans la réalité, les pauvres sont plus défavorisés même si leur éloquence leur laisse parfois une chance de faire valoir leur bon droit. La corruption est un autre élément ; les pots-de-vin sont monnaie courante, surtout à partir de la fin du Nouvel Empire: *graisser la patte* est parfois un moyen suffisant pour obtenir gain de cause. C'est pourquoi les communautés d'artisans ne souhaitent pas, à moins d'un délit majeur dépassant leurs compétences, faire appel aux fonctionnaires de l'État, trop corrompus à leurs yeux.

Bref, l'Égypte antique connaissait une forme de règlement des conflits. La justice y était vue comme un moyen de retourner vers le calme, le chaos étant une anomalie qu'il faut supprimer.

§3. La Grèce Antique

Il est important de relever que le terme relativement récent de « droit » n'appartient pas au vocabulaire des Anciens. Chez eux, le droit se dit « le juste » : *to dikaïon*, en grec, *justum*, en latin. Ainsi, lorsqu'Aristote consacre le livre V de son *Éthique à Nicomaque* à l'étude de la vertu de justice, c'est sans hésitation aucune qu'il lui donne le « juste » pour objet spécifique.

Dans *La République*, Platon définit le mot « Loi » : « Décision politique du grand nombre, qui vaut sans limitation dans le temps »⁴. Platon parle, dans *Les Lois*, tout comme dans *La République*, de philosophie politique et touche au problème de la meilleure constitution politique. Comme dans la *République*, Platon vise dans les *Lois* la constitution de la cité la meilleure possible en prenant pour modèle le juste selon les dieux. Dans les deux cas, ce modèle est l'image que les dirigeants doivent suivre pour unifier une cité et la rendre entièrement vertueuse, sans qu'il soit cependant possible de l'instituer réellement. Platon est toutefois plus « empirique » dans les *Lois*, puisqu'il examine des constitutions réelles et propose une description très détaillée d'une constitution aussi juste que possible.

Dans les *Lois*, Platon fait discuter plusieurs vieillards sur la valeur de la constitution de plusieurs cités. Les punitions des lois infligées aux êtres vivants ne doivent être inférieures à celles des Enfers et vont d'une amende de 20 drachmes à une mine⁵.

⁴ PLATON, *La République*, 415b-c.

⁵ PLATON, *Les Lois*, Livre IX (881a-d).

Platon a dénoncé, tout au long de son œuvre, les excès de l'oligarchie, où les riches dominent les pauvres, et ceux de la démocratie, où les pauvres tentent de dominer les riches. C'est pourquoi Platon proposa dans *La République* un régime original : la timocratie, régime où la population est divisée en classes sociales strictement délimitées ayant chacune des prérogatives propres.

Selon Platon, les lois sont essentielles pour la cohésion dans la « cité idéale » car l'homme ne possède pas de prédisposition à cultiver l'intérêt général dès la naissance, ainsi il est le premier philosophe à évoquer des règles possibles, un mode d'organisation ayant pour but de lutter contre la corruption et de faire naître la notion de devoir moral chez le citoyen.

La théorie du Droit naturel, formulée d'abord par Aristote⁶, affirme qu'il y a un contenu dans tout système juridique qui ne dépend pas de la volonté du législateur et qu'il y a donc des règles qui s'imposent au législateur. Est dit de Droit naturel ce qui est universellement valide, en tout lieu et en tout temps. Est dit de droit positif ce qui est en soi indifférent mais qui s'impose à tous par suite d'un choix conventionnel et contingent.

L'expression « droits de l'homme », à laquelle se rallient beaucoup de juristes, souscrit implicitement à l'idée d'un Droit naturel car elle vise les droits liés avant toute législation positive à l'humanité même de l'homme. Sans cette norme morale supérieure, il n'y aurait plus d'instance critique capable d'interpréter et de mettre en question l'ordre juridique.

Cette idée rappelle que le Prince (tout comme les présidents actuels) ne dispose pas de la justice elle-même mais qu'il est lui-même soumis à une loi qui le dépasse et doit réguler son jugement. Le droit positif pose l'ordre du juste politique, mais ne dispose pas de la justice elle-même. S'il n'y a que le droit positif, dit Aristote, Créon aura toujours raison, même quand il a tort. Mais si nous maintenons l'idée régulatrice d'un Droit naturel, Antigone pourra se dresser le moment venu et invoquer contre une loi injuste, le droit supérieur de la loi non écrite.

La politique, dans la pensée d'Aristote, ne peut donc être séparée de la morale. Ainsi, selon Aristote « la fin de la Politique sera le bien proprement humain. » (*Éthique à Nicomaque*, L.I, ch.1) La question « Comment dois-je vivre ? » se prolonge dans la question « Comment la cité doit-elle être gouvernée ? » En effet, dit en substance Aristote dans *Les Politiques*, l'homme ne peut s'accomplir pleinement que dans une vie en société, par la coopération et l'amitié. La morale conduit à la politique et la politique a une fin morale.

§4. La Rome antique

La civilisation romaine est la première à avoir constitué un système juridique (littéralement fondé sur le *ius*, les *iura*) qui nous soient parvenu. Le droit romain, peut donc être considéré comme le premier système juridique.

Le droit romain définit clairement des termes et catégories juridiques (voir par exemple : *ius civile*, appliqué aux citoyens Romains, *ius gentium*, appliqué au genre humain, et *ius naturale*

⁶ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, V, 10, 1134b 18-23

appliqué à tout ce qui est animé dans la nature). Là est le droit humain (*ius*), qui évolue aux côtés du droit divin (*fas*). La vie politique (publique, des citoyens *pouulus est universi cives*) est organisée par le droit (civil, littéralement des citoyens). Cependant, « Rome ne s'est pas construite en un jour » et il est difficile de dater précisément le début de la pensée juridique romaine.

Le *ius* Romain sera une source inépuisable grâce à laquelle les médié vistes créeront le droit. En effet, Rome incarne une expérience tout à fait unique à la fois dans l'espace et dans la durée. Une expérience unique dans l'espace car Rome est passée d'une modeste cité à un empire gigantesque.

Cet empire a couvert une bonne partie de l'Europe actuelle et il l'a d'ail- leurs largement dépassée.

Durant quatorze siècles, Rome a connu différents régimes politiques. Elle a d'abord connu la royauté qui dura jusqu'en 509 avant Jésus-Christ.

Au cours d'une histoire aussi longue, le droit romain a évolué. Traditionnellement, on retient trois phases pour le droit romain.

La première phase est celle de l'ancien droit qui part des origines pour s'achever vers 150 avant Jésus-Christ ; la principale caractéristique de ce droit ancien, c'est d'être marqué par le formalisme.

La deuxième phase est celle de la période dite classique qui commence en 150 avant Jésus-Christ et s'achève au IIIe siècle de notre ère. C'est la période de l'âge d'or du droit romain, celle où il va acquérir ses traits essentiels.

Enfin, la troisième période coïncide avec le Bas empire. C'est dans cette période que sont réalisées les grandes compilations du droit romain, celles de l'empereur Justinien. Ces compilations sont très importantes, car c'est grâce à elles que l'héritage de Rome a été conservé.

Section 2 : L'héritage du droit romain

Nous pouvons situer le legs du droit romain à quatre niveaux : la naissance de l'autonomie du droit; l'invention de la science juridique et un modèle de systèmes juridiques.

§1. La naissance de l'autonomie du droit

Le droit participe de son milieu d'origine. Il en subit les influences, il en traduit les aspirations. De très nombreux facteurs contribuent à façonner le droit d'une société donnée. Le droit est vraiment lié au contexte extra juridique ; il est tributaire de toutes les forces qui agissent dans la vie sociale.

À partir de là, deux attitudes sont possibles. Certaines civilisations organisent leur ordre social sans distinguer le droit d'autres modèles de conduite, principalement les modèles de conduite issus de la religion et de la morale. D'autres civilisations connaissent un droit autonome par rapport à ces modèles de conduite. En revanche, le célèbre code d'Hammourabi, considéré comme donné par Dieu, n'est donc pas un droit autonome.

Un autre signe de l'imprégnation religieuse de ce droit, c'est l'ordalie. L'ordalie - que l'on appelle souvent jugement divin- est un mode de preuve qui fait appel aux dieux. Quand il n'y a pas d'autre preuve, le plaideur est soumis à une épreuve matérielle destinée à révéler la vérité. En Mésopotamie, l'ordalie prend souvent la forme fluviale : le plaideur doit entrer dans le fleuve et il doit y parcourir une certaine distance. S'il surnage, son innocence est prouvée. S'il coule, cela prouve qu'il est coupable.

Voilà un droit qui n'est pas autonome par rapport à la religion. C'est un droit qui n'est d'ailleurs pas plus autonome par rapport à la morale. Les infractions à la morale, notamment les manquements à la morale sexuelle et familiale, occupent une très large place dans les normes juridiques en Mésopotamie.

D'autres civilisations, et c'est le cas de la civilisation française connaissent un droit autonome. L'autonomie du droit ne signifie pas que le droit soit coupé de toute influence extérieure mais que le droit a un objet propre, des sources propres, des méthodes propres qui ne se confondent pas avec l'objet, les sources, ou les méthodes d'autres modes de contrôle social.

Or c'est Rome qui, pour la première fois dans l'histoire de l'humanité, a marqué les frontières du droit⁷. Elle a dégagé son objet propre. Et nous examinerons d'abord comment Rome a isolé le droit. Nous verrons ensuite comment le droit a été divulgué pour que son objet soit connu de tous. Un troisième point sera consacré aux sources du droit romain. Enfin, nous verrons que Rome a donné au droit un spécialiste propre : **elle a inventé le juriste**⁸. C'est ce spécialiste qui élaborera les méthodes spécifiques à sa discipline.

§2. Le droit isolé

Rome a d'abord séparé le droit d'autres systèmes de régulation sociale comme la religion, la morale, du fait et de la philosophie.

Le droit isolé de la religion

Comme dans les autres sociétés antiques, le droit plonge à Rome ses racines dans la religion. Mais le droit a été de bonne heure séparé de la religion. Cette séparation a été l'œuvre des pontifes. Durant des siècles, ces prêtres ont eu autorité à la fois sur la religion et sur le droit. Or ces derniers avaient un grand souci d'efficacité, laquelle supposait un partage des tâches. À la religion, on a assigné la tâche de maintenir la paix entre les dieux et les hommes. Au droit, on a assigné la tâche de maintenir la paix entre les hommes. Ce sont deux vocations complémentaires certes, mais des vocations distinctes⁹.

La laïcisation du droit a été précoce à Rome. Le premier grand texte juridique de l'histoire romaine, la loi des XII Tables de 450 avant Jésus-Christ, ne comprend déjà plus que quelques résidus sacrés.

⁷ WAREMBOURG, M., *Introduction historique au Droit*, Paris, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2008, pp. 26-27.

⁸ *Ibidem.*, p. 34.

⁹ *Ibidem.*, p. 49

Un siècle plus tard, au milieu de la République, le monde du divin et le monde de l'humain sont rigoureusement étanches. Ils ne se chevauchent pas. Et comme ils ne se chevauchent pas, ils ne peuvent pas entrer en conflit l'un avec l'autre. La question d'une hiérarchie entre eux ne se pose donc pas.

Voilà un grand apport de Rome au monde occidental. En effet, comme le droit est séparé de la sphère religieuse, le droit peut être analysé, critiqué, modifié sans que cette critique ou ce changement soient ressentis comme un sacrilège, comme une atteinte à l'ordre divin.

Le droit isolé de la morale

La morale est inscrite dans les sources du droit. Le droit est fixe, objectif. Sa violation est sanctionnée en justice.

Par opposition au droit, la morale est mouvante, subjective. Les Romains ne sont pas indifférents à la morale mais la sanction des actes contraires à la morale ne passe pas par le droit. Elle est confiée à des magistrats spéciaux, élus tous les cinq ans : ce sont les censeurs. Les censeurs ont la possibilité d'infliger des blâmes ou même des dégradations civiques pour sanctionner certains actes permis du point de vue du droit, mais répréhensibles du point de vue de la morale.

Prenons un exemple. Un père de famille peut se voir sanctionner par les censeurs s'il éduque mal ses enfants. Alors que du point de vue du droit, la puissance paternelle est absolue, tellement absolue que le père a droit de vie ou de mort sur ses enfants. Mais les Romains sont allés encore plus loin.

Le droit isolé du fait

Non seulement le droit n'est pas confondu avec les exigences de la religion ou de la morale, mais il n'est pas non plus asservi au fait. Les Romains, en effet, ont très tôt isolé le droit du fait.

La procédure civile romaine, d'ailleurs, a longtemps divisé l'instance en deux parties. Une première phase se déroule devant le magistrat chargé de la justice, c'est alors que sont réglées les questions de droit. Le magistrat organise le procès avec la collaboration des parties, il leur indique le droit.

Une deuxième phase se déroule ensuite devant un juge, ce juge est un simple particulier. C'est le juge qui va s'occuper des faits, c'est à lui de vérifier le bien-fondé des allégations des parties, d'examiner les preuves avant de rendre la sentence. On distingue donc bien le droit du fait.

Mais cette distinction ne se matérialise pas seulement dans la procédure. C'est cette distinction qui va permettre l'emploi de la fiction. La fiction, c'est un artifice qui consiste à faire comme si un fait existait, ou bien comme s'il n'existait pas, pour parvenir à un résultat que l'on juge souhaitable.

Le droit romain a produit des fictions de toutes sortes. Par exemple, un enfant à naître est considéré comme déjà né à chaque fois qu'il y va de son intérêt. Ou encore, on peut déplacer fictivement la date de la mort d'un homme dans certains cas. Le droit peut ainsi déplacer la naissance ou la mort. On le voit, le droit n'est donc pas asservi à l'ordre des choses. Il n'est pas asservi

aux évidences de la nature. C'est ainsi que le droit a été libéré de l'empirisme. Alors, il a pu se construire en science.

Le droit isolé de la philosophie

Pour construire une science, la philosophie grecque proposait un modèle. La philosophie grecque se répand à Rome à la fin du II^e siècle avant Jésus-Christ. Pourtant, les juristes romains n'ont pas adopté le modèle qu'elle proposait.

Le droit romain est resté pragmatique. Pour les juristes, il n'était pas question d'enfermer le droit dans un système. Il n'était pas question d'adopter les catégories des philosophes et de s'appuyer sur un dogme philosophique pour en tirer des corollaires juridiques. Le droit a conservé son autonomie.

Leur travail d'isolement, les Romains l'ont poursuivi à l'intérieur du droit lui-même. En effet, parmi les règles de droit, toutes n'ont pas le même but, ni le même domaine d'application.

C'est ainsi que les juristes romains ont été amenés à distinguer, notamment, le droit public du droit privé. Le critère de cette distinction sera tiré des intérêts que le droit prend en considération : l'utilité publique ou l'utilité des particuliers.

§3. Le droit divulgué

Il faut savoir que pendant longtemps la connaissance du droit a été tenue secrète. Sa divulgation a donné lieu à un véritable combat politique sous la République.

Lorsque la République s'installe en 509 avant Jésus-Christ, ce n'est pas une démocratie. C'est un régime aristocratique. Le pouvoir est aux mains d'un groupe : le patriciat. Seuls les patriciens peuvent accéder aux magistratures et au sacerdoce. Face à eux, il y a les plébéiens, lesquels sont tenus à l'écart. Entre ces deux groupes sociaux, entre ces deux ordres, la tension politique va devenir très vive et l'un des points de friction concerne précisément le droit et la justice.

Seuls les pontifes, tous patriciens, connaissaient le droit. Et les magistrats chargés de rendre la justice étaient tous patriciens également. On les soupçonnait de profiter du caractère secret du droit dans l'intérêt de leur groupe, par exemple pour empêcher un plébéien d'engager une procédure judiciaire contre un patricien¹⁰.

La plèbe réclamait donc la divulgation du droit. Elle a, sur ce point, obtenu satisfaction complète au terme de trois étapes. Ces trois étapes seront examinées successivement : il s'agit de la publication des règles de droit, de la publication des formules judiciaires, et enfin de la divulgation de leur mode d'emploi.

La publication des règles de droit

Au milieu du Ve siècle avant Jésus-Christ, le patriciat est obligé de céder à la pression de la plèbe. Un collège de 10 magistrats extraordinaires, les « décemvirs », est donc chargé de codifier le droit. Cette tâche débouche sur la loi des XII Tables en 450 avant Jésus-Christ. Les Romains considéraient cette loi comme la base de leur droit. Elle va consacrer l'égalité juridique

¹⁰ GAUDEMET, J., *Les institutions de l'Antiquité*, Paris, Montchrestien, 1998, p. 206.

entre patriciens et plébéiens ; elle va mettre un terme à l'arbitraire dans l'exercice de la justice. Le magistrat est désormais lié par la loi¹¹.

Que trouve-t-on dans cette loi ? On y trouve les principaux actes juridiques, les droits que l'on appelle les droits absolus : la liberté, la propriété, la puissance paternelle. On y trouve aussi les crimes de droit commun punis de mort, ainsi que les procédures en justice. Tout le monde peut prendre connaissance du contenu de la loi puisque la loi a été gravée sur 12 tables de bronze. Ces tables ont été affichées au forum, là où se rend la justice.

La publication des formules judiciaires

En 450, la loi des 12 Tables n'avait publié que les règles de droit. Or pour mettre en œuvre ces règles dans les procès, il fallait employer des formules précises. L'ancien droit romain, en effet, était très formaliste. Et en justice la moindre erreur dans la formule faisait perdre irrémédiablement un procès¹².

Or ces formules rituelles n'avaient pas été divulguées. Elles restaient secrètes. Seuls les pontifes les connaissaient. Le plaideur restait donc tributaire des pontifes, et l'est resté jusqu'en 304 avant Jésus-Christ.

La divulgation du mode d'emploi

En 254 avant Jésus-Christ, les plébéiens peuvent enfin accéder au pontificat. Le premier grand pontife plébéien s'appelle Tiberius Coruncanus, Et ce dernier a introduit une grande nouveauté : il admet que des auditeurs assistent à ses consultations juridiques et il leur explique oralement les raisons qui motivent ses avis¹³. Jusqu'alors, l'initiation au droit se faisait en secret. Voilà que maintenant on peut y accéder plus ouvertement. Voilà que l'on peut apprendre comment se servir des règles du droit et de la justice. Le droit est alors complètement divulgué¹⁴. Très vite, les pontifes vont perdre leur monopole et on va voir apparaître les premiers jurisconsultes laïcs.

§4. Des sources propres pour le droit : les sources du droit romain

L'autonomie du droit est aussi marquée par l'existence de sources propres pour le droit. Ce sont d'ailleurs les Romains qui ont inventé la métaphore de « sources » pour désigner les modes de création des règles de droit. Ces sources n'ont aucun lien avec le sacré. Le droit résulte toujours d'une activité humaine. Le droit est fait pour les hommes, il est également fait par les hommes et par eux seuls.

Au cours de sa longue histoire, le droit romain a connu plusieurs sources du droit. Nous examinerons successivement la loi, la jurisprudence, l'édit du préteur, les sénatus-consultes, les constitutions impériales, et enfin la coutume.

La loi

¹¹ *Ibidem*, p. 254.

¹² *Ibidem*, p. 262.

¹³ *Ibidem*, p. 267.

¹⁴ *Ibidem*, p. 298.

Son nom technique est celui de « lex publica ». La loi est proposée par un magistrat, et votée par les citoyens réunis dans des assemblées qui portent à Rome le nom de « comices ». De la loi, il faut rapprocher le plébiscite qui est voté par l'assemblée propre à la plèbe, le concile de la plèbe. Le plébiscite a la même valeur que la loi, c'est une valeur qu'il a acquise en 286 avant Jésus-Christ¹⁵.

La loi joue à Rome un grand rôle en droit public, mais elle n'occupe qu'une place très modeste en droit privé. C'est pourquoi on a pu dire que le peuple du droit n'avait pas été un peuple législateur. La lex publica a été utilisée pendant 7 siècles. On dénombre, durant ces 7 siècles, environ 800 lois, et sur ces 800 lois, à peine une trentaine concerne le droit privé. Les sources les plus fécondes du droit privé sont ailleurs, et il s'agit d'abord de la jurisprudence¹⁶.

La jurisprudence

Ce que l'on appelle « jurisprudence » à Rome ne désigne pas les décisions des tribunaux, mais la science du droit. Elle résulte de l'activité des juristes. Et cette activité connaît deux formes : l'équivalent de notre doctrine et l'activité de consultation. Les juristes écrivent des commentaires, et délivrent des consultations qui portent le nom de « responsa » (réponses). Dans l'un et l'autre cas, ils contribuent à la création du droit par l'interprétation.

L'édit du préteur

L'édit du préteur est la source principale du droit privé romain entre le IIe siècle avant Jésus-Christ et le IIe siècle après Jésus-Christ.

Le préteur, c'est à Rome, le magistrat judiciaire, élu pour un an. C'est lui qui intervient dans la première phase du procès. Lors de son entrée en fonction, le préteur publie un édit. Cet édit constitue en quelque sorte son programme d'activités pour l'année à venir.

Que contient cet édit ? Il énumère les cas dans lesquels le magistrat délivrera des actions. Comme notre droit moderne, le droit romain distingue le droit et l'action.

En droit moderne, le droit est défini par la loi et le moyen d'assurer la sanction de ce droit - l'action en justice - va de soi. Le droit précède l'action, l'action n'est là que pour le faire respecter¹⁷.

Il en va tout autrement du droit prétorien. Le préteur peut délivrer des actions dans un domaine où la loi ne s'est pas prononcée et c'est ce qu'il fait quand il estime qu'une situation doit être protégée. En ce cas, l'action précède le droit; le droit ne naît qu'à partir du moment où l'action est offerte par le préteur.

Les sénatus-consulte

¹⁵ *Ibidem*, p. 302.

¹⁶ *Ibidem*, p. 299.

¹⁷ *Ibidem*, p. 304.

Portent le nom de sénatus-consultes les textes votés par le Sénat. Le Sénat est une espèce de grand conseil où siègent ceux qui ont géré une magistrature. Techniquement, le Sénat ne rend que des avis sous la république, des avis exprimés sous une forme courtoise. En pratique, il est très difficile pour un magistrat de ne pas suivre les avis du Sénat.

Sous le principat, les sénatus-consultes deviennent une source directe de droit lorsque les assemblées du peuple vont tomber en léthargie. Le sénatus-consulte prendra alors le relais de la législation comitiale avec la bénédiction de l'empereur.

L'empereur, en effet, dissimule souvent ses propres décisions derrière l'autorité du Sénat. Un Sénat qu'il convoque, qu'il préside et dont il surveille de près la composition.

Les constitutions impériales

Porte le nom de constitution à Rome, non pas comme aujourd'hui la loi fondamentale de l'État, mais un texte normatif qui émane de l'empereur. C'est une source du droit qui n'apparaît donc qu'avec le principat.

Il existe quatre types de constitutions impériales : les édits, les décrets, les rescrits, les mandats.

Les édits : ce sont des textes de portée générale.

Les décrets : ce sont des jugements rendus par l'empereur.

Les rescrits : ce sont des réponses écrites adressées par l'empereur à une requête qui porte sur un point de droit.

Les mandats enfin : ce sont des instructions de caractère administratif, adressées aux magistrats ou aux fonctionnaires impériaux.

La coutume

La coutume est une source du droit fondée sur la répétition d'une même pratique.

À Rome, son rôle est reconnu sans difficulté en droit public.

Mais en droit privé, la coutume est régulièrement absente des catalogues de sources de droit proposés par les juristes classiques. Pourquoi? Parce que le système juridique romain n'a pas besoin de la coutume. Il dispose, en effet, de deux sources qui lui permettent d'absorber quasi instantanément les nouveautés de la pratique. Ces deux sources, ce sont l'interprétation jurisprudentielle et l'édit du préteur.

Section 3 : Un spécialiste propre : l'invention du juriste

Voilà là encore une création originale de Rome. Aucun autre peuple de l'Antiquité n'a connu de spécialistes autonomes du droit. C'est Rome qui a inventé le juriste.

Dans les sociétés traditionnelles africaines en revanche, il existe ces spécialistes du droit. Les « ngambi » ou « sages » dans la société pende, par exemple, sont exactement les corollaires des professionnels de droit créés à Rome. Néanmoins, le caractère oral du droit traditionnel africain a fait perdre leur superbe aux techniciens africains dans le monde scientifique.

En latin, le juriste est nommé jurisprudent : celui qui est compétent en droit. On dit plus communément prudent. Il est encore nommé jurisconsultus : jurisconsulte, un mot qui met l'accent sur son activité de consultation.

Ce juriste est un personnage autonome. Et c'est lui qui va être le véritable artisan du droit romain classique. Ce sont les deux points que nous allons examiner successivement.

Un personnage autonome

Son activité professionnelle est consacrée à la science juridique et c'est une activité purement privée, sans attache directe avec les pouvoirs de l'État. Cette activité ne s'inscrit pas dans les cadres auxquels nous sommes aujourd'hui habitués.

De nos jours, nous connaissons plusieurs professions juridiques : avocats, notaires, juges.

Rome connaît également ces catégories mais elles ne supposent pas la maîtrise de la science juridique. L'avocat est un orateur, un expert en rhétorique : son activité consiste à composer et à prononcer des discours convaincants. Le notaire est un scribe. Le juge est un simple particulier ; sous l'Empire, le juge deviendra fonctionnaire. Quant aux magistrats, ce sont des hommes politiques¹⁸.

L'artisan du droit romain classique

A l'occasion, le juriste peut exercer l'une de ces activités. Par exemple, il peut être désigné comme juge, ou bien il peut être élu magistrat.

Mais son activité propre, celle dont il fait profession est ailleurs. Elle se limite aux questions de droit. Cette activité recouvre trois fonctions: donner des consultations juridiques, rédiger des actes juridiques, prêter dans des procès une assistance juridique aux parties, aux avocats ou au juge.

Cette activité est d'autant plus impartiale que le juriste l'exerce gratuitement. Il ne se fait pas rémunérer. On comprend alors que les juristes appartiennent à des familles aristocratiques. Les juristes jouissent à Rome d'un grand prestige et d'une grande autorité. Quand un juriste réputé a rendu un responsum, le juge a naturellement tendance à le suivre, si les faits allégués par le plaideur sont avérés. En réalité, le juriste est le véritable artisan du droit romain classique.

Nous avons évoqué les nombreuses sources formelles du droit romain. Leur diversité ne doit pas faire illusion. Nous l'avons vu, la loi et la coutume occupent une place modeste en droit privé. Le droit privé romain repose principalement sur la jurisprudence, l'édit du préteur puis les constitutions impériales. Le juriste est le véritable artisan de ces trois sources.

Pour la jurisprudence, c'est l'évidence, il s'agit, rappelons-le, du fruit de son activité, une activité à la fois doctrinale et consultante.

¹⁸ TESTART, A., *Éléments de classification des sociétés*, Paris, Errance, 2005, p. 76.

Mais l'édit du préteur et les constitutions impériales sont également en réalité élaborés par les juristes. Nominale, c'est le préteur qui fait l'édit. Mais le préteur est un homme politique qui ne possède pas forcément les connaissances juridiques nécessaires. Aussi les juristes collaborent-ils à la confection de l'édit.

On peut faire la même remarque pour les constitutions impériales. Formellement, une constitution émane de l'empereur. En pratique elle est élaborée par les juristes qui nourrissent la chancellerie impériale et qui siègent au conseil impérial.

En somme, l'essentiel du droit romain a été l'œuvre d'experts. Ce sont ces experts qui ont inlassablement travaillé à le construire durant des siècles, et c'est à eux qu'il doit ses incomparables qualités techniques.

Section 4 : L'invention de la science du droit

Dans l'Antiquité, c'est en Grèce que pour la première fois on rencontre une réflexion théorique sur le droit. Cette réflexion a été l'œuvre des philosophes.

Pourtant aucun d'entre eux ne s'est consacré exclusivement au droit. Surtout, les philosophes grecs qui se sont intéressés au droit, l'ont fait dans le cadre des méthodes propres à la philosophie, ils ont en quelque sorte coulé le droit dans la philosophie. Par opposition, Rome va inventer la science propre au droit¹⁹.

Nous examinerons successivement quatre points. Une science suppose d'abord une réflexion théorique. Cette réflexion est le fait des spécialistes du droit qui écrivent des ouvrages spécialisés. C'est avec Rome que naît la doctrine juridique. Une science ensuite dispose d'outils qui lui sont propres. Rome nous a légué le principe d'un langage technique pour le droit, elle nous a aussi légué une méthode de raisonnement. Une science enfin s'apprend et se transmet, les Romains ont été les premiers à organiser l'enseignement du droit.

§1. La naissance de la doctrine juridique

C'est principalement dans le domaine du droit privé que s'est épanoui le génie juridique romain. Car c'est le droit privé qui a été construit par les juristes.

Les juristes n'ont pas pu faire la même chose pour le droit public car la maîtrise du droit public leur échappait. Il faut noter au passage la conséquence de cela. C'est parce que les juristes romains ne nous ont pas légué un droit public déjà construit scientifiquement que le droit public a pendant si longtemps accusé un tel retard par rapport au droit privé. Il a fallu le construire. Et évidemment cela a pris du temps. La science du droit public est une science très jeune dans l'histoire du droit²⁰.

En droit privé au contraire, la science du droit est très ancienne, elle est née à Rome. Nous allons voir comment.

Les débuts modestes : l'explication du texte

¹⁹ GAUDEMET, J., p. 56

²⁰ *Ibidem*, p. 59.

La science du droit privé trouve sa source dans la loi des XII Tables²¹. La loi était difficile à comprendre. Il fallait l'interpréter. Cette tâche d'interprétation incombe d'abord aux pontifes et ils l'accomplissent sous une forme orale. C'est après la divulgation des formules judiciaires qu'apparaît une littérature spécialisée.

L'interprétation du droit fait l'objet d'écrits, désormais, elle fait l'objet de deux séries d'écrits. Les premiers sont consacrés à l'interprétation des XII Tables, les seconds à l'interprétation des formules judiciaires. Dans les deux cas cependant, l'interprétation ne dépasse encore guère l'explication de texte, il s'agit d'une interprétation littérale, elle colle au texte, elle est traduite en un langage plus clair.

Au début du II^e siècle avant Jésus-Christ, on voit apparaître deux premières synthèses, l'une sur l'interprétation des XII Tables, l'autre sur les formules judiciaires²².

Le commentaire des XII Tables va se poursuivre jusqu'au II^e siècle de notre ère, mais la loi est de plus en plus vieillie et c'est le commentaire du formulaire qui va engendrer la littérature la plus féconde. C'est une littérature baptisée « *libris juris civilis* », les livres du droit civil.

On doit ici réserver quelques mots au droit public. La distinction entre droit public et droit privé a été faite par les Romains dès l'époque la plus ancienne.

Au début du III^e siècle de notre ère, le grand juriste Ulpien va prendre comme critère de cette distinction les intérêts que le droit prend en considération. Le droit public prend en considération l'utilité publique ; le droit privé prend en considération l'utilité des particuliers.

Mais ce grand juriste, pas plus que les autres d'ailleurs, ne livrera pas d'exposés synthétiques du droit public. La science du droit public fait à Rome un peu figure de parent pauvre par rapport à celle du droit privé.

Pourquoi ? Il y a à cela deux raisons. La première c'est que les juristes romains abordent le droit à partir de la procédure. Et en droit public, ils se sont heurtés à une impossibilité technique, celle de soumettre toute cette branche du droit à un contrôle juridictionnel. La deuxième raison tient aux circonstances politiques et elle concerne essentiellement le droit constitutionnel. Le droit constitutionnel a d'abord beaucoup souffert de la crise de la république qui s'est terminée avec une succession de coups d'Etat. Ensuite, le droit constitutionnel a souffert du régime impérial parce que l'empereur ne veut pas que le droit constitutionnel soit exposé à la discussion et à l'analyse scientifique, il ne veut pas laisser enfermer son absolutisme dans un cadre juridique²³.

²¹ *Ibidem*, p. 67.

²² *Ibidem*, p. 78.

²³ BIRNBAUM, P., *La logique de l'Etat*, Paris, Fayard, 1982, p. 76.

Mais l'activité des juristes a pu s'exercer dans des domaines du droit public qui donnaient lieu à des jugements, par exemple le droit fiscal, ou encore le droit des fonctions publiques.

C'est encore un héritage de Rome que cette idée que les règles de droit privé ne conviennent pas forcément aux rapports dans lesquels l'État se trouve peu ou prou engagé. La propriété de l'État est autre chose que la propriété appartenant à un particulier. Un agent de l'État n'est pas un particulier comme un autre.

§2. Les grands outils de la science juridique

Un langage

Notre droit use d'un langage technique. Quel est l'intérêt d'un langage propre au droit ? C'est un facteur de précision et c'est aussi un facteur de sécurité pour l'application du droit. Plus le langage est précis, moins il y a de place pour les fantaisies individuelles. L'usage du droit est simplifié, avec un mot précis, par exemple, on sépare une périphrase plus ou moins confuse.

C'est à Rome que nous devons le principe d'un langage technique spécifique au droit. Un langage, cela signifie deux choses : d'abord des mots, un vocabulaire ; et ensuite une certaine façon d'assembler ces mots, c'est-à-dire un style.

Durant des siècles les Romains se sont ainsi livrés à un travail gigantesque de construction et d'affinage du vocabulaire. Ce travail a produit un très riche arsenal de mots techniques, ou d'expressions techniques.

De ce travail, nous sommes les héritiers. Pourquoi ? Parce que non seulement nous avons repris de Rome le principe du vocabulaire technique pour le droit mais aussi parce que nous avons également repris le vocabulaire romain lui-même. Nos termes juridiques sont issus des termes romains. Leur sens a parfois été refondu, notamment dans les universités médiévales, mais les mots viennent du latin juridique. Et derrière les mots, il y a les concepts qu'ils recouvrent.

Nous vous avons également repris de Rome un certain style propre au droit. Il ne suffit pas de connaître des mots techniques, il faut aussi savoir les assembler.

Le style juridique est fait de concision, de clarté. C'est l'ennemi même de la verbosité. Il joue la sobriété sans s'embarrasser de développement inutile.

Et c'est ce style qu'employaient les juristes romains par exemple pour rédiger un responsum, la réponse à une demande de consultation juridique : en quelques lignes, ils présentaient le cas et ils donnaient la solution.

Une méthode de raisonnement

Le droit romain, le droit ancien, le droit classique, a été un droit casuistique, un droit des cas, né de la pratique contentieuse. Les Romains alors ne produisaient pas des normes générales qu'ils appliquaient ensuite au cas d'espèce. Ils résolvaient des cas d'espèce et à partir de ces cas concrets ils dégagnaient des règles générales. Le droit prétorien est une somme de cas d'espèce pris en compte par le préteur. Les décrets et les rescrits impériaux plus tard, reposeront également sur des cas d'espèce puisqu'il s'agit de jugement ou de consultation juridique. Et les

juristes résolvent également des cas d'espèce dans leur consultation. Rien d'étonnant alors que les juristes romains nous aient livré tant de recettes pour résoudre un problème juridique.

Comment résoudre un problème juridique ? Voilà ce que nous ont appris les juristes romains à travers leurs consultations.

Les juristes s'attachaient d'abord à poser le problème de façon correcte et c'est ensuite seulement qu'ils pouvaient en trouver la solution. Poser le problème en termes juridiques est donc la première tâche. Quand un client venait consulter un juriste romain, comme de nos jours, il lui racontait à sa manière des faits. L'exposé du client traduisait une expérience humaine, il comportait de multiples détails et une bonne part d'affectivité. Le tâche du juriste était d'isoler dans ce récit les seuls éléments importants au point de vue juridique, il s'agissait de transformer une situation de fait en cas juridique. Pour ce faire, il faut éliminer tous les détails qui n'intéressent pas le droit. Mais aussi il ne faut oublier aucune des circonstances qui, elles, présentent un intérêt du point de vue du droit.

C'est un travail d'analyse essentiel à la rationalité juridique. Prenons un exemple simple. Un client éploré vient raconter au juriste que son esclave qui avait de beaux cheveux bouclés a été tué par le méchant boulanger, et qu'il est mort dans d'atroces souffrances. Le juriste va éliminer les détails insignifiants : par exemple la profession du tueur, sa méchanceté, les beaux cheveux de l'esclave, ses souffrances atroces. En revanche, le juriste retiendra que l'esclave du client a été tué, ce qui constitue un préjudice pour son maître et que celui qui l'a tué s'appelle X. C'est donc celui-ci que le maître devra assigner en justice pour obtenir réparation du préjudice. Dans cette hypothèse, la solution était simple, elle était donnée par une loi. Il suffisait aux juristes de l'indiquer au client.

Mais il arrive que la solution ne soit pas expressément donnée par les textes dont dispose le juriste. Il faut alors recourir à l'interprétation pour trouver la solution. Pour justifier une solution à partir de cas prévus par la loi, ou prévus par l'édit du préteur, ou encore à partir de cas déjà résolus par la jurisprudence, les juristes romains utilisent des types d'arguments qu'ils ont été puiser dans la philosophie grecque. Il s'agit d'arguments rationnels que nous employons toujours pour appuyer notre raisonnement juridique et interpréter les textes dont nous disposons. En voici quelques-uns parmi les plus courants.

L'argument d'analogie. C'est cet argument qui permet d'étendre une solution à un cas voisin plus ou moins semblable.

L'argument a contrario. Quand un texte dit quelque chose, il est censé nier le contraire. Prenons un exemple. On a demandé à un juriste romain si une femme pouvait témoigner en justice. Aucun texte ne le prévoyait expressément. Mais le juriste s'est appuyé sur une disposition d'une loi Julia consacrée à l'adultère. Cette disposition précise que la femme condamnée pour cause d'adultère ne peut témoigner en justice. Le juriste en a conclu a contrario qu'en dehors de ce cas, la femme pouvait témoigner en justice.

L'argument a fortiori. C'est l'argument à plus forte raison, celui qui sert à étendre une solution valable dans un cas à un autre cas où la justification se retrouve encore avec davantage de force. Ainsi, le juriste Ulpien a-t-il pu écrire: « Celui à qui il est permis de faire le plus, peut à plus forte raison faire le moins ».

Ce ne sont là que quelques exemples d'arguments rationnels. Ils sont évidemment bien plus nombreux.

Ajoutons enfin que pour interpréter les textes, les juristes romains nous ont appris à distinguer entre l'esprit et la lettre. À une application brutale du sens littéral d'un texte, il faut parfois préférer une interprétation conforme à son esprit.

§3. L'enseignement du droit

Les Romains ont été le premier peuple à organiser un enseignement du droit. Le premier professeur de droit de l'histoire a été Tiberius Coruncanius qui a admis des auditeurs lorsqu'il rendait ses consultations et qui leur a expliqué les raisons qui motivaient les solutions qu'il rendait.

Pendant des siècles, l'enseignement du droit a fait l'objet de ces cours privés. On y admettait les jeunes gens de la bonne société. On était admis sur recommandation auprès d'un juriste. Le jeune homme devait être présenté aux juristes et le juriste devait l'accepter.

Sous l'Empire, l'enseignement quitte ce cadre confidentiel.

Les consultations sont rendues en public et l'assistance est nombreuse, assistance composée non seulement d'apprentis juristes, mais aussi de curieux. Au IIe siècle avant notre ère, cet auditoire reçoit en quelque sorte un domicile fixe, des lieux où l'enseignement est dispensé.

Mais l'enseignement reste privé, les professeurs sont des particuliers sans attaches avec l'État et ils sont libres d'enseigner comme bon leur semble. Il faut attendre le Bas Empire pour que l'État organise un enseignement officiel du droit et s'intéresse à ces programmes. L'enseignement du droit à Rome a produit un genre d'ouvrage qui occupe une place tout à fait à part dans la littérature juridique. Il s'agit du manuel d'enseignement.

La littérature juridique romaine avait un point faible. Ce point faible était sa présentation. Les ouvrages étaient évidemment composés avec un certain ordre, un ordre utile où le juriste retrouvait facilement le thème qu'il cherchait. En revanche, on n'y relève aucun souci de présenter cette substance selon un ordre systématique, c'est-à-dire cet ordre auquel nous sommes habitués aujourd'hui.

Il faut pourtant faire une exception pour les manuels d'enseignement. Car c'est dans ce type d'ouvrage que l'on rencontre pour la première fois, chez les juristes, un souci de présentation systématique.

Ce type d'ouvrage porte le nom d'Institutes. Les premières Institutes que nous connaissons datent du IIe siècle de notre ère. Elles ont été rédigées vers 160 par un juriste

qui s'appelait Gaius. Pour la première fois, on est en présence d'une œuvre qui regroupe les matières d'une façon cohérente, qui constitue une systématisation.

Pourquoi ? La raison en est simple. C'est par souci pédagogique. L'ouvrage est destiné aux jeunes gens qui commencent leur apprentissage du droit et il leur présente la discipline selon une forme didactique. Gaius commence par annoncer le plan qu'il va suivre. Tout le droit dont nous usons, dit-il, concerne soit les personnes, soit les choses, soit les actions.

En quelques mots, sont ainsi distingués le droit civil et la procédure civile. Puis est posée au sein du droit civil la *summa divisio* entre les personnes et les biens. Gaius n'a pas inventé la distinction entre des personnes et des biens ; elle était connue déjà de l'ancien droit Romain mais Gaius en a fait la base d'une classification. Cette classification, Gaius la poursuit ensuite, systématiquement, à l'intérieur de chaque thème. De divisions en subdivisions, tout le droit est ainsi ordonné avec simplicité.

Cette méthode d'exposition du droit est promise à un grand avenir, elle va devenir la méthode que nous connaissons aujourd'hui.

§4. Un modèle de système juridique

La mutation du système juridique romain : l'accaparement des sources par l'autorité impériale

Au cours de sa longue histoire, le système juridique romain a évolué. On peut même opposer deux systèmes juridiques successifs.

Le premier ressemble au système anglais actuel. Le droit naît de la pratique contentieuse, il est constitué par une somme de solution de cas d'espèce.

Le second système est bien différent. Le droit consiste en un ensemble de normes édictées par le pouvoir central. À terme, l'ensemble de ces normes fera l'objet d'une codification.

C'est ce modèle-là que l'Europe continentale va adopter après l'avoir retrouvé au Moyen Âge.

La codification

Un des traits de l'évolution du droit au Bas Empire, c'est sa tendance à la codification. Avant d'examiner les grandes compilations qui résultent de cette tendance, commençons par

voir quels ont été les instruments qui ont permis cette codification. Ces instruments sont le *codex*²⁴.

Le *codex* a donné le mot français de code. Et l'avènement du codex est né d'une nécessité pratique. Il fallait consulter facilement les constitutions impériales. Au début du III^e siècle de notre ère, la masse des constitutions impériales devient extrêmement volumineuse. Volumineuse et très difficile à consulter en raison du support des textes. Les textes sont en effet écrits sur des papyrus et rassemblés en rouleaux. On les colle les uns aux autres par leurs extrémités et puis on les enroule. Pour les consulter, il faut dérouler les rouleaux jusqu'à ce que l'on trouve le texte que l'on cherche. Il apparut plus pratique d'adopter une autre technique pour réunir les textes. Les différentes feuilles sont attachées par un côté. Et bien, c'est ce que l'on appelle le *codex*²⁵.

Le mot *codex*, à l'origine, a simplement un sens matériel, il désigne la forme du recueil. Cette forme n'est autre que le livre que nous connaissons de nos jours. Mais, ce mot de code va connaître un bel avenir dans la langue du droit parce que c'est dans un *codex* que l'on conserve les constitutions impériales. On finira par baptiser du nom de code le recueil officiel du droit promulgué par l'autorité centrale.

Section 5. LE DROIT DES LUMIERES ET LE DROIT EN AFRIQUE

Dans sa dénomination et sa traduction en français, le mouvement des **Lumières** est un mouvement culturel, philosophique, littéraire et intellectuel qui émerge dans la seconde moitié du XVII^e siècle avec des philosophes comme Spinoza, Locke, Bayle et Newton avant de se développer dans toute l'Europe, notamment en France, au XVIII^e siècle. Par extension, on a donné à cette période le nom de siècle des Lumières.

Par leur engagement contre les oppressions religieuses et politiques, les membres de ce mouvement, qui se voyaient comme une élite avancée œuvrant pour un progrès du monde, combattant l'irrationnel, l'arbitraire, l'obscurantisme et la superstition des siècles passés, ont procédé au renouvellement du savoir, de l'éthique et de l'esthétique de leur temps. L'influence de leurs écrits a été déterminante dans les grands événements de la fin du XVIII^e siècle que sont la Déclaration d'indépendance des Etats-Unis et la Révolution

²⁴ KUHN, T., *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1983, p. 65.

²⁴ *Ibidem*.

française²⁶. Mais plusieurs autres doctrines politiques ont vu le jour depuis cette époque des Lumières jusqu'au vingtième siècle. Ce chapitre traite de ces doctrines et faits politiques.

§1 : LA PHILOSOPHIE DU DROIT DES LUMIERES

Le mouvement de renouveau intellectuel et culturel des Lumières reste, au sens strict, européen avant tout, et il découle presque exclusivement d'un contexte spécifique de maturation des idées héritées de la Renaissance. La pensée des Lumières s'est étendue en Europe, quoique la traduction de ce terme, dans les autres langues européennes, ait toujours privilégié l'idée d'une « illumination » provenant de l'extérieur, alors que le terme français privilégie le fait que les Lumières viennent de soi-même. De manière très générale, sur le plan scientifique et philosophique, les Lumières voient le triomphe de la raison sur la foi et la croyance ; sur le plan politique et économique, le triomphe de la bourgeoisie sur la noblesse et le clergé.

Le mouvement des Lumières a été, en grande partie, un prolongement des découvertes de Nicolas Copernic au XVI^e siècle, peu diffusées de son vivant, puis surtout des théories de Galileo Galilée (1564-1642). Une quête d'axiomes, de certitudes éprouvées, se poursuit dans le mouvement du cartésianisme tout au long du XVII^e siècle.

Leibniz (1646-1716) développa les mathématiques et le calcul infinitésimal. Sa philosophie des monades se démarquait également de celle de René Descartes. Les philosophes britanniques, comme Thomas Hobbes et David Hume, adoptèrent une démarche empirique, mettant l'accent sur les sens et l'expérience dans l'acquisition des connaissances, au détriment de la raison pure. Baruch Spinoza prit parti pour Descartes, surtout dans son *Ethique*²⁷. Il se démarqua pourtant de son aîné dans son *Traité de la réforme de l'entendement*, où il montra que le processus de perception engage non seulement la raison, mais aussi les sens et l'intuition. La conception de Spinoza était centrée sur une vision de l'Univers où Dieu et la Nature ne

²⁶ Josiane Boulad-Ayoub : « Ainsi explicitée, adaptée, transformée, la Philosophie a pu servir de garant aux idées et aux valeurs que la Démocratie française répandait sur toute l'Europe, et qui, au nom des lois de la République une et indivisible, au nom de la liberté, de l'égalité, et de la fraternité, faisait trembler les tyrans sur les champs de bataille ou, chez elle, guillotinaient le roi » et « La vie coloniale (de l'Amérique du Nord) s'organisa autour de quatre idées inspirées par les philosophes des Lumières : les droits naturels, la hiérarchie de lois (aucune loi des colonies n'est contraire à la Couronne), la séparation des pouvoirs, le contrôle du contre-pouvoir. Ces pensées influenceront les révolutionnaires français de 1789. »

²⁷ PILLON, P., *L'Année philosophique : Bibliothèque de philosophie contemporaine*, vol. 13, Paris, Félix Alcan, 1903, p. 308.

font qu'un. Cette idée deviendra centrale au siècle des Lumières, depuis Isaac Newton (1642-1727) jusqu'à Thomas Jefferson (1743-1826).

La croyance en un monde intelligible ordonné par le Dieu chrétien a représenté le plus fort élan du questionnement philosophique sur la connaissance. D'un côté, la philosophie religieuse se concentrait sur la piété, la toute-puissance et le mystère de la nature ultime de Dieu; de l'autre, des idées telles que le déisme soulignaient que le monde était visiblement compréhensible par la raison humaine et que les lois le gouvernant l'étaient tout autant. L'image de Dieu comme « Grand Horloger » pénétra alors les esprits, tandis que les observateurs du monde prenaient conscience que ce dernier semblait bel et bien parfaitement ordonné et que, dans le même temps, on réalisait des machines de plus en plus sophistiquées et précises.

1. Liberté individuelle et contrat social

Cette constance à rechercher et énoncer des lois, à déterminer les comportements particuliers, fut également un élément important dans la constitution d'une philosophie où le concept prévalait, en somme où l'individu avait des droits basés sur d'autres fondements que la seule tradition. On parle alors d'avènement du sujet pensant, en tant que l'individu peut décider par son raisonnement propre et non plus sous le seul joug des us et coutumes.

Ainsi, John Locke rédigea ses *deux Traités du gouvernement civil* dans lesquels il avance que le droit de propriété n'est pas familial, mais totalement individuel et légitimé par le travail consacré au terrain concerné, ainsi que de sa protection face à autrui. Une fois l'idée émise qu'il y avait des lois naturelles et des droits naturels, il devenait possible de s'aventurer dans les domaines nouveaux qu'on appelle maintenant l'économie et la politique.

Emmanuel Kant donne des Lumières la définition suivante : « Les Lumières c'est la sortie de l'homme hors de l'état de tutelle dont il est lui-même responsable. L'état de tutelle est l'incapacité de se servir de son entendement sans la conduite d'un autre »²⁸. Les Lumières se basent donc sur la croyance en un monde rationnel, ordonné et compréhensible, exigeant de l'homme l'établissement d'une connaissance également rationnelle et organisée. Cela commence par l'idée que les lois gouvernent, aussi bien les cieux, que les affaires humaines et que le pouvoir du Prince émane de la loi et non l'inverse. La conception de la loi en tant que contrat social théorisée par Jean-Jacques Rousseau comme relation réciproque entre les hommes, plutôt qu'entre les familles ou des groupes, devint de plus en plus remarquable, accompagnée du souci

²⁸ KUHN, T., *op. cit.*, p. 98.

de la liberté individuelle comme réalité imprescriptible - le seul droit tiré de Dieu. Le mouvement des Lumières créa ou réinventa donc les idées de liberté, propriété et rationalité, telles qu'on les connaît toujours aujourd'hui et telles qu'introduites dans cette philosophie politique : l'idée et le désir d'être un individu libre, liberté d'autant plus garantie que l'État assure la stabilité des lois.

Pour comprendre quels changements interviennent réellement entre « l'Âge de Raison » et le « mouvement des Lumières », la comparaison entre Thomas Hobbes et John Locke est une bonne approche. Hobbes, qui traverse les trois quarts du XVII^e siècle, a entrepris de classer de façon systématique les émotions humaines, ce qui l'amena à construire un système rigide garantissant par coercition la stabilité du chaos primaire - qui est la source de son travail (voir le *Léviathan*). À l'inverse, Locke voit en la Nature la source de l'unité et de tous les droits, que l'État doit s'assurer de reprendre et de protéger, non pas d'étouffer. Ainsi, la « révolution » culturelle entre les deux siècles fait intervenir la relation de l'homme à la Nature.

Cette recherche aboutit, en France, à la formulation des droits de l'homme, qui trouve son expression dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui influencera largement les déclarations de droits lors des siècles suivants, et entraînera dans son sillage des bouleversements politiques dans le monde entier. Tant en France qu'aux États-Unis, les libertés d'opinion, de religion, de pensée, d'expression tiennent une place fondamentale.

Section 6 . Le droit en Afrique traditionnelle

La question de l'existence ou non du droit en Afrique fait parfois l'objet d'une controverse dans la doctrine mais nous n'allons pas nous y attarder. Il faut néanmoins relever que ceux qui dénie à l'Afrique dite « traditionnelle » d'avoir eu le droit se réfèrent généralement à la perception européenne du monde. A tort, ils partent d'une prétendue croyance de supériorité, à tous les égards, de la civilisation européenne sur celle des autres continents. Or, comme le disait Aimé

Césaire. il n'y a pas de colonialisme sans racisme²⁹. En effet, l'existence du droit en Afrique est liée à la culture juridique africaine. Certains auteurs parlent de *phénomène juridique africain* et nous avons signalé plus haut que là où il y a deux ou plusieurs personnes dans la société, là il y a le droit. Dès lors, de ce point de vue, avant que l'homme blanc ne foule le sol africain, il y avait des hommes qui vivaient en société en Afrique. Il y avait donc des règles de droit et des institutions locales qui préexistaient à l'esclavagisme et à la colonisation. Ces règles de droit étaient généralement transmises par la tradition orale et par des coutumes. Cette réalité ne peut être niée.

Partant, contrairement à une certaine opinion qui nie l'existence des droits en Afrique avant la colonisation, les recherches fouillées ont conclu à l'affirmation des «droits originellement africains»³⁰ caractérisés notamment par *l'oralité* et *l'unité*, marqués par l'absence de professionnalisation. Ils accordaient l'importance au maintien de la paix sociale, la primauté à la conciliation et ses normes étaient flexibles³¹.

Confrontés à des problèmes qui leur étaient spécifiques, les hommes qui vivaient en Afrique ont développé, au sein de leurs sociétés et dans leurs relations respectives, des règles et des principes de droit ayant des caractéristiques propres, Ce système cohérent de règles et de principes de droit répondait en effet aux réalités propres de l'Afrique.

Le droit africain ne peut pas être *traditionnel* ni *moderne*. Il est droit africain tout court. Les Etats traditionnels africains sont restés tributaires des organisations claniques et tribales du pouvoir. Cette diversité de groupes ethniques et linguistiques a créé une multiplicité de cultures chacune avec sa coutume, laquelle est transmise de génération en génération.³² Les droits dans les sociétés africaines étaient repérables par la façon dont les membres vivaient et se comportaient vis-à-vis de certains événements. Donc, il était un *droit vécu*, différent d'une culture, d'une tribu à l'autre.

Malheureusement, c'est pendant la période coloniale au cours du XIX^{ème} siècle que les occidentaux ont organisé les Etats africains à leur manière sans tenir compte des spécificités des règles de droit qui existaient à l'époque. Ils ont introduit sur le continent africain des régimes juridiques

²⁹ A. CESAIRE cité par P. BLAKCHARD et N. BANCEL, *De l'indigène à l'immigré*, Paris, La Découverte/Gallimard, 1998.

³⁰ J. VANDERLINDE, *Les systèmes juridiques africains*, Paris. PUP, Que sais-je ?. 1983, p. 5.

³¹ O.Y. ARREGUI, « Régionalisme et organisation internationale », *R.C.A.D.I.* La Haye. 1935. III, vol. 53, pp. 7-13. Lire aussi G. ABI SAAB, *The newly Independent States and the Role of International Law*, in *Howard Law Journal*, 1962, pp. 95-121; R.P. ANAND, "Rôle of the

³² B. MUTAMBAYI KANYUKA KABALO, « Existe-il une culture juridique africaine ? Retour sur un débat à venir nouveau dans les vieilles coutumes » In *Mélanges Célestin Nguya-Ndila*, éd CEDESURK, Kinshasa, 2012, p. 849.

différents³³. Ainsi donc, on trouvait dans la plupart des Etats africains pendant la période coloniale deux ordres juridiques en présence : le droit coutumier applicable aux indigènes et le droit écrit applicable aux colonisateurs ainsi qu'aux africains dits évolués³⁴. C'est ce qui explique que, dans beaucoup d'Etats africains, il y a une dichotomie entre d'une part, le droit écrit et, d'autre part, le droit oral.

§1. Le droit peut être oral ou écrit

Les règles de droit peuvent être orales ou écrites.

Elles peuvent certes être écrites mais, il faut bien le souligner, l'écriture n'est pas l'unique manière d'établir et d'exprimer les règles juridiques puisqu'elles peuvent aussi l'être de façon orale, voire muette. En effet, autant l'écriture n'est pas le seul mode de langage des règles de droit, autant, comme le rappelle Monsieur Vincent Kangulumba Mbambi, l'oralité n'est pas non plus propre aux coutumes³⁵. On peut très bien par exemple communiquer par des signes, pour autant que l'on connaisse le langage des signes.

C'est dire que le droit est constitué des règles tant écrites qu'orales et que l'écriture n'est pas non plus nécessaire pour interpréter le droit. L'écrit n'est qu'un des moyens d'expression et de publicité du droit. Ce moyen n'est pas non plus exclusif au droit puisqu'il existe aussi d'autres voies d'expression ou de langage du droit³⁶. Ainsi, dans certains systèmes juridiques de certaines entités en Afrique d'avant le contact avec le monde occidental³⁷, l'oralité était le moyen par excellence

³³ "Régimes romane-germaniques, régimes anglo-saxons, etc.

³⁴ Cet article 4. al. 2, de la loi du 18 octobre 1908 sur le gouvernement du Congo belge -dénommée « Charte coloniale » disposait comme suit : Les indigènes non immatriculés du Congo belge jouissent des droits civils qui leur sont reconnus par la législation de la Colonie et par leurs coutumes en tant que celles-ci ne sont contraires ni la législation ni à l'ordre public.

³⁵ V. KANGULUMBA MBAMBI, « Sémiotique et métalangage comme support expressif du droit traditionnel africain », in *Le langage du droit : accessible à tous ?* Actes du Colloque du 27 novembre 1999 tenu à la KU Brussels, Bruxelles, Ed. RDJA, 2000, p. 69 ; Lire aussi J. VANDERLINDEN, « Langue et Droit », Rapport national belge et canadien au XV^{ème} Congrès international de droit comparé, in *Droits contemporains --- Rapports canadiens au AT^e Congrès international de droit comparé*, Document, 1999, p. 2 et s.

³⁶ Voy. *Le langage du droit accessible à tous ?* Actes du Colloque du 27 novembre 1999 tenu à la KU Brussels, Bruxelles, éd. RDJA, 2000. 138 p. ; S'agissant par exemple du droit successoral sénégalais, lire A. SOW SIDIBE, *Le pluralisme juridique en Afrique*, t. I, Paris, L.G.D.J., 1991. 383p.

³⁷ T. KAVUNDJA N. MANENO. *L'indépendance et l'impartialité du juge en droit compai\ belge, français et de l'Afrique francophone*, Thèse de doctorat, Vol. II, *L'impartialité du juge*. Fac. Droit, UCL, Louvain-La-Neuve, 25 juin 2005, pp. 610-611 ; K. MEAYE et Y. NDIA YE (sous-direction), *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, vol. IV, *Organisation judiciaire, procédures et voies d'exécution*, Paris, éd. Les nouvelles éditions africaines, 1982, pp. 42-44 ; A RUBBENS, *Le pouvoir, l'organisation et la compétence judiciaires*, Bruxelles, Kinshasa, éd Larcier et Université Lovanium, 1970, pp. 11-12 ; S. KQWOUVIH, « La Cour africaine de? droits de l'homme et des peuples : une rectification institutionnelle du concept spécificité africaine en matière de droits de l'homme »,

d'expression et de transmission du droit. A titre d'exemple, la justice, un des attributs des règles de droit et corollaire indispensable de la coexistence pacifique entre les membres d'une société, était une occasion de réconciliation plutôt qu'un moment de division. Elle était rendue oralement par les chefs de village assistés des anciens et, à un niveau supérieur, par les chefs des cantons entourés des notables³⁸. La finalité n'était pas de punir mais de concilier les parties et de régler le différend en restaurant l'harmonie des rapports sociaux³⁹. A la fin du litige qui était généralement réglé par la palabre, les parties étaient conviées à faire un geste symbolique de réconciliation qui pouvait consister en un partage d'une noix de cola, par le fait de boire le vin traditionnel de palme⁴⁰ ou de banane⁴¹, ou par le fait de boire ce vin l'un après l'autre dans une mêmealebasse, voire plus simplement de se serrer la main.

C'est dire que les règles de droit ne se limitent pas seulement à écrit ou à l'oral. Dans la doctrine, certains auteurs pensent même qu'il existerait également un droit « muet »⁴², qui se manifeste par des comportements symboliques ordinaires qui répondent à certains critères de généralité, de publicité et d'adhésion de la communauté qui les a adaptés. Ici, le langage est fait des gestes, actes et signes qui servent de communication avec autrui⁴³.

Cependant, il est vrai que le droit s'exprime dans un premier temps au moyen de règles orales et, ensuite, par des règles écrites, surtout avec le développement de l'écriture (phénomène lié à l'urbanisation et à la civilisation). En effet, beaucoup de civilisations du passé témoignent d'une spéculation sur les normes avant même que l'écriture ne soit attestée⁴⁴. Selon certains auteurs

in *RTDIJ*, 2004, pp. 762-763 : BALANDA MIKUIN LELIEL, « Les tribunaux de paix au Zaïre : fonctionnement et procédure : compétence », in *Revue juridique du Zaïre*, janvier à décembre 1984, n° 1-3, p. 44.

³⁸ A. MOYRAND, « Destruction et reconstruction d'un appareil judiciaire : le cas du Tchad », in J. DU BOIS DE GAUDUSSON et G. CONAC (sous-direction), *La justice en Afrique*, Paris, la Documentation française, 1990, p. 46

³⁹ P.F. GONDEC *Les droits africains-Evolution et sources*, Paris, LGDJ, 1968, p. 195.

⁴⁰ « *Masangaya mbila* ».

⁴¹ « *Kasigisi* ».

⁴² R. SACCO, « Le droit muet », *RTDC (Revue Trimestrielle de Droit civil)*, 1995, pp. 783-796.

⁴³ Telle est le cas, par exemple, dans le domaine de la vente du diamant ou de certains produits où, en cas d'accord entre le vendeur et l'acheteur, on se **serre** la main » pour sceller l'accord entre les parties. C'est aussi le cas lorsque, par exemple, on prend possession de son bien immobilier que l'on a construit. On y entre de manière muette et sans crier gare.

⁴⁴ J.C. BOONAM, « Les premières écritures du droit », in D. SOURCIER et Cl. THOMASSET, *L'écriture du droit... face aux technologies de l'information*, Préface de J. Carbonnier, Paris, Diderot Éditeur, Arts & Sciences, 1996, pp. 43-59 qui cite l'exemple de Pégigraphie en tant que tradition culturelle sans rupture radicale dans le savoir et les rapports sociaux

occidentaux, l'écriture n'aurait été inventée que vers trois mille ans avant Jésus-Christ⁴⁵. Et de certaines explications relatives à la conception actuelle du droit contemporain du monde occidental, il en ressort que les premières traces écrites de règles juridiques proviendraient de la Mésopotamie. D'après eux, le premier recueil de textes juridiques connu serait le Code d'Hammourabi, Roi de Babylone qui, ayant unifié la Mésopotamie, avait promulgué un Code, vers 1750 av. J.-C., lequel aurait été gravé sur une pierre noire (voir, la loi de Moïse ou la loi de 12 Tables (Rome)). Le droit mésopotamien serait un droit révélé : Dieu aurait prescrit les règles de la vie sociale aux hommes. Mais autre courant doctrinal occidental soutient que les premiers grands codificateurs furent les Romains, avec le Code Théodosien et surtout le Code Justinien⁴⁶.

Cependant, une autre opinion doctrinale estime que c'est plutôt en Afrique que l'écriture serait née. En tant que berceau de l'humanité, des études des égyptologues soutiennent que l'écriture a été inventée sur le continent africain⁴⁷ avant de s'exporter vers le Moyen Orient. C'est vers le Vème siècle avant Jésus-Christ que l'alphabet grec fit son apparition et ce jusqu'aux environs du VIII^{ème} siècle avant Jésus-Christ. Or, les hiéroglyphes étaient déjà utilisés en Egypte⁴⁸.

Quoiqu'il en soit, il découle de tout ce qui précède que le droit peut être écrit ou oral, voire muet. Et le droit écrit peut être codifié, c'est-à-dire, *rassembler dans un Code* et la codification est un processus de regroupement dans un texte d'un ensemble souvent complexe de dispositions juridiques intéressant une même matière de droit. Le sens le plus ordinaire dans lequel on considère le droit écrit est celui qui sert à désigner les sources textuelles du droit qui regroupent la constitution écrite, la loi à travers les codes (Code de la Famille. Code pénal, Code d'organisation et compétence judiciaires), les textes réglementaires (Ordonnance, Décret, Arrêté...).

⁴⁵ D. POULTN, « L'expression formelle de la loi par règles et métarègles », in D. SOURCIER et Cl. THOMASSET, *op. cit.*, p. 21, écrit que c'est dans les restes des temples des cités d'Uruk et de Lagash (le pays de Sumer, l'ancien Irak d'aujourd'hui), qu'on retrouve les premières traces d'écriture. Elles sont datées de 3300 ans avant Jésus-Christ. Les sumériens utilisaient des roseaux taillés en pointe (les calâmes) pour tracer les signes sur des tablettes. Cf. L. J. CALVET, *Histoire de l'écriture*, Paris, Coll. Hachette Pluriel, 1998 ; - \vw\v.hoimmdes.com, consulté le 20 mars 2020, à 21 h 45.

⁴⁶ J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, Téd., Paris, PUF, 2016, p. 352.

⁴⁷ J.-M. DJIAN (sous la dir.), *Les Manuscrits de Tombouctou, Secrets, m'thes et réalités. ?ir*. Éditions Jean-Claude Lattes, 2012, 192 p.

⁴⁸ C. A. DIOP, *L'unité culturelle de l'Afrique noire*, Paris, Présence Africaine, 195-Antériorité des civilisations nègres. Mythe ou vérité historique, Paris, Présence Africaine. 1-^" - A. ZALI et A. BERTHIER, *L'aventure des écritures, naissance*, Paris, Bibliothèque N£L:-_ • de France, 1997. Lire aussi S. BATTISTINI (sous la dir.), *De l'écrit africain à l'(<).'-phénomène graphique africain*, Paris, L'Harmattan (2019) ; P. BAKARY CISS • «Historiographie des écritures africaines suite au Colloque du professeur S. Battestr_: juillet 2019.

Ainsi par exemple, la loi du Talion consistait à ce que celui qui avait tué soit également tué, d'où « *œil pour œil, dent pour dent* ». Cette règle du droit écrit, où la vengeance était proportionnelle à l'attaque, était cristallisée dans le Code d'Hammourabi⁴⁹. Dans la loi de 11 Tables de Rome, avec le temps (en 450 avant Jésus-Christ), la vengeance fut remplacée par un procès dirigé par le roi, aussi bien en matière civile que pénale. Le roi protégeait souvent la partie susceptible de faire l'objet d'une vengeance mais pouvait aussi autoriser une vengeance mesurée⁵⁰.

Enfin, il faut dire que lorsque la règle de droit est écrite, il est plus facile de le *prouver*. A titre d'indication, un accord écrit signé entre deux ou plusieurs personnes et qui traduit la rencontre de deux ou plusieurs volontés, plus précisément de leur assentiment à se lier dans une relation juridique, est plus facile à prouver que s'il est établi oralement. C'est plus sécurisant pour les parties mais rien ne les empêche d'avoir un accord verbal même si, en cas de litige, il peut être difficile d'en apporter la preuve. Mais, comme nous l'avons dit plus haut, il n'empêche que la règle de droit peut être écrite, verbale ou muette.

§2. L'enseignement du droit en République Démocratique du Congo

L'histoire de l'enseignement de Droit en République Démocratique du Congo remonte de l'époque coloniale. Au départ, dans les ex-villes de Kinshasa (Léopoldville) et de Lubumbashi (Elisabethville), l'enseignement était organisé bénévolement et à l'initiative non pas de l'Etat congolais mais des personnes privées.

Cela a duré de 1946 à 1947 et était dispensé dans les centres de Léopoldville et d'Elisabethville, ainsi que dans certains parquets de districts. Ces cours étaient donnés au rythme de deux heures par soirée durant quatre jours par semaine, en un cycle de trois années et visaient surtout la formation des juges, mandataires et greffiers pour les juridictions indigènes.

La première Faculté de droit fut ouverte en 1956 à *Lovanium* à Léopoldville (actuelle université de Kinshasa), et en 1957 à *l'Université officielle d'Elisabethville* (actuelle université de Kisangani). Le programme des cours était adapté à la législation particulière de la colonie, conforme à la réglementation sur la *collation des grades académiques en Belgique* et les diplômes délivrés par les facultés congolaises devant justifier *l'équivalence avec le diplôme légal belge*. A l'Université

⁴⁹ NYABIRUNGU MWENE SONGA, *Droit Pénal Général Zaïrois*, Kinshasa, Ed. Droit s: Société « DES », 1989, p. 13.

⁵⁰ E. JELLAND, *Droitprocessuel*, Paris, éd. L.G.D.J., 2007, n° 33, p. 46.

de Kinshasa, il y avait un moment donné un cours de *Terminologie juridique* en première année de graduât puisqu'on voulait que les étudiants se familiarisent, dès l'entame de leur cursus universitaire en droit, au langage juridique.

Plusieurs textes ont organisé les enseignements de droit en République Démocratique du Congo. Le Décret du 25 novembre 1958 prévoyait déjà l'accès à l'université à un examen au jury central ; le Décret du 25 septembre 1959 a assoupli cette exigence accordant la faveur même aux récipiendaires qui ont fait un cycle complet d'études secondaires de six ans; le Décret du 9 février 1961 a conditionne l'accès à la Faculté de droit par l'obtention de baccalauréat en philosophie et lettres; l'Ordonnance n° 55 du 17 juillet 1961 : modifié la structure du programme de la Faculté de droit en cinq années, trois ans pour le cycle de graduât et deux ans pour le cycle de licence. Il y a eu la loi-cadre n° 86-005 du 22 septembre 1986 sur l'enseignement national et, récemment la loi-cadre n°14 du 11 février 2014. Elle conditionne l'admission dans un établissement d'enseignement supérieur et universitaire au porteur d'un diplôme sanctionnant la fin d'études secondaires (diplôme d'Etat) ou d'un titre équivalent.

Actuellement, nonobstant les nombreux problèmes éducationnels qui se posent dans l'enseignement supérieur et universitaire en République Démocratique du Congo⁵¹, l'enseignement du droit organisé en options. Il y en a trois. Il s'agit de :

-*Droit public*, on y trouve les départements de droit public interne., de droit international public et Relations Internationales, ainsi que le département de droits de l'homme récemment créé;

-*Droit privé*, on y trouve les départements de droit privé et judiciaire, et de droit pénal et criminologie;

-Droit économique et social, avec le département qui porte le même nom.

§3. Le nationaliste et le panafricanisme comme fondement du droit africain postcolonial

⁵¹ KALAMBAY LUMPUKGU et NDESHYO RUHIHOSE, « L'enseignement du Dr; Développement national au Zaïre », *Annales de la Faculté de Droit*, Kinshasa, Vol. I Rectorat, 1973, pp. 5-27 ; Collectif. *Problèmes de l'enseignement supérieur .développement en Afrique Centrale*, Paris, LGDJ, 1975 ; - MIALA DIAMBOMI «L'enseignement en Afrique : un instrument de structuration sociale encourageant l'exr;-_.._ des ressources ? », in *Cahiers Economiques et Sociaux*, Kinshasa, Vol. XV, n° 4, PL'Z, ?ia*B des Sciences économiques, Décembre 1977, pp. 377-405 ; - J. GORUS, «Problèmes acr~=* • l'enseignement du droit au Congo », in *L'état du droit en Afrique à l'orée de l'an 2000. Quelles perspectives ?* Actes du Colloque des 25-26 septembre 1998, à la Katholieke Universiteit Brussel (KU Brussels), Bruxelles, Éditions RDJA ASBL, 1999, pp. 18-28.

Il semble que le nationalisme ait été, à l'origine, une réaction populaire qui, surtout à partir du XVIII^e siècle, s'élève contre la manière de vivre et de penser des classes dirigeantes.

La Révolution française marque très nettement, dès son commencement, l'opposition exprimée par le cri « Vive la Nation » remplaçant le « Vive le Roi ». Par-là elle exprimait que la Nation allait hériter des prérogatives royales.

Une autre source du nationalisme fut la réaction, suscitée en Allemagne surtout, par la conquête napoléonienne, une réaction contre un envahisseur étranger.

FICHTE (1762-1814), prônant la réunion en une seule puissance de l'ensemble des Etats de langue allemande, voulait en même temps que cette nation vive sur elle-même dans une autarcie intégrale. La nation, disait-il, pour conserver sa pureté et se garder de toute corruption, doit éviter de commercer avec l'étranger. Elle doit même fermer la porte aux touristes étrangers qui viennent donner aux indigènes le spectacle de leur désœuvrement et de leurs perversités.

HERDER (1744-1803) proposa le rejet de la tradition gréco-latine des humanités d'où ils s'ensuivraient la formation d'une « âme nationale », le cloisonnement spirituel et la séparation intellectuelle des nations. L'idée de HERDER trouva ses adeptes parmi les nations humiliées, complexées. Beaucoup s'efforcèrent avec plus ou moins de succès de faire renaître des langues et des nationalités disparues depuis le Moyen-âge. Leur triomphe fut le Traité de Versailles et ce qui s'ensuivit.

Le nationalisme a revêtu au cours du XIX^e siècle les formes les plus variées. Mais, il consiste essentiellement à fonder la politique à la fois extérieure et intérieure sur le sentiment jaloux de l'exclusivité collective. Les nationalismes actuels fondent aussi leur démarche sur la même philosophie. Les doctrines nationalistes qui ont fleuri au cours de la période ci-dessus se sont fondées sur les arguments les plus variés.

Pour MAURRAS (1868-1952) ce qui fonde le nationalisme monarchiste et traditionaliste, c'est sa capacité de faire prévaloir l'« égoïsme sacré » de la nation.

BARRES (1862-1923) invente même le nationalisme provincial. Il écrit dans son livre intitulé « *La Colline inspirée* (1913) » : « la conscience nationale ne pénètre en nous que par l'intermédiaire de notre province ».

En Allemagne, le nationalisme s'appuya sur le « *racisme zoologique* ».

Aux Etats-Unis, sur ce que l'on appelle « *le mythe de l'innocence américaine* ».

Pour d'autres, le nationalisme consistait à revendiquer d'anciens avantages historiques, retrouver des frontières ancestrales, reconquérir des territoires perdus depuis des siècles.

D'entre toutes les doctrines du nationalisme, la plus cohérente et la plus agissante fut celle contenue dans le Traité de Versailles de 1919 qui édicta le droit pour les peuples à disposer d'eux-mêmes, le droit à l'autodétermination. C'est sur base de ce droit que les peuples colonisés d'Afrique et d'Asie ont combattu et accédé à l'indépendance. En Europe ce traité fut invoqué à l'appui du nationalisme linguistique. Chaque dialecte, chaque patois local devint le ressort d'une revendication nationaliste.

La seconde doctrine politique du Traité de Versailles fut la condamnation de la diplomatie secrète qui devait être remplacée par des débats publics sur le modèle des discussions parlementaires. Dans ce contexte, on peut dire que les nationalismes se heurtent et se menacent au grand jour. La moindre concession peut être ressentie comme une défaite et une humiliation insupportable.

Le troisième volet de la doctrine nationaliste du Traité de Versailles fut la création du statut des minorités. Par-là les minorités étaient désignées à la vindicte des plus forts ; comme une menace à l'unité et à la cohésion nationale. Le résultat inattendu de cette pseudo-protection fut de vouer les minorités nationales soit à l'expulsion, soit même à l'extermination.

Toutes les nations et tous les régimes politiques manifestent le même comportement nationaliste. Il se traduit par des manifestations incessantes et générales d'auto-estime, d'auto-adoration, accompagnées d'envie, de méfiance ou de mépris pour les autres nations. L'idéologie et la phraséologie varient, mais partout les comportements nationalistes sont les mêmes.

Les facilités de la propagande et des communications ont aggravé en général les réactions d'antipathie ou de jalousie entre les peuples. Le touriste opulent suscite l'envie, l'émigrant ou le voyageur arriéré suscite le mépris. On peut se demander quelles furent les causes d'une telle unanimité sinon dans les paroles, du moins dans les actions.

Il semble qu'elle réponde à l'angoisse d'un monde désormais inventorié de fond en comble, entièrement cloisonné (les frontières sont plus ou moins définitivement fixées) et dans lequel les hommes et les nations se sentent de plus en plus à l'étroit. Les nations sont désormais trop proches les unes des autres. Leurs frontières sont à vif. Les nationalismes tendent à recréer le climat de méfiance et d'hostilité des sociétés primitives.

Disons un mot sur le nationalisme économique et démographique.

Chaque crise et chaque guerre ont amené un resserrement du protectionnisme et les tendances autarciques. Ainsi, la guerre de 1914, par sa durée et par ses suites, provoqua des réflexes d'isolement national. La fermeture des frontières, les interdictions d'exporter les monnaies, le contrôle de change furent justifiés non par des considérations de caractère économique, mais furent plutôt des réactions de nationalisme économique replié sur lui-même.

Le nationalisme économique est forcément paradoxal à la réalité économique moderne qui a déjà imposé une économie de l'interdépendance des Etats ou tout au moins, la constitution d'ensembles économiques.

Le nationalisme démographique s'est manifesté dans l'histoire de la manière suivante :

- 1° Les régimes fascistes ont revendiqué des territoires, des matières premières, des colonies sur la base d'une répartition proportionnelle à leur population. Durant la crise de 1930, par exemple, l'Allemagne demanda la redistribution de l'or suivant le chiffre de la population.
- 2° Le Japon et les puissances fascistes prônèrent une politique fondée sur l'inflation démographique et dont l'application résidait dans l'augmentation de la natalité. On vit au Japon, par exemple, un projet de loi rendant le mariage obligatoire à 25 ans pour les hommes et 20 pour les femmes et imposant, sauf incapacité médicalement démontrée, la famille d'au moins 5 enfants.

Le panafricanisme est d'origine de la diaspora noire, antillaise et américaine sous le vocable le pan négritude, il constituait véritablement un messianisme noir et racial mais non raciste. Il militait pour l'émancipation, la dignité, l'affranchissement et le respect de tous les noirs, partout où ils se trouvaient dans l'esclavage, dans la colonisation, dans l'apartheid, dans la déshumanisation et dans la misère, dans les conditions infra - humaines.

C'est la raison pour laquelle ce mouvement s'était transformé en messianisme et prêchait le retour de tous les noirs dans la mère patrie, l'Afrique, terre promise et patrie de tous les noirs. Il revendique la renaissance des valeurs de la civilisation des noirs, en tout cas la réhabilitation de l'âme noire, de sa culture, de ses traditions et de la dignité humaine ; bref le droit d'être homme et d'existence incontestable.

Aussi, le mouvement du retour en Afrique constituait-il la premier chant du cygne de la décolonisation de l'Afrique, de l'émancipation et l'autodétermination du colonisé. Les grands chantres de la négritude sont Léopold Sédar Senghor, Aimé Césaire et Léon – Gontran Damas, ainsi que le mouvement de l'African personality de Azikiwe et Nyerere.

Le panafricanisme originaire ou le pan négriste consistait à éveiller la conscience des noirs, la radicalisation de la lutte contre l'esclavagisme et contre la traite des nègres. Ce mouvement d'importation est arrivée en terre africaine tardivement et revêtu de deux formes : sa tropicalisation (africanisation du panafricanisme) ou son implantation en terre africaine et son institutionnalisation comme étendard brandi contre la colonisation et pour la décolonisation de l'Afrique.

Le véritable Moïse du Panafricanisme c'est KWAME N'KRUMAH, ses apôtres sont AZIKIWE, NYERERE, LUMUMBA etc.

Plusieurs idéologies politiques ont germé en Afrique : le socialisme africain de L.S. Senghor, L'Umoja de Julius NYERERE, le fédéralisme de Cheik Anta Diop et Barthélemy BOGANDA et le nationalisme congolais de Patrice Emery LUMUMBA et Antoine GIZENGA. Ils ont contribué beaucoup à la propagation et à l'implantation du panafricanisme en Afrique. Ce mouvement a finalement été institutionnalisé à travers la création de l'Organisation de l'unité africaine devenue à ce jour Union Africaine. L'idée politique africaine à ce jour tend vers la création des Etats-Unis d'Afrique comme réponse au néo-colonialisme.

CONCLUSION GENERALE

Notre exploration de l'Histoire du Droit a tenté de rappeler les principales étapes de la formation de l'esprit juridique, depuis les temps anciens jusqu'à l'époque contemporaine. Mais auparavant, nous nous sommes attelé à rappeler les notions essentielles préliminaires à l'abord spécifique de cette histoire : la définition, les sources, les subdivisions, les écoles du droit.

A travers les quatre chapitres qui forment le plan de cet enseignement, l'Histoire du Droit dans son aspect scientifique et pédagogique, de dégager le problème de l'historicité du Droit, d'examiner les doctrines relatives à l'idée du droit et de réfléchir sur le nationalisme et le panafricanisme comme doctrines politiques africaines.

L'enseignement a pour objet de faire comprendre, par l'histoire, le Droit, les idées et faits politiques, économiques et sociaux. Ce cours, on l'aura remarqué, est à la croisée des chemins entre plusieurs matières d'enseignement inscrites au Programme des études en Droit, notamment l'Histoire des Idées et Faits Sociaux et Politiques, l'Introduction Générale à l'Etude du Droit, la sociologie du droit et la Philosophie du Droit.

Pour articuler notre propos, nous avons délibérément choisi l'option épistémologique. **L'Histoire du Droit** est une science comme toutes les autres et il nous semblait essentiel d'habituer les débutants et les occasionnels à son idiolecte avant de leur indiquer le cheminement de cette science au cours des âges, pour qu'en apprenant les grandes doctrines et les différents systèmes politiques, sociologiques et économiques des éminents penseurs qui jalonnent l'histoire, qu'ils soient à même de réfléchir sur les problèmes-événements qui se posent dans leurs milieux de vie afin d'envisager les voies de sortie. Pour clore, notre conviction est que chaque étudiant ait réuni le minimum d'informations nécessaires en rapport avec l'évolution de la science juridique pour pouvoir en débattre en connaissance de cause et en toute lucidité.