

Monique MORGAT-BONNET

LES SOURCES DU DROIT AU REGARD DE L'HISTOIRE

De la Monarchie à la République



PARIS
HONORÉ CHAMPION ÉDITEUR
2024

Diffusion hors France: Éditions Slatkine, Genève

INTRODUCTION

LE DROIT EN SES SOURCES

*«La nécessité compose les hommes et les assemble.
Cette couture fortuite se forme après en lois.»*

Montaigne

On doit au grand juriste que fut Pierre Legendre cette affirmation en forme d'avertissement préalable: «Premièrement, il faut marquer un temps d'arrêt devant l'impressionnante formule: l'État et le Droit. On n'aborde pas sans vertige l'immense production écrite qui nous a légué ce binôme, figure achevée du pouvoir chez les modernes et dont n'apparaît plus la note d'étrangeté. Ces termes sont vraiment chosifiés, sans que nous sachions pourquoi ni comment. Un certain mode de questionnement s'est éloigné. La science politique demande: qu'est-ce que l'État? Seuls les juristes savent confusément [...] que l'État est quelque'un¹.» De cette mise en garde il faudra nous souvenir tout au long de l'itinéraire en forme de construction historique ancrée dans les sources du droit que nous proposons dans les pages qui suivent.

Car l'Histoire se situe dans le temps, ce temps qui est «le plasma même où baignent les phénomènes²» et où les règles de droit se forment et s'inscrivent pas à pas en un perpétuel devenir. Le droit est tributaire de l'évolution des idées et se trouve aussi confronté aux soubresauts, voire à la violence de la vie politique et sociale qu'il est chargé d'encadrer, de régenter, tout en protégeant l'individu. Science et art des rapports entre les personnes, sa capacité instituante sert aussi à bâtir un cadre institutionnel où peut s'exprimer la vie publique des citoyens. La France s'est édifiée à l'aide du concept d'État qui a précédé l'idée de Nation, tout en s'appuyant sur les normes juridiques tout au long de son histoire, de l'État féodal à l'État républicain.

¹ P. Legendre, *Le désir politique de Dieu. Étude sur les montages de l'État et du Droit*, Fayard, 1988, p. 51.

² M. Bloch, *Apologie pour l'histoire*, 1944, p. 5.

Héritier de l'Antiquité gréco-romaine, le millénaire médiéval est le socle sur lequel s'est édifié l'État, invention historique de l'Occident. Celui-ci est adossé à des règles juridiques de droit privé et public qui lui fournissent son armature, ce qui invite à suivre le cours du temps, de la monarchie sacrale des Francs à l'époque contemporaine, pour découvrir comment se sont formées les sources de ce droit. Et constater que les règnes des rois capétiens, imprégnés des idées de justice, de paix et d'utilité publique, se révèlent fondateurs à cet égard. Ce modelage de la France par le moyen du droit invite à en répertorier et analyser les sources multiples qui lui donnent vie. Le choix idéologique fait par une époque de privilégier tel ou tel type de source est lui-même révélateur de la société et de l'État qu'elle entend construire.

C'est pourquoi le présent ouvrage se veut une étude en forme de parcours historique des relations qui ont, de très longue date, uni le droit et l'État en France. Il cherche à retracer le mode d'édition particulier qui est celui du droit dans son rapport à la notion politique occidentale à valeur universelle que l'on nomme État de droit. Dans la tradition de travaux classiques et toujours essentiels³, on souhaite y présenter au lecteur comment s'est affirmé un État, omniprésent aujourd'hui, au fil d'un combat-alliance millénaire, associant la domination politique à la construction d'une protection juridique des individus. À travers la relecture d'épisodes historiques majeurs, notre parcours impliquera donc deux éléments essentiels, la continuité et le temps, pour dessiner le processus de formation et les composantes du droit à ses sources. Un tel cheminement permettra d'apprécier les rapports féconds que le Droit entretient avec le Temps et l'usage plastique dont ont été l'objet ses «sources» historiques – au nombre desquelles on entend mettre tout particulièrement en lumière la place tenue par le Parlement de Paris et ses très riches archives judiciaires. Ce parcours, au fil des incessants bouleversements politiques et sociaux, fournira l'opportunité de discerner par quels vecteurs – politiques, économiques, philosophiques, culturels – passe l'évolution du droit et de ses sources⁴.

Au royaume de France, le terme d'État a été utilisé dès le milieu du XVI^e siècle, probablement par Jean Bodin pour la première fois, afin de

³ J. Hilaire, *La construction de l'État de droit dans les archives judiciaires de la Cour de France au XIII^e siècle*, Dalloz, 2011. Pour une présentation générale : O. Beaud, *La puissance de l'État*, PUF, coll. «Léviathan», 1994.

⁴ J. Gaudemet, *Les naissances du droit : le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, LGDJ, 2016.

désigner la plus haute institution de droit public⁵. Dérivé du latin *status*, il marque la permanence et la continuité de la chose publique. L'État, qui se définit en droit comme la réunion de trois composants, un territoire, une population, un gouvernement, n'est jamais donné, il est toujours construit ; d'où la nécessité pour son historien de rechercher ses débuts en remontant le cours du temps le plus loin possible. Cette question des origines a suscité bien des théories. On connaît tout particulièrement celle du contrat social proposée par Hobbes⁶ et J.-J. Rousseau⁷, hypothèse séduisante pour les contemporains, mais réfutée par l'absence de traces historiques et par la constatation que l'établissement de tels pactes suppose au préalable une société organisée. Plus proche de la réalité, la théorie du contrat politique défendue par John Locke⁸, se heurte cependant au fait que des liens contractuels peuvent difficilement créer un cadre juridique contraignant et engageant durablement l'avenir. Au XIX^e siècle, des publicistes allemands⁹ émettent l'idée que la naissance des États se fait en dehors du droit, idée reprise en France par Carré de Malberg¹⁰, pour qui la naissance de l'État coïncide avec l'établissement d'une première Constitution, écrite ou non. Cette théorie est battue en brèche par les constatations historiques et l'examen des sources. Dans les années 1910, l'éminent juriste Maurice Hauriou, préoccupé de conjuguer les deux idées de stabilité et de changement graduel qui sont à l'œuvre dans tout corps social, souligne l'importance d'inscrire tout système, dont le droit, dans la durée grâce au mécanisme de « l'institution ». Cette théorie innovante de l'institutionnalisation a eu un retentissement considérable dans le monde juridique. Selon cet auteur – qui tient pour essentiels les éléments consensuels (et non pas contractuels) – le processus débute par une idée, un projet qui prend corps dans un milieu donné, puis des organes de gouvernement se mettent en place, réglés par une Constitution. L'institution étatique résulte d'une fondation par ses adhérents, accompagnée puis suivie d'adhésions renouvelées des populations,

⁵ J. Picq, *Une histoire de l'État en Europe*, Presses de sciences Po, 2009.

⁶ *Le Léviathan*, 1651.

⁷ *Le Contrat social*, 1762.

⁸ *Essay on civil government*, 1690.

⁹ G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Théorie générale de l'État*, éd. Panthéon-Assas, 2005, coll. « Les Introuvables », traduction française de 1911. Signalons à nouveau ici l'approche originale de P. Legendre, *Le désir politique de Dieu. Étude sur les montages de l'État et du Droit*, Fayard, 1988.

¹⁰ Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, 1920, rééd., CNRS, 1962.