

Introduction historique au droit

Leçon 7 : L'essor du droit français

Marie Bassano

Table des matières

1. La remise en cause des droits universels.....	p. 2
1. 1. Le déclin du droit canonique.....	p. 2
1. 2. La contestation du droit romain.....	p. 3
2. Du droit commun coutumier au droit français.....	p. 6
2. 1. Former un droit national.....	p. 6
2. 2. Enseigner le droit français.....	p. 9
3. Les lois du roi.....	p. 13
3. 1. La première marque de la souveraineté.....	p. 13
3. 2. Ordonnances royales de réformation et de codification.....	p. 16

1. La remise en cause des droits universels

Au **XVI^{ème} siècle**, au moment même où se construit en France la doctrine de l'absolutisme, les droits universels – droit canonique, droit romain – sont remis en cause.

1. 1. Le déclin du droit canonique

Au **XVI^{ème} siècle**, le paysage européen est profondément transformé par la **Réforme protestante**, qui met fin à des siècles d'unité religieuse et politique.

Parti d'Allemagne (en 1517, Luther affiche à Wittemberg les « 95 thèses », affirmation publique d'une volonté de réforme du dogme), le mouvement se répand dans toute **l'Europe**, dont la **carte politique se morcelle** progressivement en fonction de critères religieux. Se dégage ainsi le principe *Cujus regio ejus religio*, selon lequel les populations sont tenues de suivre la religion de leur prince.

En France, une très forte minorité protestante (en majorité calviniste) apparaît et se développe dans l'Est et le Sud du royaume à partir des années 1530.

La diffusion du protestantisme a de profondes **conséquences** en matière juridique. En France, elle entraîne un nouvel essor et un renouvellement des **principes gallicans**.

En savoir plus : Le gallicanisme

La doctrine gallicane, apparue au début du **XIV^{ème} siècle** lors de l'opposition entre le roi de France Philippe IV et le pape Boniface VIII, affirme l'indépendance temporelle de l'Eglise de France par rapport à Rome, et l'autorité du roi de France sur les affaires temporelles de l'Eglise.

En application de cette doctrine, en 1398 (en plein Schisme), un concile d'évêques français prononce une « soustraction d'obédience » vis-à-vis du pape, suspendant ainsi sur le territoire du royaume son pouvoir judiciaire, fiscal, et de nomination aux offices ecclésiastiques.

En juillet 1438, Charles VII, par une ordonnance connue sous le nom de « Pragmatique sanction de Bourges », proclame la supériorité du concile sur le pape, supprime les taxes imposées par le pape au clergé français, limite les possibilités d'appel juridictionnel au pape et restreint les droits du pape sur les bénéfices ecclésiastiques.

En application de ce texte, s'instaure donc une « Eglise gallicane », **libérée de l'autorité temporelle du pape, mais placée sous l'autorité du roi de France**, qui a ainsi affirmé sa compétence en matière de discipline ecclésiastique et de gestion des affaires temporelles de l'Eglise.

Les conséquences de ce renouvellement de la doctrine gallicane vont être multiples.

En premier lieu, l'autorité monarchique entend **contrôler les normes émanant des autorités ecclésiastiques**. Ainsi, les dispositions canoniques ne sont plus d'application automatique dans le royaume, c'est la monarchie qui leur donne force obligatoire. Le droit canonique élaboré en dehors du royaume de France (par le pape ou par un concile) ne s'applique que s'il a fait l'objet d'une **réception**, consistant le plus souvent en un enregistrement par le Parlement.

Exemple

Les dispositions du concile de Trente – remise à plat générale du dogme et de la discipline catholique en réponse aux avancées protestantes entre 1545 et 1563 – n’ont pas fait l’objet d’une telle réception. Les parlementaires français l’ont refusé, en particulier en raison du refus du concile de rendre obligatoire le consentement des parents lors du mariage, disposition à laquelle tenaient les parlementaires français. En revanche, quelques dispositions particulières ont été reprises dans des ordonnances royales.

En second lieu, apparaît une nouvelle **législation séculière concernant les matières ecclésiastiques** : le roi légifère désormais dans le domaine religieux, participant ainsi à la création d’un droit ecclésiastique national, ne s’appliquant que dans les limites du royaume de France.

Des domaines entiers du droit, jusque là de la compétence de l’Eglise, passent dans la main du roi.

Exemple

En matière de **discipline ecclésiastique**, le roi va ainsi accorder la liberté de culte et un statut spécifique aux protestants par l’édit de Nantes en 1598, puis le révoquer par l’édit de Fontainebleau en 1685. En 1682, la *Déclaration des Quatre articles* affirme le droit du souverain à intervenir en matière de discipline ecclésiastique. Dans la continuité de ce texte, le roi entreprend de régler le fonctionnement de la vie des paroisses, ainsi que les rapports entre la monarchie et les évêques par un édit de 1695. La monarchie aux XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles produit ainsi des textes touchant aux bénéfices, aux monastères, à la dîme, à la création de nouveaux établissements religieux, à la conversion des protestants, etc.

En matière de **droit de la famille**, le mariage est profondément transformé par l’intervention royale. Ainsi, l’édit de 1556 impose le **consentement des parents et la publicité du mariage** sous peine d’exhérédation. L’ordonnance de Blois de 1579 fait glisser le défaut de consentement des parents du civil au pénal, en assimilant un mariage conclu par des mineurs sans le consentement des parents à un rapt, dont l’auteur est passible de la peine de mort. Cette assimilation est encore renforcée par la grande déclaration de Saint-Germain de novembre 1639, qui en fait une présomption irréfutable

En outre, un édit de décembre 1606, en imposant aux tribunaux d’Eglise d’annuler les mariages contractés en violation des dispositions de l’ordonnance de Blois, fait d’eux les gardiens des textes royaux au détriment des dispositions canoniques contraires.

Le droit canonique matrimonial n’est donc plus un droit autonome, mais il est soumis aux **injonctions monarchiques**. La grande déclaration de Saint Germain de novembre 1639 est très claire sur les raisons idéologiques qui sous-tendent ce glissement de la sphère ecclésiastique à la sphère monarchique : « *le mariage est le séminaire des états, la source et l’origine de la société civile, le fondement des familles qui composent la république* ».

Parallèlement, le roi intervient pour contrôler, définir et **limiter les compétences des juridictions d’Eglise**. Etape ultime, par un édit d’avril 1695, l’ensemble des tribunaux de l’Eglise de France est soumis à la tutelle de la monarchie.

1. 2. La contestation du droit romain

A partir du XVI^{ème} siècle, le **droit romain** connaît en France une **évolution complexe**.

Il est tout d’abord profondément **renouvelé** sous l’effet conjoint de la pratique et de la doctrine.

Entre le XVI^{ème} et le XVIII^{ème} siècle, la réception du droit romain est réelle, dans tout le Sud du royaume. La **jurisprudence des cours méridionales** (parlements, présidiaux) trouvent dans le droit romain des solutions adaptées aux Temps modernes, permettant de combler le silence ou le passéisme des coutumes, dans des régions qui ont par ailleurs souvent négligé leur mise par écrit lors des mouvements de rédaction et de réformation.

En en écartant l’application **au profit des dispositions romaines**, les juges méridionaux participent ainsi à la disparition de certaines pratiques coutumières. Le procédé est particulièrement visible en matière de **droit des contrats** et de **droit des obligations**, mais se retrouve aussi dans le domaine par excellence du droit

coutumier qu'est le droit de la famille. Les juges méridionaux réactivent ainsi par exemple les mécanismes romains relatifs au régime dotal ou à la *patriapotestas* du père de famille.

La réception du droit romain est donc réelle, en particulier dans le Sud du royaume. En ce sens, il est possible de parler avec véracité du droit romain comme d'une « **coutume générale** » (comme le fait un édit d'Henri IV en 1609, qui autorise les juges à invoquer expressément le droit romain), ou d'affirmer comme Etienne Pasquier que « nous avons naturalisé en notre France le droit civil des Romains », alors même que l'interprétation jurisprudentielle des dispositions romaines diverge selon les cours.

Le droit romain se renouvelle surtout sous l'effet de l'**humanisme** et du renouvellement de la pensée juridique qui se diffuse dans toute l'Europe à partir de la fin du XV^{ème} siècle.

En savoir plus : L'humanisme

Sous l'influence de la Renaissance italienne, de la Réforme protestante et du développement de l'imprimerie, se développe au XVI^{ème} siècle une véritable **révolution intellectuelle**, qui prend le nom d'humanisme, et transforme profondément tous les champs du savoir humain.

L'humanisme cherche à **concourir au développement de l'homme**, par la reconstruction et la diffusion des savoirs. C'est donc un courant de pensée qui se préoccupe de l'homme **dans son environnement et son histoire**, et cherche à faire fructifier sa nature d'être pensant.

L'humanisme se caractérise par sa volonté de retrouver la **pureté de la culture classique antique**. Le Moyen Age (l'expression apparaît au XVI^{ème} siècle) apparaît aux yeux des humanistes comme une période obscure où l'héritage antique a été oublié. Il convient donc de renouveler la pensée en la **débarassant des apports médiévaux**, qu'ils considèrent comme nécessairement corrompu et corrupteur.

Le XVI^{ème} siècle voit naître la « **seconde renaissance du droit romain** ». Les juristes humanistes, à la recherche de l'**authenticité des textes de droit romain**, entendent, par une nouvelle méthode d'étude scientifique des textes, **se débarrasser de la tradition médiévale**.

Cette méthode, qui prend rapidement le nom de **mos gallicus** (par opposition au *mos italicus*, la méthode pratiquée par les bartolistes), est élaborée dans les universités européennes par quelques grandes figures.

En savoir plus : Les grands noms du mos gallicus

- **André Alciat** (1492-1550), juriste français venu enseigner en France, devient l'un des fondateurs et inspirateur de l'Ecole de Bourges, foyer de l'humanisme français.

La gloire de l'Ecole de Bourges est **Jacques Cujas** (1522-1590). Il enseigne entre 1554 et 1590 à Bourges, Cahors, Valence, Turin et Paris. L'œuvre de Cujas est considérable. Il a reconstitué, dans une perspective historique, les écrits des grands jurisconsultes, en supprimant toutes les interpolations (c'est-à-dire les ajouts ou suppressions dus aux juristes d'époque postérieure) et en leur rendant leur portée originelle. Il est aussi l'auteur de commentaires approfondis sur les textes romains reconstitués. Ses travaux et son enseignement ont eu un grand retentissement à travers toute l'Europe.

Parmi les grands noms de l'humanisme juridique, on trouve aussi :

- **François Le Douaren** (1509-1559), **Eguinier Baron** (1495-1550) et **Antoine Leconte** (1517-1586), grandes figures de l'Ecole de Bourges, réputés pour leur sens didactique et leur attachement à la méthode d'Alciat, auteurs de commentaires de droit romain qui circulent dans toute l'Europe dès les années 1550 et vont profondément influencer leurs élèves, au premier rang desquels **Hugues Doneau** (1527-1591), dont les *Commentarii de iure civili* vont inspirer Grotius, et **François Hotman** (1524-1590), auteur de *l'Antitribonien ou Discours sur l'étude des lois* (1563).
- **Jean de Coras** (1512-1572), professeur à Toulouse, Valence, Ferrare, conseiller au Parlement de Toulouse, il est l'un des premiers à rédiger un commentaire en français de la législation royale (*Des mariages clandestins et irrévéremment contractés par les enfants de famille*, 1557). Son *De iure civili in artem redigendo* (1557) s'inscrit dans la lignée des grands commentaires humanistes de son époque.
- **Pierre Grégoire** (1540-1597), professeur à Cahors, Toulouse, Pont-à-Mousson, il s'attache particulièrement au droit public, à travers une œuvre abondante dont les *De republica libri sex et viginti* (1596).

- **Denys Godefroy** (1549-1622) et son fils **Jacques Godefroy** (1582-1652), bâtisseurs de l'humanisme juridique genevois.

Leur idée est de **reconstituer le droit romain classique**, celui de la République et des premiers temps de l'Empire romain. Cette reconstitution passe par une **approche historique, philologique, linguistique**, en écartant la tradition médiévale, mais aussi le travail de reconstruction (à leurs yeux nécessairement artificielle) qui a présidé à l'élaboration des compilations justiniennes.

Cette méthode historique n'a pas pour seul objectif d'atteindre la connaissance d'un texte originel. Il s'agit aussi de parvenir à expliquer et interpréter ces textes par des outils conceptuels renouvelés. A partir d'une étude érudite et mettant en jeu tous les champs du savoir, les humanistes **écartent les interprétations médiévales** fondées sur une logique qui leur apparaît désormais désuète, réductrice et productrice de contresens. Ils lui préfèrent la reconstitution historique de la **chronologie** des textes : les contradictions entre dispositions juridiques romaines s'expliquent désormais par leur décalage chronologique, et donc par les problèmes et les contextes différents auxquelles elles se rattachent. Le droit romain n'est plus un bloc homogène dont il faut construire la cohérence par le recours au *sic et non*, au syllogisme ou à l'analogie ; il est une **multiplicité de solutions juridiques accumulés dans le temps pour répondre à des problèmes spécifiques historiquement circonscrits**. Replacer les concepts juridiques dans le contexte où ils ont été élaborés permet aux humanistes de **les comprendre différemment** de ce qu'avaient fait les hommes du Moyen Age.

Mais la **persécution religieuse** qui frappe les protestants en France conduit les grands noms du *mos gallicus* à se réfugier aux Pays-Bas. C'est de cette **école romaniste hollandaise** que la science juridique connaît au XVII^{ème} siècle de nouveaux développements, centrés sur le **droit des gens et le droit naturel**.

L'un des plus importantes figures de cette école est le Hollandais **Grotius** (Huigh de Groot, 1583-1645), théologien, humaniste, juriste, célèbre pour son ouvrage *De iure belli ac pacis Libri Tres* (1623). Il y expose un système de règles fondant les relations entre Etats, qu'il déduit du droit romain et de l'humanisme. Les relations entre Etats reposent donc désormais sur le droit et non plus la morale, sur un droit international, qu'il nomme du terme romain de *ius gentium*. Sa doctrine procède de l'idée qu'il existe un droit de nature, fondé sur la raison, commun à tous les hommes et qui doit être observé par tous.

Les idées de Grotius sont reprises à la génération suivante par l'**Ecole du droit naturel**, dont le plus éminent représentant est Samuel **Pufendorf** (1632-1694, *De iure naturae et gentium* 1672), qui occupe à Heidelberg la chaire de « droit de la nature et de droit des gens ».

Les doctrines juridiques françaises sont très fortement marquées par cette Ecole du droit naturel. Jean **Domat** (1625-1696) y puise l'idée que « le droit romain, ramenée à ses principes essentiels, représente l'expression la plus pure du droit naturel » (J.-L. Thireau). Son ouvrage le plus important, *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (1689-1694) propose une **systématisation complète du droit français**, à partir d'une exposition logique fondée sur **la raison et la nature**. Ouvrage fondateur, les *Lois civiles dans leur ordre naturel* forme la « première synthèse juridique des Temps moderne » (J. L. Thireau).

Le renouveau du droit romain est donc à partir du XVI^{ème} siècle un mouvement de fond, qui transforme durablement la science juridique.

Mais, à la différence d'un grand nombre de pays européens, le renouveau de la science juridique a eu **en France** des conséquences particulières. Loin de renforcer **l'autorité du droit romain**, la renaissance humaniste en France lui a été **paradoxalement dommageable**.

La recherche érudite d'un droit romain purifié, la remise en cause systématique des textes, la condamnation des pratiques et interprétations anciennes ont conduit à **déprécier l'autorité du droit romain** autrement que comme modèle de pensée systématique et rationnel. Le droit romain en est devenu un **outil difficilement utilisable par les praticiens**.

Le renouvellement de la pensée juridique a conduit ainsi paradoxalement au **déclin** du droit romain comme source du droit positif.

Cette caractéristique explique que la réflexion juridique en France ait montré, dès la seconde moitié du XVI^{ème} siècle un second visage : celui de son attachement à la **coutume** et au développement d'un **droit commun coutumier**.

2. Du droit commun coutumier au droit français

2. 1. Former un droit national

Le vaste mouvement de rédaction et de réformation des coutumes au XVI^{ème} siècle (cf. Leçon 6) a donné naissance à une **considérable production doctrinale**, qui ne se contentant pas de commenter chaque coutume indépendamment des autres, entend par la **comparaison** faire progresser l'idée de **droit commun coutumier**, d'un *jus commune* surgissant du droit coutumier.

En savoir plus : Les principaux commentaires de coutumes au XVI^{ème} siècle

- Les commentaires influencés par la **méthode bartoliste** :
 - André Tiraqueau sur la coutume du Poitou (1513) ;
 - Barthélémy de Chasseneuz sur la coutume de Bourgogne (1517) ;
 - Jean-Pyrrhus d'Angleberme sur la coutume d'Orléans (1517) ;
 - Jean Sainson sur la coutume de Touraine (1523).
- Les commentaires influencés par les débuts de l'**humanisme juridique** :
 - Charles Du Moulin (1500-1566) sur la coutume de Paris (1539) ;
 - Bertrand d'Argentré (1519-1590) sur la coutume de Bretagne (1539) ;
 - Guy Coquille (1523-1603) sur la coutume du Nivernais (vers 1590) ;
 - René Choppin (1537-1606) sur les coutumes d'Anjou et de Paris ;
 - Pierre Pithou (1539-1596) sur la coutume de Troyes.

Tous ces auteurs, qui sont avant tout des **praticiens**, s'appuient sur l'idée que la **comparaison** des coutumes entre elles est l'élément permettant d'atteindre l'unification du droit coutumier. C'est la comparaison qui permet de dégager des **règles générales** au-delà des particularités locales. Le précurseur de cette idée est **Charles Du Moulin** (1500-1566), persuadé de l'existence d'une **coutume originelle unique** dont chaque coutume locale garderait les traces.

Statue de Charles Du Moulin sur la façade de l'Hôtel de Ville de Paris :

De nombreux auteurs reprennent les idées comparatistes de Du Moulin, à travers les **Conférences de coutumes** ou *Alliances*, ouvrages qui présentent de manière systématique les dispositions de diverses coutumes relatives à une même matière, tel l'ouvrage de Pierre Guesnoys, *Conférences des coutumes tant générales que locales et particulières du royaume de France* (1596).

Dépassant la simple comparaison des coutumes, la doctrine envisage aussi le droit coutumier à l'**échelle du royaume**.

La voie est ouverte par **Guy Coquille** (1523-1603), avec les *Institutions au droit des Français* (1595) puis avec les *Questions, réponses et méditations sur les articles des coutumes*. Elle se poursuit encore au XVIII^{ème} siècle avec François Bourjon (†1751), avec *Le droit commun de la France et la Coutume de Paris réduits en principes* (1747).

Cette efflorescence doctrinale révèle la prégnance chez ces auteurs des méthodes humanistes et des idées de **systématisation et rationalisation**. L'originalité de la réflexion doctrinale sur la coutume telle qu'elle est

menée en France entre le XVI^{ème} siècle et le XVIII^{ème} siècle réside dans l'**étendu de la culture juridique** de ses auteurs, en particulier leur connaissance des interprétations **juridictionnelles** données à ces coutumes et des **concepts romains** à l'aune desquels ils les comparent.

Ainsi, dans la lignée des *Conférences de coutumes*, de nombreux auteurs entendent non seulement comparer les coutumes entre elles, mais aussi les confronter aux mécanismes **romains**, comme l'indique parfois explicitement le titre de leurs ouvrages.

Exemple

- Jean Duret, *Alliances des lois romaines avec le droit français* (1585).
- Bernard Automne *Conférences des lois romaines avec le droit français* (1610).
- Etienne Pasquier, *Recherches de la France* (1560-1621).
- Jérôme Mercier, *Remarques du droit françois sur les Institutes de l'Empereur Justinien ou l'abrégé de la jurisprudence françoise* (1663).
- Pierre-Louis Gin, *Analyse raisonnée du droit français par la comparaison des dispositions des loix romaines, de la coutume de Paris, suivant l'ordre des loix civiles de Domat* (1782).

L'ouvrage emblématique de cette démarche est celui d'**Antoine Loisel** (1536-1617), les *Institutes coutumières* sous-titré *Manuel de plusieurs et diverses règles, sentences et proverbes tant anciens que modernes du droit coutumier et plus ordinaire de la France* (1609). Il est emblématique à plus d'un terme.

D'abord du point de vue de la **méthode suivie** : Loisel expose sous la forme de brèves maximes, les principes élémentaires de chaque mécanisme juridique, principes repérés par lui en comparant coutumes et droit romain (élève du grand Jacques Cujas et nourri au droit romain, Loisel est aussi un praticien du droit coutumier en tant qu'avocat au Parlement de Paris).

Emblématique aussi par la volonté qui sous-tend ce projet et que Loisel précise clairement : « réduire à la conformité d'une seule loi les coutumes plongées sous l'autorité d'un seul roi ». Est ainsi affirmée la **volonté d'unification juridique**, mais aussi le dessein d'inscrire cette unification juridique dans une **unification politique**.

Partant de la systématisation humaniste et romaniste du droit, la doctrine française des Temps modernes provoque ainsi une rénovation profonde de la **réflexion sur les sources** du droit, dans laquelle **unification juridique et unification politique sont désormais indissociables**.

Sur ces questions, voir l'article fondamental de J.-L. Thireau, « *L'alliance des lois romaines avec le droit français* », *Droit romain, jus civile, droit français. Etudes d'histoire du droit et des idées politiques*, J. Krynen dir., Toulouse, 1999, p. 347-374.

- La première notion autour de laquelle s'articule cette réflexion est celle de **droit commun**. Pour tous ces auteurs, la comparaison des coutumes entre elles démontre l'existence d'un **droit commun coutumier**, distinct du *jus commune* romaniste. Le droit commun est désormais entendu par eux comme droit commun coutumier, et à ce titre empreint d'une **dimension nationale**. C'est à ce droit que les juristes coutumiers confient désormais le rôle de combler les silences des coutumes, et de poser des principes généraux guidant l'interprétation des coutumes par les juges.

En savoir plus : La coutume de Paris et le droit commun coutumier

Tous les auteurs ne s'accordent pas sur les contours exacts du droit commun coutumier, notion doctrinale dont le contenu varie d'un auteur à l'autre.

L'une des grandes lignes de brisure réside dans le rôle à accorder à la **coutume de Paris**. Chef d'œuvre de la campagne de réformation, en 1580, en grande partie due à Christophe de Thou, président du parlement de Paris (cf. leçon 6), la coutume de Paris a la particularité d'avoir éliminé le caractère local de ses dispositions aux profits de **principes plus généraux**. Elle est ainsi devenue rapidement une référence (certaines régions françaises l'ont adopté, délaissant leur propre coutume, le roi l'impose par ailleurs au Canada et aux Antilles). Sa qualité et son grand détachement des contingences locales font que de nombreux auteurs, à commencer par Du Moulin, y voient la **matrice du droit commun coutumier** en formation.

Encore contestée au XVI^{ème} siècle, l'idée de recourir à la coutume de Paris pour déterminer les principes généraux coutumiers s'impose de plus en plus au XVII^{ème} siècle, dans la **jurisprudence** comme dans la doctrine.

- Dans la seconde moitié du XVI^{ème} siècle, l'expression « droit commun coutumier » laisse peu à peu la place à celle de « **droit français** ». Plus qu'un glissement sémantique, le terme traduit une idée nouvelle : celle qu'il existe un **droit national**, obéissant à des **principes communs à tout le royaume**, et fondé conjointement sur les **principes coutumiers, la jurisprudence qui les interprète et la législation royale**. Il porte donc en lui l'idée que l'unification du droit n'est pas issue des seules coutumes, mais aussi et surtout de **l'activité législative du monarque**.

En savoir plus : « Droit commun » et « droit français » chez les auteurs des XVI^{ème}-XVIII^{ème} siècles

- Etienne Pasquier (1529-1615), *Lettres*, 1586 (livre 19, lettre 15) : « *Je dirais donc que le droit commun de la France gît en quatre points : aux ordonnances royales, coutumes diverses des Provinces, arrêts généraux des cours souveraines, et en certaines propositions morales, que par un long et ancien usage, nous tenons en foi et hommage du Romain* ».
- Guy Coquille (1523-1603), *Œuvres*, 1665 : « *Nos Coutumes sont notre vrai droit civil, droit commun et originaire, et non survenu ou adventice. Aussi nous n'alléguons les lois des Romains, sinon pour la raison qui y est, et quand nos lois particulières nous défont, nous avons recours aux romaines, non pas pour nous obliger précisément, mais par ce que nous connaissons qu'elles sont fondées en toute raison. Feu Monsieur le président de Thou, quand il parlait du droit écrit des Romains, il l'appelait la raison écrite* ».
- Jean Domat (1625-1696), *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, 1689 (extrait du livre préliminaire, titre I, section I) : « *1. Les règles de droit sont des expressions courtes et claires de ce que demande la justice dans les divers cas [...]. 2. Les lois ou les règles sont de deux sortes, l'une de celles qui sont du droit naturel et de l'équité, et l'autre de celles qui sont du droit positif, qu'on appelle autrement des lois humaines et arbitraires, parce que les hommes les ont établies. 3. Les règles du droit naturel sont celles que Dieu a lui-même établies, et qu'il enseigne aux hommes par la lumière de la raison. [...] 10. Les lois arbitraires sont de deux sortes. L'une, de celles-ci qui dans leur origine ont été établies, écrites et publiées par ceux qui en avaient l'autorité, comme sont en France les Ordonnances des Rois ; et l'autre, de celles dont il ne paraît point d'origine et de premier établissement, mais qui se trouvent reçues par l'approbation universelle, et l'usage immémorial qu'en a fait le peuple ; et ce sont ces lois ou règles que l'on appelle Coutumes. 11. Les Coutumes tirent leur autorité du consentement universel du peuple qui les a reçues, lorsque c'est le peuple qui a l'autorité, comme dans les Républiques. Mais dans les Etats sujets à un Souverain, les Coutumes ne s'établissent ou ne s'affermissent en forme de lois que de son autorité. Ainsi en France les Rois ont fait arrêter et rédiger par écrit, et ont confirmé en lois toutes les Coutumes, conservant aux Pandectes les lois qu'elles tiennent ou de l'ancien consentement des peuples qui les habitaient, ou des Princes qui les gouvernaient. [...] 18. L'usage et l'autorité de toutes les lois, soit naturelles ou arbitraires, consiste à ordonner, défendre, permettre et punir* ».
- Gabriel Argou (1640-1703), *Institutions au droit français*, 1692 : « *On jugera nécessaire de rédiger les coutumes par écrit, plus exactement et plus solennellement. Le dessein en fut formé sous le règne de Charles VII, qui après avoir chassé les Anglais de toute la France, entreprit une réformation générale de toutes les parties de son Etat, et ainsi entre autre une grande ordonnance, datée de Montil-lez-Tours [en 1454], dont le 125^e article porte que toutes les coutumes seraient écrites et accordées par les praticiens de chaque pays, puis examinées et autorisées par le Grand Conseil et par le Parlement, et que toutes les coutumes ainsi rédigées et approuvées seraient observées comme lois, sans qu'on en pût alléguer d'autres. Dumoulin dit que le dessein était d'amasser toutes les coutumes ensemble pour n'en faire qu'une loi générale, et que la rédaction de chaque coutume en particulier n'était que provisionnelle, afin que les peuples eussent quelque chose de certain pendant que l'on travaillerait à la réformation générale. C'était la meilleure voie qu'on pût tenir pour donner à la France de bonnes lois* ».
- Jacquet Pollet (1645-1714), *Arrests du parlement de Flandre sur diverses questions de droit, de coutume et de pratique*, 1716 : « *Si l'intelligence des coutumes est la chose qui nous manque le plus et qui nous soit pourtant si nécessaire, de quelle utilité ne doit point être un commentaire tiré des décisions d'une Cour souveraine ? On ne saurait puiser cette intelligence dans une source plus pure [...] car il est certain que nos coutumes sont la partie la plus embarrassante et la moins éclaircie de notre jurisprudence. Le*

droit romain, quoique d'une grande étendue, a du moins cet avantage qu'il est composé de principes généraux fondés sur la raison et l'équité naturelle [...] au lieu que les coutumes, qui ne sont dans leur origine, que des lois arbitraires et purement positives, n'ont que peu ou point de principes, très stériles en eux-mêmes et resserrés dans les bornes étroites de l'usage, dont elles dépendent entièrement. Elles ont outre cela ce désavantage que les principes d'une coutume, ou diffèrent de ceux d'une autre, ou les combattent directement, ce qui en rend l'étude si difficile et si pénible. De là vient le souhait tant de fois, mais inutilement réitéré, d'une uniformité pour toutes les coutumes du royaume et dont l'exécution aurait peut-être eu son effet sous le règne précédent [= celui de Louis XIV], si l'on avait eu autant de tranquillité et de loisir qu'il fallait pour surmonter les obstacles ».

- Claude Serres (1695-1768), *Les institutions du droit français suivant l'ordre de celles de Justinien*, 1753 (extraits du livre 1, titre 1, § 9) : « On doit remarquer qu'en France, les usages ou coutumes anciennes y sont, à la vérité, d'un grand poids dans la décision des affaires, lorsqu'elles n'ont rien de contraire à l'honnêteté publique ou aux bonnes mœurs ; mais que ces usages n'y ont néanmoins proprement la force de lois, et moins encore s'ils se sont introduits sans raison ou contre la raison. [...] On ne peut guère au surplus regarder comme un droit non écrit les diverses coutumes de ce royaume, depuis qu'elles sont été rédigées par écrit sous l'autorité du prince, quoiqu'elles ne fussent en effet fondées originairement que sur l'usage ».

Apparue dans la seconde moitié du XVI^{ème} siècle, la notion de « droit français » se précise dans une vaste littérature doctrinale, mettant l'accent sur **la synthèse et les principes** au-delà des particularismes, présentés comme autant d'exceptions.

Exemple

- Louis Charondas le Caron (1534-1613), *Pandectes du droit français* (1596), ainsi que *Réponses et décisions du droit françois confirmées par arrest des cours souveraines de ce royaume et Résolutions de plusieurs notables, célèbres et illustres questions de droit, tant romain que françois* (vers 1600).
- Guy Coquille (1523-1603), *Droit des Français ou Nouvelle conférence des coutumes réduites en épitome selon les titres du droit* (1605) et *Institution au droit des Français* (1607).
- Pierre de l'Hommeau († après 1610), *Maximes générales du droit françois* (1610).
- Claude Fleury (1640-1728) *Institution au droit français* (vers 1660).
- Guillaume de Lamoignon (1617-1677), *Arrêtés* (1672, publié en 1702).
- Gabriel Argou (1640-1703), *Institution au droit des Français* (1692).

Le développement de cette notion de droit français rencontre évidemment les faveurs de la **monarchie**, qui a tout à gagner à voir la doctrine promouvoir un système juridique **cohérent et unifié dans les mains du roi**. A la fin du XVIII^{ème} siècle, la monarchie se préoccupe ainsi de contrôler la **formation** des juristes.

2. 2. Enseigner le droit français

En 1679, par l'**édit de Saint-Germain en Laye**, la monarchie réorganise l'enseignement du droit dans les universités et impose sa marque sur la formation des juristes.

Louis XIV, *Edit touchant à l'étude du droit civil et canonique, et du droit français, et les matricules des avocats*, Saint-Germain-en-Laye, avril 1679 (in Isambert, *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la révolution de 1789*, Paris, 1829, t. XIX, p. 196).

« L'application que nous avons été obligé de donner à la guerre que nous avons soutenue contre tant d'ennemis ne nous a point empêché de faire publier plusieurs ordonnances pour la réformation de la justice ; à présent qu'il plaît à Dieu de nous faire jouir d'une paix glorieuse, nous trouvant lus en état que jamais de donner nos soins pour faire régner la justice dans nos états, nous avons cru ne pouvoir rien faire de plus

avantageux pour le bonheur de nos peuples, que de donner à ceux qui se destinent à ce ministère les moyens d'acquérir la doctrine et la capacité nécessaires, en leur imposant la nécessité de s'instruire des principes de la jurisprudence, tant des canons de l'église et des lois romaines que du droit français. Ayant d'ailleurs reconnu que l'incertitude des jugements qui est si préjudiciable à la fortune de nos sujets provient principalement de ce que l'étude du droit civil a été presque entièrement négligée depuis plus d'un siècle, dans toute la France, et que la profession publique en a été discontinuée dans l'université de Paris, savoir faisons que nous, pour ces causes, etc., disons, statuons et ordonnons par ces présentes signées de notre main :

Art. 1. Que dorénavant les leçons publiques du droit romain seront rétablies dans l'université de Paris, conjointement avec celles du droit canonique [...].

2. Qu'à commencer à l'ouverture prochaine que se fera ès écoles, suivant des lieux, le droit canonique et civil sera enseigné dans toutes les universités de notre royaume et pays de notre obéissance où il y a faculté de droit, et que dans celles où l'exercice en aurait été discontinu, il y sera rétabli.

3. Et afin de renouveler les statuts et règlements, tant de la faculté de Paris que des autres, et de pourvoir à la discipline desdites facultés, à l'ordre et distribution des leçons et à l'entretien des professeurs, voulons et ordonnons qu'après la publication qui sera faite des présentes, il sera tenu une assemblée dans chacune desdites facultés, en présence de ceux qui auront ordre d'y assister de notre part, pour nous donner avis sur toutes les choses qui seront estimées utiles et nécessaires pour le rétablissement desdites études du droit canonique et civil.

4. Enjoignons aux professeurs de s'appliquer particulièrement à faire lire et faire entendre, par leurs écoliers, les textes du droit civil et les anciens canons qui servent de fondements aux libertés de l'église gallicane.

5. Défendons à toutes personnes autres que lesdits professeurs d'enseigner et faire leçon publiquement dudit droit canonique et civil, à peine de trois mille livres d'amende applicables, moitié aux professeurs, et l'autre moitié à notre profit, d'être déchus de tous les degrés qu'ils pourraient avoir obtenus, et d'être déclarés incapables d'en obtenir aucuns à l'avenir ; ce que nous voulons avoir aussi lieu contre ceux qui prendraient les leçons desdits particuliers.

13. Pour exciter d'autant plus lesdits professeurs à faire leur devoir, voulons et ordonnons que ceux desdits professeurs qui auront enseigné pendant vingt années soient reçus dans toutes les charges de judicatures sans examen, et que l'ancien de chacune des dites facultés, après avoir enseigné vingt ans entiers ait entrée et voix délibérative dans l'un des sièges, baillages ou présidiaux, en vertu des lettres que nous lui ferons expédier.

14. Et afin de ne rien omettre de ce qui peut servir à la parfaite instruction de ceux qui entreront dans les charges de judicature, nous voulons que le droit français contenu dans nos ordonnances et dans les coutumes soit publiquement enseigné ; et à cet effet, nous nommerons des professeurs qui expliqueront les principes de la jurisprudence française, et qui en feront des leçons publiques ».

Le **mode de recrutement des enseignants** y est réformé (professeurs de droit canonique et de droit romain sont recrutés par concours) et leur **statut** précisé (vingt ans d'enseignement ouvrent l'accès à la magistrature).

Mais c'est avant tout sur le **contenu** même de l'enseignement que le roi impose sa mainmise. Un **enseignement de droit français** est créé dans chaque faculté de droit. Désormais, le droit français a droit de cité à l'université, au côté du droit romain (réintroduit à Paris après 460 ans d'interdiction) et du droit canonique. Cet enseignement est confié à des **professeurs royaux**, qui ne sont pas nécessairement des diplômés en droit, mais sont choisis (par le chancelier sur proposition des procureurs généraux) parmi les **praticiens**.

L'édit de Saint-Germain définit à cette occasion le droit français comme celui contenu dans « nos **ordonnances** et les **coutumes** » et dans « les principes de la **jurisprudence** française ». Dispensés en français et non pas en latin, les cours de droit français ont donné un nouvel élan aux développements doctrinaux, portant désormais conjointement sur la législation royale, la jurisprudence et le droit commun coutumier, objets d'une même réflexion doctrinale.

Les **qualités certaines** de nombres de ces professeurs de droit français pendant tout le XVIII^{ème} siècle donnent naissance à des ouvrages qui revivifient le souci **d'unification du droit privé**.

Exemple

- Claude de Ferrières (1639-1715, professeur de droit romain et canonique, puis de droit français à Reims), *Jurisprudence du Digeste conférée avec les ordonnances royales* (1677) et *Dictionnaire de droit et de pratique* (1684-1734).

- Claude Pocquet de Livonnière (1651-1726, professeur à Angers), *Règles du droit français* (1730).
- François Boutaric (1672-1733, professeur à Toulouse), *Les Institutes de Justinien conférées avec le droit français* (1738).
- Michel Prévôt de La Jannès (1696-1749, professeur à Orléans), *Principes de la jurisprudence française* (1750).
- Claude Serres (1695-1768, professeur à Montpellier), *Institutions du droit français suivant l'ordre de celles de Justinien* (1753).
- Augustin-Marie Poullain du Parc (†1782, professeur à Rennes), *Les principes du droit français selon les maximes de Bretagne* (1767-1771).
- Jean-Joseph Julien (1704-1789, professeur à Aix), *Eléments de jurisprudence sur les lois romaines et celles du royaume* (1785).
- Gabriel-Jean de Dieu d'Olivier (1752-1823, professeur à Avignon), *Essai sur la conciliation des coutumes françaises* (1787).

A côté de ces œuvres de synthèse, les enseignants de droit français et praticiens produisent aussi des **traités spécialisés** portant sur des **points précis du droit privé**.

Exemple

- Philippe de Renusson (1632-1699, avocat au parlement de Paris) sur les propres (1681), la subrogation des créanciers (1685), la communauté conjugale (1692), sur le douaire (1699), sur la garde (1699).
- Denis Lebrun (1640-1708, avocat au parlement de Paris) sur les successions (1692), sur la communauté (1709).
- Robert-Joseph Pothier (1699-1772, conseiller au présidial d'Orléans, professeur à Orléans), plus d'une trentaine de traités, dont le *Traité des obligations* (1761), le *traité des personnes et du contrat de mariage* (1768), le *traité du droit de possession* (1772), le *traité de procédure civile et criminelle* (1778).

Par ce bouillonnement doctrinal, dont la figure de proue est **Robert-Joseph Pothier**, la promotion du droit français participe de l'unification du droit privé dans le royaume, véritable précurseur de la codification napoléonienne.

En savoir plus : Robert-Joseph Pothier (1699-1772)

Magistrat, puis professeur à l'Université d'Orléans pendant plus de 20 ans, il rédige à partir des années 1760 une série de traités sur toutes les matières du droit français (fin connaisseur du droit coutumier, il a rédigé un *Commentaire de la coutume d'Orléans* en 1740) en recourant aux principes juridiques romains. Il est l'un des meilleurs représentants de ce mouvement doctrinal qui entend rapprocher la raison romaine du droit commun coutumier, au sein d'un même système juridique rationnellement ordonné.

« Son œuvre constitue moins une synthèse qu'une juxtaposition de deux grands courants : la tradition coutumière française, dont il poursuit le travail d'unification en cherchant à dégager de la diversité des coutumes un droit commun, un droit général exposé en principes, et à réduire les particularismes locaux ; un jusnaturalisme d'importation, qui le conduit à faire une grande place au droit naturel au sens néo-stoïcien, expression présumée de la nature humaine, rationnel et individualiste, identifié à un droit romain élagué, épuré et traduit en axiomes, à des maximes servant de point de départ à des raisonnements logiques et déductifs, inspirés des mathématiques et dont découle une série de corollaires » (J.L. Thireau, *Dictionnaire historique des juristes français, XI^{ème}-XX^{ème} siècle*, P. Arabeyre, J.L. Halpérin et J. Krynen (sous la direction de), coll. « Quadrige », Paris, Puf, 2007, entrée « Pothier »).

Son œuvre influencera grandement les rédacteurs du Code civil, ce qui lui vaudra d'être désigné comme « le père spirituel du Code civil » : de très nombreux articles du code sont la reprise mot à mot de ses écrits (en particulier en ce qui concerne le contrat).

Principales œuvres de Pothier :

- *Commentaire de la coutume d'Orléans* (1740)

- *Introduction générale aux coutumes (1760)*
- *Traité des obligations (1761)*
- *Traité sur les contrats spéciaux, ventes et retraits (1762)*
- *Traité sur la constitution de rentes (1763)*
- *Traité sur le louage et le bail à rente (1764)*
- *Traité sur le dépôt, le mandat, le nantissement, l'assurance et les contrats aléatoires (1767)*
- *Traité des personnes et du contrat de mariage (1768)*
- *Traité de la communauté (1769)*
- *Traité du douaire (1770)*
- *Traité des donations entre mari et femme (1771)*
- *Traité du don manuel (1771)*
- *Traité du domaine de propriété auquel est joint un Traité du droit de possession (1772)*
- *Traité des choses (1772)*
- *Traités de la garde noble et bourgeoise (1777)*
- *Traité sur le prêt à la grosse aventure (1777)*
- *Traités des successions, des propres, des donations par testaments (1777)*
- *Traité des donations entre vifs (1778)*
- *Traité de procédure civile et criminelle (1778)*

3. Les lois du roi

3. 1. La première marque de la souveraineté

L'unification du droit français est aussi portée par la **législation royale**. A la fin du XVI^{ème} siècle, les théoriciens du pouvoir royal – principalement **Jean Bodin, Charles Loyseau et Cardin le Bret** – définissent le pouvoir législatif du monarque comme la « première marque » de sa **souveraineté**.

Jean Bodin, *Les six livres de la République* (1576), I, 10 : [il faut que les souverains] « puissent donner loi aux sujets, et casser ou anéantir les lois inutiles, pour en faire d'autres (...). Sous cette même puissance de donner et casser la loi, sont compris tous les autres droits et marques de souveraineté : de sorte qu'à parler proprement on peut dire qu'il n'y a que cette seule marque de souveraineté, attendu que tous les autres droits sont compris en celui-là, (...) comme décerner la guerre ou faire la paix ; connaître en dernier ressort des jugements de tous magistrats ; instituer et destituer les plus grands officiers ; imposer ou exempter les sujets des charges et subsides ».

Charles Loyseau, *Traité des seigneuries* (1608), chap. 3, 5-6 : « Les droicts concernant les seigneuries souveraines sont cinq en nombre, à sçavoir, faire loix, créer officiers, arbitrer la paix et la guerre, avoir le dernier ressort de la justice et forger monnaie ».

B. Basdevant-Gaudemet, *Aux origines de l'Etat moderne. Charles Loyseau (1564-1627), théoricien de la puissance publique*, Paris, 1997.

F. Cosandey et R. Descimon, *L'absolutisme en France : histoire et historiographie*, Paris, 2002.

Décalquant la formule romaine *Princeps legibus solutus est*, invoquée depuis le XIII^{ème} siècle, les doctrinaires de la souveraineté affirment que le roi est délié de l'obéissance aux lois.

Jean Bodin, *Les six livres de la République* (1576), I, 8 : « Il faut que ceux-là qui sont souverains ne soient aucunement sujets aux commandements d'autrui, et qu'ils puissent donner lois aux sujets et casser ou anéantir les lois inutiles, pour en faire d'autres : ce que ne peut faire celui qui est sujet aux lois, ou à ceux qui ont le commandement sur lui ».

Ils en déduisent ainsi que le **souverain fait la loi**. Certes, cette doctrine reste subordonnée à un cadre moral : le roi « peut tout, mais ne doit pas tout vouloir ». S'impose ainsi à lui la volonté divine, et les normes résultant de l'ordre naturel qu'elle a créé. Mais l'essentiel est bien là : la souveraineté du roi est absolue, perpétuelle, indivisible.

En savoir plus : Les lois fondamentales

Parmi les normes qui s'imposent au roi et auxquelles il ne peut déroger figurent les lois fondamentales. Les lois fondamentales ou « constitution coutumière » sont un ensemble de dispositions relatives à la dévolution de la couronne, à la continuité de la fonction royale et au statut du domaine de la Couronne.

Chacune de ces règles a émergé empiriquement dans des périodes de crise de l'institution royale, et s'est imposé comme une règle non modifiable, ayant force obligatoire et s'imposant à tous.

Plusieurs lois fondamentales ont ainsi été révélées, fixant les principes de succession à la Couronne : hérédité (996), primogéniture (1027), masculinité (exclusion des femmes en 1316, exclusion des descendants par les femmes en 1328), instantanéité de la succession (1403-1407), indisponibilité de la Couronne (« théorie

statutaire de la Couronne » 1419), catholicité (1588-1593). De la même façon, les lois fondamentales fixent le statut du domaine de la Couronne : inaliénabilité (fin XIV^{ème} siècle) et imprescriptibilité (1566).

La Couronne acquiert ainsi progressivement un statut propre. Ancré dans la fiction juridique d'une fonction royale continue, confondue avec l'unité du royaume : la Couronne, « siège de l'autorité et véritable propriétaire du Domaine » (Y. Sassier et F. Saint-Bonnet), elle est entièrement distincte de la personne du roi, simple administrateur auquel s'imposent ces règles.

J. Barbey, S. Rials et F. Bluche, Lois fondamentales et succession de France, Paris, 1987 ; P. Bonin, « Régences et lois fondamentales », Annuaire Bulletin de la société de l'histoire de France, année 2003, Paris, 2005, p. 77-135 ; J. Krynen, « Le mort saisit le vif. Genèse médiévale du principe d'instantanéité de la succession royale française », Journal des savants, 1984, p. 187-221 ; G. Leyte, Domaine et domanialité publique dans la France médiévale. XII^{ème}-XV^{ème} siècles, Strasbourg, 1996 ; A. Rousselet-Pimont, La règle de l'inaliénabilité du domaine de la Couronne (Etude doctrinale de 1566 à la fin de l'Ancien Régime), Paris, 1997 ; F. Saint-Bonnet, « Un droit constitutionnel avant le droit constitutionnel ? », Droits, n° 32, 2000, p. 7-20 ; A. Vergne, La notion de constitution d'après les cours et assemblées de la fin de l'Ancien régime (1750-1789), Paris, 2006.

La loi devient donc « un commandement unilatéral et incontestable édicté par le souverain » (Y. Sassier et F. Saint-Bonnet), désormais caractérisée **par son auteur**, indépendamment de son contenu.

Elle **s'identifie désormais à la volonté royale**, ce qu'Antoine Loisel, reprenant l'adage romain *Quod principi placuit legis habet vigorem* (ce qui plaît au prince a force de loi), résume en une formule frappante et appelé à un brillant avenir « **Qui veut le roi, si veut la loi** » (*Institutes coutumières*, Paris, 1846, t. I, p. 26). Les rois ne disent pas autre chose, qui apposent sur leurs actes la formule « Car tel est notre plaisir », et déclarent que « les lois dépendent de l'autorité royale » (Henri IV en 1603 devant la Chambre des comptes), ou que « le droit de faire des lois nous appartient sans dépendance ni partage » (Louis XV en 1770 devant le Parlement de Paris).

Est ainsi théorisé à la fin du XVI^{ème} siècle le pouvoir **exclusif du roi de faire des ordonnances**. Ce pouvoir donne progressivement naissance à un **nouvel ordre juridique essentiellement fondé sur la loi de l'Etat**.

En conséquence, la **législation royale s'accroît** au cours des XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles

L'accroissement est d'abord **territorial**. Les lois du roi s'appliquent désormais dans tout le royaume. Depuis 1572, les seigneurs territoriaux n'ont plus le droit de faire des ordonnances, sauf si ces ordonnances sont conformes aux lois du roi. Les seigneurs territoriaux et les villes ont perdu leur pouvoir créateur de droit.

L'accroissement est aussi **matériel**. Au XVI^{ème} siècle, les lois du roi concernent principalement le **droit public** : elles organisent l'ordre public économique, elles réforment les droits procéduraux, et surtout elles s'attachent à réglementer la police (c'est-à-dire l'ordre public). Aux XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles, les lois du roi s'immiscent progressivement dans le champ du **droit privé**, qui jusque là était du domaine de la coutume.

De la même façon, les **formes** que prend l'expression législative de la volonté royale se fixent plus clairement. Le roi est le seul à avoir l'**initiative** de l'acte législatif, mais il est en pratique souvent incité à le faire par de nombreux relais : le Conseil du roi, les conseils de gouvernement, les ministres, (à l'exemple de Colbert ou Necker) ou les Chanceliers (Michel de L'Hospital, d'Aguesseau, Maupeou), ou encore les différents corps du royaume relayant des doléances particulières ou populaires (universités, Etats-généraux, Etats-provinciaux, ...).

La **rédaction** des actes fait également intervenir le Conseil ou divers organes à même de mettre l'acte en forme. Le texte fait ensuite l'objet d'une **délibération** du Conseil en présence du roi.

Si l'acte est pris sous la forme de **lettres patentes**, il fait alors l'objet d'une **vérification**.

Les lettres patentes sont des lettres ouvertes, qui commencent par une adresse au nom du roi, suivie de l'exposé des motifs, du dispositif et de la date et du lieu. L'acte se termine par une formule exécutoire et par la signature du roi, qui est accompagnée du sceau du royaume.

Les lettres patentes, qui forment l'essentiel de la législation royale au XVI^{ème} siècle, peuvent être de deux sortes : grandes lettres patentes, qui ont une portée générale, ou petites lettres patentes, qui ont une portée individuelle.

En savoir plus : La typologie des lettres patentes

La catégorie des « grandes lettres patentes » recouvre trois types d'actes :

- l'ordonnance est une loi de portée générale, qui peut recouvrir des domaines très variés. Acte le plus solennel du roi, les ordonnances sont le vecteur privilégié des réformes opérées par le roi.
- l'édit est une mesure à portée limitée, qui ne traite que d'un sujet bien défini (le duel, la taille...) ou n'intéresse qu'une région particulière ou une catégorie spéciale de sujets (les protestants, la noblesse, un corps de métiers, ...).
- la déclaration est un acte interprétatif d'une ordonnance ou d'un édit, qui aménage le droit existant, en l'expliquant, le réformant ou le restreignant.

La catégorie des « petites lettres patentes » recouvre une très grande diversité d'actes, parmi lesquels :

- les lettres royaux accordent un droit ou un privilège à un particulier sur sa demande, à l'exemple de la lettre de grâce (qui absout un condamné ou commue sa peine) ou de la lettre de justice (qui octroie des mesures d'exception comme le sursis à exécution ou la rescision d'un contrat).
- les lettres de sceau plaqué sont des instructions adressées aux administrateurs et officiers de justice ou de finance.
- les lettres de nomination.
- les lettres de privilèges accordent une prérogative personnelle (comme les lettres de noblesse) ou collective (comme une exemption à l'échelle d'une ville).

Toutes les lettres patentes, grandes ou petites, ont en commun d'être **enregistrées par les cours souveraines** (Parlement, Chambre des comptes, Cour des aides, Chambre du trésor ou Cour des monnaies, selon la nature de l'acte) après leur élaboration. L'enregistrement consiste à inscrire une copie de l'acte dans un registre conservée au greffe de la Cour souveraine concernée par l'acte en question.

Dans la seconde moitié du XIV^{ème} siècle, quand est instituée cette procédure, l'enregistrement est une **formalité purement technique**, qui sert avant tout à conserver la trace de l'acte pris par le roi, et à en assurer l'exécution et la diffusion. Lors de l'enregistrement, les cours souveraines peuvent adresser au roi des observations sur son texte, appelées « **remontrances** ».

Progressivement, à partir du XVI^{ème} siècle, les cours souveraines (et tout particulièrement les parlements), s'emparent de ce droit de remontrance pour **contrôler les actes du roi et prétendre partager avec lui le pouvoir législatif**. D'un contrôle de légalité, le mécanisme glisse vers un contrôle d'**opportunité**. Tout au long des soubresauts politiques des XVI^{ème}-XVIII^{ème} siècles, le parlement tend à exercer son droit de remontrance dans un sens de moins en moins juridique et de plus en plus **politique**.

En savoir plus : La procédure d'enregistrement des lettres patentes par les cours souveraines

Le procureur général du roi se rend devant le parlement (ou devant les cours financières spécifiques pour les textes) les concernant pour requérir l'enregistrement. La Cour se prononce sur le texte après examen. Deux cas de figure sont alors possibles :

- soit l'avis de la cour est favorable : le texte est immédiatement recopié sur le registre du parlement, puis des copies sont exécutées pour être envoyées dans les juridictions relevant du ressort du parlement. Une publication orale est prévue (proclamation à la messe du dimanche voire créée dans les rues ou sur la place...);
- soit la cour refuse l'enregistrement. Elle adresse alors au roi de « très humbles et respectueuses remontrances ».

En recevant, les remontrances, le roi peut les accepter et modifier le texte en suivant les demandes de la cour. C'est en pratique la solution la plus fréquente.

Mais le roi peut aussi considérer ces remontrances comme infondées. Il envoie alors à la cour des « lettres de jussion » ordonnant l'enregistrement.

Les parlementaires peuvent accepter alors d'enregistrer l'acte en l'état. Mais ils peuvent aussi refuser à nouveau l'enregistrement, par le biais de « remontrances itératives ».

Le dernier mot appartient alors au roi, qui peut forcer la cour à enregistrer son texte, au moyen du « lit de justice » : le roi se déplace alors en personne au parlement. Sa simple présence suffit à suspendre la délégation accordée au Parlement. Le roi prononce alors en personne l'enregistrement.

Pour échapper à la censure des cours souveraines, la monarchie privilégie alors les formes législatives qui **échappent à cette procédure d'enregistrement**.

Au XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècle, les « **arrêts du conseil du roi** » deviennent donc la manière habituelle de légiférer, loin du contrôle des cours souveraines. Près de 800 000 arrêts sont ainsi pris en conseil entre le XVII^{ème} et le XVIII^{ème} siècle, sur des sujets très divers (décisions de justice, arrêt en commandement), à l'initiative du roi ou sur demande d'un particulier.

De la même façon, les « **ordonnances sans adresse ni sceau** » connaissent un développement spectaculaire à partir de la fin du XVI^{ème} siècle. Texte immédiatement exécutoire, revêtu simplement de la signature du roi et de la mention « le roi veut et ordonne... », ces ordonnances sont la **manifestation la plus simple de la puissance absolue du roi**. Elles sont généralement prises dans les domaines régaliens sur lesquels le roi entend agir sans contrôle (organisation du conseil du roi et de la maison du roi, affaires militaires, déclaration de guerre, ...)

Illustration fameuse de cette législation absolutiste, les « **lettres closes** » scellées du sceau du secret (le sceau personnel du roi), au premier rang desquelles les « lettres de cachet » (ordre exécutoire permettant d'arrêter ou d'exiler une personne nommément désignée) sont envoyées en grand nombre durant les deux derniers siècles de l'Ancien Régime.

3. 2. Ordonnances royales de réformation et de codification

Entre le XVI^{ème} et le XVIII^{ème} siècle, le champ de la législation royale s'étend.

A. Rousselet-Pimont, *Le chancelier et la loi au XVI^{ème} siècle d'après l'œuvre d'Antoine Duprat*, Guillaume Poyet et Michel de l'Hospital, Paris, 2005.

Forte de la maîtrise accrue de son pouvoir normatif, la monarchie entend user de cette arme pour **ordonner en certains domaines le fond du droit**.

Aux XVI^{ème} et XVII^{ème} siècles, cette ambition passe par les **ordonnances de réformation**. Plusieurs ordonnances de réformation voient le jour entre 1539 et 1629.

Remarque

Pour la liste des principales ordonnances et édits de réformation de l'Ancien Régime, voir la leçon 9.

Année	Dénomination	Rédacteur	Contenu
1539	Ord. de Villers-Cotterêts		Compétence de la juridiction ecclésiastique restreinte, ordonne tenue registres de l'état civil.

1560	Edit « sur les secondes noces »		Protection des enfants du premier lit, limitation des libéralités accordées au second époux.
1561	Ord. d'Orléans	Michel de l'Hospital	Réforme judiciaire, ecclésiastiques, formes de validité des testaments, finances municipales.
1563	Ord. de Roussillon	Michel de l'Hospital	Fait commencer l'année au 1 ^{er} janvier au lieu de Pâques.
1566	Ord. de Moulins	Michel de l'Hospital	Limitation du droit de remontrance des Parlements ; impose la preuve écrite pour les contrats de plus de 100 livres.
1566	Edit de Moulins		Inaliénabilité du domaine de la Couronne.
1567	Edit « des mères »		Limitation du droit des mères à venir à la succession de leur enfant.
1579	Ord. de Blois		Célébration du mariage et tenue de registres de mariage.
1629	« Code Michau »	Michel de Marillac	Nombreuses matières mais pas appliquée.

Ces sont presque toujours des réponses aux doléances des Etats Généraux. Hétéroclites, elles portent sur des matières très variées sans aucun souci de systématisation ou de classification. Une même ordonnance peut concerner la justice, la religion, les finances, la police, la noblesse, le domaine, l'armée, etc. Ces ordonnances sont avant tout des réponses empiriques à des problèmes urgents soulevés par les corps constitués. Plusieurs de ces ordonnances concernent au premier plan la réorganisation de la justice, préoccupation centrale du XVI^{ème} siècle.

En savoir plus : L'ordonnance de Villers-Cotterêts (1539)

En août 1539, François I^{er} promulgue à Villers-Cotterêts une ordonnance intitulé « Ordonnance sur le fait de justice ». C'est une ordonnance de 192 articles, qui est l'œuvre du chancelier Poyet. Cette ordonnance est une œuvre fondamentale. C'est la première ordonnance générale, et elle apporte des innovations importantes dans tous les domaines :

- En droit civil, on y trouve des mesures de protection d'ordre public, comme l'interdiction de tester ou de disposer en faveur de son tuteur ou de son curateur.
- En matière de justice, elle prévoit la limitation de la compétence des cours d'Eglise en matière matrimoniale : les juridictions laïques sont désormais compétentes.

- En matière processuelle : elle instaure la procédure inquisitoire d'office en matière pénale. Là encore, cela traduit un progrès de l'Etat : la puissance publique instruit le procès à charge et à décharge, même si aucune plainte n'a été déposée.
- En matière d'administration générale, l'ordonnance instaure le remplacement du latin par le français dans les actes notariés. Elle rend obligatoire la tenue de registre de baptêmes et de sépultures dans les paroisses. C'est donc la première organisation de l'état civil.

Au total, cette loi est demeurée un monument du droit et s'est inscrite comme un exemple type de texte pluridisciplinaire conforme à l'esprit de l'époque.

En savoir plus : L'ordonnance de Moulins (1566)

Promulgué en février 1566 par Charles IX, elle est l'œuvre du chancelier Michel de L'Hospital. C'est une ordonnance qui réforme principalement la justice (perte de la compétence civile des justices municipales), mais qui touche aussi d'une manière générale le droit public et privé.

- Droit privé : l'ordonnance institue la preuve écrite pour toute convention dépassant 100 livres, ainsi que l'interdiction de prouver outre et contre les actes. C'est une révolution dans le droit de la preuve, puisque désormais les « lettres passent témoins ».
- Procédure pénale : l'ordonnance généralise la règle de la compétence du juge du lieu du délit plutôt que celle du domicile du délinquant.
- Droit public : l'ordonnance restreint les pouvoirs des gouverneurs de province, et elle interdit d'imprimer des livres sans l'autorisation du pouvoir royal.

En janvier 1629, l'Ordonnance « sur les plaintes des Etats assemblés à Paris en 1614 et de l'assemblée des notables réunie à Rouen et à Paris et 1617 et 1626 » ou « **Code Michau** » présente un autre visage. Longue de 461 articles, elle est conçue dans un esprit **d'harmonisation**. Mais ce texte remettait en cause trop de privilèges (en particulier en matière de fiscalité) pour que les parlements acceptent de l'enregistrer. La royauté a préféré retirer son texte face aux oppositions parlementaires.

Remarque

Sur le Code Michau, cf. la leçon 9 « Légalisme et codification ».

Mais malgré son échec, le Code Michau annonce les grandes **ordonnances de codification** des règnes de Louis XIV et Louis XV. A partir du XVII^{ème} siècle la monarchie affirme un **véritable souci de planification juridique**, ses ordonnances ont l'empreinte de **l'unité**.

La monarchie abandonne l'idée de réforme générale pour se concentrer sur des **ordonnances bien précises**, qui n'abordent qu'un sujet à la fois, mais l'abordent de la façon la plus exhaustive possible. Ce sont à chaque fois des ordonnances **claires**, bien construites, pensées avec un souci de cohérence tout à fait nouveau. Chacune d'elles constitue un **véritable code**, divisé en titres et en articles.

L'impulsion de ce mouvement vient de **Jean-Baptiste Colbert** (1619-1683), contrôleur général de Louis XIV, qui souhaite « *réduire en un seul corps d'ordonnance tout ce qui est nécessaire pour établir la jurisprudence fixe et certaine* ». L'ambition est donc clairement affichée : il s'agit de **réunir** toutes les lois en vigueur dans des codes et de profiter de cette réunion pour y introduire des **réformes** communes à toute la France, donc de codifier et de réformer tout ensemble. Il s'agit aussi pour Colbert de s'en prendre aux prétentions des **cours souveraines** : en rendant les textes législatifs plus clairs, la monarchie limite d'autant leur possibilité d'interprétation et d'intervention dans le champ législatif.

A cet effet, **six ordonnances sont rédigées entre 1667 et 1685**, par Colbert assisté d'un conseil de réforme et d'un conseil de réformation de la justice.

Remarque

Pour la liste des ordonnances de codification de Louis XIV, voir la leçon 9.

Année	Dénomination	Rédacteur	Contenu
-------	--------------	-----------	---------

1667	Ord. sur la procédure civile	Jean-Baptiste Colbert (et Henri Pussort)	
1669	Ord. sur les Eaux et Forêts		
1670	Ord. sur la procédure criminelle	Jean-Baptiste Colbert (et Henri Pussort)	Procédure secrète et écrite.
1673	Ord. sur le Commerce de terre	Jacques Savary	Régularise et unifie les règlements et usages.
1681	Ord. sur la marine	Jean-Baptiste Colbert	
1685	« Code Noir »		Statut des esclaves.

En savoir plus : L'ordonnance civile de 1667

L'ordonnance civil d'avril 1667 est surnommée le Code Louis. C'est un véritable code de procédure civile en 35 titres. Il est avant tout l'œuvre de Pussort, défenseur des idées absolutistes tendant à limiter les pouvoirs des parlements.

Pour la première fois, une même procédure est imposée à tous les tribunaux français. C'est une procédure écrite et simplifiée, qui permet d'assurer des jugements plus rapides. L'ordonnance a été reprise quasi-textuellement dans le Code de procédure civile de Napoléon en 1806 (appliqué pendant tout le XIXe et une grande partie du XX^{ème}). Le Code civil de 1804 lui emprunte également le chapitre relatif aux preuves.

L'application du code a suscité quelques résistances, mais le pouvoir l'a fermement imposé, et sa qualité a assuré son succès.

En savoir plus : L'ordonnance criminelle de 1670

L'ordonnance criminelle d'août 1670 est le premier code de procédure pénale. Il a le même objectif que l'ordonnance civile : comme le roi ne peut pas intervenir sur le fond du droit pénal, il réglemente la forme à défaut du fond. Ce texte vient combler le retard de la France sur les pays voisins.

Ce texte prolonge l'ordonnance de Villers-Cotterets de 1539. En particulier, ce texte confirme l'interdiction pour l'accusé d'avoir un défenseur, ainsi que le recours à la torture, et le serment imposé aux accusés de dire la vérité, y compris contre eux-mêmes. Il maintient aussi le système des preuves légales et les procès faits aux cadavres ou aux animaux.

Mais malgré tous ses défauts, l'ordonnance représente un progrès indéniable sur l'état antérieur du droit :

- elle rend obligatoire l'appel au parlement en cas de condamnation à une peine capitale (rôle modérateur dans les procès en sorcellerie).
- elle réduit la justice pénale à deux degrés (une juridiction de première instance, une juridiction d'appel).
- elle instaure un contrôle plus sérieux des juridictions seigneuriales.

L'ordonnance a servi de base aux lois criminelles de la révolution, mais surtout elle a été littéralement la source du Code d'instruction criminelle de 1808. Ce texte, comme celui de 1667, a fait l'objet de nombreux commentaires, dont le plus fameux est celui de Daniel Jousse.

Avec ces six ordonnances, Colbert a réformé la procédure, mais sans oser toucher au fond.

Sous le règne de Louis XV, le chancelier **Henri-François d'Aguesseau** (1717-1750) entreprend, lui, de toucher au fond du droit par trois grandes ordonnances de droit privé.

Ces ordonnances s'inscrivent dans un projet de codification très ambitieux. Avec le procureur général du parlement de Paris, Joly de Fleury, D'Aguesseau à l'ambition de réformer des pans entiers du droit, en s'attaquant à la coutume, dans un domaine où les interprétations jurisprudentielles étaient divergentes, celui des actes de transmission à titre gratuit.

Remarque

Pour la liste des ordonnances de codification de Louis XV, voir la leçon 9.

Date	Dénomination	Rédacteur	Contenu
1731	Ord. sur les donations	Henri d'Aguesseau	Unification des règles pour le royaume.
1735	Ord. sur les testaments	Henri d'Aguesseau	Etablit une législation double pour les pays coutumiers et de droit écrit.
1747	Ord. sur les substitutions	Henri d'Aguesseau	

Au terme de ces deux entreprises, la France dispose de ce qui peut tenir lieu d'un code de procédure civile, d'un code de procédure pénale, d'un code de commerce, d'un code de la mer, d'un code des Eaux et Forêts et même d'un code colonial.

L'œuvre de codification de Colbert et de D'Aguesseau est donc fondamentale par son esprit, par sa créativité, et aussi par sa portée : c'est la brèche par laquelle l'Etat monarchique a imposé son rôle de législateur, la voie est tracée. Elle sera suivie par les révolutionnaires et par les codifications napoléoniennes.