Université Numérique Juridique Francophone

Introduction historique au droit

Leçon 8 : Acteurs et sources de la vie du droit : le juge, l'avocat et le notaire

Florent GARNIER

Table des matières

1. Le juge du Moyen Âge à nos jours....p. 2
1. 1. Acteur de la vie juridictionnelle et judiciaire....p. 2
1. 1. 1. Juges non-professionnels....p. 2
1. 1. 2. Juges professionnels....p. 3
1. 2. Des sources de la vie juridictionnelle et judiciaire....p. 7
1. 2. 1. La décision de justice rendue....p. 7
1. 2. 2. La décision de justice connue....p. 9
2. L'avocat du Moyen à nos jours....p. 11
2. 1. Auxiliaire de justice....p. 11
2. 1. 1. Réglementation....p. 11
2. 1. 2. Intervention....p. 13
2. 2. Des sources de la profession d'avocat....p. 15
2. 2. 1. Des sources pour se former....p. 15
2. 2. 2. Des sources pour défendre....p. 16
3. Le notaire du Moyen Âge à nos jours....p. 18
3. 1. Acteur de la vie du droit....p. 18
3. 1. 1. Fonction....p. 18
3. 1. 2. Statut....p. 20
3. 2. Sources de la vie du droit....p. 21
3. 2. 1. Forme....p. 21
3. 2. 2. Fond....p. 23

UNJF - Tous droits réservés

1. Le juge du Moyen Âge à nos jours

La place et le rôle du juge n'est pas semblable en tout lieu en en tout temps. Le « juge », personne physique ou juridiction, est un acteur essentiel pour trancher les litiges en application de normes juridiques ou selon l'équité. Son activité se manifeste notamment par le rendu d'une décision. « *L'ensemble des règles de droit nées de l'activité judiciaire* » (P. Deumier) correspond à la jurisprudence. Le juge par son application et son interprétation du droit a laissé au cours des temps des sources utiles à la compréhension des phénomènes et institutions juridiques.

1. 1. Acteur de la vie juridictionnelle et judiciaire

Les personnes en charge de rendre la justice sont diverses et recouvrent deux catégories. Des personnes privées peuvent être investies de la prérogative de juger. Des magistrats de métier désignés par le souverain agissent en son nom pour dire le droit. Avec le développement de l'Etat, cette seconde voie a été suivie.

1. 1. 1. Juges non-professionnels

Depuis l'Antiquité, le recours à des juges non-professionnels existe pour participer à l'exercice de la justice.

> ***Remarque***
> A Athènes, par un tirage au sort, des citoyens sont désignés chaque année. Ils participent à un tribunal populaire (l'Héliée).
> A Rome, les citoyens participent aussi à la justice. Inscrit sur une liste, un particulier remplissant certaines conditions (homme libre, avoir au moins 25 ans, disposer d'une certaine fortune) peut être choisi comme juge par les parties.

Au début du Moyen Âge, une semblable pratique existe en lien avec la tradition germanique et l'exercice de la justice populaire. Sous les Mérovingiens, un tribunal, le *malberg* ou **mallus**, existe. Il s'agit du tribunal de tous les hommes libres au niveau local (centaine ou *vicaria*). Pour rendre la justice ordinaire, ils sont choisis par le comte. Ce sont les **rachimbourgs**. Ils rendent un jugement conformément à la loi applicable. Avec Charlemagne, une évolution se fait jour. Les rachimbourgs sont remplacés par des échevins, de juges occasionnels ils deviennent des juges désignés à vie limitant la conception d'une justice populaire.
Aux temps féodaux, de manière schématique, les seigneurs peuvent rendre la justice d'une double manière. La justice seigneuriale est exercée par un seigneur banal (lié au pouvoir de ban). Il a hérité de cette prérogative du roi carolingien, elle s'applique aux hommes vivant sur le territoire où s'exerce son pouvoir (« les hommes de la poesté »). La justice féodale est différente en prenant sa source dans le contrat féodo-vassalique. Elle intéresse seulement les personnes (vassaux) qui ont de tels liens avec le seigneur. Le **jugement par ses pairs** prévaut ainsi.

> ***Remarque***
> Dans le cadre des villes médiévales à partir du XIIème siècle, cette pratique se rencontre aussi avec des cours où les bourgeois connaissent des affaires qui les intéressent et prononce un jugement entre eux.

Cette idée de jugement par ses pairs se retrouve avec l'institution du **jury**. Il est connu et va se maintenir en Angleterre à la différence du royaume de France. La *Grande Charte* (*Magna Carta*) de 1215 reconnaît ce principe.

UNJF - Tous droits réservés

Magna Carta, Article 52 :

« *Si quiconque a été saisi ou dépossédé de ses terres ou château par Nous, ou qu'il a été privé de ses droits et libertés sans un jugement légal de ses pairs, Nous lui restituerons ceci immédiatement. Et s'il survenait une dispute à ce sujet, la dispute sera alors conciliée par le verdict des vingt-cinq Barons mentionnés ci-dessous en égard pour la paix. Il en sera ainsi pour les biens de quiconque, qui ont été saisis par le Roi Henry Notre père ou le Roi Richard Notre frère, sans le verdict de ses pairs et que Nous avons en Notre possession, ou que Nous tenons par mandat. Mais Nous aurons répit, jusqu'à la fin normale du terme de la croisade, excepté pour ceux pour lesquels un plaidoyer avait été invoqué ou pour lesquels une enquête avait été entreprise par Notre Précepte, avant que Nous ayons pris la Croix. Aussitôt que Nous serons revenus de Notre mission, ou, si par hasard, Nous n'irions pas en mission, Nous leur accorderons immédiatement toute justice dans ces causes.* ».

- Sur la *Magna Carta* : https://clio-texte.clionautes.org/La-Grande-Charte-1215.html

Ce modèle est réaffirmé par l'*Habeas Corpus Act* (1679) avec le « grand jury », qui apprécie si les charges sont suffisantes et décide que le procès puisse se poursuivre, et un second jury qui prononce le jugement.

Le jury est connu dans la France d'Ancien Régime par l'intermédiaire de Montesquieu dans l'*Esprit des lois* (XI, 6). Cette idée est reprise par les philosophes des Lumières et elle trouve à s'appliquer avec la Révolution française tout d'abord en matière criminelle (lois des 16-29 septembre et 29 septembre-21 octobre 1791). Un jury d'accusation et un jury de jugement sont institués. Des citoyens (8 et 12) sont choisis par tirage au sort sur des listes électorales. Les jurés délibèrent sur les questions de fait. Ils doivent alors se prononcer sur la culpabilité à partir de leur intime conviction.

Remarque
Le modèle adopté en France en 1791 se distingue de celui appliqué en Angleterre tant du point de vue procédural que des rapports établis entre jurés et juge, séparation de la connaissance des questions de fait et de droit. En raison de la méfiance à l'égard de la possible influence du juge sur les jurés, le cloisonnement ainsi opéré en France va se révéler inadapté. S'inspirant de l'échevinage introduit en Allemagne au cours de la seconde moitié du XIXème siècle, les liens entre jurés et juges vont être instaurés pour qu'ils connaissent et décident ensemble des questions de fait et de droit.

Ce système a été partiellement remis en cause par Napoléon avec le Code d'instruction criminelle en 1808 qui confie l'instruction (secrète et écrite) à un juge. La Cour d'assises, instituée en 1808 et mise en service en 1811, siège de manière intermittente das chaque département. Elle est présidée par un magistrat de la cour d'appel. Il est entouré de deux assesseurs qui sont aussi magistrats et de jurés. Ces jurés sont désignés par tirage au sort. Le jury de jugement est seul conservé pour connaître d'affaires criminelles. Il est réformé par la loi du 28 avril 1832 qui permet aux jurés de reconnaître des circonstances atténuantes. Ce n'est qu'avec la loi n° 80-1042 du 23 décembre 1980 relative à l'établissement de la liste annuelle préparatoire des **jurés** d'assises que tous les citoyens peuvent être désignés. L'expression de la **souveraineté** a été un motif pour justifier l'existence du jury tout comme la **citoyenneté** et le **civisme**. Une telle conception ne permettait alors pas de faire appel de l'arrêt de la **Cour d'assises**.

M. David, « *Jury populaire et souveraineté* », *Droit et Société* 36/37, 1997, p. 401-449.

La loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence a reconnu la possibilité d'un appel contre les décisions criminelles. Cette évolution tout en conservant le poids de l'histoire prévoit un **appel** de Cour d'assise à Cour d'assises.
L'expérimentation de « citoyens assesseurs » aux côtés de magistrats instaurée par la loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs a été arrêtée en 2013.

1. 1. 2. Juges professionnels

UNJF - Tous droits réservés

Avec le renforcement d'une justice étatique, la présence de juges professionnels se développe. Une première forme existe au cours de l'Empire romain. Elle réapparaît dans le cadre de la justice monarchique médiévale.

> ***Remarque***
>
> La procédure romaine à l'époque classique (IIIème s. av J.-C. au IIème s. apr J.-C) se caractérise par deux phases dont l'une est marquée par l'intervention d'un citoyen comme juge. A l'époque impériale, à côté de cette procédure ordinaire apparaît une procédure extraordinaire dans laquelle le rôle du juge-fonctionnaire devient essentiel. Le procès ne comporte plus qu'une seule phase. Le juge se saisit de l'affaire, assure la comparution des parties et tranche le litige.

La monarchie a développé au Moyen Age la justice royale par l'intermédiaire de juges. Ils exercent de manière déléguée le pouvoir reconnu au roi. Son action est encadrée. Son statut va évoluer. Juges et magistrats ont été appréhendés de manière unique depuis la Révolution française au sein du pouvoir judiciaire puis de l'ordre judiciaire napoléonien et de l'autorité judiciaire.

L'**office du juge** correspond aux devoirs et pouvoirs attachés à l'exercice de sa fonction. Aujourd'hui prévaut sa neutralité affirmé par l'article 6-1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (« toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial … »).

J.-L. Bregel « *Introduction générale* », L'office du juge, colloque du Sénat, 29-30 septembre 2006.
La question de l'office du juge a intéressé nombre d'auteurs depuis le Moyen Âge. Juge chrétien, le juge médiéval va aussi voir sa conduite être guidée par le droit. Il doit se prononcer en respectant la procédure et selon la norme (loi, coutume) en vigueur. Gratien (XIIème siècle) précise que « le bon juge ne fait rien arbitrairement ou selon sa volonté particulière, mais selon les lois et le droit ». Dans l'ordonnance de réformation du royaume de saint Louis en 1254 une semblable conduite est imposée aux baillis avec la prestation d'un **serment**.

> Ordonnance de réformation (1254) *in* Joinville, J., *Histoire de saint Louis*, Paris, 1869, p. 249 et s. :
>
> « *Nous Louis, par la grâce de Dieu roi de France, établissons que tous nos baillis, vicomtes, prévôts, maires et tout autre officier, en quelque affaire que ce soit, et en quelque office qu'ils soient, fassent serment que tant qu'ils seront dans leur office ou dans leur baillie, ils feront droit à chacun sans exception, aux pauvres comme aux riches, à l'étranger comme à l'homme du pays, et qu'ils respecteront les us et coutumes qui sont bons et éprouvés. Et s'il advient que les baillis ou vicomtes ou autres, comme les sergents ou forestiers, agissent contre leur serment et qu'ils soient convaincus, nous voulons qu'ils en soient punis en leurs biens et en leurs personnes si le méfait le requiert : les baillis seront punis par nous et les autres par les baillis* ».

Depuis l'Antiquité, les qualités du juge sont présentées. Des **vertus** particulières sont requises. L'honnêteté, la rigueur, l'impartialité, le secret sont quelques-unes du modèle développé au cours des temps. Le chancelier d'Aguesseau dans sa première mercuriale en 1698 présentait « l'état de magistrat ». Cela servira de modèle pour les procureurs généraux, les avocats généraux et substituts amenés à prononcer les discours de rentrée aux audiences solennelles au XIXème siècle où ils présentent notamment les qualités du magistrat.

> ***En savoir plus : Mercuriales et discours de rentrée***
>
> La pratique des mercuriales se développe à partir du milieu du XIVème s. Ayant pour objet initial tous les 15 jours la discipline des magistrats. Ces discours deviennent semestriels à partir du XVIème s. et leur nature se modifie pour devenir un exercice de rhétorique juridique. L'ordonnance de Villers-Cotterêts en 1539, confirmée par les ordonnances d'Orléans et de Blois, en prescrit la tenue. Etienne Pasquier (1529-1615) dans ses Recherches de la France présente le premier discours de rentrée prononcé par Duménil en 1557. Les mercuriales de l'avocat-général Omer Talon (1595-1652) et plus encore celle de d'Aguesseau (1668-1751) prononcée en 1698 sur « l'état de magistrat » deviennent des références pour tout magistrat chargé de prononcer un tel discours.

UNJF - Tous droits réservés

Après la Révolution, cette cérémonie est rétablie par Napoléon Ier. Le règlement organique du 30 mars 1808 prévoit que « *Tous les ans, à la rentrée [des] cours d'appel, chambres réunies, il sera fait, par [le] procureur général, un discours sur l'observation des lois et le maintien de la discipline* » (art. 101). Cette disposition est reprise et complétée par la loi du 20 avril 1810 sur l'organisation judiciaire (article 8). Devant « *toutes les chambres de la cour impériale [réunies] en la chambre du conseil, le premier mercredi d'après la rentrée. Le procureur général, ou un avocat général en son nom, [doit] prononcer un discours sur la manière dont la justice aura été rendue dans l'étendue du ressort pendant la précédente année ; il remarquera les abus… ; il fera les réquisitions qu'il jugera convenable…* ». Enfin, les articles 33 à 35 du décret du 6 juillet 1810 précisent le déroulement des audiences solennelles pour la rentrée des cours impériales. Le décret du 10 juillet 1903 supprime cette cérémonie puis elle est rétablie en 1931.

A partir du Moyen Âge, le juge dans le cadre de la justice déléguée devient un **officier** royal. Louis XI avec l'ordonnance de 1467 établit que « en nos officiers consiste sous notre autorité la direction des faits par lesquels est policée et entretenue la chose publique de notre royaume ». Le juriste Charles Loyseau (1564-1621) en 1610 précise que « *l' office est une dignité ordinaire avec fonction publique* » (*Traité des Offices*).

Remarque
L'officier est nommé par lettres de provision du roi. Elles sont enregistrées auprès des cours souveraines.

Progressivement la stabilité dans l'exercice d'une charge publique est reconnue tout d'abord de manière implicite avec l'inamovibilité (1467) puis de manière organisée avec la **patrimonialisation** des offices. Vénalité et hérédité des offices sont instaurées sous le règne de François Ier (1522) puis en 1604 (arrêt du Conseil du roi). L'une des conséquences de ce système est de réduire le droit royal de nomination de ses officiers devenus inamovibles et indépendants.

Remarque
La justice sous l'Ancien Régime n'est pas gratuite. Le système des épices s'est développé à partir du Moyen Âge. En lien avec la vénalité des offices et le problème des gages versés aux officiers royaux, un rémunération complémentaire est apparue d'abord en nature sous la forme de cadeaux. A partir du XVIIème siècle, une taxe sur les actes de procédure a été instaurée. Ce système a perduré jusqu'à la Révolution française. La loi des 16-24 août 1790 affirme alors que « *les juges endront gratuitement la justice et seront salariés par l'Etat* ».

La mission du juge au cours de l'Ancien Régime s'inscrit dans le cadre d'une fonction divine. Les magistrats au sein des cours souveraines, des juridictions supérieures et de dernier ressort, développent l'idée d'une **indépendance** et leur faculté de pouvoir juger aussi en équité. Les revendications et oppositions à l'encontre du pouvoir royal se manifestent (fronde parlementaire puis contestations sous le règne de Louis XV).

La séance de la Flagellation (3 mars 1766) *in* Antoine, M., *Louis XV*, Paris, 1989, p. 851-853 :

« *Ce qui s'est passé dans mes parlements de Pau et de Rennes ne regarde pas mes autres parlements… Je n'aurais pas d'autre réponse à faire à tant de remontrances qui m'ont été faites à ce sujet, si leur réunion, l'indécence du style, la témérité des principes les plus erronés et l'affectation d'expressions nouvelles pour les caractériser, ne manifestaient les conséquences pernicieuses de ce système d'unité que j'ai déjà proscrit et qu'on voudrait établir en principe, en même temps qu'on ose le mettre en pratique.*
Je ne souffrirai pas qu'il se forme dans mon royaume une association qui ferait dégénérer en une confédération de résistance le lien naturel des mêmes devoirs et des obligations communes, ni qu'il s'introduise dans la monarchie un corps imaginaire qui ne pourrait qu'en troubler l'harmonie ; la magistrature ne forme point un corps, ni un ordre séparé des trois ordres ; les magistrats sont mes officiers chargés de m'acquitter du devoir vraiment royal de rendre la justice à mes sujets, fonction qui les attache à ma personne et qui les rendra toujours recommandables à mes yeux. Je connais l'importance de leur service : c'est donc une illusion, qui ne tend qu'à ébranler la confiance par de fausses alarmes, que d'imaginer un projet formé d'anéantir la magistrature et de lui supposer des ennemis auprès du trône ; ses seuls, ses vrais ennemis sont ceux qui, dans son propre sein, lui font tenir un langage opposé à ses principes ; qui lui font dire que tous les parlements ne font qu'un seul et même corps, distribué en plusieurs classes…

UNJF - Tous droits réservés

Entreprendre d'ériger en principes des nouveautés si pernicieuses, c'est faire injure à la magistrature, démentir son institution, trahir ses intérêts et méconnaître les véritables lois fondamentales de l'Etat. Comme s'il était permis d'oublier que c'est en ma personne seule que réside la puissance souveraine, dont le caractère propre est l'esprit de conseil, de justice et de raison ; que c'est de moi seul que mes cours tiennent leur existence et leur autorité ; que la plénitude de cette autorité, qu'elles n'exercent qu'en mon nom, demeure toujours en moi, et que l'usage n'en peut jamais être retourné contre moi ; que c'est à moi seul qu'appartient le pouvoir législatif, sans dépendance et sans partage ; que c'est par ma seule autorité que les officiers de mes cours procèdent, non à la formation, mais à l'enregistrement, à la publication, à l'exécution de la loi, et qu'il leur est permis de me remontrer ce qui est du devoir de bons et utiles conseillers ; que l'ordre public tout entier émane de moi et que les droits et les intérêts de la nation dont on ose faire un corps séparé du monarque, sont nécessairement unis avec les miens et ne reposent qu'en mes mains
Je suis persuadé que les officiers de mes cours ne perdront jamais de vue ces maximes sacrées et immuables, qui sont gravées dans le cœur de tous les sujets fidèles…
Les remontrances seront toujours reçues favorablement quand elles ne respireront que cette modération qui fait le caractère du magistrat et de la vérité, quand le secret en conservera la décence et l'utilité, et quand cette voie si sagement établie ne se trouvera pas travestie en libelles où la soumission à ma volonté est présentée comme un crime et l'accomplissement des devoirs que j'ai prescrits comme un sujet d'opprobre, où l'on suppose que toute la nation gémit de voir ses droits, sa liberté, sa sûreté, prêts à périr sous la forme d'un pouvoir terrible, et où l'on annonce que les liens de l'obéissance sont prêts à se relâcher… ».

Avec la Révolution française, le système des offices disparaît faisant place à l'expérience de l'**élection** des juges au suffrage populaire entre 1790 et 1802 en lien avec le transfert de souveraineté du roi à la nation. On affirme alors que « le pouvoir judiciaire, le pouvoir d'appliquer les lois est le plus voisin du pouvoir de les faire : il y touche de si près qu'il ne peut jamais être aliéné par le peuple » (Roederer).

Remarque
L'idée de l'élection est reprise par la Commune (13 janvier 1871) puis affichée par la République (10 juin 1882 : « *les juges de tous ordres sont élus par le suffrage universel* »). Elle existe encore pour les juges du commerce ou encore par exemple en matière prud'homale.
Cf. *L'élection des juges*, J. Krynen (sous la direction de), coll. « Droit & Justice », Paris, Puf, 1999.

La place du juge par rapport à la loi a évolué depuis la Révolution (« juge sous la loi », « juge à côté de la loi » et « juge au-dessus de la loi » selon les expression de Ph. Rémy) . Elle a aussi évolué au regard du pouvoir. Election, nomination, épuration jalonnent l'histoire de la magistrature au gré des régimes politiques.

Ph. Rémy, « La part faite au juge », Pouvoirs, n° 107, p. 22-36.

En savoir plus : La magistrature aux XIXème et XXème siècles

- *Les désunions de la magistrature (XIXème - XXème siècle)*, J Krynen et J.C. Gaven (sous la direction de), coll. « *Etudes d'histoire du droit et des idées politiques* », n° 17/2013, Toulouse, 2013.
- J. Krynen, *L'Etat de justice, France, XIIIème-XXème siècle, II. L'emprise contemporaine des juges*, Paris, coll. « Bibliothèque des histoires », Gallimard, 2012.
- J.-P. Royer, Histoire de la justice en France, coll. « *Droit fondamental* », Paris, Puf, 3ème éd., 2001, p. 247 et s.

La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, la loi des 16 et 24 août 1790 et la Constitution de 1791 mentionnent l'existence d'un « pouvoir judiciaire » dont le contenu est débattu.

Remarque
Le débat est de savoir s'il s'agit véritablement d'un « pouvoir ». J.-P. Royer, écrit que « *les Constituants de 1791 avaient tout simplement voulu dire que la justice n'en avait aucun et que l'expression était sans contenu réel* », *Histoire de la justice en France*, coll. « Droit fondamental », Paris, Puf, 3ème éd., 2001, p. 867 et voir aussi p. 274-276 et p. 317-318.

UNJF - Tous droits réservés

Puis le régime napoléonien organise en lien avec la Constitution de l'an VIII (Titre V – Des tribunaux) un ordre judiciaire et un ordre administratif (loi du 28 pluviôse an VIII et loi du 20 avril 1810). L'« ordre judiciaire » est repris par les textes constitutionnels de la Restauration et la Monarchie de Juillet. Le pouvoir judiciaire réapparait sans réelle portée avec la Seconde République (Chapitre VIII de la Constitution du 4 novembre 1848). La constitution de la Vème République comporte aussi un titre VIII « De l'autorité judiciaire ».

En savoir plus : L'Autorité judiciaire

- Th. S. Renoux, *« La place de la justice dans la Constitution de 1958 »*.
- M. Robert, *« L'Autorité judiciaire, la Constitution française et la Convention européenne des droits de l'homme »*, Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 32, 2011.

Son indépendance est affirmée à l'article 64 : « *Le président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire » et l'article 66 énonce que « l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi* ».

Décision 80-119 DC du 22 juillet 1980 par laquelle le Conseil constitutionnel a considéré qu'« *il résulte des dispositions de l'article 64 de la Constitution, en ce qui concerne l'autorité judiciaire et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en ce qui concerne la juridiction administrative, que l'indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur, ni le gouvernement ; qu'ainsi, il n'appartient ni au législateur ni au Gouvernement de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions et de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence* » (6ème considérant).

1. 2. Des sources de la vie juridictionnelle et judiciaire

L'activité des juridictions aussi bien judiciaire qu'administrative se manifeste avant tout par les jugements et arrêts rendus. Leur rédaction, leur conservation et leur diffusion éclairent la vie et le rôle des juges et de la justice dans la formation, l'application et l'évolution du droit.

Remarque
Les lieux où se rendent la justice ont évolué du modèle du temple grec à la cité judiciaire : voir Les grandes évolutions de l'architecture judiciaire, *« L'architecture actuelle cherche à exprimer la spécificité de l'œuvre de Justice »* .

1. 2. 1. La décision de justice rendue

Aujourd'hui le juge, saisit d'un litige à trancher, doit déterminer la solution de droit applicable. Il doit juger sous peine de « **déni de justice** » (article 4 du Code civil). Il ne peut pas prononcer des « **arrêts de règlements** » (article 5 du Code civil). Il « doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement ce qui est demandé » (article 5 Nouveau Code de Procédure Civile). L'article 4 du code civil dispose que « *le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable d'un déni de justice* ». S'il est interdit au juge une telle abstention, il peut aussi intervenir mais dans certaines limites (art. 5). Ces dernières sont héritées de la Révolution qui a mis fin au pouvoir réglementaire des cours souveraines.

L'arrêt de réglement est un arrêt solennel rendu par un parlement à l'occasion d'un procès ou en dehors de tout litige par lequel il édicte des dispositions de principe applicables à la population de son ressort. C'est une manifestation du pouvoir normatif des parlements sous l'Ancien droit.

UNJF - Tous droits réservés

La question de l'**interprétation** est ancienne et elle a intéressé les juristes en particulier médiévaux. Ainsi, par exemple, dans la Grande Glose, Accurse évoque l'interprétation comme « la mise en clarté du sens exact de la loi ». Abordée par l'ordonnance civile de 1667, l'interprétation est interdite aux cours souveraines en cas de « doute ou de dificultés ». Elles doivent s'en remettre au roi en cas de difficultés.

Ordonnance de 1667 (article 7) : « *Si dans les jugements des procès qui seront pendants en nos Cours de Parlement, et autres nos Cours, il survient aucun doute ou difficulté sur l'exécution de quelques articles de nos Ordonnances, Edits, Déclarations et Lettres patentes ; Nous leur défendons de les interpréter : mais voulons qu'en ce cas elles aient à se retirer par-devers Nous, pour apprendre ce qui sera notre intention* ».

La conception promue par la Révolution française est de considérer le juge uniquement dans sa fonction d'application de la loi. Bouche de la loi, le juge doit faire une application stricte par recours au syllogisme juridique. La loi des 16-24 août 1790 a instauré le référé législatif par lequel le législateur détient le monopole de l'interprétation de la loi (« les tribunaux ne pourront point faire de règlements, mais ils s'adresseront au corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire d'interpréter une loi soit d'en faire une nouvelle », art. 12). Ce mécanisme mis en place a suscité pour le Comité de législation une approche plus relative.
Le débat sur l'interprétation du juge s'est poursuivi avec les rédacteurs du Code civil. Portalis critique le mécanisme révolutionnaire (1801) pour préférer un retour au « *pouvoir et devoir (du juge) de prononcer avec discernement, science et conscience* » (J. krynen). Ainsi la combinaison des articles 4 et 5 du Code civil ouvre la voie au juge à l'interprétation *in concreto* (par voie de doctrine) distincte à l'interprétation par voie d'autorité (réservée au législateur). C'est la loi du 1er avril 1837 qui met fin au référé législatif révolutionnaire. La Cour de cassation bénéfice alors d'une autorité normative qu'elle va développer au cours du XIXème siècle. Le juge placé « *sous la loi* » par la Révolution va désormais être « à coté de la loi » développant à partir des années 1880 une « *jurisprudence législative* » (Ph. Rémy).

En savoir plus : L'interprétation du juge

- M.-A. Frison-Roche, « *Déni de justice et interprétation de la loi par le juge* », JurisClasseur Civil Code art. 4, 11, 1196.
- A. Viala, « *L'interprétation du juge dans la hiérarchie des normes et des organes* », Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 6, 1999.

La décision de justice rendue par le juge doit se fonder sur le droit et des preuves. Avec la renaissance du droit romain, la théorie des preuves légales ou objectives s'est imposée. L'intime conviction du juge n'a pas de place. Le juge ne doit pas agir selon sa conscience.

Voir *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, J.-M. Carbasse et L. Depambour-Tarride (sous la dir.), Paris, PUF, 1999.

Du Moyen Âge à la Révolution, l'arrêt n'est pas motivé sauf rares exceptions au XIIIème siècle et jusqu'aux années 1330. Les raisons de la décision du juge n'apparaissent plus aux siècles suivants. La doctrine savante n'était pas favorable à la motivation en droit. Le secret des délibérés a été imposé aux juges par le pouvoir royal (ordonnance du 11 mars 1344). En outre, les juges rendant la justice au nom du roi, il ne doit pas être lié par le droit. C'était là un usage.

Remarque
En 1374, une tentative infructueuse existe en faveur de la motivation des sentences. D'autres demandes sont formulées par les Etats généraux en 1560 et 1614 mais sans plus de succès.

La **motivation** est de manière limitée admise à partir du XVIème siècle. Un premier cas tient à la résolution d'un conflit de compétence entre deux juridictions notamment lorsqu'un présidial était en cause. Un second cas tient à l'établissement de la distinction entre les « cas prévôtaux ou présidiaux » et les « cas ordinaires ». A partir du XVIIIème siècle, le Conseil du roi, en tant que juge de cassation, peut demander les motifs aux cours souveraines. En certains domaines, la motivation est requise des juridictions inférieures (pénal, fiscal).

UNJF - Tous droits réservés

La loi des 16-24 août 1790 instaure la motivation (Titre V, art. 15 : « les motifs qui auront déterminé le jugement soient exprimés »), cette obligation est ensuite reprise : « les jugements sont motivés » (art. 208 de la constitution du 5 fructidor an III, art. 141 du Code de procédure civile en 1807 ou encore l'article 7 de loi du 20 avril 1810 qui déclare nuls les jugements qui ne contiennent pas de motifs).

En savoir plus : L'obligation de motivation

La motivation permet au juge de développer et d'exposer un raisonnement juridique. Elle est aussi un moyen d'éviter l'arbitraire. Enfin, elle permet qu'un contrôle puisse être exercé. Michel Grimaldi a notamment souligné que « *ce peut être une simple information : la motivation vise à renseigner, mais n'appelle pas la discussion. […]. Ce peut être aussi une motivation en vue d'un contrôle. Souvent, le plus souvent même, l'obligation de motiver se prolonge par la soumission à un contrôle. Et l'on rejoint ici la première observation : le droit à la motivation, s'il existe, ce n'est pas seulement le droit de savoir, c'est aussi l'amorce du droit de contester* » (*La motivation*, travaux de l'Association Henri Capitant, Paris, L.G.D.J, 2000, p. 2).

Voir le rapport 2010 de la Cour de cassation.

La pratique se développe de conserver par écrit les décisions mais elles ne sont pas diffusées hormis avec la permission des juges (de la fin du XVIe s. à la fin du XVIIIe s.). Elles sont transcrites et conservées dans des registres des juridictions. L'origine de cette conservation a été repérée au début du XIIIème siècle dans le duché de Normandie avec l'*Echiquier de Rouen* (juridiction supérieure). Tel a été ensuite le cas au Parlement. Le greffier prend l'habitude à partir de 1263 de garder par écrit au sein d'un registre les arrêts rendus (*Olim*). Conservée par écrit, la décision va faire l'objet progressivement d'une présentation et d'une analyse juridique.

1. 2. 2. La décision de justice connue

Conservées au sein des juridictions, portées à la connaissance des parties, les décisions rendues ont été aussi diffusées. Il s'agissait dans un premier temps d'annotations sur les jugements. Des praticiens du droit regroupent des arrêts jugés comme significatifs. Des recueils privés sont ainsi composés par les **arrêtistes**. Cette pratique se rencontre dès le début du XIVème siècle avec Jean Le Coq (v. 1340-1399) dans les *Questiones Johannis Galli*. Résumé de l'affaire, arguments présentés, solution retenue et commentaire de la décision font l'objet du travail de cet avocat médiéval pour les arrêts rendus par le parlement de Paris entre 1382 et 1396. C'est le cas aussi pour le parlement du Dauphiné avec les *Decisiones* de Guy Pape (XVème siècle). Ces « recueils de jurisprudence » relèvent pour l'essentiel d'écrits doctrinaux. Avec les progrès de l'imprimerie, la jurisprudence des arrêts se développe.

En savoir plus : De la jurisprudence des arrêts à la jurisprudence

L'expression de jurisprudence des arrêts est apparue au XVIIIème siècle. Elle est définie par Cl. de Ferrière (1639-1715) comme « *l'induction que l'on tire de plusieurs arrêts qui ont jugé une question de la même manière dans une même espèce* » (Dictionnaire de droit et de pratique). Pour Denisart (1713-1765), « *si plusieurs arrêts ont jugé la même question de la même manière, cela forme un usage et une jurisprudence dont les juges ne doivent pas s'écarter sans de grandes raisons, surtout quant il y a une suite d'arrêts uniformes et qu'il n'y en a pas de contraires* » (Collection de décisions nouvelles).
Ces définitions correspondent davantage au sens moderne de la jurisprudence qui apparaît moins comme une science du droit que comme une source du droit. On passe de la « jurisprudence des arrêts » à la « jurisprudence » dont le sens moderne s'affirme au XIXème siècle.

J. Hilaire, « *Jugement et jurisprudence* », *Archives de philosophie du droit, Le procès*, t. 39, 1995, p. 181-190 ; A. Lefebvre-Teillard, « *Naissance du droit français : l'apport de la jurisprudence* », Droits, n° 38, 2003, p. 69-82 ; N. Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIXème siècle, coll. Bibliothèque de droit privé*, n° 381, Paris, L.G.D.J, 2002, p. 227-249 et p. 327-338.

UNJF - Tous droits réservés

L'influence des parlements d'Ancien Régime est ainsi mieux connue. Elle a été importante qu'il s'agisse de la romanisation des coutumes ou bien pour assurer une plus grande unification du droit notamment avec le parlement de Paris en matière coutumière. Pour chaque parlement, des recueils existent. Tel est le cas pour le parlement de Bordeaux (Boerius), le parlement de Paris ou encore avec le *Recueil d'arrêts notables des Cours souveraines de France* de Jean Papon (1556). La connaissance, l'utilisation ou l'analyse des arrêts se rencontre aussi dans les commentaires des coutumes, des dictionnaires (Brillon, 1727) et recueils de questions de droit (Bretonnier, 1718).

> ***Exemple***
> **Carte de la France coutumière** : indiquant le ressort des parlements et autres cours souveraines et les limites des pays de droit écrit et des pays coutumiers et le territoire des coutumes générales dressée d'après les procès-verbaux de la rédaction officielle des coutumes par Henri Klimrath :

L'instauration du Tribunal de cassation par la loi des 16-24 août 1790 va permettre l'unification du droit sur l'ensemble du territoire. Tous les jugements de cassation doivent être imprimés selon la loi du 27 novembre 1790. Ils vont être réunis dans un bulletin officiel.

> ***En savoir plus : Du tribunal à la Cour de cassation***
> Voir Histoire de la Cour de cassation, De 1790 à 1958, la création d'une juridiction suprême.

La connaissance de la jurisprudence va se développer à partir du XIXème siècle avec des répertoires, des dictionnaires, des recueils périodiques de jurisprudence (*Journal du Palais*, *Journal des Audiences*). En 1851, la *Revue critique de la jurisprudence en matière civile, administrative, commerciale et criminelle formant le complément doctrinal des recueils d'arrêts* est créée. Un « examen doctrinal des arrêts » apparaît. Tant en droit privé qu'en droit public, l'intérêt porté à la jurisprudence est manifeste. Les créations du *Recueil Sirey*, des *Annales de droit commercial, français, étranger et international* ou encore de la *Revue trimestrielle de droit civil* en témoignent.

UNJF - Tous droits réservés

2. L'avocat du Moyen à nos jours

L'avocat est un auxiliaire de justice qui participe à la vie de la justice.

2. 1. Auxiliaire de justice

Les origines des avocats remontent à l'Antiquité mais c'est avec le Moyen Âge qu'ils prennent davantage d'importance. Sur ces bases, la réglementation et leur rôle évoluent au cours des siècles suivants.

En savoir plus : Origines
Dans la Grèce antique, l'accusé plaidait seul sa cause d'après le code de Solon (591 av. J.-C.) ou en demandant les services d'un logographe. Il rédige une plaidoirie puis elle est lue à l'audience.
A Rome, l'*advocatus* ou *patronus* est « *celui qui est appelé auprès de* ». Il donne des conseils mais il peut également plaider. Ils se regroupent au sein de collèges à partir du IVème s. Des règles ont été précisées relatives aux modalités d'accès à la profession, à leur rémunération ainsi qu'à leur attitude (déontologie). En principe la gratuité de l'assistance de l'avocat est observée. Depuis la loi Cincia (204 av. J.-C.), l'interdiction est posée de recevoir des honoraires en numéraire ou en nature. Dans la pratique, la règle inverse s'impose. Des honoraires sont autorisés pourvu qu'ils ne soient pas excessifs et qu'ils ne soient pas le résultat d'un pacte de quota parte litis c'est-à-dire une partie de la condamnation de l'adversaire de son client pour le rémunérer de son activité.

2. 1. 1. Réglementation

L'Eglise au Moyen puis la monarchie médiévale ont précisé quelques règles relatives aux avocats. Cette réglementation a été reprise et développée.

Remarque
L'avocat est aussi désigné sous les termes de procolutor, d'amparlier ou avant-parlier parce qu'il parle et plaide avant le jugement (« *ils mettent avant et proposent au jugement les raisons des parties* », *Les Etablissements selon l'usage de Paris et d'Orléans et de cours de Baronie, Livre 2, chapitre XIV, Ordonnances des rois de France de la troisième race*, vol. 1, 1723, p. 261).

L'intervention de l'Eglise date de la fin du XIIème siècle et se poursuit notamment au XIIIème siècle. Elle s'explique par la crainte que les clercs, qui pouvaient plaider devant les juridictions laïques, soient trop sensibles à de telles sources de revenus. Le droit canonique a précisé diverses pratiques que devaient observer les avocats.
Le principe posé par le **3e concile de Latran de 1179** est de leur interdire de plaider devant de telles cours s'ils vivent de revenus ecclésiastiques. Une exception existe lorsqu'il s'agit de défendre l'Eglise, des *miserabiles personae* ou encore leur intérêt personnel.

Canon 12 : « *Défense à tous les clercs sans exception de se charger d'affaires temporelles, comme d'intendance de terres, de juridiction séculière, ou de la fonction d'avocat devant les juges laïques* ».

Le concile œcuménique de 1274 (Lyon) rappelle un certain nombre de dispositions : nécessité de prêter **serment** chaque année, s'occuper des causes « justes et vraies », fixation d'un montant maximum (20 livres tournois par affaires), assister les plus pauvres.

UNJF - Tous droits réservés

La monarchie médiévale est aussi intervenue pour poser certaines règles relatives aux avocats. La première intervention date du règne de saint Louis avec l'ordonnance de 1257.

> ***Exemple***
> Dans les Etablissements de saint Louis (chapitre 14, L. II) il est précisé que l'avocat ne doit pas plaider une cause déloyale ou passer un marché avec son client (*pacte de quota litis*). Il est tenu d'assister les plus pauvres.

Le pouvoir royal a repris par l'ordonnance du 23 octobre 1274 les dispositions posées par l'Eglise. Elles sont répétées au cours du XIVème siècle notamment dans des ordonnances de réformation (par exemple en 1314). L'ordonnance du 13 février 1327 reprend l'obligation du serment, de plaider de justes causes, d'un taux d'honoraires (30 livres). Elle prévoit aussi l'inscription au rôle d'une juridiction.

> Extrait de l'Ordonnance du 13 février 1327 :
> Article 41 : « *l'avocat ne sera reçu à plaider s'il n'est juré suffisamment, ou son nom écrit aux rôles aux avocats* ».
> Article 42 : « *défense est que nul ne s'efforce de plaider s'il n'est avocat, si ce n'est pour sa propre cause* ».
> *Ordonnance du Louvre*, t. 2 p. 9 et 10.

Ces dispositions sont complétées par un arrêt de règlement du Parlement de 1344 par lequel tout nouvel avocat doit effectuer un **stage**. La réglementation royale des XIVème et XVème siècles s'inscrit dans la continuité de ces dispositions tout en précisant que écritures et **plaidoiries** d'avocat doivent être brèves. L'ordonnance de Montils-lès-Tours du 28 octobre 1446 en fait ainsi état.

> ***En savoir plus : « Beau métier a celui qui est avocat… qui plaide pour lui ou pour autrui » (Beaumanoir)***
> Dans les Coutumes de Beauvaisis, Philippe de Beaumanoir (v. 1252/1254-1296) consacre un chapitre à l'office d'avocat (chap. V § 174-195) « *parce que de nombreuses personnes ne connaissent pas les coutumes, ni défendre leurs droits, elles doivent requérir conseil auprès de personnes qui parlent pour elles, et ceux qui parlent pour autrui sont appelés avocat* ».
> Il fait état d'incompatibilités, les femmes ne peuvent être avocates ni les personnes qui ont été excommuniées ou bien les clercs.
> Beaumanoir rappelle aussi la nécessité du serment. Il rappelle la législation royale avec le montant de 30 livres (§ 176) mais précise que les avocats doivent être payés selon « *ce qu'ils savent et selon leur état* ».
> Beaumanoir apporte des précisions sur la conduite de l'avocat quant à la nécessité de s'en tenir à l'essentiel : « *il raconte les faits… en moins de paroles qu'ils pourront mais que tout le litige soit évoqué. Car mémoire d'homme retient plus facilement peu de paroles* ».

Au cours du Moyen Âge, les avocats s'organisent sous la protection d'un saint (saint Nicolas). Ils se regroupent en une compagnie.

> ***Remarque***
> L'idée de l'existence d'un Ordre des avocats au Moyen Âge est remise en cause, il n'apparaît pas avant la fin du XVIIème siècle.

Quelques rares textes de l'Ancien Régime contiennent des dispositions relatives au **tableau** des avocats (ordonnance de 1667) et au stage (arrêt de règlement de 1693). Les interventions sont plus importantes à partir de la Révolution française. L'Ordre des avocats est supprimé par le décret des 2-11 septembre 1790. Le décret du 15 décembre 1790 précise que « *les parties auront toujours le droit de se défendre elles-mêmes verbalement et par écrit, d'emprunter le ministère d'un défenseur officieux pour la défense soit verbale, soit par écrit* » (art. 4). « *L'Ordre est supprimé, la fonction demeure* » (J.-L. Gazzaniga). L'Ordre est restauré par la loi du 13 mars 1804 relative aux écoles de droit complété par le décret du 14 décembre 1810. Les conditions d'accès, la distinction avocat et avoué, l'inscription au tableau et la prestation de serment sont reprises.

> Décret des 2-11 septembre 1790 (extrait) :

UNJF - Tous droits réservés

Article 10 : « *Les hommes de loi, ci-devant appelés avocats, ne devant former ni ordre ni corporation, n'auront aucun costume particulier dans leur fonctions* ».

Loi du 13 mars 1804 (extraits)

Article 24 : « *… nul ne pourra exercer les fonctions d'avocat près les tribunaux, et d'avoué près le tribunal de cassation, sans avoir représenté au commissaire du gouvernement, et fait enregistrer, sur ses conclusions, son diplôme de licencié, ou des lettres de licence obtenues dans les universités …* ».
(…)

Article 29 : « *Il sera formé un tableau des avocats exerçant près les tribunaux* ».

Article 30 : « *… les avocats selon l'ordre du tableau, et, après eux, les avoués selon la date de leur réception, seront appelés, en l'absence des suppléants, à suppléer les juges, les commissaires du gouvernement et leurs substituts* ».

Article 31 : « *Les avocats et avoués seront tenus, à la publication de la présente loi, et, à l'avenir, avant d'entrer en fonction, de prêter serment de ne rien dire ou publier, comme défenseurs ou conseils, de contraire aux lois, aux règlements, aux bonnes mœurs, à la sûreté de l'Etat et à la paix publique, et de ne jamais s'écarter du respect dû aux tribunaux et aux autorités publiques* ».

L'ordonnance contenant règlement sur l'exercice de la profession d'avocat et la discipline du barreau du 23 novembre 1822 reprend et détaille nombre des éléments relatifs au tableau, à la discipline avec le rôle du **bâtonnier** (qui est le chef de l'ordre et préside le conseil de discipline) et le stage (3 ans).

Ordonnance du 20 novembre 1822

Les autres textes du XIXème siècle reviennent suivant les régimes politiques (1852, 1870) sur les modalités de désignation du bâtonnier. Les évolutions principales au XXème siècle sont les suivantes avec une évolution vers la **professionnalisation** :

- loi du 1er décembre 1900 autorisant les femmes licenciées en droit de prêter le serment d'avocat et à s'inscrire au barreau (Jeanne Chauvin) ;
- décret du 20 juin 1920 réorganisant la profession (l'exercice de la profession confère le titre d'avocat) ;
- loi du 26 janvier 1941 instaurant le CAPA (certificat d'aptitude à la profession d'avocat) ;
- loi du 31 décembre 1971 et décrets de juin 1972 avec la « nouvelle profession d'avocat » (nouvelle déontologie, fusion des professions d'avocat et d'avoués devant les Tribunaux de Grande Instance) ;
- loi du 31 décembre 1990 avec fusion des avocats et des conseils juridiques ;
- loi « professions » du 11 février 2004 pour la formation des futurs avocats et l'obligation d'une formation continue (en vigueur à partir de 2006).
- loi du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires et juridiques réglementées (mise en place d'une interprofessionalité entre professions du droit, création de l'acte contresigné selon les préconisations du rapport Darrois).

2. 1. 2. Intervention

La place, l'action et le rôle des avocats sont présentés dans des traités de procédure au Moyen Âge.

Remarque

Les manuels de procédure se sont développés en Europe à partir du milieu du XIIème siècle. Il s'agit d'*ordines judiciarii* . En matière civile, des ouvrages savants mais aussi des styles-coutumiers présentent les différentes étapes de la procédure. Les coutumiers qui mentionnent les usages observés devant les

UNJF - Tous droits réservés

juridictions sont dénommés styles. Parmi les styles des XIIIème au XVème siècles, il existe par exemple les écrits de : Guillaume du Breuil (*Stylus Curie Parlamenti*), Pierre de Fontaines (Conseil à un ami), Philippe de Beaumanoir (Coutumes de Beauvaisis), Jacques d'Ableiges (Grand coutumier de France), Jean Boutillier (Somme rural, le grand coutumier général de practique civil et canon).

La place des avocats est précisée au sein des cours et en particulier du Parlement. Ils plaident derrière une barrière et ils sont séparés du parquet. Cette position est à l'origine du vocable « **barreau** ». Ils sont aussi distingués des **procureurs**, qui représentent les parties, et du public.

Remarque
Le parquet est définit par Guyot (1728-1816) comme le « *lieu où les gens du roi de quelque compagnie supérieure ou subalterne tiennent leur séance pour recevoir les communications et entendre plaider les causes dont ils sont juges, ou qui leur sont envoyées* » (Répertoire de jurisprudence).

En savoir plus : Procureur
Le droit romain à l'origine et la procédure féodale connaissaient la comparution personnelle des parties, l'adage « nul ne plaide par procureur » est observé. L'admission de leur représentation marque une évolution au Moyen Âge. Le procureur représente les parties (individu, ville, prince) en justice. Il suit la procédure et accomplit les démarches. Au XIIIème siècle, il peut représenter une partie si elle a obtenue de la chancellerie royale des « *lettres de grâce à plaider par procureur* ». Elles sont supprimées en 1484. Il va représenter la partie et la profession va évoluer vers celle d'avoué en charge de la postulation (accomplissement des actes de procédure au nom d'un plaideur). Les avoués postulant pour les parties et les avocats détenant le monopole de la plaidoirie vont ainsi être distingués.
L'adage « *nul ne plaide par procureur hormis le roi* » va néanmoins conduire à l'apparition de procureurs royaux. A partir du début du XIVème siècle, un procureur général est nommé par le roi pour le Parlement puis dans les cours souveraines.

En signe d'indépendance, ils peuvent plaider couverts. Cette **indépendance** de l'avocat est présentée par l'avocat général au parlement de Paris Henri-François d'Aguesseau (1668-1751) dans son Premier Discours de 1693 mais il s'intéresse aussi à leurs fonctions et devoirs en étant parfois plus critique au sujet des « déclamateurs frivoles ».

Exemple
Œuvres de d'Aguesseau : Mercuriales. Premier discours prononcé en 1693 – L'indépendance de l'avocat, p. 3-15.

« *Ordre aussi ancien que la magistrature, aussi noble que la vertu, aussi nécessaire que la justice, (qui) se distingue par un caractère qui lui est propre ; et seul entre tous les états, il se maintient toujours dans l'heureuse et paisible possession de son indépendance* ».

Les avocats interviennent en de nombreux domaines depuis le Moyen Âge. Certains apparaissent en lien avec certaines activités. Un avocat des pauvres est institué en Provence en 1355. Des avocats du roi apparaissent vers 1330.

Remarque
Les avocats du roi ne sont pas à l'origine des officiers du roi. A partir de la fin du XVème siècle, ils doivent se consacrer uniquement à la défense du roi et ils ne peuvent pas avoir de clients privés. Ils deviennent des officiers royaux au XVIème siècle.

K. Weidenfeld, « L'incertitude du droit devant les juridictions parisiennes au XVème siècle », *Cahiers de Recherches Médiévales et Humanistes*, (en ligne), 7, 2000.

UNJF - Tous droits réservés

La place et l'influence des avocats a été grande en France depuis l'Ancien Régime, au cours de la Révolution ou encore aux XIXème et XXème siècles. Certains d'entre eux ont été de grands jurisconsultes et font une carrière politique au XIXème siècle, celui de « l'avocat-roi ».

L'avocat Portalis, voir Les figures du droit : la carrière d'avocat de Portalis, « Portalis commence sa carrière d'avocat à l'âge de 19 ans ».

Leur rôle va s'accroître par la reconnaissance de **droits de la défense** progressivement plus étendus à partir du XIXème siècle et au début du XXème siècle :

- loi du 22 janvier 1851 créant l'assistance judiciaire pour les personnes dépourvues de ressources,
- loi du 9 avril 1898 sur les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail impose l'assistance des avocats (art. 22),
- loi du 22 juillet 1912 sur les tribunaux pour enfants et adolescents et sur la liberté surveillée (art. 3),
- loi du 8 décembre 1897, le juge d'instruction ne doit interroger un inculpé qu'après l'avoir averti qu'il peut s'abstenir de toute déclaration et qu'il peut être assisté d'un conseil pendant l'interrogatoire,
- loi du 12 juillet 1905, l'avocat intervient devant le juge de paix,
- loi du 26 mars 1907, l'avocat intervient devant le conseil des prud'hommes.

2. 2. Des sources de la profession d'avocat

La connaissance du droit et le rôle des avocats en tant que conseil des parties sont appréciables à partir de différentes sources liées à leur formation et à leur activité.

2. 2. 1. Des sources pour se former

Au cours de l'Ancien Régime, des barreaux prennent l'initiative de mieux former un nouvel avocat. L'amélioration de l'apprentissage et la mise à disposition collective d'un savoir juridique se sont manifestées par la création d'une bibliothèque de l'ordre et l'organisation de conférences.

A partir du début du XVIIIème, des **bibliothèques** d'avocats sont généralement créées en lien avec les ordres des villes où se trouve un parlement. La première est constituée en 1708 à Paris avec près de 24 000 volumes.

> ***Exemple***
> La bibliothèque du barreau de Paris.

Consultez la vidéo « Bibliothèque de l'Ordre des avocats de Paris - 300 ans - 1708/2008 » accessible ci-dessous :

Leur création comme leur développement sont soutenues par la magistrature qui y voit « une promesse de perfectionnement des savoirs et des pratiques judiciaires » (H. Leuwers). Ces bibliothèques, disposant d'un règlement et d'un personnel, permettent la consultation sur place des ouvrages pour les avocats qui ont ainsi à leur disposition un instrument de formation et de travail. Elles sont aussi ouvertes aux magistrats et parfois à tout lecteur.

> ***Exemple***
> La bibliothèque de l'Ordre des avocats de Metz, G. Michaux, "Bibliothèques messines du XVIIIème siècle", p. 13-16.

UNJF - Tous droits réservés

Le lien entre bibliothèque et organisation de réunions se développe dans certains barreaux de l'Ancien Régime. Par exemple, à Paris, des **conférences** sont organisées soit de discipline (à vocation professionnelle), soit de doctrine (à vocation de formation), soit de charité (consultations gratuites).

L'avocat parisien Etienne Gabriau de Riparfons au XVIIème siècle exprime la volonté de réunions des avocats au sein de la bibliothèque pour leur apprentissage :

« *Je souhaiterais aussi […] qu'il fust fait toutes les semaines, dans le mesme lieu où seroient les livres, quelques conférences d'études sur les matières les plus ordinaires et d'usage, par cinq ou six avocats. J'espère qu'il s'en trouvera d'assez zélés pour l'avantage de la profession, qui voudront bien entrer dans ces conférences. S'il y en a plusieurs, il en sera choisi à cet effet par messieurs les gens du roy dudit Parlement, et par monsieur le bastonnier des avocats. J'estime que leurs résolutions pourront estre rédigées par escrit et mises dans un registre, suivant que les avocats qui feront ces conférences le trouveront à propos. J'ay marqué le lieu de cette conférence dans celuy où seront les livres, afin qu'ils s'en puissent servir dans les conférences, en cas qu'ils en ayent besoin, comme il arrive souvent en pareilles conférences* ».

Extrait du site http://www.avocatparis.org/.

Pour la formation des jeunes avocats, des conférences réunissent à partir du XVIIIème siècle divers avocats pour discuter des questions de Droit ou de Coutume et prendre l'avis des participants. En certains lieux, comme à Riom (Auvergne), des recueils de droit ont été rédigés à partir des conférences. « *Lieu de formation, lieu de transmission des valeurs de l'ordre, la conférence est également un lieu d'intégration au groupe… (et traduit) la volonté des ordres de transmettre un savoir juridique, une pratique de l'éloquence ou les valeurs du barreau* » (H. Leuwers).

J. Vendrand-Voyer, « *Conférences sur la coutume d'Auvergne tenues par MM. Les avocats de la sénéchaussée de Riom. L'opinion de la pratique sur la question sy la puissance paternelle a lieu en Auvergne et sy l'usufruit accordé au père n'est pas un effet de cette puissance* », *Droit romain, Jus civile et droit français*, J. Krynen (sous la direction de), coll. « Etudes d'histoire du droit et des idées politiques », n° 3/1999, Toulouse, p. 375-392.

2. 2. 2. Des sources pour défendre

Le **factum** est un « *mémoire imprimé qu'on donne aux juges, qui contient le fait du procès raconté sommairement, où on adjouste quelquefois les moyens de droit* » (Furetière, *Dictionnaire universel*, 1690) ou encore « *l'exposition du fait d'un procès et des raisons de l'une des parties* » (Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile*). Il apparaît au XVIème siècle et évolue au cours des siècles avec diverses finalités pour progressivement disparaître au XIXème siècle.

Exemple

C.-J. de Ferrière présente le factum comme un « *mémoire qui contient sommairement le fait sur lequel contestation est intervenue entre les parties, avec les moyens sur lesquels on fonde sa prétention, et les réponses à la prétention et aux droits prétendus des parties adverses. On les intitulait autrefois factums, mais présentement cela n'est plus d'usage ; on les intitule ordinairement mémoires* » (Dictionnaire de droit et de pratique, t. 1, 1769, p. 582).

Pour une présentation des mémoires judiciaires, cliquez ici.

Il contient un exposé des faits et des arguments juridiques dans le cadre d'une action en justice. Il permet de suivre le déroulement de la procédure tant civile que pénale. Ce document est rédigé et signé par un avocat.

UNJF - Tous droits réservés

Le factum fait l'objet d'une diffusion pour informer l'opinion et influencer la décision du juge. Guyot précise que « *ce n'est pas seulement pour les juges qu'on imprime des mémoires, c'est pour le public* ».

> ***Remarque***
> Le règlement arrêté en conseil d'Etat du 28 février 1723 sur l'imprimerie et la librairie de Paris prévoit qu'il ne doit être demandé aucun privilège pour l'impression des factums, mémoires, requêtes, etc. (art. 110) à la condition qu'une copie ait été remise à l'imprimeur par un avocat inscrit sur le tableau ou un procureur (art. 111). Cependant la déclaration du 12 mars 1727 fait défense d'imprimer des factums dans les bailliages et autres juridictions subalternes (art 4.) dans le cadre du parement de Nancy.

Le *factum* ou mémoire judiciaire constitue une source de l'histoire du droit en ce qu'il donne à connaître les questions juridiques, les difficultés d'interprétation, les applications du droit coutumier, du droit écrit ou encore les discussions sur la jurisprudence. Ces sources intéressent les domaines les plus divers du droit permettant d'apprécier leur développement.

> ***Exemple***
> Pour un exemple de factum sur le paiement de la dot, cliquez ici.

Découverte et valorisation d'une source juridique méconnue : le *factum* ou mémoire judiciaire, cliquez ici.

UNJF - Tous droits réservés

3. Le notaire du Moyen Âge à nos jours

Les notaires sont des officiers publics ministériels. Leur rôle est important en tant qu'acteur de la vie du droit depuis le Moyen Âge. Leur documentation permet de mieux saisir leur activité.

Notariat : « *Les notaires sont des les officiers publics établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique, et pour en assurer la date, en conserver le dépôt, en délivrer des grosses et expéditions* » (loi du 25 ventôse an XI – 16 mas 1803, art. 1).

3. 1. Acteur de la vie du droit

Les origines des notaires sont anciennes. Leur activité s'est développée à partir du Moyen Âge notamment avec leur pouvoir d'authentification des actes. Leur organisation s'est progressivement précisée avant que la loi du 16 mars 1803 (25 ventôse an XI) pose les bases de la définition contemporaine du notariat.

En savoir plus : Origines

Le terme de *notarius* est ancien. Il est attesté dans les sources romaines au début du Ier s. ap. J.-C. pour désigner un scribe sans lien avec la rédaction d'actes privés. Puis à partir du IIIème s., ce vocable est utilisé pour des secrétaires (de l'Empereur, les hauts fonctionnaires, les ecclésiastiques). Ils ne rédigent pas non plus des actes pour des particuliers à la différence du *tabelarius*. C'est un agent de l'Empire travaillant dans les archives publiques et les bureaux de l'administration fiscale. Il rédige les déclarations juridiques de particuliers. Progressivement l'écriture d'actes juridiques va être confiée par l'autorité impériale à des juristes. Les tabelliones sont mentionnés dans des constitutions impériales de la fin du IIIème s. et du début du IVème s. ap J.-C. Avec l'empereur Justinien, l'exercice de la profession est réglementé. Avec le droit byzantin au IXème s., la formation du notariat se précise. L'empereur Léon VI le Sage (886-912) a fait rédiger le Livre du Préfet considéré comme le premier « code des notaires ». Il précise les qualités pour être notaire, les modalités d'accès à la profession, la formation professionnelle ou encore des dispositions relatives à leur déontologie. La prise de Constantinople par les Croisés en 1204 permet de recueillir ces dispositions et d'influencer un *Ars notaria* à Bologne.

Le plus ancien registre notarial conservé est celui d'un notaire de Gênes Giovanni Scriba pour la période 1154-1164. Le notariat s'est diffusé dans le Sud de la France en lien avec les échanges commerciaux avec l'Italie du Nord.

Exemple

Consulat, droit romain et notariat dans le Midi de la France :

3. 1. 1. Fonction

Les notaires reçoivent et rédigent les actes pour leur donner un caractère d'authenticité, force probatoire et leur permettre de faire foi en justice. La question de l'authentification des actes a connu une double approche dans la France médiévale entre les notaires du Midi et les tabellions au Nord du royaume. Les notaires veillent

UNJF - Tous droits réservés

aussi à la conservation des actes en forme définitive. Ils assurent enfin des fonctions de conseil des parties, cette pratique notariale a eu une influence sur la formation du droit.

L'authentification d'un acte a emprunté deux voies. Dans un premier temps, elle a été assurée par l'apposition d'un sceau d'une autorité ou d'une juridiction. La preuve de cette authenticité est ainsi assurée par ce sceau. Les tabellions rédigent un acte qui est ensuite présenté au greffe d'un tribunal pour qu'elle le scelle de son sceau. Ces tabellions sont rattachés à une juridiction laïque ou ecclésiastique. Ils rédigent alors les actes au nom du juge de cette cour.

Tabellion : « *fermier qui prend sa charge à bail pour une période déterminée dans un ressort donné* » afin de recevoir des actes privés pour leur conférer authenticité.

A. Rigaudière, « Conclusions », *Tabellions et tabellionages de la France médiévale et moderne*. Etudes réunis par M. Arnoux et O. Guyotjeannin, Mémoires et documents de l'Ecole des chartes, 90, 2011, p. 509-539.

Puis une seconde forme d'authentification des actes est apparue sous l'influence du notariat italien en particulier à Bologne.

En savoir plus : Origines du notariat italien

A l'époque où les régimes communaux naissaient entre la fin du XIe s. et le milieu du XIIe s., les dirigeants urbains voulaient faire enregistrer leurs décisions, rédiger leurs statuts et les recueils de textes juridiques qui manifestaient leurs droits. L'écrit devient affaire de juristes-laïcs. Les administrations urbaines s'attachent les services de notaires. A côté de la sphère publique, les grandes familles de ces cités ont eu des notaires pour dresser leurs archives, et conserver la trace de leurs titres de propriétés. La sécurité juridique des transactions liée au développement des affaires requiert aussi l'intervention du notaire (constitution de sociétés, achats-ventes…).

P. Gilli, Villes et sociétés urbaines en Italie, milieu XIIème-milieu XIVème siècle, coll. « Regards sur l'histoire », Paris, 2005, p. 102-107.

P. Racine, Les villes d'Italie du milieu du XIIème siècle au milieu XIVème siècle, Paris, 2004, p. 11-17.

Cette influence notariale venant d'Italie s'est développée à partir de 1140 dans le Languedoc méditerranéen en lien avec les échanges commerciaux. La pratique du seing manuel (signature) du notaire est adoptée. Nommé par le roi (notaire royal), par un seigneur (notaire seigneurial) ou par l'autorité ecclésiastique (notaires apostolique), il doit déposer son seing manuel au greffe du tribunal. Il appose ensuite sur les actes cette même signature.

Robert-Henri Bautier, « *L'authentification des actes privés dans la France médiévale. Notariat public et juridiction gracieuse* », dans *Chartes, sceaux et chancelleries : études de diplomatique et de sigillographie médiévales*, tome I, Paris, École des chartes, 1990, Mémoires et documents de l'École des chartes, n° 34, p. 269-281.

Ces deux voies d'authentification ont permis de distinguer à partir du Moyen Âge deux espaces, le notaire et son seing manuel correspondant au pays du Midi et le tabellion et le sceau pour les régions du Nord ou de droit coutumier. Seing manuel et sceau ne permettent pour un temps qu'une authentification relative. Il est admis de rapporter par témoin la preuve contraire du contenu de l'acte. L'authentification est pleinement assurée à partir du XVIème siècle lorsqu'on restreint la contestation des actes dressés par les notaires (pour faux). Le seing manuel s'impose aussi progressivement. Le juge délègue de manière permanente au tabellion la signature pour les actes qu'il rédige. Le tabellion se rapproche du notaire. L'ordonnance de mai 1597 a crée l'office de notaires tabellions garde-notes qui est rendu héréditaire. L'évolution est achevée avec la Révolution (décret des 29 septembre-6 octobre 1791).

UNJF - Tous droits réservés

> ***Remarque***
> Les notaires du Châtelet de Paris peuvent instrumenter dans toute la France. Ceux d'Orléans et de Montpellier le peuvent dans toute la France sauf à Paris. Les autres sont tenus à un espace déterminé.

3. 1. 2. Statut

Ce statut et l'organisation du notariat se précisent à partir du Moyen Âge. C'est loi du 25 ventôse an XI (16 mars 1803) qui pose les fondements de l'organisation contemporaine.

Au Moyen Âge, le notaire peut exercer d'autres activités à côté de ses fonctions juridiques. Leur nombre augmente au cours des XIIIème-XVème siècles. Une réglementation est adoptée pour préciser les conditions de l'entrée en charge (conditions de religion, naissance légitime, au moins 24 ans à Marseille), de contrôler leur formation (les statuts de Marseille fixe à 2 ans la durée de leur apprentissage sur le tas auprès d'un notaire) ou encore de leur nombre.
Des ordonnances royales précisent leurs obligations comme la tenue des registres des testaments et contrats (ordonnance de Villers-Cotterêts d'août 1539) mais aussi l'utilisation du français comme langue de rédaction des actes (ordonnance de Villers-Cotterêts d'août 1539 confirmée par l'ordonnance de Roussillon de janvier 1563) ou encore la présence de deux notaires pour la signature des actes.

> ***Exemple***
> Cette obligation de la présence de deux notaires a été atténuée par la présence de deux témoins à la place du second notaire par diverses ordonnances en novembre 1507, décembre 1543 et l'article 166 de l'ordonnance de Blois de 1579.

Au XVIème s., le statut se précise avec la vénalité des offices des notaires. Elle a été abolie par la Révolution tout comme l'hérédité de ces offices. Les notaires royaux, seigneuriaux et apostoliques sont supprimés. Ils sont remplacés par des notaires publics recrutés par un concours au niveau départemental.

> Consultez le Décret sur la nouvelle organisation du notariat et sur le remboursement des offices de notaires, 29 septembre-6 octobre 1791.

Le notariat a été réorganisé par la loi du 25 ventôse an XI (16 mars 1803). Elle a été qualifiée de « grande charte » de la profession.

> Consultez la Loi du 16 mars 1803 (25 ventôse an XI).

Elle définit les notaires comme « *les officiers publics établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique, et pour en assurer la date, en conserver le dépôt, en délivrer des grosses et expéditions* » (art. 1).
Rétablissant la vénalité des offices, la loi prévoit aussi qu'ils soient institués à vie. Elle prévoit de mieux organiser la profession avec l'institution des Chambres de discipline pour la police intérieure du notariat, l'instauration d'une déontologie professionnelle et la formation des notaires (durée de stage de six ans).

> ***Remarque***
> La loi du 16 mars 1803 s'inspirant de la réglementation antérieure précise que les actes seront reçus par deux notaires ou par un notaire assisté de deux témoins (art.9). Les notaires sont tenus de garder la minute de tous les actes qu'ils recevront exceptés les certificats de vie, procurations, actes de notoriétés, quittances de fermages de loyers, de salaires, arrérages de pensions et de rentes et autres actes simples « *qui d'après les lois peuvent être délivrés en brevet* » (art. 20). Le droit de délivrer les grosses et les expéditions n'appartient qu'au notaire possesseur de la minute (art. 21).

UNJF - Tous droits réservés

Des écoles de notariat ont été créées à l'initiative de notaires. Leur reconnaissance est officielle ainsi que leurs diplômes à partir de la loi du 12 août 1902. L'ordonnance du 2 novembre 1945 réorganise le notariat et les structures de la profession (Compagnie des notaires ; Conseil régional des notaires et Conseil supérieur du notariat). Les réformes de 1973 ont renforcé les conditions d'accès au notariat avec une formation théorique spécifique et un apprentissage en étude par le stage dans un office notarial. Un code de déontologie en 1979 est mis en place. Il précise que le notaire « *assume ce service dans le cadre d'une activité libérale* ».

3. 2. Sources de la vie du droit

Différents documents ont été produits par les notaires. Ils nous renseignent sur le notariat, la technique et le droit utilisé. Cette documentation a évolué dans sa forme depuis le Moyen Âge et elle est riche d'information par son contenu.

3. 2. 1. Forme

La forme des actes produits par les notaires à partir du Moyen Âge est analysée par la diplomatique médiévale.

En savoir plus : Diplomatique

La diplomatique est la science qui étudie la tradition, la forme et l'élaboration des actes écrits. Un acte est divisé en trois parties principales :

- PROTOCOLE :
  - Invocation (place l'acte sous le patronage de Dieu ou du Roi).
  - Suscription (auteur de l'acte se présente).
  - Adresse (indication du destinataire de l'acte).
  - Salut (en lien avec l'adresse, il évoque en quelques mots soit l'idée de perpétuité soit plus précis et parfois assorti d'une bénédiction).
- TEXTE :
  - Préambule (exposé des motifs de la confection ou passation de l'acte juridique).
  - Notification.
  - Exposé (récit présentant une situation juridique pour que l'acte soit rédigé).
  - Dispositif (mention de l'action juridique avec de possibles clauses).
  - Corroboration (formes prévues pour renforcer l'acte).
- ESCHATOCOLE :
  - Date.
  - Appréciation.
  - Mentions hors teneur (courte mention relative à l'élaboration de l'acte avec le nom du scribe).

Les premiers documents conservés datent de la seconde moitié du XIIème siècle. Il s'agit d'actes isolés, des expéditions délivrées aux parties sur lesquelles le seing manuel du notaire est présent. Le plus ancien registre conservé en France est celui d'un notaire marseillais (Guiraud Amalric) datant de 1248.

Une tradition de formation des notaires existe à Bologne. Un art du notaire apparaît au cours du XIIIe siècle. Des manuels de notariat sont rédigés (Artes notariae). Ils contiennent des formulaires proposés à la lumière de la pratique notariale. Les premiers apparaissent avec Rénier de Pérouse (vers 1220) puis à Bologne avec Salatiele (1242) et Rolandino Passaggeri (1255).

UNJF - Tous droits réservés

Formulaire : recueil de formules pour faciliter la rédaction de l'étendue.

En savoir plus : Rolandino Passaggeri
Notaire de Bologne né vers 1215 et mort en 1300, il est l'auteur de la Summa artis notariae publiée en 1255. Cet ouvrage est utile à la formation des notaires, il renferme des éléments de la pratique et une réflexion théorique. Elle a eu une grande influence par sa diffusion en Europe jusqu'à la fin du XVIIème siècle.

André Gouron, « Le fond et la forme : l'empreinte du notariat italien sur les pratiques médiévales en France » dans Rolandino e l'ars notaria da Bologna all'Europa, Milano, Dott. A. Giuffrè editore, 2002, p. 719-736.

Il existe des formulaires « savants » du Moyen Âge qui généralement présentent des formules mais aussi des réflexions théoriques. En 1682, Claude de Ferrière (1639-1715) publie *La science parfaite des notaires*. Il existe aussi des formulaires « pratiques » correspondant à des modèles manuscrits d'actes d'un notaire pour son usage.

Exemple de formules d'actes de mariage d'après J.B. Loret, Eléments de la science notariale, t. II, Paris, 1807, p. 232 et s.

Il existe différents types de registres et d'actes jusqu'au XVIème siècle : les brouillards, les brèves, les étendues et les expéditions.

Exemple
Etapes de rédaction d'un acte :

- simples notes – registre des brouillards ;
- version abrégée de l'acte – registre de brèves ;
- version complète de l'acte – registre d'étendue ;
- version expédiée de l'acte – expédition (ou « grosse »).

Les brouillards sont des registres dans lesquels les notaires consignent des notes préliminaires utiles à la rédaction de l'acte (objet, nom des parties, témoins, date).

Les registres de brèves (*nota* ou *notula*) ou des minutes contiennent une version abrégée de l'acte. Le protocole et l'eschatocole de l'acte sont réduits. Le texte contient les principaux éléments relatifs à la volonté et l'accord des parties. Les formules ne sont pas développées. Dans ce type de registres, les brèves sont inscrites dans l'ordre chronologique. La brève peut être passée chez le notaire ou chez le client, le notaire se déplace alors avec un registre (*liber notularum*).

Remarque
Au Moyen Âge, le début de l'année est différent. Elle commence le 25 mars (style de l'annonciation) notamment dans les pays du sud de l'Europe à partir du IXème siècle puis aux autres pays et à l'Angleterre à la fin du XIIème siècle. Au cours du XVIème siècle, le calendrier grégorien est adopté avec un début d'année le 1er janvier (à partir de 1564 en France).

L'acte dans le registre de brèves est développé dans le registre d'étendues. Il s'agit d'une mise en forme définitive de l'acte avec le protocole et l'eschatocole détaillés. Etablie à partir de la brève, elle va permettre la rédaction des expéditions. Ces actes n'apparaissent pas dans l'ordre chronologique dans le registre, ils sont rédigés au moment où la partie demande une expédition de l'acte.

Exemple
La distinction entre un registre de brèves et d'étendues n'est pas toujours facile dans certaines régions comme en Languedoc contrairement à la Provence (R. Aubenas). Des registres peuvent mêler les deux.

UNJF - Tous droits réservés

La conservation des registres d'étendues a préoccupé les autorités publiques médiévales. En certaines régions, comme en Provence, interdiction est faites au notaire de transporter ses registres hors de la ville ou bien de les remettre à un notaire à son décès.

Une dernière forme de l'acte notarié est l'expédition ou la « grosse ». C'est la copie de l'acte sur parchemin qui est transmise aux parties. Ce document est validé par le seing manuel du notaire. L'ordonnance de 1304 de Philippe le Bel a interdit la délivrance de plus d'une expédition par partie.

Ordonnance sur les tabellions et notaires, juillet 1304.

Cette interdiction est reprise par l'ordonnance de Villers-Cotterêts en 1539. Ces expéditions se trouvent dans les archives privées (familiales et seigneuriales).

Exemple
Les notaires indiquent ainsi dans leurs registres que l'acte a été grossoyé avec la formule (« *grossatum est* »).

A partir du XVIème siècle, les minutes reprennent des éléments de la brève et de l'étendue. Elles sont rédigées en présence des parties de manière chronologique et développent les éléments de l'acte. L'ordonnance de Villers-Cotterêts précise l'obligation de tenue de registres de minutes (art. 173-177).

Ordonnance de Villers-Cotterêts d'août 1539.

A partir du début du XVIIème siècle, la forme définitive des minutes est acquise : l'acte est reçu chronologiquement par le notaire, sans abréviation, et il est signé par lui et les parties.

3. 2. 2. Fond

Le contenu des actes rédigés par les notaires révèlent leur capacité à accompagner les parties et à proposer des solutions juridiques à leur clientèle. Les notaires ont utilisé pour répondre aux besoins des affaires des matériaux juridiques éprouvés qu'ils ont su adapter.

Exemple
Par exemple, les notaires sont partis du contrat de communauté utilisé dans le cadre familial pour l'appliquer aux situations d'associations entre marchands. Inscrivant leur solution dans l'esprit communautaire recherché par les parties, les notaires vont aller plus loin à partir de la seconde moitié du XVème siècle. Ils incluent une clause par laquelle les associés s'engagent à travailler et à commercer ensemble. La méthode du raisonnement par analogie leur permettait de construire des solutions juridiques plus adaptées et d'innover à partir de formules connues et offrant des gages de sécurité devant les juridictions. Les notaires proposent des solutions juridiques adaptées en particulier pour instaurer une solidarité générale et effective entre des associés pour les obligations passées par l'un d'entre eux au nom de tous. Ainsi, ils insèrent dans un acte de société un mandat qui instaure une réciprocité entre les associés.
La terminologie romaine employée contribue à la diffusion du droit dans la pratique de la vie des affaires au Moyen Âge. Diverses situations se rencontrent mettant en lumière la plus ou moins grande plasticité du droit. Des usages peuvent être revêtus par une nouvelle terminologie romaine diffusée par les formulaires italiens. Des actes ou contrats sont doublement qualifiés avec la terminologie ordinairement employée, voire latinisée, et l'institution romaine (companhia seu societas, cambium seu permutatio). De manière assez générale, la pratique notariale réserve « l'étiquette romaine » de societas à toute forme d'association entre marchands et fait application du droit romain. Rares sont encore les notaires, comme Giraud Almaric à Marseille au XIIIème siècle, qui qualifient de manière différente la situation où l'apport est fait par une seule partie (commenda) ou bien par l'ensemble des associés (societas).

Ils ont notamment dans le Midi de la France utilisé le droit romain ou bien parfois écarter le recours aux solutions romaines par une clause de renonciation. Le développement de ces clauses permet de saisir l'évolution de

UNJF - Tous droits réservés

la diffusion du droit romain. Au fur et à mesure qu'il est connu et qu'il progresse géographiquement, elles apparaissent dans les actes de la pratique pour préserver la solution coutumière.

En savoir plus : Clauses de renonciation
Il s'agit d'une clause dans l'acte par laquelle la partie renonce aux dispositions romaines qu'elle pourrait invoquer contre son engagement. Il peut s'agir d'une renonciation particulière à une disposition du droit romain (renonciation de la femme mariée au bénéfice du Sénatus consulte Velléien) ou d'une renonciation plus générale aux dispositions « de droit écrit ou non écrit », « de droit écrit ou de droit coutumier ».

Cette influence du notariat est importante en ce qu'elle précède la formation de la norme. La pratique favorise l'émergence de solutions juridiques qui ont été ensuite reprise par le législateur. Ce processus existe ainsi au XIXème siècle en matière commerciale pour le fonds de commerce avec une formule de cession publiée en 1807 avant que le législateur intervienne avec la loi du 17 mars 1909. Les notaires sont aussi intervenus en matière matrimoniale et successorale (par exemple pour la situation du conjoint survivant).

Du Moyen Âge à nos jours, différents acteurs de la vie du droit ont participé à la formation et à l'application du droit. Le juge, qu'il soit professionnel ou non, participe à la vie judiciaire. En lien avec le développement de la justice royale et son affirmation à l'encontre de justices concurrentes au Moyen Âge, différents traits caractéristiques apparaissent. Ils permettent de comprendre l'organisation et le fonctionnement de la justice contemporaine. La place et le rôle du jury, l'office du juge, la motivation des jugements, l'interprétation par le juge de la loi, l'instauration d'une Cour de cassation sont quelques-unes des questions posées par le passé et qui permettent de comprendre les évolutions contemporaines.
Les avocats sont aussi des acteurs de la vie judiciaire. Depuis le Moyen Âge, une réglementation précise progressivement les conditions d'accès, leur exercice de la profession, les règles de procédure mais aussi leur organisation au sein d'un ordre et leur rôle accru pour assurer les droits de la défense.
Enfin, à travers une importante documentation conservée depuis plusieurs siècles, les notaires participent à la vie du droit en lien avec l'authentification des actes. Ils reçoivent et rédigent les actes pour leur donner un caractère d'authenticité, force probatoire et leur permettre de faire foi en justice. Ils veillent aussi à la conservation des actes en forme définitive. Ils assurent enfin des fonctions de conseil des parties, cette pratique notariale a eu une influence sur la formation du droit.

UNJF - Tous droits réservés