**Histoire du droit.**

**Révision de la 1ère année.**

**13.11.2002**

**Cour No1**

* **Introduction**

L´Europe n´avait jamais eu d´existence propre. On ne sait pas où celle-ci fini sur la frontière Est. Selon de Gaulle : « **L´Europe commence de l´Atlantique à l´Oural** ».

La création de la Suisse ne va pas de soi. On ne reconnaît l´indépendance de la Suisse face à l´Empire qu´à partir de 1648 lors du Traité de Westphalie.

On a commencé à parler des Suisses lors de la Guerre de 100 ans au milieu du XVe siècle.

On parait des Schwitzois pour désigner l´ensemble des Confédérés.

* **Historique**

A la fin du Ve siècle, on vit les Grandes Invasions. Les Burgondes envahissent le territoire de la Suisse romande actuelle. Et les Ostrogoths et les Allamands envahissent la partie alémanique de la Suisse.

* **Reconquête de Justinien**

Un équilibre se mettait en place en Europe, et Justinien est venu tout remettre en question. On a un profond antagonisme entre l´Occident et l´Orient.

La Serbie est le reliquat de l´Empire Byzantin, qui a déstabilisé les Balkans.

En Afrique du Nord on a eu les invasions des Arabes. L´Italie constitue une porte ouverte aux Lombards.

* **2ème stabilisation en Europe**

Au VIIIe siècle, les Burgondes, Alamands et les Lombards s´installent, mais pas en Suisse. En 843 on a le Traité de Verdun qui divise l´Europe en trois zones.

La France Occidentale, la Lotharingie au milieu (Lorraine) et la France Orientale (Allemagne).

Charles le Téméraire reçoit la partie du milieu la Lotharingie, mais l´idée d´un duché occidental au milieu n´a jamais marché. Pour preuve, cette zone est constituée que de petits territoires, Pays-Bas, Belgique (Wallon et Flamand), Luxembourg, Alsace et Lorraine, Suisse (avec tous ces petits Cantons) et enfin la Lombardie (1871 unification de l´Italie).

**La Lotharingie n´a jamais pu être unifiée, en effet le milieu de l´Europe est constitué d´une multitude d´Etats.**

* **A la frontière de l´Est**

On a une grande zone d´interpénétration entre les Germains et les Slaves.

La frontière Carolingienne correspondait au Rideau de Fer.

En effet à Yalta, Staline et Churchill ont divisé l´Europe et la redessine selon les vieilles frontières historiques de l´Empire Carolingien.

* **Traité de Nice**

L´Europe des six correspondait à l´Empire Carolingien. Actuellement on ouvre les frontières à l´Est sans vraiment savoir où s´arrêter. L´Europe va passer de quinze membres à vingt-huit membres, ça va coûter 60 milliards d´Euro. C´est une second Plan Marshall. Economiquement on a toujours eu une grande opposition entre deux Europes, **«** **L´Europe du Cheval à vapeur et l´Europe du Cheval tout cour »**. Ceci, nous montre qu´en dépit des guerres, il existe des phénomènes très solides car l´Europe s´ est construite contre l´Islam et l´Europe de Byzance. Ce qui explique les mentalités européennes.

* **Autre aspect de Verdun**

Il va constituer la séparation entre les langues latines et germaniques.

**C´est l´acte de Constitution de l´Europe.**

* **L´Europe Juridique ou Le Ius Commune**

**Le Ius Commune est un droit :**

1. **Savant**
2. **Composite**
3. **Doctrinal**
4. **Fond Commun**
5. **Diversification avec le temps**
6. **Complet**
	1. **Un droit Savant**

Depuis la fin du XIe siècle, on enseigne à nouveau le droit romain à l´université de Bologne. Il y a une querelle entre le Pape et l´Empereur. **La querelle des Investitures.**

L´Empereur investissait les évêques en leur remettant une bague, on pensait donc que l´Empereur était le détenteur du pouvoir spirituel. L´Empereur n´avait pas d´admin-istration et utilisait les compétences de l´Eglise au frais de l´Eglise. L´Evêques était donc un auxiliaire temporel de l´Empereur. Il en résulte le Concordat de Vans, dans lequel on décide que l´Empereur et le Pape investissent chaqu´un leur part.

Au Xe siècle l´Eglise retrouve un vieux parchemin la **Littera Pisana** qui es un exemplaire du CIC (Corpus Iure Civile) offerte par Justiniens au Pape durant le VIe siècle.

Bologne était soumise au vieux droit romain comme toute l´Italie et faisait partie de l´Exarchat de Ravenne. Ce parchemin va rester dans les Etats Pontificaux.

* + - **Renaissance du droit romain.**

Au XIIème siècle Bologne qui est en Lombardie est devenue très forte économiquement mais il y a une grande complexité des échanges commerciaux à cause du vieux droit. On a besoin d´outils juridiques nouveaux. C´est dans ce contexte que le CIC va réapparaître. Au XIIe siècle on va créer de nouvelles universités en Europe comme Paris, Oxford ou Ravenne, ce phénomène va durer jusqu´au XIVe siècle. Par contre en Allemagne on ne crée pas de nouvelles universités on appelle cette période **le Grand vide Germanique**. En 1384, l´Allemagne connaît le Grand Schisme d´Occident et à partir de là, on va voir apparaître des universités en Allemagne. On va en créer une à Heidelberg et à Cologne, car les Grands Princes Allemands ont besoin d´une admin-istration compétente. L’université de Bâle est crée en 1460. La première de Suisse.

* 1. **Un droit Composite**

Il ne faut pas le confondre avec le droit romain, en effet son enseignement est calqué sur le plan de Justinien, mais on a inséré d’autres éléments imprégnés du particularisme national des Etats. Comme exemple, au XIIe voir XIIe siècle, on prenait le Digeste et on le commentait avec du droit canon parfois, mais surtout avec des droits locaux. Cf. Franchi-ses des villes, us et coutumes.

**Samuel Strick**, auteur des Usus Modernus Pandectarum. Il a rédigé le Digeste en latin, puis l’a comparé au droit germanique. Cette comparaison il l’a écrite en gothique, puis en Allemand. On peut dire que le Ius Commune est un droit composite adapté aux besoins locaux. On remarque une nationalisation du droit en parallèle du renforcement de la souveraineté des Etats. En effet depuis la fin du XVIe siècle, durant l’Ancien Régime, les Etats prennent de plus en plus de prédominance jusqu’à la fin de la Révolution française. Pour arriver comme aujourd’hui à de véritables juridictions nationaliste.

**La différence entre le Ius Commune et le droit romain (Digeste).**

Il faut bien comprendre que le Ius Commune englobe le droit romain et est de ce fait bien plus étendu que ce dernier.

Le Ius Commune comprend :

* + - 1. Le droit romain
			2. Du droit impérial
			3. Du droit canon (Pour les rapports Eglise-Etat)
			4. Du droit lombard
			5. Du droit coutumier,…

Il faut bien comprendre que le Digeste, est une compilation de XV siècle de droit romain, et à sa rédaction, on a du remettre les textes au goût du jour.

**Les interpolations.**

On retouche les textes romains, sous couleur d’autres conception, grecque par exemple.

Le Ius Commune, c’est le droit commun, celui qu’on utilise lorsque le droit local fait défaut. C’est un droit subsidiaire. Il est plus facile à prouver, car on a des problèmes de preuve pour l’établissement des droits locaux. Cf. Certificat de coutume.

Au Pays-Bas par exemple, même sous la domination impériale on n’utilisait pas le droit romain, mais le Ius Commune, qui était divisé entre toutes les circonscriptions juridiques du pays. Ceci nous montre bien que le Ius Commune est différent selon les endroits.

* 1. **Un droit Doctrinal**

C´est le droit des professeurs qui n´a actuellement pas valeur de loi.

Le Ius Commune n´a pas force obligatoire mais va finir par s´imposer. C´est un droit appris sur le tas, lors d’exercices de la pratique. Les praticiens vont appliquer le droit positif (droit en vigueur) à la lumière de leurs connaissances en droit savant (Ius Commune). Ce droit, comme tout droit doctrinal est rempli de controverses (Post Glossateurs), mais les juges ont besoin de solutions directes et claire pour répondre aux cas à trancher. Donc le Ius Commune va connaître une évolution de son fond commun vers une diversification presque nationale. Les souverains vont d´abord intervenir en droit public puis peu à peu en droit privé. On va trouver des solutions Sui Generis. Le Ius Commune va de plus en plus se nationaliser à mesure que les Etats Nations vont se former. Prenons comme exemple Samuel Strick en 1690 et son fameux titre :

**« USUS MODERNUS PANDECTARUM »**

Ce livre signifie l´usage moderne des Pandectes, soit les Pandectes accordés à la pratique moderne. C ´est un autre nom pour désigner le Ius Commune.

* 1. **Un Fond Commun**

Exemple 1

C´est un extrait de texte, qui a des caractères en Latin pour le texte original puis les commentaires écrit en Gotiques. On voit bien que le cour est donné en Latin puis l´application du droit, donc la pratique est en Gotique donc en Allemand. On se retrouve très loin du droit de Justiniens.

Exemple 2

En l´an 2000 on a fêté les 100 ans du BGB. Le titre de l´ouvrage anniversaire se prén-omme « Zivilrechts », sur les traductions ont peu lire « Roman Law »pour « Romische Rechts », « Civil Law » pour « Zivilrechts » et surtout ce qui est plus important « Common Law » pour « Pandektenwissenschaft », ceci prête à confusion car Common Law veut dire Droit commun et non loi commune qu´il ne faut pas confondre encore avec la Common Law qui est le droit jurisprudentiel de l´Angleterre.

* 1. **Qui se diversifie avec le temps**

Cf.Illustration pratique avec la clause codicillaire.

* 1. **Un droit Complet**

Le Ius Commune couvre tous les domaines, toutes les branches juridiques.

* + - **Commentaires.**

XV siècles de Ius Commune nous gouverne. On remarque en réunissant les manuels de droit de l´Europe que ce phénomène s´est produit dans toute l´Europe. On ne trouve pas ces explications dans les livres d´histoire, ce cour est une conclusion de Monsieur Le Roy.

* **Division entre pays de droit écrit et pays de coutume.**

En France on divise le pays en deux zones, la partie de droit écrit correspondrait à l´utilisation du Ius Commune, mais cette division est fausse car il y a eu des interpénétrations du Ius Commune un peut partout en Europe.

* **En Allemagne**

Le Ius Commune va s´appliquer jusqu´ en 1900 lors de l´entrée en vigueur du BGB, il y a plus de Ius Commune dans le BGB que dans le Code Napoléon, et le plus barbares n´est pas celui qu´on croit….

* **La réception du droit romain**

En parlant d´application du droit romain, on veut dire que le droit romain est devenu le droit positif en Europe. Comme si on a reçu un droit étranger dans un Etat.

Pédagogiquement on divise la réception du droit romain en Allemagne en deux phases :

* **Première phase. Influence.**

Durant le XVe siècle.

* **Deuxième phase. La Réception.**

Du XVI à l´entrée en vigueur du BGB.

Mais cette distinction est fausse le Ius Commune a plus ou moins influencé les droits locaux, il n´y a pas eu de coupure mais un phénomène continu d´influence. La deuxième phase correspond en Allemagne à une réorganisation institutionnelle de l´administration et, on a profité pour faire cette distinction par soucis pédagogique.

* **Illustration pratique.**

**La clause codicillaire. (Texte distribué le 13.11.2002)**

C´est un testament qui date de 1381, il a été fait à Fribourg. Cette institution vient du droit romain, mais le texte nous montre qu´on se détache peu à peu de ce droit. On reprend des institutions romaines et on les adapte au besoin de l´époque dans laquelle on vit.

En droit romain, **Un codicille** est une modification d´un testament qui n´a pas d´existence propre indépendamment du testament qu´il modifie.

Mais au Moyen-Age, le Codicille a une existence autonome, il y a une séparation avec le droit romain. On peut voir l´importance, la valeur de cette clause, car au XIVe siècle le papier est très cher et si on recoure à cette clause, c´est qu´elle a une certaine importance. Ce codicille pourrait être une clause de style que le notaire insert pour gagner plus, mais ici ce n´est pas le cas, il n´y a pas d´etc…

En droit romain il y a le principe : **CAPUT ET FUNDAMENTUM TESTA**

Si il n´y a pas d´institution d´héritier le testament est nul mais pas ici.

A Rome on a trois formes de testaments :

* **Le Testament nistique**

Qui est une forme secrète.

* **Le Testament nuncupatif**

Qui est oral.

* **Le Testament écrit**

**Analyse du texte**

* 1. Au XIVe siècle on a une nouvelle sorte de testament, le testament nuncupatif écrit, qui est un testament écrit-oral, il est né de la pratique en combinant d´anciennes institutions romaines.
	2. Sinon il doit valoir selon **le droit des codicilles**. En droit romain ce droit n´existe pas, mais ici on accepte l´autonomie des codicilles. Cette possibilité plus restreinte de tester existe dans la pratique médiévale.
	3. Sinon selon **la donation pour cause de mort**. C´est une institution Sui Generis. La donation a un effet immédiat, elle n´est pas faite sous condition mais prendra ces effets complètement à la mort du donataire. La propriété est transférée. L´ancien propriétaire (le donataire), verse un loyer au nouveau pour pouvoir utiliser les biens en attendant sa mort. En réalité le donataire retient la chose à titre de censive. Le loyer s´appelle le cens.
	4. Sinon à titre **de dernière volonté** (Aumône) Durant l´époque Franc on ne connaît plus les testaments, on a un grand vide juridique entre le VIe et le XIIe siècle.

Au Xe siècle toute l´Europe est un pays de coutume, au Nord (Suisse) les coutumes barbares, et au Sud les coutume romaines. Mais les habitants sont soumis à une autorité, s´est le régime seigneurial, le seigneur doit légiférer, renouveler le droit.

* 1. A la base, le **Vergeld**  c´est le prix de la vengeance, on l´utilise pour éviter la Vendetta, car on en est encore à la loi du Talion, on a des tarif selon qu´on tue un Franc ou un Gallo-Romain, qui vaut un demi Franc. Puis on a un tarif de compensation, les gens avaient très peur du Diable, et de Dieu surtout les hommes de mauvaise vie. Il verse donc à l´Eglise un **Vergeld**, qui est le prix de l´homme pour acheter son pardon, son salut. C´est une donation pieuse à l´Eglise.

Mais les héritiers sont mécontents, il faut chercher un équilibre entre l´aumône à l´Eglise et les intérêts des héritiers. La donation pour cause de mort remplace les testaments au VIIIe siècle. On ne sait pas si le contenu de la clause est juste, mais la liberté de tester à Rome est presque totale, mais en pratique ce n´est pas le cas il suffit de donner l´argument du De Cujus fou pour invalider le testament. Au Moyen-Age il redécouvre les textes romains mais par leur sociologie. En droit suisse on succède par parentèle, par contre en droit romain c´est le système des ordres, on succède par Agnation ( Patria Potestas), on connaît aussi le système de la cognation basée sur le sang.

* 1. Ou comme **donation entre vifs**, c´est la forme la plus réduite car on empêche de séparer les biens familiaux.
	2. **Généralement, ceux qui font des testaments sont dans ses insécurités juridiques. Ils ne sont pas sur que leur testament soit valable, ceci explique le peu de clarté de cette clause codicillaire, pour être sur au moins qu´une partie soit valide.**
	3. Sinon on cherche encore **le droit applicable**:
1. **Selon les lois** : c´est le droit local, fribourgeois.
2. **Selon le droit canon** : On laisse le choix entre deux systèmes juridiques, le temporel et le spirituel. Il y a là une zone d´incertitude.
3. **Ou encore selon d´autres droits ou coutumes** : pour que ce testament ait la plus grande validité possible.
4. **Nonobstant les solennités du droit canon ou du droit civil**.
5. **Le droit statutaire** : c´est le droit fribourgeois.

**Cette clause est loin d´être vide, le droit romain est un arsenal à solutions, on reprend sa technique mais pas son contenu.**

**11.12.2002**

**Cour No2**

* **La théorie des Statuts de Bartole.**

Bartole est considéré comme le père du droit international privé.

Au XIIe siècle le commerce international reprend. On a des conflits de lois qui apparaissent. **La théorie des Conflits** :

* Qui est le juge compétent?
* Quel est le droit applicable?

On Glose le CIC de Justiniens, la glose constitue l´origine du manuel.

Dans la **Conctus Populus**, qui es la première Constitution de Justiniens, l´Empereur dit :

**« Mon Code s´applique à tout les habitants de l´Empire Chrétien. »**

Les glossateurs en déduisent qu´il y a des personnes qui ne sont pas soumises aux CIC, qui sont ils, et quel droit leur est applicable?

* + - **Origine des traités de droit international privé.**

La théorie des Statuts est édictée par une autorité.

La Cité-Etat est une ville dotée d´un territoire rural autour d´elle.

* **La question Anglaise.**

Un Anglais meurt à l´étranger avec des biens dans divers pays.

Hypothèse : Le droit anglais connaît le droit d´aînesse.

1. Selon **Jaques de Revigny**, qui est un Post-Glossateur français, professeur à Orléans. A fini sa carrière comme Evèque de Verdun.

Et **Guillaume de Cun**, qui est un Post-Glossateur et professeur à Toulouse.

C´est le principe de la territorialité absolue qui doit s´appliquer. Donc le **Statut Réel** l´emporte. Le problème s´est que la succession est régie par une multitude de droits différents. Ce qui est la hantise des notaires.

1. Selon **Sinus de Pistole**, qui était l´élève de Revigny, qui est revenu en Italie, et a été le Professeur de Bartole. (Bonne illustration de la circulation des idées.)

C´est le lieu de **l´addition d´hérédité** qui est important. C´est à dire le lieu où un héritier fait signifier son acceptation de la succession.

1. La notion de **quasi-contrat**, est la situation dans laquelle on se retrouve comme si on avait contracté alors que ce n´est pas le cas. Par exemple : La gestion d´affaire sans mandat, la répétition de l´indû ou encore l´enrichissement sans cause.

Comme exemple d´enrichissement sans cause, on a le cas du fermier qui, en fin de bail met de l´engrais sur un champ et ne le paye pas. Alors le marchand va demander au nouveau propriétaire de le dédommager du bénéfice engendré par l´utilisation de l´engrais. Il va devoir lui payer la différence entre le bénéfice et le superbénéfice occasionné.

1. Quant à **la Forme**, on à le principe : **« Locus regit actum »**, qui veut dire que l´acte est valable si il est conclu selon les formes requises au lieu où l´acte a été conclu.
2. On a rien **quant au Contenu.**

**On a un lien entre la propriété foncière et la souveraineté, par rapport à la Solution de Revigny on a l´avantage qu´il n´y a qu´un seul et unique droit applicable.**

1. **L´ordre public**

Durant le Moyen-Age on a toujours appliqué le principe de la territorialité.

Puis avec le développement du commerce il est devenu intéressant d´appliquer les lois étrangères.

**Bonne Analogie** : La territorialité est égale à la ville protégée par ses murailles, à partir du XIIe siècle, on rase les murailles qui deviennent des boulevards, et la ville s´agrandit vers sa banlieue. Donc par analogie on doit abattre les frontières et appliquer le droit étranger chez soi.

1. **La solution de Bartole.**

Il regarde le terme des Statuts, soit **réel (territorialité)**, soit **le statut personnel**, basé sur l´ état civil de l´individu qui le suit hors des frontières **(extraterritorialité)**.

On peut tantôt rattacher le droit au statut réel ou personnel.

Le droit d´aînesse est contraire à l´ordre public national italien (Ius Commune).

L´ordre public ne peut pas être trop assoupli. Par exemple un Saoudien qui est à Genève et demande la nationalité mais est polygame. On fait comment pour l´épouse et les autres personnes à charges?

**On a donc plusieurs lois applicables à la succession.**

**Ce texte est très riche, et renvoie à de multiples discutions.**

**22.01.03**

**Cour No3**

**Question d’examen.**

**Analyse du jugement rendu dams la cause Jacob Favre e. Loyse Voeguilly, le 20 octobre 1480 par le Conseil de ville de Fribourg.**

**Situation du texte.**

Il est tiré des AEF, qui sont les archives de la ville de Fribourg.

Ce jugement a été rendu par le Conseil de Ville de Fribourg. C’est le Petit Conseil de la ville, composé de 24 membres. A cette époque il n’y avait pas de séparation des pouvoirs au sens actuel du terme.

* + - **Avoyer.**

A donner le terme d’avoué. C’est le représentant du Seigneur. Fribourg était sous domination du Duc de Zaeringen, et de la maison de Savoie et aussi des Habsbourgs.

* + - **Franchises.**

La fondation de Fribourg remonte à 1157. A la Renaissance du XIIe siècle, on donne des avantages aux personnes qui viennent habiter les villes, pour assurer un peuplement des villes. La ville s’auto-administre elle-même, l’avoyer, représentant du Seigneur est élu par la population de la ville, sans intervention du Seigneur. La charte des franchises, **c’est la garantie de** **libertés accordée à la ville**. Marque son indépendance face au Seigneur.

Fribourg rentre dans la Confédération en 1481, un an après ce jugement.

**Analyse du texte.**

* + - **Les cas attraits.**

Ce sont les cas difficiles, il a fallu plusieurs audiences pour trancher cette affaire. On nomme un Conseiller rapporteur, et on renvoie l’affaire à plusieurs audiences. Ceci explique qu’il y a 12 personnes qui siègent pour cette affaire, normalement on en a 6. Le fait qu’ils soient bourgeois de Fribourg leur permet d’être en politique, mais pas le fait qu’ils soient nobles.

* + - **La fonction du tribunal.**

Le président du tribunal ne fait que présider, il ne juge pas le litige. Les assesseurs, vont le trancher. Ce tribunal est de premier et de dernier ressort. Il n’y a pas d’appel possible à la décision du Conseil de ville. Ceci nous montre bien la souveraineté de la ville (Canton).

On va distinguer les institutions du gouvernement du canton, de la municipalité de la ville dès l’Helvétique. Circonscription administrative cantonale vs circonscription municipale.

* + - **Le tuteur.**

Loyse est pourvue d’un tuteur, en la personne de son mari. Car en Europe, il faut désigner un tuteur aux femmes pour qu’elles puissent agir en justice. On appelle cette institution : **un tuteur AD LITEM**. En général, c’est le mari de la femme sauf s’il y a un conflit d’intérêt.

Mais les franchises de la ville de Fribourg, permettent aux femmes d’agir seules en justice, c’est un particularisme de Fribourg.

* + - **Procédure.**

Comme il y a déjà deux mémoires, on sait qu’il y a déjà eu deux audiences préalables.

Premier mémoire

Loyse a fait **clam**, ceci signifie qu’elle a fait ces prétentions ( To clam).

Loyse invoque le système des parentèles du droit romain. On a deux liens de familles.

Agnatique : Basé sur les hommes.

Cognatique : Basé sur le sang, la coosanguinité.

On retrouve en droit suisse, le système des parentèles, **Art 457 et 458 CC**, le De Cujus et ses descendants.

Mais la question est de savoir si Loyse a la preuve de ce qu’elle allègue. Non, elle ne l’a pas, mais c’est la partie adverse qui a le document. La partie adverse qui a les preuves a l’obligation de les produire, **c’est un principe de proc-édure.** On doit donc renvoyer à une autre audience.

Deuxième mémoire

La partie adverse, donc le père, produit le document.

* + - L’assignation de mariage.

C’est un gage immobilier, Annilly (la mère de Loyse) lors du mariage a apporté des biens, c’est la dot. L’assignation, c’est la constitution d’un gage immobilier (hypothèque), qui garanti la restitution de la dot. On a donc un seul document pour deux actes juridiques, le mariage et la dot.

Les avantages de la femme.

Dès l’assignation, la femme bénéficie d’un droit de préférence sur l’immeuble grevé de son époux. Si ça va mal, la femme aurait donc un avantage, un droit de préférence sur tous les créanciers postérieurs qui grèvent l’immeuble. Ceci vient du fait que si l’on doit réaliser l’immeuble, on doit en premier lieu rembourser la dot. Par contre elle passe après les créanciers antérieurs. De plus on a pas de publicité foncière, ce qui explique que pour plus de sûreté, in casu ils ont notarié l’acte. Par la suite, pour éviter la fraude, soit le dol fictif, dans lequel le mari met ses biens à l’abri pour flouer ces créanciers postérieurs, on a crée l’assignation judiciaire.

* + - Le contrat de mariage.

On a réglé à l’intérieur, tous les problèmes qui pourraient surgir.

Ceci pour combler les lacunes du droit, toutes les situations auxquelles le droit n’a pas pensé.

1. **Si le mariage n’a pas été fertile.**

**Et que le mari meurt**, la femme devait reprendre les 425 livres et son trousseau, plus 100 livres pour sa droly.

**La droly.**

C’est du patois fribourgeois, ce terme désigne les gains de survie qui viennent en plus de la dot. Vient de la douaire, qui est la donation **PROTEM NUPTIA** du droit romain, elle se calcule en fraction de la dot.

1. **Si le mariage n’a pas été fertile.**

**Et que la femme meurt**, donc on règle la situation inverse, dans ce cas, le mari doit rendre aux héritiers les plus proches de sa femme, la dot, soit les 425 livres et le trousseau. Cette fois, c’est lui qui a droit à une droly de 60 livres.

**On a réglé ces hypothèses, car elles sont les moins probables et le droit ne les règle pas, car normalement un couple marié doit procréer. Dans ce cas, on veut éviter que les biens changent de famille, s’il n’y a pas d’enfant pour succéder.**

Car dans cette économie médiévale, on ne connaît pas la propriété individuelle, les biens appartiennent aux familles, à la maison. Les hommes ne sont que des usufruitiers de ce capital familial durant leur vie, ils n’ont pas le droit de l’aliéner, car il doit servir à la subsistance des prochaines générations. Le capital passe de génération en génération, ceci explique le but de l’assignation, elle augmente la surface de crédit du mari.

Le mariage, c’est le nom donné par extension à la dot.

* + - **Les droits et usances de la ville de Fribourg.**

Ils prévoient le sort de la dot, dans le cas où il y a des enfants. En a ici

**L’Art. 22 Handfest**, qui est la Charte de franchise de la ville de Fribourg, accordée en 1249. Avant la franchise avait été donnée verbalement.

Puis on l’a rédigée un siècle plus tard. Pour éviter les désagréments liés à un changement de Seigneur. Le texte initial est en latin, mais on l’a déjà traduite dès le XIIIe siècle, car les gens pensent déjà en français à cette époque.

Normalement, on retrouve dans les chartes de franchises, l’organisation de la politique et de l’économie (marché), mais dans celle de Fribourg, on retrouve énormément de droit privé des successions et du mariage.

**Ceci s’explique par les différences culturelles de Fribourg, le Bilinguisme. En effet, on est à la frontière entre les francophones et les alémaniques. Derrières la langue il y a des conceptions juridiques opposées. Pour preuve, l’étymologies des noms des parties Favre et Voeguilly.**

La Handfest tranche pour le mari, l’héritage, est une rente viagère, c’est l’usufruit du conjoint survivant, donc le père aurait le droit de tout garder, et à sa mort, la dot retourne dans la famille de Annily. Cette solution est certainement l’aboutissement de jugements antérieurs, qui sont à l’origine de la coutume. Dans les usages, les bijoux de la mère passe à la fille.

* + - **Conclusion.**

Loyse invoque la parentèle et son père la Handfest. On ne peut pas encore trancher, on doit renvoyer à la cour des cas attraits. Car la Handfest a plus de 250 ans, et on se pose la question de savoir si elle est encore en vigueur.

En effet à cette époque, Fribourg est une grande ville commerçante, elle entretient des relations avec la Lombardie, Marseille et encore la Flandre.

**Or avec les marchandises, circulent également les idées.** De plus à cette époque, à Bologne on étudie la Glose, dans celle-ci, on retrouve des parties de la vie des Glossateurs. On a Bulgarus et Martinus toujours en controverse.

On a une anecdote, ou Barberousse demande s’il est le maître du monde, car une flotte d’armateurs coule, de plus on a une présomption de MF des arma-teurs dans la Constitution du Bas-Empire, à cause de toutes les escroqueries.

Les armateurs demandent grâce à l’Empereur comme il est le maître du monde, mais on se pose la question de savoir s’il est aussi le maître des mers.

Bulgarus dit : J’avais dit juste et j’ai perdu un cheval…..

**Dans la Constitution de Justiniens, le mari doit toujours rendre la dot.**

Mais Bulgarus et devenu veuf, son beau père demande à Martinus, vu qu’ils sont toujours en controverse, si Bulgarus doit lui rendre la dot, il dit que oui.

Bartole a repris le point de vu de Martinus, c’est la conception du Midi de la France, selon laquelle le mari doit toujours rendre la dot.

Puis Azon, qui est un grand glossateur du milieu du XIIIe siècle des provinces lombardes, dit que le mari peut conserver la dot de sa femme jusqu’à sa mort à titre viager. On peut dire que la conception selon laquelle la mai garde la dot à titre viager jusqu’à sa mort et le propre des villes commerçantes, qui permet de favoriser l’économie en laissant au mari la possibilité d’investir.

**On voit bien que le problème dépasse de loin Fribourg, l’abrogation de la règle de la Handfest prend une dimension internationale. Comme quoi le Ius Commune est présent même en Suisse.**

**L’Histoire de l’enseignement du Ius Commune.**

**Le sommeil et l’oubli des compilations de Justinien.**

**Après les invasions.**

1. Le droit romain a pénétré les droits barbares.
2. Les invasions n’ont pas tué le droit romain.
3. L’Empereur romain a laissé rentrer des barbares et les a dressé contre les autres barbares. Ceux-ci ont été nommés généraux.
4. Les coutumes barbares ont été mises par écrit, mais par des scribes romains en latins.
5. Clovis (France et Suisse) va garder l’administration romaine. Il sera nommé Consul par l’Empereur.
6. La densité de population bourgonde est très faible. Par exemple à Genève ou Lyon, on a 1 bourgonde pour 4 romains et ce sont les lieus où il y a la plus grande concentration de barbares établis.
7. Les barbares vont compiler le droit romain.
	* Le bréviaire d’Alaric (Wisigoth)
	* Les lois romaines des Burgondes (ou Code Papien, de Papinien, mais il y eu une erreur de copiste)
	* Le code Théodosien (ce sont les lois de l’église, elles seront reconstitués grâce au Bréviaire d’Alaric)

**Les coutumes du midi de la France.**

**Attention**, c’est le droit romain d’avant la Chute de l’Empire. Mise à sac de Rome par les Wisigoth 476 ap. J-C. Les troupes barbares vont progressivement dominer toute la population.

C’est le Code Théodosien, plus (+) des nouvelles. Malgré la victoire des barbares, un fond juridique va subsister sur couleur de coutume, mais théodosienne.

**La grande période de décadence.**

On assiste à une perte de la mémoire collective, plus personne n’est capable de raisonner en bon juriste. De plus il faudra attendre 1000 ans après les invasions, avant que l’Europe ne ratteigne un niveau de vie semblable à celui des romains du Ve siècle.

Un petit exemple illustratif.

Le Procès de Château London au VIIIe siècle à Paris. Plus personne ne connaissait le droit romain. Il y a un litige entre deux abbayes. Les missi dominici, qui sont des envoyés du maître (Charlemagne), évite de justesse **l’ordalie**, qui est un duel judiciaire à mort, qui permet de déterminer qui a raison. Malgré que l’ordalie avait été demandée par le clergé.

**Les causes de la naissance du Ius Commune.**

1. La renaissance du XIIe siècle. (Retour sur l’antiquité)
2. Les compilations de Justiniens vont réapparaître en Europe et vont donner les bases du Ius Commune. La florentine est donnée par Justinien au Pape (Digeste copié), en 526.
3. Dès la fin du XIe siècle, il y a un essor économique en Europe, qui entraîne un accrois-sement de la population. On a besoin de nouvelles terres en culture. Cf. Censive.
4. Un connaît également une diversification des classes sociales. Il y a un perfectionnement de l’agriculture, qui entraîne un accroissement de la production et donc du commerce. On construit aussi de nouvelles villes.
5. Le contact entre le Pape est Byzance s’accroît (Croisade).
6. Réforme Grégorienne.

**C’est par le commerce que les compilations de Justiniens vont apparaître en Europe.**

**La réception du droit romain.**

C’est une expression consacrée, une appellation traditionnelle pédagogique allemande. A partir du XIIe siècle ont assiste à la Renaissance du droit romain par le biais des universités. La formation acquise à l’étranger à une grande influence (Bologne).

On dit qu’il y aura l’influence de Bologne jusqu’au XVIe siècle, puis la réception jusqu’en 1900 lors de l’entrée en vigueur du BGB.

On assiste à partir de 1495, à une réorganisation de la justice selon le modèle romain, ce qui coïncide avec la réception décrite par les allemands.

**Avant 1495.**

On connaît un juge, basé sur le modèle suisse. Il est chargé de chercher une solution infligeant le minimum de mal aux parties.

**Après 1495.**

On adopte la conception romaine du juge, celui-ci est subordonné à la loi. Il doit motiver son jugement, que par un raisonnement purement juridique. On a pris modèle sur l’Eglise, car elle est la seule institution romaine qui a résisté. C’est une administration centralisée et hiérarchisée. Le juge ecclésiastique doit rendre un verdict cohérent avec le droit canon.

**La réception au vrai sens du terme désigne donc un mouvement permanent d’influence croissante du Ius Commune.**

Ce n’est donc pas le droit romain, mais le Ius Commune qui a une importance croissante en Europe. Mais personne n’oblige son application, il n’y a pas d’organe supraétatique en Europe. On applique donc les droits locaux mis à la lumière du Ius Commune. C’est la problématique et le raisonnement romain qui intéressaient les juristes.

**Les trois raisons de la diffusion du Ius Commune en Europe.**

1. Quand le droit local faisait défaut ou n’était pas clair, on puisait les solutions dans le Ius Commune.
2. Les universités introduisent la pensée du Ius Commune.
3. L’Eglise a joué un rôle considérable dans la diffusion du Ius Commune, mais n’a jamais été un organe supraétatique.

**Le cas de la Suisse.**

On a longtemps cru que le plateau suisse n’a jamais connu d’influence du Ius Commune. Mais les recherches ont démontré que le plateau suisse était une grande place d’interpénétration du Ius Commune. Mais il y a une différence avec l’Europe, à cause des circonscriptions ecclésia-stiques. Le mouvement va se ralentir au XVIe siècle à cause de la nationalisation du Ius Com-mune. Paradoxe avec l’Allemagne qui parle de sa diffusion a cette époque. Il y a un grand fond commun (Digeste, Gratien), mais qui est de plus en plus individualisé.

**L’age d’or des glossateurs et des Post-Glossateurs. (XIIe au XVe siècle)**

**La Réforme Grégorienne.**

Le pontificat de Grégoire VII en 1073, fut l'un des plus tumultueux et controversé de l'histoire. Impossibles, semble-t-il, au moment de sa mort, ses réformes furent progressivement acceptées, quoique modérées. Grégoire, d'une certaine façon, a posé les bases d'une Église moralement régénérée, a réparti les rôles du clergé et des laïcs et a centralisé l'autorité de la papauté. Il essayé d’étendre ses réformes à toute la chrétienté. Ceci a créé un conflit entre le Pape et l’Empereur. On va inféoder la Dîme, la remettre au fief.

**L’élan de Bologne et ses suites.**

Bologne faisait partie de l’Exarchat de Ravenne, qui est un reliquat de l’influence byzantine, tout comme Venise. Ces anciennes possessions byzantines vont passer aux Etats pontificaux, et vont les enrichir de connaissances.

Bologne possédait une école des arts. Les maîtres étaient capable en 1076 d’enseigner le droit de Justiniens (ses compilations).

Or la renaissance économique apporte un besoin de droit précis, pour les relations commerciales. Les maîtres de cette école sont des citoyens actifs, qui participent à la vie politique de l’Italie. Ils vont former des techniciens du droit, qui vont diversifier les fonctions du droit.

**Historique de l’école de Bologne. (vers 1088)**

**Les glossateurs.**

**Pepo :** Advocatus doctor legis, il est le premier maître de l’école. Il utilisait le droit romain pour former des techniciens. On voit son nom apparaître dans des plaids (procès) et dans les réunions organisées par la duchesse Mathilde de Toscane. L’empereur est excommunié.

**Irnerus :** vers 1055- mort après 1125. Successeur de Pepo, c’est lui le véritable fondateur de l’école de Bologne. Il enseignait pour les futurs professeurs. Il y en avait quatre (Docteurs).

* **Bulgarus** mort en 1125
* **Martinus** mort en 1166
* **Hugo** mort en 1166
* **Jacobus** mort en 1178

Ces quatre docteurs, vont assister à une Diète à Roncaglia et vont dresser la liste des régalia (droit du roi).

**Placentin :** Il doit fuir Bologne et va fonder une université à Montpellier.

**Azon :** 1190-1220. Il a produit un commentaire suivit des textes du Digeste. Il s’est penché sur les grands conflits de son temps.

Adage : Chi non ha Azzo non vada a palazzo.

**Accurse :** 1181-1260. Disciple de Jacobus. Il rassemble touts les commentaires de ses prédécesseurs et les ajoute aux siens. On va appeler ce travail, **la Grande Glose.**

**C’est la fin des glossateurs.**

**Les post-glossateurs. Mos italicus.**

Ils vont succéder aux glossateurs, on les appelle les post-glossateurs ou commentateurs. Ils bénéficient du travail de leurs prédécesseurs. Les premiers commentateurs sont des français.

Les écoles d’Orléans et de Toulouse vont appliquer la méthode dialectique. Il y a quatre principaux professeurs :

* **Jaques de Revigny :** professeur à Orléans puis évêque.
* **Guillaume de Cun**
* **Guillaume Duran l’Ancien :** 1237-1296 on l’appelle le spéculateur car il a écrit le **SPECULUM JUDICATE**, c’est un traité de procé-dure.
* **Pierre de Belleperche :** mort en 1308, il était un évêque d’Auxerre puis Chancelier de France.
* **Jean Favre :** c’est le père de la pratique, il écrit un commentaire des Institutes et le bréviaire in Codicem.

Ces professeurs forment des Chevaliers es lois. Ce sont des légistes qui devront peupler les chancelleries européennes qui utilisent le droit romain. Voici quelque baillis :

* **Pierre de Fontaine**
* **Beaumanoire**
* **Ableiges**

Ils reprennent le droit romain et l’ajuste à leurs problèmes pratiques. Tous ces professeurs vont former des étudiants du monde entier.

* **Cinus de Pistole :** 1270-1336, il a été le professeur de Bartole. On passe du mos italicus au mos gallicus.
* **Bartole :** 1313-1357, écrit la Bulle d’or en 1356, c’est la Consti-tution du Saint Empire germanique. Bartole est le père du droit international privé, par le biais de la théorie des statuts. Il répond au besoin de la pratique. Naissance du bartolisme. Adage : nul n’est juriste, s’il n’est Bartoliste. Ils sont dominés par la BF.
	+ - * **Balde :** c’est un élève de Bartole, 1327-1400.

**La glose.**

C’est la méthode de travail des glossateurs et post-glossateurs. Elle est incarnée par l’école de Bologne. Cette méthode est empruntée à l’école des exégèses bibliques. On la transpose au droit. Toute science qui tente d’analyser des textes, utilise l’exégèse. Les glossateurs considéraient le Digeste comme un texte inaltérable, complet et exempt de contradictions.

**La dialectique.**

C’est l’analyse grammaticale et logique du texte. Cette méthode est appliquée par P.Abélard, il écrit le SIC et le NON. A ce moment-là, il enseignait les arts depuis 20ans. Ce livre est écrit en deux parties.

* **Prologue :** explique comment lire les textes et les assembler.
* **Recueil de texte.**

Il devient un théologien et constate que les testes bibliques ressemblent au droit et aux commentaires. Comme explication, il dit que le langage parlé n’est pas parfait, que les mots peuvent avoir plusieurs sens (amphibologiques), époques et circonstances.

Il transpose la critique littéraire à la théologie. Son recueil de textes est divisé en deux parties, répartis sous forme de questions.

* **Textes qui soutiennent les thèses.**
* **Textes qui s’opposent aux thèses.**

P. Lombard. 1100-1160, regroupe les textes théologiques pertinents dans un recueil appelé les **SENTENCES**.

P. Comester, applique la dialectique aux textes de Justiniens. Il commence par insérer des petits commentaires entre les lignes. Puis les gloses se développent et deviennent des traités.

**Résultat de l’enseignement du droit romain (glosateurs et post-glossateurs)**

Aspects positifs.

1. Les premiers glossateurs sont des savants qui appliquent la dialectique de façon parfaite.
2. Les post-glossateurs vont améliorer la méthode et arriver à des controverses.
3. C’est une méthode excellente pour la formation des professeurs.
4. Les années d’études s’allongent.
5. On puise dans l’enseignement du droit romain, des solutions à appliquer au droit moderne.
6. On fabrique ainsi un droit moderne approprié à la pratique.

Aspects négatifs.

1. Textes pas historiquement exactes, car il n’y a pas d’appui auxiliaires. Ils avaient foi dans les textes qu’ils étudiaient. Ils étudiaient l’histoire du droit romain.
2. Ils pensent que les textes de Justiniens ne sont qu’un bloc, alors qu’ils recouvrent des siècles d’application du droit.
3. Ils étudient le droit romain avec le droit de leur époque.
4. Ne cherchent que les solutions adaptées à leurs problèmes. Prennent les textes dans l’ordre dont ils les trouvent.
5. La Grande Glose d’Accurse sonne le déclin de Bologne. Cette Glose obtient même force de loi dans certains endroits.

**Les humanistes, ou historique. Mos gallicus.**

Le droit romain intéresse aussi les scientifiques, il devient une science. Les juristes humanistes sont ralliés au protestantisme (majorité) ou resteront catholiques. Cette école s’attache à rendre aux textes leur vraie portée et leur sens originel, en les interprétant avec le concours des don-nées historique et de l’érudition. Les humanistes critiquent les Bartolistes. **Ils comprennent que le droit de Justinien ne concerne pas qu’une époque.** Leur but est de reconstituer l’histoire du droit romain.

* **Jacques Cujas :** 1520-1590. Essaye de reconstituer l’Edit du préteur. Il devra aller à l’étranger pour trouver le succès. **Il utilise l’analyse historique.**
* **Hugues Donneau :** 1527-1591. Adversaire de Cujas. **Il utilise les sources grecques.**
* **P.J Voet :** en Hollande.
* **J. Godefroy.**
* **F. Hotman :** au milieu du XVIe siècle, il est un anti-Tribonien, (Tribonien, était un enseignant à Constantinople, chargé par Justinien de constituer le Digeste.). Hotman critique donc Tribonien, car pour lui il n’a fait que de compiler des textes déjà Justinien. Il devra aller enseigner à Strasbourg à cause de sa religion, (protestant acharné).

**Les apports de l’école humaniste ou historique.**

On cherche à reconstituer le droit romain d’une façon scientifique. On fouille, on analyse, on recueille les textes juridiques. On ce concentre sur les textes romains et byzantins et on laisse tomber les gloses. Retour à l’histoire.

**L’école du droit naturel.**

Cette école essaie de construire un droit rationnel, en le dégageant de principes a priori, par méthode déductive, et en faisant abstraction des solutions existantes. Les savants de cette école veulent appliquer au droit la méthode rationaliste moderne. Tout d’abord, le fondement du droit doit être la raison, et non la tradition et l’empirisme. Ensuite, la loi doit correspondre à la nature de l’homme : ils prétendent dégager des lois naturelles et, partant universelles. Enfin, la science juridique doit conquérir sa pleine autonomie à l’égard de la théologie et le droit naturel est par essence laïc. Les adeptes de cette école sont le plus souvent des protestants exilés.

* **Hugo Grotius** : c’est un hollandais, 1538-1645. De iure belli.
* **Jean Domat**: c’est un français, 1629-1696.
* **R Joseph Pothier** : c’est un français, 1699-1772.
* **Samuel Pufendorf**: c’est un allemand, 1632-1694.
* **Christian Thomasius**: c’est un allemand, 1655-1728.
* **Christian Wolf** : c’est un allemand, 1679-1754.
* **Jean Barbeyrac** : lausannois, 1674-1744.
* **Emer de Vattel** : neuchâtelois, 1714-1767.
* **Denis et Jacques de Godefroy** : genevois.

**Le rôle du Ius Commune en Europe.**

**En Allemagne.**

C’est un pays de coutume, qui a été très peu influencé par le droit romain. Dès le XIIe siècle, le Ius Commune va faire sentir son influence jusqu’en 1900 lors de l’entrée en vigueur du BGB.

Le Ius Commune va se germaniser progressivement et en continu.

**Inventaire de l’influence du Ius Commune.**

1. **La politique impériale.**

L’empereur prétendait que le droit romain était son droit car il se pose en successeur direct des césars romains. Il s’est servi du droit romain pour justifier son pouvoir. Le point culminant de cette politique est atteint par Frédérique Barberousse, lorsqu’il réunit une Diète à Roncaglia en 1158 et y convoque les 4 Docteurs de Bologne, pour dresser la liste des regalia (400 prérogatives du Roi). On y retrouve du droit romain sur lequel l’Empereur fonde son pouvoir législatif. Il va rédiger des Constitutions et les insère dans le Code de Justiniens. Ce sont des **NOVELLES**, qui ont apparu après le Code de Justiniens. Il fait donc reconnaître que sa volonté à force de loi.

Ceci va favoriser l’école allemande du Ius Commune et il va prendre les professeurs et les étudiant sous sa protection. L’Empereur légifère au travers de chartes de paix. La Paix de Dieu. Son pouvoir législatif ne peut prendre que la place que lui laissent les autres droits (droit canon, Ius Commune,…). La coutume impériale en Allemagne est élective. Les princes territoriaux auront le pouvoir et vont étendre le Ius Commune sur tout l’Empire.

1. **Les juridictions ecclésiastiques.**

Elles participeront à la diffusion des règles romaines. En effet, elles vont jouer un rôle considérable en Allemagne, alors qu’en France leurs compétences sont réduites par la Monarchie. Les juges de l’Eglise connaissent les textes romains, s’y réfèrent et les appliquent à titre supplétif. Il en résulte une différence très nette entre le droit romano-canonique suivi par les cours de l’Eglise et les droits coutumiers appliqués par les juges séculiers. Ce sont deux systèmes juridiques indépendants, qui coexistent sans s’influencer réellement. Puis l’Empereur accorde à l’Eglise des prérogatives surtout à l’égard du pouvoir judiciaire. Tribunaux de procédure Romano-Canonique.

1. **Le rôle des juristes.**

On connaît en Allemagne le Grand vide germanique, en effet jusqu’au XIVe siècle, il n’y avait pas d’université en Allemagne. Les étudiants doivent aller étudier en Italie et en France. Puis on crée des universités, où l’on va enseigner le Ius Commune. Ceci sur demande des Princes Allemands, pour rétablir l’ordre dans le royaume après les prob-lèmes issus du Grand Schisme d’Occident en 1378. L’Eglise connaissait deux, voir trois Pape à cette époque en même temps. On va donc créer les universités de Cologne et de Heidelberg. Les professeurs pourront donc enfin s’intéresser et rédiger des man-uels à partir de cette époque.

1. **Réorganisation de la justice impériale. (en 1495)**

En effet, l’Empereur Maximilien réorganise le Tribunal impérial (Reichskam-mergericht) en 1495. Ce tribunal doit comprendre des magistrats de carrière, soit un Kammerrichter qui préside et 16 assesseurs (Urteiler), puis 18. Le président, nommé par le Roi, doit être issu de la haute noblesse et les assesseurs sont recrutés pour moitié parmi les Docteurs en droit, et l’autre dans la noblesse. Puis une ordonnance dit qu’il faut donner la préférence dans cette dernière catégorie à ceux qui ont étudié le droit. Ainsi, dès le milieu du XVIe siècle, les juristes et à travers eux, le droit romain qui les a formés exercent une influence prépondérante au sommet de la hiérarchie judiciaire allemande. La réception va donc se réaliser de haut en bas.

.

* + Procédure.

Centralisation et hiérarchisation des règes dès 1495. Cette cour suit les règles de la procédure romano-canonique et doit appliquer :

* + 1. **Le droit commun de l’Empire.**
		2. **Les ordonnances de l’Empereur.**
		3. **Les statuts et coutumes territoriales.**
		4. **Les droits urbains.**
		5. **Et enfin les usages consacrés par les tribunaux dont l’existence doit être établie devant eux.**

Par droit commun de l’Empire on doit entendre le droit romain et, dans une moindre mesure le droit canonique. Mais ce droit commun n’est en principe appliqué qu’en l’absence de coutumes territoriales particulières qui l’emportent conformément à la règle : **« le droit urbain prime le droit de la province, lequel prime à son tour le droit commun . »**

En pratique, toutefois, les coutumes locales n’ont pas pu résister à la pression du droit romain, car elles manquent de précisions, sont diverses voire contradictoires et ne répondent pas aux nécessités de la vie juridique. De plus elles sont difficiles à établir, faute de rédactions comp-lètes. Aussi face à l’insécurité qu’elles engendrent, le droit romain fait figure de droit sûr et universel, celui auquel juges et parties recourent le plus volontiers.

1. **Faiblesse des droits allemands.**

Elle passe par la faiblesse politique de l’Empire germanique. Il y a une désintégration du pouvoir, par la féodalité. On retrouve cette désintégration un peu partout en Europe. Mais en Allemagne, le phénomène sera plus tardif et plus profond. Le droit et les coutumes vont s’émietter dans des ressorts très étroits.

**La coutume de Saxe** va devenir la coutume de tout le Nord de l’Allemagne.

Il est composé vers 1230, il est le plus ancien et le plus célèbre coutumier. Son auteur est un praticien qui donne l’image d’un droit savant et courant. Il a également puisé dans le droit canonique et les lois impériales.

**Le miroir de Souabe** régira le Sud. Il a été composé vers 1276, son auteur doit être un ecclésiastique. Cette œuvre est curaliste alors que le miroir de Saxe est impérialiste. Il exerça une influence notable notamment dans le sud de l’Allemagne et dans des régions de Suisse alémanique, même Fribourg.

Il n’y a pas d’unité dans le droit allemand, même s’il y a eu des tentatives d’unification durant le XVe siècle, qui n’aboutiront pas.

**En Suisse.**

**La théorie classique.**

On dit que le droit romain n’a pas influencé la Suisse. Mais ceci est faux, la Suisse a été une grande plateforme d’interpénétration du Ius Commune. Mais elle est tardive, elle ne date que du XIIIe siècle. La pénétration des idées nouvelles est plus rapide en Suisse romande et dans les Grisons qu’en Allemagne, mais va moins loin. On ne rencontre en effet pas de phénomène comparable à la réception du droit commun en Allemagne. Celles-ci est d’ailleurs une des causes qui motivèrent la scission entre les cantons confédérés et l’Empire.

Dans beaucoup de régions, il y avait des conflits entre la population qui voulait garder les coutumes et les autorités qui voulaient introduire le droit romain. Le plus souvent on a gardé les coutumes. En 1495, la Suisse refuse de reconnaître la chambre impériale (Reichskam-megericht) du Saint Empire germanique, il va s’en suivre la Guerre de Souabe, la Suisse va la gagner et aura depuis cette date sa première indépendance. La notion de souveraineté est tirée du droit romain. Elle deviendra véritablement indépendante en 1648, lors du **traité de paix de Westphalie**.

**Les causes de cette renaissance romaniste en Suisse.**

1. **L’apport des universités étrangères.**

La Suisse est une grande région de passage obligé pour les marchandises et les hommes, c’est le carrefour de l’Europe. TI, VS, GE, BA, SH.En 1460, on crée l’université de Bâle, dans laquelle on va enseigner le droit romain. Ces régions on donc été influencée par le Ius Commue. Mais ce n’est pas le cas de toutes les régions suisses.

1. **La juridiction ecclésiastique.**

Elle contribua aussi en Suisse à la diffusion du droit savant, pour les mêmes motifs qu’en Allemagne. L’apport essentiel des tribunaux ecclésiastiques consiste sans doute dans l’introduction de la procédure romano-canonique, qui a influencé même la procédure des cours laïques.

1. **Le renouveau de la terminologie juridique.**

Il s’est produit surtout par l’intermédiaire du notariat, dont l’art était enseigné à Bologne à titre d’introduction aux études juridiques. Peu à peu les formules roma-nisantes, puis le notariat public pénètrent au Nord des Alpes. Les anciens étudiants suisses rapportent des formulaires de Bologne ou en composent de nouveaux pour les besoins de leurs chancelleries. Ces formulaires sont utilisées plus ou moins aveugle-ment par tous les notaires et jurés.

L’influence du Ius Commune s’est d’ailleurs exercée de façon très inégale sur les diverses régions de la Suisse actuelle.

* Sensible au Tessin et dans le Bas-Vallais, elle est plus faible dans le reste de la Suisse romande.
* Particulièrement menacés vu la proximité des pays de droit écrit et la présence de la Maison de Savoie, Genève, Vaud et le Haut Valais, lui résistèrent vigoureusement.
* En Suisse alémanique, la renaissance du droit romain se marqua surtout dans la terminologie, sans toucher l’essence des institutions. Car les Confédérés tournaient volontairement le dos au droit romain, pour des raisons politiques. Leurs refus de reconnaître l’autorité de la Reichskammergericht, dès l’instant où il prétendit imposer l’application du droit romain comme droit commun, fut à l’origine de la Guerre de Souabe et de l’indépendance politique et judiciaire de la Suisse en 1495.

Avec les apports de la science contemporaine, on a une influence de plus en plus grande du Ius Commune en Suisse. Les juristes et autres praticiens du droit ont étudié en Italie. Ils ont appris le Ius Commune, et vont l’étendre sur le territoire suisse. Les droits réels ont été très influencés par le droit romain, les techniques viennent du Ius Commune. Le droit de la famille et des successions ont été également imprégnés du Ius Commune.

Quisard, mort en 1591, comble les lacunes en conscience et non selon le droit romain. Ceci veut dire que le droit romain ne vaut pas à titre supplétif en cas de lacune de la coutume, mais fait tout au plus autorité parce qu’il satisfait à la raison.

Exemple :

* L’emphytéose du droit romain, remplace l’abergent.
* A Fribourg le **miroir de Souabe** a été en vigueur jusqu’en 1648, puis ont l’a remplacé par la Municipale, qui est une compilation du droit fribourgeois.

**En France.**

**Distinction entre pays de droit écrit et pays de coutume.**

**Au nord.**

C’est le pays de coutume, on a un droit barbare, germanique. ***Langue d’oïl.***

**Au Sud.**

C’est le pays de droit écrit, on a le droit romain, mais celui du **Bréviaire d’Alaric** et non pas le Code Justinien. ***Langue d’oc.***

Mais dès le Xe siècle, toute l’ancienne Gaule est devenue un pays de coutume. Dans le Midi, la population Gallo-romaine a encore une très grande densité. Aussi bien dans le Nord que dans le Sud, les coutumes se forment pour résoudre des problèmes qui ont existé.

Au XIIe siècle, cette distinction s’accentue. On se met à étudier le droit de Justinien avec lequel on forme le Ius Commune. Dans certaines régions du Midi, les coutumes cèdent leur place au Ius Commune. On par étudier à Bologne, puis ailleurs.

Au XVIe siècle, le succès du Ius Commune est quasi-total.

Mais les coutumes n’avaient pas le même contenu, la même origine d’un lieu à l’autre, en effet les barbares étaient de races différentes.

Malgré la ligne de séparation entre la France du Nord et celle du Sud, il y a une interpénétration du Ius Commune, car les juristes allaient se former dans les mêmes universités.

**Dans le pays de droit écrit. (Midi)**

Au XIIIe siècle, les compilations de Justinien seront considérées comme la source des droits du Midi. Mais ces faux, car ce droit était antérieur, il est tiré du Code Théodosien.

Puis l’œuvre de Justinien a eu du succès, et de ce fait le Ius Commune. Ce qui a fait, peu à peu disparaître les coutumes. Mais le Roi de France avait peur car pour lui le Ius Commune était une soumission à l’Empire, alors on l’a traité comme une coutume. Il y a eu un succès quasi-total dans le Midi du Ius Commune, mais il ne concernait que le droit privé.

Le droit public était fixé par la coutume, la législation royale et la législation seigneuriale. On rédige donc les coutumes locales pour résister au Ius Commune, on utilisera ce dernier qu’à titre supplétif. L’utilisation du Ius Commune ne veut pas dire, qu’il y a une unité du droit en pays de droit écrit. En effet, il y avait des cours d’appel du Roi différente à Aix en Provence, Montpellier, Toulouse et Bordeaux. Suivants les ressorts judiciaires, une même règle de droit pouvait diverger. Mais le droit de la coutume de Paris était considéré comme le droit de la coutume du Royaume de France.

**Dans le pays de coutume.**

Le droit coutumier est étudié à partir du XVIIe siècle, ce phénomène débute en Allemagne dès la Réforme. En France, il faut attendre Louis XIV, qui entreprend une réorganisation des études de droit. En 1679, il y a la création de la Chair de droit de Paris. On tire la procédure Romano-canonique du Ius Commune, c’est une procédure savante.

Au XIVe siècle, le Ius Commune désigne les coutumes qui sont conforment au droit romain, par opposition aux droit haineux, qui y dérogent. On a donc des coutumes, soit conforme au Ius Commune, soi conformes aux droits haineux, qui elles sont contraire à l’ordre public et différents du Ius Commune, et appliqués que restrictivement. On dégage la notion d’ordre public et de contrariété aux bonnes mœurs.

**En résumé.**

**La distinction entre pays de coutume et de droit écrit ne tient pas à la source formelle du droit, qui repose partout sur l’usage (coutume), mais à l’origine des règles coutumières. Le droit romain constitue le fond commun des coutumes méridionales (pays de droit écrit), alors que les coutumes du Nord repose avant tout sur l’ancien droit germanique et des usages ancestraux.**

**Ordonnance de Montiliz-les-Tours en 1454.**

Le Roi met de l’ordre dans le droit, il est le seul capable de le faire. On reformule et révise les coutumes, pour chercher le but originel et primitif de ces règles.

Dans le pays de coutume, on a trois systèmes de recours au Ius Commune :

* **Combler les lacunes.**
* **Renvois express au Ius Commune.**
* **Emploi à titre supplétif du Ius Commune.**

**Les facteurs de réception du Ius Commune.**

* **Création et diversification du Ius Commune. (Nationalisation).**

Il y a deux droits romains, celui des Compilations de Justinien et le Ius Commune, usus modernus pandectarum, qui évolue, se nationalise.

* **Systèmes complémentaires, dans des domaines différents.**

Coutume.

Ce sont les droits seigneuriaux, féodaux, des biens. Ils sont encrés dans un territoire local. Régime matrimonial et successoral.

Ius Commune.

Va progressivement remplacer la coutume, dans le droit des obligations (qui est son domaine de prédilection) et celui des testaments et de la tutelle.

Droit canonique.

C’est le droit de la haute bourgeoisie, pas le même domaine que le Ius Comm-une ou la coutume. C’est le droit des Clercs, des biens de l’Eglise et de la filiation ou du mariage.

* **Dans un lieu, on a plusieurs systèmes juridiques différents superposés.**
* **Le Ius Commune, c’est le droit du haut tiers.** **(Haute bourgeoisie).**

En effet, on le retrouve en Flandre, en Italie du nord, à Londres,…

C’est un droit égalitaire, la noblesse y est donc hostile.

Et pour le petit peuple, le droit est trop compliqué, la population s’en méfie…

Cf. Clause codicillaire.