

**Kodjo NDUKUMA ADJAYI**  
Docteur en sciences juridiques  
de l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne  
Professeur des universités

**Histoire du droit,  
des idées politiques et  
des faits économiques et sociaux**  
L2 Droit UCC / G1 Droit UPC

*À Isra N. Ngahowaly  
pour ton aïeule partie sans voir  
son accomplissement  
en me conduisant à l'école*

**Année académique 2020-2021**

*Lire, c'est voyager à moindre frais.*

*L'expérience est comme une bougie qui ne brûle et n'éclaire que celui ou celle qui la porte.*

*L'histoire est un passionnant roman d'aventure.*

*La science appartient à celui qui a lu la veille.*

*Quelqu'un regarde le doigt qui lui indique la lune,  
sans voir cette dernière dans le ciel.*

---

NB : Aucune de ces phrases n'est de mon originalité

# Sommaire

---

## Introduction

- Utilité et objectifs du cours, selon les travaux de Lovisi, Alland et Rials.
- Approche historique : Temps du droit, des idées et des faits politiques
- Concept : Histoire
- Histoire du Droit : Sens assumé de Droit comparé
- Idées de l'histoire et histoire des idées entre idéologies et sources réelles du droit
- Concept : Politique
- Concept : Faits économiques

## Titre 1 : Historicité du droit

## Titre 2 : Historicité des idées politiques

## Titre 3 : Historicité des faits économiques

# Introduction

## Utilité et objectifs du cours, selon les travaux de Lovisi, Alland et Rials.<sup>1</sup>

---

Il y a un intérêt intellectuel et pratique à aborder le droit, les idées politiques et les faits économiques sous le prisme de l'histoire.

1. L'histoire du droit a pour vertu de ressortir la relativité des phénomènes juridiques. C'est une vertu scientifique partagée avec l'anthropologie juridique et le droit comparé. Chaque société assigne au droit un rôle qui fait varier le droit selon les cultures et selon les États. Mais les conceptions du droit restent analysables à travers le filon temporel pour comprendre les fondements des divergences et des convergences des institutions juridiques ainsi que de leurs philosophies politiques. En Extrême-Orient, l'héritage ancestral sous-tend l'organisation sociale à travers les règles morales de convenance et d'éthique qui irriguent le droit et sa philosophie. Si ces préceptes orientaux luttent efficacement contre les comportements sociaux, en Occident c'est plutôt le droit qui joue le rôle éminent de structuration de la société. Ce contraste flagrant est le fait de l'histoire et les cultures des deux mondes.

Le droit n'est donc pas une donnée immuable. Il change avec l'espace, mais aussi avec le temps. Il invite le juriste au recul historique qui souligne la relativité des phénomènes juridiques et facilite la compréhension de l'institution des règles juridiques et de l'instauration des organes politiques.

2. L'histoire du droit confirme que « Notre droit porte l'empreinte des siècles ». Il est porteur d'histoire et donc d'héritage du temps. S'il est empreint du temps, il en porte les marques et consigne les traits des marqueurs qui rappellent les grandes idées politiques et les grands faits économiques. Comme un organisme vivant, chaque droit a des marqueurs génétiques qui le rendent à nul autre pareil. C'est à travers des facteurs sociétaux que le droit mute. Le droit n'est pas qu'un creuset des solutions législatives et réglementaires, codifiées ou non. C'est une culture juridique qui se transmet. Même sous la poussée des révolutions, le droit naît de la transformation des systèmes juridiques qui les ont précédés. A l'épreuve du temps, le droit se solidifie grâce à la sédimentation de la norme qui lui donne l'épaisseur historique nécessaire pour régir l'existant et recevoir l'innovation.

Le monde traverse des mutations plus accélérées avec la société de l'information, la construction de grands ensembles d'intégration économique, politique et juridique. Après la mondialisation, la globalisation participe à l'abaissement des frontières (des droits nationaux), à la superposition des espaces (économiques et politiques) ou encore à la confrontation des influences culturelles. Comme Claudel, le juriste doit avoir une conscience « du passé dont avec l'avenir est faite une seule étoffe indéchirable ».

---

<sup>1</sup> C. LOVISI, *Introduction historique au droit*, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. cours L1, Paris, 2011, pp. 1-3. D. ALLAND et S. RIALS (sous dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Lamy, Paris, 2003, pp. 453-455. Il est à signaler que malgré les paraphrases et la non-indication des guillemets, 80% des écrits sous ce titre sont puisés des auteurs précités.

Chaque époque a laissé dans notre système de droit des matériaux, constituant des apports durables à ses effets présents. C'est en cela que l'histoire du droit offre au juriste des outils intellectuels pour qu'il accompagne le changement avec des perspectives de longue durée.

3. Le droit participe de son milieu d'origine. Il en traduit les aspirations, il en subit les influences. La politique, la religion, l'économie, la morale, la philosophie, les faits sociaux ... sont autant des sources matérielles du droit. Génétiquement, le droit est lié au contexte extra-juridique. Il ne faut pas qu'en regarder les sources formelles. Les sources matérielles sont les forces sociales, les idées philosophiques, l'élan culturel qui assurent l'éclosion du droit et, par conséquent, la cristallisation de son « code génétique ».

Justement, en tant que disciplines juridiques, Histoire et droit sont consubstantielles. Le droit comparé dispose de la même nature d'esprit que l'histoire du droit. Le droit comparé est une discipline juridique qui permet au juriste d'élargir son champ de recherche et d'approfondir la connaissance des fondements de son propre système juridique. La méthode comparative démontre que le droit n'a pas que des finalités académiques d'études des normes, mais elle débouche concrètement sur l'influence réciproque des droits. Surtout pour l'Afrique, la culture comparatiste est largement à la base du droit des divers Etats qui la composent.

Trois phénomènes se rencontrent alors par rapport aux assauts historiques et culturels des droits étrangers. Dans un premier temps, la *transplantation* des droits étrangers par transfert massif en Afrique coloniale du système de droit des anciens Etats colonisateurs, spécialement la France et le Royaume-Uni. Ensuite, le « *mimétisme contraint* » a été largement pratiqué à travers les organisations internationales ou le suivisme des évolutions des droits-souches occidentaux. L'autre phénomène semble plus libre et souverain : la *réception*. C'est le fait de la doctrine, des autorités publiques ou des juges qui opèrent des copies intelligentes, au même titre que des greffes d'organes, ou encore qui inscrivent en droit positif les droits venus d'ailleurs et qui ne se cachent pas d'être étrangers comme la passion du droit sous la V<sup>e</sup> République le fit dire au Doyen Carbonier.

Le droit comparé est finalement une culture. Tout juriste doit être pour le moins communément comparatiste. Ce qui lui permet de gagner la faculté d'approfondissement des notions fondamentales ainsi qu'une certaine modestie à l'égard de son droit national.

## Approche historique : Temps du droit, des idées et des faits politiques

---

Le temps, selon Sénèque, est le seul bien que la nature nous donne et dont il faut bien user. Rien ne se fait, ni se défait sans le temps. Les systèmes de pensée, les systèmes d'organisation se créent et s'ancrent avec le lui. « Le temps est lié à l'existence, à l'humanité. Une fois que je suis né, le temps fuse en moi [...] Je ne suis pas l'auteur du temps, pas plus que des battements de mon cœur, ce n'est pas moi qui prends l'initiative de la temporalisation ». <sup>2</sup> L'histoire reflète les temps. Il relate le temps. Il est au service de la temporalité.

Il n'en demeure pas moins que le temps et le droit sont consubstantiels. Dans sa doctrine du droit transitoire, <sup>3</sup> Jacques Héron était la véracité de l'assertion. « Les lois saisissent les faits humains, qui s'inscrivent dans le temps. Les lois sont elles aussi des faits humains, de sorte qu'elles apparaissent et disparaissent à un moment donné du temps. Cependant, une fois posées, les règles de droit établissent une relation *permanente* entre les faits qu'elles visent et les conséquences juridiques qu'elles en tirent, relation qui les rend susceptibles d'un nombre indéfini d'applications. De là vient que la succession des lois dans le temps crée une sorte de "conflit" entre toutes ces règles susceptibles de s'appliquer aux faits qui se sont produits ». <sup>4</sup>

Cependant, « la pensée politique est vivante, et c'est dans ces liens incessants entre passé et présent qu'elle montre le mieux. La pensée politique est, aussi peu disciplinée – dans tous les sens de ce mot, y compris celui qui suggérerait qu'elle n'est pas une discipline académique bien circonscrite. ». <sup>5</sup> Comment alors organiser la présentation de l'histoire hétérogène à la fois des idées politiques et du droit textuel, tout en restant contextuel ? Serait-ce la part plus grande à donner à l'histoire ou plutôt au droit et aux faits économiques à travers l'histoire ? Si les cadrans temporels sont connus (Antiquité, Moyen-âge, ...), ne faudrait-il pas éviter de faire de chaque époque historique une cloison hermétique ? Se limiter à loger une idée dans l'Antiquité grecque, ne sert-elle pas le manque de continuum de la lisibilité de ses manifestations ? La discontinuité est une faiblesse si on délaisse l'idée du passé qui n'est pas du tout passéiste, mais bien actuelle et promet de forger le futur ?

### 1. Présenter les idées et les faits en les calfeutrant dans les périodes de l'histoire, comme le Professeur Tshisungu ?

La méthode consiste à diviser d'abord l'histoire en quatre périodes classiques. Elle procède ensuite à citer les grands auteurs d'idées politiques et de construction de la norme juridique, dans les limites de chaque période historique. Enfin, elle résume les idées dans le cadre temporel ainsi tracé. La méthode a l'avantage de la localisation précise des faits dans le temps. Toutefois, il n'y paraît pas le dynamisme d'hier à aujourd'hui, ni les corrélations du génie passé

---

<sup>2</sup> MERLEAU-PONTY, *Phénoménologie de la perception*, III, 2, Tel-Gallimard, 1945, rééd. 1990, p. 488, cité par A. GONORD, *Le temps*, GF Flammarion, coll. Corpus, Paris, 2001, p. 11.

<sup>3</sup> J. HÉRON, *Principes de droit transitoire*, Dalloz, coll. Philosophie et théorie générale du droit, Paris, 1996, p.5. Il estime que le droit transitoire a pour objet de gérer [l]e conflit [des lois en rapport avec le temps], de façon à ce que puisse être déterminée la règle applicable aux faits survenus, compte tenu du moment auquel ils se sont produits ».

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> G. MUHLMANN, É. PISIER, F. CHATELET et O. DUHAMEL, *Histoire des idées politiques*, nouvelle édition refondue, PUF, coll. Quadrige Manuels, Paris, 2012, p. VII.

de la pensée avec les institutions présentes, ni leur actualité, ni les conclusions sur l'application des idées dans les institutions juridiques et les instances sociales. Le passé n'est pas si dépassé que cela, pour en placer les réalisations intellectuelles dans un coffre à la naphthaline.

Le parallèle est nécessaire à faire avec notre temps. Au cas contraire, ce serait des leçons d'histoire bien racontée, mais sans les leçons de l'histoire. Les personnages morts resteraient coincés dans le passé avec leurs pensées, sans que les contemporains ne perçoivent les stimuli sur ce que la société actuelle en a tiré et en vit comme héritage. Pourquoi le jeune congolais devrait-il sinon étudier la République d'Aristote ? La caverne de Platon ?

Il appert que « l'Histoire des idées politiques [qui] n'hésite pas à revenir aux faits, aux chiffres, aux noms propres et aux explications sommaires qui s'imposent pour saisir toute la portée des courants d'idées que chaque époque a ou faire naître ». <sup>6</sup> Il faut de toutes les façons s'efforcer de ressortir la linéarité et les effets entre idées du passé et l'actualité de leur vécu dans les institutions juridiques ou politiques.

## 2. Présenter les idées et les faits qui traversent l'histoire, en traversant les cadrons du temps ?

L'approche diachronique paraît plus dynamique quant à l'utilité didactique de l'histoire. L'étude des idées à travers l'histoire élargit le regard sur l'apport desdites idées au monde passé, présent et à venir. Cela ressort, en meilleure filigrane, la trame de construction de nos nations civilisées, leurs mutations. Cela permet aussi d'adopter une façon de projeter le monde de demain à partir des grands sujets émergents de culture juridique.

Comme le dit Jean Touchard, « Nous ne croyons guère à la "politique pure" et l'histoire » des idées politiques nous semble inséparable de l'histoire des institutions et de celle des sociétés, de celle des faits et des doctrines économiques, de celle de la philosophie, de celle des religions ; de celle des littératures, de celles des techniques, etc. Isoler quelques doctrines et les étudier [...], les confronter à une certaine idée de la science politique, à une sorte d'archétype, est une entreprise d'un incontestable intérêt ». <sup>7</sup>

En effet, nous allons faire honneur à l'école typiquement du feu Professeur Tshisungu qui a enseigné une trentaine d'années l'histoire des idées politiques. Il est cependant question d'aller au-delà de ce qui fut resté correctement historique, mais descriptif. Il faut oser la dynamique de pensée pour voir comment les formes du droit naissent aux idées de sources matérielles, avec la vertu du temps. Le temps pourrait paraître comme une « expérience dépossédante ». <sup>8</sup> Dans les sages discussions, entre les passages sur Zadig et Panglos, dans *Candide* de Voltaire, le temps passe, mais personne ne le voit passer. Il laisse néanmoins des traces sur ce qui lui résiste, selon l'expression : traverser le temps. Il est la chose dont on ne fait pas attention et dont tous regrettent la perte. Quand il est passé, il ne revient plus. En revanche, beaucoup

---

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. IX.

<sup>7</sup> J. TOUCHARD (sous la dir.), *op.cit.*, p. VII.

<sup>8</sup> A. GONORD, *op.cit.*, p. 13.



disent que l'histoire peut bégayer au regard des situations qui se répètent ou des phénomènes qui dépassent les hommes.

Les hommes de toutes les époques, de toutes les cultures, de toutes les générations ont cherché à percer le secret du temps. La firme hollywoodienne Marvel a mis en scène au cinéma Thanos, à la recherche des pierres de l'âme, de la terre, etc. La pierre du temps, selon le scénario, est la dernière pouvant doter à celui qui la porte le pouvoir d'extinction de l'humanité ou de son inverse. « Le temps revêt des formes multiples, et chacun de nous vit tantôt avec, tantôt contre lui ; le temps est là, fuse et se multiplie à mesure que les nouveautés ou les répétitions apparaissent dans notre [existence] ». <sup>9</sup> Il faut alors démonter comment les institutions ont pris naissance et quel est le devenir de la société avec les idées d'hier, leurs tendances d'aujourd'hui et leurs variantes de demain. Comme le disait Husserl, « les vécus temporels sont intentionnels, mais les vécus intentionnels sont temporels ». <sup>10</sup>

Cerner les contours du temps permet de comprendre l'état du monde. « Nous ne nous tenons jamais au temps présent. Nous anticipons l'avenir comme trop lent à venir, comme pour hâter son cours ; ou nous rappelons le passé pour l'arrêter comme trop prompt : si imprudents, que nous errons dans des temps qui ne sont pas nôtres, et ne pensons point au seul qui nous appartient ; et si vains que ne nous songeons à ceux qui ne sont plus rien ». <sup>11</sup> Nous voudrions bien en tirer la meilleure expérience. A force d'y réfléchir : « La passivité féconde de l'expérience » <sup>12</sup> se nourrit de l'activité du temps.

Avant d'aller plus loin, il convient de fixer le sens des termes de base qui explicitent l'objet du cours d'HDIPES par rapport à son intitulé.

---

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> Une lettre de Husserl à Ingarden en 1917. Leçons pour une phénoménologie de la conscience intime du temps, § 7, cité par A. GONORD, *op.cit*, p. 27.

<sup>11</sup> PASCAL, *Pensées*, 172-47, GF-Flamamation, Paris, 1976, p. 96.

<sup>12</sup> A. BARBEROUSSE, *L'expérience*, GF-Flammarion, coll. Corpus, Paris, 1999, p. 12 et s.

## Concept : Histoire

---

Le jargon peut signifier le vocabulaire propre à une profession, à une discipline tout autant qu'un langage incorrect et approximatif de profane. C'est la recherche du bien parler et non du beau parler selon un contexte.<sup>13</sup>

L'histoire est la science qui étudie les événements passés de l'homme depuis son apparition sur la terre, en vue de comprendre notre présent et de mieux scruter notre avenir. L'Histoire commence depuis l'apparition de l'homme sur terre. L'invention de l'écriture a mis fin à la préhistoire. L'histoire est divisée en quatre grandes périodes, en fonction des événements marquants qui sont considérés comme se tournants majeurs, à savoir :

- Antiquité, allant de la fin du néolithique à [...]
- Moyen-âge, allant de [...]
- Temps modernes, allant de [...]
- Époque contemporaine, allant de la Révolution française de 1789 à nos jours.

Nous accédons plus facilement à l'histoire des occidentaux et autres, car ils conservent et disposent de leurs sources documentaires, l'histoire étant alimentée des sources muettes et orales par ailleurs. Les problèmes que l'on rencontre souvent sont la fiabilité, la durabilité et la maniabilité des sources historiques. Aimé Césaire lui-même, fervent anti-colonialiste, « admet[tais] que mettre les civilisations en contact les unes avec les autres est bien ; [...] que l'échange est ici l'oxygène, et que la grande chance de l'Europe est d'avoir été le carrefour, et que, d'avoir été le lieu géométrique de toutes les idées, le réceptacle de toutes les philosophies, le lieu d'accueil de tous les sentiments en a fait le meilleur redistributeur d'énergie ». <sup>14</sup> C'est leur vécu historique qui se projette en pensées dominantes, dans la culture de l'universel, faisant d'eux l'aile marchante de la civilisation en nous plaçant à la remorque des faits et des idées...

En toute hypothèse, l'histoire n'est pas de la mythologie, ni une histoire un mythe. Elle diffère des légendes. Elle ne se résume pas en des allégories.

Le mot mythe du grec *muthos* (discours, propos, récit fictif) renferme une portée universelle. Ce sont souvent des récits collectifs et anonymes qui prennent plus de force à force qu'ils se racontent dans le temps, alors que l'histoire a tendance à souffrir de l'oubli à force du temps si on en conserve pas les faits. Les mythes sont « dans toutes les traditions avec des constantes, sous des formes différentes, par exemple les récits des déluges dans l'épopée de Gilgamesh et dans la Genèse (Arche de Noé) ». Ils s'efforcent d'apporter des réponses aux grandes questions sur l'origine du monde : comment l'univers est-il apparu ? Pourquoi l'homme est-il mortel ? Comment la terre fut-elle créée ? etc. ils sont constitués de récits imaginaires et fabuleux sans rapport avec une quelconque réalité historique. Ils racontent des péripéties qui se situent hors du temps. Ils mettent en scène des personnages hors du commun mêlés à

---

<sup>13</sup> *Le Petit Larousse illustré 2004*, V° Jargon, pp. 565-566.

<sup>14</sup> A. CESAIRE, *Discours sur le colonialisme suivi de Discours sur la négritude*, Présence africaine, Paris, 1955 et 2004, p. 10.

des événements extraordinaires. Ils décrivent certains aspects de la condition humaine en utilisant les dieux de l'Olympe.<sup>15</sup>

Tel est le cas de Thésée et la toison d'or ou celui d'Hercule et ses douze travaux, ces demi-dieux qui se découvrent face à l'épreuve. Ils obtiennent finalement de l'épreuve surhumaine le mérite du statut privilégié de leur naissance, mi-homme, mi-surhomme. C'est finalement chacun d'eux qui sommeille en nous.

### **Encadré I**

Les mythes peuvent être répertoriés en différentes catégories :

1. les *mythes cosmogoniques* qui racontent la naissance du monde : Thor, Noé, Nemrod, Janus ;
2. les *mythes théogoniques* qui relatent la naissance des dieux : Odin, Seth ; Thot, Pandore ;
3. les *mythes de la quête d'immortalité* : Gilgamesh, Siegfried, Hermès, Trismégiste, Faust, Philémon et Baucis ;
4. les *mythes du héros cultivateur* : Prométhée, Hercule ;
5. les *mythes eschatologiques* qui instruisent du devenir après la mort : Ishtar, Orphée, Psyché.

Source : I. MAINGUY, *3 minutes pour comprendre les 50 plus grands mythes et légendes initiatiques*, Le Courrier du Livre, Paris, 2018, p. 7.

Les légendes sont des récits extraordinaires désignant étymologiquement « ce qui doit être lu » lors de la fête du saint du jour, c'est-à-dire sa vie exemplaire. Elles sont différentes du mythe. Elles trouvent leur « origine dans une réalité historique tirée d'un événement ou d'un personnage [ayant] réellement existé ». L'évènement ou le personnage du passé qui en est l'inspiration s'amplifie et se transforme à l'aune de l'imagination faisant appel à des enchanteurs comme Merlin, des fées comme la Dame du Lac, des sorcières comme Morgane, dûment placés sur la destinée des hommes ou sur la trajectoire sinueuse de leur destin. Il peut aussi s'agir des lieux géographiques précis ou d'anti-légendes comme Don Juan (jeune aristocrate séducteur des femmes pour abuser d'elles) ou Dracula (cf. Vlad l'Empaleur, prince de Valachie au XVe siècle auteur d'actes sanguinaires).<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> I. MAINGUY, *3 minutes pour comprendre les 50 plus grands mythes et légendes initiatiques*, Le Courrier du Livre, Paris, 2018, p. 6.

<sup>16</sup> *Ibidem*, pp. 7-8.

## Encadré II

Les légendes peuvent aussi être classées en différentes catégories :

1. Celles qui retracent une *quête initiatique* : Ulysse, Perceval, Galaad, Gargantua, Gulliver, Christian Rosenkreutz ;
2. Celles dans lesquelles *l'homme se fait démiurge*<sup>17</sup> : Le Golem, Pygmalion ;
3. les *légendes fondatrices d'une ville* : Rome avec Romulus et Rémus ; Vilnius avec le grand duc Gediminas ;
4. les *légendes de la construction* : le temple de Salomon à Jérusalem avec Hiram et Maître Jacques qui tous deux sont assassinés [pour leur arracher leur secret] ou la légende de Quatre Fils Aymon, liée au chantier de la cathédrale de Strasbourg ;
5. les *légendes de la tentation de l'amour absolu* : Tristan et Iseult, Héloïse et Abélard, Salomon et la reine de Saba, Dante et Béatrice, Shéhérazade et Shariar.
6. les *légendes de justiciers* : Sisyphe, Robin des bois, Ivanhoé, Don Quichotte, Zorro.
7. les *légendes d'êtres mystérieux* qui ont une prescience de l'avenir : Nostradamus, le Comte de Saint-Germain, Cagliostro, Casanova.

I. MAINGUY, *3 minutes pour comprendre les 50 plus grands mythes et légendes initiatiques*, Le Courrier du Livre, Paris, 2018, p. 8-9.

L'allégorie est une personnification d'une vertu ou d'un vice, sous une forme humaine accompagnée d'attributs caractéristiques.<sup>18</sup> L'allégorie de la caverne de Platon est une des plus répandues : des êtres enchaînés qui ont le dos tourné par rapport à l'objet à observer. Un feu leur en donne l'ombre déformée sur la paroi d'une caverne. Une fois libérée de leurs chaînes, sans jamais avoir vu l'objet originel, ils doivent le reproduire dans le monde libre.

En définitive, l'histoire est la science qui étudie le passé de l'homme, des sociétés et des individus, le déroulement des faits humains dans le temps et dans l'espace. (Tshisungu) Notre étude met l'accent sur l'évolution des institutions juridiques qui sont nées des idées à travers les temps et des phénomènes socio-économiques à travers différentes ères de civilisation.

---

<sup>17</sup> Démiurge : personne qui exerce une action créatrice sur une matière déjà existante pour réaliser une œuvre.

<sup>18</sup> I. MAINGUY, *op.cit*, p. 34.

## Histoire du Droit : Sens assumé de Droit comparé

---

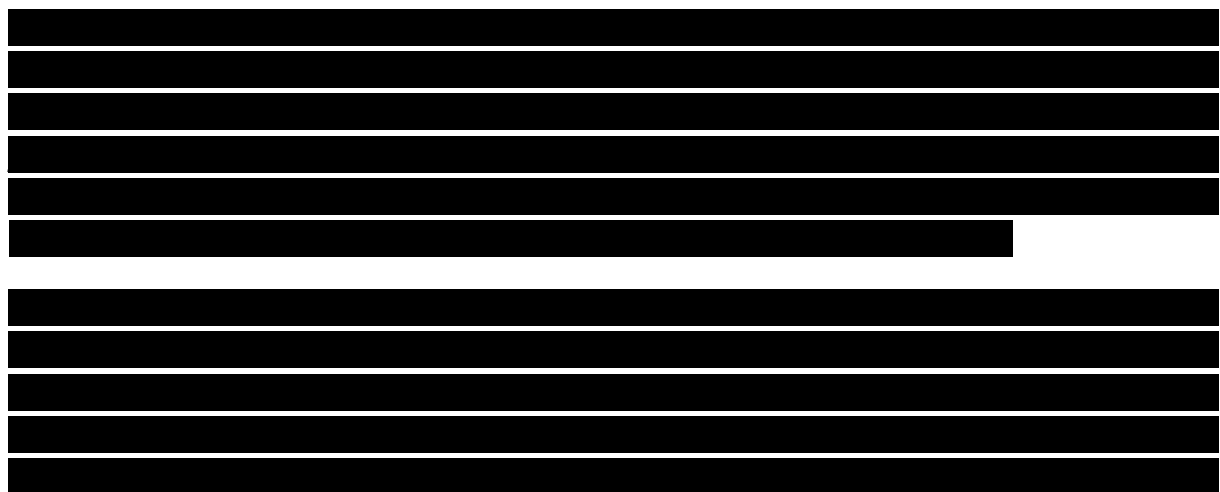
Pourquoi accorder une part importante dans l'étude historique des idées et des instances sociales (coutume) ou institutionnelles, soit-elles politiques ou judiciaires) qui sanctionnent une obligation de valeur générale et impérative ?<sup>19</sup>

Selon les temps et les lieux, les systèmes juridiques ont combiné au droit positif, sous des formes, manifestations ou expressions diverses, des aspects du droit naturel. Ces derniers sont comme relevant d'un ordre supérieur, immuable, inscrit dans la nature elle-même. Ils inspirent le droit en vigueur dans une société donnée, à un moment donné. Le droit d'ici et de maintenant correspond au droit positif. Dans le cadre du cours, le droit n'est pas limité à sa définition technique. Bien entendu, c'est l'ensemble des règles de conduite, générales et impersonnelles, édictées et sanctionnées par l'autorité publique en vue d'assurer dans une société donnée l'ordre le plus favorable au bien commun. Bien plutôt, notre intérêt pour le droit est davantage dans son acception comme science, branche du savoir.

L'histoire du droit et le droit comparé correspondent aux mêmes attitudes d'esprit. Qu'on ait une vision verticale ou horizontale des systèmes juridiques conduit d'autant plus à comparer des sources, des évolutions et des influences que les deux lignes se recoupent nécessairement. Les premiers comparatistes ont dû être des historiens, comme d'ailleurs aussi les premiers sociologues du droit. Et, pour prendre un exemple relativement récent, celui de Max Weber est évident.

Il avait déjà été dit que les combinaisons histoire-droit comparé sont consubstantielles.

En premier lieu, elle permet de remonter aux sources et spécialement aux bases philosophiques des systèmes [juridiques]. Le droit romain – qu'il s'agisse du droit romain classique ou du droit byzantin – et, plus tard, le droit canonique sont de bons exemples méthodologiques. Et l'on aboutit même à l'ethnologie juridique. De Tacite à Lévi-Strauss, on peut découvrir les mêmes phénomènes sociaux et leurs mécanismes de régulation. Que sont les *Leges Barbarae* par rapport au droit de la prévide gallo-germanique ?



---

<sup>19</sup> Cf. pour définition du droit selon l'idée que s'en font les hommes les moins instruits » : J.-M. CARBASSE, *Les 100 dates du Droit*, PUF, coll. « Que sais-je ? », Paris, 2015, p. 3.

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

## **Idées de l'histoire et histoire des idées entre idéologies et sources réelles du droit**

---

L'importance de l'histoire peut s'attacher au questionnement qu'elle soulève sur l'expérience et la causalité.<sup>20</sup> Hume est intéressant au sujet de l'importance de l'histoire. Cette dernière est un grenier d'un vécu non-reproductible à l'arbitraire, car il est déjà figé dans le passé. « Si un objet se présente à nous et qu'on nous demande de nous prononcer sur l'effet qui en résultera sans consulter l'expérience passée, de quelle manière faut-il [...] que l'esprit procède à cette opération ? Faut-il qu'il invente ou qu'il imagine un évènement qu'il attribuera à l'objet comme effet ? Manifestement, il faut que cette invention soit entièrement arbitraire. [Or l'histoire est pleine d'exemples et d'expérience, comme un livre ouvert avec d'incommensurables « amas de connaissance »] ? Selon Hume, « le lien supposé ou la connexion entre la cause et l'effet, qui les lie l'un à l'autre et rend impossible qu'un autre effet puisse résulter de l'opération de cette cause »

1. Une idée est une représentation mentale ou intellectuelle d'un objet, d'une chose, d'une réalité.  
<sup>21</sup> L'idée produit un jugement en tant qu'affirmation intellectuelle d'un rapport de convenance ou de disconvenance entre deux concepts. Il est alors le siège de la vérité ou de l'erreur.<sup>22</sup> « Rien ne semble plus opposé que l'expérience d'un côté, l'action et la pensée de l'autre ; rien ne semble plus opposé que l'expérience et le jugement , résultat de la pensée active et initiateur de l'action ».<sup>23</sup> « Il est impossible de s'imaginer ce que l'on peut éprouver [...] si l'on a jamais. En réalité, fait réellement l'épreuve de cette situation ». Comme on ne peut pas vivre toutes les situations, il est possible d'étudier les réalités de ceux qui ont vécu ces situations, leurs expériences et les idées-motrices qui ont impulsé leurs actions, forger les puissances, causer des déclins ou consignés dans des textes.
2. Comment le monde de l'histoire produit-il des idées ? Comment des puissances qui y croient et s'organisent selon ses principes pour les imposer à d'autres. ?

**2.1.** Locke affirme que l'origine des idées est double : la sensation et la réflexion. « Les hommes ont plusieurs idées dans l'esprit » (qui ne se manifestent pas toujours de manière opérative sur le monde) « Tous les hommes ont des *idées innées*, certains caractères originaux qui ont été gravées dans leur âme, dès le premier moment de leur existence ». Il ajoute : « au commencement l'Âme est ce qu'on appelle une *Table rase (Tabula rasa)* vide de tous caractères, sans aucune idée, quelle qu'elle soit. Comment vient-elle à recevoir des idées ? Par quel moyen en acquiert-elle cette prodigieuse quantité que l'Imagination de l'Homme, toujours agissante sans borne, lui présente avec une variété presque infinie ? d'où puise-t-elle tous ces matériaux qui font comme le fond de tous raisonnements et de toutes ses connaissances ? A cela je [Locke] réponds en un mot l'Expérience : c'est le fondement de toutes nos connaissances et c'est de là qu'elles tirent leur première origine.

---

<sup>20</sup> HUME, Enquête sur l'entendement humain, trad. A. Leroy, revue par M. Beyssade, GF-Flammarion, 1983, pp. 87-89.

<sup>21</sup> H.J. DUBOIS et L.VAN DEN WIJNGAERT, *Initiation philosophique*, éd. revue et mise à jour par J.-L. Prétat s.j., Centre de recherche pédagogique (CRP), Kinshasa, 1997, p.164.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 169.

<sup>23</sup> A. BARBEROUSSE, L'expérience, GF-Flammarion, coll. Corpus, Paris, 1999, p. 13.

Les observations que nous faisons sur les objets extérieurs de notre âme, ou sur les opérations intérieures de notre âme. »

D'une part, les objets de la sensation sont la première source de nos idées. Les objets agissent sur nos sens et produisent « plusieurs perceptions distinctes des choses ». Ce sont nos sens qui « font passer des objets extérieurs dans l'âme, ce qui y produit des sortes de perception ». C'est au sens de Locke, l'entendement qu'il appelle sensation. Les idées sont notre perception du monde et leur projection est un idéal qui fédère les hommes autour des systèmes de pensée, autour des doctrines, autour d'une communauté de vie, etc.

D'autre part, Locke s'évite de donner à la réflexion « le nom de Sens extérieur [arguant que cela] ne lui conviendrait pas mal ». Il nomme ainsi l'autre source de nos idées hormis l'entendement, « parce que l'âme ne reçoit par son moyen que les idées qu'elle acquiert en réfléchissant sur ses propres opérations ». Toutes nos idées viennent de l'une ou l'autre des deux sources qui sont des Principes premiers, à savoir : les choses extérieures et matérielles qui sont l'objet de la sensation [perception intérieure du monde extérieur] et les Opérations de notre Esprit, qui sont l'objet de la Réflexion. »

**2.2.** Chez Platon, il s'écrivit toujours « Idée » avec i majuscule. Il prenait le sens philosophique, elle est formée des espèces des choses que contiennent raison et intelligence.<sup>24</sup> Kant va plus loin que Platon, avec le mot « idée » pour atteindre la dimension des « idées transcendantes ou idées de la Raison pure ce qui, dans notre pensée, non seulement ne dérive pas des sens, mais dépasse même les concepts de l'entendement, puisque l'on ne peut rien trouver dans l'expérience qui en fournisse une illustration. Il entend par « idée un concept nécessaire de la raison, auquel aucun objet adéquat ne peut être donnée dans les sens ». Kant réfère, certainement en réponse à Locke, les idées cosmogoniques à l'âme, le monde et Dieu. La Raison pure aboutirait à trois sciences : la dialectique, la transcendance et la Réflexion sur la psychologie. Le concept doit se disséquer alors en : représentation sensible, en notion (entendement) et en idée.<sup>25</sup>

**2.3.** En dépit de toutes les discussions ci-dessus, l'idée est le synonyme de concept mais « en tant qu'acte ou qu'objet de pensée, non en tant que terme logique. "L'idée de Dieu ; l'idée de temps" ». <sup>26</sup> Un sens plus opératif et plus vivant de l'idée est donné en matière de l'esthétique par Hegel ou Lamennais : le Beau se détermine comme la manifestation sensible de l'idée » et « la manifestation sensible de l'idée... est l'objet de l'art ». <sup>27</sup>

3. L'idée peut aussi être la préconception, dans l'esprit, d'une chose à réaliser. Cela peut être un projet, un dessin, une architecture, une invention.
4. L'histoire des idées est donc observation sur les objets, les matériaux que le passé nous a légués, que le présent subit, vit ou peut utiliser comme outils intellectuels pour mieux

---

<sup>24</sup> AST, *Lexicon Platonicum*, II, 87 : « *Sensu philosophico est forma vel species rerum quae ratione et intelligentia continetur, hoc est aeterna et immutabilis, exemplum (verrn. Urbild, Idee, Wesen an Sich. [...])* ».

<sup>25</sup> A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF/Quadrique, Paris, 2002 (1926), V° idée, p. 447.

<sup>26</sup> A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF/Quadrique, Paris, 2002 (1926), V° idée, p. 447.

<sup>27</sup> HEGEL, *Vorlesungen über die Aesthetik*, 1, § 1. LAMENNAIS, *Esquisse d'une philosophie*, livre VIII, ch. 1. Cf. A. LALANDE, *op.cit.*, p. 446-447.



comprendre les réalités et qui peuvent porter le futur. L'histoire n'est pas à ranger dans les sciences exactes dont les phénomènes d'expérience se reproduisent à l'envie dans les mêmes conditions d'expérimentation produisant des formules ou dans les mêmes conditions de température et de pression encadrant les incertitudes des variables dans des formules constantes.

5. La doctrine et les idéologies n'en sont pas loin, car l'emploi est du « mot Opérations pour signifier les actions de l'âme concernant ses idées, mais encore certaines Passions qui sont produites quelquefois par ces idées, comme le plaisir ou la douleur que cause quelque pensée que ce soit ». C'est l'espace de la doctrine comme dogme répondant des croyances et qui portent en transe les hommes au péril ou en négation de leur vie à des méfaits ou à des hauts faits. Les idées sont de qualité sensible tout comme elles peuvent nourrir l'entendement pour pousser davantage ses propres opérations invisibles. Ce qui se manifeste physiquement a donc, pour ainsi dire, des bases invisibles et ce qui est visible alimente l'invisible.
6. Le terme « idéologie » est à percevoir au sens positif ou au sens péjoratif. Au sens positif, c'est la science des idées. Elle sert à décrire la vérité et à mener l'opinion à prendre conscience de la réalité (Professeur Tshisungu). Au sens péjoratif, c'est une doctrine dévoyée vers les croyances qui sont acceptées par la foi. (Professeur Tshisungu)
7. La distinction entre « doctrines politiques » et « idées politiques » est fondamentale. D'après le Littré *la doctrine est* « l'ensemble des dogmes, soit religieux, soit philosophiques, qui dirigent un homme dans l'interprétation des faits et dans la direction de sa conduite ». <sup>28</sup> Larousse confirme qu'il s'agit de l'ensemble des croyances, des opinions ou des principes d'une religion, d'une école littéraire, artistique ou philosophique, d'un système politique, économique, etc. <sup>29</sup> Il est clair que quand on parle de la doctrine d'Aristote, il est question d'analyse théorique des faits et la pensée politique qu'aborde cet auteur. Des qualificatifs, comme dans le cas des « doctrines révolutionnaires », sont aussi possible en fonction de la portée des idées. La « doctrine médiévale du pouvoir » est aussi un trait de la période caractéristique de sa production ambiante, en l'occurrence les théories de pouvoir de droit divin.

---

<sup>28</sup> J. TOUCHARD, *Histoire des idées politiques, des origines au XVIII<sup>e</sup> siècle*, 3<sup>e</sup> éd., PUF Coll. Quadrige Manuels, t. 1, Paris, 2016, p. VI.

<sup>29</sup> *Le Petit Larousse illustré 2004*, V<sup>e</sup> doctrine, p. 343.

## Concept : Politique

---

La politique se réfère à la forme du pouvoir et à l'organisation de l'Etat parce que selon l'histoire la République fut une grande idée et l'Etat une grande construction d'un être juridique d'envergure : le Léviathan de Hobbes à qui chacun cède sa parcelle de liberté pour de la protection. Le contrat social de Rousseau affine l'idée. (Professeur Tshisungu).

Tous les Etats ne sont pas organisés de la même manière. Royaume, Empire, République, d'où viennent leurs fondements ?

Quelques idées à développer : Etat de droit, Mondialisation, République, Démocratie, Mondialisation gouvernance, Alternance... **[Rédaction réservée]**

La mondialisation : une politique publique constante depuis le XIII<sup>e</sup> s avec les portulans, les explorations, les grandes découvertes, la conférence de Berlin de 1885, la colonisation... **[Rédaction réservée]**

## Concept : faits économiques

---

L'économie est l'ensemble des activités de production, de distribution et de consommation des richesses. Ce qui est économique est tout ce qui peut rapporter de l'argent et qui entre dans la vie des affaires. On y rencontre les commerçants qui font profession d'actes de commerce. On y rencontre également des artisans vivant de leur habileté manuelle. On y rencontre des libéraux vivant de leur expertise intellectuelle, sans subordination hiérarchique d'employeur. On y rencontre des agriculteurs tirant profit du cycle biologique et animal naturel. On y rencontre des employeurs qui spéculent sur le travail de leurs employés.

L'apogée et le déclin des civilisations justifient d'observer les faits et les idées économiques à travers le temps. Le modèle économique a souvent orchestré le mode d'organisation sociale. Ainsi, certaines civilisations prospèrent avaient leur succès économique sur leur dextérité commerciale ou alors sur l'exploitation des peuples, des richesses pérégrines ou sur les terres étrangères.

Ainsi en est-il de :

- la civilisation phénicienne qui est reconnue comme celle qui déploie encore à ce jour, à travers le peuple Libanais, une particulière ingéniosité pour le commerce ;
- la civilisation hébraïque qui est caractérisé par l'Exode, la conquête du pays où coule le lait et le miel ainsi que la pratique sans scrupules de l'usure à la différence des préceptes économique-économiques religieux, spécialement musulmans, prohibant pour le peuple arabe l'offre du prêt financier avec un intérêt ;
- la Grèce qui reste, en tous branches philosophiques, le phare mondial et intemporel des arts et des lettres, avec ses philosophes comme Socrate, Aristote, Platon, etc. dont les idées sont aussi contemporaines qu'à leurs origines ;
- la Rome antique qui fut également une puissance militaire mais aussi à ce qui ne le paraît pas toujours, une puissance économique-agricole.

Cet état des choses, au sujet de la Rome antique, nous fait comprendre l'idéal politique romain sous César. C'était d'étendre l'emprise de Rome sur les barbares, les réduire à l'esclavage au profit de l'économie agricole et domestique romaine et ne préserver le droit de cité qu'avec parcimonie aux citoyens. Rome aura légué à l'occident son paradigme de puissance (conquérante et économiquement stable) au regard de la valeur attaché à la terre, à la cité et à la citoyenneté.

Dans l'aperçu de la tradition juridique orientale de l'Antiquité, c'est l'empire romain qui permet de définir les frontières aux droits et leur rattachement à la Cité. De là vient l'incubation d'une identité juridique originale avec un tournant irréversible pour l'Occident, à savoir : la rupture avec l'orient, les coexistences des traditions juridiques, la personnalité des lois. C'est ainsi que plus tard naquit et se consolida au XII<sup>e</sup> au XV<sup>e</sup> siècle la famille romano-germanique, avec la révolution des droits savants et des droits propres à la France. L'ordre juridique a connu des agencements aux XVI<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles, pour notamment : l'affirmation d'une tradition juridique et l'autonomie du droit public. Le XX<sup>e</sup> siècle reste marquant de l'établissement d'un système juridique post-révolution française.

# Bibliographie



## Le droit civil, héritage du droit romain et pas que...

Le droit est un phénomène de civilisation. Il ne peut être détaché de la société qu'il organise. « La civilisation est une architecture de réponses. Sa perfection se mesure au confort que l'homme y éprouve, à l'appoint de la liberté qu'elle lui procure.<sup>1</sup> » Notre système juridique porte l'empreinte d'une longue histoire des institutions juridiques, marquée par des modèles de civilisation. Il est non seulement la somme résiduelle des droits révélés de souche mésopotamienne, mais aussi des passages indélébiles de la Rome antique, dont le modèle fut influencé par la civilisation grecque. Les fondements gallo-germaniques s'y retrouvent également.

<b>Avant l'invention de l'écriture</b>	<b>Droits cunéiformes ou droits révélés</b>
Préhistoire	Apparition des peupl(ad)es de civilisation mésopotamienne
Homme supposé à l'état de nature, néanmoins animal social	Plusieurs modèles akkadiens
Embryon d'organisation sociale, avec des traces paléolithiques	- Loi de talion - Code d'Hammourabi - Dix (lois) commandements de Moïse
Présumé d'un droit diffus au titre de droit naturel, en vertu de l'adage <i>Ubi societas, ubi lex (ibi jus)</i>	Caractère des droits révélés c.-à-d. d'inspiration divine, traduisant la cosmogonie des peuples des civilisations mésopotamiennes

<b>Egypte antique</b>	<b>Droit hébraïque</b>
Archétype de Pharaon, au sens étymologique de « Pêrea », grande maison, palais, au sens contextuel de celui qui habite le Grand Palais	- Remise en question du pouvoir pharaonique - Démarcation des traditions égyptiennes - 10 commandements de Moïse
Pharaon : vicaire terrestre du dieu soleil, avec deux attributs essentiels, comme facultés supranaturelle : - le <i>Sia</i> : « discernement » - le <i>Hou</i> : « parole créatrice » pulsion irrésistible du cœur dont l'expression est écrit en son moment par le scribe en devenant le décret royal	Lois révélées à Moïse par Dieu sur le Mont-Sinaï
Pharaon détenteurs de cinq noms et de trois pouvoirs : - Chef de l'Égypte - Administrateur de la Terre - Pouvoirs mystico-religieux	Source de la culture judéo-chrétienne aux valeurs humanistes du droit
Pharaon agit par décret royal appelé « rescrit »	Trace d'inspiration du code pénal et de la déclaration des droits de l'homme

<sup>1</sup>Ch. AMIDOU KANE, *L'aventure ambiguë*, Paris, Julliard, 1971 [1961], p. 80.

<b>Grèce antique</b>	<b>Rome antique</b>
Modèle de Cité-Etat	Royauté – République – Empire
Pensée juridique de Platon (avec son œuvre <i>La République</i> ) et d'Aristote (avec son œuvre <i>La Politique</i> )	Expériences politiques des rois étrangers, chassés pour placer un « dictateur », le temps nécessaire de disposer des institutions très modernes par rapport à leur temps
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Démocratie athénienne et liberté</li> <li>- Dracon : droit pénal inspiré des droits cunéiformes</li> </ul>	Institutions politiques et <i>cursus honorum</i> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Sénat</li> <li>- Consulat</li> <li>- Questure</li> <li>- Préture (administration de la justice)</li> <li>- Edilité</li> </ul>
Apports antiques au droit contemporain : <ul style="list-style-type: none"> <li>- hypothèque,</li> <li>- gage,</li> <li>- antichrèse</li> <li>- influence culturelle grecque sur Rome dans le domaine des arts et de la culture</li> </ul>	Apports antiques au droit contemporain : <ul style="list-style-type: none"> <li>- Rattachement du droit à des frontières avec la notion de « droit de cité », (<i>civitas</i>), la citoyenneté romaine accordant le bénéfice d'application du droit romain comme avec l'apôtre Paul de Tarse</li> <li>- Droit essentiellement civil (<i>civis</i>, citoyen)</li> <li>- Droit forgé par la pratique</li> <li>- Droit quiritaire avec des formules sacramentelles (adages) sous forme de procédure-formulaire</li> <li>- Droit écrit avec la Loi des XII tables et les édits prétoriens</li> <li>- Premières écoles d'études du droit</li> <li>- Présence des « pontifex » ou juges-prêtres ayant siège à Rome, à la différence des prêtres officiant (comme ancêtre des procureurs) sur des places de marché ou en pérégrination</li> <li>- Décision de l'empereur Justinien de faire de la chrétienté la religion d'Etat</li> </ul>

## Pour la grande petite histoire...

### Le passage des systèmes de droit mésopotamien

Les plus vieilles lois remontent aux civilisations mésopotamiennes à l'instar du Code Hammourabi. Les civilisations égyptienne et hébraïque restent marquantes en leur ayant succédé. Dans la suite de l'histoire, l'une des plus grandes civilisations était romaine. L'application du droit était largement attachée à la détention de la citoyenneté. De la Rome antique se dégagent des principes qui assuraient la justice uniquement aux citoyens romains, du nombre de ceux qui naissaient romains par me sang ou de ceux qui acquéraient la citoyenneté.

### Le droit romain

Le droit romain était un droit essentiellement quiritaire. Il fallait le demander, le requérir. Le droit romain était dit par les pontifes (*pontifex*). Ces derniers, à un moment donné au nombre de 12, étaient basés à Rome, la capitale du grand empire qui s'étendait de l'Europe occidentale jusqu'à Alexandrie (Egypte, en Afrique), voire en Asie.

Dans son expression, le droit restait ésotérique car seuls les citoyens romains, par une initiation, savaient quelle formule plus ou moins secrète utiliser vis-à-vis des prêtres pour dire telle chose leur appartenait. Et ce, qu'il s'agisse de revendiquer la propriété querellée d'un esclave ou que telle personne est redevable.

De plus en plus que l'empire s'étendait, il devenait davantage difficile d'arriver à Rome pour obtenir justice. À l'exemple de Paul de Tarse (actuelle emplacement de Chypre), celui-ci fut arrêté à Ephèse, une colline romaine et allait être condamné selon une loi étrangère. Il évoqua sa citoyenneté romaine. Il eut fallu qu'il soit conduit jusqu'à Rome pour y être jugé.

Le droit romain consistait en un droit de propriété parce que la plus grande richesse des romains était la culture de la terre (la féodalité). Ce qui faisait que la plus part de leurs conflits portaient sur les terres, les esclaves, etc.

Une autre caractéristique du droit romain est liée à l'autorité parentale exercée par le père de la famille. Ce dernier avait le droit sur toutes les personnes qui habitaient chez lui, y compris leurs biens. Ce droit s'étendait même sur la vie ou la mort de celles-ci. Seul le *pater familias* (père de famille) pouvait exercer une action devant les prêtres. C'est de là que la notion de la qualité tire son origine. Seul le père de famille était initié à des revendications de droit traduites en des incantations religieuses. On ne pouvait pas parler à un juge que si on sait utiliser une formule (un langage) mystique pour qu'il puisse comprendre la revendication.

Avec le temps, d'autres personnes qui n'étaient pas des romains faisaient des affaires avec les romains ou encore des colonies vaincues par César et qui sont entrées dans l'empire Romain. Il s'était posé alors la problématique de savoir s'il était possible, dans un même empire, d'appliquer à certaines personnes le droit étranger et aux autres le droit romain. Ce qui a conduit à la fiction juridique. Les personnes qui n'étaient pas des romains étaient considérées comme romaines pour que le droit romain leur soit applicable.

Il continuait à être difficile d'aller tous vers les 12 prêtres qui avaient aussi d'autres activités à réaliser. C e qui avait conduit à l'instauration d'une structure intermédiaire des « procureurs ». Le procureur était un forain. Il se tenait au marché et faisait les premières vérifications en arrangeant les dossiers tout en donnant son avis. Le procureur ne faisait pas partie de la

confrérie des juges. Il était un agent public qui facilitait l'accès à la justice. Il tenait son office dans les places publiques et n'avait donc pas de sièges. Raison pour laquelle on parle de magistrat debout (procureur) et du magistrat assis (juges). Le dernier a un siège alors que le premier n'en a pas.

Ce droit romain incantatoire n'était pas écrit. Il faisait partie d'un rituel religieux. Ainsi, pour prouver que vous êtes propriétaire d'un terrain avant chaque vente par exemple, vous devez faire le tour de l'ensemble du terrain. Aussi en cas d'un conflit foncier, le requérant devait apporter une poignée de la terre prise sur le terrain querellé et l'apporter devant le pontife. Le requérant devait jurer que cette terre est celle que ces ancêtres lui ont léguée en citant tous leurs noms en récitant une formule appropriée. L'accusé devait aussi faire de même. Ce cas illustre bien le mélange de la religion et de la coutume.

En ces temps, l'idée de propriété intellectuelle n'existait pas encore. La propriété ne s'attestait pas sur une feuille de papier. Il fallait être capable de monter sur le dos de la chose sans que celle-ci ne s'y oppose ou la tenir au coup. La preuve était toujours une preuve matérielle. Les bêtes devaient entrer chez les pontifes lorsqu'il fallait que le prétendant prouve que celles-ci lui appartenaient. Ce qui ne se fait plus de nos jours car la propriété peut se prouver sur une feuille de papier (documents, pièces).

Réalisant le caractère oral de certaines règles, et vu que des nombreuses affaires questions revenaient toujours, les procureurs ont commencé à codifier certaines règles. C'est comme ça qu'on a parlé du droit écrit.

Le préteur (*pretor ou praefectus* ?) est devenu notre procureur aujourd'hui. C'est à partir du travail des préteurs que le droit romain est devenu un droit écrit. Il fallait rendre le droit disponible à tous. À travers le travail des "*praefectus*" (?) (magistrats forains), elle devint le successeur du droit romain. Le *praefectus* (?) est un fonctionnaire qui avait pour rôle de préparer les dossiers des citoyens. Il faisait office de parquet. Par la suite, il faisait des règles prétoriennes sous forme d'édits.

Lorsque l'empire romain disparaît, c'est l'église catholique qui reprend l'héritage du droit romain. En cette période, il y avait un nombre limité des procédures et des droits qu'on pouvait évoquer. Avec l'évolution, les droits qu'on peut évoquer portent sur les choses, les obligations, les personnes ainsi que les droits portant sur la responsabilité de ces personnes. Ce qui constitue la sphère du droit civil.

Le droit civil est celui qu'un citoyen romain avait par la coutume, par le fait qu'il était citoyen romain. C'était un droit qui portait sur les choses, les obligations et les personnes. Les obligations permettaient d'exiger à une personne de réparer le préjudice qu'elle a causé à autrui. Il y avait des procédures du genre *os fractum*, c'est-à-dire que si quelqu'un a cassé l'os d'un esclave d'autrui, il sera obligé de dédommager son maître. C'est ici qu'est née la notion de réparation.

En ce qui concerne les personnes, il y avait celles qui étaient nées romains, des esclaves affranchis, des étrangers qui avaient acquis la nationalité romaine. Ici, il eut fallu catégoriser les personnes ainsi que leurs droits.

Au contact plus fréquent avec les étrangers, par une fiction juridique, on a fait l'extension de la *pax romana* et de la *lex romana* aux étrangers ayant le droit de cité (*jus civile*) ou étant des hommes libres (*jus gentium*).

Avant que l'église catholique ne se mêle au droit romain, plusieurs éléments du droit actuel étaient déjà présents en droit romain, à savoir :

- la présence du juge ;



- la présence du facilitateur (celui-ci n'était pas parmi les initiés 'pontifes', mais il faisait l'intermédiaire entre les pontifes et les requérants) ;
- la notion de la preuve (apporter au tribunal une poignée de terre d'un terrain querellé) ;
- la visite des lieux (faire le tour de la concession avant la vente).

En ce temps, il s'est remarqué la présence des personnes morales. Plusieurs familles pouvaient se réunir et décider d'exploiter en commun une seule terre. A partir de ce moment ils ont commencé à créer des sociétés.

## Le droit canon

Le droit canon est venu après le droit romain et en continuité, tout en agissant avec la souche du christianisme. Il a agi sur le droit civil des nations affranchies du pouvoir impérial de la Rome antique. C'est le droit de l'église catholique. Celui-ci est venu développer plusieurs notions qui restaient limitées dans le droit romain. C'est l'église catholique qui a aménagé le droit tel que nous l'avons aujourd'hui.

Avec le droit canon, il y a eu plusieurs doctrinaires dont Ulpian qui ont construit des disciplines juridiques. Par le droit canon, l'église catholique s'est investie dans la légitimation et l'organisation du pouvoir des Rois et Empereurs. Le pouvoir qui devait s'acquérir par les armes conduisait le vainqueur à être Roi. Pour organiser sa succession, l'église donnait des justificatifs pouvant faire accepter telle ou telle autre personne au trône.

Jusqu'à la révolution française de 1789, le « droit canonique » régissait les questions du mariage et des testaments, en suppléance au droit civil.

L'accord Latran de 1909 marque la séparation de l'église et l'État (Vatican et Rome). Avant cette période, tous les Rois et Empereurs devaient être acceptés par Vatican pour qu'ils soient légitimes. De la même manière, il y avait un cardinal à côté de chaque Roi et Empereur.

Ainsi, au-delà de la conception du droit civil romain, le droit canon avait créé d'autres embranchements du droit. L'église qui s'occupait de la légitimation du pouvoir s'est penchée vers le droit public. Lorsqu'on a mis fin à la théocratie (soumission de l'État à l'église), il était important de trouver d'autres théories qui devraient expliquer pourquoi l'État existe et d'où vient son autorité. C'est ainsi que les constitutions ont commencé à être établies.

Depuis ce temps, le droit n'a plus eu besoin d'un fondement religieux, ni coutumier. Le droit est maintenant produit par un législateur qui est lui-même soumis à la constitution. Et l'État lui-même n'est plus créé par Dieu mais par une constitution. Tous les pouvoirs sont limités dans la constitution.

Le droit qui concerne les personnes, les objets et les obligations entre individus est appelé droit civil. Le droit public a été ajouté plus tard pour organiser le pouvoir dans une société. Ici, on n'avait plus besoin du droit divin. Si le droit romain était trop attaché aux cultes religieux, c'est parce qu'il était du droit pratique attaché au culte divin lui-même attaché à la mythologie du panthéon des dieux. Aujourd'hui, nous avons un droit laïc. Celui-ci obéit à des principes qui ne sont pas forcément divins (religieux). Ce sont des principes philosophiques, liés à la réalité de la vie ou à l'utilité de la loi par rapport à la société et aux besoins de la société.

Sous l'empire romain on ne pouvait pas mentir aux prêtres sous peine de mourir. Dans le droit actuel qui est laïc, cette pratique est restée sous forme de serment. Le serment est acte à la fois civil et religieux par lequel on prend Dieu vengeur à témoin de la sincérité de son acte.

Aussi, il est difficile de faire une démarcation entre le droit totalement laïc et le droit divin. Les choses en droit romain par exemple, étaient caractérisées par le fait qu'on pouvait les enchaîner ou les piétiner, qu'on pouvait monter sur leur dos ou qu'on pouvait les tenir par la main. Les esclaves qui étaient considérés comme des choses étaient constamment enchaînés, ou s'ils n'avaient pas leurs chaînes, ils avaient des bracelets qui montraient qu'ils n'étaient pas d'hommes libres, et qu'ils étaient une propriété de telle personne.

Avec le droit laïc, c'est la liberté de conscience. On a mis les principes comme des représentations allégoriques de ce qui nous dépasse et qui appelle à notre soumission. Le rôle que Dieu jouait dans le droit divin est remplacé par les principes dans le droit laïc. Aujourd'hui, il n'y a pas Dieu au dessus de l'État. Nous nous soumettons à des principes et ces principes représentent quelque chose qu'on a tellement placé au dessus de nous que tout le monde est obligé de s'y plier.

Il y a des personnes qui ne croient pas en Dieu mais respectent la loi car la laïcité a érigé des principes comme des représentations allégoriques de ce qui nous dépasse et qui appelle notre soumission. Actuellement, le pouvoir ne vient plus de la divinité mais c'est devenu un « contrat social » de Jean-Jacques Rousseau. Tous les citoyens consentent de céder une partie de leur pouvoir à une seule personne qui l'incarne. Selon Carré de Malberg, l'État est, en effet, cette personne morale de droit public créé par le Droit auquel il se soumet lui-même.

Selon la théorie du contrat social, chacun se départit de certains de ses intérêts privés et prérogatives et les confie à l'État pour que celui-ci réalise l'intérêt général. Par ailleurs, Thomas Hobbes a parlé du *Léviathan*, ce monstre marin qui nous laissons nos avantages singuliers pour qu'il nous assure protection et qu'il garantisse notre intérêt général, avec le monopole nécessaire de coercition pour tous et pour chacun. Nous n'en sommes pas encore au siècle des Lumières. Il y eut Napoléon et son œuvre impériale de codification.

## La codification et le droit non-écrit

L'œuvre de Napoléon a consisté à harmoniser les coutumes éparses de son Empire. La codification, dans un élan de « légicentrisme » (loi au centre de tout le système des normes), a été utilisée comme technique de mise en commun des valeurs sociales et des coutumes locales dans le creuset ou le moule officiel du droit étatique, sous l'autorité de Napoléon.

Le mérite bicentenaire du code civil napoléonien est un témoignage du temps et du vécu du droit. Le code civil de 1804 a posé les fondements du droit de la famille et de du droit de la personne. Le code de commerce de 1807 a permis l'inventaire, quoique pêle-mêle sans logique générale, des actes de commerce sans définir le commerce lui-même. L'avantage sans mesure (incommensurable) est d'avoir offert aux générations successives la liste des activités dont la profession habituelle qualifie la personne commerçante dans notre système juridique.

A titre d'exemple, le code civil congolais Livre III est en grande partie la copie du Code napoléon de 1804. Ledit code civil, intitulé « Des contrats et des obligations conventionnelles », date de 1888, soit de 3ans seulement après l'Acte général de la Conférence de Berlin de 1885, marquant l'officialisation de l'EIC. Le Congo héritait ainsi notamment du mécanisme de transfert immédiat de propriété et de risque dès que les parties à une vente se mettent d'accord sur la chose et sur le prix de leur convention. Et pourtant, le

congolais se convainc de la tradition matérielle de la chose, objet du contrat, avant d'en payer le prix et/ou d'en supporter le risque.

Le droit écrit est de souche coloniale. Il a eu et aura encore du mal à s'inculquer (s'inculturer) dans le pays. Tel fut le sens de l'ordonnance du 14 mai 1886 de l'Administrateur général du Congo sur les principes à suivre dans les décisions judiciaires. Cette ordonnance institue les sources supplétives du droit en ce qu'elle dispose : « Quand la matière xxx ». Pendant longtemps jusqu'à l'accession du Congo à l'indépendance, il y a eu l'application d'au moins deux niveaux de droits et leur coexistence continue encore depuis les premiers moments :

1° moments avant la colonisation : existence du droit coutumier non-écrit ;

2° moments durant la colonisation :

- imposition du droit écrit et coexistence avec le droit coutumier ;
- droit écrit appliqué aux colons et aux étrangers séjournant et droit coutumier, celui des coutumes locales, appliqué aux indigènes (autochtones) ;

3° moment après la colonisation : quête d'identité et de modernisme du droit congolais.

## Culture judéo-chrétienne du droit, en résumé...

La culture, c'est ce qui reste après avoir tout oublié. Pourquoi sommes-nous dans la famille Romano-germanique ?

**III.2.1. Les Droits révélés :** les dieux révèlent les règles depuis le jardin d'Éden, et le décalogue. Ils sont d'inspiration divine.

- Droit Egyptien : le plus vieux ;
- Droit cunéiforme : Mésopotamie, loi de Talion, œil pour œil, dent pour dent, droit pénal ;
- *Droit hébraïque* : Décalogue (Droit de l'homme)

**III.2.2. Le droit romain :** Un droit pratique (La toge provient du droit romain)

- Droit pratique
- Droit de la cité avec le pater familial
- « Territorialisation » du droit au sein des frontières du vaste empire romain
- Justice de *pontifex* : dire le droit romain
- *Cursus honorum* : l'histoire du parquet. Le Préteur représentait l'État, il s'occupait de l'administration de l'appareil judiciaire dans un territoire.

**III.2.3. Le droit canon** (église catholique romaine)

- La papauté aux côtés du pouvoir de droit divin
- La puissance de la bible et la tradition avec l'inquisition au XVI<sup>e</sup> siècle
- Le rôle de l'empereur romain chrétien Constantin parmi les différents consuls (Grâce à lui, la réunion du plus haut Clergé a pu statuer sur des dogmes de l'Eglise. C'est par là que la Bible était constituée. Sur le plan du droit, il prit l'Edit Thessalonique qui a fait du christianisme une religion d'État).

Il nous reste, de ces temps du droit canon, l'infraction de bigamie vient et le mariage monogamique figurant dans notre Code républicain.

**III.2.4. La révolution française 1789**

- Fin du pouvoir du droit divin
- La naissance de la République
- La constitutionnalisation
- Montée d'une pensée gallo-germanique du droit. Ce sont les français et les germains qui ont poussé le droit.

**III.2.5. La codification**

L'héritage de l'œuvre de Napoléon. Réunir dans un seul *corpus juris* un certain nombre des matières.

- 1804 : Code civil
- 1807 : Code du commerce

*NB : Le droit était territorialisé pour les Romains. Mais avec Moïse s'était un peuple, c'est pourquoi les juifs demeurent toujours un peuple.*

- Renforcement des acquis romains de territorialisation du droit (assise territoriale du droit à l'intérieur des frontières).
- Autodétermination de plusieurs droits nationaux.

### **III.2.6. Les tendances contemporaines du droit**

- Droit précolonial africain = droit coutumier
- Droit colonial : manichéisme entre droit écrit et droit coutumier
- Droit postcolonial : en quête des nouvelles identités par rapport à tout son passé auquel il reste lié trois (3) phénomènes :
  1. Transplantation ou colonisation : imposer le droit belge vers le Congo
  2. Mimétisme contraint
  3. Réception souverainiste : cas de la CPI

### **III.2.7. Internationalisation et communautarisation du droit**

- Exemple : OHADA
- Exemple : CPI
- Exemple : ONU