

I. Introduction

Le code n'est pas un phénomène très ancien, il n'était pas connu avant la fin du 18^{ème} siècle. Notre question est en quelque sorte de savoir qu'est-ce qu'il y avait après le code et ce qu'il y avait avant. Ensuite, qu'est-ce qu'un code. Comment peut-on définir l'idée de code. Enfin troisièmement c'est « et demain ? ». Est-ce que demain nous aurons véritablement besoin d'un code ou comme nos ancêtres avant le 18^{ème} siècle on pourra vivre sans code. Où va notre législation, notre CC, notre CP, etc ? Voilà les 3 questions abordées dans ce cours. On va élaborer une typologie de législations (3 types différents de législations qu'on peut rencontrer dans l'histoire du droit sous des formes mixtes). Nous allons voir aussi des traditions très anciennes (mésopotamiennes, comme le Code Hammurabi, en vigueur au 18^{ème} siècle avant notre ère en Mésopotamie, à Babylone).

Le Parlement européen a pris la **Résolution sur le droit privé des Etats membres (1989)**, faire évoluer l'UE était le but et dans ce cadre là on cherche naturellement à unifier le droit. Est-ce qu'on va maintenir ces ordres juridiques ? Est-ce qu'on va les unifier ? Si oui, de quelle façon ? Le Parlement européen exprime différents concepts puis résume en 5 points son raisonnement :

1. Demande que soient entamés les travaux préparatoires d'un Code européen commun de droit privé. L'idée était en 1989 d'élaborer un CC européen. On remplacerait le code italien, français, autrichien, etc par un seul code européen. C'était le projet en 1989.
2. Il s'agit de composer des commissions de scientifiques qualifiés. Il s'agit de trouver les personnes qui s'attèleraient à cette rédaction et il faut donc choisir des personnes qualifiées pour le faire. On pense aussi à la formation des scientifiques qualifiés pour faire ce travail. Il s'agit de former aussi ces personnes dans les universités qui seraient capables de participer dans les travaux préparatoires. Ensuite, on nous incite de former ce qu'il y a sous le point 3.
3. Des centres d'Etudes de droit comparé, l'idée étant bien entendu qu'il faut connaître plusieurs ordres juridiques et non seulement notre droit national.
4. Question du financement.
5. Conclusion.

Notre question est de savoir si on continue de rêver à un tel code ou non.

5 ans plus tard, **Résolution de 1994 (6 mai)** : sur l'harmonisation de certains secteurs de droit privé des Etats membres. On remarque la différence du titre. On voit que le rêve est déjà un petit peu moins ambitieux. Le Parlement européen résume son point de vue en 5 points :

1. La commission doit entamer les travaux sur la possibilité de l'élaboration d'un code européen commun de droit privé. L'idée du code en soit est maintenue et la il s'agit simplement de s'interroger sur la possibilité d'en faire un (explorations préalables).
2. Constitue une commission de scientifiques qualifiés (même idée qu'en 1989).
3. Estime que l'UE pourrait promouvoir l'harmonisation au plan mondial ou européen dans des organismes comme UNIDROIT ou le Conseil de l'Europe. Ambition mondiale. L'idée de promouvoir l'unification du droit sur un plan plus large a des antécédents (typiquement UNIDROIT élaboré par l'institut UNIDROIT situé à Rome depuis le début du XX^{ème} siècle et qui a comme but de former du droit mondial). Il s'agit de fluidifier le commerce mondial et ainsi on essaie de fluidifier le droit

commercial sur le plan mondial. L'idée du Parlement est de former un droit européen mais si possible mondial. Il faut se rappeler que le droit a toujours été conçu comme un instrument de pouvoir et qu'il y a une sorte de compétition mondiale pour exercer ce pouvoir (ça remonte à Justinien, empereur romain du 6^{ème} siècle qui veut unifier l'empire romain, du droit et de la religion, le droit étant vu comme un instrument d'unification de l'empire !).

→ Note : Par rapport à aujourd'hui, le droit est toujours un instrument de pouvoir. Il y a une personne importante qui a utilisé cet instrument pleinement et c'était Napoléon, qui avait participé activement à la révision du CCFR entrée en vigueur en 1804 et Napoléon a conçu le CCFR comme un article d'exportation. Il avait une politique très expansive et à chaque fois qu'il occupait un terrain il imposait le CCFR (le but était d'introduire de nouvelles valeurs, qui étaient en quelque sorte un des résultats des Lumières françaises). Aujourd'hui c'est une compétition entre 2 blocs : le droit continental unifié et le droit anglo-saxon. Le droit continental codifié s'est imposé partout en Europe sauf certains pays du Nord comme la Suède et bien sûr l'Angleterre qui a la *Case Law* ou le *Common Law*. Les européens ont aussi essentiellement influencé l'Amérique latine. La *Common Law* a par contre influencé de manière décisive les pays qui font partie du *Common Wealth*. Affrontement au sein de l'Europe aussi : les 2 systèmes y sont présents.

4. On parle de la Commission « Lando », c'était une commission de professeurs, de magistrats et d'avocats qui, de leur propre gré, sans être mandatés par l'état, avaient entrepris et rédigés les Principes de Droit Contractuel (Principles of Contract Law), le but étant de synthétiser les idées fondamentales du droit européen contractuel. Résultat : Principes « Lando », publiés par étapes, la dernière publication datant de 2010. Ces principes sont très proches d'autres textes, comme UNIDROIT ou la Convention de Vienne.
5. Pas intéressant.

Ensuite **Résolution du Parlement européen de 2000 (sur le programme législatif de la commission pour l'année 2000)** : sous le point 28 on dit que le Parlement européen considère qu'une harmonisation plus poussée dans le domaine du droit civil est devenue essentielle pour le marché intérieur. Point essentiel de cette idée d'unifier le droit (plus facile de faire du commerce en droit international).

Par rapport au droit et notre lien au droit il vaut la peine de distinguer les différentes parties. On a 5 livres en Suisse (personnes, droit réel, etc) : nous avons probablement un attachement très différent à ces 5 livres. Si il nous est à peu près égal de conclure un contrat (p.ex acheter qqch à la Fnac) sous l'empire du droit français ou suisse, il nous est moins égal de nous marier sous l'empire du droit français que suisse, la même s'agissant des successions. Ici, le Parlement européen sent très bien qu'il va être plus facile d'unifier le droit commercial que le droit des personnes ou des successions.

Tiré des documents officiels sur Eurolex, **communication 2001-398 concernant le droit européen des contrats** : on constate ici d'abord un élargissement des cercles visés par la commission dans ce texte (on associe le Parlement européen, le Conseil et les parties, telles que les entreprises, les universités, des associations de consommateurs, etc). On prend conscience en 2001 qu'une entreprise d'une telle importance va associer bcp plus de parties. On essaie d'intégrer tous les milieux qui pourraient être concernés par une telle modification du droit. À l'al.2 on parle du rapprochement de certains domaines spécifiques du droit des

contrats : a nouveau cette idée de business. Al.3 : la commission aimerait savoir si la diversité des droits nationaux des contrats décourage ou accroît les transactions transfrontalières. Ici de manière explicite il y a cette problématique des coûts des transactions transfrontalières. La commission dans cette communication soumet plusieurs options possibles : on se rend compte que rédiger un code européen est un petit peu ambitieux. On commence par la solution la plus petite puis on élargit. Premièrement on pourrait laisser la solution du problème rencontrée au marché (« qu'ils se débrouillent, les parties peuvent choisir un droit, opter pour les Principes UNIDROIT, etc »). Deuxièmement, promouvoir l'élaboration de principes non contraignants, et les parties peuvent les choisir, typiquement on pense aux *Principles of European Contract Law*. Troisièmement on pourrait revoir et améliorer la législation communautaire existante. Quatrièmement adopter un nouvel instrument au niveau communautaire : la nature de l'acte adopté, la relation avec la législation nationale pourraient être remplacés, etc. L'idée exprimée c'est que les règles européennes pourraient s'appliquer automatiquement comme un filet de sécurité (on aurait 2 filets, le premier européen normatif, et le second contraignant et ceci comme idée de base qu'il faut donner des garanties, des limites mais aussi avec une marge de manoeuvre).

Draft of Common Frame of Référence : d'abord un projet, soumise a la critique de la communauté des juristes. On a aussi les **Principes of European Contract Law** (2010 ?) et il y a également les **Principes of European Tort Law** (2005).

Il y a ici un problème considérable par rapport a la construction européenne juridique : nous sentons le besoin d'avoir une meilleure solution que celle que nous avons avant. On a un brassage de plus en plus important des populations et une mobilité et un commerce très fortement accrus. Le corset de la législation nationale commence a être trop étroit. En même temps nous sommes très attachés a nos codes nationaux même en droit des obligations. Ensuite, il y a une condition qui est essentielle pour toute décision que nous allons prendre dans ce domaine, c'est que la qualité du futur code adopté ne peut en aucun cas être en deçà des codes actuels. Or, il se trouve que les codes actuels sont déjà d'excellente qualité, c'est même le cas du plus vieux code (CCFR). Donc si on met en vigueur un nouveau code, la barre est très haute pour arriver a faire quelque chose d'équivalent a ce que nous avons maintenant. Il y a donc un problème de qualité, un problème de mentalité, et il y a naturellement tous les autres problèmes que chacun peut trouver dans ce débat. Nous ne sommes donc pas a la fin de l'évolution mais nous sommes dans un moment très importants, sans encore avoir pris de décision pour la solution a tenir.

Elément du temps : si on regarde la genèse des anciens codes, le code autrichien a pris quelques semaines, le code français c'était court mais sur la base de travaux préparatoires qui remontent jusqu'au 17^{ème} siècle, le code allemand actuel (BGB), environ 50 ans et si on prend le code suisse il a pris également quelques dizaines d'années. A-t-on ce temps ? Sommes nous suffisamment rapides ? C'est une pression supplémentaire.

Aperçu historique bref de l'évolution juridique européenne depuis le 18^{ème} siècle : c'est la que les grands efforts de codification sont faits. On trouve dans le recueil de textes quelques indications a ce sujet : on distingue 3 vagues de codifications :

- Se matérialise autour de 1750, d'abord en Prusse
- Initiée par le CCFR en 1804
- Fin du 19^{ème} siècle avec le COS (1881) et le BGB (1900)
- 4^{ème} vague ? Oui, 1980 environ, et nous sommes en plein dans cette vague la ojd.

1. La première vague

Premier code important : Unification du Codex Maximilianeus Bavaricus poenalis (1751-2). Ensuite le Codex Maximilianeus Bavaricus civilis (1756). Maximiliane pck il s'agit du Prince Maximilien de Bavière. Quelle est ici l'explication de Maximilien III lui-même ? Selon lui traditionnellement en Bavière on a révisé la législation. On a périodiquement revisité leur législation, épuré, mis à jour mais il ne s'agit pas du tout de faire qqch de nouveau, on est dans le constant. Aucune ambition d'innovation, juste une entreprise d'épuration. Premier code qui ojd n'est plus en vigueur.

Second code important : le Preussisches Allgemeines Landrecht de 1794 et qui disparaît le 31 décembre 1899, à partir du 1^{er} janvier 1900 il sera remplacé par le BGB allemand. Le PAL avait un champ d'application pour le royaume de Prusse, avec des Landrecht qui avaient leur propre législation et c'est uniquement à titre subsidiaire que le PAL s'appliquait (lorsque la législation locale ne donne pas de normes sur un cas spécifique alors on l'applique à titre subsidiaire). 2 particularités : code qui contient à la fois le CC et le CP. Ensuite, les 2 ensembles (le CP et le CC) sont constitués de à peu près 10'000 paragraphes. Mélange normes juridiques et normes morales (p.ex que le pasteur doit être sympathique avec sa communauté OU une femme en bonne santé doit allaiter son bébé elle-même et c'est le père de famille qui décide pendant combien de temps – passionnant car ojd et avant on aurait pas pu s'imaginer une telle norme dans un code, pck c'est lui qui doit décider cmb d'enfants il y a dans la famille et la mère ne devait pas tomber enceinte pendant qu'elle allaitait encore). Code tout à fait atypique car mélange des questions qu'ojd on considère comme juridique avec des normes qu'on considérerait comme extra-juridique. Vie du code : 105 ans, mais trop compliqué et donc une partie jms appliquée par les juges.

Troisième code important : Codex Theresianus iuris civilis (1766 / 1786 pck y a eu 2 versions), commandée par Thérèse, l'Impératrice autrichienne Thérèse, première version qui était un monstre de 8 volumes. On a transformé en un 2^{ème} code qui est devenu le code von orten (juriste spécialiste de l'époque), finalement transformé en Josephinisches Gesetzbuch (code de Joseph, mis en vigueur par l'empereur Joseph mis en vigueur à titre d'essai uniquement dans la partie occupée de la Pologne, la Galicie).

Plus aucun des codes de la 1^{ère} vague n'est en vigueur.

2. La seconde vague

Le plus grand code : Code Napoléon (1804), mis en vigueur partout immédiatement dès que les Français occupent un territoire, ce qui veut dire que Genève étant occupée depuis la fin du 18^{ème} siècle a été en 1804 immédiatement sous l'empire de ce code jusqu'au remplacement par le CCS en 1912. Différents codes civils fortement influencés par ce code (Russe, etc). Trois mots clés à la base : liberté, égalité et propriété. Il y a ici un lien à faire entre liberté et propriété : la liberté a été une des grandes modifications de la Révolution française. Codificateurs étaient ensuite devant un défi : comment introduire la liberté dans la CC ? Normalement elle se trouve dans la Cst, comment la traduire en droit civil ? Réponse : la propriété, concept clé qui représente la liberté dans le CC, pck depuis tjs la propriété est le droit qui donne le + de liberté possible au propriétaire, c.à.d. qu'il peut utiliser la chose, la détruire, la délaisser, en disposer etc tant que les autres normes du CC sont respectées. En plus, les codificateurs le disent dans les travaux préparatoires : la propriété est la colonne vertébrale du CCFR (Portalis).

Second code important : Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) de 1811, grand différence entre le Code Napoléon : les français ont connu la révolution et ont du stabiliser leur société secouée profondément avec un code. Les autrichiens a l'inverse n'ont pas eu de révolution a chaud, peut être un peu a froid mais n'ont pas eu de secousses et donc codification dans le calme et moins de pression. Si on compare les textures des 2 codes, ca s'en ressent très fortement. La ou le CCFR a une certaine fougue et superficialité, sans travailler le détail, dans le code autrichien on travaille dans le détail de manière méticuleuse (on sent le style d'Emmanuel Kant et a quel point on se réfère au droit romain, code le plus proche des concepts du droit romain). Puis pendant longtemps du calme, certaines codif par ci par la (1825-1831 en Suisse, code Bernois, petite copie du ABGB, etc). Discussion a partir de 1815 entre d'un coté. Savigny qui s'oppose a toute codification et Thibaut qui dit qu'il faut absolument codifier.

Autres codes importants : ancien code des obligations suisse (1881) : rédigé par Munzinger, véritable génie du droit, meurt peu avant la mise en vigueur. Ensuite 1900 le BGB allemand qui est sans doute le code le plus abouti, basé sur de longues discussions faites en Allemagne, ou les codificateurs ont profité de presque 1 siècle d'expérience avec le CCFR et le ABGB. Ici le professionnel s'adresse a un professionnel. En Allemagne on dirait qu'il faut consulter un spécialiste si on connaît pas son droit alors qu'en Suisse on dirait d'abord de consulter le code. Mise en vigueur de 2 codes en 1912 : Code civil suisse (adoption en 1907) et code des obligations révisé (adoption en 1911).

1942 : code civil italien qui cherche a reunir la tradition allemande et française, reprend en partie la terminologie allemande et les concepts français. Les italiens disent ojd de leur code que c'est le code le plus représentatif de la tradition européenne ce qui probablement n'est pas vrai. Mais ca reste un coté positif selon prof et qui pourra jouer un rôle peut être dans la redaction d'un futur code civil européen.

+ La troisième vague + Quid de la quatrième vague ?

I. Analyse des particularités du Code

Nous avons différentes couches / formes dans l'Histoire du droit :

A. La première forme : « La peau de léopard ».

En droit romain par exemple, on a un problème, on adopte une loi : un nouveau problème – une nouvelle loi assez précise et particulière pour le régler. Ensuite par la jurisprudence on une extension qui se fait autour de cette loi. Entre les différentes « taches » ponctuelles de jurisprudence qui se forment sur cette peau de léopard, on a des vides. On trouvera cette technique dans la tradition occidentale jusqu'au 18^{ème} siècle : typiquement le juge genevois p.ex allait voir dans le Pays de Gex pour voir comment il régler un problème similaire qui se présentait à lui.

B. La seconde forme : le mille-feuilles.

Le législateur décrète une loi, puis une autre loi, etc qu'il empile : on se retrouve avec une pile de loi. La particularité de cela c'est que périodiquement lorsque ça devient trop compliqué, on crée une plus petite pile, plus cohérente. Typiquement tradition bavaroise ou du droit canon.

Pas d'ordre cohérent si on regarde les textes : on a un corpus dans lequel tous ces textes sont réunis mais il n'y a pas d'ordre intérieur dans le mille-feuilles, c'est une compilation.

C. Troisième couche : forme du Code

P. 11 du recueil de textes : caractère général et abstrait. Le code contient des normes qui ont un caractère général et abstrait. On peut commencer par le droit romain D,1,1,7, 1 de Papien : auteur et les chiffres = référence internes du Digeste (livre – chapitre – fragment – partie du fragment). La on nous dit « le droit prétorien (...) publique » ; on nous parle donc ici du droit prétorien (= des préteurs, qui ont la haute surveillance de la magistrature, pouvaient édicter les normes). Ici typiquement le préteur intervient dans la peau de léopard pour édicter une norme et régler le problème ; il va créer ce qu'on appelle un Edit du Préteur (donc pas une loi mais un Edit).

A l'extrême opposé : par. 7 du ABGB : on a ici une norme qui correspond à ce qu'on a l'art. 1 CC et c'est un paragraphe qui explique au juge de quelle manière il doit se comporter lorsqu'il y a une lacune dans la loi. Point de départ : le CC a comme prétention de pouvoir trancher tous les cas de droit civil. On a une prétention à l'exhaustivité (critère important !), le juge doit pouvoir trancher n'importe quel cas avec le code. Mais le juge ne peut pas refuser de trancher sous prétexte qu'il n'y a pas de normes dans le code : il doit faire une interprétation littérale de la norme lorsqu'il en trouve une à appliquer (sens normal, naturel dans la loi). Si il ne trouve pas de sens naturel ou de norme qui donnerait ce sens naturel, il doit par analogie aller chercher dans d'autres lois (seconde étape). Si il ne trouve pas de règles par analogie alors il doit se baser sur les principes naturels du droit (natürliche Grundsetze). Le juge peut donc décider ce qu'est un principe naturel du droit, former une règle et trancher le cas. C'est la solution qu'on a en droit autrichien. Comment atteindre l'exhaustivité du CC ? Pour pouvoir mettre en œuvre cette idée, quel genre de norme faut-il ? Générale et abstraite, c.à.d. que sous l'Ancien Régime français il y avait des lois selon les couches sociales (pour les roturiers, pour la noblesse,...) et la RF voulait abolir cela. Donc on a dit liberté, égalité ce qui veut dire que tout le monde est sous la même loi. Pour abstraction de la norme : on formule la norme pour une classe de cas et non un cas spécifique, c'était la technique trouvée pour pouvoir atteindre cette idée d'exhaustivité.

Art. 1 CCFR : « la loi (...) dispositions » (al.1). Ici il est dit qu'on vise l'exhaustivité (« toutes les matières »), en l'occurrence le droit civil. Ensuite al.2 : on a d'abord, comme en droit autrichien, on prend le sens naturel ou l'esprit de la loi ou de la disposition. Si il n'y en a pas, on prend la coutume. Si il n'y a pas de coutume non plus le juge se comporte en législateur. Norme intéressante car elle offre une très grande souplesse mais aussi dangereuse ; elle a été beaucoup critiquée car on est en présence de la confusion entre les pouvoirs. On peut se demander si le reproche est justifié : selon Prof non puisque c'est le législateur qui délègue au juge le pouvoir de se comporter en législateur, donc on peut pas dire qu'il y a confusion. Il y a confusion si le juge de son gré et sans être autorisé par la loi se mettrait à jouer au législateur. Naturellement le juge doit se tenir à une discipline et se mettre non pas dans la position dans laquelle lui en tant qu'individu aurait pris telle ou telle solution mais dans la position du Parlement. Donc un juge de droite ou de gauche ne pourrait pas statuer selon ses propres convictions politiques typiquement.

Par. 3 : le droit subjectif joue un rôle central dans le code civil. C'est un phénomène du 2^{ème} millénaire et on peut prendre comme point de départ Descartes qui disait *cogito ergo sum* (je

pense donc je suis). C'est un accent extrêmement lourd sur le sujet / l'individu et cet accent va aussi se retrouver en droit.

Hugo Grotius : juriste brillant du 17^{ème} siècle, dit « le droit est une qualité morale (...) agir ». Donc ici il dit que le droit est une qualité morale dans le sens que l'homme doit prendre une décision d'utiliser ou non un droit. C'est un droit rattaché à une personne. Ce lien se voit également dans le 2^{ème} fragment « le droit est la règle (...) directement » : ce qui nous intéresse ici c'est le lien entre morale et obligation. C'est un acte moral mais avec une force contraignante, donc on a déjà un lien entre sujet/individu et une possibilité de contrainte. Le sujet prend du poids car on lui confère la possibilité de contraindre.

Wolff : 18^{ème} siècle. « La capacité (...) droit ». On a aussi ici cette puissance morale, ce pouvoir, cette force qu'on met entre les mains de l'individu. Suite : ici il fait allusion à la structure normative (« la réaliser »). On la trouvera ultérieurement chez Kelsen (pyramide normative). Cette nature d'un ordre est investie des dieux et de cette nature on peut déduire des principes de droit naturel (ius naturae). On peut déduire des obligations et des devoirs. A partir de là on déduit des droits. Chaîne déductive : Dieu crée la nature, la nature investie de la volonté de Dieu, et on doit déduire de la nature les principes de droit naturel, de là on déduit les obligations et des devoirs et de ça on déduit enfin les droits. Si on a pas un devoir on ne peut pas prétendre à un droit. L'homme selon Wolff a l'obligation de se conserver, de se maintenir en vie, c'est pas à l'homme de mettre un terme à sa vie mais à Dieu de le rappeler. Donc il a le droit de se nourrir. Il faut donner à chaque homme le droit d'acquiescer de la nourriture. Leibniz avait soufflé cette idée à Wolff, idée qu'on naît dans un ordre normatif parfaitement cohérent avec déductions, inductions, etc et cet ordre parfaitement cohérent se réduit à un système ensuite.

Puis « Menschen (...) angeborenen rechte ab » : les juristes commencent à dire qu'il y a des droits innés. Si les hommes se mettent en société cela ne signifie pas pour autant qu'ils perdent leurs droits innés. Le sujet est cette fois comme porteur de droits (subjectifs !) innés, ce qui veut dire que par notre nature même nous avons des droits et quel est l'élément de cette nature ? C'est que nous sommes des êtres doués de raison (c'est la ratio qui est décisive) avec une structure mentale. Ces droits innés sont inaliénables. Suite : on peut restreindre un tout petit peu ces droits naturels dans la mesure où c'est nécessaire pour la société dans son ensemble.

Kant : grand philosophe allemand de la 2^{ème} moitié du 18^{ème} siècle : dit qu'il n'y a qu'un seul droit inné, c'est la liberté. Kant est un physicien avant d'être philosophe ! Il dit qu'au fond qu'est-ce qui se passe, comment perçoit-on l'extérieur ? Il s'intéresse à savoir comment le cerveau de l'individu perçoit l'extérieur (il développe 12 catégories : espace, temps, etc). Il appelle « la chose en soi » le monde extérieur puis le monde pour nous, tel que notre cerveau le perçoit. Il constate que l'homme est libre. Cela ne veut pas dire quoi ? La structure du cerveau humain est telle que lorsque je rencontre qqn je dois m'attendre à ce que cette personne se décide / agisse de manière indépendante et donc aussi imprevisible. On est tributaire aussi de notre éducation, notre expérience, de notre vision des choses, etc mais théoriquement on peut faire n'importe quoi. C'est ça la liberté chez Kant, et pas l'idée de la liberté opposée à l'esclavage typiquement.

Savigny : tjs avec cette idée de droit subjectif, devient franchement juridique ici. On constate qu'il considère le droit subjectif comme une sorte de cercle imaginaire qui entoure chacun. Le droit est invisible mais le droit subjectif est une sorte de manteau qui protège chaque individu

(« grenze »), on est entouré d'une frontière qui nous protège. Chacun est bien sûr maître de son propre cercle de protection. Et puis il ajoute « das Recht dient (...) sichert », il établit un lien entre droit et morale : il dit que ce sont deux domaines distincts. Très important pck sous l'ancien régime y a eu mélange entre droit et moral notamment avant la séparation entre Église et Etat en France. Ici on a la consécration de cette séparation. Ici néanmoins il établit un rapport entre l'un et l'autre, le droit n'est pas subordonné à la morale mais il a comme fonction de protéger chaque individu pour que chaque individu puisse en toute liberté se comporter en être moral.

2^{ème} texte de Savigny : ici on a tous les grands mots qui sont encore à la base de notre législation : la personne singulière qui a un pouvoir exercé par sa volonté, voilà les 3 termes qui nous intéressent : l'individu, le pouvoir, la volonté. Chacun a une volonté libre pour protéger sa propre personne donc il faut lui donner le pouvoir de le faire. Consécration du droit subjectif que par la suite il appelle lui-même « ein recht in subjektiver (...) ».

Autre point qui nous intéresse par rapport au code, le 4^{ème} : c'est la structure. La structure systématique des codes civils, on constate que tous ces grands CC ont exactement la même structure. Nous réfléchissons dans les codes occidentaux TOUS dans les mêmes structures juridiques. Juste l'agencement change. D'où ça vient ? C'est une structure romaine qu'on trouve dans les Institutes de Gaius ! Gaius retient 5 catégories : a.) droit des personnes ; b.) droit des personnes qui sont à l'origine de leur propre droit (sui iuris) et celles soumises à un autre droit (alieni iuris), donc en gros droit de la famille ; c.) droit des choses donc droits réels ; d.) droit des successions ; e.) obligations contractuelles et délictuelles (voire extra-contractuelles). Les codificateurs vont reprendre ces 5 catégories et juste les agencer différemment.

Autre élément essentiel : le type de raisonnement. Le raisonnement se fait sous forme de déduction et d'induction, ce sont deux types identiques mais dans le sens inverse (la déduction se fait du général au particulier et l'induction se fait du particulier au général). Typiquement : on cherche des normes à appliquer à un cas spécifique quand on est juriste, donc on fait un raisonnement par induction. Ce raisonnement est ancien bien sûr mais la particularité du code c'est de mettre la déduction et l'induction en premier. On a un autre type de raisonnement : celui par analogie, qu'on utilise encore aujourd'hui mais en 2^{ème} !

Nous sommes partiellement en train de faire un retour en arrière et qui ressemblent bcp plus au mille feuille qu'au code (en Europe typiquement).

D. Lecture et analyse du système

Quatre grands textes (FR, ALL, AUT, CH) :

- P. 21 : Portalis, père du CCFR. Il y avait 4 grands codificateurs et un Président qui était Portalis. Ensuite il y avait une éminence grise (codificateur actif pendant la révolution française). Et puis il y avait Napoléon qui a participé à à peu près la moitié des discussions. Avantage de N : général qui n'avait aucun problème de dire « c'est ça que je veux ». Désavantage : pas juriste du tout. Portalis dit dans ce texte « législateurs, le projet (...) essentiels » et va immédiatement vers l'élément central : « le CCFR a comme colonne centrale la propriété ». Pk la propriété ? Le défi était d'introduire la liberté dans le CCFR et l'instrument était la propriété, car elle confère la plus grande liberté aux propriétaires. Dit qu'il y a des vérités qui se trouvent

consignés dans la révolution. Le principe de la révolution était la tabula rasa, on rejette et on accepte ce qu'il faut dans le CCFR, mais on voulait quand même tenir compte de la tradition déjà existante. On a pris le ius commune d'un certain nombre de principes, donc le droit civil existant (droit commun européen de l'époque qui s'était cristallisé du depuis le 16ème siècle partout en Europe). Portalis s'inspire de John Locke constate que l'homme est né nu et dans le besoin, et doit couvrir ses besoins (nourriture etc), dès le premier jusqu'au dernier jour de notre existence. Ce fait d'être né dans le besoin nous donne un droit, celui de nous maintenir en vie. On doit inventer des ordres juridiques pour se maintenir en vie. L'idée n'est pas de tout avoir à disposition mais c'est qu'il faut donner les droits nécessaires à chacun pour qu'à travers sa propre activité on puisse couvrir ses besoins nous mêmes. Eléments essentiels (qu'il reprend de Locke): il faut une occupatio et une législation qui nous garantit que le fruit de notre travail nous reviennent (pêche → occupatio du poisson p.ex). Ensuite il fait un tour dans la philosophie : eux grandes théories à l'époque :

- La première théorie dit que Dieu a donné les terres à tous en commun. C'est l'idée du contrat social (not. chez Rousseau mais aussi chez d'autres). Idée que Portalis ne partage pas du tout car comment peut-on arracher à d'autres quelque chose qui est censé leur appartenir en commun (p.ex par la pêche, etc) ?
- La seconde théorie qui dit que les choses inoccupées sont des choses vacantes et le premier qui s'en saisit en devient propriétaire. Portalis est d'accord avec lui. Il retient ce modèle profane, non théiste, par opposition à la première théorie.

« Vous ne serez point surpris (...) générales » : le législateur FR place une très grande confiance dans le juge. Le CCFR en souffre particulièrement aujourd'hui. Ensuite il parle de la propriété en faisant des louanges : p. 22 (« droit fondamental (...) repose » + « aussi précieuse que la vie même »). Sans propriété l'homme ne peut pas survivre et le droit de propriété assure à l'homme sa vie. Al. 3 : « c'est à leur respect que les nations modernes (...) et de liberté », donc pas de liberté sans justice et sans propriété. Finalement il dit que la propriété « est le droit de jouir et d'en disposer de la manière la plus absolue », à condition bien sûr que l'ensemble de l'exercice soit respecté. Dernier alinéa : l'âme universelle de toute législation. Donc effectivement la propriété est la colonne vertébrale du CCFR.

- ABGB : l'auteur a la même fonction que Portalis en FR, père du ABGB, a eu le temps de lire Kant et a été très influencé par lui, pour l'idée des droits innés + démarche bcp plus méthodique. Si on prend le droit de la personne, il y a la personne elle-même et ce qui l'entoure (la famille, qui forme pratiquement une seule personne, d'où la naissance du droit de la famille), les choses, etc. Élément extrêmement intéressant par rapport au droit des obligations : lorsqu'une personne conclut un contrat avec une autre personne elle prend en quelque sorte l'ascendant en tant que créancier sur son débiteur, donc elle s'approprie à certains égards son débiteur (peut la contraindre à faire qqch, rapport de domination). Dit que le droit des obligations est une forme d'appropriation non pas d'une chose mais d'une personne mais juste pour cette fraction de sa liberté, pck la personne reste libre en soit (même idée dans un contrat de travail p.ex).

- Savigny : lui également très méthodique. 19^{ème} siècle. S'est posé la question si il faut ou non codifier en Allemagne (les prussiens avaient leur code, idem pour l'Autriche, ensuite idem pour la France et entre les deux on a l'ancienne Allemagne de l'ouest qui n'a pas de code en soit). Savigny s'est opposé en disant que les temps ne sont pas murs en disant qu'il faut d'abord étudier les traditions juridiques a dispo, surtout celui du droit romain ce qui fait qu'en Allemagne pendant 1 siècle a peu près on a fait ça, ce qui a donné naissance a un courant juridique très important qui s'appelle le Pandectisme (phénomène de 1830 à 1900 a peu près, du terme Pandectes, 2^{ème} appellation du Digeste en grec). Savigny n'est pas pandectiste en soit. Lui par contre souligne tt de suite la domination de la volonté individuelle (2^{ème} ligne du texte) comme point de départ et constate que l'individu peut diriger sa volonté soit contre soit même soit contre l'extérieur (slmt ca intéresse l'ordre juridique, pas le premier). Ce monde extérieur concerne soit des êtres libres (droit des personnes), soit des objets (droit réels et droit des obligations). Point 2, partie 2 du texte : parle du soit étendu, c.à.d. la famille d'ou la naissance du droit de la famille. Ne parle pas des successions dans ce texte, a moins qu'il l'intègre dans le droit de la famille, à analyser.
- Eugen Huber, père du CCS : pandectiste, prof en Allemagne. Prend un autre point de départ que le BGB allemand, se dirige surtout contre la conception allemande : il dit que le point de départ et le point d'aboutissement du code c'est la personne humaine (≠/≠ propriété comme en droit FR). On sent l'influence du 19^e siècle avec la brutalité extrême du capitalisme libéral qui a faillit écraser l'individu. Al.1 : fait le tour classique ici, droit des pers, ensuite famille, ensuite successions (ca forme un ensemble, c'est pour ca que ca se suit). Al.2 : s'en prend a la conception allemande, inscrite dans le BGB. La personne est simplement la première partie de la partie générale et lui critique cela en disant que cela ne permet pas de tenir suffisamment compte de l'importance de la personne ; il faut lui consacrer un livre a part, raison pour laquelle il ne reprend pas le système allemand. Autre point important : concept assez nuancé de la personne qui peut être comprise sous 2 aspects différents : soit elle seule, soit dans un groupe (« personne associée » / « Verbandsperson »).
- Second texte de Eugen Huber : lorsqu'il parle de la langue, d'abord elle doit être compréhensible pour tous, l'expression doit être simple, claire et sans fioritures (pas de termes techniques, le plus de simplicité possible). Ajoute dans l'al.2 : il faut éviter de longs alinéas et en plus ils doivent être peu nombreux (au max 3). Par alinéa pas plus d'une phrase. Mais la plupart du temps ojd on bafoue ces règles.
- Dernier texte ici : lorsqu'il se moque un peu par rapport au style de ceux qui disent que le code est compliqué, etc. Il leur dit que le code n'est pas un manuel d'école (« kein Lesebuch » qu'on donne aux enfants). Cela suppose qu'on le connaisse déjà, on le consulte en ayant déjà une idée de départ par rapport au code, c'est un ouvrage de consultation. La vient le passage sur la cohésion interne entre personnes, famille et succession d'une part puis réel et obligations d'autre part.

II. De l'Antiquité aux XVIIe – XVIIIe siècles

Depuis 2000 avant notre ère jusqu'à aujourd'hui : on va s'attacher a quelques grandes périodes de cette évolution depuis 4000 ans. La culture juridique évolue très longtemps. On peut faire l'analyse par rapport au Talion : il se trouve dans des textes plus anciens que Hammurabi, dans le texte de Hammurabi lui même et va ensuite se transformer. En droit

romain c'est la réapparition d'un concept qu'on avait déjà avant. Dans la Bible il figure sous son ancienne forme. On constate que l'évolution juridique dans de très longs termes qui traversent des milliers d'années et on trouve chez Hammurabi par exemple une grande partie de nos concepts en responsabilité civile. Aujourd'hui on a : dommage, acte dommageable, illicéité, causalité et faute, qui sont tout a fait établis a l'art. 41 CO. D'ou viennent ces concepts ? Ils existent déjà en droit romain, mais si on remonte jusqu'à Hammurabi on trouve les premiers éléments qui ultérieurement vont conduire à ces 5 concepts. Exemple : on a dans notre droit le concept de négligence (la personne négligente est celle qui n'a pas prévu ce qu'une personne diligente aurait prévu selon le TF). Chez Hammurabi on trouve quelque chose de comparable : pas un concept mais des cas. On trouve l'expression « il a laissé tomber les bras » pour la négligence (idée d'omission et de négligence dans le cas d'un homme ayant oublié de fermer un canal ce qui a eu pour conséquence d'inonder le champ de son voisin). C'est dans ce sens là qu'on a véritablement une filiation conceptuelle depuis des milliers d'années. On peut faire la même illustration avec l'illicéité : on la retrouve dans le Code de Hammurabi, élément présent depuis 4000 ans.

- **Code de Hammurabi (env. 1750 av. notre ère) :** stèle en pierre qui fait a peu près 2m20 de haut. C'est un bloc de pierre rond, exposé actuellement a Paris qu'on a trouvé à Susse, situé au sud est de l'Iran. Mais initialement il avait été fabriqué et exposé à Babylone (qui fait aujourd'hui partie de l'Iraq). Sur cette stèle il y a un prologue, un épilogue et entre les deux il y a des normes. Hammurabi était le roi. Cette stèle était exposée publiquement de telle sorte que chacun puisse connaître la situation juridique de sa cause. Si on va au Louvre, on peut voir différents blocs de pierre sur lesquels on a gravé des normes et qu'on a probablement exposés. On trouve des blocs plus anciens (2000 av. notre ère).
 - Prologue (p. 2) : I, lignes 20 à 50 : « Hammurabi le prince pieux qui vénère les Dieux », il établit ici un lien entre lui même et les divinités, pour proclamer le droit dans le pays, c'est la publication d'un ordre juridique, « pour éliminer le mauvais et le pervers » (idée qu'il faut punir, réprimer un certain nombre de comportements), « pour que le fort n'opprime pas le faible » (désigne une politique sociale dans laquelle il réessaie de rééquilibrer les déséquilibres existants dans la société), « pour paraître comme le soleil (...) pays » (ce qui nous vient immédiatement a l'esprit c'est Louis XIV, ce roi qui rayonne, ce n'est pas le premier a le prétendre, c'est une vieille idée que le Roi doit rayonner et nourrir en quelque sorte son pays comme le soleil illumine la terre), « c'est mon nom (...) bonheur des gens » (les deux noms = divinités). Un législateur ne pourrait pas parler d'assurer le bonheur des gens aujourd'hui, mais avant oui (p.ex Roi de Prusse). Donc ici on a tout un programme dans le prologue sur ce qu'il veut obtenir et atteindre avec sa législation. P. 3, II : il parle de prospérité et assurer aussi la prospérité de la religion (ligne 20). Ensuite « celui qui a règle les rites du temples (...) cieux », encore une allusion aux divinités et on va voir que c'est une constante qu'on trouve jusqu'au 18^e siècle et même aujourd'hui nous ne sommes pas défaits de ces liens (la Cst suisse commence par « Au nom du Tout-Puissant, amen »). On trouve 3-4 catégories de Cst, la catégorie la moins représentée c'est celle ou il n'y a pas d'allusions a une divinité. La seconde catégorie c'est une divinité en général (celle de la Suisse). Puis la troisième c'est directement une religion ou un dieu (chrétien ou musulman en particulier), ça dépend : ici on est dans cette 3^{ème} catégorie, on se réfère directement a une divinité particulière. Pourquoi fait-on

ces allusions ? On peut s'expliquer cela (en particulier selon la philosophie grecque) parce que chaque législateur est devant une question fondamentale qui est celle de savoir si il peut arrêter les normes qu'il veut ou si il y a des normes qu'il ne peut pas ou doit adopter. Exemple : Romulus a tracé un cercle magique à l'endroit où il allait ériger la ville, pour indiquer aux Dieux où il allait ériger les murs pour vivre en paix avec eux. Si on regarde II, p. 4, ligne 40 : on dit « je suis le seigneur qui fait vivre la ville d'Uruk », donc charge économique, « qui assigne (...) opulence », a nouveau prospérité, « qui a haussé la tête (...) Istar », donc opulence au peuple mais aussi sacrifice aux Dieux. Ligne 50 : « celui qui fait (...) temple E », ça revient. Page 5 : « je suis le pieu (...) descendants etc (...) soleil de Babylone (...) du monde », c'est donc aussi un roi dominateur qui s'appuie sur un système de force, militaire adéquat. Obéir aux 4 coins du monde laisse entendre qu'il mentionne sa domination spatiale. « Je suis le protégé d'Istar » = protection des dieux. Même idée dans la théorie des deux glaives : un dans la main du Pape (glaive de la force spirituelle) et l'autre dans la main de l'Empereur (glaive de la force militaire). Aussi roi justicier ici (« enseigner (...) la bonne voie »), c'est l'empereur qui dit comment il faut se comporter, « j'ai répandu (...) assuré le bonheur des gens » : il prétend à la vérité, au droit et au bonheur, ce sont ces 3 éléments qui résument son plan, véritable description du concept de l'Etat.

- Epilogue (p. 6), ligne 10 : « Hammurabi le roi parfait », la perfection du roi parce que d'une part il est investi par les dieux et d'autre part parce qu'il fait tout ce que les dieux lui imposent, et notamment il légifère. Puis « recherché sans cesse (...) paraître la lumière » : roi pacificateur + roi éducateur. Puis « anéanti les ennemis » a nouveau idée de pacification. Puis « donné le bonheur au pays », idée du prologue qui revient. « J'ai fait se prélasser (...) les tourmenter » ; donc fonction de protection du roi envers sa population. Donc ici projet de paix, de bonheur, d'abondance, de sécurité. Ensuite colonne de droite : il continue cette explication du programme (« les grands dieux m'ont nommé (...) sceptre est droit »), son pouvoir a une force législative et sa fonction est juridique. « j'ai serré (...) abrités » : s'ajoute ici un nouveau concept, celui de la sagesse, le Roi est en même temps sage. Ligne 60 (p. 7) : « pour que le fort n'opprime pas le faible (...) Droit », il finit ici en beauté, justice, protection du faible qui revient presque systématiquement, bien être de tout le monde, etc. Statue Roi du Droit : le droit est un instrument pour lui pour réaliser son programme. C'est pas le seul à faire ça, il y a aussi Justinien p.ex (qui voulait unifier l'état, le droit et la religion, et le droit était un instrument pour ça). P. 7, XXV, « (...) qu'il se fasse lire ma stèle (...) se dilate » description tout à fait pragmatique, exposition publique un peu comme on le soupçonne par rapport aux 12 Tables, cet exposé public est en quelque sorte un principe de promulgation (aujourd'hui on parlerait du principe de publicité). Importance capitale de la publicité du droit, si on conçoit le droit comme un pouvoir. La connaissance du droit est également un pouvoir et si elle reste isolée, ce sont ces quelques uns qui ont un pouvoir considérable sur le reste de la population (problème des Romains, entre classes favorisées et défavorisées, les seconds exigeant que les lois soient publiées, d'où la rédaction des 12 Tables). « Oui, Hammurabi est un maître (...) », roi puissant dépeint ici. Dernières lignes : « ainsi a-il assuré pour toujours (...) la justice dans le pays », éléments qu'on a déjà vus, simplement rappel de son projet.

- De manière générale c'est un code contenant des normes civiles, pénales et administratives.
 - P. 9, ligne 40 par. 128 : cela relève dans notre concept du droit du mariage.
 - Ensuite par. 162 : idem.
 - Par. 168 : pour nous typiquement du droit successoral.
 - Puis page 10 : norme pénale (si frappe son père on lui coupe le poignet). Si on appliquait les concepts traditionnels / contemporains, puis Talion (on lui crevera l'œil), norme civile et pénale (au lieu de réparer le dommage on applique le même sort à l'auteur du dommage), idem avec « si il brise l'os on lui brise l'os ».
 - Ensuite 198 : si il a crevé l'œil, il pèsera (...) d'argent. On introduit une distinction entre les classes sociales (les muskentum qui sont moins privilégiés), donc principe de réparation tarifé et plus talion Selon la victime et selon la classe sociale de l'auteur on fait des distinctions pour les conséquences de l'acte.
 - 206 : rixe, A blesse B, les deux étant des hommes libres. Que fait-on ? C'est passionnant, on introduit le critère de l'intention. Cette intention est décisive pour le type de pénalité qu'il devra subir. C'est un concept tout a fait clé encore aujourd'hui en droit pénal. Le pénaliste aujourd'hui qui parle de l'intention s'assoit sur une tradition de plus de 4000 ans ! Si ici il jure qu'il n'a pas voulu blesser, alors on considère que c'est du civil. Si il voulait, alors c'est pénal. → Désintéresser le médecin = payer les frais médicaux (réparation civile).
 - 209 : « si qqn a frappé quelques femmes libres (...) de son sein ». Ici il s'agit d'une amende ou dédommagement (discutable). C'est pas très clair : qu'est-ce exactement ? Aujourd'hui nous parlerions biensûr en termes civils de tort moral finalement puisque l'enfant a naitre n'a pas de valeur économique, mais ici c'est pas clair si c'est une amende privée ou d'un dédommagement.
 - 210 : « si cette femme est morte, on tuera sa fille », c'est une forme de Talion modifié (aussi horrible soit-il). Le Talion a comme idée qu'on veut être le plus proche possible dans la punition de l'acte dommageable initialement infligé. Quid si pas de fille ? Le Talion ne peut pas s'appliquer. Solution pas mentionnée ici.
 - 211 : inégalité de traitement en fonction des classes sociales (ici femme de classe inférieure).

Ce qui intéressant c'est la technique législative utilisée ici qu'on n'a plus du tout : on ne fait pas la distinction entre civil et pénal. Ce qu'on fait ici c'est prendre un problème et le résoudre par les moyens (civil ou pénal, voire administratif) a disposition. On légifère en fonction de problèmes. La ligne de partage entre civil et pénal n'a donc pas toujours existé et le législateur peut réfléchir sous d'autres angles que les normes.

- **La loi des 12 Tables** : p. 11. Elles sont issues d'un conflit social dans la société romaine de l'époque. Il serait plus raisonnable économiquement que l'auteur dédommage la victime : cela revient au fait de transférer le dommage du patrimoine de l'un dans le patrimoine de l'autre.

- On voit dans le Talion une autre manière de se satisfaire (au lieu d'être psychologique elle devient économique). Ensuite, les peines sont tarifaires.
- Il y a ici la tarification « si qqn a causé une injure, que la peine soit de 25 », etc. Ces peines tarifées ont été abolies a travers le phénomène de l'inflation : si 25 as était une peine considérable, avec l'inflation c'est devenu une peine ridicule.
- On connaît la description qu'Ulpien a fait des 12 Tables : texte sous VIII, 7. On cherche d'abord une solution civile et si on trouve pas, alors on applique le talion qui est plutôt pénal.
- Pour le VIII, 7 il s'agit biensûr d'un texte civil, il n'y pas d'élément pénal.
- Ensuite pour le VIII, 9 : pour un pubère, sanction pénale. Il était condamné a être pendu, cumul des peines ici (peine capitale). On trouve ça plus grave de faire paître sur le champ de qqn d'autre (grosse protection des champs et moissons) que de tuer qqn. Si la personne était impubère elle était battue selon l'arbitraire du prêteur (donc estimation, pas plaisir comme on le comprend) et tenue de réparer le dommage au double (peine mélangée : corporelle et civile).
- VIII, 10 : dans la *nox*a on donne un choix a l'auteur du dommage : soit il le répare, soit il peut donner l'auteur du dommage (si c'est son esclave p.ex).

Donc en droit romain on a également ces formes mixtes, la même technique de législation que chez Hammurabi, on ne fait pas la distinction entre les deux mais on résout directement un problème (on mélange en quelque sorte les sanctions). C'était une forme de législation archaïque en droit romain, chez Justinien il existe toujours mais dans une moindre mesure.

- **La Bible, Ancien Testament** : l'Ancien Testament a une Genèse extrêmement longue parce que ce n'est pas un texte rédigé en un jour. Gilgamesh est un texte mésopotamien dont on a découvert 2 ou 3 versions au XXème siècle et on considère que c'est le texte littéraire le plus ancien dont nous disposons. Mise par écrit entre 1000 et 800 av. notre ère : les spécialistes considèrent que la tradition orale qui a précédé cette mise par écrit a du commencer a 2000 av. notre ère. On voit dans ce texte au moins une phrase qui se retrouve telle quelle dans l'Ancien Testament. Cela semblerait donc être une rédaction progressive, ce sont des récits qui traversent les siècles et se cristallisent dans l'AT, ce qui fait qu'on ne peut pas dater ce dernier.
 - Introduction : images puissantes pour frapper l'esprit « Le mont Sinal (...) tonnerre », p. 14 colonne deux milieu de texte. Puis « le serviteur dit a Moise (...) coup ». C'est Dieu qui dicte le décalogue et qui est l'auteur des normes (contrairement a Hammurabi qui a été mandaté pour légiférer).
 - On va étudier les 10 commandements (le décalogue) :
 - Pas d'autre Dieu face a moi : norme religieuse, ne relève plus du droit dans notre conception, ni civil, ni pénal.
 - Tu ne feras pas d'Idole, norme de type civil a l'époque, cela nous montre que les normes peuvent changer. On parle d'un Dieu jaloux, il prend un trait très humain, Prof aime beaucoup, cela rapproche un peu de Dieu et vice versa.
 - Tu ne prononcera pas a tort le nom du seigneur : norme religieuse
 - Honneur ton père et ta mère : pour nous ce serait une règle morale mais ca ne l'a pas tjs été, ce respect face aux parents notamment au 18^e pouvait être une norme de droit civil
 - Tu ne commettras pas de meurtre : norme penal

- Tu ne commettras pas d'adultère : norme qui a changé de statut. Ojd il n'est plus une cause de divorce mais il y a 50 ans c'était le cas.
- Tu ne commettras pas de rapt : norme pénale
- Tu ne témoigneras pas faussement : norme pénale
- Tu n'auras pas de visées sur (...) : comment entendre visée ? Peut être pénal si la maison, par contre si c'est la femme, alors ce n'est plus pénal dans notre concept.
- 21 fragment 12 : qui frappe un homme a mort sera mis a mort = Talion. Norme pénale
- Fragment 18 : « que l'un frappera l'autre d'une pierre ou du poing (...) qui aura frappé sera acquitté ». On définit l'ordre de gravité de la blessure. Si pas grave auteur acquitté mais devra payer ses soins et chômage : extrêmement intéressant : on a déjà la perte de gain !
- Fragment 28 : « si malheur arrive, œil pour œil (...) » ici clairement le talion, norme pénale.
- Fragment 28 encore : « frappera l'œil de sa servante (...) » on a cette même stratification dans Hammurabi selon les classes et le statut social. Sanction de compensation, norme civile.

Dans le Lévitique : page 17 : le châtement du blasphème, loi du Talion sous colonne 3 (de gauche) « si un homme frappe a mort un être humain (...) un animal (...) » purement civil. Puis sous fragment 19 : si provoque une infirmité, alors on provoquera chez lui la même chose (talion).

- **Les Digestes de Justinien (528 à 531 de notre ère) :** Corpus Iuris Civilis = Codex + Digesta + Institutes = Codex Iustinianus. Justinien était l'empereur de l'empire romain avec essentiellement trois buts comme politicien. Un des grands buts de Justinien est d'unifier l'empire romain dans son ancienne forme. Pour cela il avait 2 autres projets : l'unité de la religion et l'unité du droit.
 - **Première préface :** sur la composition du digeste. Tout de suite il parle de la religion, c'est un homme « pieux », « glorieux » (motif de justification de sa fonction). Attention au « salut », on va le retrouver au 17^{ème} siècle avec Louis XIV qui utilise aussi ce salut. Puis « Deo auctore », ce sont les 2 premiers mots utilisés pour cette préface (protection de Dieu), il prétend être institué par la grâce de Dieu et cela nous l'avons déjà rencontré chez Hammurabi. Les romains romains-germaniques ainsi que les rois de France vont utiliser la même technique de consolidation de la fonction.
 - « Père, fils, Saint-Esprit » : pas une divinité vague, on dit clairement qu'il s'agit de la religion chrétienne. Il fait d'abord allusion au travail qu'il a déjà fait (au Codex) dans l'alinéa qui suit.
 - Ensuite « qui règle toutes les choses divines et humaines », pas de séparation entre ordres divins et humains, imbrication des deux qui va durer jusqu'à la fin du 18^{ème} siècle.
 - Ensuite : « tout ce qui concerne », il prétend que sa législation va être exhaustive, seule, complète, n'a pas besoin d'autres normes (prétention à l'exhaustivité qu'on va retrouver au 18^{ème} et encore dans notre CCS ou le par. 7 ABGB).

- « Depuis la fondation de Rome, etc » : premier motif qu'il fait valoir ici c'est la confusion qui règne dans l'ordre juridique et l'idée de mettre de l'ordre.
 - « C'est ce qui nous a engagé (...) facile (...) contradictions » : décrit le Codex comme les ordonnances des Princes prédécesseurs. Le Codex constituent les Cst impériales, celles qui émanent directement de l'empereur (peuvent être de portée générale ou personnelle réglant le rapport entre lui et un particulier, donc pas des Cst au sens moderne).
 - « Après avoir débarrassé (...) contradictions » : a force de compiler les différents textes (millefeuille), on réduit le millefeuille pour le rendre plus maitrisable, c'est ce qui a été fait jusqu'à là.
- Point 2 : présente le Digeste. Le Digeste va être un recueil de JP, mais pas tout a fait vrai car le Digeste cite aussi des lois. Mélange entre casuistique et règles (Fall-Regel-Recht, notre tradition est typiquement une tradition de Regelrecht alors que la tradition anglo-saxonne est typiquement du Fallrecht). Projet ici : systématiser et recueillir le droit civil.
 - Invoque la clémence et l'aide de Dieu « nous avons levé nos mains au ciel etc ».
 - Point 3 : parle du groupe de juristes qu'il met sur pieds « les habiles professeurs de droit (...) Constantinople ». Va réunir les juristes les plus compétents de l'empire pour faire ce travail.
 - Point 4 : « en conséquence nous vous ordonnons », coté ordonnance qui intervient, « de lire et de corriger (...) corps de jurisprudence ». Il dit qu'ils doivent recueillir des livres et désigne les auteurs (ce sont les jurisconsultes, titre pour qqn qui a été désigné en raison de ses compétences exceptionnelles et qui avaient le droit de donner des avis de droit, ces avis de droit valaient jugement).
 - « (...) que votre recueil suffise » : norme ni semblable ni contraire, un ensemble cohérent.
 - Point 5 : donne plus de détails, dit a la 4^{ème}-5^{ème} ligne : « qu'elle forme un ouvrage achevé (...) justice » : l'ouvrage acquiert ces lettres de noblesse, le digeste doit devenir source de justice en droit civil.
 - Idée du mur, droit confiné « clôture au delà duquel (...) », ensemble cohérent immuable ce qui est totalement contraire a notre concept du droit.
 - Point 6 : Nuance son propos : « Vous ne vous réglerez pas toujours pour préférer un sentiment (...) adopté » : il ne s'agit que de retenir la doctrine majoritaire. (typiquement exemple : opinion des Proculiens (pour qui normes doivent être souples) VS celle des Sabinien). Ici alternative : peu de normes mais avec des franges en quelque sorte. Certaine ouverture dans cette idée de Justinien. Exemple : « ainsi vous ne rejetterez pas (...) Marcien ».
 - On ne prend que les jurisconsultes.
 - Point 7 : « (...) de superflu dans les ouvrages anciens » : passage clé ! On a ici plusieurs ouvrages des jurisconsultes. Ils se disent que dans le texte A c'est le fragment X qui nous intéresse. Dans le texte B c'est le fragment Y. Dans le Digeste, on va prendre X et Y et a chaque fois on

indique le jurisconsulte à l'origine. Justinien dit qu'avant de faire ça on vérifie le texte et si un passage ne plaît pas on l'enlève, ou reformule si il y a besoin, ce qui veut dire que le passage qu'on a ici va être amendé, ce ne sera pas la forme originale du texte. En plus, entre le passage X et le passage Y peut être qu'il faut faire une transition alors on ajoute qqch en plus. Naturellement ça a été le point de départ pour les romanistes car ils ont tjs été intéressés par le texte original et le contexte des passages X et Y. Le but était de rétablir ce qu'il y avait initialement, etc. Ça s'appelle la théorie de l'interpolation. Du coup aucun moyen de contrôler les textes, théorie a surtout duré sur grande partie du 19^{ème} et 20^{ème} siècle a opposé 2 camps : les uns qui disent qu'il faut faire ça et d'autres qui disaient que ça n'a aucun sens car on ne peut pas vérifier le bien fondé de nos suppositions (selon Prof : peu importe on peut pas reconstruire les textes initiaux et nous disons qu'en fait notre tradition juridique n'est pas basée sur les textes disparus mais basée sur ce qu'on a déjà, donc il est du 2^{ème} camp. Ainsi on cherche juste l'évolution entre le départ et aujourd'hui, pck typiquement on se bat aujourd'hui avec les pb qui ont déjà leur source aux temps romains). « (...) contrariété (...) de notre choix » : la contrariété peut être tolérée à certaines conditions.

- Point 8 : pas d'antinomie, il faut éviter les répétitions
 - Point 9 : /
 - Point 10 : il faut élaguer, donc réduire considérablement
 - Point 11 : s'explique sur l'application du code : « en conséquence (...) code » (donc Digeste et Codex doivent être appliqués partout dans l'empire. Puis annonce tout de suite le 3^{ème} pan du CIC (les Institutes, qui sont le manuel de droit romain avec lequel on formait les étudiants et qui avaient comme but d'unifier les connaissances juridiques, basé sur le manuel de Gaius.
 - Point 12 : « et nous défendons expressément (...) dans ce recueil », donc pas de commentaires, interdiction de rédiger des commentaires du Digeste, c'est comme si ojd on interdisait la doctrine tout court. En réalité derrière l'interdiction c'est une interdiction d'interprétation. Frédéric II de Prusse fera exactement la même chose (exemple du Prof de l'interprétation du mot « maison »). Donc comprendre un mot c'est déjà interpréter : c'est la même chose avec la loi. Interdire d'interpréter la loi revient à interdire de comprendre la loi ! Il n'y a pas d'application sans interprétation ! Le point de départ de Justinien était invalide...
 - Point 13 : /
 - Point 14 : /
- **Seconde préface**, adressée au Sénat et au peuple : ici il énumère ses succès politico-militaires. Puis protection de la divinité. Sous le point 1 il dit que l'ouvrage est heureusement terminé, etc. Donc il remercie Dieu directement tout en soulignant que c'est bien une preuve de la sympathie de Dieu et la protection dont il bénéficie. Reprend l'idée de grand désordre et grande confusion dans la législation comme justification de ce travail. Puis exagère en parlant de 2000 volumes et 3000 fragments, mais en vrai c'était moins. Puis reprend l'idée de Trinité (chrétienté). Ensuite au milieu il dit « tout ce qui apparaît utile (...) textes contraires », répète ce qu'on a déjà vu mais à l'attention d'un autre public. Dernières lignes : « ces 50 livres doivent être

divisés en 7 parties », car il considère que le 7 renferme un mystère (une semaine a 7 jours, Dieu a créé le monde en 7 jours, etc). Ensuite « mais nous avons été déterminés (...) », justification pour le chiffre 7.

- Point 15 : « on ne trouvera (...) contraire », a nouveau l'idée de cohérence et qu'il faut éviter les contrariétés. Le problème de cohérence est encore un problème contemporain (bcp d'ordres juridiques différents, langues, etc)
- Point 16 : « si par hasard (...) omission ». Il considère que cela pourrait arriver et qu'il faut avoir de la compréhension pour le législateur.
- Point 17 : « un des plus admirables (...) anciennes ». Intéressant, proposition contradictoire en apparence mais en fait bien vu quand on lit la justification « cependant les plaideurs (...) ignorance ». Il dit que mnt qu'ils ont le Digeste, tout le monde peut y avoir accès, avant c'était tout disséminé et qui avait ces 2000 volumes ? Très peu de gens, donc on savait moins avec ces volumes qu'avec les 50 livres qu'on a avec le Digeste. Il en résultait de l'ignorance. Argument qu'on trouve tout le temps par la suite (millefeuille pas maîtrisable et le plaideur ne sait pas ce qui est dedans). « d'ou il s'ensuivait (...) lois », attention ici a la traduction qui est mal faite, par rapport a l'arbitraire, on veut dire « en vertu de la volonté du juge, d'avantage que sur la base de la loi ». Au 18^e le terme arbitraire signifie que le juge a une marge d'appréciation. Ojd ça veut dire que le juge a dépassé cette marge. Il faut comprendre arbitraire ici comme marge d'interprétation. Problème de la séparation des pouvoirs judiciaire et législatif : lorsqu'on donne au juge une telle marge, en réalité il se met a la place du législateur. Puis dit que le Digeste a en fait un effet de redécouverte pck cette fois elle est consignée dans un seul volume.
- Point 18 : va expliquer une technique qui ne marchera pas : quid des cas de figure non prévus par le Digeste (lacunes) ? « Il pourra s'élever des cas (...) recours au Prince (...) tous les hommes (...) cas qui se présentent ». Donc en cas de lacune il faut présenter ce cas au Prince, c.à.d. au législateur et c'est lui qui va décider. Donc le juge n'a aucune compétence de combler les lacunes (≠ art. 1 COS ou par. 7 ABGB). On appelle cette technique le « référé législatif ». Totalement impraticable en vrai. Justification : parle de la séparation des pouvoirs entre Prince et juge, car c'est Dieu qui a investi le Prince du pouvoir de législateur. Puis parle de Julien qui a déjà imposé cette technique.
- Point 19-20 : /
- Point 21 : « nous défendons (...) sur nos lois », a nouveau interdiction de commenter. Problème : contradictions qui peuvent surgir. Du coup contradictions dans sa démarche puisque dans préface 1 dit que des discussions de doctrines (contradictions) peuvent être retenues, et ici dit que non, car oublie que la science juridique est « discursive », dans le sens qu'il faut évaluer et interpréter les normes. Il rêve d'un système juridique rigide et mécanique, or la science juridique c'est pas ça, le but est de pondérer les choses, comprendre les besoins de la société et le contenu des normes, et c'est à partir de là qu'on cherche une solution. En effet, le cas forme la règle : il faut parfois reformuler une règle pour l'appliquer à un cas (tant qu'elle reste compatible avec la norme de base). En droit romain la discussion est un peu différente car on

raisonne par analogie : on cherche le cas le plus proche. Mais c'est nous qui décidons de la proximité suffisante de notre cas de JP et du cas à résoudre, ce n'est pas la décision du législateur. Donc on formule en qqe sorte une règle. Justinien ne voit pas bien de quelle façon on applique le droit (que ça soit du Fallrecht ou du Regelrecht). Le Digeste sera oublié et sera redécouvert à la fin du 11^{ème} siècle. Conception politiquement teintée ici, veut imposer le Digeste à jamais et prêt ici à tordre la loi et les techniques fondamentales de la loi pour ce faire. Très martial quand il dit que ceux qui feront des commentaires se rendront coupables de crime de faux et leurs ouvrages seront brûlés. Dernière phrase : rappelle le référé législatif.

- **Der Sachsenspiegel (miroir de Sachs) :** Lieu: Saxe (Saint-Empire romain germanique), l'actuel Reppichau, proche de Dessau. Date : rédaction entre 1220 et 1235. Auteur: initiative privée d'Eike von Repgow. Contexte : - Le droit en Saxe était transmis par voie orale : population peu alphabétisée. - XIIIe siècle : débuts de la mise par écrit du droit. Objet : - Von Repgow souhaite une mise par écrit fidèle des règles existantes, non pas « inventer ». D'où le terme de « miroir » en tant que miroir de la pratique, reflet des règles juridiques. - Invocation de Dieu : établissement d'un lien direct entre le divin & la législation ; idem chez Hammourabi, dans l'Ancien Testament & chez Justinien. Référence expresse au Dieu chrétien, en l'espèce. - Dieu lui donnera la force : idem chez Justinien. - Projet : représenter le droit & le non-droit des saxons selon la bonne volonté de Dieu. - Mise par écrit pour « l'utilité du monde entier ». Pourquoi ? Dieu étant le droit, Dieu étant un, le droit est un lui aussi, ce donc pour le monde entier. - Appel à l'aide auprès des personnes pieuses ; demande à ce que l'on le renseigne en cas d'oubli, etc. - Idée relative à la fonction du juge : personne ne doit se laisser dévier du droit, ni par amour, ni par souffrance (pour l'une des parties), ni par des menaces, ni des cadeaux (corruption). Idée de l'indépendance du juge. - Dieu étant le droit, dévier du droit c'est offenser Dieu (le droit lui est si précieux, etc.). Notons la différence d'avec la Bible où Dieu dicte le droit & d'avec Justinien où J. agit au nom de Dieu. - Il convient de juger droitement dès lors que Dieu sera amené à nous juger. Texte humble. Von Repgow s'avoue faible & ignorant, montre un grand respect pour Dieu. Droit pénal et civil sont ici réglés.
- **Coutumes de Beauvaisis :** Lieu : Comté de Clermont en Beauvaisis, Picardie (Nord de Paris, donc dans la partie de droit coutumier). Date : 1283. Auteur : initiative privée de Philippe de Beaumanoir. Objet : - Même entreprise que von Repgow : collection de coutumes. - Référence à Dieu: théologie chrétienne. Tradition consistant à souligner la proximité avec Dieu, de demander son aide. - Se met au service du Roi. - Enonciation des buts de B. :
 - assurer la paix, législation comme facteur de paix. La paix ici visée est celle entre les citoyens : réglementation des soucis du quotidien. - publicité du droit, accessibilité ; permettre aux accusés de se défendre. Rôle de force de la connaissance du droit.
 - stabiliser la coutume, éviter son évolution. - Raisons de l'entreprise :
 - Dieu commande que l'on aime son prochain comme soi-même. Permettre aux autres de se défendre et d'éviter de causer du tort à autrui est expression de ce

principe fondamental du christianisme. - Base pour l'enseignement et la conservation des coutumes.

- Mise par écrit permet une meilleure instauration de la justice ; projet de promotion de la justice. - Mieux garder le droit en mémoire.
- §5 demande la grâce de Dieu. Idem chez von Reppow. - §6 méthode : collectionner de la jurisprudence (id. chez Justinien), à défaut les coutumes et clairs usages (non contestés). - Lorsqu'un doute surgit sur la coutume applicable, l'on s'inspire des châtelleries voisines, mais aussi de l'ensemble du Royaume. Une méthode déjà courante à l'époque. L'on relèvera l'ouverture vers l'extérieur, la recherche de la connaissance des coutumes voisines dans un but pratique. - Métaphore du vin : sur la manière de juger le texte & mise en retrait de l'auteur. L'individualisme était moins développé en ces temps. - §7 idée de conservation de la coutume, maintien pour l'avenir. - Diversités des coutumes. - §8 nouvelle demande à l'aide de l'extérieur : Dieu, Marie, le Roi. Confusion entre le temporel et le spirituel.
- L'Europe est fragmentée, aucun état-national avant le XVIIIe ; en conséquence, les législations sont diverses.

➤ **Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V :**

LEX CAROLINA, PROLOGUE

Lieu : Saint-Empire romain germanique. Date : 1532. Auteur : l'Empereur Charles Quint.

Contexte : XVIe, siècle de la réforme : grands troubles & guerres. Les historiens considèrent que le début de ce siècle est une période de désordre dans l'Empire. Le statut du droit est faible ; émergence de groupes particuliers de banditisme, etc. Pouvoir public faible laissant libre cours à des atrocités, l'arbitraire, l'inapplication des normes et jugements, etc.

Objet : - Idée d'unification pour répondre à une situation préoccupante en droit pénal. - De grandes ambitions sont énoncées mais le pouvoir de l'Empereur est bien trop faible pour leur réalisation. - Charles V énumère ses titres, dit avoir agrandi l'Empire. - Il dit régner par la grâce de Dieu. Idem chez Justinien & Hammourabi. - Raisons pour lesquelles la Caroline est rédigée :

- la formation des juges ; instauration de juges qualifiés. Idem chez Frédéric II au XVIIIe. - Charles dénonce le fait que les juges ne soient pas juristes, cela conduisant à des jugements contraire au droit, à l'équité et même à la raison. Invocation habituelle du chaos, du désordre juridique afin de motiver l'introduction d'un nouvel ordre.

- La caroline ne doit pas s'imposer contre la volonté des puissances régionales. Le centre n'arrive pas à s'imposer ; une minorité de régions appliquera cette loi. - Première séparation du droit civil et pénal. Pourquoi ? Le pénal est problématique, souhait d'une intervention ponctuelle : réaction d'ordre pratique. Peut-être aussi suite au constat qu'il était impossible de s'imposer en droit civil : aucune nécessité vu la qualité du droit romain.

- **L'Ordonnance civile de Louis XIV :** Lieu : Royaume de France. Auteur : Louis XIV. Objet : - Invocation du divin. - Enonciation des titres. - « Salut » : au présent & à la postérité. Rappel Justinien saluant Tribonien, mais aussi souhaitant voir la pérennité de son œuvre par l'interdiction de l'interprétation. - Justice comme le plus solide fondement de la durée des états : consolidation par l'ordre juridique. Cf. Justinien. - Assurer le repos des familles (les grandes familles de France) : cherche à les rétablir, les soutenir. - Assurer le bonheur des peuples. Idem Hammourabi. L'on

retrouvera cela chez Frédéric II. - Avoir donner le paix par la force des armes. Idem Hammourabi & Justinien. - Les ordonnances établies précédemment étaient l'œuvre des sages, toutefois elles furent négligées et changées par le temps, la malice des plaideurs. Ordre juridique en désordre. - Ces ordonnances différaient même dans les cours. Idée claire de centralisation : un même droit applicable à tous d'une même façon. - Effet du désordre : la ruine des familles. - Retrancher dans le « mille-feuille ». - Etablissement d'un style uniforme. - But d'accélérer la marche de la justice. Encore d'actualité. - Rendre le droit plus sûr : sécurité juridique par l'unicité de la procédure et des lois. - Mise en vigueur de l'ordonnance sur les dernières lignes. Œuvre législative majeure de Louis XIV : il rédige en grande partie le droit civil en vigueur au XVIIe.

- **Gottfried W. Leibniz – Le Droit de la raison :** Logicien, mathématicien, juriste, théologien, etc. Leibniz souhaite « mathématiser » le droit (définition précise de chaque terme puis calcul), le considérant comme une science exacte. Cette entreprise de mathématisation sera tentée par Wolff. L'idée du juge-automate au XIXe (effectuant un simple calcul, sans interprétation) remonte dans une large mesure à Leibniz. P. 35 du recueil : texte théorique. Leibniz a dessiné en quelques grands traits une idée géniale que d'autres juristes ont décidé de mettre en œuvre. On voit ce projet dans ces 2 textes, on a la pratique de cela mais quand il a écrit ça à l'époque c'était tout a fait novateur. Nous sommes ici au 17eme siècle. Leibniz est un contemporain de Louis XIV et de Puffendorf, pas non plus très loin de Grotius et de Descartes. Le personnage sur laquelle il a eu la plus grande influence c'est Wolff, qui reprend les idées essentielles de Leibniz. Leibniz propose de remettre en ordre le droit romain, cela nous dit 2 choses : d'une part il prend comme base le droit romain et d'autre part il a visiblement un projet de modification du droit romain. Il parle de l'Edit perpétuel (une des sources importantes du droit romain, le magistrat avec la haute surveillance avait la possibilité d'introduire en début de mandat des normes qui étaient compilées dans l'Edit du Prêteur). Il se réfère aux techniques romaines et propose une nouvelle formule et des modes. Il parle de choses qui sont tout a fait habituelles pour nous, p.ex par. 1 : il faut traiter du fait avant de traiter du droit sur le plan de la méthode. Il dit que la regula iuris ne suffit pas en tant que tel, il parle de la totalité du droit et qu'il faut analyser le droit de manière plus étendue, dans son ensemble et non pas juste la regula iuris. Il diagnostiques 3 problèmes : celui de l'erreur de raisonnement (il nous arrive de pas suivre les règles qu'on doit suivre si on raisonne de manière juridique), des erreurs d'interprétation et de la terminologie défailante. Il dit que quand on raisonne dans un sens large, il faut parler d'une grammaire du droit. La loi a sa propre grammaire qui est un élément essentiel pour faire une interprétation correcte d'un cas. C'est un élément important par rapport à la qualité de notre raisonnement. Ensuite il parle d'une logique du droit, il se réfère au problème de raisonnement et qu'on doit utiliser cette logique (pas juste juridique mais de manière générale) pour aboutir a un résultat satisfaisant. Ensuite il parle d'une métaphysique du droit (donne des exemples : l'un et les nombres, la causalité, la partie et les choses semblables, etc), c.à.d. qu'on doit aller au delà de la pure normativité. Ensuite il parle de la physique du droit, p.ex la nature des animaux. Le juriste doit tenir compte de la nature de certaines choses, p.ex en cas d'accident on peut avoir recours a un physicien qui nous explique les circonstances (la vitesse, la chute, etc). Ensuite il parle de la mathématique du droit (on utilise des chiffres et des mesures en droit, typiquement dans un rapport d'expert). Colonne 2 : « dans tous ces domaines (...) précision », tous ces domaines ne sont pas

suffis. développés en droit et donc on fait des erreurs. Après ce diagnostic plutôt sévère il revient étonnamment à dire : « ou bien pck les législateurs se sont trompés » (4^{ème} ligne). Préconise dans ce cas la que le jurisconsulte privé se conforme même a ceux qui sont dans l'erreur. Parle ensuite de l'éthique du droit et des mœurs des hommes. Puis parle de la théologie, référence a Dieu, il considère que la théologie joue également un rôle en droit. Constate qu'il y a aussi naturellement un élément politique en droit, à différents niveaux (la forme d'état que nous acceptons, etc). Renvoie a la tradition grecque. A la fin, il finit en beauté car s'interroge sur la notion d'égalité par rapport a la politique en droit. Il dit « le fondement du droit privé est l'égalité ». On est au 17^e, tous les Etats EU sont des monarchies avec une société très fortement hiérarchisées. C'est étonnant. Justification : « car les jugements concernant la supériorité (...) jugés égaux ». Donc si on a pas l'égalité il faut des critères d'inégalité, or c'est dur d'en trouver, par conséquent l'égalité reste le principe de base. Texte très ouvert, éléments encore déterminables et ca va prendre des générations.

- **Second texte de Leibniz** : 3 principes, 1678 probablement et ici il va développer une véritable éthique du droit et une théologie du droit. Il commence a nouveau par le droit romain et dit que y a 3 principes par lesquels nous sommes tenus d'agir justement : ne nuire à personne (ne léser personne, c'est le *neminem laedere* du droit romain), Leibniz l'associe directement a l'utilité (parce que le *neminem* veut dire personne, c.à.d. que chacun est au bénéfice de ce précepte et pour chacun il est utile de le suivre). Al.2 : deuxième grand principe (3^{ème} dans l'ordre romain), c'est l'honeste vivre, qui veut dire vivre honnêtement. Cela signifie d'adopter un certain comportement qui permet a la société de prospérer, de se développer, de se pérenniser. Naturellement avec une réciprocité. Ce précepte est plus exigeant que le premier, ou il suffit de ne pas nuire, alors que la il faut adopter un comportement. Pour Leibniz c'est le sens de l'humanité. Utilité + humanité = il réfléchit en termes de gradation. Le 3^{ème} précepte du droit romain (!) dont il ne fait pas mention est le *suum quique tribuere* (respecter le sien à chacun, c.à.d. respecter le bien de chacun, l'idée est de respecter les droits de chacun). Fait grande différence : on peut remplir le standard minimal en étant utile aux autres, ou alors le maximal (celui de l'humanité) qui moralement est bcp plus exigeant. « Et puisque ce sens (...) aiguillon de tous les hommes ». Pour lui le 3^{ème} principe est la religion. « Puisque chez beaucoup d'homme (...) sont affaiblis » : des hommes sont naturellement porté vers l'humain et certains non. Comment les amener à respecter les principes d'humanité ? C'est la religion. Distinction entre l'ordre juridique (représenté par le *neminem laedere*) et l'ordre moral (par l'honeste vivre). Colonne du milieu : « Toute les fois (...) intelligente et puissante », fait allusion a sa métaphysique. Sorte de pyramide avec Dieu à sa tête, en créant le monde et la nature physique et humaine, il a crée le droit naturel, mais aussi toutes les connaissances (le droit, les maths, la physique, la grammaire, etc tous les ordres de savoir y.c l'ordre théologique). Dieu est parfait et ne souffre aucune contradiction en lui même : L en tire une conséquence très importante : pour lui toutes les sciences sont cohérentes entre elle puisqu'elles ont été créées par Dieu. Concept avec conséquence grave pour le droit : selon L pas de différence entre droit et morale ! Pour un juriste c'est une proposition qu'aujourd'hui on accepterait plus mais au 18eme siècle grosse confusion. Défi des législateurs des codes du début 19^{ème} était de désempêtrer les 2 domaines (1 des grandes propositions de la Révolution française, raison pour laquelle ils parleront de République qui signifie un ordre juridique confessionnellement indépendant). Pour L l'homme le plus parfait possible est un homme heureux, donc la législation doit rendre l'homme heureux. Hammurabi aussi

avait cette prétention (rendre son peuple heureux), idem pour Frédéric II. Même aujourd'hui (état social, droit de l'homme, etc on veut rendre l'homme heureux à travers nos normes).

- **Texte de Wolff**, p. 37. Nait en 1759 et meurt en 1864. Répercussion de Leibniz ressentie dans ce texte. A essayé de mettre en œuvre ce que L a dessiné. Dit que : « (...) zu erkennen » : son concept est géométrique. Il voudrait avoir un droit qui est aussi précis que la géométrie. Conception dans laquelle on peut déterminer les points avec la plus grande décision. Naturellement aussi rapport entre droit et nature. « (...) Natur gefunden » : la source du droit est pour lui dans la nature. On voit la structure Wolfienne, il va dire que Dieu a créé la nature, l'homme, le droit humain et la nature humaine est la source du droit. En réalité le droit (et la nature) doit régler tous les actes de l'homme. Monde créé le plus parfait possible par Dieu et l'homme doit donc se comporter de la manière la plus parfaite possible (sinon, il va diminuer le degré de perfection du monde). La philosophie du droit pénètre au plus profond de l'être humain et l'autre seul domaine où on peut observer ça c'est la religion. Colonne 2 : la ratio est le point de départ de toute son analyse juridique et plus loin « (...) wahrheit sei », ce sont ces 2-3 lignes qui sont fatales car il donne trois critères de vérité. D'abord il dit qu'il faut introduire la vérité en droit. Ensuite critère ontologique (2^{ème} critère) qui signifie que chaque acte doit correspondre à la nature humaine / au droit naturel. Enfin la vérité morale (3^{ème} critère), c'est le problème du décalage entre savoir et faire. On peut connaître le contenu d'une norme et agir d'une manière différente de cette norme. Selon Wolff si ces 3 critères sont remplis, je commets un acte correct au regard du droit naturel (substance de la thèse du Prof). Parle ensuite d'Euclide et de la précision géométrique, il faut une terminologie précise en droit. Théorie de l'appétit et de l'aversion : nous avons naturellement les 2. C'est un élément central pour Wolff et Leibniz car ils disent que nous avons naturellement un appétit (attirance) pour le bien et pour la perfection. L dit par exemple qu'il est impossible de ne pas aimer Dieu car il est parfait. Pour l'aversion c'est une aversion innée pour les choses qui vont contre la perfection, raison pour laquelle on a la tendance naturelle de rejeter des actes qui seraient contraires à l'ordre juridique. Parle de cette théorie à p. 38 colonne droit au milieu « (...) Mensch (...) zu verabscheuen ».
- **Texte de Frédéric II** : roi de Prusse (capitale Berlin), texte de 1754, saut d'une bonne trentaine d'années. Se considère comme un monarque éclairé qui devait apporter le bonheur à son peuple. Il a essayé d'apporter une évolution dans la monarchie, n'était pas très aimé. Son concept : être le bon père de son peuple et amener son peuple par la main vers le bonheur (même idée que chez Hammurabi). Ici d'abord un texte par rapport à la torture, donc un texte pénal pour l'instant. On a à gauche les références de l'ouvrage duquel c'est tiré. Il parle de Quintilien : « le plus sage (...) soupçon ». Attention : mettre à la question = à la torture. Phrase notable : « il faudrait mieux pardonner à 20 coupables que de sacrifier un innocent ». Il faut savoir que depuis 1764 et d'un texte de Beccaria (théoricien de Milan) il y a un tournant en droit pénal qui va s'opérer. B conteste la torture et il y a seulement quelques cas où il l'admettrait, et encore on peut discuter. FII est un héritier de ces lumières qui viennent d'Italie et il lui emboîte le pas : si la personne est innocente il est absolument injustifié de la soumettre à la torture. Sous la pression de la douleur il avouerait qqch qu'il n'a jamais fait car de faible constitution. Et le couple, d'une forte constitution, n'avouerait pas même sous la torture. Et cela lui paraît insupportable. Autre élément : qqn qui s'est comporté conformément aux vœux de Dieu, pas justifié de le soumettre à la torture ou la peine

de mort (ca revient a sacrifier qqn qui a la faveur de Dieu pck elle s'est conformée aux règles de Dieu).

- **Bentham** : théoricien anglais (1748 à 1832), avec son secrétaire Dumont (pasteur genevois). Ici, théorie de la législation selon ses idées. Au 2^{ème} alinéa il dit « je m'arrêterai (...) générale ». C'est un très grand utilitaristes, théoricien de l'utilité générale, mais l'idée n'est pas son idée a lui, on l'a déjà rencontré chez Leibniz. C'est un présumé de base pour son idée de codification. Il précise : « en d'autres terme (...) nombre ». On essaie de maximiser le bien. Le plus grand bien du plus grand nombre est lié à la sécurité du plus grand nombre mais pas de tous nécessairement. La première condition du code est de se rapporter selon lui à l'intérêt universel. Naturellement c'est un code politique comme il le dit un peu plus tard. La seconde condition du code c'est l'intégralité (nous parlerions aujourd'hui d'exhaustivité). Le code doit permettre de trancher n'importe quel cas. La troisième condition consiste en une méthode (héritage de Leibniz et de Wolff) : « nous préconisons la clarté du style (...) loi ». Le code doit être compréhensible pour tous. Cette 3^{ème} condition est la publicité de la norme donc. Ensuite la 4^{ème} est la nécessité de présenter un commentaire raisonné, contrairement au droit romain et à Justinien. Commentaire raisonné pour expliquer mais aussi pour justifier la norme et en montrer son bien-fondé. Il parle d'une rédaction complète a la page 42 « voilà donc (...) ne sera pas loi », tout dans le code donc, principe de légalité. Justinien avait dit qu'il faut procéder par référent législatif si le code ne donne pas de réponse ; chez Bentham, il y a une autre solution. « (...) prévoir en l'espèce » : genre et espèce. Même si ici la terminologie n'est pas tout a fait propre, il veut dire qu'on peut pas régler chaque cas naturellement mais on peut faire des groupes de cas (« espèces ») qui seraient soumis a la même règle ; chez nous c'est l'idée d'abstraction des normes. Ensuite section 3 de la méthode : il fait la différence entre intérêt universel et spécial et a partir de cette distinction, il introduit ici une hiérarchie des codes. Il dit que le code pénal est le premier en importance. Nous on dirait plutôt que c'est la Constitution. Il ajoute « ce qu'on appelle la loi civile (...) pénale ». Il considère que tout le reste, droit civil p.ex, n'est qu'une explication autour du pénal. Hiérarchie tout a fait atypique qu'on accepterait plus aujourd'hui. Alinéa suivant : comment le CP doit être fait pour suivre cette règle ? Il donne les différentes entités a protéger (la personne, puis la réputation, puis la propriété...). Si on regarde cette structure, on a la protection de ces biens dans le CP mais aussi dans le CC ! Dernier alinéa de cette colonne : « je suppose (...) loi ». Ici clairement universalité du code et il continue sur la distinction des codes spéciaux (p.ex militaire, de marine, loi de chasse, etc). Il met au centre le code pénal comme loi universelle. Alinéa 2 : voyons quelle sont les classes de personnes a qui un tel commentaire peut offrir des avantages particuliers. D'abord les habitants du pays, l'idée étant que chacun doit connaître la loi pour pouvoir s'y conformer, et puis deuxièmement aux juges. Le commentaire doit servir de guide et d'appui. Troisièmement le commentaire doit s'adresser au corps politique qui doit aussi s'en inspirer. « (...) parties saines ». Quatrièmement, et ca c'est tout a fait étonnant, il explique un des buts du code en disant que le code sert a améliorer les hommes, donc ici un aspect pédagogique et éducatif du code. Ce qu'il faut retenir ici c'est qu'on a une théorie de la codification avant la lettre ; il y a déjà des codif avant lui mais ici véritable théorie. Il s'agit d'une codif qui embrasse le tout, sans la séparation entre civil et pénal comme nous la concevons. Conception qui ne sera suivie nul part.

III. Les codifications civiles

A partir de maintenant nous allons faire la **distinction entre la codification civile et pénale**. Le mouvement de codification qui s'enclenche au 17^{ème} siècle concerne autant l'un que l'autre. Ce mouvement va conduire à une séparation entre ses deux concepts. Jusqu'à maintenant, la distinction n'était pas très claire, mais dorénavant, nous allons distinguer ces deux mouvements.

Pour Bentham, le droit pénal était déjà pour lui supérieur au reste des domaines. **A partir de la fin du 17^{ème} siècle, la séparation entre le civil et le pénal sera plus marqué**. A noter que les codifications pénales seront introduites pour la première fois et mise à l'ordre du jour avec le texte de *Decaria*.

I. *Allgemeines Landrecht ir die Preussischen Staaten (ALR) (p. 46)*

a. Introduction

Le ALR est rentrée en vigueur en 1794 en Prusse. Il s'agit d'un **Code civil** très important. La Prusse est un territoire d'Europe orientale en partie germanisé. Elle est devenue au XVI^{ème} siècle possession d'une branche des *Hohenzollern* (famille de Frédéric II). La Prusse se prolongeait sur l'est jusqu'à la mer Baltique.

Le 14 avril 1794, Frédéric II le Grand de la famille des *Huhenzollern* (c'était le roi à l'époque) a promulgué l'ALR qui sera rédigé par Gottlieb et Ferdinand sous les ordres de Frédéric II. Ce code contient plus de 19'000 articles couvrant notamment les champs du droit civil, du droit pénal, du droit de la famille, du droit public et du droit administratif.

Le but de se code n'est pas d'unifier un ensemble de loi, mais de rendre claire et de mettre en ordre les lois tout en éliminant les diverses interprétations.

b. Ordre de Cabinet royale concernant l'amélioration du système judiciaire du 14 avril 1780

« *Vous ne pouvez pas ignorer (...) avons ordonné en particulier* » : Dans ce premier texte, **il s'adresse comme Justinien l'a fait dans son texte auparavant à son chancelier, Carmer**. Il va expliquer que depuis 1746, **des reformes sont nécessaires afin de remédier le désordre (comme l'avait fait à son époque Justinien et Louis XIV)** et les défauts actuels du Royaume de Prusse. Pour ce faire, il propose trois points

- « *Que les collègues (...)* » : Il parle tout d'abord des magistrats et des juges, donc du pouvoir judiciaire. **Il faut organiser la justice de sorte à ce que les personnes qui rendent justice soient des hommes habiles et honnêtes**. C'est le début d'une tradition prussien d'administration où le magistrat est très bien formé et sont incorruptible. Cette tradition va être suivi jusqu'au début du 20^{ème} siècle.
- « *Que la procédure judiciaire soit (...)* » : Il veut une **modification du droit procédural afin qu'il ne soit pas si lent, mais plus efficace et plus rapide**. C'est une purification des formalités procédurales inutiles que possède le système actuel.
- « *Que l'on détermine et recueille (...)* » : C'est un programme qui veut que l'on détermine les lois imprécises et ambiguës. **Il procède à une collection dans un recueil de ces lois, mais en leur donnant plus de clarté et de précision**. C'est une modification des anciennes lois.

« *Puisque presque chacune de nos provinces (...)* » : La Prusse fonctionne comme la Suisse le fait aujourd'hui. **Chaque province possède sa propre constitution, ses propres statuts et coutumes.** Celles-ci diffèrent d'une province à une autre. Le but de cette codification n'est pas de les laisser tomber, mais au contraire. **Le but est de collectionner leurs propres droits personnels et les compléter.** C'est une révision du droit provençal qui reste en place certes, mais qui doit être remis à jour. C'est le premier niveau de son programme.

« *Le corpus juris de l'empereur Justinien (...)* » : Il arrive toutefois que ces constitutions sont parfois incomplètes. C'est une situation semblable en France. C'est pourquoi, le juge français ou allemand a pris l'habitude de résoudre les cas à l'aide du droit romain lorsqu'une lacune se dresse dans son cas. **Frédéric II dit clairement que le corpus juris a été accepté et à son époque, il s'appliquait subsidiairement aux constitution provençal.** Puisque cette manière de faire était très marquée à l'époque, il préfère en tenir compte au lieu de le perdre entièrement de vue.

« *Il faut donc en abstraire seulement l'essentiel (...)* » : Ainsi, **il faut prendre ce droit supplétif en compte et en faire un nouveau code afin de compléter le droit prioritaire.** C'est ce travail qui va aboutir à la création de l'ALR. **Le droit était très lacunaire auparavant, c'est pourquoi le corpus juris était très présent.** Le point de départ de sa codification sera donc le corpus juris. Il est toutefois riche en contradiction, mais le but de cette codification sera d'éliminer ce qui inutile. **On ne prendra que les choses essentiels du corpus juris et les choses compatibles avec le droit naturel et le droit en vigueur dans la Prusse.** Autrement dit, le ALR est une révision du droit romain, mélangé avec les caractéristiques de la Prusse. C'est une mise à jour du corpus juris adapté à la civilisation prussienne.

« *Nous ne permettrons pas qu'il vienne (...)* » : Comme l'avait fait Justinien auparavant, **Frédéric II considère qu'il est interdit d'interpréter la loi.** Il est interdit d'interpréter, d'élargir ou de restreindre la loi et encore moins d'émettre des nouvelles lois. Toutefois, c'est une entreprise qui est impossible.

« *Il faut, en cas de doute, (...)* » : **Comme Justinien à son époque, Frédéric II fait recours au référé législatif. En cas de lacune constatée dans la loi, le cas sera soumis au législateur** (la commission des lois) afin qu'il puisse compléter la lacune de la loi et résoudre le problème.

Nous sommes très proche de la conception de Justinien. A la fin du 18^{ème} siècle, ce concept était périmé car dans l'intervalle les idées ont changé et les solutions se sont développés. C'est la dernière reprise, ici, de la tradition romaine. En effet, les codificateurs ultérieurs vont adoptés des formes différentes qui se détacheront de la tradition romaine.

c. Plan pour élaborer un nouveau livre de droit, accepté par ordre de cabinet de Frédéric II du 27 juillet 1780

Le 27 juillet 1780, Frédéric II va soumettre un plan plus précis de l'élaboration de son nouveau code.

« *Il n'est pas dans l'intention (...)* » : **Le but premier de cette codification n'est pas d'établir des nouvelles lois, mais de procéder à la collection de tout le droit prussien existant à l'époque. Il faut le mettre en ordre, l'exposer de manière précise et le rendre**

compréhensible pour tous. C'est un code qui s'adresse à l'ensemble de la population. Par conséquence, il y a une influence et un travail qui doit être fait sur le langage et la compréhension du code.

N.B. : Le Code civil français et le BGB allemand vont suivre une autre conception. En revanche, le Code civil Suisse va reprendre cette conception que décrit Frédéric II.

C'est en quelque sorte une **révision des lois en vigueur**. Dans le cas où il serait nécessaire de procéder à une modification, **il faut adapter la loi aux temps en vigueur, aux usages, à la religion, aux mœurs et à la constitution des temps contemporains.**

« *Le Corpus juris sera mis (...)* » : **ALR sera introduit et rédigé a titre primaire.** L'idée étant qu'avec ce code, il soit possible de résoudre n'importe quel cas qui pourrait surgir. Certes, le civil et le pénal sont séparés l'un de l'autre, mais ce sera un code très volumineux. **En outre, le Corpus juris sera mis à la base du livre de droit général, car il est accepté par tous comme droit subsidiaire.**

« *Ces compléments doivent être pris soit (...)* » : **L'idée de la codification est de s'inspirer de la tradition en vigueur** (les lois générales des pays existants) **pour établir un code qui répond aux besoins de son temps.** Il fini son texte en disant que, certes il faut s'inspirer des lois générales des pays existants, mais il faut aussi qu'elles réussissent les tests d'une analyse raisonnable de la situation concrète et des besoins.

Ce Code restera en vigueur jusqu'en 1899. Déjà lorsqu'il entre en vigueur, ce code est vieillot. Par conséquent, le juge ne l'appliquera pas souvent. Durant les années 1830, une commission de révision va rédiger un rapport massacrant ce code. C'est une critique très sévère, alors même que la commission n'a pas pu faire une proposition valable. Toutefois, elle va faire en sorte que ce code perde de la crédibilité.

II. Discours préliminaire du premier projet du Code civil (p. 49)

C'est le **premier projet du Code civil français.** A noter que ce ne sont pas les travaux préparatoires de celui-ci. Or, ces travaux préparatoires vont aboutir au Code de 1904. Dans ce texte, discours, nous avons Portalis qui s'exprime en tant que père du Code Civil français.

« *Des magistrats recommandables (...)* » : Tout d'abord, il fait **une introduction en parlant de la continuité de la loi.** La France vient tout juste de la Révolution, elle a besoin d'être stabilisé. **Le Code Civil français sera le moyen de rendre la stabilité de la France.** C'est l'idée du maintien des traditions. On doit la revisiter afin de regarder ce que l'on regarde et ce que l'on rejette.

« *On eût dit que la France n'était qu'une société de sociétés* » : Dans son analyse, il constate que la société française est multiforme. Il y a d'innombrables coutumes locales et n'innombrables ordres locaux. **Le défi est de mettre sur pied une unité.** Il reconnaît que l'uniformité serait l'idéal (c'est une tendance centraliste).

« *Mais comment donnée (...)* » : Il cite Montesquieu. Il se pose la question de savoir ce fait le rapport entre le climat et la loi, la géographie et la loi, etc. Il reprend les idées de Montesquieu pour les mettre en œuvre dans le Code civil.

« *Tout à coup (...)* » : Il fait une interrogation profonde sur la question de savoir est-ce que dans la société de l'époque. Peut-on codifier ? Est-ce le bon moment ? **Il constate que la période de post-Révolution n'est pas le bon moment pour faire une codification car on s'attaque à tous les abus, on interroge toutes les institutions.** On bouleverse tout le système en vigueur. Par conséquent, la période de la Révolution n'est pas le moment propice pour faire une codification.

Pendant la Révolution française, il y a eu trois tentatives d'introduire un Code civil. Ces tentatives ont été opérées par Cambacérès. Toutefois, les trois propositions ont été balayées. Dans ce code que propose Portalis, Cambacérès n'était plus impliqué, mais il était l'éminence grise qui planait en arrière plan et qui avait aidé avec son expérience à mettre sur pied ce Code.

Via ce Code civil, il y a l'idée d'établir un régime politique et juridique. C'est la méthode de Napoléon. Il l'utilisera pour développer sa nouvelle France et la nouvelle Europe. La loi, selon lui, est l'instrument nécessaire pour imposer un nouvel ordre, comme le pensait déjà à son époque Justinien.

« *Par la seule force des choses (...)* » : Il annonce **la mise en place d'un nouvel ordre de propriété pour réagir à l'ancien ordre en vigueur.** Ce nouvel ordre prendrait ainsi la place de l'ancien, qui était instauré dans le but de concentrer la propriété dans les mains de quelques individus. Il considère que les lois étaient hostiles et partiales. L'idée est de mieux protéger ce principe et la répartir entre plus de mains.

« *Ce n'est pas dans un tel moment (...)* » : **Ce n'est pas la Révolution qui est le moment propice.** Dès les années 1800, la Révolution est terminée (officiellement 9 novembre 1799, moment du coup d'état de Napoléon). Durant ce coup d'état, Napoléon s'auto introduit comme le premier consul de France. C'est à partir de ce moment que l'on considère que la Révolution française a pris fin. Une fois les années de troubles terminées, il est temps de remettre de l'ordre dans le système.

« *De bonnes lois civiles sont le plus grand bien (...)* » : Si on reprend « L'esprit des lois » de Montesquieu, à son chapitre 15, il parle déjà du « palladium » de la propriété. C'est une citation de Portalis auprès de Montesquieu (ou plutôt un plagiat). **Il annonce dans ce paragraphe que la propriété sera la colonne vertébrale du nouveau Code civil.**

« *Les lois ne sont pas purs actes de puissance (...)* » : C'est un passage très important car il montre une sensibilité des lois face à la population. La loi est issue de la population, elle est le fruit de celle-ci. **Il ne s'agit pas d'octroyer (imposer) une loi à la population, mais de mettre sous la forme juridique les besoins, les coutumes, les habitudes de la population.** C'est un acte de sagesse car il faut percevoir les besoins de la société en vigueur. Il faut avoir à l'œil la justice pour définir une décision juste. Les lois doivent résister à l'examen de la raison naturelle. **Il faut convaincre la population que les lois choisies sont celles qui leurs faut et non pas les imposer de manière contraignante.** Autrement dit, il ne faut pas l'imposer par l'épée, mais en convaincant.

C'est contraire à ce qu'a fait Napoléon avec son Code civil (il l'a imposé partout où il conquérait). On peut donc dire que la réalité politique est très différente.

Il donne un certains nombres de principes qui vont être respectés dans le code.

- « *A l'ouverture de nos conférences (...)* » : **Il fait une allusion au principe de l'exhaustivité.** Le code doit être exhaustif dans son ensemble, mais il faut aussi avoir recours à des principes simples qui seront mis en œuvre et complétés par le juge.

- « *Tout simplifier (...)* » : Pour arriver à l'exhaustivité, il faut **simplifier** (mais tout prévoir n'est pas possible).
- « *Il ne faut point de lois inutiles (...)* » : **Le but est d'éviter d'avoir un corps énorme de loi remplis de toutes les lois possibles** (y.c. les inutiles). Ces lois affaiblissent le pouvoir et la certitude des lois nécessaires. Il faut donc limiter le volume des lois en renonçant aux lois inutiles
- « *Les lois des douze Tables (...)* » : Portalis fait un retour à la tradition Romaine. Selon la lui, il considérait que la France était arrivée au plus haut degré de richesse et de civilisation possible. **C'est l'idée d'une relativité historique**. A la différence de Frédéric II, Portalis nous met en garde. **Une loi doit correspondre à son époque et non pas à une autre.**

« *L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues (...)* » : C'est le principe directeur qui va être respecté dans tout le Code civil français. **Le but est d'établir des principes généraux, sans descendre dans les détails.**

- Par exemple : La responsabilité civile (article 1383ss) possède en tout 5 articles contrairement au droit suisse (20) et au BGB (30).

Autrement dit, **le législateur indique les éléments généraux et par la suite il appartient au magistrat et au juriconsulte de donner corps à ses principes**. C'était une technique, mis en œuvre par le législateur français, afin d'atteindre l'exhaustivité voulu du Code. Les normes devaient être générales pour que n'importe quel problème puisse être résolu.

De nos jours, c'est problématique car on constate que ses indications du législateur sont trop générales. Le Magistrat a, certes, bien utilisé sa compétence, mais on retrouve une JSP qui déborde énormément à cause de l'utilisation de sa compétence d'interprétation sur une norme qui a la base était déjà très large.

« *Si l'on peut pardonner à l'intempérance de commenter (...)* » : A nouveau, nous retrouvons le topo de l'exhaustivité. Il se demande comment il peut l'atteindre.

« *Mais à défaut de texte précis sur (...)* » : En le comparant à notre article 1 CC suisse ou l'art. 7 ABGB, nous pouvons constater qu'il y a un rapprochement entre les deux. **A défaut de texte précis dans le code, on doit rechercher des dispositions semblables qui tiennent lieu de loi. Lorsqu'il n'y a pas de dispositions semblables et que l'on se trouve dans une lacune, on se doit de remonter au principe de droit naturel** (qui lui est illimité).

Le législateur ne va pas mettre une disposition spécifique sur la technique d'interprétation dans le Code, mais c'est une instruction prévues dans les travaux préparatoires pour montrer comment le juge doit se comporter.

« *Ce serait donc une erreur de penser (...)* » : **Portalis constate que l'exhaustivité ne peut pas être atteinte simplement du fait que l'on ait prévu chacun des cas**. Il y en a tellement (une infinité) que l'on ne peut tout simplement pas tous les prévoir.

« *On est forcé de prononcer (...)* » : En lien avec les lacunes et les techniques pour atteindre l'exhaustivité voulu du code, **l'enjeu principal derrière ses principes est la sécurité du droit.**

« *La loi qui sert de titre à l'accusation* » : Il introduit **le principe de non-rétroactivité** (la loi doit être antérieure à l'action pour laquelle on accuse). C'est un principe fondamental dans notre conception de la loi. Ensuite, il introduit le principe de publicité.

« *Ainsi, en matière criminelle (...)* » : Il propose un **rapport entre le civil et le pénal**. Au **niveau pénal, il faut un texte formel et préexistant** (principe de non-rétroactivité). La loi doit aussi être précise et aucune jurisprudence n'est possible. C'est la différence du pénal au civil.

Concernant le domaine civil, il est possible d'avoir une interprétation exhaustive (ce qui n'est pas envisageable au niveau pénal car le but de la norme pénale est d'être plus précise que la norme civile afin d'éviter que quelqu'un ne soit puni alors que la loi ne l'a pas prévue). C'est une exhaustivité par un tout autre moyen. **Le pénal est plus limitatif que le civil dont l'exhaustivité est atteinte par le moyen de l'interprétation extensive et à l'aide des normes naturelles**. Le juge ne pourrait pas et jamais ne faire une interprétation du domaine pénal car le code est limitatif.

Dans le texte, Portalis considère que le juge ne peut pas s'inspirer de la jurisprudence. C'est complètement faux. Le juge peut le faire, mais de manière limitatif.

« *Sur le fondement de la maxime (...)* » : Il introduit le **principe de la légalité**. Le juge se doit de respecter la lettre de la loi.

« *Il est deux sortes d'interprétation (...)* » : C'est un problème de l'exhaustivité. **Il se réfère à Justinien car il va rejeter la technique du référé législatif en donnant la préférence à une hiérarchie interprétative**. Il fait la distinction entre deux types d'interprétations possibles.

- **L'interprétation par voie de doctrine** : Le but est de saisir le vrai sens des lois, de les appliquer avec discernement et à défaut de cas réglé dans la loi, il faut les suppléer.
- **L'interprétation par voie d'autorité** : Il faut résoudre les questions et les doutes par voie de règlements ou de dispositions générales (interdit au juge).

« *Quand la loi est claire, il faut la suivre (...)* » : Il donne une **hiérarchie des techniques d'interprétation des normes**. Si la loi est claire, nous devons l'appliquer. Si la loi n'est pas claire, il faut l'approfondir pour éclaircir le sens. A défaut de loi, il faut consulter l'usage ou l'équité (l'équité étant un retour à la loi naturelle).

Le Code français fait œuvre de pionner car ce sera une méthode reprise par plusieurs autres codes.

« *Forcer le magistrat (...)* » : Portalis confirme que le référé législatif n'est pas praticable.

« *De plus, le recours au législateur (...)* » : Portalis enfonce le clou sur le point du référé législatif en disant que ce serait fatale au justiciable.

« *En effet, la loi statue sur tous (...)* » : C'est le **principe de la généralité de la loi**. Si on veut être exhaustif, il faut être général. Il considère que les hommes sont en masses et non pas en particulier. **La loi s'applique à tous et pour tous**. Ce n'est pas la particularité d'une personne précise qui détermine l'applicabilité d'une loi. Dans le cas contraire, il faudrait faire des lois sur mesures et chaque jour.

« *Il y a une science pour les législateurs (...)* » : Portalis traite de la **séparation des pouvoirs**. Il évoque la **science des législateurs** (pouvoir du gouvernement, il trouve dans chaque matière les principes les plus favorables au bien commun) et la **science des magistrats** (pouvoir judiciaire, il met en action ces principes, par une application sage et raisonnée).

« *Il faut que le législateur veille (...)* » : C'est un jeu entre les deux pouvoirs. **Le législateur propose une loi que le pouvoir judiciaire doit appliquer. Le législateur reste dans une**

position d'observateur dans l'application de la loi. Si elle ne résiste pas à la pression de l'application, le législateur possède les pouvoirs de la réviser.

« *Le droit est moralement obligatoire (...)* » : Portalis fait la distinction entre le droit et la loi. **Le droit (l'ordre juridique dans son ensemble) est un concept général. Il est moralement obligatoire dans le sens où il faut le suivre et le respecter.** A noter que ce n'est pas l'ordre juridique en tant que tel qui exerce une contrainte, mais c'est la loi. Autrement dit, **nous devons suivre et respecter l'ordre juridique dans son ensemble, mais la source de la contrainte est la loi** (via le CC, le CP, etc.)

Il dit une métaphore : **L'ordre juridique est une boussole car il nous guide et nous indique la direction générale. La loi est le compas car il est l'instrument plus précis qui détermine avec précision un certain point.** Cela nous rappelle Wolff qui disait que le droit naturel est comparé à un ordre géométrique. Or, en parlant du compas, Portalis est en contradiction avec l'idée de la généralité des normes.

« *Le droit naturel et le droit des gens (...)* » : Le droit naturel et le droit positif sont sur le même pied. Il décrit les deux droits. **La raison est le droit naturel. Les relations de peuple à peuple est le droit des gens.**

« *Dans chaque cité, la loi est une déclaration (...)* » : C'est le **principe de souveraineté.** Avec la Révolution française, la France passe d'un régime monarchique à une forme plus démocratique. Le souverain n'est plus un individu précis, mais le peuple.

« *Le Code civil est sous la tutelle (...)* » : Il établit un rapport entre le Code civil est la politique. **La règle supérieur est la loi politique. C'est elle qui décidera de la mise en œuvre ou non du Code civil.** L'ordre politique et le Code civil doivent pouvoir marcher ensemble en harmonie. Ils doivent s'accorder et se respecter dans leurs principes fondamentaux respectifs. Par exemple, il ne serait pas possible d'avoir une contradiction entre la Constitution et le Code civil.

« *Les lois pénales ou criminelles (...)* » : **Le droit pénal est une sanction.** C'est une conception différente que l'on peut voir ici avec la philosophie de Bentham qui considérait le droit pénal comme étant le sommet de la pyramide. **Ce n'est pas une question de supériorité, mais la loi pénale sanctionne la non-observation de la loi civile.** Il est tout à fait vrai que certaines sanctions peuvent relever du droit pénal, mais il est aussi vrai que parfois ses sanctions relèvent aussi du droit civil (via notamment la responsabilité civile).

« *Les lois ne pouvant obliger sans être connues (...)* » : Portalis refait une allusion au **principe de la publicité relative**

« *Nous avons déterminé les divers effets de la loi (...)* » : Portalis refait une allusion au **principe de la généralité des normes et au principe même d'une loi.**

« *Ce qui n'est pas contraire au loi (...)* » : Derrière cette phrase, il y a une conception philosophique intéressante. On distingue aujourd'hui **deux manière de procéder au légiférer**

- « **Tout est interdit, sauf ...** » :
- « **Tout est permis, sauf ...** » :

Chaque législateur doit choisir entre l'une de ses deux méthodes. **Pour ce Code civil français, le législateur (pareil pour le ABGB, BGB, CC Suisse) a choisi la deuxième méthode** (« tout est permis, sauf... »).

Selon la deuxième méthode (**Kant**, un seul droit qui est inné, la liberté), **on peut faire ce que l'on veut, sauf ce qui est interdit par le législateur**. Ce concept permet au législateur français d'être économe dans les normes (**c'est une manière d'être plus concis et attendre l'exhaustivité**). Ce principe est contraire à ce qu'on pourrait voir dans le ALR. A noter que cette méthode vaut autant pour le CC et le CP.

Selon la première méthode (**Wolff et Leibniz**), **on ne peut faire que ce qui n'est pas interdit**. Cette méthode est présente dans l'ALR et dans les **régimes communistes** que l'on a pu voir au début du 20^{ème} siècle. C'est une méthode très répressive. **Il n'y a pas de droit sans devoir**. Autrement dit, il y a une norme supérieure (Dieu, la nature, etc.) et tout ce que l'on fait doit directement découler de cette norme supérieure. **De la norme supérieure naissent des obligations ou un devoir (nous devons faire ceci)**. **Ce de là que l'on peut déduire un droit**. Nous avons un droit seulement si nous sommes autorisés en vertu de cette autorisation ou de ce devoir.

- Exemple : Pufendorf disait que l'homme n'avait pas le droit de se suicider. En effet, Dieu nous a créés, nous ne pouvons donc pas disposer de la vie. En revanche, nous avons l'obligation de nous maintenir en vie. Ensuite, de cela nous pouvons déduire un droit à la nature, un droit au travail, un droit au logement, etc.

Cette méthode est impossible à réaliser car il est tout simplement impossible de prévoir tous les cas de figure. C'est une méthode désespérée, raison pour laquelle nous ne pouvons plus la retrouver de nos jours.

III. Comentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie

a. Introduction

Ce commentaire a été rédigé en 1811. Le père du Code civil Autrichien, Franz von Zeiller, va simultanément avec la parution du code civil Autrichien publier le commentaire de son propre code civil. Franz fait partie de la nouvelle génération sous l'influence de la philosophie de Kant.

Portalis était dans une situation particulière puisqu'il a été réservé par rapport à la Révolution Française. Il a été exilé en Allemagne. C'est là où il a pris des cours de philosophie sur Kant. Autrement dit, Kant qui fait le pont entre le droit français et le droit autrichien. A la base des deux codes, il y a la même philosophie.

Franz von Zeiller fait parfois des commentaires philosophiques. Ce n'est pas un commentaire parfaitement indépendant, mais c'est un commentaire de quelqu'un qui a participé aux travaux du code civil autrichien.

b. Analyse

§ I : Il met l'accent sur la raison. Toutes les normes doivent supporter l'examen de la raison pour être valable. On reprend la tradition des romains. Ils disaient ; *ratione Imperi* (en raison de l'empire). Une norme était valide car l'empire l'imposait. Lorsque l'empire a disparu, on a repris cette formule en la modifiant ; *Imperio rationis* (sous l'empire de la raison). Ce n'est plus l'empire qui impose la norme, mais c'est la raison qui l'impose.

§ VI : Pour justifier la nouvelle législation, il doit critiquer l'ancienne législation. Il commence avec le Digeste. La langue était incompréhensible et le Digeste ne pouvait pas prendre la place d'un livre de lois. En revanche, le nouveau code assure la sécurité du droit et l'égalité pour tous. En outre, il faut affermir la procédure du droit civil et le code en soi.

§ XII : Il statue un certain nombre de principes.

- Le principe de l'historicité : Les codes sont imprégnés des besoins d'une société à un moment donné, à son époque. Contrairement à Justinien, il n'a pas l'ambition de faire un code pour toujours. Il accepte que le code puisse ultérieurement changer.
- Ce code est assis sur un certain nombre de principes généraux. Ils sont basés sur la raison.
 - La sécurité : Les bourgeois doivent se mettre dans un système structurer (l'Etat) pour avoir une sécurité juridique.
 - La justice : Ce code doit être juste. Il doit aborder la question de la justice. On voit l'idée de Kant prévoyant que nous sommes tous égaux. Il n'y a pas de différence en raison de caractéristiques (naissance, religion, âge, rang ou état). L'élément propre de l'être humain est la raison et ceux qui sont doués de la raison ont ceci en commun et doivent être soumis à la même loi.

Ces principes ont été développés par les lumières, mais c'est révolutionnaire d'adopter cela dans une monarchie.

§ XIII : Il se réfère à Kant lorsqu'il dit que chaque homme a des droits innés. Kant disait qu'il existait un droit inné, la liberté. Zeller reprend cette idée mais l'étend à plusieurs droits innés. Puisque tout le monde a des droits innés, il n'y a plus d'esclavage et le servage.

Autour de 1820, il y a un pique de l'esclavage et le servage. C'est à ce moment là qu'ils disent que l'esclavage est aboli. C'est un grand mérite, mais nombreux sont les Etats européens qui disaient que l'esclavage n'était pas possible en Europe uniquement. Ce qui se passait ailleurs était autre chose.

§ XIX : Il parle de l'idée d'exhaustivité puisque le code doit être exhaustif. C'est une vieille thématique que l'on a vu avec Justinien. Le moyen pour l'exhaustivité était de soumettre en cas de lacune, le cas au référé législatif. Ici, on adopte une autre solution car le §7 du ABGB est plus proche de l'art. 1 du code civil. C'est l'idée de donner une instruction pour expliquer comment combler une lacune.

§ XXIII : C'est un commentaire général sur la rédaction du code. Le langage du code était très récent encore puisqu'on a vu le premier véritable code en 1794. Avant, le langage normatif était plus narratif. Ici, il dit qu'il faut un ordre matériel facilement compréhensible, brièveté (on enlève les mots inutiles, les doublons, etc.), clarté et la publication générale du code.

Par rapport à l'ordre matériel, il se réfère à l'ordre Romain où il dit que la division principale du code civil est la division entre les droits des personnes et les droits des choses.

IV. *Dresdener Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse* de 1866

a. Introduction

Pendant ses 50 ans, des choses se sont passés. Il y a un débat entre Thibaut et Savigny qui vont développer un débat crucial en 1815. Thibaut rédige un texte dans le corridor (entre la Prusse, Allemagne et la France) alors que Savigny ne veut pas codifier. Dans un premier

temps, les juristes vont se tourner vers le droit Romain puisque Savigny préconise d'analyser les ordres juridiques existants pour le mettre à jour afin d'utiliser le droit Romain à son époque. Il l'emporte, mais il y aura un changement avec ce texte.

Ce projet concerne une dizaine de nations européennes. C'est un code qui comprend l'Allemagne d'aujourd'hui et l'Autriche. Ce projet est terminé en 1866 et c'est alors que la guerre interallemande va éclater ce qui marquerait la fin de ce projet.

b. Analyse

« *Le 17 décembre 1859, dix gouvernements* » : Dix gouvernements d'Etat sont visés dans ce projet commun aux Etats.

« *Dans ce rapport, on vise d'abord (...) même provinciales* » : La question qui se posait était de savoir ce qu'on mettra dans ce code. Comme les suisses plus tard, on va d'abord décider de rédiger un code du droit de change. C'est le droit le plus facile à rédiger puisqu'il est de nature international. En l'élargissant, ce droit est enfaite un droit commerciale. Puis, on va l'élargir pour prendre le droit civil. A cause du caractère international des normes, il y a cette extension.

« *Et que, depuis des siècles, cette partie du droit (...) cette partie du droit civil* » : Il justifie pourquoi on peut faire un droit civil. Il parle de différence de tribus. Les différents pays allemands sont des différentes tribus. Les différentes tribus vivant dans les différentes parties de l'Allemagne d'aujourd'hui ont déjà des droits semblables les uns aux autres. C'est pourquoi il est possible de faire un droit civil commun. Les différences ne sont pas si grandes car au fond, le *ius commune* européen du 16-18^{ème} siècle a déjà anticipé l'unification. Le *ius commune* est le droit romain reçue dans les législations nationales en Europe. Au fond, l'Europe possède un droit largement unifier.

Par exemple, il y a partout en France et même dans le droit coutumier (côté nord) des influences romaines (ex. *laesio enormis*) et par conséquent, il y a une déjà là une unification juridique anticipée. Ce droit Romain intégré dans les ordres juridiques allemand a déjà anticipé l'unification. L'argument qui sera mis en avant est que les provinces ne devront pas renoncer à leurs droits puisqu'il est déjà pris en compte par les ordres juridiques.

V. Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich

a. Introduction

Nous sommes en 1899. Il s'agit de la couverture des matériaux pour le BGB. C'est sous la couverture que l'on trouve l'ensemble des travaux préparatoires du BGB.

b. Analyse

« *Le BGB a le caractère d'une codification (...) entrer en vigueur* » : Le BGB est une codification et il n'y a pas de place pour une autre codification à côté. Cela veut dire que le BGB aboli toutes les autres lois civiles. Il n'y a plus de codes régionaux, seulement le BGB. Contrairement à la *lex Carolina* où il n'avait pas la force de l'imposer dans l'Empire et au *Langemeinder Prussichien* où il y avait à titres supplétifs d'autres codes et à la Suisse où chaque canton a son propre code, ici, le BGB s'imposera partout.

« *Le droit privé des pays (...) complète des lacunes* » : Il y a une abolition du droit local dans sa totalité. Il n'y a qu'un seul code civil pour l'ensemble du territoire Allemand.

VI. Feuille fédérale Suisse de 1880

a. Introduction

Il s'agit d'un rapport sur la loi fédérale sur les obligations et le droit commercial en 1880. C'est une partie des travaux préparatoires pour l'ancien CO qui entrera en vigueur en 1893 et remplacé en 1911 par le nouveau CO révisé.

L'auteur est Walther Munzinger, le fils du premier conseiller fédéral élu en Suisse. Il vient de Soler et est un juriste qui a du génie. Il a rédigé le droit du change (qui s'est transformé en code commercial). Il a une formation juridique faite à Paris et Berlin. C'est un de ses juristes pandectistes et qui a sorti le nez de l'Helvétie ce qui lui a permis d'acquérir plus de connaissance. Il a eu le courage de mélanger les concepts français aux concepts d'origines germaniques, d'où la nature de notre CO d'aujourd'hui influencé par ses deux concepts. Il prendra à chaque fois le meilleur concept, sans se demander d'où il provient. Ce code a été salué généralement et aujourd'hui encore comme l'un des meilleurs codes des obligations européennes. En 1911, Huber a revisité ce code pour lui apporter des retouches.

b. Analyse

D'abord, il y a une discussion qui porte sur le style de rédaction. Pour le Code français et autrichien, nous n'étions pas encore sûr du style à adopter. Il n'était pas tout à fait affirmé. Ce n'est qu'après que l'on a vu que le style devait être modifié. Il fait la distinction entre le code et le traité. Lorsqu'on rédige un code, il faut utiliser le style propre du code, à l'opposition du traité de droit. Le code doit être normatif (contenir que des normes).

« *Le contrat est une convention (...) quelque chose* » : Nous n'avons pas à faire avec une norme, mais avec une définition. Cette phrase n'a pas un contenu normatif mais descriptif. Pourquoi il prend ce texte là ? Il cite le code civil français (article 1582) pour dire comment il ne faut pas faire.

« *L'absence de phrases (...) définitions* » : Les définitions n'ont pas lieu d'être dans les codes. Si l'on regarde ce qu'il se passe aujourd'hui, nous sommes restés fidèles à ce concept dans les codes nationaux. En revanche, les principes UNIDROIT et les textes transnationaux sont truffés de définition parce qu'il y a derrière ce texte plusieurs traditions nationales (dont chacune peut avoir une définition propre). Il chasse ce qui n'est pas normatif et inutile. On veut avoir des codes relativement minces, d'où le fait qu'il ne faut pas de phrases décoratives.

« *Nous considérons (...) droit allemand* » : Ce n'est pas le nationalisme qui prévaut, mais l'utilité du concept qui l'emporte. Il tourne ce que les nationalistes auraient pu considéré comme un désavantage en un avantage. Nous avons le privilège de choisir (puisque nous sommes 4 cultures dans le pays) le concept sans être liés par les conceptions nationalistes.

« *C'est même à ce mode de procéder (...) d'une manière fructueuse* » : Nous avons la chance de pouvoir mélanger et prendre la meilleure chose de chaque tradition. C'est un mélange de langue et de race de nos traditions. Le vocabulaire a changé car ce n'est plus possible de dire

ça. On ne parlerait plus de race, mais de culture et de tradition. On parlerait de filiation conceptuelle.

VII. Exposé des motifs, Avant projet

a. Introduction

Il date de 1901 et est rédigé par Eugène Huber. Il a réussi à faire un beau code, mais ce n'est pas la même chose que Munzinger. Il est un juriste solide et très fiable qui a réussi à rédiger un code qui range parmi les grands codes européens.

b. Analyse

Tout d'abord, il s'exprime sur la tâche du législateur. Il s'interroge sur l'activité créatif du législateur. Pour lui, il n'a pas à être créatif. Dans le cas où il en a un, il est très modeste. Son idée était de faire l'inventaire des traditions juridiques que nous avons et c'est à partir de là qu'il a fait l'extrait meilleur possible sur la base de ses traditions. C'est pour cela que le côté créatif est très modeste. Le juriste doit trouver le concept qui va le mieux avec son pays. C'est un tailleur sur mesure de sa propre culture.

Ensuite, il se demande comment procéder pour avoir une législation suisse. Il se pose la question de savoir s'il faut codifier ou non. Il envisage d'autres possibilités, notamment essayer de laisser les différentes législations cantonales s'approcher de manière insensible (sans avoir une véritable législation ou par la doctrine). Le juge ne peut pas produire cette unification, ni la doctrine parce qu'il y a toujours une multiplicité des doctrines avec des avis divergents et il en est de même du juge, puisque la jurisprudence peut évoluer. En d'autres termes, il faut codifier.

« *À quelles vicissitudes (...) elle-même* » : Il y a le BGB au Nord, au sud est, il y a l'ABGB et à l'ouest il y a le code civil français. Il n'y avait pas une doctrine solide à l'époque en Suisse. La masse critique était trop petite pour que le droit cantonal puisse survivre. Alors, ou bien on codifie pour sauver ses traditions, ou bien les grands blocs vont envahir la Suisse. Pour Huber, c'est une œuvre patriotique puisqu'elle sauve une tradition et parce que le code civil suisse permettra de consolider l'Etat. C'est une tradition que l'on a vu chez Justinien qui voulait unifier le droit pour unifier l'Empire.

« *Les lois doivent émaner (...) cœur et sa raison* » : Ce qui est important pour lui est la conscience populaire. Le code doit être la cristallisation normative de la conscience populaire. La population a des pensées qui doivent refléter dans le code afin que celle-ci l'approuve. En admettant cela, il admet que le code peut évoluer.

Le législateur a toujours dit *ratio*. Ici, Huber vient avec un autre critère. Il considère la *ratio* et le cœur. Autrement dit, la *ratio* elle-même ne suffit pas. On ne peut pas décider de manière intellectuelle qu'une chose est parfaite. Il faut regarder les préférences personnelles et culturel. Toute norme doit résister à la *ratio*, mais il faut que l'humain l'accepte. Il faut donc regarder ses deux concepts ensemble. Codifier consiste à découler en norme les pratiques que les justiciables approuvent. Le code est la représentation d'une culture. Le souverain veut pouvoir légiférer car c'est l'expression d'un mode de vie et l'expression d'une pratique sociale.

« *Trois considérations (...) législateur* » : Il ne s'agit pas d'un seul aspect à retenir, mais des éléments moraux, économiques et politiques. Il existe une morale sociale dont il s'agit de respecter.

« *Que l'on songe (...) régime hypothécaire* » : Par exemple, l'ordre moral dans le régime matrimonial. Il y a des considérations économiques à retenir mais aussi moral à retenir. Si l'on adopte pour bigamie ou non, le mariage pour tous, etc. est une considération d'ordre moral. La question de reléguer la femme au foyer ou lui permettre l'accès aux activités professionnelles est une question morale.

« *Dans le droit matrimonial (...) à la légère* » : Le mariage a la légère était possible.

« *Sur tous ces points (...) propres affaires* » : Il parle du problème de la liberté contre la norme. C'est une très grande question, celui de savoir le statut de la liberté dans un ordre normatif et juridique. Pour ceux qui défendent la liberté, les normes doivent être le moins restrictif, contrairement à ce que penserait ceux qui défendent l'ordre normatif. Pour le législateur, c'est un problème de base dont se greffe la marge de principe d'appréciation du juge. Si on laisse au juge une grande marge d'appréciation, il aura tendance à restreindre les libertés. En revanche, s'il a une petite marge d'appréciation, la liberté sera moins restreinte. Le problème de la liberté est à deux niveaux. Premièrement si la société doit être libéral ou non et ensuite savoir quel pouvoir possède le juge. De manière général, en droit suisse on a fait confiance au juge en adoptant des marges d'appréciations large du juge. Avec du recul, on peut dire que le juge suisse n'a pas abusé de sa compétence.

« *De prescrire (...) à la légère* » : Il faut se poser la question de la liberté de contracter puisqu'on conclut des contrats à la légère. Est-ce qu'on veut un code ouvert (liberté) ou un code fermé (restrictif).

« *On peut observer (...) des moyens détournés* » : Il met en garde face aux législations inadaptées. Lorsqu'un législateur adopte une législation inadaptée, elle va être contournée, donc pas acceptée par la population. Si la législation est systématiquement écartée, ce serait un échec du législateur.

« *S'il reconnaît que la diversité (...) dans le droit* » : On dit que la diversité des ordres juridiques est une entrave au commerce. Aujourd'hui, cet argument est encore utilisé pour l'entrave du marché européen. Il y a donc des raisons d'unifier pour favoriser le commerce (ici en Suisse, aujourd'hui au niveau européen).

« *Nous rangerons (...) individuelle* » : Le CC français a été rédigé avec comme principe principal la liberté. Ici, le principe revient, mais c'est une liberté plus surveillée que nous retrouvons ici chez Huber.

« *L'idée dominante est que le projet (...) simples et claires* » : Il faut que ce soit un code populaire, que tout le monde puisse le comprendre.

« *Nous avons autant que faire se pouvait (...) nous avons réussi presque constamment (...) paragraphes (...) les alinéas réunis (...) la substance* » : Les articles doivent être courts. Jamais plus de 3 alinéa par article. Il doit être accessible pour tous. Il faut une numérotation des articles et des rubriques marginales pour que l'on puisse plus facilement se retrouver dans le code. Il faut connaître le code dans son ensemble pour le comprendre. Ce n'est pas un livre de

lecture, mais un ensemble dont il faut connaître le début pour connaître la fin et l'inverse. On ne peut de manière isolée lire un article, il faut le lire dans le contexte de l'ensemble.

« En seconde ligne (...) contenu du renvoi » : Pour lui, le texte doit être intelligible pour que chaque article, pris isolément puisse être lisible et compréhensible. En outre, les renvois sont pour lui exclus en principe. Toutefois, si cela est nécessaire un renvoi sera fait à l'aide d'une phrase claire donnant le contenu du renvoi, et non pas par un numéro d'article.

Principes Unidroit (p. 66) : 1994 (1^{ère} version) 2004 (2^{ème} version) et 3^{ème} version de 2010. Cette fois-ci c'est un droit mondial car le commerce fait le tour du monde est l'idée est d'avoir à disposition un texte qui puisse être appliqué par tous et accepté par tous. → Intro, 1^{er} alinéa : d'abord on fait l'inventaire, on va essayer une autre voie. On connaît la tradition de la Lex Mercatoria, c'est la loi des commerçants (phénomène qui prend naissance au moyen âge en Italie, les différentes villes font du commerce entre elles, les législations sont menues et les commerçants entre eux installent des us et coutumes, qui vont finir par former la lex mercatoria). Pas de caractère contraignant, c'est du droit instauré entre les commerçants sans appui sur une structure étatique. C'est à cette tradition là que les principes Unidroit vont s'attacher, on va renouer avec cette tradition là : c'est dit au 2^{ème} alinéa.

3^{ème} alinéa : On a pensé à une seconde possibilité, celle des restatements (système américain, initiative privée de l'American Law Institute « ALI ») à ne pas confondre avec l'ELI (European Law Institute), qui a comme but (avec les 50 États des USA) de faire une présentation synthétique des lois sous forme de restatements, c'est une proposition de comment on pourrait façonner certaines règles. Pour l'instant on est au restatement third (en cours de rédaction), ils concernent un très vaste pan du droit. L'idée ici est non pas d'émettre des règles contraignantes mais de suggérer au juge et aux scientifiques quelles règles on peut utiliser.

On optera pour les coutumes du commerce international cependant (lex mercatoria). Comment procède-t-on ? On réfléchit en 3 cercles juridiques (anglo-saxon ; européen continental ; socialiste de l'Union soviétique). On prend les spécialistes de ces trois cercles qui se mettent à rédiger les principes Unidroit. En 1989, mur de Berlin tombe, puis URSS se dissout et une partie rejoint la communauté européenne et l'autre partie se réorganise avec des pays bcp plus à l'Est, le centre de cette nouvelle constellation politique est la Russie. On a affaire à un présupposé historique qui n'existe plus puisque l'URSS a disparu mais ces principes n'ont pas perdu d'importance donc ils étaient conçus dès le départ comme indépendants de la structure politique !

Unidroit est un institut qui est à Rome, fondé en 1926 et qui était conçu à l'époque comme un organe auxiliaire de la Société des Nations (institut qui a précédé les Nations Unies) et Unidroit a comme fonction de faire des recherches en droit et de proposer des normes de type international. Comité de rédaction. Ensuite dès le départ une idée fondamentale : les principes ne vont pas chercher à établir de dénominateur commun, ils cherchent la meilleure solution sur nos besoins et comment répondre à nos besoins. Ils vont développer des solutions normatives sans se demander si tous les ordres juridiques sont compatibles avec ces solutions. Exemple : on a décidé d'intégrer dans les principes Unidroit le principe de la bonne foi, alors que la common law ne connaît pas ce principe. C'est un élément essentiel dans les ordres juridiques continentaux européens par contre. On voulait aussi établir des principes souples (dernier alinéa colonne gauche) pour qu'ils soient applicables au plus grand nombre de situations pratiques. Deuxième point : on tenait absolument à respecter le principe d'équité. On

voulait établir un commerce international équitable, condition sine qua non pour un bon développement du commerce international.

Objectif : droit mondial, applicable partout. Droit a disposition des parties (qui peuvent le choisir) et un ordre juridique souple mais qui tient compte de la notion d'équité. Il y a ici un aspect des competitions : on met ce droit a la dispo des parties et c'est la pratique qui montrera quel ordre juridique est le plus intéressant – les principes Unidroit ou un ordre juridique national ?

Code Européen des contrats : c'est un avant projet publié en 2002. Initiative privée, groupe de professeurs et de juges. Attention aux termes : on dit « un Code », en d'autres termes explicitement on se met dans la tradition d'un Code, contrairement aux Principes Unidroit. Pk ? Giuseppe Gandolfi est le coordinateur, il était prof de droit romain ! ce serait l'équivalent du COS. Depuis 2002, les travaux stagnent, on a juste cet avant projet, mais pour nous c'est quand même intéressant comme analyse. Intro très intéressante : d'abord on a en Europe un problème de marché intérieur. L'idée est ici qu'il faut un droit uni pour créer un marché intérieur bien organisé. Point de départ ici est que ce groupe, avant de se mettre a rédiger, va régler un certains nombre de questions de principes, on commence avec ces bases au 3^{ème} alinéa : conscience sociale européenne. C'est essentiellement au début du 19^e que cette idée a été développée notamment par Savigny qui a dit que le droit évolue avec la conscience sociale. Ici on en tient compte. On sait que dans 30-40 ans elle sera différente. Aussi la conception d'Eugen Huber. Le Code européen doit exprimer cette conscience européenne mais aussi la consolider, partie de ping pong entre les deux. Quels sont les OJ sur lesquels on se base ? Il commence d'abord par le droit de la nature, donne la réponse non. Se demande ensuite si on peut se référer au positivisme juridique (tendance du 20^{ème}), not. exprimée par Hans Kelsen, qui s'intéresse aux aspects formels du droit avec une structure hiérarchique etc. Dit aussi que non. Troisième option : historicisme juridique, c'est la solution pour laquelle il va opter, car elle se réfère a la conscience sociale d'une société.

Justification : pk il faut un code européen ? Fait ici un raisonnement simple : avec la nouvelle Europe, nouvelle structure du monde, et avec ça, nouveau droit. Le juriste est de plus en plus un ingénieur social. Ensuite s'interroge sur les possibilités techniques : il voit pls solutions qu'on a déjà vu chez Huber : a) unification par la jurisprudence : pr ça il faut regarder les traditions anglo-saxonnes et la il va brandir le livre de Contract Code de McGregor, demandé par la English Law Commission. Mais même les anglais sont tentés de prendre un Code, alors on va pas tenter d'unifier le droit européen par la JP ! Deuxième option : unification par la doctrine, qui ne s'exprime pas par une seule voix dominante mais par plusieurs, elle n'a pas comme vocation d'unification mais de critiquer des solutions et d'en proposer d'autres.... Exit cela aussi. Troisième possibilité : unification par des principes généraux. Mais ne se prêtent pas non plus selon Franz Wiecker. Du coup, 4^{ème} possibilité : légiférer ponctuellement mais avec abandon de l'exhaustivité (1 COS, 7 ABGB) ? Rejeté aussi. Enfin, il va choisir l'idée d'un code européen des contrats, idée d'une tradition du code qui règle de manière exhaustive tout ce qui concerne le droit contractuel.

Il dit « ainsi nous sommes (...) millénaire » : pas de nouveautés forcément mais de régler les pb qu'on a. Puis poursuit : (...) on va prendre tous les codes et puiser dedans. Restreint en disant qu'on va s'appuyer essentiellement sur 2 traditions juridiques : italiennes et anglo saxonnes. Il y a 3 traditions européennes en soit, la FRA, ALL et ANG. Mais la tradition italienne est déjà une fusion des traditions FRA et ALL. Puis l'anglo-saxon.

Puis il fixe des principes de rédaction : clair, simple, exhaustive, 3 grands principes que Huber avait déjà choisis. Ensuite parle du style comme Huber, il faut adapter le style à nos besoins, Finalement parle des interprètes ou exprime une crainte. Le style est un élément fondamental pour éviter des incertitudes et éviter que ces incertitudes soient comblées par le droit national. On voit ici donc l'importance du type de langage qu'on choisit.

Selon prof, Gandolfi par précises pour un point : lorsque le législateur rédige une norme, il doit évoquer tous les concepts centraux que le juge doit utiliser.

REMARQUE : Avec les principes Unidroit on a affaire à un nouveau type de normativité. Depuis le 20^{ème} siècle, on a dit : pas de définition dans le Code, le code doit être purement normatif. Ici on revient sur ces acquis du 20^{ème}, on introduit des explications et des définitions. Un aspect doctrinal intervient qui fait que nous allons peut être au devant d'un autre type de code à l'avenir.

CODIFICATIONS PENALES

Illustration donnée en cours : origines historiques ou on voit vraiment l'évolution fondamentale qui intervient en termes de droit pénal, va amener à une véritable rupture entre le droit pénal avant la fin du 18^{ème} et les codes rédigés après.

Codex Juris Bavarici de 1751 : code bavarois. D'abord il salue, ensuite critique tout simplement la législation en place, il dit qu'elle est confuse, incomplète, etc. Qu'elle est multiforme, etc. Et que tout cela empêche l'appareil judiciaire à travailler correctement et dans les temps. Ensuite il dit qu'il s'agit dans ce code de remédier à ces défauts. Il donne tout de suite une table des matières très sommaire. D'abord, première préoccupation : rédiger les normes concernant le corps et la vie. Hiérarchie. Puis parle du cas de figure : si on a un cas qui ne peut pas être tranché sur la base du code actuel (et qui demanderait normalement à recourir au procédé de référé législatif où on soumet le cas au législateur), ici le juge doit décider ex aequo et bono et analogia juris. Le juge doit juger en équité et par analogie. En droit pénal l'équité et l'analogie sont formellement interdites en droit pénal et pourtant ici il dit d'avoir recours à cela. Tout d'un coup le droit pénal va se révolutionner. C'est l'ancienne technique. Dans la nouvelle technique c'est l'inverse. Le principe de légalité n'existe pas ici encore dans un certain sens. Là on voit véritablement une attitude d'Ancien Régime imposée par la nécessité, le référé législatif était trop lourd et on a conféré au juge cette compétence d'équité et d'analogie. Puis soumet le cas au législateur qui complètera la législation.

Constitution criminalis Theresiana de 1769. On voit sur l'illustration un mode de construction de torture. But ? L'égalité de traitement, même devant la torture. On doit torturer non pas selon les fantaisies mais selon la volonté du législateur, qui veut que pour la torture on utilise un certain nombre d'instruments, les mêmes pour tout le monde. Deuxième aspect plutôt sociologique : nous savons de par les grands procès de torture qu'il y avait un véritable métier de tortionnaire / de bourreau, avec des manuels et des dynasties de bourreau. On constate à partir du 18^{ème} qu'il y a une perte du métier qui était préoccupante socialement puisque les tortures avaient lieu en public. On constatait que lorsque le tortionnaire ne connaissait pas son métier, les spectateurs pouvaient se révolter. Cela a conduit à un autre problème : c'est le statut de l'aveu. Les condamnations ne pouvaient avoir lieu que sur aveu à cette époque. Derrière l'aveu, élément central : gens condamnés à mort qui jusqu'à la fin clamaient leurs innocences. Pour obtenir des aveux, on recourait à la torture. Il ne s'agissait pas de trouver la vérité mais de suggérer la vérité qu'on voulait obtenir.

Des Delits et des Peines de Beccaria de 1764 : B est un italien du Nord, texte interdit qui va lui causer bcp de problèmes et mettre le feu aux poudres au droit pénal. Parle d'abord du droit romain dans la préface, code informe qui ne mérite pas de nom de loi. Il va dénoncer l'insuffisance du texte en vigueur. Par. 1 de l'introduction : dit que les lois sont un facteur de stabilité d'une société et donc doivent être bien faites. « Tout le bien être possible pour le plus grand nombre », formule des utilitaristes, différemment formulé chez Leibniz (« le plus grand bien tout court » / « la plus grande perfection »). Différence : les utilitaristes acceptent des laissés pour compte. B partage ce point de vue (aussi exprimé par Bentham).

Al.2 : pose des questions. Les grandes questions auxquelles il va s'attaquer et auxquelles il va donner des réponses qui vont révolutionner le droit pénal. Il est enraciné dans la tradition, parle du droit comme une discipline qui s'inscrit dans une précision géométrique (comme Wolff et Leibniz, B étant plus jeune de seulement quelques décennies de Wolff).

Par. 2 : fait une petite histoire pour parler des origines. Sacrifice d'une partie de la liberté par l'homme pour la mettre dans les mains du pouvoir (souverain) et demander en échange la sécurité. L'idée ici c'est de garder la plus grande partie de liberté possible contre la plus grande partie de sécurité possible. Dans ce jeu il s'agit de maximiser la liberté, l'homme ne sera jamais d'accord d'y renoncer sans obtenir la sécurité.

Par. 3 : conséquences de ces principes. Enumère ici un certain nb de principes généraux : d'abord, la légalité. 2^{ème} et 3^{ème} principes de séparation des pouvoirs et principe de la généralité des lois. 4^{ème} : la cruauté et la torture sont inutiles, donc pas de peine atroce car serait contraire à tous les principes juridiques.

Peu à peu il corse son texte. Par. 4 sur l'interprétation : le juge ne peut pas interpréter la loi pénale, très vieille histoire déjà vu chez Justinien, chez Frédéric II de Prusse et on le voit ici également mais surtout pr droit pénal. Ce principe existe encore aujourd'hui, un peu moins absolu qu'exprimé ici mais quand même. Pas de norme en droit pénal équivalent à 1 CCS. Le légitime interprète des lois est le souverain selon B. Puis approfondit en s'appuyant indirectement sur Wolff et Leibniz : interprète de type syllogistique. Analogie interdite !!!!! Ici « esprit de la loi » : il peut y avoir lieu de la consulter, permettrait une extension d'interprétation ce qui serait inacceptable. Dernier alinéa : chaque citoyen peut calculer les inconvénients d'une mauvaise action. Argument ici : celui de la séparation des pouvoirs. On enchaîne le juge au texte de la loi. Préconise le syllogisme qui va du général au particulier, ou du particulier au général, suivant si on part de la norme ou du cas d'espèce. Ensuite on revient au maître mot en vogue à l'époque « esprit des lois » (Montesquieu) et B se demande si le juge peut se référer à l'esprit des lois lorsqu'il applique la norme, et dit que non pck sinon il y aura un torrent d'opinions qui risque de déstabiliser le droit pénal dans son application. Pour la torture, se demande si acceptable ou doit être rejetée, la rejette naturellement, al. 1 colonne de droite. Puis principe général d'innocence. Ou bien la personne est au bénéfice de cette personne et ne peut pas être torturée. Ou alors on sait qu'elle a commis ce crime, et on a pas besoin de la torturer. On renonce à l'aveu et on se base sur la conviction du juge. Véritable révolution. L'aveu reste un élément crucial encore aujourd'hui : psychologiquement dur de condamner qqn qui clame jusqu'au bout son innocence. Deuxième alinéa de la colonne de droite : 0 tolérance. Puis idée de la prévention : lorsque le mal est fait on peut plus vraiment le réparer, conséquence : il faut éviter que le mal ne se fasse. Dernier alinéa : parle de l'auto accusation imposée à travers la torture, etc. Paragraphe 15 : modération des peines. Parle au 2^{ème} alinéa de l'irréparabilité des peines. Raison pour laquelle il faut accentuer la prévention.

Premier élément de la prévention : la peine pénale doit frapper l'esprit de l'auteur mais aussi celui qui l'entoure. Fin 19ème, on va développer toute une psychologie de la peine pénale. Ecole italienne.

Question de la peine de mort : autorisée ou non ? il fixe 2 conditions à toute peine : utile (PP doit atteindre le but d'être utile à la société en son ensemble) + juste (équilibrée au vu de l'ensemble) (alinéa 1). Pour la peine de mort se demande si le législateur a droit d'introduire ça et réfléchit à partir de l'idée que le citoyen a abandonné une fraction de sa liberté au profit de la sécurité. Cette part de liberté permet au législateur d'ôter la vie ? Sa réponse est clairement non. Donc si on retient la peine de mort on outrepassé le contrat social. Peine de mort appuyée sur aucun droit. Mais dit qu'il existe 2 exceptions pour lesquels on peut prévoir la peine de mort : en temps d'anarchie, si la sécurité publique est menacée (on voit la théorie de Hobbes du Léviathan) OU si pas d'autre moyen que la mort pour empêcher un nouveau crime.

Utilité sociale de la peine de mort. Lorsqu'on veut organiser une prévention efficace, celle-ci doit s'inscrire dans la durée. La PDM frappe un coup brutal sur le moment mais l'effet sur ceux qui insistent disparaît. Donc il suffit pas de frapper un grand coup, il faut marteler dans la durée la peur du droit pénal. Dernier alinéa : règle générale : « Les passions violentes (...) ne durent pas ». Dernier argument contre la PDM : c'est une instruction de cruauté, vu que c'est public etc. Il faut proportionnalité entre sévérité et peine pck sinon effet inverse « plus rien à perdre ».

Homme : deux grands moteurs : plaisir qu'il recherche et douleur qu'il fuit. PDM doit s'en servir. Prévention : la régularité parfaite pas possible, droit pénal parfait traite de tous les cas de manière identique impossible. Idée que le droit peut être aussi précis que la géométrie est son rêve, il y renonce et en vient à des propositions terre à terre : idée de la simplicité de la loi pour que tout le monde puisse la comprendre, implique clarté aussi. DP doit être généralement accepté, mais aussi généralité de la norme, s'applique à tout le monde. On est au 18^e, ancien régime, qui distingue selon classes sociales ! DP ne doit pas le faire. Dernier élément : la crainte de l'appareil pénal.

Education : clé essentielle, principe des Lumières. Débat qui va se produire : les uns disent que les prisonniers soient au bénéfice d'une instruction et d'autres disent surtout pas d'éducation car ça les rend plus malins et plus aptes au crime.

Conclusion. Principe de publicité, 0 tolérance, nécessité/économie des moyens, proportionnalité, légalité.

TEXTE : RAPPORT SUR LE PROJET DU CP DE 1791 EN France qui va déboucher sur le CPFR de 1791. Présentation devant l'assemblée constituante. Important pour nous car 8 ans plus tard (1798 ou 1798) la république helvétique va reprendre ce code pratiquement tel quel.

D'abord dénoïation du chaos actuel en matière de DP. Technique connue : on critique le système d'ancien régime. Révolution 1789, en pleine rév donc. Parle ensuite de l'arbitraire à la page suivante (polycop 93), sens d'arbitraire est celui qu'on viole grossièrement une norme, à l'époque ça veut dire que le juge a un pouvoir arbitraire, donc d'arbitrer une cause, donc certaine marge d'appréciation. Accepté sous ancien régime et ici fait problème en vertu de la légalité. Pour le fondement, souligne le critère d'humanité, peines doivent être moindres, la répression doit être la plus efficace mais la moins sévère, doit être bénéfique pour la société.

Reprend idées d'utilité et de douleur, de nécessité de la peine. Douleur inutile = dommage à la société. Proportionnalité aussi.

Ensuite parle des autorités judiciaires (police, etc). Colonne de droite : structure du CP qui a 2 parties, jusqu'à ojd c'est le cas en général (structure bipartite). Puis parle de l'épuration des normes, question de la laïcité des codes. Rév FR préconise l'idée de la république, donc = Etat laïque, religieusement indépendant. Exemple : crimes d'hérésie, sortilèges, etc sont abolis. + p. 330 du texte

3^{ème} alinéa : « oui nous les citons encore ojd (...) éclairé », dit que normes pénales doivent résister à examen de la raison et de la morale. Donc mm dans un code républicain il y a des principes moraux (démocratie, égalité, liberté, etc). L'autre critère c'est la raison : pr chaque norme on doit trouver une argumentation généralement acceptable qui peut être acceptée par la majorité, on doit être cap de donner des raisons pr lesquelles on accepte ou rejette une norme.

P. 332 : présente un certain nb de principes : peine fixe, juge ne la détermine pas tt seul (pr éviter arbitraire), ojd principe amoindri, nos CP donne fourchette. Egalité. Puis élément novateur du type de peine : « pr être repressif porteront 3 caractères importants : durable (pas connu en romain, peu d'emprisonnement à l'époque de ce rapport, à partir de la devient peine principale) + publique (**cf. panoptique de Bentham**) + être tjs rapproché du lieu où le crime a éclaté (exécuter la peine à GE si crime à GE), effet préventif. Psychologie : la partie la plus dure de l'emprisonnement doit intervenir au début de la peine puis progressivement allégée car il y a une évolution psychologique du coupable à organiser : principe de l'espoir. « Peines doivent être humaines, justement graduées, (...) temporaires ».

On marque la personne corporellement (couper l'oreille ou qqch) : ojd casier judiciaire, donc laisser une trace mais pas immédiatement perceptible. Amende honorable retenue, aussi peine pécuniaire (p. 338) et à nouveau question de PDM ? Dit que elle est acceptable car société a droit de se défendre. Légitime défense. Mais quelle étendue ? Explique que c'est l'ultima ratio. Un historien français disait ça pour le domptage des chevaux par la violence par Louis XIV. P. 340 : « PDM n'a aucun effet dissuasif » + « les criminels ont aussi leur philosophie (...) courage » ! Mauvais quart d'heure = explique l'expression. Celui qui montait sur l'échafaud disait ça. Démontre que PDM inefficace via exemple de l'Angleterre et de la Toscane.

La maison de la peine a comme but d'exercer certaines privations : on va priver l'homme de ce qu'il aime le plus. La première chose c'est la liberté. Ensuite c'est la lumière. Troisième chose : la compagnie. Quatrièmement : bonne nourriture. Donc quatre éléments qui sont caractéristiques de la prison. Typiquement : prétendu père d'une fille-mère au cachot pour pas que l'enfant se retrouve à la charge de l'Etat. Ensuite 4-5 jours après le cachot ils avouaient leur paternité et on les forçait au mariage. Ensuite principe de l'humanité : p. 344 toute peine doit être humaine + temporaire (limitée mais prolongée dans le temps) + façonnée par le travail mais qui est rémunérée, afin que le travailleur puisse améliorer son quotidien. P. 346 revient à la PDM et dit qu'elle est acceptable que au cas où la sécurité de l'Etat serait menacée. Détaille ensuite la prison : l'exposition du condamné (prison publique, idée du Panoptique de Bentham), expose à la gêne le condamné mais aussi moyen éducatif/de dissuasion du public. Plus de peine physique mais différentes formes de privation de la liberté. Deux alinéas plus loin : circonstances communes : infamie, privation de la liberté, gêne, prison. Variation des durées de peine selon la gravité de l'infraction. Finalement une question

importante a la page 351 : la question de la dégradation civique. Faut-il dégrader la personne sur le plan civique, comme citoyen ? Oui, on dit « Nous vous proposons une seule peine infamante (...) accompagnée ». Elle va jouer un rôle important pr le Code de la RH. Ici il y a une exception a la fin du Code helvétique : on va revenir sur la dégradation civique. On va se demander qui exactement va être dégradé : slmt le condamné ou aussi toute sa famille ? Réflexion particuliere par rapport a l'enterrement. L'idée étant que si on veut dégrader qqn civiquement, le cimetiére officiel lui sera interdit. En droit suisse on va considérer que le condamné peut être condamné dans le cimetiére et pas toute la famille doit être dégradée. Pas d'effet de responsabilité collectivisée sur l'ensemble de la famille. Cohérent car une seule personne a commis un crime, donc slmt lui doit être puni ! C'est un long débat qu'on a encore ojd (typiquement ac la crise lybienne, fils du colonel Khadafi expulsé de suisse et K qui a attrapé 2 suisses et les a soumis a des peines particulieres dont la prison notamment).

IMAGES :

- **Tractatus Maleficis** : texte du 14eme siècle. Il y a en marge le petit dessin qui illustre une pendaison. Rappelle naturellement le codex thesianus criminalis du 18^e siècle avec les illustrations de torture. Forme normative sous forme de dessin.
- **Codex de Justinien** : livre de la première moitié du 14eme siècle. Même phénomène. On illustre une pendaison. Témoignage et instruction pour la manière de procéder.

COURS JEUDI 3 décembre 2015

Rév FR : Effet de déstructuration et restructuration, puis création de la République helvétique qui reunissait les cantons d'alors de la Suisse

TEXTE DE 1799 p. 106 : Hans Conrad Escher (1743-1814) un des membres de cette grande famille de politiciens zurichoïses. Discours parlementaire. Ce qui nous intéresse ici c'est de quelle manière ses idées de droit penal on été recues par les parlementaires suisses. On sent les différentes traditions (kant, beccaria, rousseau, pensée indépendante de qqn qui essaie de proposer sa propre option philosophique sur ces différentes traditions). Remarque : Kelsen a élaboré la théorie de la Reine Rechtslehre qui est d'inspiration kantienne. Escher est inséré dans la grande tradition européenne. Parle des « grundsetze des reinen rechts », évidemment un heritage de Kant : il a visiblement connaissance de Kant (6^{ème}-7^{ème} ligne), cette idée d'avoir des idées pures du droit par opposition a des idées empiriques. Le droit donne des infos de nature purement conceptuelle mais aussi sur la base de l'expérience. Connaissances a posteriori contre les connaissances a priori. Ensuite il nous dit regardons la question qui nous occupe ici indépendamment de tout présupposé philosophique, religieux notamment. Propose de raisonner a partir d'une conception non partisane mais triche. Se pose la question sur la PDM. Puis « mensonge » (démarche biaisée) se revele ensuite : « wir müssen uns (...) zu werke geben ». On ne se réfère pas au passé, ni au voisins (faux vu ce qu'il dit dans le texte). Est-ce que l'homme a le droit de disposer de sa vie ? Peut-il transmettre a qqn ce droit ? Dit que non, réponse biaisée car « der Mensch (...) vor allem schopfen », dit qu'il l'a recue d'un créateur, donc revele sa position car c'est une position théiste ! Donc déjà attitude prédéfinie. Donc pas un point de vue universel, son raisonnement n'engage pas un non théiste. Dit que cette vie a un but final défini par le créateur et n'appartient pas a l'homme de modifier ce but final. Conclusion qu'il en tire : si homme se prend la vie lui même, il se prend qqch de quoi il n'a pas le droit de disposer. Donc ne peut pas donner la mort ni a soit même ni aux autres. Ensuite, ce principe établi, il s'attaque aux questions que Beccaria s'est posé mais aussi le lég français : exceptions ? Celle de la légitime défense (vu chez B) mais question de défense

individuelle uniquement. Puis élargit : situation d'auto défense dans un Etat ? Est-ce que l'Etat peut l'invoquer pour la PDM ? Dit que la légitime défense existe uniquement sur le moment même d'une menace importante qu'on ne peut pas contourner. Il dit qu'un Etat ne se trouve jamais dans une telle situation pck lorsque l'Etat reagit, la menace imminente a déjà disparu. Donc l'Etat ne peut donner la mort en aucun cas. Seul texte ou position tout a fait radical par rapport a l'Etat. Position extrême a l'époque, mais position qu'on a ojd. Prof a de la sympathie pr ce point de vue car il a le courage d'aller au bout de ses idées.

Structure du CP FR et de la RH : même code, juste a la fin du code de la RH qqes modif, mais a en principe repris le code de 1791. Bipartition qui va s'introduire a partir de ce code et va se trouver sous une forme ou sous une autre jusqu'à très recemment. Pb ici : on sait pas quoi mettre dans l'une ou l'autre des deux parties. Si on prend les 2 :

- Partie générale : énumération des types de peines et critère d'exécution
- Partie spéciale : types de crimes ou d'infraction.

Pour le code RH de 1799, en vigueur jusqu'en 1803, puis RH disparaît et ensuite reprise de la législation sous l'Ancien Régime.

P. 111 : Ensuite 1803 en Autriche, établissent aussi un CP : intro a ce code ? Francois II empereur romain élu par la grace de Dieu, reprend cette tradition impériale ou il decline ses titres. Extrême fin du SERG. Il dit a l'al. 2 : « la conviction (...) police graves ». Intéressant pck il dit que la lég pénale s'établit en fonction de la culture et de la connaissance d'un peuple. Donc relativité d'une norme pénale. Soutient ici un point de vue qui lie continuité et rupture, dans le sens qu'il reprend ce que les ancetres ont déjà fait mais il s'agit aussi d'intégrer les nouvelles données sociales, économiques, politiques, etc. Rappelle le code précédent de 1787 qui montre la courte vie des codes de l'époque. Ca fait 16 ans de vie entre les deux. Pour l'application : phénomène juridique unique. « Par conséquent, nous ordonnions* (...) contraignante ». Phénomène historique unique : Pologne partagée 3x et le 3^{ème} partage intervenu a l'extrême fin du 18^{ème} siècle et une partie de la pologne est tombée sous la domination autrichienne / austro-hongroise. Il y avait urgence de légiférer en galicie de l'ouest (capitale Cracovie) alors on a mis en vigueur un nouveau code rédigé par Von Hofsten. Puis on a vérifié sur but atteint. C'est comme dans les assurances sociales : d'abord on légifère puis on regarde si ca marche. Puis décrit la lég pénale qu'il a retenue « Nous avons veillé (...) », donc bipartition entre crimes et transgressions de police graves. On ne peut pas tout a fait évacuer l'idée d'évaluation. Avant dernier alinéa : discussion sur la PDM. Alinéa dans lequel il dit se sentir obligé de rétablir la PDM, la réintroduit dans le code de 1803. L'enjeu est la sécurité publique. Apres avoir fait cet aveu un peu honteux essaie de se racheter aussitôt et exprime que « pour les crimes moins dangereux (...) inclinaison de notre cœur (...) », donc dit qu'il a réintroduit la PDM a contrecœur. « Le coupable ne doit pas subir (...) » ici clairement Beccaria, peine trop grave = inutile. Dernier alinéa : celui qui a transgressé une nomr pénale doit être sur d'être découvert et puni rapidement. Structure du CP autrichien : également 2 parties, 1 qui décrit les crimes puis celle qui traite des infractions graves de police etc. Disinction entre parties : gravité de l'infraction.

P. 114 Texte tiré de « Législation civile, commerciale et criminelle » : français vont introduire un nouveau CP qui date de 1810. Titre du texte même : des observations sur le projet du code criminel français. Présenté par Tarjet, membre de la commission. On a déjà vu des textes comparables avec Portalis. On nous explique ici les éléments essentiels consignés dans ce CP de 1810. On commence d'abord par les vices, qui sont la racine des crimes. Et si cela est vrai alors il faut essayer d'améliorer l'homme (2^{ème} partie) et il faut a ce sujet la se

servir de sagesse et de constance (=fermeté). 3^{ème} élément : la nécessité pr la société de se conserver et pr se conserver les remedes doivent être rapides (vu chez les autrichiens) pr être efficace. Alinéa suivant : « l'humanité s'afflige (...) », a nouveau trace des Lumières francaises, en principe il faut essayer de ne pas punir mais pas le choix. Rajoute tt de suite que cette punition doit être exercée avec modération et douceur (vu chez Beccaria). Alinéa plus tard : « sagesse (...) sureté publique », contradiction. D'un coté on veut être humain donc pas punir, mais aussi vivre en sécurité et donc punir. Cette sagesse du législateur c'est de ponderer les éléments pr arriver a equilibre entre besoins d'humanité et besoins de sureté. Caractérise la punition : ce n'est pas une vengeance. Effet pedagogique (vu chez B), pr améliorer la personne, la rendre compatible avec la vie en société. En mm temps problème de légitimité, comment Etat peut légitimer la punition : c'est la nécessité, le fait qu'on puisse pas faire autrement. En mm temps également idée de B, « l'essentiel en fait n'est pas de punir mais de prévenir », donc la prévention. De quelle manière ? Ici se développe un discours sur la dissuasion. Decrite au 2^{ème} alinéa (colonne de droite), dissuade en faisant peur. Vu chez B et dans rapport de 1791 en France. Cette crainte doit être assortie de la certitude la peine. Dernier alinéa de la colonne : defend principe de la legalité : « c'est a la loi seule de punir », aussi vu chez B. Puis inevitabilité. Ensuite question de hiérarchie des intérêts a defendre dans un Etat. On est au début d'un etat national, pas encore fermement établi en France, et on dit que la première chose a defendre c'est la sureté d'un Etat (intérêt collectif), passe avant l'intérêt individuel (bcp de codes penaux ou c'est l'inverse). Surement considérations d'ordre politique (état national jeune a l'époque) et aussi philosophique.

Puis p. 115 : « ces questions (...) incontestable », a nouveau argument de la nécessité. Il fait allusion aux philosophes ensuite. Explique ensuite la relativité du droit penal, relativité a la culture, a l'economie, etc d'une société. Pas un droit penal qu'on peut appliquer partout, il s'adapte a la société dans laquelle il est appliqué. Colonne du milieu : dira que la PDM est acceptable. 3^{ème} alinéa : « presque tjs pr une telle nation les peine doivent être mesurées (...) abatarдие ». Ensuite : « la raison du législateur ne se nourrit pas d'abstraction (...) pouvoir ». La philosophie c'est bien mais il faut surtout tenir compte de la réalité sociale dans laquelle on vit. Puis dit que « De tous les sentiments (...) perdre », le DP doit se servir de ce principe la, de cet instinct de survie → comme chez B et dans texte de 1791, psychologie de l'homme et de la peine. Fin colonne du milieu : « au contraire (...) c'en est fait », c.à.d. que celui qui veut tuer va se demander si il va echapper a la peine, et effet de dissuasion le plus efficace c'est de lui assurer qu'il sera attrapé et condamné a la PDM. Ensuite colonne de droite : « la peine de mort (...) l'humanité », pense avoir demontré la nécessité de la PDM et humanité n'est pas a blâmer. Pas une perte d'humanité si on applique la PDM. Ensuite référence a Montesquieu et Rousseau (2 grandes ref pour la RévFR). « (...) en la donnant a la loi », il dit que donc mm les philosophes reconnaissent nécessité de la PDM. Puis va se référer a Beccaria. Puis relativité historique et psychologie du DP à lire.

P. 116 ss structure du CP de 1810 : bipartition a nouveau mais avec d'autres critères de répartition : livre 1 et 2 qui est la partie générale avec typologie des peines et ensuite livre 3ss ou il y a l'énumération des types d'infractions et des biens juridiques protégés.

P. 119 ss : texte de 1870 : se forme une nouvelle entité qui est le Norddeutscherbund qui poursuit les efforts de légifération, après la guerre interallemande ou la Prusse gagne contre l'Autriche. Structure : il y a une partie générale et une partie spéciale aussi (typologie des peines, puis typologie des infractions).

P. 124 : droit suisse. Le grand acteur c'est Carl Stooss, excellent juriste. Son ouvrage principal c'est « Die Grundzüge des schweizerischen Privatrechts », Basel und Genf, 1892. Analyse extensive du droit suisse du 19^{ème} siècle avant de proposer un projet de code pénal suisse. Petit extrait du « (...) Strafrechts ». Cite Fäsi, « Mir ist ein (...) Richter ». Constat accablant de la situation juridique pénale en suisse : la suisse se détache du SERG et développe son propre droit indépendamment de l'Europe avec comme effet que selon les cantons on a du DP élaboré ou d'autres ou on a pratiquement rien. On va faire le CPS sur la base des matériaux pénaux à disposition (dernier alinéa du texte). On est en 1892, c'est très tard, paysage européen ou codifications déjà très élaborée pour les pays. Page suivante : conspectus des codes pénaux cantonaux du 19^{ème} siècle. Exemple 1835 code zurichois, ou encore 1871 déjà un autre code pénal zurichois. Autre exemple : Fribourg ou Glaris. Genève : 1874, très tardif. On comprend pk on veut unifier et l'urgence.

Message de 1896 p. 128 du Conseil fédéral relatif à la révision de la Cst féd en vue d'introduire l'unification du droit. Sous I) on parle extensivement du DP. Initialement il y avait l'idée d'avoir à la fois un CC et un CP. Le CO a été mis en vigueur en 1883 déjà, mais pas de code unifié ni pr le CC ni pr le CP. Travaux préparatoires en cours. CC entrera en vigueur en 1912 alors que le CP en 1937. Entre ce texte de 1896 et 1937 il y a 41 ans de différence ! Processus très long. On parle de séparation des deux codes (pas séparé dans d'autres pays comme la Prusse). Ensuite pour un droit unique, fédéral : 2^{ème} alinéa. On fait l'historique ici fait à travers les différentes initiatives prises par différentes institutions pr promouvoir un nouveau code. On commence en 1848 et on parle du canton de Soleure qui propose à la Diète (forme antérieure du Parlement) de légiférer sur les délits et les peines (il y avait déjà un CP pour la RH), première démarche. Rapprochement à petite échelle entre quelques cantons. La partie éclairée soutient ce projet (référence aux Lumières du 18^{ème} siècle). Puis : société pénitentiaire suisse fait aussi démarche en faveur d'un code unifié et fait valoir essentiellement des problèmes pratiques, notamment exécution des peines, pas tous les cantons avaient leur propre prison, etc. Ensuite la société suisse des juristes en 1869 qui intervient. Puis en 1871 la société suisse pr la réforme pénitentiaire qui adresse une pétition à l'AF, reproduite ici (p. 129) : pb pratique de l'exécution des peines + améliorations nécessaires à cause de l'égalité car pas les mêmes peines pr les mêmes crimes suivant les cantons + inégalité qui froisse le sentiment du droit dans le peuple. Projet de 1872 : trop centraliste, rejeté et remplacé par projet de la Cst de 1874 plus fédéraliste et qui a été adopté. On a fait abstraction de l'unification du DP. Puis SSJ : lien entre efficacité et unification du DP. Inefficace pck population bouge de cantons aux cantons et pr juge difficile de suivre ces mouvements, problème de non-extraditions entre cantons et crime commis dans canton voisin peut rester impuni. 3 conséquences : citoyen se sent pas protégé, manque de sécurité, manque de moralité. Naturellement aussi mauvais pour l'économie qui a besoin de plus de stabilité pénale. Remarque : PDM abolie dans la Cst de 1874. Sous II) au 2^{ème} alinéa entier : disparité et désordre. Problème de millefeuille dans les différents cantons et on ne sait pas quelle norme est applicable. Dans l'alinéa 3 on explique qu'au fond la population suisse a le même concept de ce qu'il faudrait comme DP. Puis on dit que y a 3 traditions nationales : suisse occidentale (romande), orientale (allemande) et du sud (tessin). Donc disparité malsaine pr une structure étatique. Puis diversité des peines aussi avec des exemples parlant comme l'incendie (4^{ème} ligne colonne de gauche). Page suivante (131) colonne de gauche 3^{ème} alinéa : « L'Etat de notre législation (...) peines ». Ensuite diversité des modes d'exécution, dernier alinéa colonne de gauche « les principes les plus variés (...) police ». Ensuite rapport avec le code pénal fédéral de 1_53, qui prend le dessus sur les réglementations cantonales mais ce n'est qu'un code très partiel... Ensuite pb de délimitations à lire et finalement dans le dernier alinéa « l'unification (...) à tous ces abus ». Donc seule solution. On préconise 4 principes : une

unité de l'application, unité de la législation, une meilleure protection des sujets de droit et viser une décroissance de la criminalité. But que le CF se fixe a ce moment la a la fin du 19^{ème} siècle. La Suisse a un très grand retard sur l'Europe.

Ecrites en droit suisse : Msg pour la Cst déjà vu. Mnt msg du CF. à l'assemblée a l'appui d'un projet du CP suisse, daté de 1918 : l'auteur est Karl Stooss. Lorsqu'on compose un CP on a biensûr a faire des choix moraux et juridiques. 1^{er} couplet : pour calmer l'audience. Unification anticipée qui sert a faire passer plus facilement les modif projetées. Question de l'attitude politique, on veut rencontrer le moins de résistance possible pr la révision. Explique qu'étant donné les traditions juridiques en CH on est présence d'un croisement des concepts français et germaniques, cela comme constat pour voir dans quel sens il faudrait aller. Sous 3, il parle de la réforme du droit pénal, Stoss se réfère a l'école italienne du 19^e siècle, essentiellement représentée par Lambroso Ferri et Garrofarò. On va surtout voir un petit bout des théories de l'Amoroso apres ce texte la. Ensuite but : « faire du droit pénal une arme (...) peuple suisse ». Met en avant idée d'efficacité. 1^{er} but : la répression efficace. Donc met sur un 2^e plans les moyens a appliquer. Ensuite aspect de l'innovation. Dit qqch qui nous est familier : idée du caractère européen de ce droit pénal avec référence a cette école italienne. Concept central : variation des sanctions selon l'auteur. Caractéristique de ce projet car on se dit que si on veut être efficace il faut tenir compte des particularités de l'auteur et tailler sur mesure la réaction pénale. Constate a l'alinéa 2 de cette page qu'on a un retard en CH dans la reforme. Plan du code : on divise en 3 livres. Les 2 premiers sont intéressés (ou y a la bipartition). On prévoit délits pour le 1^{er} livre et contraventions pr le 2^{ème}. Critique au système FR-ALL : gravité de la peine n'a pas d'importance, pas un bon critère, il faut des critères qualitatifs et non pas quantitatifs, c.à.d. qualité de l'auteur du crime. Subdivision qu'on voit ici existe déjà ailleurs. 1^{er} principe pour la partie générale : légalité « pas de peine sans loi ». Deuxième : autorité compétente. Troisième : DP doit respecter le Cst (principe de Cst-lité). Al. suivant : revient a vieux principe vu sous la RévFR, principe de généralité (pas tjs été le cas, p.ex Ancien Régime). Autre principe : territorialité, s'applique aux infractions commises en CH. Puis dit « un délit en suisse a tte personne a l'étranger contre notre etat... extradition », également application du CP aux suisses a l'étranger. Voilà grosso modo le champ d'application prévu ici. Effleure ici pb de la double peine (si déjà fait a l'étranger, pas possible de l'imposer en suisse). C'est le principe de l'imputation.

Pr la partie spéciale, dit au début « partie spéciale définit (...) entraînent ». Puis « sont classés (...) chapitres ». Intéressant on voit qu'on commence par vie, intégrité corporelle, puis etats et défense nationale. A la naissance de l'Etat national cet ordre n'était pas le même ! Donc ici Etat consolidé et on peut se permettre mnt de d'abord protéger l'individu, considéré comme plus fragile. Attention : fait que la personne soit mentionnée avant ne signifie pas qu'elle est mieux protégée que l'Etat, c'est formel mais ca n'a rien avoir avec le fond.

Deuxième livre sur les contraventions : législateur doit examiner de cas en cas pr savoir si infraction doit être considérée comme délit ou simplement comme contravention. « Devrait être classé parmi les délits (...) juridique » : critère pr la contravention est la simple insoumission. Puis dit que ce qui guidera le législateur il paraît suffisant de (...) infracteur. Pour partie générale on dit que les dispos du 1^{er} livre sont applicables (...), donc aussi bien aux délits qu'aux contraventions.

Sort de ce projet de 1918 : pas retenu. Le CP va entrer en vigueur en 1937. On a 20 ans de modifications et ce projet qui a eu certaines influences à l'époque n'est jamais entré en vigueur. On voit la différence entre d'un côté la conception pénale que se fait celui qui s'en occupe professionnellement et celui qui s'en occupe de manière tout à fait superficielle en suivant des croyances qui datent p-e d'un siècle (« plus la peine sévère, plus l'auteur sera dissuadé » est une fausse théorie. Cependant on voit déjà ça chez Platon mais en plus nuancé : délits commis dans l'empchement/la colère, d'autres prémédités, et d'autres à froid et donc punir moins sévèrement l'acte de colère, forme de psychologie de la peine). Stoss avait compris de cette forme de psycho n'a pas été compris par les suisses à l'époque. Dit qu'il aurait bien aimé faire que de la prévention car comme disait Beccaria la punition apporte rien mais la mentalité populaire demande la prévention, qui éradique le crime et non pas la peine en soit. Proposera grande innovation : système entre peine et mesure.

Théorie de Lombroso : a écrit un ouvrage qui s'appelle Crimes : causes et remèdes (D-D 395 bibli Genève). Cherche à comprendre scientifiquement les causes du crime et les remèdes pr éviter. Travaille bcp avec les statistiques. Analyse des causes très générales (influences météorologiques, le climat, influences des saisons/mois, races, religions, civilisations, plans sociologiques et agglomérations). Pose les questions de lien entre les crimes et les migrations et immigrations aussi, puis par rapport à la natalité. Puis aliments qui influencent le comportement (p.ex alcool, drogue, etc). Puis, richesse et pauvreté de l'auteur. Education. Hérité. Age. Homme ou femme. Etat civil. Profession. Etc. Conclusions qu'il tire : dis que dans certains cas de figure le crime est presque inévitable, suivant les constellations. Peut être causé par des prédispositions naturelles dans certains cas, dans d'autres ce sont les circonstances sociales. Pour les prédispo naturelles, l'instruction et la prison n'auront aucun effet guérisseur. Donc il faut surtout faire de la prévention (sa grande idée). Ici on parle de substitutifs pénaux. On utilise d'autres mesures à la place de la peine. Traces qui seront laissées dans l'esprit de Stooss.

Enrico Ferri, Sociologie Criminelle (Paris, 1890) : l'idée de base est d'identifier les causes des crimes et de chercher des moyens préventifs pour effacer ou atténuer l'effet de ces causes. On peut parfois les effacer (va énum une série de moyens), parfois pas, slmt les atténuer. Moyens de préventions : voit ici pls moyens d'ordre très différents. P.ex : instauration d'une politique sociale et économique ; utilisation de moyens fiscaux ; mesures précises et directes comme un éclairage électrique des lieux habités ; limitation des horaires de travail ; des loyers modérés ; prévenir les insurrections par des moyens de police ou simplement de troubles sociaux (éviter les grèves etc) ; prévention médicale ; égalité de traitement juridique (donc unification de la loi aussi, ce qui était pas le cas en Suisse, d'ou le fait que Stooss aime bien Lombroso). P.ex Lombroso préconise la prostitution contre les crimes sexuels, ou encore le divorce pour violences conjugales, meurtres conjugaux, etc. La peine peut avoir une influence sur les acteurs, ce que Ferri réfute complètement.

Chapitre de Lambroso qui est plutôt un délire selon prof : prolongation du physionomisme (recherches pr établir lien entre apparence physique et le crime), p. 443ss. Pour la répression pénale, il préconise différents moyens, dont les peines extra pénitentiaires. On explore cela bcp ojd. Il se demande dans quelle mesure on pourrait déplacer la peine de la prison à un autre endroit. Ex : arrêts chez soit (on interdit à qqn de se déplacer, ojd bracelets électroniques).

« On peut utiliser le criminel autant que (...) » Le but est de rendre le criminel tel pour qu'il puisse sans pb se réinsérer et il dit qu'en réalité lorsqu'on dénêche des foyers de criminalité, on dénêche en même temps des plaies sociales, ou les gens vivent dans des conditions

inacceptables (typiquement grandes agglomérations), en disant que la misère sociale peut générer le crime. Ce sont des conditions qui ne laissent pas d'autres choix à la personne. Attitude scientifique et politique.

Ensuite Ferri (sociologie criminelle) : propose de diminuer voire d'abolir les peines, déjà vu chez Beccaria qui est aussi pr la peine la plus légère possible. Il soutient très fortement ce glissement de la peine cruelle vers la peine privative de liberté. Idée d'une méthode empirique, analytique, très forte chez Ferri, qui va de pair avec l'aspect scientifique de sa discussion. Il faut transposer la physique, etc en matière de crime, ce que fait le criminologue très largement ojd. L'école classique de Beccaria avait proposé la diminution des peines et si on regarde cela en Italie on constate qu'ici on ne vise pas la diminution des peines mais la diminution des délits, donc de faire disparaître le phénomène même de délit, cela passe directement par l'étude du délit, comme réalité humaine et un fait social. Dans ce sens l'école positive italienne cherche à remettre l'individu à sa place. Le crime est considéré comme un phénomène qui se produit entre société et individu, et il s'agit de trouver des formes de vie qui permettent de réconcilier les intérêts des uns et des autres. Cette école positiviste italienne cherche aussi à diminuer le libéralisme effréné du 18^{ème} siècle et d'introduire un élément social. L'individu joue un rôle central au 19^{ème} (on a vu ça aussi avec Marx qui a dénoncé le même phénomène, et tout le mouvement syndical et de lutte social ou on essaie de défendre l'individu contre une société qui écrase cette individu).

Kant, Hegel et Feuerbach mettent en avant la liberté de l'individu, qui peut donc par conséquent déterminer ses actes comme il veut, et responsable de ses actes, et on peut punir l'individu pour les actes commis en tant qu'être libre. Ils considèrent que prendre l'individu au sérieux revient à le punir quand il dévie de ses obligations juridiques. Donc individu partiellement libre mais aussi partiellement déterminé. Les positivistes italiens ne disent pas qu'il est pas libre mais disent qu'il est partiellement déterminé par les facteurs extérieurs comme l'instruction, l'économie, etc.

Au 21^{ème} siècle, avec le Code de Droit pénal de l'UE : titre date de 2005 et s'appelle non pas CP mais « Code de Droit pénal ». Avertissement/prologue/intro dans laquelle on nous donne des info intéressantes. On nous explique que ce code présente l'ensemble des textes qui gouvernent (...) de l'UE. Ensuite à la fin de cette page on atténue en disant que recueil pas exhaustif mais sélection des textes les plus importants applicables à l'UE. Ensuite on dit que c'est une initiative privée mais pas un Etat ou l'UE qui a commandé ce recueil, ce sont des profs essentiellement mais aussi magistrats, chercheurs etc. Al.2 : publication s'inscrit dans le cadre de la mise en place du réseau académique spécialisée, idée est d'avoir un corpus de référence pr des recherches universitaires. Outil de travail nouveau et synthétique. Al. suivant : variété des techniques employées, etc. On a affaire à une initiative privée qui tend à faciliter le travail du praticien mais aussi du chercheur. Quels sont les textes retenus ? Cf. texte. Surtout p. suivant 3^{ème} alinéa colonne de gauche : « textes qui concernent l'espace pénal européen (...) processus d'élargissement (...) extérieurs », c'est le critère de sélection. Passionnant car si on regarde les typologies retenues, on connaît la peau de léopard, puis millefeuilles, puis code. Ici c'est à nouveau un millefeuille, pas un code malgré titre ! Traiter d'abord a) textes de nature énonciative, ensuite b) acquis Schengen puis c) textes transversaux (coopération policière, Europol, etc). Sous 2) coopération judiciaire pénale. Plus loin coopération douanière sous 3, sous 4 textes relatifs à différents types de coopération et puis des textes sectoriels après ces textes généraux. On regroupe sous a) tout ce qui concerne la criminalité organisée, puis b) terrorisme, ensuite c) drogues, puis e) fraude et corruption etc. Autrement dit il ne s'agit pas d'un législateur comme Von Reppow ou Beaumanoir, c'est

une initiative privée. Comme pr les principes Unidroit en droit civil ou les principes Lando, a nouveau. En outre, on donne un certain ordre interne mais ordre très général, on prend plus ou moins un ordre thématique et on empile simplement.

4^{ème} partie du recueil de textes porte le titre de raisonnement, structure et langage du droit codifié.

- Raisonnement : avant les codif on réfléchissait dans une très large mesure par analogie, c.à.d. que lorsqu'on nous soumet un cas on se pose la question pr savoir quel est l'autres cas déjà décidé le plus proche. Essentiellement le travail qu'on fait avec la JP quand on applique une base légale ojd (ex : art. 41 CO, pr définir la causalité adéquate on check la JP). Avec les codif on a dans une large mesure remplacé ce raisonnement par induction/déduction que l'on applique en premier lieu, et si pas de résultat alors 2^{ème} moyen qui est l'analogie. L'induction/déduction répugne justement les anglo-saxons qui préfèrent l'analogie. Le propre du code c'est de nous imposer ce type de raisonnement (I/D).
- Structure : on a vu que la structure pr les CC remonte aux Institutes de Gaius, qui avait divisé les matières en personnes/famille/réels/successions/obligations. Cinq catégories reprisent par Justinien dans ses Institutes à lui. Ensuite codificateurs ont repris cette idée et si on reprend le CCFR, on voit que c'est la même, ainsi que le BGB (qui met les oblig en 2^{ème} lieu, l'ordre change mais catégories restent les mêmes), et le CCS. Pour les CP, on a vu que c'est plus compliqué. Première raison : on a repris du droit romain très peu de choses en matière pénale, droit romain qui concentre son droit pénal au livre 48 du Digeste. On voit que s'installe une seule régularité a partir de la fin du 18^{ème}, on voit des CP qui sont substantiellement bipartites et chaque codificateur met dans ces 2 parties ce qu'il a envie de mettre.
- Langage :
 - Droit civil : on pouvait commencer les codif uniquement a travers une transformation complète du langage juridique. On a un langage juridique de l'Ancien Régime et celui de fin 19^{ème} siècle, qui sont très différents. Sous l'AR il était plutôt narratif et à bcp d'égards on pourrait le rapprocher de la JP. Alors que pour rédiger des CC et CP il fallait un langage abstrait et concis, qui a en quelque sorte grillé des générations de juristes. Genèse de ce langage : dans les Digestes, fragment de Iavolenus « toute déf en droit civil est dangereuse (...) », refus de définir car tte déf trouvera une exception. Donc très peu de déf en droit romain, ce sera plutôt un *Fallregelrecht*. Fragment D 41.2.17.1 d'Ulprien sur différence de la propriété et de la possession : on peut dire que dans la partie 1 il y a une sorte de règle générale et abstraite un peu cachée et dans la seconde « en sorte que » c'est un petit cas avec sa solution pr illustrer la règle. Le Digeste est un mélange des deux. En droit médiéval, ex de Bartholus (1313 à 1356), ou il définit la propriété, déf très proche déjà de ce que les français vont utiliser dans l'art. 544 CCFR et ce qu'on a nous dans le 641 CCS. Intéressant car ne suit pas la recommandation de Iavolenus et contrairement a celui-ci il va définir en disposant qu'on peut disposer de la chose (élément central). Définition qui va faire école. Cette tendance a l'abstraction du langage va se prolonger, fragment suivant ou on dit « est appelé propriétaire celui qui est autorisé (...) un tiers », on a une déf abstraite ici et on voit très clairement cet effort des codificateurs de former des normes

qui sont abstraites et le plus concises et courtes possibles. Art. 16 : idem. Art. 544 CCFR : idem. ABGB et BGB : concept philosophique mais pas très exprimé tel quel, on sent ici une tradition plus distante, pas populaire comme le CCFR voulait l'être. BGB était très précis, froid et abstrait alors que CCFR et CCS ont plutôt un langage populaire facilement compréhensible pour tous. Art. 545 CCFR : langage abstrait, facile à comprendre. Idem pour ABGB : vraie définition, avec description du concept alors que dans la description subjective on se place délibérément dans la peau du propriétaire (art. 354), donc définition fonctionnelle. Art. 903 BGB : définition fonctionnelle aussi. Même schéma. Art. 641 CCS : idem, déf fonctionnelle.

- Droit pénal : Digeste D 48.8.1 : par. 1 norme abstraite, mais très narrative « on punit », mais de quoi ? Et descriptions sont très générales (qui a tué, incendie, etc), abstrait mais très flou et narratif. Sous 1 on ajoute, « en outre on punit » à nouveau punir, très grande souplesse de cette norme, imprécision, qui n'ont rien à avoir avec un CP actuel. Sous 2 : idem, quelle peine doit être prononcée ? On ne sait pas. Autre texture normative. Ici on constate un grand flou dans la norme pénale, peu d'interprétation possible chez nous mais ici oui. Remarque qu'un ancien juge du TF a fait (Martin Schubarth) : « mon expérience de juge me dit que c'est le cas qui forme la règle » alors qu'on nous dit tjs l'inverse, que la règle est la norme suprême. Il a expliqué que en vérité, que ça soit en civil ou en pénal, quand on a une norme générale, elle a tjs une certaine souplesse et qui est bcp plus générale que le cas particulier auquel on l'applique, donc le juge doit reformuler la règle pour qu'elle colle au cas, tout en étant compatible avec la règle de base. Caroline de Charles Quint : très clairement de la narrativité, art. 130. Idée de terroriser la population : on ne trouvera plus jms ça dans un CP ojd. Quelques éléments précis et quelques éléments qui relèvent de la narrativité, pas grand chose à avoir avec la normativité d'ojd. Idem pour art. 137. On change de langage avec CP français, phrases qu'on trouve ojd dans un vrai code pénal. Normes courtes et très épurées. Pas une virgule de trop. Idem pour le Strafgesetzbuch : langage juridique qui nous est familier, typiquement 2^{ème} moitié du 19^{ème} siècle qui a forgé ce langage ; et le CPS. Pourquoi a-t-on épuré le langage ? On voulait diminuer le nb de normes, et cela en les rendant plus abstraites. Si on a uniquement l'analogie on a pas besoin d'un langage concis mais besoin pour l'induction et la déduction.

Rappel : peau de léopard (lois éparses et entre elle il y a du vide) ; mille-feuilles (empilement des règlements, des ordonnances, etc sans qu'il y ait une cohésion/organisation interne) ; code (répond aux critères qu'on vient de voir). Pour arriver aux codes c'était un immense effort et c'est notre génération qui va décider si il faut continuer de codifier ou si il faut arrêter (typiquement le code européen de droit pénal retombe dans le mille-feuilles) et sous quel type de normativité on veut vivre, avec les contraintes économiques, sociales, psychologiques qui agissent sur la société et dont le législateur doit aussi tenir compte.