

Fondement du droit – Droits séculiers y-09-15  
23:26

MME DEBRUCHE PREMIÈRE SEMAINE.

**Droit canon** : droit de l'église catholique : on trouve les règles dans la bible, (ancien et nouveau testament) Droit très ancien.

**Droit indou** : droit qui a commencé avec la religion

**Droits séculiers** : qui n'a pas de connotation religieuse. Comporte des valeurs aussi.

## **A. La notion de système juridique**

Quelque chose qui n'est pas d'inspiration religieuse, donc laïque. Ils ne sont pas directement connectés avec une religion quelconque.

**Qu'est-ce qui fait que le droit canon (le droit de l'église) a accepté qu'il y ait d'autres sortes de droit qui viennent de l'état (que l'état ait un certain pouvoir) et qui n'ont pas de connotations religieuses ? :**

2 phrases qui montre la coexistence de plusieurs sortes de droit (qui permet au droit séculier d'exister) :

*« Rendez à Ceasar ce qui est à Ceasar, et rendez à Dieu ce qui est à Dieu. »*

- (rendez à César ce qui est à César, donc il faut obéir au gouverneur de l'empire romain dans les matières de sa compétence VS rendez à dieu ce qui est à dieu : dans les matière spirituelles il faut obéir au commandement de la religion)

« Mon royaume n'est pas de ce monde. »

- (quand Jésus utilise ça, il dit qu'il ne veut pas remplacer l'empereur, qu'il n'est pas là pour prendre le pouvoir dans l'empire romain et qu'il n'est pas là pour remplacer ou renverser les pouvoirs de l'empereur)

Ceci a donc permis le développement de la Common Law, du droit civil (qui existe indépendamment de l'église), mais cela ne veut pas dire qu'il n'y a pas, encore aujourd'hui, des frictions.

Les systèmes de droit civil et de *common law* ne sont pas des systèmes de droit de nature religieuse.

[www.juriglobe.ca](http://www.juriglobe.ca)

## **1. L'identification du système juridique**

Quel est l'intérêt des grands systèmes juridiques? :

Si on devait comparer pays par pays, ce serait interminable. On regroupe donc les droits de pays qui se ressemblent, ce qui permet de mieux comparer les sortes de systèmes de droit différents.

Notion de système juridique : c'est comme un sac dans lequel on met tous les droits des systèmes des pays qui se ressemblent ; *common law*, droit civil, droit musulman, droit coutumier, droit mixte, etc...

- a) *Le critère issu de la morphologie d'ensemble du système*
- b) *Le critère issu des « façons de penser »*
- c) *Le critère issu de l'organisation du droit privé*

*matriciel*

*\*\* on ne le voit pas dans le cours.*

## **2. La distinction ente système et culture juridique**

Système juridique = notion juridique. Ce sont des juristes qui ont classé les différents pays dans différents systèmes juridiques en regardant des critères qui sont juridiques.

La culture juridique est une notion plus vaste et large que la notion de système juridique, et moins technique.

**La culture juridique** fait référence à la façon que les gens, qui ne sont pas des juristes, perçoivent leur droit (erroné ou pas) dans leur communauté et dans leur système de justice.

Ils se font une idée à l'aide de séries américaines, films et etc... Le droit n'est pas pareil partout dans le monde, alors les gens, en suivant la télé, se font des idées fausses qu'ils croient qui s'applique dans tous les systèmes juridiques.

## **3. L'importance de la procédure**

Différence entre la procédure et le droit matériel :

- La procédure (Le droit procédural) est le processus devant les tribunaux (les règles), qui dit les délais, les instances et etc... La procédure est extrêmement importante pour un avocat.
- Le droit substantiel (Règles de droit matérielles, règles de fond) : est toute la définition de nos droits. Ça comprend toutes

les définitions du contour de notre droit. On trouve ça dans le Code civil, par exemple. Il a peu de procédures, c'est du droit matériel.

## **B. Les droits dits coutumiers**

C'est le système dans lequel on ne savait pas où mettre ces pays. Ce sont des systèmes fondés sur la tradition orale (transmission orale du savoir). Ce sont les autochtones au Canada, les Maoris en Nouvelle-Zélande, par exemple. Ce sont des traditions non-écrites. Ils débordent de la sphère du droit. Dans l'histoire, c'était une très importante source de droit. Maintenant, on ne trouve plus les règles dans la coutume, mais le système coutumier a déjà été une source de droit importante.

### 3 caractéristiques du droit coutumier :

- **L'oralité** : le droit se répand de façon orale.
- **Le territoire d'application** : le droit va varier d'un territoire à un autre. Sur un même territoire, il peut changer plusieurs fois.
- **Un rapport difficile entre les colonisateurs et les pratiquants du droit coutumier** : puisqu'il n'est pas établi de façon matérielle, le droit est donc remis en question.

## **C. La common law**

### **1. La terre d'origine du système de common law**

La *common law* commence en Angleterre, proche

de la ville de Londres. L'Angleterre est donc le berceau de la *common law* en 1066. Ça va donc s'en aller en Irlande, en Écosse (Parlement reste écossais indépendant jusqu'en 1703) et finalement, aux États-Unis. Elle s'exporte dans les colonies par les colonisateurs.

Les États-Unis se séparent de l'Angleterre assez tôt, en **1783** (date du traité qui consacre l'indépendance américaine). Ils vont adopter leur *common law* (américaine) et elle est tout à fait apparue dans les domaines fondamentaux (droits des contrats, droit de la responsabilité civile et extracontractuelle), c'est un monde en soi. Le Canada, l'Angleterre, l'Australie et la Nouvelle-Zélande partagent une *common law* qui se ressemble (anglaise). Sa faiblesse est qu'elle s'exporte difficilement ; on ne peut l'emprunter facilement.

Le droit civil s'emprunte beaucoup mieux que la *Common Law*, puisque en droit civil, les droits sont écrits tels quels, alors qu'en *Common Law*, ; les droits sont basés sur pleins de jugements.

Dans le grand système de *Common Law* il y a deux grandes familles; *common law* **anglaise** (anglaise va avec canadienne, australienne (autres pays) ) et *Common Law* **américaine** (juste États-Unis).

## ***2. Le rayonnement de la common law anglaise***

### **D. Les droits romanistes (« droit civil »)**

#### ***1. Le tronc commun : le droit romain***

En droit civil, on peut parler de droit romaniste, car

c'est un système hérité du droit romain. Le droit romain est donc la souche commune des systèmes civilistes.

*Le droit civil ?* : on parle du droit privé, donc la catégorie qui s'oppose au droit public. C'est les matières qui s'occupent des relations entre les personnes physiques privées.

\* Dans le droit privé, il y a deux matières qui ne relèvent pas du droit civil : le droit commercial et la procédure civile.

\*Tous les systèmes de droit civil s'appuient sur un Code.

Droit civil = droit privé, mais droit privé = PAS droit civil, parce que le droit civil c'est juste une partie du droit privé.

Qu'est-ce que le droit civil (qu'est-ce que l'expression droit civil veut dire):

- la plus importante partie du droit privé; qui régie les relations entre les personnes...

- Droit qui s'appliquait uniquement aux citoyens romains, donc qui ne s'appliquait pas aux étrangers à Rome.

- (avec système devant – système de droit civil) Ce sont les pays dont le droit est inspiré du droit romain, ce sont les héritiers du droit romain et dont le droit est dans les codes.

\*\* genre de choses qui peut être un choix multiples pour les examens.

Est-ce qu'il y a du droit civil dans les système de Common Law ? : Oui !

- Source commune de tout les pays qui utilise les systèmes civilistes, c'est le droit romain. Les catégories juridiques qu'on utilise, nous viennent du droit romain.  
Code justinien : créer à Rome. Premier grand code civil de l'histoire et c'est lui qui va influencer par la suite le code civil français 1804 et le code civil allemand 1900. (Les deux grands codes civils les plus importants)  
2 grands Codes les plus importants : Code civil Français -1804 et Code civil Allemand - 1900.  
Code civil français : code qui a eu beaucoup d'influence à l'étranger (il est en France et en Belgique)  
Par politique ou par colonisation, en Afrique ou ailleurs dans les colonies francophones, les colons l'apportaient avec eux. Il a été emprunté beaucoup, il a inspiré beaucoup, dans plusieurs pays différents.  
Amérique du sud : tous les pays, sauf le Brésil, leur Code est influencé par le Code civil français et dans certains pays Musulmands, comme Égypte, le Liban...  
À aussi influencé le Québec évidemment : le Code civil du Bas-Canada (1866) et le CcQ, qui le succède, ont les deux été influencés par le Code civil français.  
Brésil = Code civil Allemand.

## **2. La souche française**

### **• a) Le Code civil de 1804**

Il s'appuie sur le Code de Napoléon, qui est la l'origine du Code du Bas Canada.

### **• b) L'exportation du Code civil**

Quand Napoléon va envahir, il va amener son code avec lui.

- **c) Illustration : le cas du Québec**

### **3. La souche allemande**

- **a) Le Code civil de 1900 (B.G.B.)**

Il est influent et considéré comme perfectionné et mieux fait.

- **La quête de Volksgeist**

- Le professeur **Savigny** a écrit un livre qui s'appelle le *Vom Beruf* (**DE LA VOCATION**), un livre qui traite le droit. Savigny dit qu'il faut créer un droit qui est propre au Volksgeist allemand et résister au Code français.
- Le mot « Volksgeist » signifie ; **l'esprit de la société**. Savigny va donc populariser cette idée. Alors il dit à ses collègues que le droit qui est produit par le Volksgeist est comme une personne, car il possède trois phases ; l'enfance, l'adolescence et la maturité.
- Le **droit coutumier** est le droit qui est inspiré par le *Volksgeist* dans son **enfance**. C'est naturel, mais non précis (côté négatif de la chose). Le droit coutumier est essentiellement orale.
- **Où** on prend les règles de droit inspirées par le Volksgeist : 3 phases :
- Pour l'adolescence, le droit se précise un peu. Il va donc y avoir des **réglementations de type législatives** (lois). C'est le droit inspiré

par le *Volksgeist* dans **l'adolescence**. Il y a cependant un inconvénient ; les politiciens servent leurs intérêts personnels en créant des lois pour plaire afin d'être réélu. L'ennui, c'est que ce n'est pas toujours conforme au *Volksgeist* du peuple en question. Le droit devient plus précis, mais n'est pas nécessairement plus fidèle au *Volksgeist*. Savigny ne trouve pas ça satisfaisant. Il pense donc qu'on doit trouver un droit plus mature et plus fidèle à la communauté.

- Pour la **maturité**, on trouve cette source dans la **doctrine universitaire**. Alors ce sont les professeurs qui vont pouvoir réfléchir et se pencher beaucoup sur la question sans avoir à respecter un horaire du temps, comme les politiciens. De cette façon, on peut créer un droit qui est encore plus fidèle au *Volksgeist*. Donc voici la tâche que Savigny (étant aussi un professeur d'université) assigne à ses collègues.
- **L'enfance : le droit coutumier allemand**
- **L'adolescence : réglementation de type législative (lois)**
- **La maturité : la doctrine des universitaires**

## **L'école historique allemande**

- C'est le nom qu'on donne aux professeurs qui suivent l'école de Savigny dans sa quête de créer un droit selon la doctrine et la coutume, afin qu'il soit plus fidèle au *Volksgeist*.
- Ces professeurs vont donc chercher aller

fouiller dans le droit romain. Alors il va y avoir une séparation en deux branches ; la branche Germaniste-Allemande et la branche Romaniste-Allemande de l'école historique allemande. Les professeurs qui vont suivre Savigny ne vont pas l'entendre de la même manière ; ils vont appartenir à la branche Germaniste-Allemande. Ils ne veulent pas se baser sur une source comme le Code français, car celui-ci est fidèle au Volksgeist des français et non celui des allemands.

- **La branche germaniste de l'école historique Allemande** : Les professeurs de la branche Germaniste-Allemande vont tenter de créer un droit fidèle au Volksgeist par rapport aux coutumes du peuple allemand. Ils vont vraiment retourner aux sources. Les frères Grimms étaient des membres de la branche Germaniste-allemande. Ils cherchent dans toute la culture allemande (histoires, contes, récits). Mais puisque les membres germanistes de l'école historique allemande ne peuvent vraiment trouver de la précision dans le droit à l'aide de coutumes, contes et etc, on va avoir recours aux membres romanistes de l'école historique allemande.
- **La branche romaniste de l'école historique Allemande** : Ils vont étudier le droit romain afin de l'actualiser, l'adapter et les aider à construire leur propre droit. La branche romaniste, en travaillant sur un corpus de savants très sophistiqué (droit des obligations, droit des biens), en arrive à un code. Le code a été élaboré dans les universités par des professeurs.

- En **1871**, on va présenter le Code à l'Assemblée législative. On va travailler encore longtemps dessus et il (BGB) va être **adopté en 1896**, pour **entrer en vigueur en 1900**. Le *Keiser* voulait que son Code entre en vigueur avec le nouveau siècle. Nous voilà donc avec un nouveau grand Code civil dans le paysage, qu'ils vont appeler ; **le B.G.B..**

Le BGB est Un code qui essais de diminuer la discrétion des juges, mais ils ne réussirons pas vraiment, puisqu'on ne réussi jamais a éliminer totalement la discrétion des juges.

### **L'unification par le *Professorenrecht***

C'est un droit de professeur, car c'est eux qui l'ont créer. Même s'il a été modifié un peu par l'Assemblée lors de son adoption, on dit quand même que c'est un droit de professeur, donc de *professorenrecht*. Il a vraiment été créer dans les universités, plus que le Code Français. Le droit allemand est beaucoup plus basé sur le droit romain et on va dire qu'il est beaucoup plus précis et sophistiqué que le droit français. Il va y avoir des définitions établies dans le Code allemand, ce qu'on ne voit pas dans le Code français. Alors les allemands vont donc dire qu'ils appartiennent au droit romain, car ils sont allés voir dans ce qui était plus raffiné et sophistiqué. Ils vont donc dire qu'ils ont le même *Volksgeist* que les romains.

- Le *Volksgeist* a un côté **positif et négatif** ;
- - **Positif** : il y a un marketing des

systèmes juridiques. Certains pays essaient de pousser leur système juridique dans d'autres pays. Cela apporte donc de grandes ouvertures pour des relations commerciales. Ce sera plus facile de faire affaire avec le pays qui a adopté son système juridique. Cependant, la notion de *Volksgeist* explique qu'on ne peut pas simplement prendre le droit d'un pays et le greffer dans un autre. Il faut tenir compte des spécificités nationales, car il y a quand même une certaine façon de faire les choses. Le droit est quelque chose qui est supposé ressembler aux valeurs de la société, donc on ne peut pas juste emprunter un droit comme ça.

- **Négatif** : Cela peut renforcer le nationalisme (**notre Volksgeist est meilleur que le votre - propagande**). \*Fait référence aux Nazis.

## **b) L'exportation du B.G.B.**

- Le Code allemand va être beaucoup emprunté (Autriche, Suisse, Turquie, Grèce, Brésil). Il y a donc une exportation massive du *B.G.B.*.
- Le BGB s'est **exporté**, il est allé en Autriche, en Suisse, en Turquie, en Grèce (parce qu'il y a une similitude de langue), au Brésil (parce que les professeurs d'université allemand on immigrer au Brésil et on apporté leur droit avec eux ) et au Japon.

Le BGB a inspiré beaucoup le code civil du Brésil et celui du Japon.

Pourquoi l'histoire du BGB est si intéressante ? :

Il y a deux grands codes civil et pas un seul :

Code civil français

BGB

### **c) Illustration : le cas du Japon**

- Le Japon va adopter un Code qui est de style B.G.B.. La date charnière est **1868**. Tout va basculer à ce moment-là. Avant cette date, il est fermé sur lui-même et les contacts avec les étrangers sont complètement interdits. Ils ne peuvent pas venir et c'est un crime pour les japonais de leur parler ou de les inviter.
- Ça donne donc un renforcement du *Volksgeist* et sur la culture.

Le nom qu'on donne au droit coutumier avant 1868 sont les « **Giri** ». Ils représentent le droit privé. Ce sont les façons de faire, les règles de droit privé. Il y a des Giris pour chaque situation ; époux et femme, père et fils aîné, employeur et employé.

Le Giri définit la manière de se comporter dans des situations déterminées.

Dans ces Giris, il y a toujours une personne supérieure et une personne inférieure.

### **3 facons de déterminer qui est supérieur :**

Les hommes sont supérieurs aux femmes

Les gens en meilleur position sociale (prestige social (parfois la richesse))

La personne plus âgée est supérieure à la personne plus jeune.

Pour que l'ordre de la société soit maintenue, il faut que chacun tienne son rôle, donc que tout le monde se conforme aux 3 critères de supériorité et d'infériorité.

Certains critères priment sur d'autres ( ex : l'homme est plus important que la femme, même si elle est plus âgée)

On sanctionne les Giris, non pas en cour, mais par la honte et le déshonneur. Pour les orientaux, c'est perdre la face et c'est extrêmement grave. En Asie, le fait de perdre la face est vécu extrêmement difficilement.

La sanction va vraiment se faire par le rejet ultime de la société. Le fait d'être ostracisé peut être très difficile et on peut avoir l'impression de ne pas pouvoir s'en sortir.

Les Giris sont oraux et on les connaît instinctivement, simplement en vivant dans la société. Les étrangers ne peuvent pas les connaître, mais pour quelqu'un qui est né dans la société, il va les connaître. Dans cette société, l'individu ne doit pas se mettre en avant ; la collectivité est plus importante que l'individu.

**Donc** une société où le droit privé avant 1868 au Japon est essentiellement du droit coutumier et en droit pénal, les procédures sont sommaires et il n'est pas question de droit de la défense.

1868 : un nouvel empereur monte sur le trône au Japon : MEIJI.

Il inaugure alors **l'ère Meiji** : ère de la lumière.

- Il désire moderniser le Japonais, car il croit que le Japon trouve sa place dans l'échelle mondiale et rattrape son retard. Ils n'ont jamais eu de révolution industrielle. Il veut que des entreprises étrangères viennent s'établir au Japon. Mais il faut que le Japon modernise aussi son droit, alors il va demander à des ambassades de lui envoyer des juristes et des gens pour observer ce qui se passe.
- Le Japon va donc adopter un code civil ; le Code civil allemand, puisqu'il est plus achevé et à la fin du 18<sup>ième</sup> siècle, c'est l'Allemagne qui prend beaucoup de pouvoir. En **1898**, le Code japonais est adopté et mis en vigueur.
- Par contre, on n'est pas dans un système civiliste pour autant :
  - Ce n'est pas parce qu'ils ont adopté un Code civil que les Giris ne sont plus de coutume au Japon. Leur importance a diminuée, mais elle reste quand même très forte. Ils sont quand même pertinent entre les japonais.

Les japonais n'ont pas tendance à aller faire respecter leurs droits en cour. Cela est mal vue. En contrat, par exemple, la confiance est assez importante pour que les parties fassent quelque chose s'il y a un conflit. Normalement, ils règlent leur conflits hors-cours.

**Clause d'arbitrage** : C'est une clause qu'on met dans un contrat et qui dit que s'il y a un litige entre les parties, celui-ci ne sera pas tranché par des cours de l'État. Il sera alors tranché par un arbitre.

## **CLASSIFICATION :**

Système de droit civil aussi

Ils ont une constitution (Japonaise) inspirée par la constitution Américaine (ce qui fait un peu common-law)

Ils ont aussi un système coutumier, puisque les lois restent vivants entre les japonais.

## **CHINE**

État communiste : L'importance de l'état est très très grande, l'état doit tout approuver.

L'absence de culture judiciaire : le fait qu'il n'y ai pas de juges qui ne soient que juges. Être juge n'est pas un métier. Le fonctionnaire social doit s'occuper de tout.

Il n'y a pas de dette de justice entre l'état et les citoyens. L'état ne doit donc pas la justice à ses sujets ou à ses citoyens.

Droit privé renvoyé aux façons de faire traditionnelles, donc théoriquement un système de droit coutumiers.

Le droit est dans les façons de faire chinoise, dans les rites, mais le droit commence à progresser aujourd'hui. (avec les faculté de droit ect...)

La notion de droit n'est donc pas universelle, ce que nous nous comprennent quand on parle de droit, ce n'est pas universel.

Dans ces pays, le droit n'est pas séparer de la religion, le droit est un tout.

De plus, le droit civil ne s'implante pas, le droit coutumier reste toujours.

**Exemple question d'Examen :** Le volksrecht est le nom donné au loup dans le compte du petit chaperon rouge , vrai ou faux ? FAUX : dire ce que c'est : la conscience populaire , qui l'a inventé : Savigny , quand : popularisé en 1814 , pourquoi a été popularisé : parce que l'Allemagne cherchait à se trouver un droit civil unifié. Où on trouve les règles : les 3 sources du droit , les

branches de l'école historique allemande, et terminé par dire que ça conduit au BGB rentré en vigueur en 1900.

Toujours une ou deux réponse dans les choix multiples.

Fondement du droit – Droit Islamique y-09-15 23:26  
Page 26 : lexique.

### **I. Les droits d'inspiration religieuse**

- Introduction au droit musulman :
  - ***La Sharî'a islamique*** (droit islamique, loi islamique), *entre une parole révélée et une norme construite*

Introduction : SIMPLEMENT POUR NOUS.

- 1. Quelle étude du droit islamique?
  - Né au début 612 de notre ère avec la religion. Droit vieux de 14 siècles, qui est aussi complexe et riche que le nôtre. C'est un système juridique à part entière.
  -
- 2. Notes brèves sur l'Islam, sa culture et sa religion :
  - Prophète de l'islam = Mohamed. Religion qui apparait en Arabie Saoudite (la Mecque) parce que c'est là que vit le prophète. (à la Mecque). Religion basée sur le Coran. (première source de ce droit islamique)
- 3. Droit islamique et droits nationaux : loin d'une vision monolithique du droit islamique.
  - Vision monolithique : Affirme qu'il y a un

seul droit islamique et que c'est le même pour tous.

- La réponse est non, il n'y a pas seulement juste un même droit islamique. : toute personne saine d'esprit (qui est musulman), qui a une connaissance approfondie des écritures est légitime pour interpréter le droit islamique.
- Système bi juridique.
- États qui ont une identité nationale, ils ne sont pas seulement musulman.
- 
- 4. Traduction. De la difficulté du bon usage des mots : la *Sharī'a*, plus et au-delà de la conception occidentale du droit.

•

## **UTILE POUR L'EXAMEN MAINTENANT.**

### **• A) Les sources du droit islamique**

•

Le droit islamique = système juridique à part entière.

#### 2 grandes catégories de règles (et 4 sources)

- règles d'origine divine
- règles d'origine humaine :

#### **• 1. Les sources *d'inspiration divine* :**

•

- a. Le Coran ou provient la **parole révélée de Dieu** (message de dieu, UNIQUEMENT la parole de Dieu, le Prophète ne rajoute et ne retranche rien de cette parole. Un livre incréé, un livre qu'on ne peut pas imiter, livre sacré des musulmans. Et

c'est pour ça qu'il est interdit de jeter, de souiller, de brûler le Coran, parce que ça reviendrait à jeter, souiller ou brûler la parole de Dieu.) Le coran n'est pas l'histoire d'un peuple, il s'adresse à l'humanité toute entière, parce que c'est une religion prosélyte : qui cherche à convertir, à faire des adeptes.

- **b. La Sunna ou la geste inspirée du Prophète** : la geste = renvoie au récit de la vie du Prophète, tout ce qui concerne sa vie à la fois en tant que prophète, que messenger de dieu et qu'homme. Parole au sens large (geste, comportements, silence etc...) Va être mise par écrit, dans plusieurs ouvrages, mais pas dans le Coran. Le prophète ne parle pas au nom de dieu, ni à la place du nom de dieu, il parle en son nom, mais lorsqu'il parle, il parle sous l'inspiration de Dieu, sous le contrôle de Dieu. Il est seulement le messenger de Dieu. Donc ce qu'il dit ou qu'il fait est forcément conforme au message de dieu, donc conforme au coran. La sunna vient compléter le Coran.

La sunna est la parole révélée du Prophète ?  
FAUX : La sunna c'est la parole du prophète, ses gestes, ses comportements, qui viennent expliciter, compléter le Coran et à ce niveau là, la sunna c'est un complément du prophète. C'est la parole inspirée du Prophète, sous le contrôle de Dieu. La parole révélée de Dieu c'est le Coran.

Le coran est la parole révélée de Dieu? VRAI : Le

Coran c'est la parole de Dieu, son message divin.  
Le prophète n'a rien rajouté et n'a rien retranché.  
C'est la parole de Dieu seulement.

- 2. Les sources **de facture humain** : le **Fiqh**  
(ensemble des règles de droit créés par les juristes musulman (savants religieux)).
- 
- Ce n'est pas une source divine, on rajoute à la parole de Dieu et à la parole de son envoyé (le prophète). Les juristes vont donc créer des règles qui permettent la création de ces nouvelles règles, mais on va toujours se rattacher au Coran ou à la Sunna.
- 
- a. Le **Qiyâs** ou le **raisonnement par analogie** : On est face à une situation de vide juridique (une situation pour laquelle on n'a aucune signification en droit). On va rechercher si dans le coran ou dans la sunna on aurait pas une analogie, une situation semblable. Si oui ; on va étirer la règle écrite dans le Coran ou la Sunna pour l'étendre à la situation qu'on a. ex : disposition contenue dans le Coran concernant l'interdiction de l'alcool qu'on étire et qu'on adapte à l'interdiction de la drogue ; par analogie.
- 
- 
- b. **L'Ijmâ** ou le **consensus des savants** (lorsqu'on ne trouve pas de situation d'analogie dans le Coran ou dans la Sunna). Ils vont s'appuyer sur un

dire du prophète qu'on trouve dans la Sunna : « ma communauté ne peut pas se mettre d'accord sur une erreur. » ; on reste donc totalement en lien avec les règles de Dieu. Elles font donc totalement partie des règles de droit islamiques.

L'interprétation a donc été abolie à la fin du 9<sup>e</sup> siècle, c'est donc pourquoi à partir du 10<sup>e</sup> siècle, le droit islamique a évolué extrêmement lentement.

Il n'existe pas dans l'islam une autorité qui dit : « celui-là est le bon islam ». (personne peut dire à tout les croyants quoi faire)

Lorsque ces règles sont acceptées, elles ont la même force de loi que le coran ou la sunna. Il n'y a pas de hiérarchie des normes. Elles sont donc revêtues du statut de l'infailibilité (on ne peut donc pas se tromper et elles sont obligatoires).

Est-ce que les principes sont écrits ? : oui, dans des ouvrages de *Fiqh*

On peut apparenter le Fiqh à la doctrine, mais pour nous, la doctrine n'est pas une source directe de droit, tandis que le Fiqh oui.

- *B) Caractères du droit islamique*

- 

- 1. Un droit religieux : l'Islam, religion de la loi.
- 2. Un droit à vocation universelle : un Dieu, une communauté, un droit.
- 3. Un droit à caractère personnel : ni jus solis, ni jus sanguinis, la foi comme critère d'applicabilité du droit :

- 
- 
- **1.** Un droit religieux : L'islam, religion de la loi :
  - Dieu ne s'est pas fait connaître en personne (interdiction de la représentation de Dieu et de son messenger (Prophète)), ce qu'il a fait connaître c'est sa volonté et cette volonté s'exprime par le droit islamique, par la Sharî'a. On ne peut pas séparer la religion du droit.
  - La science fondamentale de l'islam est le droit, parce que cela exprime la volonté de dieu. Ce droit à une dimension eschatologique (relatif à la fin du monde); puisque le respect de ce droit nous ouvre les portes du paradis.

\*\*\* aujourd'hui, le droit islamique est seulement consacré au droit de la famille et au statut personnel

La définition de la *Sharî'a* c'est du droit au sens large, ça ne comprend pas uniquement des dispositions juridiques.

**Principe de la nécessité :** Si le fait de respecter l'islam vous met en contradiction avec la loi du pays et que vous risquez des conséquences, alors vous laissez la loi Islamique et vous vous confirmez à la Loi de l'état d'accueil.

- **2.** Un droit à vocation universelle (à finalité universelle, un Dieu, une communauté, un droit :
  - Cette religion à vocation à s'étendre au

monde entier, donc son droit aussi. C'est une religion prosélyte.

### **Pourquoi le droit Islamique a vocation universelle, pourquoi il peut s'étendre au monde entier? : 3 éléments :**

- Le droit fait intégralement partie de la *Sharî'a*, il est inséparable de la religion, on ne peut y renoncer. La volonté de Dieu s'exprime à travers le droit.
- Cette religion est prosélyte, elle cherche à faire des adeptes : Pourquoi ? parce que cette religion, comme la religion chrétienne, affirme détenir la vérité. On dit du prophète qu'il est le sceau de la prophétie, parce qu'il est la dernière volonté de Dieu.
- Elle est strictement monothéiste ; un Dieu. C'est la *Umma* islamique. C'est un dieu, une communauté, un droit : La *Sharî'a*.
- 
- **3.** . Un droit à caractère personnel : *ni jus solis* (droit du sol), *ni jus sanguinis* (droit du sang), la foi comme critère d'applicabilité du droit :
  - C'est un droit qui suit la personnalité du croyant et qu'en principe, le croyant, ou qu'il se trouve est en principe obligé de respecter la *Sharî'A* ; sauf pour le principe de la nécessité (si la loi islamique est contre les lois du pays )
  - Le lien de rattachement, ce n'est pas le droit du sang, ni le droit du sol (ex on vit au Canada, on doit respecter le droit du

Canada), c'est le droit de la religion.

Fondements du droit – L'héritage romain y-09-15  
23:26

Droit de tradition civiliste = droits romaniste ;  
notre droit nous vient directement du droit romain.

(chronologie p.29)  
(lexique p.42)

Les romains nous ont donné comme héritage le  
droit romain. Le droit n'a jamais été aussi  
sophistiqué que celui-ci.

Le droit romain = premier droit qui va créer et  
inventé la théorisation, la science du droit ; qui va  
faire du droit une discipline à part entière.

### Introduction POUR NOUS

Ce que les droits de traditions civilistes doivent au  
droit romain :

1. Définition de ce qu'il faut entendre par  
«droits de tradition civiliste» :
  - i. On parle d'un système juridique  
(ensemble de règles de droit, de  
mécanismes de création du droit,  
des mécanismes  
d'interprétation...); d'une famille...  
\*\*
  
2. Pourquoi le droit romain le droit romain  
s'est-il démarqué de tous les autres

systemes juridiques?:

- i. Parce qu'on fait de ce droit une science du droit
- ii. Et parce qu'on fait codifié ce droit

## **MATIÈRE DU COURS :**

I. Origines et premiers développement du droit civil :

### **1.1 : Le «droit civil» romain : éléments de définition;**

- C'est une branche du droit privé (interactions de personne à personne) – **aujourd'hui**
- Il renvoi à l'ensemble des règles de droit qui s'applique aux citoyens romains. – **sens originaire (sens romain)**
- 

Le droit civil, au sens romain du terme, renvoi au règles de droit privé ? Vrai ou faux ?

- FAUX : le droit civil romain est le droit des citoyens qui regroupe tout le droit de la cité romaine. L'essentiel de ce droit repose sur le droit public. (sur 800 lois = juste 24 de droit privé) Par ailleurs, ce droit civil est le droit des citoyens, il est réservé aux citoyens romains, parce que c'est un droit tellement sophistiqué que c'est un privilège de relever de ce droit et donc seulement les citoyens romains peuvent bénéficier de ce privilège.

### **1.2 Un droit qui s'affranchit du religieux : le jus (droit) des juristes versus le fas des pontifes;**

•

- *Jus* = Droit laïc d'origine humaine.
- 
- *Fas* = droit constitué de règles d'origine religieuse conformes à la volonté des dieux, maîtrisé par les prêtres qu'on appelle les pontifes, droit purement oral et coutumier. Droit purement oral, qui est maîtrisé uniquement par les pontifes . Il est formalisme, et est enfermé dans des formules, des mots et des gestes extrêmement précis. Si vous faites une erreur par rapport à la formalité, vous perdez. Les citoyens ne pouvaient pas bien connaître ce droit, car il n'était totalement oral. On ne pouvait pas aller en justice n'importe quel jour, il y avait un calendrier juridique avec des jours fastes (conforme à la volonté de dieu) et néfastes (pas conformes à la volonté de dieu). Il n'y avait pas d'action, pas de procédures, pas de droit...
- 
- Pontifes : prêtres « celui qui ouvre la voie vers les dieux »
- 
- Patricien : familles riches et puissantes et propriétaires de grands domaines ruraux (noblesse romaine)
- 
- Plèbe = plébéiens = peuple. (si on dit de quelqu'un mais quel plébéien celui-là = aucune manière, aucune allure)
- 
- Magistrat : personne ayant en charge une fonction publique (pas un juge)
- 
- Consuls : magistrat ayant le rang le plus élevé, dirige la cité.

- 
- Prêteur : magistrat au sens de fonctionnaire chargé de l'administration de la justice (pas un juge) rôle : C'est celui qui autorise les justiciable à aller en justice.
- 1ere étape fondamentale qui va permettre au droit romain d'évoluer : ils vont séparer le droit de la religion et ils vont faire du droit, une création purement humaine (*jus*).; on va donc pouvoir le modifier beaucoup plus facilement. Donc à la place du *fas*, on va retrouver le *jus*.

### **1.3; Un droit mis par écrit : La loi des XII Tables (451-450 av. JC)**

- 2<sup>e</sup> étape : On va mettre le droit par écrit pour pouvoir en fixer le contenu et que tout le monde sache ce droit .

La première loi qui va être mise par écrit par les hommes est les « *XII Tables* » Le droit va donc être mis par écrit dans cette Loi. Pourquoi XII Tables ? : parce qu'à l'époque, on gravait les articles de la loi dans des tables de pierres et sont rendues publique parce qu'on affiche ces tables de pierres sur la voie publique. Donc on rend le droit accessible, connaissable à tous.

- - C'Est les plébéiens qui vont demander que le droit soit mis par écrit et on va accepter leur demande, parce qu'on a besoin du peuple, on ne peut pas faire sans lui, donc on n'a pas le choix d'accéder à ses demandes.

- C'est un droit extrêmement formalisme, c'est un droit très procédurales. Les formes sont extrêmement importante et si on ne respecte pas ces formes, on va perdre ; on ne pourra pas conclure valablement un acte juridique.
- Il va donc y avoir une pression du peuple pour mettre le droit par écrit. On va parler d'action de la loi et celle-ci va établir le calendrier judiciaire. On va énoncer toutes les actions de la loi mises à la disposition des justiciables. On va fixer le contenu. Ce droit va être affiché dans les places publiques. Lorsque les actions sont prévues dans la loi, elles s'imposent au magistrat. Il est obligé de délivrer l'action au justiciable si elle s'applique. C'est donc un droit procédural. Alors le droit est protégé que s'il existe une procédure.
- C'est là qu'apparaît le principe de l'égalité devant la loi.
- **En résumé ;**
- *Fixer le contenu*
- *La loi s'impose à tous*
- *Égalité de tous devant la loi*

**Le magistrat à Rome, au début du développement du droit, est un juge? FAUX :** un magistrat à Rome c'est une personne en charge d'une fonction publique, il participe à la vie de la cité . Ce n'est pas un juge, parce qu'à cette époque là il n'existe pas de juge professionnel et il

n'Existe pas même de cour ou de tribunaux.

### **Expliquer quelle est l'Apport de la lois des XII Tables en faveur du citoyens romain? :**

Distinguer un double apport ; un apport juridique et un apport politique. Apport juridique : c'est le fait qu'avec la loi des XII tables, on met le droit par écrit pour la première fois à Rome, alors que jusque là on avait un droit très formaliste, enfermé dans des règles de forme très précises, paroles, gestes, avec un nombres de procédures et d'actions très limités qu'il fallait identifier très précisément pour pouvoir aller en justice. Tant que ce droit était oral et que le contenu de ce droit n'était pas fixé, les citoyens ne connaissaient pas leur droit, donc il y avait une grande part d'arbitraire dans l'administration du droit. Avec la mise par écrit du droit, désormais on connaît le contenu du droit, on sait les actions disponibles, les formules et les mots à prononcer, on sait quand aller en justice (calendrier) donc tout le monde peut connaître le contenu du droit, tout le monde est égal. L'action est prévu par la loi et elle s'impose au prêteur, donc le prêteur ne peut pas refuser une action en justice si l'action est prévue par la loi. La loi est donc rendue accessible à tous parce qu'il est afficher sur la place publique ; donc affirmation de l'égalité de tous devant la Loi.

Apport politique majeur : voir plus bas pour comprendre ce qu'est l'apport politique majeur des Lois des XII Tables.

### **1.4 : Un droit qui «descend dans la rue» : le vote populaire des lois;**

Avec la loi des XII Tables, il va y avoir un **apport politique majeur**. Pour la première fois, le peuple va participer à l'élaboration du droit en votant pour les lois. Le peuple est celui qui l'a réclamé, c'est lui

qui l'a demandé. Le peuple veut participer au droit auquel il est soumis.

### **En résumé, le droit change ;**

droit laïque

mettre le droit par écrit

voter pour les lois.

Étapes d'adoption des lois:

1<sup>ère</sup> étape : élaboration d'un projet de loi qui peut émaner des magistrats ou du peuple. (initié par les consuls, prêtres, peuple, par l'intermédiaire du tribun (représentant du peuple)).

2<sup>e</sup> étape : Adoption du projet de loi par le Sénat (soit tel quel, soit refus, soit acceptation avec amendement)

3<sup>e</sup> étape : si adopté par le sénat : Vote de la loi par les comices (assemblées populaires)

4<sup>e</sup> étape : Afficher de la loi au Forum.

Droit totalement créé par les hommes, totalement laïc, totalement d'origine humaine.

Loi = fondamentale parce que tout ce droit, on le connaît et le peuple participe à son élaboration.

**Est-ce que ce droit civil au sens romain du terme est le seul droit qui s'applique à Rome**

? Non : parce que l'essentiel de ce droit est du droit public et que donc la majorité des règles de droit privé sont des règles coutumières.

**1.5. Un droit encore essentiellement coutumier : la part limitée de la loi dans la production du droit.**

Tout le droit ne va pas être mis dans la loi de façon écrite, car la procédure d'élaboration de la loi est très dure et complexe. C'est un acte grave, lourd et ça prend énormément de temps.

Rome va donc se trouver devant des vides juridiques, alors il va se tourner vers le droit qui existait déjà ; le droit coutumier. Les règles de

droit privées relèvent presque toutes de la coutume. L'essentiel du droit privé à Rome va être un droit coutumier. Le droit public organise le pouvoir. Il y a eu 800 lois qui vont être votées en dedans de 4 siècles. Dans ces lois, 24 restent du droit privé, tout le reste est du droit public.

Ce droit coutumier relève seulement des romains et il est réservé à ceux-ci, donc ça l'exclut tous ceux qui ne sont pas romains. Il ne peut s'appliquer aux barbares (gens pas romains).

Les mots « droit civil » renvoient au droit des citoyens. Les romains croient que les barbares ne sont pas dignes de relever de ce droit romain.

**Pour le droit romain, le lien de rattachement est la citoyenneté.**

(Q : la coutume est une source de droit, car le droit privé relève de la coutume. Ce droit civil romain ne renvoi pas à la branche de droit privé, mais il renvoi au droit des citoyens, qui est du droit coutumier.)

Le droit civil ne renvoi pas à la branche privé du droit seulement, il inclut aussi le droit public.

À Rome : Pluralisme juridique : On a pas qu'une seule source de droit, on n'a pas qu'un seul droit. (le droit issu de la loi et le droit coutumier)

On 2 catégories de droit coutumiers : notre droit coutumier romain (*fas*) et le droit coutumier des étrangers qui vont entrer dans la cité, qui vont entrer en relation avec les romains. Ces étrangers vont relevé de leur propre droit coutumier.

Le droit romain est un droit à caractère personnel.

Q : Le droit civil romain est le seul droit qui s'applique à Rome ?

FAUX :

- 1<sup>er</sup> élément : parce que ce droit civil romain c'est le droit des citoyens, **principe de la personnalité du droit**, ce droit ne s'applique qu'aux citoyens parce que c'est un privilège que de relever de ce droit et par ailleurs, ce droit civil romain concerne, pour l'essentiel, des règles de droit public. Donc, y compris pour les romains citoyens, on va retrouver du droit coutumier.
- 2<sup>e</sup> élément : Parce que c'est un privilège de relever de ce droit, les non-citoyens romain n'en relèvent pas et eux relèvent de leur propre droit coutumier. Donc oui, le droit civil romain est le droit qui a le plus d'autorité, oui c'est l'idéal du droit, mais ce n'est pas le seul droit qui s'applique à Rome.

Q 2 : La coutume n'est pas une source de droit à Rome? : FAUX

- 1<sup>er</sup> élément : L'essentiel du droit civil est constitué des règles de droit public, donc pour tout ce qui touche le droit privé, on applique aux romains la coutume.
- 2<sup>e</sup> élément : Le droit civil romain étant un droit des citoyens, droit à caractère personnel qui s'applique aux citoyens uniquement, tous les non-citoyens continuent de relever de leur droit, qui est le droit coutumier.

Le droit coutumier reste totalement une source de droit à Rome.

## **II . Le passage d'un droit procédural reposant sur les «actions» à un droit conceptualisé fondé sur des «règles» et des concepts juridiques**

2.1 Actions de la loi et actions prétoriennees : des autorisations d'aller en justice strictement encadrées :

a) L'action précède le droit : l'absence de droits subjectifs en tant que tels :

- S'il n'y a pas d'action, alors il n'y a pas de droit :
  - droit procéduraux – ce qui existe c'est des autorisations d'aller en justice, des procédures (action) ; C'est pas parce qu'on a subi un dommage qu'on a le droit d'aller en justice....on a le droit d'aller en justice que s'il y a une procédure prévue (action) d'aller en justice. Donc, en droit romain, l'action précède et existe avant le droit.
- Les actions existent en nombre très limité.

b) Une justice sans professionnel du droit :

- le juge, un simple particulier;
- la «sentencia» du juge : une décision rendue en équité

Le droit doit toujours être en phase avec sa société, un droit qui n'est pas capable d'évoluer avec sa société est un droit qui est destiné à mourir. On doit donc faire évoluer le droit avec la société.

Il faut faire évoluer le droit, il faut créer de nouvelles actions et rapidement pour que le droit soit adapté avec la société. DONC :

Celui qu'on va charger pour faire évoluer ce droit c'est celui qui est au cœur des procès, celui qui délivre les actions : le prêteur

Dans le droit romain, c'est le prêteur qui va créer les nouvelles actions : actions prétorienne.

C'est une action créée par le prêteur (elles ne se retrouvent pas dans la loi) au moyen d'une formule (petit texte dans lequel le prêteur va créer sa

nouvelle actions) c'est donc pour cela qu'on parle de procédure formulaire.

Cette formule comporte les informations suivantes :

- Résumé des faits de l'espèce;
- Identification de l'action prétorienne;
- Désignation du juge; (pas un juge professionnel; il juge en équité et non en droit; c'est une simple personne privée)
- Instructions données au juge pour mettre en œuvre la nouvelle action (quelles preuves aller chercher, comment interpréter les preuves, quelles solutions donner aux victimes ect)
  - = PROCÉDURES FORMULAIRES.

Le prêteur rentre donc dans le procès, puisqu'il dit au juge quoi faire.

Les formules vont être mises par écrit dans : **l'Édit du prêteur** (programme du prêteur – ce programme est affiché)

- Au début du mandat du prêteur, il va montrer son programme, ça s'appelle « L'édit du prêteur ». Il va être tenu de respecter son programme, donc il ne peut pas refuser d'adopter une action qu'il avait prévu d'adopter. (Son édit s'impose à lui)

Lorsque de nouveaux prêteurs sont élus, il ne sont pas obligé de reprendre les actions prétoriennes des anciens prêteur, mais ils vont le faire quand même, parce que plus ils ont d'actions à leur dispositions, plus ils sont capable de maintenir l'ordre publique et plus ils ont d'actions, plus ils ont de pouvoir dans la société, plus ils interviennent.

DIFFÉRENCES ENTRE ACTIONS DE LA LOI ET

## ACTIONS PRÉTORIENNES

### **Action de la loi :**

- Elle est prévue par la loi, ce n'est pas le prêteur qui l'invente
- Cette action est imposé au prêteur (si l'action existe, le prêteur est dans l'obligation de donner l'autorisation pour aller en justice)
- Il nomme le juge (pas un juge professionnel; il juge en équité et non en droit; c'est une simple personne privée)
- Après avoir nommé le juge, son rôle s'arrête là
- Accessibles à tous (égalité de tous devant la loi)

### **Action prétorienne :**

- C'est le prêteur qui l'invente, il est l'initiateur.
- Elles ne sont pas dans la loi, elles sont dans l'édit du prêteur
- Il entre un peu plus dans la procédure, parce qu'il donne les instructions au juge (il acquiert beaucoup plus de pouvoirs que dans l'action de la Loi.)
- Accessibles à tous (égalité de tous devant la loi)

Le prêteur délivre les deux types d'actions.

Dans les deux cas :

- droit écrit et rendu public ; accessible à tous (égalité devant la loi)
- le prêteur nomme un juge
- Le juge = personne privé, un simple citoyen (pas un juge professionnel)
- Le juge va juger en équité

Au début du mandat du prêteur, il va montrer son

programme, ça s'appelle « L'édit du prêteur ». Il va être tenu de respecter son programme, donc il ne peut pas refuser d'adopter une action qu'il avait prévu d'adopter.

**Les actions de la loi et les actions prétorienne ne se contredisent pas.**

Il y a donc des caractéristiques communes entre les actions prétoiriennes et les writs. **Le prêteur met l'action sur les rails, comme le chancelier**. On ne peut plus changer d'action ou revenir en arrière, sauf que le juge n'est toujours pas un professionnel du droit et il n'y a toujours pas de jury.

**\*\*\* EXEMPLE DE QUESTION TRANSVERSALE : (FINAL)**

Comparer les actions de la loi, les actions prétoiriennes aux writs de common law :

1- Définir le writs, avec différentes caractéristiques , puis ensuite prendre les actions de la loi et ensuite les actions prétoiriennes et déterminer les différences.

Ce droit de common law comme le droit romain est un droit strictement procédural. Il n'existe pas de droit substantiel, de droit subjectif en tant que tel. On n'a pas forcément le droit d'aller en justice, on n'a pas forcément le droit de demander réparation si on a subit un préjudice. Il n'y a de droit que s'il y a un writ prévu à cet effet ; le writ en common law est l'équivalent de l'action en droit romain.

Dans les deux cas, on doit aller demander cette action à une autorité : le prêteur en droit romain (autant pour les actions de la loi que pour les actions prétoiriennes) et le chancelier en common

law. De plus, dans les deux cas, ni le chancelier ni le prêteur jugera, l'affaire se noue devant eux, mais ni l'un ni l'autre ne juge.

#### Ce qui va distinguer les actions de la loi du writs :

- Action de la loi : dès que le prêteur a nommé le juge et a délivré l'Action, son action s'Arrête là.
- Writ : le chancelier , même après avoir nommé le juge, le chancelier ; il va donner des instructions au juge sur la manière de juger. (comme dans les actions prétorienne)

En ce sens, l'action prétorienne ressemble beaucoup plus au writ, puisque dans les deux cas, on a un prêteur et un chancelier qui rentre dans le procès, qui donne des instructions.

#### Ce qui va distinguer l'action prétorienne du writs :

- C'est que dans le writs, notre juge, c'est un juge professionnel, c'est un juge de common law (ce n'est pas un simple citoyen prit au hasard comme pour les actions de la loi et les actions prétorienne).
- Par ailleurs, en common law dans les writs ; ce n'est pas le juge qui tranche, il fait appel à un jury, il ne tranche pas l'affaire. Le jury n'existe pas en droit romain, en droit romain; c'est le juge qui va trancher l'affaire (en équité).

La science du droit va se développer sur près de 4 siècles: ce qui va permettre de créer des règles de droit générales, abstraites et impersonnelles

## 2.2 : La *Jurisprudence* ou la naissance d'une véritable science du droit

a) L'apparition de la «*regula*», la règle de droit générale, abstraite et impersonnelle.

- 146 avant JC
- On dit que les être humains (les citoyens) devraient avoir des droit en tant qu'être humain.
- Règle de droit qui existe en dehors du conflit, avant le conflit .
- Élaborées, rédigées et pensées par les jurisprudents
- Règle de droit qui s'applique à tous.

Les premiers spécialistes du droit : les jurisprudents et la science du droit qu'ils vont faire naître c'est la jurisprudence.

Jurisprudence : réfléchir sur le droit avec prudence. À ce moment là, c'est la connaissance du droit. (ca pourrait ressembler à la doctrine d'aujourd'hui) ; la jurisprudence d'aujourd'hui ne pouvait pas exister dans ce temps, car il n'avait pas de tribunaux (donc impossible de faire un recueil de décisions rendues par les tribunaux)

Le *jurisprudent/jurisconsulte* est celui qui réfléchit avec prudence, réflexion sur le droit. Ce sont la première figure de spécialistes du droit.

Grâce à cette réflexion sur la justice, on va créer les règles de droit générale, abstraite et imprecise ; règle de droit qui est la même pour tous, qui s'applique à tous et surtout qui existe en dehors du contexte, avant le procès.

Suite à ça, on va voir apparaitre des écoles de justice.

Il va même y avoir des débats juridiques qui feront

évoluer le droit.

En ayant des règles de droit générales ; on va demander au juge de motiver sa décision en faits et en droit, puisque maintenant nous avons des règles de droit . (Motivation de droit de la décision)

Puis suite à cela, il y a eu la naissance des écoles de droit à Rome où on va former des juges professionnels qui deviennent donc des fonctionnaires de justice.

Avec la motivation en droit ; on va passer d'un un raisonnement inductif à un raisonnement déductif.

Au début = représentation seule, mais éventuellement, avec l'évolution, le prêteur va être amené à disparaître (petit à petit ils vont perdre des fonctions) et les avocats apparaîtront.

b)Le passage du raisonnement juridique inductif (du particulier au général) au raisonnement juridique déductif (du général au particulier).

Pas de solution qui existe, parce que pas de règles de droit générale .. donc on part du cas particulier (de la cause) et on va en déduire la solution juridique. (raisonnement inductif) – encore le raisonnement qu'on a en common law lorsqu'il n'existe pas de règle de droit ou de précédent. La solution n'existe pas ; donc on va tirer la solution du cas particulier.

Avec la règle de droit générale abstraite et impersonnelle, qui existe en dehors du cas d'espèce, en dehors du procès, on passe du général (on applique la règle de droit ou le précédent) et on va vers le particulier (raisonnement déductif). – la solution existe déjà et on va l'appliquer au cas.

On appellera donc le droit romain un droit savant :

- Droit écrit
- Droit enseigné
- Droit théorisé ( qui naît en dehors de la

pratique et du procès)

La jurisprudence à Rome est une source indirecte de droit qui va alimenter le droit et qui est extrêmement importante et c'est ce qui permettra de dire qu'on a transformé le droit en art.

Le droit devient une discipline à part entière avec ses spécialistes et avec son vocabulaire.

C) La naissance de la figure du juriste professionnel

- Les jurisconsultes / jurisprudents

Exemple question transversale :

La jurisprudence comme source de droit ? :

- la jurisprudence source de droit à Rome
- la jurisprudence source de droit en common law
- la jurisprudence source de droit à l'époque révolutionnaire française
- la jurisprudence source de droit dans le code civil français

dans ce cas, jurisprudence (surtout s'il n'est pas écrit dans quel sens le prendre) = définition dans les 2 sens , donc impératif de donner définition du mot jurisprudence.

### **III. La première codification du droit : les compilations de Justinien, un droit pour la postérité (533-534 de notre ère)**

La codification est une invention des romains.

#### **3.1 La codification : une technique de compilation, de classification et d'harmonisation du droit**

- La tradition de la codification du droit nous vient directement des romains, c'est un de leurs héritages. Le code est un livre auquel on va mettre toutes les règles de droit et va

arriver vers la fin du 3<sup>ème</sup> siècle. Au début, il ne renvoi pas du tout au droit, mais plutôt à un nouveau support de l'écrit. Les juristes vont trouver que ça serait efficace de mettre les règles de droit dans un code (plutôt que dans des rouleaux partout, très difficile manuellement à manier). Les juristes vont commencer à mettre par écrit dans des codes de leur propre gré. L'Empereur sous le Bas-Empire va se rendre compte de l'apport de cette technique, le fait que ça soit beaucoup plus à leur disposition. En 438, *Théodose II* ordonne la codification du droit, en le thématissant. Dans chaque thème, on va rassembler les règles de droit.

- ***La codification la plus fondamentale, c'est celle de l'Empereur Justinien.***

Ce code est l'origine du Code civil Québécois.

Thématisation : Droit des biens, droit des personnes et droit de la responsabilité

- 534-535 : Compilation justiniennes ou Code justinien (empereur justinien règne de 527-565)
- Code justinien : se compose de 4 éléments

**Le code proprement dit (12 livres) ;**  
ensemble des règles de droit qui ont été édictés par l'empereur – règles qui sont désormais abstraites et impersonnelles

- **Le Digeste (50 livres)** – renvoi à l'ensemble de la réflexion des juristes qui va être mis dans des livres – donc, c'est l'ensemble de la jurisprudence au sens romain du terme (doctrine).

- **Les Institutes (4 livres)** - des manuels destinés à la formation des juristes professionnels
- **Les Nouvelles** - C'est les nouvelles règles de droit créées par l'empereur qui viennent se rajouter au code
- Apports de la codification au droit :
  - Mise par écrit du droit
  - Compilation de l'ensemble des règles de droit dans un même livre.
  - Fixation du contenu de la règle;
  - Harmonisation du droit;
  - Thématization des règles de droit (divisions du droit en trois grands thèmes : **droit des personnes, droit des biens et droit de la responsabilité**);
  - Simplification du droit;
  - Accessibilité plus grande du droit
- Conséquence : un droit beaucoup plus effectif et efficace.

La tradition française y-09-15 23:26

## **1. Le droit du Moyen-Âge : un pluralisme juridique pour une société plurielle**

**a) Un pluralisme juridique à fondement ethnique : l'appartenance au groupe comme critère d'applicabilité du droit : - principe de la personnalité juridique**

- I. La persistance du droit romain;
- II. Le développement du droit canon;
- III. L'essor des coutumes barbares

Un seul roi, différents peuples sous la Gaule.

Le principe de droit qui fonctionne à cette époque est **le principe de la personnalité du droit**. Le droit suit la personne du justiciable. Le lien de rattachement est l'ethnie sous Clovis. C'est pour ça qu'on parle de **pluralisme juridique à fondement ethnique**. C'est le « jus sanguini » (droit par le sang). Les romains vont relever du droit romain, et tous les autres peuples vont relever de leur droit coutumier.

- **1. Principe de la personnalité du droit**
  - *Pluralisme juridique à fondement ethnique*
- **2. Droit par le sang « jus sanguini ».**
  - *Le droit suit la personne du justiciable.*

## **I. La persistance du droit romain ;**

- On va garder dans le paysage juridique, le droit romain. Les juristes qui connaissent le droit comme nul autre, ne vont plus exister. Il n'y a plus de formation des juristes. Le droit romain va devoir être simplifié car les juristes barbares ne sauront pas quoi en faire. Il va y avoir des résumés du droit romain, les « *bréviaires* ». Petit à petit, on va perdre le droit romain parce que les juristes barbares ne peuvent l'appliquer tel quel, et en le simplifiant, on l'appauvrie.
- - *On va devoir simplifier le droit romain, car on ne forme plus de juristes maintenant ;*
    - « *bréviaires* » = résumés de droit
    - *En simplifiant le droit, on l'appauvrie,*

*donc perte du droit romain, car on ne sait comment l'appliquer tel quel.*

## **II. Le développement du droit canon ;**

- C'est le droit de l'Église chrétienne catholique, ce sont des règles de droit qui viennent du Pape, les « *decreta* », et sont aussi issues des « *conciles* », des assemblées d'évêques. Ces conciles se réunissent pour établir des règles de droit, les canons. Donc **il y a les règles du Pape et les canons des conciles.** Leur champ d'action est l'organisation de l'Église, et par après, les domaines du droit qui vont intéresser les fidèles. **Pour tout ce qui concerne la religion, les sujets de Clovis relèvent du droit canonique.** Il concerne le dogme de l'église.
  - *Le droit de l'Église chrétienne catholique = le droit canon*
  - *Son champ d'action ;*
    - *L'organisation de l'Église*
    - *Les domaines qui vont intéresser les fidèles*
  - *Tous les sujets de Clovis relèvent du droit canon*

## **III. L'essor des coutumes barbares.**

- **Chaque tribu relève de son propre droit coutumier.** Vers la fin du 5<sup>ème</sup> siècle et le début du 6<sup>ème</sup> siècle, les rois vont demander la mise par écrit des coutumes. C'est un droit de pratique qui naît de la pratique, au cas par cas. **On va avoir différents droits**

## **coutumiers écrits sous le royaume de Clovis.**

- 
- **La loi salique** : on la connaît au niveau de la monarchie française (reine ne pouvant régner). Les francs étaient divisés en deux groupes et Clovis relevait des francs saliens. C'est une loi qui réunit plusieurs droits, mais essentiellement le droit criminel. On va trouver que le système de vengeance est trop brutal (famille répond du crime, donc toute la famille est considérée victime). La vengeance était très réglementée et s'appliquait seulement aux hommes jeunes. C'est un droit coutumier parmi d'autre.
- 
- **La composition pécuniaire** : tarifier les infractions, pour chaque infractions commises, on va payer une amende. On va tarifier de façon précise pour éviter qu'au moment où ils se consultait, qu'il n'y ait de querelle ou de conflits violents qui commencent.

Société plurielle (gouvernée par le roi clovis)

Les droits applicables sont :

Le droit romain

Le droit canonique

Les coutumes barbares.

Droit canonique : Droit religieux, droit de l'église chrétienne, droit qui va s'imposer au moyen age à tout les crétiens , droit qui relève aussi du principe de la personnalité de loi, mais à la base; il faut être chrétien.

Droit coutumier : il n'y a pas qu'un seul droit coutumier et ces droits sont tous oraux, non théorisés, non enseignés, qui est seulement une pratique.

Les rois barbares vont ordonner la mise par écrit des coutumes (on va fixer le contenu)

b) Un pluralisme juridique à fondement spatial : l'attache territoriale comme critère d'applicabilité du droit :

- I. Un idéal éphémère : l'unité d'une religion, l'unité d'un peuple, l'unité d'un droit :

- i. La religion chrétienne comme facteur d'unification : une foi, un roi, un peuple;

- La religion chrétienne va jouer un très grand rôle dans l'unification du droit.

- **Il y a deux niveaux ;**

- **L'institution monarchique va changer d'essence.** En 751, on va avoir un rite (Onxion), le roi va se faire sacrer par l'église (répandre quelques gouttes d'huile sainte, donc cette personne ou ce lieu va se consacrer à Dieu). Dynastie carolingienne. Ils deviennent charismatique, reçoit un don de dieu et peuvent faire des miracles. Le pouvoir royal va se renforcer par le biais du sacre et devient extrêmement difficile à contester. On parle d'une théocratie, un pouvoir qui vient de Dieu. Le Roi est roi par la grâce de Dieu.

- **Le roi va gouverner en étroite collaboration avec l'Église.** Leur but est d'unifier la population. Identité politique (française) et

identité religieuse (christianisme). Le mariage va tomber dans le champ de compétence du droit canonique, pour unifier les populations, pour que celles-ci se mélangent, mariages multi-ethniques. Il faut contraindre les populations à se mélanger, donc l'église va récupérer le mariage qui devient le sacrement. Elle va donc créer un nouveau crime ; l'inceste (le fait de ne pas avoir une relation sexuelle à l'intérieur d'un groupe familial). On ne pouvait se marier entre membre d'une même famille si on était pas trop proche. L'Église va élargir la notion d'inceste pour forcer les gens à se marier avec des gens en dehors de la famille (groupe). On favorise les mariages exogamiques (franc avec romaine, etc...).

- 
- *Sous Charlemagne et son fils Louis le Pieux, on a une population qui est unie, et qui va relever d'un droit qui s'applique de manière uniforme. Va relever un droit à fondement territorial, droit du sol. Le droit pluralisme va s'appliquer de la même façon à tous les sujets.*
- 
- **Le pluralisme juridique à fondement territorial** implique qu'il y a un que le droit s'applique sur ce territoire, que c'est un droit de sol. Il y a aussi les droits coutumiers, la loi salique et le droit capitulaire qui s'applique.

- **Question ?**
- **Le pluralisme juridique à fondement ethnique** implique qu'il y a un seul droit sur le territoire ?
  - S'applique aux personnes par rapport à leur ethnie, donc droit personnel.

○ ii. Un même droit pour tous : la législations capitulaire du roi.

- **Le pluralisme juridique à fondement territorial**
- **implique qu'il y a un seul droit sur le territoire ?**
- faux. (coutumier, salique et capitulaire)
- 
- C'est plus possible d'avoir un droit ethnique différent. Ça va devenir un droit du sol. Il n'y a plus de principe de la personnalité du droit.
- 
- **Première source de droit** ; la coutume régit le droit privé, on va appliquer un droit coutumier à tous ; **la loi salique.** Ça va devenir le seul droit coutumier qui va s'appliquer sur tout le royaume de France.
- 
- **Deuxième source de droit** ; le droit canonique s'applique à tous de la même manière, car on s'est converti au catholicisme. Régit tout ce qui concerne l'Église et le sacrement.
- 
- **Troisième source de droit** : le droit

directement produit par le roi ; les décrets capitulaires ou le droit capitulaire. Il s'applique de la même façon à tous les sujets du droit. Il légifère sur le bonne tenue du royaume, donc **droit public**.

- 
- Il y a donc réduction du droit coutumier, car il n'y en a qu'un maintenant ; la loi salique.

Pour la première fois, on a un roi qui va se dire sacré (Charlemagne)

Le mariage devient l'union sacré, religieuse qui rentre dans le domaine du droit canonique. : en récupérant le mariage, le droit canonique récupère la notion d'inceste.

Fin 18<sup>e</sup> siècle, début 19<sup>e</sup> – Passage du pluralisme juridique à fondement ethnique au pluralisme juridique à fondement spatial, territorial = **droit du sol**.

Raisons à l'origine de cette transformation de l'assise du droit :

- 1. Facteur démographique : Métissage des peuples.
- 2. Facteurs religieux :
  - Conversion du roi au catholicisme (496, baptême de Clovis avec 3000 de ses guerriers)
  - Sacrificialisation de la fonction royale (751, sacre du roi Pépin le Bref) : théocratie royale.
  - Unification religieuse du peuple sous une

seule identité = élargissement de la notion d'inceste et de l'interdit des mariages endogamiques.

- 3. Facteurs politique :
  - Apparition des décrets capitulaires. ( qui vient du roi et qui s'impose à tous de la même façon, sans considération de l'identité ethnique)

#### Pluralisme juridique mais à fondement territorial – droits applicable :

- Droit canonique = organisation de l'église et sacrements; tout le monde relève du droit canonique. Tout ce qui concerne le mariage, l'inceste etc.
- Décrets capitulaires = droit public ( le roi légifère pour tous, mais pour tout ce qui concerne le droit public)
- Loi salique = droit privé (droit coutumier) – donc tout le droit privé va relever de la loi salique, donc du droit coutumier.

Le pluralisme juridique à fondement territorial implique que plusieurs droit s'applique sur le territoire :

VRAI .

Expliquer le pluralisme juridique + détailler les 3 droits. 35 MINUTES ENVIRON

Question à choix multiples :

Le pluralisme

#### II. Un territoire morcelé, un droit éclaté : la naissance de la société féodale et le renforcement du pluralisme juridique :

- i. La multiplication des seigneuries féodales et

le développement des droits coutumiers :  
pouvoirs locaux, droit locaux;

- ii. Un pluralisme juridique fondé sur des lois privées (lex privata) : la notion de privilège des ordres sociaux. (fin du 11<sup>e</sup>, début du 12<sup>e</sup>)

La société féodale :

- Mise en place de la société féodale (milieu du IX<sup>ème</sup> siècle).
  - Fractionnement du territoire en seigneuries (pouvoirs locaux);
  - Multiplications des droits coutumiers locaux
- Contrat de foi et hommage – serment vassalique de fidélité.
- 
- Suzerain = seigneur supérieur.
- 

On est toujours dans du pluralisme juridique a fondement spatial.

**i. La multiplication des seigneuries féodales et le développement des droits coutumiers : pouvoirs locaux, droit locaux ;**

Sur chaque seigneurie, le seigneur est maître et souverain. Les seigneurs les plus puissants, en raison de leur vaste territoires, vont acheter des fidélités en concédant des fiefs. Le roi, en perdant son pouvoir, ne peut maintenant que régner sur son territoire. Chaque seigneurie est devenu un pouvoir politique locaux autonome. Il va y avoir une multiplication des pouvoirs locaux. Les seigneurs, étant maîtres sur leur territoire, vont récupérer les pouvoirs du roi sur leur territoire

(armées, monnaie, chaque seigneur va récupérer le droit de rendre justice sur son territoire).  
Chaque seigneur à ses propres cours, ses propres tribunaux, et donc son propre droit. Il va administrer sa propre justice, et produire son propre droit. On va voir apparaître une multitude **de droits coutumiers locaux** : droit dont le ressort d'application est la seigneurie. Ils sont totalement oraux (recul du droit) qui va être différent d'une seigneurie à une autre. Application extrêmement complexe, parce qu'on ne sait pas, dans une seigneurie à l'autre, quel droit appliquer.

L'instauration de la féodalité a renforcé le pluralisme juridique en France.

Tout ceux qui habitent sur une seigneurie relèvent de ce droit. Il n'y a plus de droit capitulaire, car le roi va avoir un droit coutumier uniquement dorénavant.

- *Les seigneurs sont maîtres sur leur terre ;*
  - Acheter des fidélités en concédant des fiefs
  - *Administre sa propre justice ;*
    - Ses propres cours
    - Son propre droit (coutumier oral)
  - *Multitude de droits coutumiers locaux*
  - *Les sujets qui habitent sur la seigneurie relèvent de ce droit.*

## **ii. Un pluralisme juridique fondé sur les lois privées (*lex privata*) : la notion de privilège des ordres sociaux.**

Trois ordres sociaux dans la société française (ordre ternaire) ; Ils se définissent en fonction du rôle dans la société ;

- le clergé (l'Église)
- la noblesse (veiller à la sécurité de tous, protéger et défendre le royaume)
- La paysannerie (peuple, nourrir tout ce beau monde)

Avec ces ordres sociaux, on va voir apparaître un nouveau droit ; les privilèges (lois privées), qui va faire en sorte qu'on va reconnaître des droits particuliers au clergé et à la noblesse. Les droits sont des **droits collectifs**, vous les avez en fonction de votre appartenance à un groupe. Ces privilèges viennent renforcer le pluralisme juridique de cette époque.

Explosions du pluralisme juridique sur le territoire.

## **2. L'essor des droits « savants » en Europe et leur impact sur la société**

### **a. La redécouverte de l'intégralité des compilations justiniennes ou la renaissance du droit civil ;**

Le droit romain va intégralement revenir en Europe. On va voir réapparaître les universités et on va se mettre à ré-enseigner le droit. Les universités vont analyser le contenu du droit en ayant les compilations justiniennes. Ça va être aussi la renaissance de la science du droit car on va recommencer à réfléchir sur le droit (renouer avec la science et l'enseignement du droit romain). C'est donc de former à nouveau des juristes du droit. Les règles vont rester coutumières, mais les

juristes vont apprendre l'interprétation et la réflexion du droit. C'est donc renouer avec une formation professionnelle des juristes.

Ils vont renouer et étudier le digeste (ensemble de la science du droit et de la jurisprudence).

**On va distinguer deux types de droit** (pourrait être à l'examen) ;

### **le droit savant/romain:**

- le droit romain fait partie du droit savant.  
C'est un droit forcément écrit, mais attention, tous les droits écrits ne sont pas des droits savants.
- C'est un droit qui s'enseigne dans des universités à partir duquel on forme des professionnels du droit.
- C'est un droit sur lequel on réfléchit, on théorise. Il n'est pas casuistique (droit qui naît de la pratique, d'une affaire à l'autre). Permet de développer la règle générale de droit générale abstraite et impersonnelle. C'est un droit qui donne naissance du droit. Pas juste sur la pratique, on le réfléchit.

Droit véritablement ériger en science.

Droit savant = plus sophistiqué, mais pas le seul droit qui s'applique en France.

### **On oppose les droit savant au droit vulgaire :**

### **Le droit dit vulgaire/droits coutumiers locaux :**

- Un droit en principe oral, mais qui peut être

mis par écrit.

- Il n'est pas enseignée, on ne forme pas de professionnels.
- On ne réfléchit et théorise pas. C'est un droit casuistique, qui repose sur la pratique.

**Le droit romain sert à la formation du juriste, à la formation du raisonnement juridique.**

**Vrai ou faux le droit coutumier fait partie de la catégorie des droits savants ? FAUX . ; On explique pourquoi pas un droit savant : pas un droit écrit, pas un droit enseigné qui ne permet donc pas de former des spécialistes du droit, c'est un droit qui n'est pas théorisé, donc à partir duquel on ne développe pas une réflexion et donc c'est un droit qui s'apprend uniquement par la pratique. (donc ici on met en négatif les caractéristique du droit savant).**

**b. Le *jus commune*, un droit commun aux monarchies européennes, mais non un droit unique.**

Commun n'est pas synonyme de unique. Commun = droit qu'on partage, alors que unique = il y en a juste un.

Le ressort de l'application des coutumes est réduit au territoire de la seigneurie. On n'a plus de droit produit par le roi, car la féodalité s'est opposée contre le roi. De plus, le droit romain revient dans le paysage à titre subsidiaire/supplétif. Le droit romain va reprendre le pied dans la vie juridique en France.

Quand nous faisons face à une situation juridique,

on va aller voir dans la coutume. Cependant, en cas de vide juridique et de silence de la coutume, on va aller voir dans le droit romain, c'est pour ça qu'il est supplétif. Par ailleurs, le droit romain va servir à former les juristes.

On parle de jus commune (droit commun/droit romain), car le droit coutumier s'applique de la même manière. Le droit commun ne veut pas dire que le droit romain est le seul droit qui s'applique et qu'il est unique, il y a aussi le droit coutumier et le droit canonique. Le jus commune n'est là qu'à titre supplétif.

**Donc, on indique en premier le droit coutumier et si jamais celui-ci ne permet pas de résoudre le conflit juridique ; alors on va se tourner vers le droit romain pour trouver une solution . Le droit romain est donc là à titre de ressource juridique (si jamais il y a un vide juridique ou une situation juridique qui n'est pas claire...) Il est donc présent à titre supplétif.**

QCM

Droit romain est un droit vulgaire ? faux

Droit romain est un droit théorisé : vrai

Droit romain fait catégorie propre à chaque monarchie : faux

Droit romain est commun à l'ensemble des monarchies : vrai.

Fin 12<sup>e</sup> – début 13<sup>e</sup> : les rois veulent se remettre tout en haut de la pyramide féodale pour pouvoir récupérer le pouvoir et ainsi contrôler le droit.

***B. NAISSANCE DES DROIT NATIONAUX : De l'indépendance politique du royaume de France à l'indépendance juridique du droit français.***

## La reconstruction de l'institution monarchique française par le droit : les lois fondamentales du royaume :

**Les lois du roi** : Ce sont des règles de droit édictées par le roi lui-même. Il peut donc les abroger ou les écarter; il peut les modifier puisqu'il en est à l'origine. Elles ne s'imposent pas au roi, ce sont seulement les lois fondamentales du royaume qui s'imposent au roi.

- **Les lois fondamentales du royaume** : on les oppose aux lois du roi. Lois qui vont organiser l'institution monarchique, qui vont organiser le pouvoir royal, qui vont dire : qui est roi, quand le temps devient roi et qui gouverne. Elles ne peuvent pas être modifiées par le roi. (comme la constitution aujourd'hui). Créées par les juristes ; c'est elle qui vont permettre à l'institution monarchique de retrouver l'intégralité de ses pouvoirs. Ce sont des lois qui sont supérieures au roi, elles n'émanent pas du roi; elles s'imposent au roi. Le roi ne peut pas les écarter, les abroger ou les modifier, elles sont extérieures à lui, car elles visent la reconstruction de la monarchie.

Les lois du roi sont des lois qui s'opposent à lui?  
FAUX. Définir les lois du roi et dire que ce sont les lois fondamentales du royaume qui s'imposent à lui et dire pourquoi ce ne sont pas les lois du roi qui s'imposent à lui.

### PREMIÈRE CATÉGORIE DE CES LOIS FONDAMENTALES :

Retenir juste le contenu de la loi et comment on

reconstruit, par cette loi, le pouvoir monarchique.

- **A) Une royauté stabilisée et unifiée** : les lois fondamentales d'organisation de la succession de la Couronne :
  - **I. Une monarchie héréditaire, l'affirmation du droit d'aînesse dans l'ordre de succession des prétendants à la Couronne.**
    - 1<sup>ère</sup> règle fondamentale : la transmission de la couronne :
      - Jusqu'au 10<sup>ème</sup> siècle, les rois étaient élus par les grands seigneurs.
      - La première faiblesse de l'institution monarchique, est que parce que la couronne était élective, on ne savait pas qui allait devenir roi. Il y avait plusieurs prétendants, alors ils vont se battre. L'empire de Charlemagne s'est croulé en trois divisions du royaume. Plus il s'est divisé, plus le roi a perdu de pouvoirs. Le territoire du roi s'était tellement divisé que celui-ci n'avait plus de terres.
      - **1<sup>ère</sup> loi fondamentale : Le principe de l'hérédité**, on n'a plus besoin de faire élire et sacrer d'avance les bébés. Cette couronne va au premier né des enfants. Ça renforce l'institution monarchique, car nous n'avons plus de conflits entre les prétendants. Le roi meurt, c'est son premier né qui hérite de la couronne. Celui qui hérite la

couronne, hérite de tout le royaume de France (plus de divisions et de partage du territoire).

- Désormais on sait à l'avance qui est l'héritier légitime et s'en est fini des luttes de succession, fini les risques de fractionnement du territoire.

## **II. Le principe de la masculinité ou l'exclusion des femmes et de leur descendance de la succession du trône :**

- 2<sup>e</sup> règle fondamentale : la gestion du domaine royale.
- La question ne s'était jamais posée par rapport au sexe, car on a eu pendant très longtemps des garçons comme premier enfant.
- 
- A l'époque, on veut que la femme mariée perd la personnalité juridique. N'ayant pas la personnalité juridique, son patrimoine va aux mains de son mari. On ne peut pas donner la couronne à une femme, car elle perd la personnalité juridique, donc le royaume irait aux mains d'un roi étranger. C'est absolument impossible.
- 
- On va donc inventer **le principe de la masculinité.** : Les femmes ne peuvent pas hériter de la couronne. La couronne va au premier né mâle. S'il n'y en a pas, la couronne va au frère du roi défunt né immédiatement après lui.
-

- On va affirmer **une deuxième clause** de ce principe de la masculinité. La femme ne peut pas hériter de la couronne, mais **les descendants par les femmes ne peuvent pas hériter de la couronne non plus. L'héritier légitime doit être un homme relié au roi défunt par les hommes.** (important)

À retenir : Principe de la masculinité 2 clauses : 1ere clause : les femmes ne peuvent pas hériter de la couronne. 2<sup>e</sup> clause : les descendants par les femmes ne peuvent pas hériter de la couronne. Ce qui veut dire que l'héritier légitime est un homme relié au roi défunt par les hommes. POURQUOI ? : À cause du droit successoral de l'époque : femme marié n'a pas de personnalité juridique, donc elle n'a pas de patrimoine propre, en se mariant se patrimoine passe intégralement entre les mains de son mari ; hors une fille de roi en principe épouse un fils de roi étranger et donc on ne veut pas que la couronne quitte le royaume de France, quitte la dynastie du royaume.

#### En résumé :

- Les femmes ne peuvent pas hériter de la couronne (pas de personnalité juridique)
- Les descendants mâles des femmes ne peuvent pas hériter de la couronne
- Conclusion ; l'héritier légitime est un mâle relié au roi défunt par les hommes.
- \*\* On va appeler le principe de masculinité : **la loi salique.** On va faussement radicaliser

totallement la loi salique (les juristes fondent le principe de la masculinité sur l'ancienne loi salique qui disait : « en présence d'héritier mâle, la femme ne peut pas hériter de la loi des ancêtres » pour justifier que les femmes soient écartées de la couronne. Le principe est faux, parce qu'au moment où une fille aurait pu avoir la Couronne, il n'y avait plus d'héritier mâle, mais ils ont décidé qu'il ne voulait pas une femme.

Par contre, si l'héritier mâle n'est pas majeur (à l'époque = 25 ans), il faudra attendre sa majorité

- **III. L'affirmation de la continuité du pouvoir monarchique à travers la fonction royale et non à travers la personne du Roi ;**

- Il faut déterminer quand est-ce que l'héritier devient roi ?
- On impose donc le prochain principe, qui est le ***principe de la continuité de la couronne***. Le Roi devenait roi lorsqu'il était majeur et sacré. Tant que ces conditions n'étaient pas remplies, le roi ne pouvait pas gouverner. Alors il y avait un régent (personne qui gouverne en son nom propre lorsqu'il n'y a pas de roi, il n'est pas le roi, ni sacré ; il n'a pas l'autorité ni la légitimité du roi.). Alors les décisions que le régent prend, sont en son nom, et ne sont pas revêtues de l'autorité royale. Elles n'ont pas la portée des décisions royales. Il faut pallier ce problème, car on peut déroger facilement aux décisions du régent. (pouvoir

extrêmement fragilisé).

- On va donc adopter une nouvelle loi fondamentale ; la continuité.  
**Instantanéité de la succession.** Il vient renforcer l'institution monarchie en déclarant que **sitôt que le roi meurt, son successeur devient automatique roi (même s'il est mineur).**  
Instantanéité de la succession. **Mineur ou non sacré.** On va aussi ramener la **majorité royale de 25 ans à 14 ans.**  
**Tant qu'il est mineur et pas sacré, il est roi, mais ne peut exercer ses fonctions.**  
On va donc garder un régent qui va désormais prendre des décisions au nom du roi, des décisions revêtues de l'autorité royale. Plus de lutte de succession.
- Il n'y a donc plus d'interruption du pouvoir monarchique.

\*Avant le principe de l'instantanéité de la succession, le régent pouvait prendre des décisions en son nom propre. Après l'affirmation de ce principe, il gouverne au nom du roi.

**Le principe de l'instantanéité de la succession repose sur une théorie ;**

***La théorie des deux corps du roi :*** le roi a deux corps, physique (son corps à lui), qui est destiné à disparaître. Mais il a un deuxième corps, celui institutionnel qui ne s'étend jamais.

Le tombeau du roi, il va avoir son corps sculpté sur le tombeau (le roi jeune)

Le roi va parler au « nous » pour parler de l'institution qu'il représente.

#### **IV. L'obligation d'appartenance du Roi à la religion catholique. (pas à l'examen)**

### **B.) Une royauté renforcée : les lois fondamentales et la reconstitution de l'assise territoriale de la Couronne**

#### **I. L'affirmation du principe de l'indisponibilité de la Couronne ;**

- Nous savons maintenant à qui va aller la couronne. Mais pendant que le roi est vivant, le roi peut-il disposer de sa couronne ?
  - Non il ne pourra en disposer de son vivant. La couronne n'est pas disponible, elle n'est pas un bien patrimonial, donc hors du commerce. Il ne peut la léguer ni la céder.
  - La couronne est seulement posée sur sa tête, il ne la possède pas. Il en est seulement le dépositaire. Indisponibilité de la couronne.
- Il ne peut même pas accepter ou refuser. L'héritier légitime doit absolument prendre la couronne, il es roi qu'il le veuille ou non. Il n'a aucun pouvoir de décision sur la couronne. Il n'a même pas la possibilité d'abdiquer la couronne.
- Elle n'est pas un bien patrimonial, elle n'appartient pas au roi, il ne peut pas en

disposer ; ni la donner, ni la vendre.

## **II. L'affirmation du principe de l'inaliénabilité du domaine royal.**

- Le domaine royal n'est pas aliénable (terre).  
Le roi hérite de la couronne, mais en même temps de la terre du royaume. Il n'en est que le gérant, donc n'est pas le propriétaire. Peut pas la vendre, la léguer, la céder.
- Le domaine royal n'est pas un bien privé, il est hors du commerce, n'est non plus un bien patrimonial.
- À partir du moment où il entre en fonction, il perd son patrimoine privé et celui-ci entre dans le patrimoine public. Il n'est que le roi et rien d'autre (n'est plus une personne physique privée).

*Le roi est maintenant redevenu plus fort et puissant, alors il va vouloir recommencer à produire du droit.*

## **2. L'indépendance juridique du royaume de France : la constitution d'un droit national français**

- **a. Vers l'instauration d'un ordre juridique unitaire**

### **I. La lente maîtrise des coutumes : la formation d'un droit coutumier commun**

- **i. Le Roi, gardien et censeur des**

## « bonnes » coutumes ;

- On dit du roi qu'il est gardien des coutumes. Il est fontaine de justice. Il rend la justice avec le droit coutumier. Il a l'obligation de respecter les coutumes et les assurer. Il ne peut les modifier ou les abroger, car elles s'imposent à lui.
- Il y a une théorie qui distingue les « bonnes coutumes » et les « mauvaises coutumes ». C'est uniquement les bonnes coutumes qui s'imposent à lui, les mauvaises coutumes il va pouvoir les écarter. Il peut remplacer celles-ci par des bonnes coutumes. Il doit rendre une bonne justice à ses sujets, alors il doit appliquer les bonnes coutumes, celles conformes à l'ordre public et la volonté de dieu. S'il n'arrive pas à démontrer que c'est une mauvaise coutume, la coutume s'appliquera à lui. Aussi, elles doivent aller dans le sens de l'intérêt de tous. Conforme à la raison.
- *En écartant les mauvaises coutumes, il va créer une règle de droit et indirectement, il va rentrer dans le domaine privé du droit, les coutumes.*

## • ii. Harmonisation et rédaction des coutumes : l'ordonnance des Montils-Les-Tours (1454) ;

- Nous avons un droit coutumier oral. Pour que le droit soit efficace, il faut en connaître le contenu.

- Le roi ordonne la mise par écrit de tout le droit coutumier du royaume. On va écarter les règles coutumières contradictoire.
- Le roi va, encore une fois, rentrer dans le domaine coutumier, car c'est lui qui demande aux juristes de mettre le droit par écrit.
- Il va y avoir une réduction considérable des coutumes, régionales et harmonisées par le roi.
- La «*coutume de Paris* » est la coutume prépondérante, celle qu'on va consulter en cas de conflit de droit coutumier. C'est une coutume moyenne dont les règles ne sont jamais excessive. Le roi contrôle l'application du droit (par ruse juridique).

- **iii. La reconnaissance du pouvoir royal de « casser » les coutumes : la théorie de la monarchie absolue de Jean Bodin (1576)**

- ***Cette théorie dit que ;***

- **le pouvoir royal est indivisible** : le roi détient l'intégralité/totalité des pouvoirs ((de légiférer), élaborer le droit, le pouvoir de gouverner et de mettre la loi en application (exécutif), et fontaine de justice (judiciaire)).
- **Ce pouvoir est absolu** : au-dessus du

roi (son pouvoir est d'origine divine), il n'y a rien appart Dieu et l'ordre public. La conséquence directe : les coutumes ne sont pas au-dessus du roi. À cause de ça, le roi va pouvoir rentrer dans le domaine coutumier, sans avoir à justifier de la ruse juridique qui consistait à distinguer une bonne ou une mauvaise coutume. Il peut modifier, abolir toutes les coutumes qu'il veut, bonnes ou mauvaises.

## **C. Du droit révolutionnaire au Code civil de 1804 (fin XVIIIe siècle- début XIX siècle)**

### **1. Le droit révolutionnaire, une contribution majeure à l'avènement d'un État nouveau, d'une société nouvelle, d'une homme nouveau.**

La France est composé d'un peuple et un seul peuple, fin de l'ancien régime et début de la révolution (qui dure 10 ans). Chamboulement total de la France à tout les niveaux.

9 juillet 1789 : l'Assemblée nationale se constitue en Assemblée constituante et s'attelle à la rédaction de la première Constitution de la France.

14 juillet 1789 : Prise de la Bastille.

26 août 1789 : Rédaction de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Ctoyen.

3 septembre 1791 : Adoption de la Constitution, acceptée par le roi Louis XVI – mise ne place d'une **monarchie constitutionnelle** : le Roi gouverne sous l'autorité de l'Assemblée nationale.

**2 années connues sous le noms des années de la terreur : 1793-1794.**

## IMPORTANT PR EXAMEN.

- A) Le droit au fondement d'un État nouveau :  
l'affirmation de la souveraineté de la Nation :
  - *I. Une seule nation, un seul législateur :*  
*la sacralisation de la loi :*
  
- Nos révolutionnaires vont vouloir transformé la société. Il crée un nouveau sujet de droit : le citoyen. Homme nouveau, entièrement dévoué à la nation, à la république. Pour transformé le sujet du droit en citoyen de la république, on va se servir du droit. Le paysage juridique de la France à la veille de la révolution est marqué du pluralisme juridique. (coutumes, ordonnances royales, droit romain, droit canonique Comment transformé la société par le droit alors qu'on a plusieurs sources de droit? Il faut donc écarter les pluralismes juridiques et uniformiser le peuple en lui imposant qu'une seule source de droit. La seule source de droit légitime c'est la loi.
  - *i. L'assemblée nationale, seule représentante légitime de la Nation souveraine;*
    - Les révolutionnaires vont vouloir imposer une seule source de droit. Ils vont vouloir imposer la loi comme seule source de droit légitime. Ils vont le faire à partir de l'autorité qui élabore la loi. Autorité qui est à l'origine de la loi, Autorité créatrice de la loi = assemblée nationale.

Pourquoi l'Assemblée nationale peut prétendre à une telle légitimité ? Les juristes révolutionnaires vont élaborer 2 théories. Une théorie par rapport à l'autorité légitime et une théorie par rapport à la loi.

▫ **Théorie politico-juridique de la souveraineté du peuple : légitimation de l'autorité à l'origine de la loi :**

- La nation est souveraine – le pouvoir appartient à la Nation et non au roi.
- Cette nation est une et indivisible -Abolition des ordres sociaux (clergé, noblesse et paysannerie) désormais la nation est une et indivisible et elle est constituée par le peuple et le peuple seul. Donc cela veut dire que c'est le peuple qui détient le pouvoir.
- Ne pouvant pas exercer le pouvoir par lui-même, le peuple gouverne par le biais de représentants. Le peuple est donc représenté par l'Assemblée nationale et celle-ci est la représentante parfaite de la nation, parce qu'elle est composée de députés élus par le peuple. Cette assemblée s'exprime

en votant des lois, donc la loi est la parfaite expression de la volonté du peuple. Pourquoi ? parce qu'elle a été adoptée par l'assemblée nationale composé de députés élus par le peuple.

- Donc, la loi est la seule source de droit légitime. Pourquoi? Parce que la loi est la seule source à pouvoir prétendre à cette légitimité. Pourquoi? Parce qu'elle est la seule source qui émane de l'assemblée nationale.
- **Pourquoi la loi est l'expression parfaite de la volonté du peuple et qu'elle a cette légitimité?** – Parce que cette loi émane de l'assemblée nationale et que l'assemblée nationale est composée de députés élus par le peuple et que l'assemblée nationale s'exprimant par la loi, la loi est l'expression parfaite du peuple. La coutume n'a pas cette légitimité parce que la coutume c'est la coutume des ancêtres, ce sont des coutumes qui ont été plus ou moins créer par le roi; elles n'émanent pas du peuple. Les ordonnances royales, elles n'émanent pas du peuple; elles ont été créés par le roi. Le droit canonique n'émane pas du peuple, il a été prit par des conciles, des assemblés d'évêques ou par le pape. Le droit romain il n'émane pas du peuple, il nous vient de cet ancien droit romain des compilations justiniennes qui ont été repensées. Le seul droit qui a cette légitimité, c'est la loi, parce que la loi émane de l'assemblée nationale.
-

- *ii. La loi; source unique du droit français :*
  - seule source légitime, parce qu'elle émane de l'Assemblée nationale et qu'elle a été votée par les députés élus.
  - Caractéristiques (comment vas-t-elle pouvoir s'imposer à tout les citoyens)

▪ **Théorie juridico politique de la sacralisation de la loi :**

- *iii. Le respect de la loi, un devoir et une obligation du citoyen;*
- - Elle va s'imposer à tous les citoyens parce que :
    - 
    - 1ere caractéristique : **Caractère illimité** : la loi peut s'imposer dans tous les domaines du droit. ; aussi bien de ceux qui relèvent de la coutumes, des ordonnances royales, du droit romain ou du droit canonique. On peut donc élaborer des droits dans tous les domaines; aussi bien en droit privé qu'en droit public. Elle va massivement rentrée dans le domaine de droit privé, dans le domaine de droit de la famille. Il va récupérer le mariage, et celui-ci quittera donc le droit canonique.
    - Elle est infallible : elle ne peut pas se tromper. La loi ne peut

pas errer en droit. Pourquoi ?  
Parce qu'elle a été votée par  
l'Assemblée nationale qui est  
formée de députés élus par le  
peuple, donc elle émane du  
peuple, donc elle va forcément  
dans l'intérêt du peuple.

- La loi est un commandement absolu : Elle s'impose à tous. Les citoyens ne peuvent pas résister à la loi, ils doivent obéir à la loi. On va parler de la sacralisation de la loi.
- Le citoyens peut résister à la loi révolutionnaire ? Faux : c'est un commandement absolu, parce qu'elle est infaillible parce qu'elle a été votée par l'assemblée nationale composée de représentants élus du peuple, donc cette loi est l'expression parfaite de la volonté du peuple.
- - *iv. Le principe de la séparation des pouvoirs ou l'affirmation :*
  - - Au sommet de la hiérarchie des pouvoirs, le pouvoir législatif;
      - Le pouvoir législatif va revenir à l'Assemblée nationale, le pouvoir exécutif va revenir à un gouvernement et le pouvoir judiciaire va revenir aux juges.
    - - Mais séparation des pouvoirs ne veut pas dire égalité des

pouvoirs. On a un pouvoir qui est plus légitime que les autres : pouvoir législatif. Une non-indépendance des pouvoirs ce qui veut dire une soumission du pouvoir judiciaire à l'assemblée nationale : Totale soumission du juge à la loi.

- Le juge, esclave de la loi : la procédure du référé législatif.
  - 
  - Un rapport de totale soumission du juge à la loi, c'est le ***principe de la légalité stricte***. Les juges ne peuvent pas interpréter la loi, il applique la loi à la lettre, telle qu'elle est rédigée dans la loi. C'est pour ça qu'elles sont rédigées aussi clairement, précises et simples, afin qu'elles soient très facilement applicables et compréhensibles.
  - Le juge va utilisé ***la procédure du référé législatif*** : s'il y a un silence de la loi ou obscurité de la loi, il se réfère au législatif, pour demander soit la bonne interprétation, soit de combler le vide juridique. On lui interdit d'aller chercher l'esprit de la loi. On applique la loi à la lettre, le juge est totalement soumis à elle. Le juge n'a aucune légitimité, il disparaît derrière la loi, de la même façon, il n'y a pas de dissidence.

parce qu'en interprétant la loi, on se substituerait au législateur, mais il n'as pas la légitimité du législateur, parce qu'il n'Est pas élu par la loi.

▫ Donc ; la jurisprudence n'est tout simplement pas une source de droit à cette époque. Les jugements sont obligatoires uniquement pour les parties à l'instance.

▫ Donc, ça veut dire que la justice en France est rendu anonymement. On a un rôle et un statut du juge complètement différent, parce que c'est la loi qui est la seule source de droit à cette époque.

- 
- La jurisprudence comme source de droit : On l'a vu à Rome; on la voit là à l'époque de la tradition française (mais après la révolution).

La loi est là pour transformer la société, donc l'assemblée nationale va énormément travailler; en l'espace de 10 ans, on va créer pleins de lois.

## II. Un État, une Nation, un droit : l'uniformisation de la société française par le droit :

- i. *Le nivellement de la société française : l'abolition des ordres sociaux et des privilèges (4 août 1789) ou l'affirmation de l'égalité de tous les Français devant la loi;*

- Un des fondements de la résolution: l'égalité de tous devant la loi.
  - 1ere loi voté par les révolutionnaires : la loi qui abolit et fait disparaître les ordres sociaux. (4 août 1789) – désormais la nation est une et unique et elle est constituée par le peuple seul. Fin de la discrimination fondée sur la catégorie sociale, donc égalité de tous devant la loi.
  - Dans les ordres sociaux, c'était des privilèges, donc des droits collectifs. Les droits individuels n'existaient pas à cette époque; mais en abolissant les classe sociales, on abolit donc les droits collectifs et ainsi on restaure les droits individuels. Chaque personne en tant qu'être humain, dès sa naissance reçoit des droits.
  - On va donc adopter la déclaration des droits de l'homme et du citoyens. – les droits commencent à la naissance et se termine à la mort ou à la reconnaissance d'un crime grave. Ce sont des droits qui s'imposent à l'État. Droits qui sont inviolables, imprescriptibles; On renoue avec l'ancien principe des droits naturels.
- ii. *Le nivellement du territoire français :*  
*l'abolition des privilèges territoriaux :*
    - On veut détruire les régions pour détruire l'identité régionale, donc on va découper géométriquement le territoire et on en fait des départements avec des

autorités municipales différentes.

## **B. Le droit au fondement d'une société nouvelle : l'avènement d'un Homme «régénéré» :**

- *I. Un homme nouveau : Le citoyen ou la naissance de l'individualisme :*
- 

On veut séparer l'individu de tous ses cercles d'appartenance pour que celui-ci n'ait qu'une seule identité : l'identité individuelle.

- i. *Un individu libéré du « carcan » de la religion : la condamnation des appartenances religieuses.;*
- - On s'attaque à l'identité religieuse.

On s'en prend à la religion parce que cette religion prétend être supérieure à la nation elle s'oppose à la connaissance et aux savoirs et surtout elle est à l'origine d'une idée qui vient concurrencer l'idée nationale.

On va s'y attaquer de cette façon :  
On va changer tout les noms de villes, de village ou de lieux qui commencent pas «saint» on va les éliminer et les noms qui se rapproche de la noblesse, on va les changer autant que possible (ex : Grenoble deviendra Grelibre).

On va aussi changer le calendrier, puisqu'il est religieux à cette

époque; donc on va le changer.

- ii. *Un individu coupé de ses identités régionales : l'imposition du français comme langue nationale;*

- 

#### L'identité de la langue

- Le français n'existait pas à cette époque, on avait des parlers régionaux différents. Pour les révolutionnaires, les identités passent par la langue.
- On va donc s'attaquer à ces dialectes régionaux et on va les interdire, puis on va obliger de parler le français. On veut donc détruire ces parlers.

- 

- iii. *Un individu coupé des solidarités corporatives : l'abolition des corps de métiers (loi D'Allarde d'août 1789 et mars 1791) et l'interdiction des regroupements professionnels (loi Le Chapelier du 14 juin 1791);*

- Identité professionnelle.

- 

- La finalité est de faire disparaître les corps des métiers. Abolition des corps de métier (Loi D'Allarde). C'est l'état qui va contrôler l'exercice et l'intégration dans les corps de métiers, qui va déterminer quelles compétences on doit avoir pour pratiquer tel ou tel métier. On va interdire tout les regroupements,

donc interdiction du droit de grève.

- *iv. Un individu détaché de ses liens familiaux : l'atteinte portée à l'unité de la famille;*

### Identité familiale

- Sous l'ancien régime, le père de famille était le chef de la famille. C'est lui qui détenait l'autorité parentale et c'est lui qui détenait le patrimoine familial en entier.
  - La femme n'a pas de patrimoine et les enfants (moins de 25 ans) n'ont pas de patrimoine.
- C'est donc le père qui est à la tête de l'autorité et de la puissance économique; il est donc considéré comme étant le concurrent de l'état.
- On veut donc détruire cette famille légitime et on s'y prend en imposant des lois :

- *La laïcisation du mariage (loi du 20 septembre 1792);*

- - donc le seul mariage légal va devenir le mariage conclut devant un officier d'état civil. Le mariage est donc conçu comme un simple contrat de droit civil. On va donc créer des causes de divorce.
- - L'introduction du divorce par consentement mutuel et pour

incompatibilité d'humeur (loi du 20 septembre 1792);

- 
- *La consécration de l'égalité entre enfants naturels et enfants légitimes;*
- - enfants naturels = enfants nés en dehors du mariage. On fait entrer la zizanie dans la maison, parce qu'il y a des enfants naturels qui vont se présenter et qui vont demander des droits, donc on détruit la famille légitime.
- 
- *La limitation de la liberté testamentaire par la consécration de l'égalité successorale;*
  - Une autre façon de détruire la famille légitime.
  - On détruit le principe de la masculinité pour détruire la puissance économique de la famille.
  - Les révolutionnaires vont dire, au nom de l'égalité de tous devant la loi, on ne peut plus avoir de discrimination dans les successions, donc on ne peut plus avantager les hommes au détriment des filles dans la succession. On interdit au père de famille de faire ce qu'il veut avec sa succession. Il va donc devoir partager sa succession également avec tous ses enfants, que ce soit les enfants naturels ou les enfants légitimes.
- *L'encouragement à l'adoption.*

- Comprend autant les mineurs que les majeurs. Tous ces enfants adoptés arrivent à égalité dans les droits de succession (principe de l'égalité successorale). Donc on fractionne encore davantage le patrimoine familial.

Il faut toujours savoir : Quelles sont les identités qu'on détruit et pourquoi ? parce qu'elles sont perçues comme étant des identités rivales avec l'état.

### **FIN MATIÈRE INTRA.**

Un individu doté de droits : La Déclaration des droits de l'homme et du citoyens du 26 août 1789 :

- Reconnaissance des droits individuels qui se divise en 2 catégories :
  - - Droits de l'homme : tout les droits qui naissent avec l'homme et qu'il va garder jusqu'à sa mort. Droits qui s'imposent à l'État. L'état ne peut pas porter atteinte à ces droits sauf pour l'intérêt de la nation. Si on y porte atteinte, on doit le faire par l'Assemblée nationale.
    - 
    - **Proclame 2 catégories de droits :**
      - Droit de l'homme
        - Naturels, imprescriptibles, on les possède dès sa naissance et on les conserve jusqu'à notre mort, sauf exception (crime grave).
        - S'imposent à l'état, personne peut passer par dessus ces droits.

- Seule manière pour l'État de limiter ces droits : intérêt public, intérêt de la nation et s'il porte atteinte à ces droits il le fera uniquement par la loi. Donc c'est l'Assemblée nationale seule qui peut limiter ces lois. (le gouv. ne peut pas.)
  - Droit à l'égalité
  - Droit à la liberté (la liberté s'arrête là ou commence la liberté des autres.)
  - Droit à la propriété
  - Droit à la sûreté (drt de ne pas être arrêté arbitrairement.)
  - Droit à la résistance à l'oppression.
  - 
  - 
  - Si la loi est oppressive et porte injustement atteinte au droit de l'homme et du citoyen, le citoyen est en droit de résister à la loi.
    - FAUX : Dans la conception révolutionnaire la loi ne peut pas être oppressive ; Loi est un commandement absolue, parce qu'elle est infaillible, et pourquoi? Parce qu'elle émane de l'Assemblée nationale et que celle-ci est formée de députés élus par le

peuple, donc la loi est l'expression parfaite de la volonté du peuple, DONC elle est un commandement absolue, elle s'impose aux citoyens.

- La seule oppression donc un citoyen pourrait résister : celle qui émane du gouvernement et pas de l'Assemblée nationale, donc pas de la loi.
- Seule source LÉGITIME – et seule SOURCE de droit ce n'est pas la même chose. (légitime : le droit légitime est simplement la loi, mais chaque fois qu'on ne réussit pas à légiférer, on utilise encore le droit coutumier, ordonnance royale, droit romains, continue à s'appliquer, même s'il ne sont pas nécessairement légitime.)

▪ Droit des citoyens – droits politiques.

- Droit de vote
- Égalité de tous devant l'impôt (dépenses publiques).
- Liberté d'opinion et d'expression et de religion.
  
- À la différence des droits de l'homme, ils ne sont pas acquis à la naissance, on les acquiert en

## fonction de notre statut économique et social

Napoléon Bonaparte.

LE CODE DE 1804, UNE ŒUVRE (ÉCRIRE RESTE AVEC PLAN COURS) \*\*\* faire sections avec plan de cours; p.12-13 . = notes GG

--( fin de la révolution)

*Napoléon Bonaparte* renoue avec l'Empire, donc il va être nommé empereur. Pour la première fois, un pouvoir va parvenir à imposer un seul droit à tous.

Le Code civil est le premier droit investi par les juristes, car c'est le droit qui rentre dans les familles et qui touche directement les sujets. Alors les juristes vont rédiger le **Code de Napoléon** (droit des personnes, droit des biens et droit de la responsabilité civile).

A. La rédaction du Code civil ou la fin du pluralisme juridique en France. :

- - I. un seul droit pour tous : un code qui sonne le glas du pluralisme juridique.
    - Sonner le glas de quelque chose = annoncer la fin de quelque chose = c'est la fin du pluralisme juridique en France.
    - Pour la première fois, on passe d'une situation de pluralisme juridique à une situation du monisme juridique ( un seul et même droit pour tous, une seule source de droit ; POUR TOUS : LA LOI.
    - Et cette loi c'est le code. (en 3 sections ( comme le code justinien) – droit des biens, droit des personnes et droit de la responsabilité.
    - Toutes les autres sources de droit disparaissent.
    - Mais ça ne veut pas dire, qu'on a un nouveau droit totalement, Napoléon s'inspire des autres sources de droit.

- 
- II. Une seule source du droit : un code qui consacre le culte de la loi et la puissance de l'État
  - i. Code civil= HÉRITIER de la Révolution : la loi, la seule source légitime de droit
    - il a repris toutes les théories politico-juridiques. Il va reprendre aussi le principe de l'égalité devant la loi (plus de privilèges).
      - C'est parce que tous les citoyens sont égaux devant la loi qu'il a pu appliquer ce code civil à tout les citoyens.
    - 
    - Ce qui va changer avec le Code civil, c'est le rapport du juge à la loi. Puisqu'il n'y a que la loi, il faut qu'elle parle.
  - ii. Les nouveaux rapports entre les pouvoirs judiciaires et législatif : la sanction du déni de justice ou l'obligation du juge de « faire parler » la loi ;
    - Détachement de la révolution en ce qui concerne le rapport du juge par rapport à la loi.
    - Le code ne peut pas tout prévoir, donc il faut créer des règles de droit générales, abstraites et impersonnelles. Donc on va redonner au juge le pouvoir d'interpréter la loi. Si les lois sont trop précises, elle deviennent rapidement désuètes.

- 
- *En premier, il doit l'appliquer à la lettre.*  
Si la lettre est obscure, il peut interpréter la loi. S'il refuse de faire parler la loi, il se rend coupable **d'un déni de justice**.  
 La seule limite qu'on met à son pouvoir, c'est l'interdiction d'émettre des arrêts de règlement (élabore une règle de droit générale, abstraite et impersonnelle). Il ne peut pas se substituer à la loi. Il ne peut créer des nouvelles règles de droit.
- 
- **Le juge doit donner à la loi sa pleine portée.**
- - Sanction du déni de justice ou obligation du juge de faire parler la loi :
    - Cette loi = seule source de droit , donc elle doit TOUJOURS parler, doit toujours s'exprimer, doit toujours pouvoir régler les conflits entre les parties.
    - Or, la loi ne peut pas tout prévoir, sinon on serait sans arrêt entrain de modifier les lois, puisque la société évolue et que la loi elle est écrite. :
      - Donc ; la loi doit simplement énoncé des grands principes généraux, parce qu'elle ne peut pas tout prévoir.
      - Donc, on va devoir redonner aux juges le pouvoir de faire parler la loi, parce que le juge est celui à travers qui la loi va s'exprimer.
      - Donc ce sera au juge

- d'appliquer la loi générale au cas particuliers.
- Donc si la loi est silencieuse, on donne le pouvoir au juge de pouvoir interpréter l'Esprit de la loi
    - Qu'Est ce que le législateur à voulu faire en créant cette loi. (intention du législateur).
    - Donc le juge donne à la loi sa pleine portée, parce qu'elle est la seule source de droit.
    - Le juge va donc interpréter largement la loi et plus il va l'interpréter largement, plus il va retrouver ses pouvoirs.
  - Si jamais il refuse de rendre la justice, le juge sera chargé de faute professionnel grave : **deni de la justice** et cela pourra lui valoir une sanction..
  - On a donc la réaffirmation de l'autorité relative des jugements – jugement obligation pour les parties à l'instance seulement. ( même principe qui est réaffirmé)
  - \*\*\*\* pas obligatoire pour les juges de première instance en fondant l'appel sur erreur de droit parce qu'en droit de

tradition civiliste ... il n'y a pas de précédent. Donc les juges de première instance ne sont pas obligés de reprendre les décisions des juges d'instance supérieure, et ainsi les justiciables ne pourraient donc pas aller en appel pour erreur de droit.

- Le juge ne dit rien, il fait simplement parler la loi.
- 

- **Le contenu du Code civil, un droit qui organise le contrôle de la société et consolide un pouvoir politique :**

- I. Un droit qui transige entre révolution et réaction.
- 53 à 57 min
- Napoléon va dire que la famille permet de préparer des consciences à l'obéissance et il dit qu'il va s'attaquer à la famille par le biais du Code civil. Famille = allié de l'état, parce qu'en obéissant au père, on les prépare à obéir à la nation.
- On renoue donc avec la famille traditionnelle, la famille légitime, avec un chef de famille qui est le père.
- II. La fin du triomphe de l'individualisme : un citoyen réinséré dans sa famille :

- i. L'affirmation de la toute puissance maritale et paternelle. :
  - Une femme mariée mineure et interdite de droits;
    - Pour napoléon, la famille = allié de l'état . la famille a besoin d'un chef de famille qui dtient une autorité incontestable : le père de famille.
    - Il revient donc sur le principe de l'égalité – pas d'égalité ds la famille.
    - Le père commande tout. Autorité exercer que par le père.
    - Car la femme **mariée** dans le code civil de 1804 = incapable juridique, aucun droit.
    - Si la femme n'est pas mariée – elle a des droits, mais dès qu'elle est mariée – plus aucun droit.
    - Le viol conjugale n'existe pas.
    -
  - Des enfants placés sous le pouvoir disciplinaire du père;
    - S'ils désobéisse au père, ils peuvent être emprisonnés. Parce que s'il désobéisse au père, alors il désobéiront à l'état. (Preuve que état et famille = allié)
    - Napoléon revient donc sur la famille légitime.
    -

- Ii. L'affirmation de la priorité de la famille légitime :
  - On ne revient pas sur la laïcisation du mariage., c'Est un contrat civil, mais c'est un contrat solennel. Donc enfermé dans les conditions spécifiques de formations : devant une personne civil, doit être annoncé au public au moins 10 jours d'avances. On peut y mettre fin, mais on réduit les causes de divorce :
    - - Pour homme : adultère de la femme ; immédiatement cause le divorce. Véritable crime passible de peine d'emprisonnement. Et dans l'adultère de la femme, il y a une chance de faire entrer un enfant non-légitime dans la famille légitime et ce ne serait pas concevable, puisqu'on veut restaurer des familles légitimes.
      - 
      - Pour femme : adultère du mari : le mari doit faire vivre sa maitresse sous le droit de l'épouse pour qu'elle puisse demander le divorce.
      - 
      - Avant 2 ans révolu de mariage ; impossibilité de révoquer mariage et passer 20 ans ; on ne peut plus le demander.

- 
- Égalité des enfants légitimes et naturels – on les révoquent du jour au lendemain. On est à nouveau dans la bâtardise.

La Source «Common law» du droit québécois y-09-15 23:26

La révolution française marque un tournant dans l'histoire du droit

La common law n'a pas de point de rupture (comme avec la révolution française)

La common law n'est pas un droit de facture universitaire, c'est un droit qui est appris dans la pratique, on ne l'enseigne donc pas dans les universités.

### **A. À la recherche de la common law : Un édifice en constante rénovation :**

Le droit civil est souvent comparé à un jardin à la française, car il est symétrique et organisé. La *common law* quant à elle est comparée à un jardin anglais, donc un jardin où on pourrait croire que les choses ont poussées là par hasard et de façon non planifiée. En autres mots, tout est là par hasard.

#### **1. Le gros œuvre : common law et case-law**

La common law est fondée sur les décisions que les juges ont rendues.

- a : Le nouvel ordre français (1066)
  - I. L'Angleterre avant 1066
    - Il y a eu les seltés.
    - Il y a la présence des romains, mais celle-ci a peu d'impact sur l'Angleterre.
    - Les tribus barbares : les angles, les saxons.
    - Les danois du Danemark/Vikings ;

Ensuite, vers la fin du 8<sup>ième</sup> siècle, il y a eu l'invasion par les danois. Ils descendent le long de la mer à l'aide de leurs Drakkars .

1016 : Un roi pour l'Angleterre,

1066 : Roi d'Angleterre = Edward le confesseur (parce qu'il était très religieux) – lorsqu'il était malade, il aurait promis à Guillaume la couronne d'Angleterre. (mais il n'avait pas le pouvoir de le faire, parce que dans ce temps-là, c'était un conseil qui décide qui est le meilleur héritier)

Guillaume – duc de Normandie (guillaume le conquérant) ; il veut être roi d'Angleterre. Guillaume en français = William en anglais.

1066 : Edward meurt. Donc Harold monte sur le trône. Guillaume est donc furieux, parce qu'on lui a volé sa couronne. Il va donc mener une vaste campagne de propagande dans toute l'Europe pour aller rechercher la couronne qui lui était destinée. Donc il crée une armée sur le continent pour aller reprendre sa couronne d'Angleterre. Il promet donc des terres aux personnes qui se joignent à son armée.

Il arrive en Angleterre et pour sa chance, le roi de Norvège était déjà venu attaquer Harold parce qu'il voulait la couronne aussi. Harold a gagné, mais il doit maintenant affronter Guillaume.

Guillaume gagne et Harold est tué et son corps est décapité.

En 1066 ; Guillaume (William premier)

devient donc le roi d'Angleterre.  
PAS À RETENIR.

○ II. L'invasion Normande (1066)

- Il s'agit du débarquement du français en Angleterre.
- C'est donc le français qui devient la langue des élites en Angleterre. La population va continuer à parler le saxon (anglais), alors que l'élite parle et écrit le français.
- L'Anglais est une langue facile, parce qu'elle est orale.
- La langue de la cour et de l'administration de la justice ne sera pas celle de la population, donc elle va être le français.
- Les rois d'Angleterre à partir de Guillaume vont vouloir être vus comme les véritables rois légitimes. C'est une préoccupation importante, car ils ne veulent pas être vus comme des voleurs ou comme des envahisseurs, mais comme les vrais rois d'Angleterre. Les successeurs de Guillaume vont donc garder ce souci de légitimité et ça va être important pour la création de la *common law*. Cette invasion normande est aussi un débarquement français en Angleterre. Donc on ne parlait que le saxon en Angleterre, mais avec les normands qui arrivent en Angleterre, on parle aussi le français (le vieux français civilisé), car elle est la langue des puissants, des élites anglais. Le français va être la langue de tous ceux qui comptent en

Angleterre.

- L'anglais est vraiment une langue facile et la raison pourquoi l'anglais est si simple, c'est à cause du débarquement des normands. Puisque l'anglais reste une langue orale très longtemps, ça simplifie tout. À cette époque, peu de gens savent écrire ou lire. Le saxon de l'époque va tellement se simplifier à force de ne pas être écrit, que c'est pourquoi il va être aussi simple aujourd'hui. Le français est vraiment la langue de l'écriture, car il est moins facile. Par exemple, en français, on dit preux chevalier (courageux, noble, courtois avec les dames), mais en anglais il a un sens différent, un prode knight (arrogant, orgueilleux).

- III. La mise en place d'une féodalité rigoureuse

- C'est un modèle politique, commercial, économique et social, un modèle d'organiser sa société.
- Dans le lien féodale, le seigneur confère une terre à son vassale. Il y a un lien personne entre le seigneur et la vassal. Il va le récompenser de cette façon, mais le vassale doit sa loyauté à son seigneur.
- Le vassal doit sa loyauté, mais il doit aussi rendre des services de tenure militaire. (le fief)
- Le vassal tient la terre de son seigneur en échange de services

militaires.

- En échange de la terre, le vassal pourrait devoir une certaine somme d'argent ou encore une partie des récoltes.
- Si monastère : prier en échange de la terre pour le repos de l'âme du seigneur.
- Si jamais le vassal trahis son seigneur (Féolie): sanction : la terre est perdue.
- On a penser le droit des biens immobiliers en fonction du principe de la féodalité.
- Ce lien féodale est une cérémonie, c'est vraiment un lien personnel. Alors Guillaume va remercier ses grands seigneurs en distribuant des terres en Angleterre.
- En tant que grand administrateur, il procède à une enquête, un sondage sur tout le territoire pour savoir combien il a de richesses sur les terres. Il va aussi s'assurer qu'aucun de ses seigneurs ne soient plus puissant que lui.
- C'est là qu'arrive la pyramide féodale. Le vassale doit rendre certains services à son seigneur (service militaire, une partie des récoltes, contributions monétaires, prier pour qu'il aille au paradis). Guillaume garde une partie des terres pour lui, les meilleurs entre-autre, en donne une partie à ses grands barons. Mais eux-mêmes vont donner des terres à des gens qui les ont suivis. Donc les vassaux du roi vont eux même avoir

des sous-vassaux et seront leur seigneur. Les seigneurs ont quand même des droits réels sur les terres qu'ils donnent à leurs vassaux. Cependant, la possession est à celui qui a la terre. Le Roi est le seul qui est seigneur mais jamais vassal. Les anglais ont construit leur droit des biens de common law par la féodalité. Au Canada, quand on achète un terrain partout sauf au Québec, on appelle ça un fief simple.

Fief simple = le droit quand on achète une maison dans une province de common law (ex : Ottawa) et on l'obtient directement de la couronne.

- Donc pas de propriété absolue, il y a plusieurs droits sur le fond.

- Quel type de féodalité Guillaume va mettre en place?
  - Féodalité qui sert le roi, qui favorise le pouvoir du roi.
  - Va avoir un territoire plus petit que celui de la France, donc ça donne un roi beaucoup plus puissant sur son territoire.

b) Les piliers de la common law : (6 piliers nécessaires)

- droit créé par les juges des cours du roi, droit d'origine judiciaire.
  - I. Le roi
    - Roi = couronné et sacré.
    - Il prête un serment du sacre quand on leur met la couronne sur la tête

- du nouveau roi.
- Ce serment des roi d'Angleterre à partir de Guillaume = mettre en avance un souci de légitimité des Normands.
  - Serment du sacre qui est prêté à partir de Henri premier, couronné en 1100. – On a gardé le texte de ce serment et on l'utilise encore.
- Il va juger de garde le droit qui était appliquer en Angleterre le droit qui était là avant la conquête normande(souci de légitimité).
- Il jure qu'il va respecter les lois et coutumes d'Angleterre.
- Il jure donc de respecter le droit qui existait avant que les normands arrivent.
- - Je jure de respecter les lois et coutumes du royaume d'Angleterre
    - Ce droit était un droit oral, composé de coutumes locales.
      - 2 types de cour qui appliquent ces coutumes locales : les cour féodales (les cour seigneuriales)
      - Les cours locales aussi appliquent les coutumes locales.
        - Les cours de comté (division du territoire)
  - Suite à ca , ils appliqueront une coutume qui sera le même

partout en Angleterre : appliqué par les nouvelles cours du roi . : LA COMMON LAW.

- Il y aura disparition des cours des seigneuriales et des cours de comté, donc disparition des coutumes locales, ça devient donc la Common Law et c'est les nouvelles cours du roi qui appliquent ce droit.
  - C'est la seule place où le roi juge de respecter le droit sur lequel il n'a aucun pouvoir, puisqu'elle n'est pas faite par lui.
  - Donc lien entre roi d'Angleterre et common law : lorsqu'il es couronné, il jure (serment du sacre) de respecter un droit qui limite ses pouvoirs et qui n'Est pas créé par lui : la common law.
- 
- II. Le bref (writ) introductif d'instance
    - C'est le document qui est nécessaire pour commencer une action en justice devant les cours royales de *common law* seulement. C'est un document de parchemin. C'est donc en quelque sorte le ticket d'entrée. C'est une ordre du Roi lui-même. Il y a une variété de writs.
    - \* Aller voir l'exemple de *writ* à la p. 135.
    - Document qui permet de commencer une action devant les cour royale de

common law.

- Décésine : quand on est déposséder de sa terre au Moyen âge.
- Défaut = défendeur qui ne coopère pas.
- Ordalie ; procédure irrationnelle

○ III. La Chancellerie

- Secrétariat du Roi
- Le chancelier =
  - Barrière en roi et peuple
  - À la tête de l'administration royale
  - Il détient le grand sceau royal (le grand sceau royal = pour authentifier les documents)
  - Il écrit le droit.
- C'est le chancelier qui rédige tous les écrits du roi (comme le secrétariat du roi). Il délivre les writs. Au Moyen-Âge, il est souvent un membre de l'église. C'est un proche conseiller du roi et authentifie un sceau avec les armoiries royales qu'il trempe dans de la cire chaude. Il est en quelque sorte une barrière entre le roi et ses sujets. C'est lui qui décide qui va pouvoir approcher le roi et qui filtre les recours et requête devant le roi. C'est lui choisi qui va pouvoir intenter des recours devant une cour royale.
- C'est au chancelier qu'on achète les *writs*, car c'est lui qui les écrit. Il est celui qui délivre le ticket d'entrée pour commencer une action en justice.
- Il y a une rationalisation du nombre de *writ*, pour ne pas en inventer des

nouveaux chaque fois.

- **Le chancelier est le ministre de la conscience du Roi.**

- Il va aussi avoir un rôle très important dans la création d'un autre droit d'origine judiciaire, l'*equity*.
- 

- IV. Les juridictions royales (cour du roi).

- Quand on parle des cours du Roi, c'est quelque chose qui est très progressif. Avant l'arrivée de ces cours, il y avait déjà les cours locales et celles des seigneurs.

- **Au Moyen-Âge, tous les pouvoirs (législatif, exécutif et judiciaire) sont amalgamés dans les mains du Roi.** Donc les trois types de pouvoirs ne sont pas vraiment distingués.

- Il y a un Parlement, dans le sens que nous connaissons aujourd'hui, qui naît sous **Edward 1<sup>er</sup> au début du 13<sup>ème</sup> siècle**. Avant cela, un parlement désignait une place où tout le monde pouvait parler.

- 

- Pour la **fonction législative** ; la Chambre haute comme on la connaît apparaît sous le nom de *la Chambre des Lords* en Angleterre. Les Lords sont des seigneurs, des gens qui ont reçu ce titre du roi lui-même. La Chambre basse quant à elle est *la Chambre des communes* en Angleterre. Au moyen âge, l'unité est la communauté (artisans, etc...).

- Donc le Parlement est ;
- Chambre des Lords spirituels

- Chambre des communes
- 
- Pour le **pouvoir exécutif**, la notion de gouvernement responsable arrive assez tard. La notion du gouvernement apparaît parce que le Roi ne parlait pas un mot anglais, alors il fallait quelqu'un pour le représenter.
- 
- Pour le **pouvoir judiciaire**, voici les domaines qui intéressent le Roi en terme de justice; fiefs simples (compétence foncière et immobilière), les litiges entre les personnes privées (litiges immobiliers), car ceux-ci peuvent influencer les rapports entre les barons et etc...
  - **i : L'Exchequer (Échiquier)**
  - C'est la cour qui va se spécialiser dans les litiges fiscaux.
  - Elle est la deuxième cour en importance derrière le King's bench.
  - 
  - **ii : Les Common Pleas (Plaids Communs)**
  - Le plaid commun est l'action en justice qui intervient entre deux personnes du commun (personnes privées), tandis que le plaidoirie est l'argumentation en justice.
  - Donc c'est tous les litiges entre les personnes privées qui ne sont pas le Roi, donc par opposition au pouvoir public. C'est donc une cour de droit privé uniquement.
  - Elle voit les matières immobilières, des contrats entre les grands seigneurs et des successions.
  - Elle est la troisième cour en importance,

derrière la cour de l'*Exchequer* et le *King's bench*.

- **iii : Le *King's bench* (Banc du roi)**
- Cette cour voit le droit criminel (*Queen's bench* si c'est une reine). Ce n'est pas tous les litiges criminels. Donc compétence pénale en matière de **violation de la paix publique qui intéresse le Roi**. Ex : les brigands qui attaquaient les commerçants, les voyageurs ou les représentants du Roi. Il va aussi voir les actions en **responsabilité civile extracontractuelle**. Dans une action criminelle, c'est l'État (société représentée par la Reine ou le Roi) qui poursuit. On vise à punir de deux façons, soit par amendes ou par l'emprisonnement. Au moyen âge, il y avait beaucoup plus de façons de punir les gens coupables.
- 
- Une action en responsabilité civile extracontractuelle **va conduire en réparation du dommage par un acte criminelle** (donner une compensation en argent pour réparer).
- Ce sont les *Torts*.
- 
- Donc ce *King's Bench* a la compétence en matière criminelle et en responsabilité civile extracontractuelle. Les juges sont les benchers, donc ceux assis sur le banc. C'est aussi ce banc qui a compétence pour le *writ de trespass* (décidé par un jury de voisin choisi dans les rues de Londres) (p.138).

- \*\* L'idée de trespass et tout simplement franchir la limite entre ce qui est permis et ce qui est interdit. Donc c'est de transgresser une chose non permise. Le défendeur va se présenter devant ce banc et le demandeur va obtenir des dommages et intérêts (argent).
- \*\*\* Aller voir les définitions aux pages 112 à 114.
- 
- Donc l'Exchequer, le Common pleas et le King's bench sont trois cours réunies au Palais de Westminster.
- King's bench (matière criminelle et responsabilité civile extracontractuelle)
- L'Exchequer (les litiges fiscaux)
- La Common pleas (les litiges privés, excluant la Couronne)
  
- **iv : Les *Justices of Eyre* et les *assizes***
- C'est une justice itinérante représentée par des juges des trois cours du Roi. Ce sont les juges qui se déplacent pour aller juger dans des cours différentes que les leurs. On fait ça parce que c'est parfois difficile de voyager, donc on amène la justice vers ces populations-là plutôt que d'attendre qu'elles viennent. À cette époque, les voyages sont périlleux en raison des brigands. L'intérêt d'avoir une cour comme celle-ci, (où les juges ne sont plus tant spécialisés dans leur domaines, mais sont seulement des juges du roi lorsqu'ils partent à l'étranger). Cette cour permet donc la

cohésion entre les différentes cours et éliminer les contradictions entre les principes de common law.

## **v : Rivalités juridictionnelles et progression du droit**

- 
- **Le succès de la justice royale.**
- Il n'y a rien de planifié d'avance, comme d'habitude. Au départ, tout ce que voulait le Roi et ses juges, c'est de prendre une part de gâteau dans la justice. Ce qui les intéressait de rendre des décisions de droit, était de faire de l'argent en vendant des *writs* et en donnant des amendes et des confiscations pour les caisses du Roi. Ça rapporte aussi énormément de pouvoir et d'autorité.
- Donc cela intéressait beaucoup le roi et c'est pour ça que les cours royales sont créées.
- Il n'y avait pas formellement d'appel d'une cour féodale devant une cour royale pour ceux qui n'étaient pas satisfaits.
- 
- **Le déclassement des juridictions féodales**
  - Les cours royales ont beaucoup de succès, donc cela déplaît aux barons. Les cours féodales vont perdre du pouvoir face aux cours royales.
  - Il y a donc une rivalité entre ces deux systèmes de cours. Le pouvoir ne se démultiplie pas. Les barons commençaient à être agacés par le pouvoir royal.
  - Donc, il y a une rivalité entre les cours

- royales et celles de seigneurs.
- Toutefois, tout dépendait de la personnalité du Roi à ce qui a trait aux matières qui intéressaient les cours royales.
  - Il y avait des rois gourmands de pouvoir, comme le *King John (Jean sans terres)*. Il est fourbe et sournois et va se faire détester, même s'il est très intelligent. Il monte sur le trône, car son frère *Richard cœur de lion* meurt en essayant de conquérir une ville (toujours parti en croisades).
  - Il va donc y avoir une guerre entre les fidèles du roi et les fidèles des barons.

- **La Magna Carta (1215)**

- C'est la grande charte.
- C'est un texte imposé à *Jean (King John)* et qui diminue ses pouvoirs. Dans ce texte, les litiges immobiliers vont toujours devant des cours des barons.
- Jean décède en **1216** et son fils, *Henri III*, monte sur le trône à 9 ans. Il est naïf et absolutisme et très croyant, pensant que les rois doivent avoir tous les pouvoirs, car il croit que les rois sont les représentants de Dieu sur terre. Henri III prétend récupérer des terrains en France et se fait imposer un autre texte par les barons.

- 

- **Les provisions d'Oxford (1258)**

- Les barons essaient encore de limiter les pouvoirs du Roi.
- On va interdire au Chancelier de créer

des nouveaux writs. Donc il peut continuer de vendre des writs qui existaient déjà en 1258, mais pas d'en créer des nouveaux. Tout cela fait diminuer la common law, car il n'y a plus de possibilité de créer des nouveaux writs pour tous les changements de la société. Les writs deviendront donc désuets. Ils espèrent en faisant ça, que ça va tuer la common law à petit feu.

- Cependant, les provisions d'Oxford ne seront pas adoptées, car Henri III va aller pleurer à Rome et celui-ci envoie un arbitre, *Saint-Louis*, pour arbitrer les conflits. Celui-ci va donc donner raison à Henri III et les provisions d'Oxford n'entreront pas en vigueur. Le chancelier d'Henri III va quand même décider de respecter les provisions d'Oxford pour éviter les conflits en raison de la balance des pouvoirs.

- **Le second Statut de Westminster (1285)**

- Celui confirme et répète les provisions d'Oxford. Donc plus de création de nouveaux writs par le chancelier, sauf si les barons l'accorde.
- Lui rentre en vigueur.
- 

- **Les ripostes procédurales**

- Les juges de common law vont être laissés à eux-mêmes, car les chanceliers ne peuvent plus écrire de nouveaux writs, donc ils doivent se

- débrouiller avec ce qu'ils ont.
- Tout va alors se faire par des tours de passe-passe procéduraux, des finesses procédurales (interpréter restrictivement les textes de la Magna Carta en matière de litige immobilier, par exemple).
  - Les juges vont donc devoir être créatifs. En faisant cela, certains writs vont pouvoir s'appliquer dans des situations, mais de façons différentes. Ce qui va surtout aider les cours royales, c'est que leurs procédures pour certains writs (de trespass, jury de gens inconnus dans les rues de Londres) sont plus intéressantes que celles des cours seigneuriales.
  - 
  - Il va y avoir aussi les jugements de Dieu ou l'ordalie ; un épreuve par laquelle c'est « Dieu » qui juge (par l'eau, par le feu) et si vous gagnez l'épreuve, vous gagnez.
  - L'**ordalie** est un ancien mode de preuve en justice, de nature religieuse, aussi appelé **jugement de Dieu**. Il consiste à soumettre les plaidants à une épreuve dont l'issue, déterminée par Dieu, désigne la personne bien-fondée.
  - Ça va être le prêtre qui va décider si la personne a gagné l'ordalie ou si elle a échoué. On utilisait ces ordalies pour s'assurer que le perdant acceptait la décision, puisque les décisions étaient rendues par des personnes comme « Dieu » ou un

jury de 12 personnes armées. Tout cela était pour éviter que le perdant aille se venger sur le gagnant, puisqu'à cette époque, tout le monde était armé. Il y a des ordalies devant les cours royales et féodales.

- Les jurys sont nettement plus raisonnables que les ordalies.

- **La concurrence entre juges royaux**

- Les frictions entre les cours royales et les cours seigneuriales vont affecter beaucoup la common law.
- Il va y avoir aussi une concurrence entre les cours royales elles-mêmes ; le King's bench et le common pleas.

- Pour que les plaids communs fonctionnent et rapportent, il fallait qu'il y ait beaucoup de gens qui veulent plaider. On doit acheter des documents à la cour. Avec chance, ça va fonctionner, car ces plaideurs sont assez fortunés et les litiges immobiliers paient bien. Donc, la cour des plaids communs vont avoir « les gros contrats ».

- Pour le banc du roi (King's Bench), les plaids criminels ne rapportent pas beaucoup. Le Roi est supposé siéger au banc avec les juges et ce banc doit suivre le Roi. Mais en principe, ils sont à Westminster. C'est la fiction du déplacement du banc qui le nuit. Les gens vont acheter des writ de trespass pour aller devant le *King's bench* en matière de responsabilité

civile extracontractuelle. (si on gagne un trespass, on obtient des dommages-intérêts). On ne peut seulement gagner des dommages en argent si on gagne. Donc les juges et les avocats vont se demander s'ils ne pourraient pas utiliser le *trespass* dans quelque chose d'autre pour qu'il y ait plus de plaids. Le concept de *trespass* est tellement large qu'il peut donc être sorti du domaine de responsabilité extracontractuelle et être utilisé dans d'autres domaines du droit. Il va créer des sous-catégories de trespass dans les litiges immobiliers (droit des biens). Il y a un trespass en matière contractuelle. Exemple, le débiteur qui ne respecte pas son engagement contractuel va avoir fait un trespass (acte illicite), donc n'aura pas respecté ce qu'il devait faire ou ne pas faire. En common law, le seul droit du créancier est le recours en dommages et intérêts. Ils ne peuvent pas demander une exécution en nature. Avec les trespass du King's bench, on ne peut obtenir que des dommages et intérêts.

- \*\* Writ de trespass – responsabilité civile extracontractuelle
  - Sous-catégorie de trespass de droit des contrats (lorsque quelqu'un ne respecte pas sa promesse).
  - Sous-catégorie de trespass de droit des biens (exemple prendre la terre à quelqu'un)

- Les common pleas ne sont pas contents, parce qu'ils perdent beaucoup de litiges.

## **V : Les professionnels du droit**

Au moyen-âge, on enseignait seulement le droit canon et le droit romain dans les universités. Donc on enseignait que ces deux types de droit savant. On ne pouvait pas aller étudier la common law à Oxford ou à Cambridge.

Les gens qui vont vouloir étudier la common law vont aller aux Inn's of court (auberges de court). C'est des avocats séniors qui les font entrer. Elles sont situées autour des cours de justice royales de common law à Londres, il n'y en avait que 4. Ce n'étaient pas des lieux d'enseignement a priori, mais ce n'était que là que les gens pouvaient aller apprendre la common law. La cohésion de la common law part du fait que les étudiants cohabitaient avec les professionnels de la common law dans les Inn's of court. Ce sont des lieux de vie collective (manger et dormir) et on y retrouve les professionnels de la common law, comme les juges royales de common law. C'est un pied par terre pour ces juges. C'est un réseau professionnel. Il y a des conférences débats, appelées « moot » court. Ce sont des débats et argumentations. Les étudiants prenaient place aux débats pour aiguïser leur sens d'argumentation. Donc, ils apprenaient sur le tas, avec les professionnels. Ils assistaient aux audiences des cours royales (accompagne les avocat qui les ont sponsorisé) et prenaient des notes.

Il y a les « reports » (rapport judiciaire) que les étudiants vont prendre et qui sont les notes importantes des audiences, mais ce ne sont pas

des documents officiels. Ces documents peuvent être contradictoire et sont écrits en français juridique (Law french). Ce sont ces documents qui sont utiles pour apprendre la common law  
Aujourd'hui, le report est devenu les jugements (Aller voir la page 136).

Les « records » quant à eux sont les documents officiels (noms des parties, writs utilisés et jugements). Mais ils ne contiennent pas les notions de common law et sont peu intéressants pour les étudiants de common law.

Les gens qui parlent anglais vont avoir besoin d'engager des avocats, car ces ceux-ci qui savent le Law french.

Les documents officiels sont en latin (langue de l'écrit) et les documents non-officiels sont en Law french (langue de l'oral).

**\*\* Les *Inn's of court* ont cessés à la fin du 17<sup>ième</sup> siècle.**

Les juges = benchers.

Le Roi choisissait les juges parmi les avocats seniors.

Les avocats étaient les *baristers*, parce qu'ils tenaient la barre en plaidant devant les trois cours royales de common law. Il y avait aussi des *sollicitors (contact entre le client et le baristers)*, qui ressemblent beaucoup aux notaires français (société commerciale, contrats d'immeuble, testaments ou dresser des contrats de ventes). Ceux-ci ne plaident pas par contre, juste un petit peu devant les petites créances.

La vraie common law ne peut vraiment s'enseigner à 100% dans les universités. Ça s'apprend beaucoup plus sur le tas (dans la pratique), même

aujourd'hui.

## **VI : Les auteurs de doctrine**

Les juges, les avocats séniors qui écrivent

- Les « reports » vont être réunis ensemble dans des livres de doctrine. Son poids va dépendre des gens qui les ont écrit (étudiants vs. Juge établi). Les « reports » sont les ancêtres des rapports judiciaires, les jugements officiels. Les juges vont commencer eux-même à écrire des reports, mais c'est une activité privée, mais ceux-ci auront une influence sur la common law.

- Il va aussi y avoir des collections de writs par **Glanvill (fin du 12<sup>ième</sup> siècle)**.

- **Bracton** lui va vouloir faire un traité sur le contenu des règles de common law, malgré qu'il y a peu à dire.

- **Blackstone** va se faire proposer une chaire de l'Université d'Oxford. C'est le premier à faire des cours, mais ça va durer seulement pendant Blackstone. Il va écrire par après un traité à la **fin du 18<sup>ième</sup> siècle**.

- **Coke** était le juge en chef du King's bench et va écrire une collection de « reports » encore très utile aujourd'hui.

La doctrine de common law est là pour aider les praticiens avec leur collection de writs, là pour aider les praticiens avec les reports, c'est une doctrine qui reste dans la pratique et qui sert les praticiens.

*Donc, Common law = droit d'origine judiciaire (règles de droit créés par des juges (juges des 3 cours royales de common law.)*

## **C. Un droit formulaire secrété (qui apparaît) dans les interstices de la procédure :**

Donc c'est un droit très procédural.

Le fond du droit va apparaitre peu à peu et dans les recoins de procédures.

Règles de procédures = tout ce qui attrait les règles en justice. (Cpc)

Fond du droit, droit matériel, droit substantiel : définition de nos droits. (CcQ)

Common law s'attache beaucoup plus à « quel writ est ce que j'achète, dans quel cas où est-ce que je vais ... »

Common law = droit formulaire. (comme avec le prêteur en droit romain) :

- Action prétorienne (prêteur donne des conseils au juge (non professionnel) qui va devoir juger)

### I. Les formes d'actions et les «rails» de la procédure

La common law se compose de forme d'action (à chaque writ correspond une action déterminée; il y a autant d'actions qu'il y a de type de writs et l'Action porte le même nom que le writ qui la commence.)

Le writ place l'Action en common law sur des rails. C'est un peu comme acheter un billet de train, on sait beaucoup de chose quand on achète un writ :

- Quel cour royale on va aller . (writ de trespass – king's bench)
- Au niveau de la preuve et de l'argumentation, on sait ce qu'on doit prouver et ce qu'on doit argumenter . ex : writ de trespass – faut prouver un trespass...)
- On sait aussi la manière, par qui ce sera décidé. (ex : trespass = jury de personne prises aux hasard vs writ de nouvelle décèsine = jury de voisins.)
- Ce qu'on peut obtenir si on gagne (ex : no

Donc tout cela peut vous permettre de calculer votre action et vos chances.

- La procédure est complètement régie par les procédures des writs. Si jamais ce n'est pas

le bon writ, l'action va tout simplement échouer. Si on ne trouve pas de writ existant pour notre affaire, on va devoir aller devant les cours féodales ou locales, mais jamais devant une cour royale.

Si pas de writ, pas d'action, pas de droit. Le droit dépend de la possibilité de faire valoir le writs en justice. Il faut une action pour faire valoir l'action.

Comparer le writ avec les actions de la loi à Rome et avec les actions prétorienne.

- Commencer en décrivant comment le writ place l'action en justice sur des rails. (choses qu'on sait...)
- Comparer avec actions de la loi. (cause d'action dans la loi des 12 tables, très formulaire, pas d'action pas de droit, comparer les juges, les juges de common law = professionnel, ne rendent pas de sentence, c'est les jury., rome = non professionnel et rendent une sentence)
- Comparer avec actions prétorienne.  
(expliquer ce qui est la formule)

À chaque writ correspond une action déterminée. Cette idée qui faut trouver un writ pour avoir une action qui correspond ; ça dure jusqu'en 1832 ; on supprime les formes d'actions sur le plan de la procédure et non sur les plans de la forme du droit.

Il n'y aura plus de risque procédural de se tromper. Il y a encore des writs, ce qui est supprimer ce sont les formes d'actions. Mais même s'il n'y en a plus sur la forme de la procédure, la manière dont on détermine aujourd'hui les droits en common law on été influencé par les actions.

Dans *Motherwell c. Motherwell*, (p.139 à 142)

c'était une affaire d'harcèlement téléphonique. Le frère et sa femme vont en justice pour avoir une ordonnance d'injonction pour qu'elle arrête de téléphoner. C'est de la responsabilité extracontractuelle (trespass en common law). L'équivalent de la responsabilité civile extracontractuelle est les torts. Ils sont formés par les formes d'actions (writs), tous fondés sur le trespass. Les torts ont été définis en raison des writs qui existaient. Dans ce cas, il n'y avait pas de torts qui existait et qui correspondaient à l'atteinte à la vie privée. Le juge ne voulait pas créer une nouvelle sorte de délits, car il ne peut pas en créer comme il le veut, car il est limité. Il en est donc arrivée au délit de la nuisance (trouble anormal de voisinage). Le délit de nuisance est un corollaire du writ de trespass. Par ces abus téléphoniques, Mme Motherwell empêche M. Motherwell de jouir comme il le veut de sa maison. Donc le juge a étendu une nouvelle catégorie du writ de trespass sur la nuisance. Cela montre que les juges sont liés par les fonds du droit qui existe, même s'il n'y a plus de formes d'actions dans la procédure.

Il existe un nombre limités de torts et on doit trouver le torts qui fonctionne. Les catégories de torts aujourd'hui on été définie en fonctions des writs. Donc, on doit avoir une action qui correspond aux torts, parce que sinon = pas d'action.

Le juge demande dont si il peut étendre un torts qui existe déjà pour le faire correspondre .. donc il étend une catégorie : la nuisance. Il créé donc une nouvelle catégorie de nuisance : la nuisance par téléphone.

## II. La réticence des juges à juger.

Les juges ne tranches pas les affaires dans les

décisions de common law. C'est le jury qui le fait quand il y en a un , ou sinon on a un duel-judiciaire ou une ordalie, c'est le duel-judiciaire ou l'ordalie qui prend la décision. Le jury fait juste rendre verdict. Phases du procès en common law :

**1. pleadings/plaidoirie** : définir la question qu'on va poser au jury. C'est là que les avocats vont discuter avec les juges. La phase des plaidoiries sont écrites dans les reports en law french (pas un document officiel, peut en avoir plusieurs sur le même domaine, peuvent se contredire entre eux ; ancêtre de nos jugements et de nos rapport judiciaires.).

Pendant longtemps en common law, il n'y a pas de discussion 13-15 minutes

**2. trial** (moment où on prend la décision), le juge délibère ; il décide de la vérité judiciaire, ou le jury va arriver à une décision, et s'il y a des ordalies, c'est à ce moment-là que ça se fait.

**3. Entry** : c'est l'inscription du jugement dans les archives royales

Les décisions des jurys n'ont pas vraiment d'impact, car les membres du jury ne sont pas des professionnels du droit. Donc il n'y a qu'au niveau des plaidoiries qu'on peut vraiment retenir et apprendre du droit.

\*\* L'avantage du jury est que, malgré qu'il est manipulable au niveau sentimental, il permet une certaine participation du peuple à la manière dont on rend la justice.

Mais puisque les juges ne jugent pas beaucoup, il n'y a pas beaucoup de création du droit.

### III. Le caractère incomplet des rapports judiciaires.

La common law va rester pendant longtemps de la procédure parce que les documents officiels (reports/law french officieux) et (records/latin officiel) sont souvent incomplets. Les reports c'est mieux que rien, mais ce n'est pas encore des jugements tels que nous les avons aujourd'hui.

## **2. L'apport des architectes d'*equity***

### **a. L'essor de la juridiction du Chancelier (Chancery)**

- I. Les insuffisances de la common law formulaire

On va voir apparaître une nouvelle cour, la cour du chancelier, qui va s'ajouter aux trois cours royales de common law.

La cour du Chancelier va créer un nouveau droit appelé *equity*. La common law est très formulaire et rigide, car on ne peut pas se tromper de writ, par exemple. Donc ce n'est pas un droit très satisfait pour tout le monde. Donc cette rigidité mène à des injustices, car on ne peut pas avoir accès à la justice.

Conséquences provisions d'oxford : extension du tresspass, création de la cour du Chancelier, parce que les gens ne sont pas satisfait.

Les provisions d'oxford n'ont eu aucun effet à long terme sur la common law ? FAUX .

- Ca eu un effet :
  - Contenu des provisions d'oxford
  - Impact au niveau de l'extension du

contenu du tresspass

- Création de la cour du chancelier

- Au 15<sup>ième</sup> siècle, la common law est devenue la principale source du droit. Donc à qui écrivent les gens qui ne sont pas satisfaits des cours royales de la common law ? Au Roi ou à la reine. Historiquement, les rois européens ont une dette de justice envers leurs sujets (ils sont fontaine de justice). Dans le serment du sacre, le roi jure de rendre justice à tous. Les lettres que les gens envoient pour se plaindre de la common law sont des « bills » en anglais (pétitions en français). Alors le Roi se retrouve avec tous ces bills et celui-ci va les remettre au Chancelier, car il représente la conscience du roi (en tant que ministre de la conscience du roi). Le Chancelier va donc commencer à s'occuper et à être responsable des pétitions.

- II. Les nouveaux juges «en conscience»

Le Chancelier n'est pas tout seul pour s'occuper des bills. Il possède des gens dans son secrétariat. Ces gens sont des clerks de la chancellerie, souvent membre de l'église. Ils ont des connaissances en droit savants du moyen-âge, donc en droit canon et en droit romain. Peut à peut va se former une nouvelle cour autour du chancelier. A la fin du 15<sup>ième</sup> siècle, arrive la **cour du Chancelier** (Cour of chancery) **Cour d'equity**. La cour du chancelier a beaucoup de succès.

- Elle va avoir du succès parce que sa

procédure est beaucoup plus intéressante et efficace que la procédure de common law.

Common law = très formulaire ; on parle le law french, la langue pour l'écrit = latin, juge qui ne jugent pas, mais compte les points entre les parties, pas de writ = pas d'actions ...

- III. La procédure d'equity

- 3 grandes différences entre common law et equity

- i. **Le rôle du juge.**

- Le chancelier (juge en conscience – il cherche la vérité) en tant que juge est beaucoup plus actif, car il prend la décision finale, lui-même. Il cherche la vérité. Il peut convoquer le défendeur (avec un subpoena) et l'interroger. Le chancelier décide vraiment si le demandeur à raison ou tort, et il a un vrai pouvoir dans la recherche de la vérité. Il peut convoquer des témoins, emprisonner des gens, etc... C'est une type de procédure inquisitoire, où les juges ont un grand pouvoir dans la conduite de l'action. C'est un vrai jugement, appelé décret. Les écrits sont la meilleure preuve.

- \*\* les procédures accusatoires sont lorsque le juge n'a qu'un rôle d'arbitre. Il doit être complètement impartial et ne pas interférer dans le procès. Et les procédures inquisitoires sont celles où le juge à

un rôle actif, où il juge, qu'il décide de tout.

- Donc il juge beaucoup plus que les juges de common law (en common law = c'est les avocats qui conduisent la procédure et qui débattent).
- Common law = Procédures de style accusatoires (le juge à un rôle passif, c'est les avocats qui s'occupent de faire avancer le procès.)
- Equity = Procédures de style inquisitoire. (c'est les juges qui ont un rôle plus grand, qui décident de tout et font avancer l'instance) (europe)

▫  
DONC 1ere grande différence entre common law et equity : le rôle du juge.

## ▪ ii. **Les formes d'actions :**

- Il n'y en a pas. On commence une action par un bill (où on raconte les faits et on dit ce qu'on veut obtenir). Puisqu'il n'y a pas de writs, la procédure n'est pas tenue sur des rails. Pas besoin d'acheter un writ, donc ce n'est pas coûteux. C'est beaucoup plus souple. La procédure est très souple, et le juge (chancelier) peut décider de ce qui est mieux pour la personne et ainsi décider

ce qui est le plus juste et ainsi il peut ordonner, par exemple, l'exécution en nature.

▪ iii. **La langue.**

- Tout se fait dans la langue de la population ; l'anglais, donc les gens n'ont pas besoin d'avocat, ils peuvent se représenter eux-mêmes.

b. La stabilisation des relations entre *l'equity* et la *common law*.

• I. Les zones de friction.

- Les juges de la common law deviennent fâchés parce que le chancelier peut renverser leurs décisions. (parce que progressivement, elle devient un peu comme une cour d'appel des 3 cours de common law)
- Le conflit va donc éclater sous le roi *James 1<sup>er</sup>*. Il est descendu d'Écosse pour prendre le trône. Donc à cette époque, il est le roi de l'Écosse et de l'Angleterre. Celui-ci descend avec une conception de la monarchie qui n'était pas du tout la même que les rois avant lui. Selon lui, la monarchie est la plus grande chose sur terre, donc le roi à tous les pouvoirs (dont le pouvoir de vie et de mort sur tout leur sujets), monarchie absolue. Mais ce n'était pas comme ça en Angleterre depuis longtemps.
- Sous *Jacques 1<sup>er</sup>*, le chancelier va pouvoir renverser toutes les décisions des cours

royales qu'il le veut. Jacques 1<sup>er</sup> s'appuie sur son chancelier : Ellesmere.

- II. La querelle entre Coke et Ellesmere (1616)
  - Il va y avoir une opposition sur la question des pouvoirs des chanceliers et des cours royales. Il y a un clash frontal entre ces deux hommes.
  - Coke représente les cours de common law. Quant aucun document (constitution) ne parle. Les deux hommes vont aller devant le roi celui-ci va être d'accord avec son homme de main, le chancelier.
  - La common law va finir par se concorder avec l'équité.
- 
- 
- III. Une pacification progressive
- - i. L'équité, une seconde de common law
    - Bouleversements politiques
    - Il n'y a pas de manière de faire tomber le roi, car il n'y a pas d'institutions intermédiaires entre le parlement et le roi.
    - Tout cela va aboutir à une guerre civile, par le fils de James, *Charles 1<sup>er</sup>*. Celui-ci pense comme son père, donc l'armée des parlement se dresse contre l'armée du roi. Les gens ne sont pas passionnés par cette révolution. Les armées des

- deux côtés ont des principes.
- À la tête de l'armée du parlement il y a *Oliver Cromwell*. Il va créer une armée d'élites disciplinés puritains. Ceux-ci ne font pas de pillage.
  - Charles 1<sup>er</sup> va être décapité en **1649**. Plus de roi en Angleterre. Donc après ça, le pouvoir va être au Parlement et à l'armée. Alors Cromwell va prendre un peu le pouvoir, puisqu'il n'y avait plus personne et va mettre en place une constitution. Il déteste la common law et l'equity, donc il va abolir toutes les cours à cette époque. Il n'aime pas le droit d'origine judiciaire.
  - Cromwell va mourir en **1658**, donc tout va s'effondrer avec lui. et Charles II va revenir en Angleterre pour prendre le trône en **1660**. Celui-ci ne va pas agacer personne lorsqu'il est au pouvoir.
  - De **1649 à 1660**, c'est l'interrègne (période où il n'y a pas de loi). Mais la couronne était encore là même si elle n'était pas sur la tête de personne.
  - En **1660**, c'est la restauration, là ou on remet tout en place (les cours et tout) On revient à ce qui était ; on efface la période d'entre deux règnes.
  - L'équilibre entre la common law et l'equity va changer après cela. Le gagnant politique après la restauration est le parlement, donc la common law.
  - Charles II va reconnaître le pouvoir

du parlement. Les juristes de common law vont être ceux qui vont être le mieux vu. La récompense qu'on donne aux juristes de common law est que pour que les gens puissent étudier l'équity, ils devront avant tout apprendre la common law. Après cela, les juges des cours d'équity seront aussi des spécialistes de la common law. Ce sont les bouleversements procéduraux. Les membres de la cours des chancelier seront choisis par les membres de la Inn's of court donc ils seront formé à la common law.

- \*\* D'habitude, quand il n'y a pas de roi, ce sont des périodes d'anarchie. C'est pourquoi en Angleterre ils préféreraient avec un mauvais roi plutôt que de pas en avoir un.

La Cour du chancelier ne va maintenant que pouvoir changer les effets des décisions (exécution en nature au lieu de dommages et intérêts). Cela amène à une pacification entre la common law et l'équity

- Mutation conceptuelle :
  - Différence entre equity et équité.
  - C'est le changement du sens de ce qui est l'équity. Le concept d'équity n'est vraiment pas la même chose que

l'équité.

- L'équité est :
  - l'égalité, donc on va traiter tout les gens qui sont dans la même situation de la même façon.
  - 
  - Un jugement en équité, c'est lorsque le juge met de côté la règle générale (puisque'elle aboutie à un résultat injuste, compte tenu des circonstances), pour une situation exceptionnelle.
  
- L'équity du chancelier au début est vraiment de l'équité dans le sens où il peut mettre de côté les règles générales. (dans le deuxième sens de l'équité).
  
- La cour du chancelier va commencer à appliquer le système du précédent (si la chose est déjà jugée, on va la juger pareil). Donc ça devient très systématique avec des règles qui s'appliquent à tout le monde. Ça va donc créer des injustices dans des cas particuliers. Cette formalisation de l'equity, qui s'appliquent à tout le monde et qui amène des injustices vont aussi amener une pacification entre les cours de common law et d'equity. Quand nous savons que ce que nous voulons nous ne l'obtiendrons pas, nous pouvons aller devant la cour du chancelier.

- Le chancelier va regarder les consciences des parties, donc s'ils se sont bien comportés.
- « *he who seeks equity must do equity* » : cela signifie que pour aller dans les cours d'equity, il faut avoir été d'equity pour aller devant la cour du chancelier (un peu comme la bonne foi). Donc il ne faut pas avoir eu de mauvaise foi, donc qu'il ait lui-même été équitable. Il faut donc que le demandeur ait des « clean hands ». Il faut regarder l'état d'esprit du demandeur.
- Le chancelier va refuser la cour d'equity à tous ceux qui se sont mal conduits et qui n'ont pas les mains propres. Cela va par contre faire diminuer le nombre de gens qui vont pouvoir aller devant la cour d'equity et **amener une pacification entre les cours de common law et celle d'equity.**
- \*\* La notion de « bonne foi » n'existe pas en common law. Donc on ne peut dire que la notion de « clean hands » est la même chose que la bonne foi. Il faut utiliser cette expression en mettant des guillemets.
- l'equity est donc une sorte de règle (de précédents) opposée aux règles de common law. Elle ont été créées par la cour du chancelier (juge) et

non par les cours royales.

• **Le chancelier ;**

- Est le ministre de la conscience du roi
- Juge en conscience
- Évalue la conscience des parties.

• **i. Dépendance quant au fond du droit :**

•

- L'équity suit la common law. Les règles d'équity ne peuvent pas exister sans les règles de common law, mais celle-ci peut exister sans l'équity. Pour se poser une question devant en equity, il faut déjà avoir analysé le cas en common law. Au début, on devait aller devant les cours de common law et si nous n'étions pas satisfait avec le jugement, nous allions devant la cour d'équity. Cela a changé par après ; **on peut directement aller devant une cour d'équity** quand on sait que ce que nous aurons en common law ne nous convient pas (ex : pour une exécution en nature).
- 
- L'équity ne veut pas remplacer les règles de common law, donc elle les modifie (faire des exceptions dans des cas particuliers ou des règles qui dérogent) seulement quand c'est nécessaire.
- 
- **Il y a un équilibre progressif qui va se créer entre la common law et l'équity. Alors il va y avoir beaucoup moins de conflits.**

○

• **ii. Les Judicature Acts 1873-75**

- Il réorganisent toutes les cours en Angleterre. Ils mettent sur pied une pyramide judiciaire et élimine les 3 cours royales et celle d'équity.
  - Pyramide :
    - High court
    - Cour d'appel
    - Cour suprême d'Angleterre (auparavant la chambre des Lords)
- Donc il n'y a plus de cours séparées entre la common law et l'équity. Ils fusionnent donc les juges de common law et l'équity. Fusion sur le plan procédural , MAIS les règles de common law ne se fusionnent pas avec celles de l'équity.
- 
- Si il y a une contradiction/conflict entre une règle de common law et une règle d'équity, qui va l'emporter ? – C'est l'équity qui doit s'appliquer.

• **iii. Que reste-t-il de l'équity?**

- Les apports au droit matériel
- - L'équity a ajoutée des remèdes comme l'exécution en nature, l'injonction et la *specific performance*. Ce n'était pas automatique, il fallait que le chancelier regarde si les gens avaient les clean hands pour bénéficier des

ces choses là. **Donc on va toujours regarder la conscience des parties.** Ce ne sont pas des remèdes absolus. Les injonctions (ordre donné par un juge à une des parties dans un litige) sont discrétionnaires. (sanction = possibilité d'amende ou d'emprisonnement)

- - Le trust (la fiducie) \*\*\* PAS À L'EXAMEN
  -
- 
- On va faire un transfère de biens à un avocat ou une personne qu'on fait confiance, pour qu'elle laisse une autre personne utiliser le biens et pour ne pas se faire saisir les biens, quand on mourrait, exemple.
- 
- Tout ce que la common law voit, c'est le transfert des fiefs simples et des biens du donateur vers l'avocat. Pour les juges de common law, l'entièreté des biens à été transférée à un avocat. Donc ceux qui sont dedans n'ont aucun droit dessus (les franciscains).
- Alors les franciscains vont se tourner vers la cour du chancelier, qui va regarder la conscience de ceux-ci. Cette cour va voir s'il y a eu un manquement de la promesse que l'avocat a fait au donateur ou au noble parti à la guerre. La cour du chancelier va protéger les franciscains et la famille des nobles, et à la force de les protéger, on va dire qu'ils ont en droit des biens, un droit réel, un droit en equity.
- 
-

- settlor ---- trustee --- -  
cestui que trust
- constituant --- - "fiduciaire » ---  
- bénéficiaire
- Legal estate (droit réel en common law) - --  
-Equitable estate -----  
(droit réel en equity)
- 
- Elle aboutie à dédoubler tout la common law des biens. Donc x2 pour tout les droits réels et mobilier qu'on doit avoir.
- On peut utiliser les trusts en droit de la famille, en droit des sociétés, en droit des biens.
- Les obligations du trustee vers le bénéficiaire sont des obligations fiduciaires. (exemple : médecin – patient), il y une relation de confiance.
- Les systèmes civiliste aimerait bin avoir le trust. L'ennui avec le trust c'est «comment traduire cette chose» avec le droit des biens dans les système civiliste.
  - Dès 1888 : ils vont introduire le trust dans le Ccbc. Le code civil ne répond pas à la question de « qui a le droit de propriété lorsqu'il que le bien qui fait l'objet du trust »
  - - La solution qu'on a choisi au CcQ : article 1261 ; on décide que plus personne a un droit de propriété sur un bien qui font l'objet du trust.
      - Le trust (la fiducie) au Québec = patrimoine.
      -

En conclusion : l'équity est un droit \*\* 38 minutes  
**Les transformations législatives**

• **a. La loi au Moyen-Âge**

- La loi est une source de droit qui émane du parlement
- La common law est un droit créée par les juges
  - Dans les systèmes de common law – 2 sources de droits :
    - Dans les jugements
    - Lois du parlement
  - II. Un rapport de dépendance à la common law
  - - La loi dépend de la common law.
    - Dès le moyen age, la loi du parlement peut modifier la loi d'origine judiciaire (common law et equity), mais pas l'inverse. DONC les juges de common law ne peuvent pas modifier la loi du parlement.

b. Le renouveau législatif

i. Un statut revalorisé

- Statut revalorisé pour la loi du moyen âge.
- Les lois vont créer des nouveaux domaines juridiques, comme le droit de consommation, droit du logement, droit de la propriété intellectuelle...
- La légitimité de la loi va progresser avec la légitimité du parlement.

- **Les avantages du juges** : le juge est en première ligne, et il est bien obligé de décider. Il a l'avantage de décider en premier.
- Cependant, il ne peut pas prendre le temps comme le parlement de rendre sa décision ou même s'informer.
- **Les avantages du législateur** : le fait que le parlement soit élu donne une légitimité aux normes qu'il adopte. De plus, il peut prendre le temps qu'il faut pour résoudre la question et adopter la loi, il n'a pas de calendrier. Le parlement ayant le temps, il peut s'informer, avant d'adopter une loi. Il peut prendre son temps et se faire éclairer sur les décisions qu'il doit prendre.
- Cependant, ils sont facilement influençable par le lobbying et il y a des groupes qui ne réussissent pas à se fait entendre en raison de l'argent.

### L'interprétation des juges de la common law face aux lois du Parlement.

- Est-ce que les juges ont un pouvoir sur la loi du parlement ? Les juges vont devoir interpréter les lois pour les appliquer.
- Les juges doivent créer leur common law et l'appliquer, mais ils doivent aussi appliquer les lois du parlement. Ils doivent donc interpréter ces lois. On peut faire une interprétation large, donc définir les mots dans les lois pour qu'ils

s'appliquent à le plus de situations possibles (donner un sens beaucoup plus large au mots dans la loi). Pour l'interprétation stricte ou restrictive, on donne un plus petit champs d'application aux textes de loi.

- Les juges de common law vont avoir tendance à faire une interprétation stricte ou restrictive des lois du Parlement pour qu'elles s'appliquent dans le moins de cas possible, pour protéger le droit d'origine judiciaire (common law et equity) Donc si la loi à un plus petit champ d'application, ça laisse plus de place au droit d'origine judiciaire.
  
- Les juges ne vont pas toujours interpréter les lois de façon restrictive, dans les cas où les lois portent sur des matières qu'eux-mêmes n'avaient pas créer de droit ; dans ces cas-là, ils vont l'interpréter de façon large parce que c'est bénéfice pour eux. Il faut donc se demander qu'est-ce que la loi actuelle fait sur la common law qui existe, cela est la mischief rules. Le reflexe est une interprétation restrictive, mais les juges peuvent aussi interpréter de façon large.
  
- L'interprétation dans les systèmes de droit civil.
  
- Dans les systèmes civilistes, la tendance est une interprétation large et créative. Puisque ces juges ne peuvent pas créer du droit, c'est de cette façon qu'ils vont réussir a en créer. (les juges ne sont

donc pas en situation de concurrence avec les législateurs).

- Loi créée ds CcQ = générale et impersonnelles à donc les juges doivent définir les mots dans les lois ex : faute. Les juges doivent être créatifs, sinon avec les concepts généraux du code, il ne marchera jamais.

- Le parlement.
- Le parlement va vouloir codifier les règles de common law.
  - En droit pénal/criminel, le fait que ce soit de la common law, rend les choses moins claires.
- \*\* La common law codifie le droit criminel en **1892** au Canada. En Angleterre, pas encore codifié.
- **Est-ce que le code criminel est un vrai code au sens civiliste du terme au Canada ?**
- **Non ;**
- Dans l'organisation du code : la première partie n'a pas de titre, c'est une partie fourre-tout. Les concepts ne sont pas assez généraux et abstrait.
- Les relations entre les juges et le code criminel du Canada : ils continuent de faire évoluer la common law, même s'il y a un code criminel.

Interprétation large des codes ne veut pas dire déformer les codes.

Le code criminel ressemble plus à la loi salique qu'à un code civiliste ? Vrai ou faux ? : voir enregistrement pour la réponse.

- VRAI
  - Expliquer pourquoi le code criminel n'est pas un vrai code au sens civiliste du terme et rapport avec loi salique c'est dans la première caractéristique : organisation du code criminel désorganisé et mêlé à la première partie, un peu comme la loi salique.

Est-ce qu'on peut traduire equity par équité : définir ce qu'est l'equity et l'équité. – si l'equity était de l'équité avant .. et définir les 2 notions.

## B. L'ESSENCE DE LA COMMON LAW : ENTRÉE PROTÉE INSAISSABLE ET EXTOPLASME JUDICIAIRE

### **1. Une créature judiciaire**

#### **• Qu'est-ce que la common law ?**

C'est une créature judiciaire

#### **• a. Le juge et l'énoncé de la common law.**

### **2 THÉORIES :**

- I. Le juge « oracle » de la coutume générale du royaume
- Le juge est comme un oracle de la common law. La common law existe en dehors du juge, mais tant que le juge

n'est pas intervenu, on n'est pas supposé connaître le droit, les juges doivent se prononcer.

- II. Le juge créateur de droit
- Les juges sont créateurs de droit. Sans eux, la common law n'existe pas. Cependant, si on arrête de dire que ce sont les juges qui créent le droit, il va y avoir un problème de légitimité, car les juges sont nommés, quant au Parlement qui est élu.
- III. Les «deux corps» de la common law
- Ce sont les endroits où on trouve physiquement les règles de la common law :
- i. Les jugements écrits :
  - C'est dans les jugements rendus par les juges que nous allons trouver la common law.
- 
- Ii. Le savoir commun aux professionnels du droit
  - Le savoir partagé par les professionnels de la common law, pas seulement les juges, mais tous les professionnels (avocats, étudiants, professeurs, juges, etc).
  - Le juge décide conditionnellement à sa participation à la communauté juridique à laquelle il se trouve.
  - La théorie des « deux corps » a été émise par un historien de la common law. Ça résidait dans les Inn's of

court. Par exemple, les juges sont eux-mêmes dans une espèce de common law virtuelle, qui réside dans le savoir commun de plusieurs autres personnes qui ont une idée de ce qui est correcte. C'est un droit coutumier qui sort à travers la voix des juges, ce qui rejoint la théorie de Blackstone. Les juges, sans trop le savoir, font souvent paraître à travers ce qu'ils disent, qu'ils se sentent plus liés à l'une ou l'autre des théories.

- Aucune théorie n'est vraie, dans l'absolu.

- **Dawson** : la common law existe à travers les juges.
- **Blackstone** : la common law existe sans les juges, mais c'est par l'entremise de ceux-ci que nous allons la connaître.

Expliquer comment les juges sont des oracles du droit d'origine judiciaire dans les systèmes de common law.

- - il fallait donc parler de théories, dire s'il y en avait une qui était vraie dans l'absolue ou non, expliquer la théorie des deux corps etc.

Discuter comment les juges français sont, ou non, des oracles de la loi pendant la période révolutionnaire et après Pendant la période napoléonienne.

- Parler du juge qui fait parler la loi, qui met des mots sur la loi, exactement comme la théorie de Blackstone. Le juge met des mots sur la loi, le juge bouche de la loi.

Quels sont les deux corps de la common law ?  
jugements écrits et savoir commun. comment ça  
réconcilie les deux courts ? expliquer blackstone et  
2e théorie. expliquer comment selon nous la 3e  
réconcilie les 2 premières.

b. Le juge gardien de la common law :

• I. Le contrôle de l'administration

- Le juge considère qu'il doit protéger la common law, que c'est un privilège des citoyens. Ils en sont les trustees. On leur fait confiance pour appliquer la common law et la protéger, car c'est le droit fondamental plus ancien.

○

- C'est aussi là qu'on trouve dedans, avant même les chartes, l'expression de droit et libertés fondamentaux.
- Ils sont aussi gardiens de la common law contre d'autres pouvoirs arbitraires, comme le législateur et l'administration.

Contrôle des décisions administratives par les juges pour s'assurer que l'Administration ne fait pas n'importe quoi au niveau des droits fondamentaux. Droit administratif = matière de pure common law. L'administration s'exprime dans les règlements (dans plusieurs matières).

L'ennui avec les tribunaux administratifs est que ces tribunaux prennent des décisions qui nous affectent énormément. Sans surveillance, ces tribunaux peuvent ne pas être très justes et écarter des droits qui sont

garanties par la common law. Cependant, les juges des cours royales vont commencer graduellement à réviser des décisions des tribunaux administratifs.

## II. La Charte canadienne, une deuxième common law ?

Le parlement (le législateur) peut aussi par des lois restreindre les droits fondamentaux des citoyens.

Les juges sont les gardiens de common law contre l'administration, mais aussi contre le législateur.

Charte québécoise : 1975, Charte canadienne : 1982

Dans la charte québécoise : On peut évoquer la charte québécoise contre une personne privée.

- La Charte canadienne possède une application verticale, car elle ne s'applique que contre l'État.
- La charte québécoise elle s'applique contre les personnes privées et l'État, donc elle a une application horizontale. Le contenu des droits protégés est plus étendu dans la charte québécoise (droits économique et sociaux, protection du droit au respect des biens).

La Charte canadienne a un rang constitutionnel – donc une simple loi ne peut pas abroger la

charte canadienne.  
La Charte québécoise a la valeur d'une simple loi, donc une simple loi peut l'abroger.

Les juges de common law vont avoir tendance à interpréter largement car ;

- 3 RAISONS :
  - Les juges peuvent utiliser la charte pour surveiller l'activité créatrice du parlement dans son pouvoir de créer des normes.
  - Les articles de la Charte sont vraiment des concepts généraux (concepts larges sans être définis) (un peu comme un code civil)
  - La Charte réaffirme de manière positive, des droits et libertés déjà protégés dans la common law, sous forme d'une expression plus claire. Ils vont avoir une attitude différente face à la charte qu'une autre loi ordinaire du parlement. Les juges étaient des protecteurs de la common law, donc ils sont aussi les protecteurs de la Charte.

## 2. L'attentisme et l'opportunisme plutôt que la planification rationnelle

On essaye pas de tout prévoir à l'avance. On attend que le problème se pose, arrive devant un juge et on espère que le juge pourra le résoudre. Nous ne sommes jamais trop sûr de ce que sera la réponse.

### b. Le droit par défaut : le cas du droit pénal

- I. Un droit criminel ébauché faut de mieux

(on l'a laissé se créer, parce qu'il en fallait un, mais on n'a pas vraiment réfléchi à la chose)

Les gens se vengent, donc ce sont les systèmes de vengeance privée.

L'Angleterre a plus de pouvoir, car le territoire est plus petit, alors le King's Bench peut imposer sa propre justice pénale. L'action pénale est portée au nom du roi, et les sanctions pénales s'en vont dans les caisses du roi. À la fin des procès pénaux, il y a aussi des confiscations (félonies). Donc une confiscation des biens du condamné.

Rendre la justice en matière pénale rapporte de l'argent et on maintient l'ordre public du roi, pour que le royaume soit assez calme pour que la richesse puisse circuler .

Mais comment on commence une action en matière pénale devant le King's bench?

- La plainte de la victime ou de sa famille  
nommé un appel
- Le Grand Jury (indictment/inculpation) : est un jury qui va décider non pas de la culpabilité mais qu'il y a assez de preuves (assez sérieux) pour commencer une action pénale. Il décide si on commence l'action ou pas. Quand il ne la lance pas ; en tant que victime ou famille de la victime, vous n'avez plus de recours.

## II. L'exemple du jury

- On utilise les ordalies (jugement de Dieu) (par l'eau ou par le feu) au départ.
- Qui va constater la réussite ou pas de l'ordalie? – un prêtre.

- Pourquoi est-ce qu'on utilise l'ordalie ? – il y a une unité de croyance au moyen âge (croyance par tout et c'est mal vu de dire qu'on ne croit pas).
- On ne peut pas mettre en cause l'ordalie, sinon on met en cause dieu qui a donné ou non la force à l'Accuser de réussir l'épreuve.
- Donc l'ordalie permet de restaurer l'harmonie sociale après la décisions (faire taire les autres après la décisions).
- Soit unilatéral ou bilatéral (duel judiciaire).
- On utilise l'ordalie jusqu'en 1215 .
  
- En 1215 : réunion des archevêques et du pape pour discuter de pleins de choses relative au droit de l'église... Ils se réunissent dans une église de rome qu'on appelle l'Atran (le 4<sup>e</sup> concile de l'Atran). Ce 4<sup>e</sup> concile de l'Atran va mettre fin au jugement de dieu. On interdit désormais aux prêtres de participer aux ordalies.
  - Pourquoi ? :
    - On fixe son agenda à dieu pour diminuer sa puissance.

Si les prêtres ne peuvent plus être aux ordalies, on ne peut plus utiliser les ordalies.

Qu'est-ce qu'on va donc utiliser dans le reste de l'Europe ? :

- Un aveu ! Parce que l'aveu est la reine des preuves !
- Les juges vont se mettre à utiliser la torture pour avoir des aveux. (europe)
- En angleterre : ils vont utiliser les

jury de jugement en matière pénale devant le King's bench. (on a donc un grand jury, qui commence l'Action et le petit jury qui décide ou non de la culpabilité).

- Petit jury : En matière pénale, il faut que l'accusé accepte pour être jugé par lui. S'il accepte pas, l'accusé sera donc mis en prison de manière forte et dure (peine forte et dure qui amenait la mort).

Il y en a qui vont le faire simplement pour mourir sans que leur culpabilité soit établie : avantage : intérêt de protéger la famille.

Plus de 500 ans plus tard ; le parlement va intervenir pour arrêter la situation. Il dira donc que si l'accusé refuse de passer par le petit jury, il sera donc condamné automatiquement.

- Il va commencer à avoir des avocats en 1836 (pour le droit pénal)
  - Si pas d'avocat = retarde la réflexion sur les questions de droits.
- Les témoins du défendeur, on ne leur fait pas prêter serment de dire la vérité. Tandis que les témoins de l'accusation eux prêter serment de dire la vérité.
  -
- Il n'y a pas de réglementation des modes de preuves.
  -
- Les petits jury entendent plusieurs affaires à la suite et doivent tout retenir avant de rendre tout leurs jugement à la fin de la

journée.

- 
- On a laissé s'étendre la catégorie juridique des félonies \*\* 12 minutes et une fois que le jury va rendre un verdict de culpabilité = peine de mort automatique, parce que c'est classé comme félonie. (en civil)
- 
- En common law, on va trouver des moyens d'éviter la peine capitale, la peine de mort quand elle est disproportionnée.

### III. L'exemple de l'évitement de la peine capitale :

#### Le bénéfice du clergé :

- Puisqu'on est un membre d'une église, on échappe à la compétence du King's Bench. Donc on va être jugé par les cours de l'église.
  - Plus avantageux parce qu'il n'y a pas de peine de mort dans les peines possibles.
  - Comment est-ce qu'on prouve qu'on est membre du clergé ? : Savoir lire et écrire. Donc on va le soumettre à un test de lecture.
  - Ils utilisent toujours le même paragraphe de la bible et donc, on peut faire apprendre par cœur les prisonniers qui ont fait certaines infractions pas grave, donc on va leur faire apprendre par cœur et ainsi, même s'ils ne savent pas lire, ils sauront le réciter et ainsi éviterons la peine de mort.
- La femme enceinte :
  - Les femmes ne peuvent pas invoquer le

bénéfice du clergé, parce qu'il n'y a pas de femmes à l'époque dans le clergé.

- Elles devront donc évoquer qu'elles sont enceintes.

▪

- Le privilège du sanctuaire (Asile) :

- Quelqu'un qui est poursuivi par la police ou qu'il s'est échappé de la prison ; il va se réfugier dans l'église et il demande l'asile.
- Ça dure 40 jours et pendant ce temps les policiers ne peuvent pas arrêter la personne.
- Après 40 jours, la personne a le droit de se rendre à la police ou s'exiler (quitter l'Angleterre).
- La police profanerait l'église si elle allait arrêter la personne dans l'église avec de la force. Le prêtre ne peut pas refuser les individus.

- Le pardon royal

- Le roi ou la reine d'Angleterre peut aussi pardonner.
  - MAIS ; ce n'est pas gratuit. On pardonne les gens condamnés à mort à la condition qu'ils aillent travailler pour l'Angleterre dans les colonies.

- Le parjure du jury

- Le jury qui rend un faux verdict
  - On n'en sait rien, parce qu'on ne connaît pas les discussions des jurys.
  - Mais on peut supposer que ça existe (ex : quelqu'un qu'on sait qui a volé un paquet de gomme, mais on ne veut pas qu'il ait la peine de mort pour autant, donc on va dire qu'il ne

l'a pas fait)

L'esprit de continuité et de thésaurisation :

- On garde tout. , «Ça peut toujours servir»
- A. Un droit élaboré sans rupture majeure :
  - Pas de renouveau du droit, rapport au passé très important. Droit qui s'élabore sans cassure, de manière continue.
- B. Précédent et référence au passé (p.189 et ss)
  - Un droit qui fait beaucoup référence au passé.
- C. Illustrations :
  - I. le duel judiciaire
    - Pour résoudre le litige, un combat judiciaire entre le demandeur et le défendeur et celui qui gagne le duel gagne l'action en justice.
      - Il n'a donc jamais été aboli, parce qu'en common law, on garde tout en se disant que ça peut toujours servir.
      - On a fini par supprimer en faisant une loi, parce qu'un individu a demandé devant le King's bench un duel judiciaire.
  - II. Les deodands
    - Quand une chose cause des dommages ou tue quelqu'un par accident. (un objet)
      - On va vendre l'objet qui a causé le dommages et on va donner à la victime le prix de cette vente.
      - On ne l'avait pas abrogé jusqu'à l'Arrivé des voitures, des trains ... ; il a fallu faire une loi pour se mettre à l'abris et ne pas devoir vendre le train (par exemple)

## Le Québec au confluent de deux traditions y-09-15 23:26

P.25 dans le plan.

Pourquoi est-ce que le Québec est un système mixte ?

1. Une histoire française en pays canadien :
  - a. Une colonie française en Amérique : la Nouvelle-France : 38 min
    - Le commerce
    - Cherchait un nouveau passage vers les Indes
    - Richesse et souci de population
    - 
    - Nouvelle-France : Qc jusqu'en Louisiane. (provinces acadienne, maritimes, quelque morceaux de l'Ontario à ce moment là, parce que c'était pas découpé comme ajd)
  - 
  - b. La guerre franco-anglaise et la perte de la Nouvelle-France :
    - La France va perdre la Nouvelle-France
  - c. La préservation du droit privé française au Québec
    - I. Le traité de Paris (1763) et la Proclamation royale (1763)
      - La guerre se termine avec le traité de paris (date importante)
        - La France abandonne la nouvelle France à l'Angleterre. (la n-France passe sous contrôle anglais)
        - Il dit rien du droit applicable en Nouvelle-France. 48 minutes
        - Pour ce qui est du droit : Il suffit

que les Anglais soit là : la  
common law s'applique

- La common law ne va pas  
s'appliquer automatiquement, il  
va falloir une
- 
- La proclamation royale :  
Elle dit que la common law  
s'applique sur un territoire  
que l'Angleterre vient de  
s'approprié. Donc elle dit que  
la common law s'applique sur  
toutes les matières en  
Nouvelle-France.
  - Résistance de la  
population aux colons  
anglais.
    - En terme de langue
    - En terme de religion
  - Résistance populaire  
seulement au QC :
- 

- II . Acte de Québec (1774).

- Il va rendre au 53 min.
- Les maritimes devront rester avec la  
common law. (parce qu'il ne restait plus  
assez de français pour résister à la  
proclamation royale)
- Concerne donc que le Qc.

- i. «Les loi du Canada» :

- Il vont restituer, rendre aux  
québécois l'application des lois  
du Canada en matière de  
propriété et de droit des citoyens  
(droits civils)

- Loi du Canada rendues au québécois dans l'acte de Qc : droit d'inspiration française qui s'appliquaient en Nouvelle-France à moins qu'elles ne passe sous contrôle anglais.
  - On les trouvaient dans la coutumes. (on se situe avant le CcQ) - (coutumes de paris (droit coutumier français) et coutumes locales)
  - On les trouve aussi ds le droit romain (supplétif au droit coutumier)
  - Aussi dans le droit canon (ex : mariage, relation entre époux ...)
  - Ordonnances royales.
  -

## ii. La propriété et les lois civiles. :

- Ce que fait l'Acte de qc c'est de rendre un droit d'inspiration française au québécois, mais seulement en droit privé. Pour ce qui est du droit public – reste du droit de common law. (ex : droit pénal, constitutionnel, administratif...)1h02..

Proclamation royale + acte de qc = système mixte pour le Qc ajd.

2. Le code civil, pierre angulaire du droit civil québécois

CcQ : très important au Qc.

CcBc = 1866; entrée en vigueur.

On va 1 h07

- a. Le Code civil du Bas-Canada
  - inspiré par le Code civil français
    - 3 différences principales :
      - 
      - l'esprit des 2 codes = pas le même.
        - Raison d'être du code civil du bas Canada : pour protéger le droit civil québécois des influences de la common law, le mettre sous clé, le rendre plus claire, bien l'écrire quelque part.
        - Esprit du code napoléon (code civil français) : on veut faire une société nouvelle, on veut rompre avec l'ancien régime.
      - Langue :
        - CcBc : français et anglais (comme CcQ)
        - Code Napoléon (français) : unilingue, juste en français.
      - Le droit matériel :
      - Différence de contenu
        - CcBc : Règles relatives à la publicité mobilière dans le CcBc; matière du droit commercial est ds le CcBc.
        - Code Napoléon : Les règles relative à la publicité mobilière sont dans une loi à part. Le droit commercial est toujours dans un code à part.

Code civil du Québec :

- On fait un nouveau code, car l'ancien est vieux ; donc on fait un code avec des règles générales, abstraites et impersonnelles.
- 
- Le droit de la famille est la partie du droit qui change le plus, donc il a tout fallu changer.
- Obligations : avant, plus formaliste, on respectait le contrat tel qu'il avait été convenu. Drt des contrats aussi ; on trouve qu'il vieillit de plus en plus..

Qu'est-ce qu'on peut faire quand on a un code qui vieillit? :

- En faire un nouveau
  - Tâche difficile, prend bcp de temps.
- On peut faire une loi pour modifier les morceaux du code qui sont dépassés.
  - Modifier morceaux par morceaux avec des lois = va plus vite, mais risque d'introduire des contradictions entre différentes parties du même code.

Le nouveau code :

- Codifier certains
- 

Est-ce que l'ancien code (CcBc) reste intéressant ? :

- Oui ; pour comprendre l'évolution.
- Oui ; pour être capable de lire des anciennes décisions qui citent les anciens articles.
- Oui ; si on est face à un problème de droit transitoire (quand la situation qui doit être jugée est née sous l'empire de la loi ancienne; qu'est-ce qu'on applique ; est-ce qu'on applique la nouvelle loi ou

la loi ancienne?) C'est dispositions transitoires se trouve dans la LarCc (à la fin du CcQ).

Le juge québécois entre droit civil et common law :  
RENDU ICI POUR NOTES

Ces juges québécois ; à quoi ressemble-t-il?

- À des juges de common law, beaucoup plus qu'à des juges français.

### 1. Un statut valorisé :

- Le nombre de juge :
  - Pas nombreux . Cour appel du Qc : 20 ; 144 à la Cour supérieure; Cour suprême du Canada : 9
- L'outrage au tribunal :
  - Si on ne respecte pas une injonction ou qu'on insulte les juges (exemple) : outrage au tribunal – susceptible d'une amende ou d'une condamnation.
- Les règles de pratique
  - À la fin du cpc : règles pratique cour supérieure et règles pratique cour d'appel.
- Les compétences en matière constitutionnelle
  - En France: Cour de cassation (pour tout sauf les matières ou il y a leur propre cour) à matière constitutionnelle = devant une cour différente, même chose pour droit administratif.
    - Peut créer certains problème, parce qu'on peut avoir une cause avec plusieurs matières.
  - Ici : Les juges sont compétents pour

tout et ils ont un statut vraiment valorisé. Mais la cour suprême du Canada a un impact particulier en matière constitutionnelle. Le fait que le Canada soit un état fédéral, alors la cour suprême est comme un juge ultime et elle s'occupe des litiges qui concernent les partages de compétences.

## 2. Des jugements personnalisés :

- *Le juge est une personne :*
  - Oui, il parle à la première personne (je)
  - On connaît son nom dès le début de la décision
- Système civiliste : très dépersonnalisé (pas de nom du juge, mais plutôt « la cour »).
- *Les opinions dissidentes :*
  - Il y a une possibilité d'opinion dissidente.
  - Opinion minoritaire qui n'est pas d'accord avec l'autre partie de juges sur le dispositif (qui a gagné; qui a perdu)
  - Jugement concurrent : il est d'accord sur le dispositif, mais il veut changer le motif de la décision ou en dire plus sur le motif de la décision.

Possibilité d'opinion dissidente= augmente le statut du juge; donne donc une voix à tout les juges, y compris ceux qui sont en minorité.

Possibilité question transversale sur l'interprétation de la loi.

- Interprétation de la loi du parlement par les

- juges de common law
- L'interprétation de la Charte canadienne
- La manière dont on interprète la loi dans les systèmes civilistes par rapport à l'interprétation système de common law.
- Interprétation des loi à partir de l'époque Napoléonienne.

RENDU ICI POUR LES NOTES EN FONDAMENT

## Le juge et la jurisprudence

Ex : qu'est-ce que la jurisprudence, était-ce une source de droit? – exemple de question transversale

### 1. La notion de jurisprudence :

- droit romain : équivalent de notre doctrine ajd. On y trouve des réflexion sur les grand principes grecs. Ils essaient de définir les droits qu'on a (ex : qu'est-ce qu'un contrat, un droit de propriété...)
- À quoi servait-elle? : à aider les juges dans leur travail , puisque les juges n'étaient pas des juristes.
- Est-ce que la jurisprudence à Rome était source de droit?:
  -
- Où est-ce qu'on la trouve ? : dans le Code justinien : dans le digeste (toute la

réflexion des jurisprudents) et dans les institutes (manuels d'école de droit).

- Aujourd'hui : jurisprudence = ensemble des décisions rendues par les cours de justice.

## 2. Force variable de la jurisprudence :

- est-ce que la jurisprudence est une source de droit ou est-ce qu'on trouve des règles de droit dans la jurisprudence? (question posée par un juriste civiliste)

- Non. La jurisprudence n'est pas une source de droit. (quand on dit que la jurisprudence est une source de droit indirecte = pas une source de droit légitime)

- Est-ce que la jurisprudence est obligatoire? (question posée par un juriste de common law)

- Non , la jurisprudence n'est pas obligatoire, liante à la loi.

Pourquoi est-ce qu'il faut quand même regarder la jurisprudence :

- Parce que c'est la façon de savoir interpréter les concepts généraux du code.
- Elle nous renseigne sur l'interprétation de la loi.
- Pour les parties, la décisions est obligatoire; chaque décisions va lier les parties au litige.
- 
- Les juges n'ont pas envie que la décision soit renverser en appel, donc si la cour d'appel

s'Est déjà prononcer sur la question, alors on va suivre la décision

- Même chose pour les avocats, on espère que ça va avoir un poids et que ça va influencer le juge.

Système civiliste = pas une source de droit. , mais bien une source indirecte et une source de renseignement. (pour la partie droit public) – on va traiter les décisions comme les précédents.

Qu'est-ce que la jurisprudence et est-elle une source de droit?

Français + québec en droit privé : \*\*\*\*

Romain : non; jusqu'à temps qu'on l'insère dans le code justinien (quand on la met dans les institutes et dans le digeste, là ça devient une source de droit.)

Common law : common law = source de droit et premier corps de la common law = jugement.

- Quest-ce qu'on fait avec les décisions ? - précédents
- Les précédents sont comme la jurisprudence.
- La notion générale est extrêmement simple. : le jury devra décider une nouvelle affaire aujourd'hui, comme une affaire qui a été décider dans le passé si les faits dans ces deux affaires sont semblables.
- Le précédent en tant que chose : décisions elles-même.
- Système du précédent : mécanisme du stare decisis ; plus complexe, règles techniques qui viennent dire comment appliquer les décisions antérieures à notre affaire aujourd'hui. Règles techniques qui permet de sélectionner les décisions antérieures qui sont liantes et de savoir les appliquer.

Le précédent en tant que chose, en tant qu'idée est plus vieux que celui qu'on a maintenant (le mécanisme).

Commonlaw = droit qu'on trouve dans les jugements et les jugements = source de droit.

Force obligatoire du précédent : mécanisme du stare decisis :

- Précédent = obligatoire ; source de droit ; common law se trouve dans les jugements.
  - Première partie de la règle du précédent : permet d'identifier les décisions qui ont valeur de précédent aujourd'hui (dépend de devant quel juge on se trouve, dans quel sorte de droit on est)
    - On fait cela devant une triple perspective :
      - 1- perspective verticale : les décisions d'une cour supérieure à la mienne ont valeur de précédent pour ma cour. (ex : on est à la cour sup et on a une décision de la cour suprême ou la cour d'appel ; les 2 ont valeur de précédent dans mon affaire – dans le même système)
      - 2- Perspective horizontale : Angleterre ; cour d'appel = liée par ses propres décisions ; chambre des lords (cour suprême) = pas liée.
- Au Canada : perspective horizontale ne s'applique pas vraiment ; il y a une tendance à respecter nos propres précédents, mais pas quelque chose de coulé dans le béton. (on a tendance à le faire quand même, question de stabilité)

3- Perspective transversale (bas en haut) : décisions d'une cour inférieure qui peut devenir un précédent pour les cours supérieures ?

- Oui ; mais a certaines conditions :
  - Si la cour inférieure a à décider une nouvelle question, un nouveau point qui n'a jamais été posé ou tranché dans la common law et elle le tranche d'une manière conforme à l'opinion juridique de la majorité des juristes dans le système.
  - Il faut que la décisions de la cour inférieure soit pas la suite citée et utilisée comme un précédent par les cours au dessus.

Comment est-ce qu'on peut appliquer un précédent a notre affaire ajd . (2<sup>e</sup> partie dans le mécanisme du précédent) Comment identifier les valeurs ... (plan de cours)

- C'est un travail d'interprétation
- On interprète les décisions et on présente au juge en espérant le convaincre.(pas une science exacte, mais bien un art de convaincre le juge qu'on a la bonne interprétation)
- 

1ere partie a distinguer : les faits pertinents. ; ceux qui vont être importants pour comprendre le pourquoi de la décision.

- Ex : motherwell : faits = problème de harcèlement téléphonique, nombre de coup de fil, le fait que la personne ne pouvait plus utiliser son téléphone ...

2<sup>e</sup> partie : la ratio decidendi : raison de la décisions, pourquoi de la décision en droit. – motifs du juge. – TOUJOURS revenir au faits ; doit toujours être en lien avec les faits. (extraire des faits, parce qu'elle est toujours liée au faits)

3<sup>e</sup> partie : obiter dictum : considération du juge en fait ou en droit, mais qui ne rentre pas dans les faits pertinents, ni dans la ratio (pourquoi en droit des décisions) ; pas obligatoire, seulement des considération du juges. Pas valeur obligatoire. Il faut comparer, après avoir extrait la ratio et tout .. il faut comparer les faits pertinents des 2 affaires, et si les faits pertinents sont semblables, alors

- Si on a une distinction importante : (ex : intention de nuire qui n'est pas là dans un des cas) ; ça fera donc échouer l'application du précédent, puisqu'il y a une distinction au niveau des faits pertinents.

Dissidence : désaccord avec la majorité qui a gagné. (dispositif)

- Pas valeur obligatoire, mais si c'est 4 contre 5 , alors la ça nous intéresse, car il y a possibilité de changer la décision.

Opinion concurrente : d'accord avec la majorité, le dispositif, mais on veut en dire plus ou on veut porter la décision sur un autre motif.

- On les laisse de côté de temps en temps, mais si on arrive à les réconcilier avec le jugement de la majorité (qui vont dans le même sens, mais qui ajoute d'autres motifs), alors oui, on les garde. C'Est positif pour nous.

## Les limites du mécanisme :

- Première manière d'éviter l'application d'un précédent qui nous convient pas :
  - Distinction des faits pertinents entre les deux affaires.
- On peut réinterpréter la ratio decidendi qui est avancé par l'autre partie.
- Disqualifier la ration decidendi :
  - On peut dire « ce que mon collègue vous présente comme étant une ratio decidendi, moi je vous le présente comme un obiter, donc pas de valeur obligatoire»
- Déclassement du précédent par une règle de droit qui vient après (précédent qui devient périmé parce qu'il y a une loi qui vient après ou une décisions plus élevée dans une cours plus élevée)
- Les décisions qui échappent au mécanisme «idéal» du stare decisis :
  - Le simple cas d'espèce ?? :
    - Pas de ratio, on ne peut pas tirer de ratio de ça, donc ne peut pas servir de précédent. (ex : en matière de servitude de passage).
  - Le précédent élevée au rang de principe :
    - Précédent où on va traité la ratio sans regarder les faits.

## LA PRATIQUE QUÉBÉCOISE :

### 1. le tiraillement entre jurisprudence et précédent :

- a. «jurisprudence» ou «précédent» : quelle différence?
  - Au niveau du concept, quel est ce qu'on

- regarde
- Common law : Mécanisme du précédent : on regarde les faits et on les comparent.
  - Civiliste : on regarde la loi, on regarde comment les articles sont interprétés., application de la règle de droit, interprétation de la loi.
  - 
  - Grande différence entre jurisprudence et précédent :
    - Est-ce que la jurisprudence est source de droit au sens civiliste ? non , pas obligatoire, importante, mais pas obligatoire; pas légale de la loi.
    - Précédent : source de droit ? oui ; la common law est source de droit. À cote des règles du parlement, on a les règles de common law et d'équity qui sont obligatoires, ce qui est difficile c'est daller les chercher
  - 
  - Au québec : tendance jurisprudence et tendance précédent.
  - Tendance jurisprudence : droit privé.
    - Se comporter comme un juge civiliste, traité les décisions comme de la jurisprudence qui est importante, mais pas une source de droit en tant que tel pour tout c qui est droit privé.
  - Tendance précédent : droit public.
    - Juge québécois, va devoir se comporter comme des juges de common law et traité les décisions comme des précédents.

- Principe du précédent ne joue pas ne droit privé. Pas lier par la décision d'une autre cour en droit privé.
- Confusion qui accroît le pouvoir du juge, parce qu'il peut juger dans les 2 droits.
- Donc au final, juge quebécois, imprevisible, mais autant de pouvoir que les autres

EXAMEN :

3 cahiers.

Choix multiples : 22 .

Vrai ou faux : 6 (3 sur chaque matière)

La grande question transversale

Les provisions d'oxford n'ont eu aucun impact a long terme sur la ocmmon law

FAUX :

- Dire ce que le contenu des provisions d'oxford : interdire au chancelier de créer les nouveau writ sans le consentement du conseil du roi.
- Impact sur la common law : la cour du chancelier et l'extension du trespass. (on étend le trespass pour le faire en contrat et en biens et il déforme donc le droit des biens en common law)
-

- 

Serment du sacre : roi pilier de la common law : le roi jure de respecter loi et coutumes du royaume d'Angleterre : coutumes locales et common law ; ce qui établit un lien entre roi et common law . Aussi un lien entre roi et equity : il jure de rendre justice à tous : donc renforce lien entre l'équité et le roi.

Comment est-ce que les pouvoirs du chancelier va avoir de l'impact sur common law et equity :

- Common law qui
- Cours du chancelier.
- 
- 
- 

Interprétation de la loi

:

tendance à interprétation stricte ;  
interprétation de la charte

interprétation de la loi à la révolution et  
interprétation de la loi à l'époque de napoléon  
(telle qu'elle est encore ajd)

Quest ce que ui permet de créer un droit  
harmoniser : 1h05

- Inns of court et juste of eyre; assizes

Le droit et les peuples autochtones y-09-15 23:26

A. Les juristes du Nouveau Monde et la reconnaissance de la souveraineté des premiers occupants : une approche jus naturaliste du droit international public :

Pas à l'examen, juste à retenir :

- 3 groupes différents :
  - Première nation (amérindiens)
  - Inuits
  - Les métis
  
- Ils se répartissent en 80 nations au Canada, 11 nations au Québec.
  - Les criés, les inus, les algonquiens, les mohawk, les hurons wendake....

Exam : 20 min

1. L'application du droit international public dans les relations entre les nations européennes et autochtones :

- premier contact qui se fait de manière individuelle (explorateur qui arrivent). – premier contact qui se fait dans le respect, sur un pied d'égalité.

On met en place un premier droit international public qui se fonde sur la théorie du droit naturel. (jus naturaliste)

- Théorie du droit naturel: Tout les être humains en tant qu'être humains ont des droits. Les autochtones sont des être humains, donc ils ont des droits. Ces droits ne sont pas des droits qui dépendent des état, ce sont des droits extérieur aux états, donc ils s'imposent aux états.
  
- Les peuples autochtones étant souverains et ayant des droits, alors les territoires sur lesquels ils vivent leur appartient, même s'ils sont nomades et qu'ils ne sont pas fixer sur un territoire, le territoire leur appartient.
  - Les terres autochtones ne sont pas des biens sans maitre, ne sont pas des biens

vacants.

Dans la conception naturaliste du droit autochtone, les terres autochtones sont des biens sans maître; FAUX.

- Expliquer théorie du droit naturel + expliquer 2<sup>e</sup> idée de cette théorie : que les terres ne sont pas des terres sans maître, car les peuples autochtones = souverains, donc leur terre leur appartient.

2. La conclusion de traités d'alliance et de paix;

\*\*\*\* **1<sup>er</sup> et 2<sup>e</sup> élément qui atteste l'égalité ?**

- il y a traité que si on a 2 parties qui attestent de traiter entre eux.
- On retrouve des traités d'alliance militaire et pour signer un traité, il faut 2 nations souveraines. Ces traités prouvent donc qu'on est dans une relation de paix.
- On signe aussi des traités de paix
- On retrouve des alliances militaires et des traités de paix dans les
- 3<sup>e</sup> élément qui atteste de cette égalité de nation souveraine à nation souveraine:
  - les colons n'ont jamais imposé de structure politique ou juridique aux peuples autochtones.

Malheureusement, la situation ne va pas rester là, les relations entre les colons et les autochtones vont commencer à se transformer.

- 1760 : défaite de la couronne française devant la couronne britannique.
- 1763 : signature du traité de Paris, donc la couronne française donne ses colonies à la

couronne anglaise, donc elle cede l'intégralité de ses terres, et dans celle-ci .. il y avait beaucoup de terres qui appartenaient au autochtones (sans que ceux -ci ait été entendu).

- DONC. Acte illégal : cessation illégal de terres qui ne leur appartient pas .
- La couronne britannique s'approprie unilatéralement l'intégralité des colonies (française et anglaise – terres qui ont été achetées ou non achetées.) à dépossession totale des terres des autochtones (acte de pure force juridique, parce que rien n'a été négocié).
  - Par contre, la couronne va s'engager à protéger certains droit des autochtones – **lien fiduciaire (lien de confiance)**
  - Type de droit qu'on va protéger : droits ancestraux. (activités de pêches, chasse, cueillette) - on ne peut pas les empêcher si les communauté ne les a pas céder dans leur traités.
  - On limite au maximum leur droit ancestraux, parce qu'on veut figer la culture (ex : on les empêche de faire de la pêche de saumon pour vendre, parce que dans les droits ancestraux; les autochtones pêchaient pour manger et non pour vendre – donc empêchement pour eux de s'enrichir).
  - Pression de colons qui arrivent et qui on besoin d'une terre pour faire pousser leur blé et tout, et ils ne

veulent pas que les autochtones arrive sur leur terre.

On a besoin de ces terres pour pouvoir exploiter le territoire, donc on veut faire partir les autochtones qui occupent ces terres, parce qu'on n'a plus besoin d'eux.

On va passer d'un droit international public jus naturalisme qui reconnaît des droits aux individus et aux peuple et on va abandonner cette théorie au profit d'une autre théorie : **la théorie positiviste du droit international public :**

- Seul les états ont des droits, mais pas n'importe quels états : les état civilisés, construits sur le modèle des monarchies européennes.
- On regarde le fonctionnement des tribus autochtones et on dit : pas des états, pas civilisés, donc AUCUN DROIT. Les terres autochtones sont désormais des biens sans maitres, on n'a plus besoin d'acheter ou de négocier, on peut s'en approprié librement.
- 53 minutes : exemple question.

On va donc leur imposer notre droit et ils passeront donc sur le droit des colons.

Canada = situation particulière,  
parce qu'au Canada, on a la  
proclamation royale.

- La couronne britannique ne peut pas appliquer tel quelle la théorie
- Et dans un second temps, on va essayer de faire disparaître ces peuples autochtones et de les assimiler en tant que canadiens. – on le fait au nom de l'égalité en disant que tout les sujets canadiens sont égaux, donc ils ne peuvent plus avoir leur droit particuliers (notamment droits ancestraux)
- 1<sup>er</sup> moyen de négocier au Canada avec la proclamation royale :
- traités : on négocie avec les peuples autochtones la disparitions de leurs droits ancestraux.
  - S'il y a eu négociation par les peuples autochtones, alors pourquoi on se retrouve encore en cour ajd ?
    - Parce qu'il y a certaine partie du territoire autochtone qui n'ont pas fait de

traité, donc il reste des droits ancestraux dans ces territoires.

- Et ces traités comporte des problèmes majeurs : viciés pour plusieurs raison :
  - Négociation verbale, avec traducteur
  - Quand signer mis par écrit, ne pouvaient pas vérifier si le contenu mis par écrit correspond aux promesses faites verbalement. (et ajd on se rend compte que bcp de promesses avaient été faite au moment des négociations et qui on incité les chefs de tribu à signer, mais qui n'ont jamais été réécrit dans les écrits – donc partie du contrat volontairement émise).
  - Les autochtones ne comprenaient

pas la propriété  
privé.. pour eux ,  
ils cédaient une  
partie de leur  
territoire, mais il  
ne pensaient pas  
ne plus pouvoir  
utiliser leur  
terres, donc il y a  
eu mécontente  
sur les concepts  
juridiques.

- Traité numéro 9 :
  - Signer pcq on a découvert des mines d'argent sur le territoire de l'Ontario qu'on veut négocier. On leur donne la sommes de 40 000 \$
  - 18 ans après : seule l'exploitation des mines d'argent a permis au gouvernement d'avoir 200 millions de dollars de bénéfice. à problème au niveau de la validité de traité.
  - On est ds des traités négocier et pr le rouvrir, il faut rassoir le représentant des tribus et le gouvernement pour négocier. Et le

gouvernement n'est pas d'accord avec ça, donc on ne peut pas ré ouvrir les traités.

- Compensations issus des traités : ex : pas de taxes sur les réserve autochtones.
- Bande au lieu de tribu (donc on est déjà entrain de déprécier les identités autochtones)
- On va créer les écoles résidentielles, on va mettre les enfants dans les pensionnats, on va changer leur nom, on coupe les jeunes de leur culture et leur groupe, on les maltraite ... beaucoup d'enfant maltraités dans ces écoles.
- (ajd on parle de génocide)
- on en parle pas, parce qu'on veut que ça soit oublier (ce qu'on a fait )

LUNDI : QU'EST-CE QU'ON DOIT SAVOIR ??  
QU'EST-CE QUI EST IMPORTANT POUR L'EXAMEN  
DANS LE DROIT AUTOCHTONES?