

Las Partidas : source de droit au Chili

Mafalda V. DIAZ-MELIÁN DE HANISCH*

Avant toute chose, il est nécessaire de clarifier un point, à savoir si les Indes (Amériques) étaient des royaumes ou des colonies. Si l'on en croit les fondements juridiques de l'État indien, il s'agissait d'un royaume uni aux péninsulaires par la seule couronne de Castille et d'Aragon. Suivant ce principe, l'Amérique aurait dû être indépendante quand les troupes françaises de Napoléon Bonaparte envahirent l'Espagne. Cette situation posa les problèmes suivants : 1) survivance ou extinction des liens qui unissaient les Royaumes au monarque ; 2) en cas de maintien des liens, qui gouvernerait à la place de Ferdinand VII ? 3) la monarchie serait-elle unique ou plurielle¹ ?

Le premier point se résolut facilement puisque l'abdication de Bayonne en 1808 avait fait de Ferdinand VII le souverain. Cet acte cependant, peut être considéré nul et non avenu du point de vue juridique, ayant été entaché de coercition. En Espagne, on pallia l'acéphalie provoquée par l'invasion française en constituant la Junte centrale du Royaume qui transmit plus tard ses pouvoirs au Conseil de Régence. Politiquement, les chemins se séparent.

La Régence ne fut pas acceptée par les Juntas américaines — premier pas vers l'indépendance — et celles qui se constituèrent en représentation de chaque royaume. Elles ne reconnaissaient donc pas les délégations du pouvoir en Espagne. Cependant, les

* Traduction Evelyne Briffault

1. A. ROCA, *Temas de Historia del Derecho*, Universidad Católica del Uruguay « Dámaso Antonio Larrañaga », Facultad de Derecho, Montevideo, 1992, p. 15.

Espagnols de la péninsule ibérique et les autorités espagnoles et péninsulaires résidentes en Amérique admirent et reconnaissent de fait l'unité de la Monarchie. Mais les Américains pensèrent autrement, tant sur le plan historique que juridique. Les Indes n'étaient pas des colonies mais des royaumes et logiquement, sans roi légitime, le lien disparaissait et l'Amérique devait être indépendante.

L'émancipation, que de nombreux créoles n'appelaient pas de leurs vœux, visait la séparation totale de l'Espagne, sans toutefois introduire de changements radicaux dans les institutions². Ce qui oblige à signaler que la révolution des institutions est un processus différent de celui de l'émancipation. C'est ainsi qu'au Chili l'indépendance ne signifia de révolution profonde ni politique, ni économique, ni sociale, elle ne se traduisit que par la prise du pouvoir par les créoles patriciens.

LE DROIT DE CASTILLE ET LE DROIT DES INDES

Une différence doit être établie entre ces deux droits profondément liés. Le premier est supplétoire, le second doit être compris comme l'ensemble des lois et dispositions de gouvernement promulguées par les rois et autres autorités qui leur étaient subordonnées afin d'établir dans les territoires d'Amérique — les Indes — un régime juridique spécial. De nos jours encore, certains points se discutent : exclusivité du droit castillan comme droit supplétoire dans les Indes ; origine et fondement historico-politique du droit indien, son bien-fondé comme droit particulier ou municipal et celui du droit castillan en tant que droit général ou commun appliqué comme droit territorial dans les royaumes des Indes.

Dans cet esprit, nous traiterons de l'actualité de Las Partidas au Chili, sans toutefois ignorer le rôle du Privilège (Fuero) royal, des lois de Toro et de la Novísima Recopilación des lois d'Espagne.

2. *Ibidem*, p. 33.

L'ESPAGNE AU HAUT MOYEN ÂGE

L'invasion de l'Espagne par les musulmans déclencha la résistance puis une réaction contre les Maures. La résistance détermina l'organisation de « noyaux politiques » qui, au fur et à mesure que se consolidait l'indépendance vis-à-vis de l'Espagne musulmane (Al-Andalus) se constituèrent en royaumes ou comtés indépendants les uns des autres et qui en vinrent même à se subdiviser par la suite. Ainsi la Castille, qui a toujours montré une forte propension au séparatisme, devint indépendante du León au X^e siècle.

La consolidation de l'autodétermination politique des royaumes chrétiens constitua le facteur décisif de la diversification juridique de l'Espagne chrétienne médiévale. Jusqu'au XII^e siècle, le champ des normes juridiques est représenté par un « localisme juridique » que le professeur Jesús Lalinde définit parfaitement comme « une étape de dispersion normative »³. Plusieurs facteurs concourent à la diversification du droit au haut moyen âge : le droit des peuples pyrénéens et cantabriques, le droit coutumier german, le droit hispano-wisigoth, le droit musulman et le droit canon qui influe sur tous les autres. Cette période du haut moyen âge voit la naissance des Bénéfices, Cartas Pueblas ou Cartae Populationis (chartes de concession de terres et de droits de cité) pour le règlement des intérêts communs. Les Cartas Pueblas et les chartes de privilèges municipales (Fueros Municipales) sont les sources du droit local. Ces documents ont leur origine dans une municipalité et leurs prescriptions se qualifient de brèves et d'étendues, sans exclure les fueros, privilèges spéciaux et de frontières.

Le grand juriste, Don Galo Sanchez, a dit de la Castille qu'elle était « dépourvue de lois jusqu'au XIII^e siècle », ce qui revient à dire que les rois n'y légiféraient pas⁴.

3. J. LALINDE, *Iniciación Histórica al Derecho Español*, Barcelone, 1978, p. 82 et s.

4. G. SANCHEZ, *Para la Historia de la redacción del antiguo Derecho territorial castellano*, dans *Anuario Histori Derecho Español (A.H.D.E)*, 6, 1929, p. 260.

LE LEGS DU BAS MOYEN ÂGE

À partir du X^e siècle, le droit romain et le droit canon furent étudiés et remaniés par les juristes et les canonistes, ce qui donne naissance au jus commune qui est un droit de juristes élaboré par les glossateurs et les commentateurs et les postglossateurs. Ce droit repose sur l'étude des textes anciens de Justinien, le Digeste et le Codex et les compilations de droit canonique. Les juristes formaient leur opinion et émettaient des conclusions sur des cas concrets, en faisant un droit proche de la casuistique.

Les progrès de la guerre contre les Musulmans en Espagne favorisèrent peu à peu l'unification du droit. Sous le règne de Ferdinand III le Saint, en 1230, les royaumes de Castille et de León s'unifièrent. Le cercle politique se réduit et le centre en devient le roi et ses organes de conseil. Cette étape voit la culmination du droit territorial sur le local, pour cette raison nommée étape de « l'unification juridique », celle où les rois font les lois.

En suivant la chronologie, Ferdinand III le Saint (1217-1252) donne aux villes conquises sur les Maures une charte de privilège, le Fuero Juzgo, traduction du Liber Judiciorum dans lequel quelques réformes ont été introduites.

Alphonse X, dit le Sage et/ou le Justinien espagnol, succède à son père Ferdinand III et règne entre 1252 et 1284. Les royaumes européens découvrent alors la Castille : Alphonse X allait être élu souverain (1257) du Saint Empire romain germanique mais des différends entre les électeurs fit qu'il ne put ceindre la couronne de Charlemagne.

Alphonse X conçut et élaborait entre 1252 et 1255 le Fuero Real (charte de privilège royal) et le concéda aux villes et « villas » de Castille en prenant garde de ne pas le donner aux cités récemment conquises aux Maures et à celles qui avaient bénéficié du Fuero Juzgo de son père. Le professeur Don Alfonso García Gallo dit que le Fuero Real n'a pas été promulgué « comme une loi municipale générale, mais qu'il est attribué comme privilège aux villes qui en étaient dépourvues »⁵, même si elles étaient dotées, par ailleurs, de leurs propres fueros. L'objectif principal était d'unifier le droit local. À partir du prologue du Fuero Real et tout au long

5. A. GARCÍA GALLO, *Curso de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1974, t. I, p. 253.

de ce code, nous avons la confirmation que le roi ferait dorénavant les lois.

L'oeuvre alphonsine vient enrichir le droit : le *Espéculo*, les nouvelles lois et les lois de style. Cependant, l'oeuvre législative qui fut le véhicule de pénétration des droits romain-catholique et féodal fut Las Partidas rédigées probablement entre 1256 et 1265 sous la direction d'Alphonse X. Il s'agit de l'oeuvre d'une commission de juristes. « En réalité, les Codex (textes manuscrits) de Las Partidas portent le titre de Livre des lois »⁶. Le texte a été divisée en sept parties d'où son nom de Code de Las Partidas ou des Siete Partidas. « Par rapport au vulgarisme médiéval des privilèges, le Code alphonsin représentait le retour au droit romain justinien »⁷. Rappelons également que de la IV^e à la VI^e Partida on cite sans discrimination les textes jurisprudentiels du Digeste et des Constitutions du Code⁸.

Las Partidas ne furent pas promulguées « au vu de l'échec du Fuero royal », mais cela ne put empêcher que ce code obtienne une grande diffusion parmi les juristes⁹.

Il est certain qu'entre sa rédaction et sa promulgation, l'oeuvre a souffert de nombreuses modifications jusqu'à ce qu'une loi, Ordenamiento de Alcalà, édictée en 1348 par Alphonse XI, donne à Las Partidas la valeur de droit supplétoire. Cette condition fut maintenue dans la première loi de Toro de 1505.

Las Partidas, sous le règne d'Alphonse X et de ses successeurs, Sanche IV et Ferdinand IV, n'eurent pas de validité légale en Castille. Depuis leur promulgation en 1348, elles restèrent en vigueur jusqu'en plein XIX^e siècle.

6. F. TOMAS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, 4^e éd., Madrid, 1987, p. 237.

7. M. GARCÍA GARRIDO, *Tradición legal y tradición jurisprudencial en las Codificaciones españolas de inspiración romanista*, dans *Studi Sassaressi*, VIII, Cultura Ibérica e Diritto Romano, p. 190.

8. *Ibidem*, p. 191.

9. A. BALLESTROS BERETTA, *Alfonso X el Sabio*, Barcelone, 1963.

AUTEURS POSSIBLES ET CONTENU DE LAS PARTIDAS

Il est hors de doute que Las Partidas ont eu plusieurs rédacteurs. Le professeur García Gallo dit que « probablement, le *Espéculo* est un projet de celles-ci »¹⁰ et que ces rédactions furent postérieures à la dérogation du *Spéculé* et à la mort d'Alphonse X. D'autres historiens font des recherches sur le processus d'élaboration de Las Partidas tandis que d'autres les tiennent pour être de la main d'Alphonse X. Par rapport à ces opinions, Francisco Tomás y Valiente soutient : « 1) qu'il est encore trop tôt pour établir avec certitude les dates précises quant au début et à la fin de la rédaction de Las Partidas ; 2) qu'il n'y a pas non plus de raison suffisante pour les dater après la mort d'Alphonse X, auquel on les a unanimement attribuées jusqu'à présent ; 3) que l'hypothèse de García Gallo faisant de Las Partidas une prolongation et une réélaboration du *Spéculé*, bien que vraisemblable... ne peut être tenue pour vérité démontrée »¹¹.

Le contenu de Las Partidas est presque exclusivement de droit commun du bas moyen âge. Ses sources en sont : le *Corpus Juris* de Justinien, les *Décrets* et les *Libri Feudorum*. À leur rédaction collaborèrent de nombreux juristes dont Azon, Accurse, Raimond de Peñafort, Henri de Suze (*Hostiensis*), etc. On y note l'influence d'autres oeuvres comme la Bible, celles des philosophes Aristote, Sénèque et Cicéron, entre autres. On suppose que les oeuvres de Maître Jacob « des lois » et de Martínez de Zamora ont été utilisées pour la Partida III qui traite de la procédure, où dans le Tome IV, Livre 10 est assis le principe fondamental des éléments subjectifs du procès : « *Iues, e demandador, e demandado, son tres personas que conuiene que sean en todo pleyto, que se demanda en juyzio* »¹².

En général, dans Las Partidas on utilise et on cite les auteurs de la culture des « anciens, sages et saints ». Dans la Partida I.I.2, on reprend les vieilles notions de droit naturel et des gens et « l'on

10. A. GARCÍA GALLO, *op. cit.*, p. 259.

11. F. TOMAS Y VALIENTE, *op. cit.*, p. 239.

12. « Juge, demandeur et défendeur, sont les trois personnes qu'il convient de trouver dans toute affaire qui demande jugement ». Maestro Jacobo de las Leyes, *El Doctrinal*, cité par J. MONTERO AROCA, *La Herencia Procesal Española*, Universidad Nacional Autónoma de Mexico, Mexico, 1994, p. 29.

omet de parler du civil, parce qu'il vient accompagné du dernier de ces droits »¹³.

Chacune des sept Partidas traite des thèmes et matières juridiques suivants : Première Partida, la foi catholique où sont abordés des sujets du droit canon ; Deuxième Partida, le pouvoir politique des empereurs et des rois, leurs obligations, elle aborde de plus les questions d'ordre militaire et de l'occupation des châteaux et des forteresses par les chevaliers ; Troisième Partida, la procédure ; Quatrième Partida, les droits matrimoniaux ; Cinquième Partida, les contrats et les institutions de droit civil, y compris deux titres se référant aux relations suzerains-vassaux ; Sixième Partida, les droits de succession ; Septième Partida, le droit pénal dont un des titres, « Des Tourments », est consacré à la question.

L'APPLICATION DE LAS PARTIDAS AU CHILI

Dans les premières années de l'indépendance, pour légiférer, en attendant la mise en place d'un code national, on se référait aux us et coutumes ou bien l'on corrigeait la législation espagnole. À plusieurs moments de la vie politique chilienne, des solutions législatives ont été recherchées. En 1822, pendant le gouvernement du Directeur suprême Bernardo O'Higgins, on pensa adopter in extenso le Code Napoléon. Plus tard, on imagina de compiler les lois passées depuis le début du mouvement d'indépendance; Freire, en 1823, et d'autres autorités politiques proposèrent de conserver les textes légaux espagnols en les simplifiant. Finalement, une fois la République mise en place, on opta pour la rédaction de codes nationaux.

Les juristes et les juges du XIX^e siècle jusqu'à la codification — qui commence avec la promulgation, en 1856, du Code civil rédigé par Andrés Bello et en vigueur à partir du 1^{er} janvier 1857 — observèrent Las Partidas comme code de validité territoriale, pour plaider et juger. Ceci n'exclut pas le recours à d'autres sources de la période coloniale comme les lois de Toro, 1505 ; la Nueva Recopilación de 1567 et la Novísima Recopilación de las Leyes de España, 1805. Cette dernière fut promulguée le 15

13. A. GARCÍA GALLO, *Curso de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1950, t. II, p. 17.

juillet 1805 par ordonnance royale (Real Cédula) qui dit : « que par ce nouveau corpus de lois et celui de Las Partidas se fera et se formalisera, dans toutes les universités de notre royaume, l'étude du droit [d'Espagne] dont nous avons mandé et ordonné l'enseignement par Décret royal du 29 août et du 5 octobre 1802 »¹⁴.

Le Code de Las Partidas est cité dans les documents judiciaires : successions, affaires commerciales, pénales, etc. Mais il existait des dissensions autour de certaines de leurs dispositions. Don Diego de Covarrubias, au XVI^e siècle, signalait que Las Partidas révélait « une trop grande subordination aux dispositions du Code et du Digeste, contenant des dispositions peu conformes à l'équité et la justice et faisant grand cas de mille finesses et idées métaphysiques difficiles à appliquer à la réalité, et impropres à faire valoir la justice pour les parties »¹⁵.

Lui faisant écho à travers les siècles, Andrés Bello ne déclarait-il pas qu'un Code civil devait être aussi simple que pratique¹⁶ ? Dans l'un de ses articles pour *El Araucano*, il déclare souhaiter voir : « réduites les lois à un corpus bien ordonné, sans les noyer sous des préambules et des phrases redondantes, sans l'abondance de mots et locutions tombés en désuétude... Et éliminées les matières qui n'ont jamais eu d'application dans l'ordre des choses où nous vivons »¹⁷.

Don Andrés Bello, pour la rédaction du Code civil du Chili s'est appuyé sur les sources directes du Corpus Juris Civilis de Justinien, il connaissait bien, de plus, les études sur le Digeste des auteurs allemands. Il a étudié en profondeur Las Partidas et les gloses de Gregorio López dont il a conservé de nombreuses solutions : on peut en avoir la preuve en comparant la Cinquième Partida avec les articles du Code traitant des contrats de vente, par

14. J. MONTERO AROCA, *op. cit.*, p. 28.

15. D. DE COVARRUBIAS, *Opera Omnia*, Genève, 1723, t. II, f° 88, dans *Variarum Resolutionum*, I. XIV. 1, cité par J. MONTERO AROCA, *op. cit.*, p. 25.

16. H. HANISCH ESPINDOLA, *Andrés Bello y su obra en Derecho Romano*, Ediciones del Consejo de Rectores de las Universidades Chilenas, Santiago du Chili, 1983, p. 81.

17. *El Araucano*, n° 146, 28-6-1833, cité par H. HANISCH ESPINDOLA, *op. cit.*, p. 81.

exemple¹⁸ ; la procédure a de même été enrichie des principes directeurs de Las Partidas. Andrés Bello a également étudié le Fuero royal et la Novísima Recopilación.

Dans le domaine du droit privé, il s'est inspiré du Code Napoléon, ainsi que des commentaires de Delvincourt, Rogron et Troplong ; du droit canon, et particulièrement des « Institutions du droit canonique américain » du Chilien Justo Donoso. Les sources du Code civil sont nombreuses, nous ne pouvons pas toutes les citer.

Andrés Bello écrivit maints articles pour le journal *El Araucano*, pendant toute la période où il préparait le Code civil. On peut lire dans l'un d'entre eux : « les références au droit romain sont abondantes... comme par exemple le système de codification sur la sagesse de ses normes comme fondement des Sept Partidas et pour avoir été l'oeuvre de Justinien la plus achevée en matière de codification »¹⁹.

Une anecdote mettra en relief l'intelligence et la profondeur des connaissances de Bello. Dans le cours de droit civil qu'il faisait au début du siècle, à la Faculté de Droit de l'Université du Chili, le professeur affirmait : « que tout ce qui touchait à la société conjugale avait été de sa création »²⁰ et cela peut se vérifier par le fait que dans le projet de code de 1853, ce chapitre du Code ne comportait pas de notes indiquant les sources²¹.

Le Code en matière de régime des biens dans le mariage était un héritage direct du droit castillan-indien. Andrés Bello, né au Venezuela, fut nommé recteur de l'Université du Chili en 1843, poste qu'il conserva jusqu'à sa mort. Il fut également sénateur de la République. La jurisprudence était son sujet d'études favori et il l'a démontré en prêtant « sa collaboration consciencieuse et de la plus grande efficacité à la formation des futurs avocats. Il comprit qu'il ne suffisait pas d'édicter de bonnes lois mais qu'il fallait aussi

18. M. SALVAT MONGUILLOT, *Un Procesalista del Siglo XIII. El Maestro Jacobo de las Leyes*, dans *Revista de Derecho Procesal*, Année V, n° 9 et 10, 1^{er} et 2^e semestre, Santiago du Chili, 1975, p. 89.

19. H. HANISCH ESPINDOLA, *op. cit.*, p. 82.

20. A. DE AVILA MARTEL, *Su discurso de Profesor Emérito*, dans *Discursos Académicos*, Editorial Universitaria, Testimonios Universitarios, Santiago du Chili, 1989, p. 43.

21. *Ibidem*.

former des magistrats et des avocats compétents et honnêtes et n'hésita pas à emprunter les chemins du droit romain »²².

Pour terminer, nous citerons brièvement d'autres codes promulgués au Chili. Les Sept Partidas contenaient un grand nombre de dispositions connexes à la législation commerciale, elles furent donc une des sources du Code du Commerce, après le Règlement de libre commerce du 12 décembre 1778 et les ordonnances de Bilbao de 1737.

Las Partidas touchaient très peu au droit minier, seuls y font allusion la loi 5, Titre 15 dans la Deuxième Partida et, dans la Troisième, le Titre 28 de la loi 11.

Le Code de Procédure civile est issu de sources très variées : le Fuero Juzgo, le Fuero Real, les Sept Partidas et l'Ordonnance de Alcalà dont les 15 premiers titres portent sur l'ordre et les démarches judiciaires, y introduisant d'importantes réformes.

Jusqu'au commencement du XIX^e siècle, il ne fut édicté de Code pénal ni de lois pénales d'aucune sorte. À partir de l'émancipation du Chili au XIX^e siècle, en matière pénale, non seulement furent en vigueur Las Partidas mais aussi le Fuero Juzgo, le Fuero Real et la Novísima Recopilación de 1805, auxquels venaient s'ajouter les lois spéciales sur la pénalité en diverses matières dictées par les gouvernements indépendants. Le Code pénal fut promulgué en 1874 et appliqué à partir du 1^{er} mars 1875.

En ce qui concerne la procédure, nous devons rappeler que les gouvernements chiliens s'intéressèrent énormément à tout ce qui touchait à l'instruction criminelle. Le 28 mai 1824 fut promulgué le Règlement judiciaire qui incluait des dispositions de procédure, l'organisation et l'attribution des tribunaux en maintenant la hiérarchisation du pouvoir judiciaire établi par la Constitution de 1823.

Avant la promulgation du Code de Procédure pénale, en 1906, régissaient le Chili en la matière : les Sept Partidas, la Novísima Recopilación, l'Instruction pour le fondement des causes criminelles émise par la Real Audiencia le 25 août 1757 et d'autres lois édictées au cours du XIX^e siècle.

Les gouvernements indépendants se préoccupèrent enfin d'édicter des règles, selon les besoins publics, concernant la mise en

22. H. HANISCH ESPINDOLA, *op. cit.*, p. 68.

accusation, et ce, pendant tout le XIX^e siècle. Le gouvernement en 1852 eut le projet de demander à Andrés Bello de rédiger le Code de Procédure civile, ce qu'il ne put réaliser pour être occupé à la rédaction du Code civil.

Avant la promulgation du Code de Procédure civile en 1902, les procédures admises reposaient sur les lois publiées au cours du XIX^e siècle tout en faisant appel également au Fuero Juzgo, au Fuero Real, aux Sept Partidas (Troisième en particulier), à la Recopilación des lois de 1567, à la Recopilación des lois des Royaumes des Indes de 1680 et à la Novísima Recopilación de 1805. La complexité de la procédure obligea les juristes privés à élaborer des compilations et des commentaires.

On peut donc considérer qu'au Chili, Las Partidas furent le code de validité territoriale que les juristes ont observé pour plaider et juger, et ce jusqu'à la promulgation, au début du XX^e siècle, des codes en vigueur aujourd'hui.