



HAL
open science

Introduction. Le ius commune entre droit médiéval, droit moderne et histoire du droit : une notion à contenu variable

Dante Fedele, Wouter Druwé

► **To cite this version:**

Dante Fedele, Wouter Druwé. Introduction. Le ius commune entre droit médiéval, droit moderne et histoire du droit : une notion à contenu variable. *Clio@Thémis : Revue électronique d'histoire du droit*, 2024, *Clio@Thémis : Revue électronique d'histoire du droit*, 27, 10.4000/12qyx . hal-04807407

HAL Id: hal-04807407

<https://hal.univ-lille.fr/hal-04807407v1>

Submitted on 27 Nov 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Clio@Themis

Revue électronique d'histoire du droit

27 | 2024

Le *ius commune* à la fin du Moyen Âge et au début de l'époque moderne

Introduction

Le *ius commune* entre droit médiéval, droit moderne et histoire du droit : une notion à contenu variable

Dante Fedele et Wouter Druwé



Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/cliothemis/5663>

DOI : 10.4000/12qyx

ISSN : 2105-0929

Éditeur

Association Clio et Themis

Référence électronique

Dante Fedele et Wouter Druwé, « Introduction », *Clio@Themis* [En ligne], 27 | 2024, mis en ligne le 15 novembre 2024, consulté le 25 novembre 2024. URL : <http://journals.openedition.org/cliothemis/5663> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/12qyx>

Ce document a été généré automatiquement le 25 novembre 2024.



Le texte seul est utilisable sous licence CC BY-NC-SA 4.0. Les autres éléments (illustrations, fichiers annexes importés) sont « Tous droits réservés », sauf mention contraire.

Introduction

Le *ius commune* entre droit médiéval, droit moderne et histoire du droit : une notion à contenu variable

Dante Fedele et Wouter Druwé

- Ius commune* est une locution qui a une longue histoire. Présente dans les textes de droit romain depuis Gaius († c. 180), employée ensuite par les juristes du Moyen Âge et de la modernité, elle est devenue, depuis les années 1930, un concept historiographique résumant l'expérience juridique de l'Europe médiévale et moderne dans son ensemble, jusqu'à l'avènement des codifications. Les références au *ius commune* ont également été nombreuses lorsqu'il s'est agi d'esquisser les caractéristiques – présentes et, plus encore, *de iure condendo* – de l'expérience juridique contemporaine. En effet, dans la seconde moitié du xx^e siècle, sous l'impulsion du développement d'un droit européen, les recherches sur le *ius commune* n'ont pas manqué d'apporter leur contribution à la réflexion sur la nature de ce développement et sur l'orientation qu'il devrait prendre¹. Plus récemment encore, à une époque où la mondialisation et la consolidation de systèmes transnationaux et internationaux ont rompu l'identification moderne entre l'État national souverain et le droit, il a été observé que « repenser le *Jus commune* historique est aussi une façon de repenser le droit à notre époque »². On a même préconisé l'avènement d'une « *global law* » qui, sous la forme d'un « *ius commune totius orbis* », serait censée fournir à l'échelle globale un cadre suffisamment souple et cohérent pour garantir à la fois la possibilité de dialogue et de coordination entre systèmes juridiques différents, d'une part, et le respect du pluralisme, de l'autre³.
- Cette variété d'usages et de références sur une période aussi longue témoigne non seulement de la vitalité historique du *ius commune* en tant que notion polysémique, mais soulève également la nécessité de revenir à l'étude de l'époque centrale de son développement, à savoir l'expérience juridique européenne de la fin du Moyen Âge et du début de l'époque moderne, ainsi que de l'historiographie qui s'y est intéressée. Le présent dossier délimite un champ d'investigation en abordant trois grandes questions, traitées ici dans une série de contributions spécifiques, sans bien sûr prétendre en épuiser la complexité. La première question implique une clarification nécessaire au niveau sémantique : elle vise à rechercher et à isoler les significations assumées par la

locution *ius commune* dans les textes des juristes de l'époque, en les distinguant du sens que lui ont attribué les historiens du droit aux ^{xx}e et ^{xxi}e siècles. La deuxième question porte sur une exploration des démarches méthodologiques des juristes du *ius commune* et, parallèlement, pose une interrogation sur l'attitude que l'historien du droit d'aujourd'hui devrait adopter face à ces démarches dans ses propres recherches. La troisième question enfin porte sur une reconsidération du clivage traditionnel entre l'époque médiévale et le début de l'époque moderne, afin d'étudier les formes et les manières dont les catégories et les principes du *ius commune* élaborés à la fin du Moyen Âge sont restés une partie vivante de l'époque moderne et, à l'inverse, quelles transformations elles ont subies⁴.

I. Notions

- 3 En tant que concept historiographique, le *ius commune* désigne normalement la science juridique à vocation universelle (au moins dans les limites de la chrétienté latine) produite à partir du ^{xii}e siècle sur la base de l'étude des compilations de droit romain, canonique et féodal, qui fournissaient le support textuel et autoritatif pour la formulation de catégories, concepts, principes et règles⁵. La diffusion des études universitaires, l'unité de la langue utilisée et des textes adoptés pour la formation en droit, ainsi que la circulation des maîtres et des étudiants permirent à cette culture juridique de se répandre en Europe. Confrontée aux particularités juridiques locales en constante évolution (les *iura propria*), cette science juridique développa le cadre théorique régissant les relations non seulement de ses propres branches entre elles, mais aussi entre le *ius commune* dans son ensemble et la pluralité de ces droits particuliers. Dans ses recherches pionnières sur le concept et le problème historique du *ius commune*, Francesco Calasso (1904-1965) présenta ce dernier comme un « système » capable d'englober la totalité des relations juridiques et identifia trois étapes dans l'histoire des modes d'intégration du droit universel et des droits locaux. La première étape, qui s'étendit aux ^{xii}e et ^{xiii}e siècles et qu'il qualifia de « période du droit commun absolu », se serait caractérisée par la prédominance du *ius commune* sur toutes les autres sources concurrentes. La deuxième étape, du ^{xiv}e à la fin du ^{xv}e siècle, aurait vu les droits particuliers s'affirmer comme les sources premières des ordres juridiques et le *ius commune* assumer une fonction « subsidiaire ». La troisième étape, du ^{xvi}e siècle aux codifications du ^{xix}e siècle, aurait connu un recul du *ius commune* face à l'essor des législations particulières et sa réduction à un « droit commun particulier » dont l'autorité aurait désormais été fondée sur l'autorisation du prince⁶. L'historiographie plus récente a plutôt attribué au *ius commune* une fonction subsidiaire tout au long de son histoire, durant laquelle la relation dialectique avec les droits particuliers se réalisa de manière variable et ponctuelle ; elle a insisté sur la flexibilité d'une science juridique qui, tout en reconnaissant en principe la primauté de la règle de droit local dans le cas concret, fournissait néanmoins la méthode, les catégories et les principes à la base du raisonnement juridique et de l'interprétation de ces mêmes règles. La permanence de cette fonction théorique et subsidiaire malgré les changements de lieux et d'époques a marqué la longue histoire du *ius commune*, considéré comme étant « *semper aliud et idem* »⁷.
- 4 Ce concept historiographique ne coïncide pas avec les significations de la locution *ius commune* que l'on trouve dans les sources médiévales et modernes⁸. Celles-ci n'utilisent

pas *ius commune* pour désigner l'ensemble du droit romain, canonique et féodal (pour les deux premiers, on utilise plutôt *utrumque ius*)⁹, ni la science juridique élaborée sur la base des *corpora iuris* respectifs. *Ius commune* identifie avant tout le *ius naturale* et le *ius gentium*, s'opposant au *ius proprium* (*civile*) de chaque peuple¹⁰ ; il indique également un principe d'application générale auquel peuvent déroger des règles spéciales, diversement qualifiées de *privilegium*, de *ius speciale* ou de *ius singulare*¹¹. L'absence d'une définition précise dans les sources a sans doute contribué à la grande variété d'usages de la locution. Dans la mesure où il identifie un droit de portée générale, *ius commune* est rapporté tantôt à la coutume¹², tantôt au droit lombard¹³, aux statuts des villes¹⁴, ou au droit féodal tel qu'il figure dans les *Libri feudorum*¹⁵. Ce n'est qu'occasionnellement, et relativement tard, que par *ius commune* on entend le droit romain¹⁶, et au moment où Bartole de Sassoferrato (1313/1314-1357/1358) introduit l'opposition entre le *ius commune* (en tant que droit romain) et les *iura propria*, l'expression qu'il utilise est « *ius civile commune* »¹⁷. Balde de Ubaldis (1327-1400) semble faire référence à la fonction subsidiaire du droit romain lorsqu'il écrit que « là où le statut cesse de s'appliquer, le *ius commune* s'applique », mais il est intéressant de noter que dans de nombreuses éditions de son commentaire, les mots « *ius commune* » sont remplacés par « *ius civile* »¹⁸. Conscient que le droit romain n'est pas universellement appliqué, Balde précise également que ce droit ne remplit la fonction de *ius commune* que là où il est en vigueur, tandis qu'ailleurs c'est le *ius gentium* qui serait appliqué, et qu'il qualifie de « *ius communissimum* »¹⁹. Sur la base de l'argument selon lequel tout droit qui s'étend à tous les citoyens est réputé être *ius commune*, il appelle de ce terme le droit local qui s'applique uniformément aux citoyens d'une ville ou d'un territoire donné²⁰. En effet, l'appellation de *ius commune* pour la législation des villes n'est pas rare chez les juristes italiens des XIV^e et XV^e siècles²¹, alors que dans la France du XVI^e siècle c'est plutôt aux coutumes qu'on se réfère par cette locution²². Charles Du Moulin (1500-1566) en arrive à nier expressément qu'elle puisse se référer au droit romain et ajoute que ce dernier ne peut même pas être invoqué pour guider l'interprétation de la coutume²³. Cette énumération (non-exhaustive) de ses différents usages au Moyen Âge et au début de l'époque moderne montre que la locution *ius commune* n'était pas utilisée comme un *terminus technicus* avec une signification univoque.

- 5 Le constat de la distance qui sépare le concept historiographique de *ius commune* de ses diverses significations historiques est le point de départ de la contribution de Ken Pennington dans ce dossier (un constat exprimé par le choix d'utiliser deux formes graphiques différentes selon que l'auteur se réfère au premier ou aux secondes). En tant que concept historiographique le *ius commune* est compris comme une science juridique (*jurisprudence*) créée par les juristes travaillant dans les écoles de droit en Europe entre le XII^e et le XVII^e siècle, qui a contribué de manière décisive à façonner les institutions juridiques et politiques médiévales et modernes. Quant à ses significations historiques, au cœur de l'argumentation de Pennington se trouve l'idée que, pendant longtemps, *ius commune* n'a pas désigné un ensemble de normes positives (romaines, canoniques ou autres) d'application générale, ni une science du droit, mais plutôt des principes universels de justice, voire des droits généraux en sens subjectif enracinés dans la coutume²⁴. Pennington n'identifie qu'au début du XIV^e siècle, dans une glose de Jean Le Moine († 1313), l'émergence d'un autre sens, renvoyant à des normes positives à caractère universel introduites par la législation papale. La signification qui fait référence au droit romain et à son interprétation par la science juridique médiévale est

également tardive, et Pennington en donne quelques exemples, en particulier dans la doctrine juridique du ^{xvii} siècle.

- 6 L'article d'Adolfo Giuliani s'intéresse en revanche à la naissance du concept historiographique de *ius commune*, en se concentrant notamment sur l'œuvre de Francesco Calasso, à partir du moment crucial que représente la conférence intitulée « *Il concetto di Diritto Comune* », qu'il prononça à Catane le 16 janvier 1933. Giuliani réexamine les enjeux qui sont à la base de l'opération intellectuelle menée par Calasso et consistant à remettre en valeur la tradition du *ius commune*. Ceux-ci se résument à son opposition aux approches qui, d'une part, préconisaient le recours à l'histoire du droit en vue d'une « utilisation actuelle » du droit passé (comme dans le cas de Biagio Brugi) et, d'autre part, considéraient l'expérience du *ius commune* comme une « seconde vie » du droit romain (dans le sillage de Savigny). La démarche historique de Calasso est donc comparée ici au positivisme et au dogmatisme du courant pandectiste de la science romanistique, afin d'en clarifier les hypothèses méthodologiques fondamentales. En outre, l'attention portée à cette figure d'antifasciste engagé permet d'intégrer cette étude dans les recherches menées depuis quelques années sur les relations au régime nazi de plusieurs académiciens qui sont à l'origine de l'idée d'un héritage juridique commun en Europe²⁵.
- 7 Dans le vaste horizon du *ius commune* tel qu'il a été dessiné par Francesco Calasso, Manlio Bellomo et d'autres, le rapport entre les deux principaux ordres juridiques à vocation universelle – le droit romain et le droit canonique – revêt une importance toute particulière²⁶. L'étude d'Andrea Padovani retrace la constitution d'un ordre juridique de l'Église qui, à partir de la moitié du ^{xii} siècle, sous l'impulsion de la réforme grégorienne et de la nécessité d'établir un nouveau rapport avec le monde séculier et l'empire, se nourrit de l'apport décisif du droit romain. Si ce nouvel intérêt pour le droit romain transparaît déjà dans les lettres d'Innocent II (r. 1130-1143) et dans la seconde recension du *Decretum* de Gratien (années 1140), Padovani n'en illustre pas moins les fortes tensions provoquées au sein de l'Église par l'interpénétration des deux droits. Il reconstitue notamment le débat qui opposa, d'une part, les milieux monastiques et théologiques, qui rejetaient les catégories et les principes du droit civil au profit d'une stricte adhésion à la seule loi divine telle qu'elle était transmise par les Évangiles et les écrits des Pères de l'Église, et, d'autre part, les juristes, qui, tout en admettant la primauté du droit canonique, affirmaient néanmoins la fonction essentielle et irremplaçable du droit romain pour la vie de la société. Ce débat impliqua une réflexion sur la nature et la finalité même du droit canonique en tant qu'ordre juridique autonome par rapport aussi bien au droit romain qu'à la théologie.

II. Méthodes

- 8 L'historiographie a approfondi plusieurs aspects des démarches méthodologiques des juristes du *ius commune* et a exploré les liens profonds qui unissent la science juridique à d'autres disciplines telles que la théologie, la dialectique et la philologie. Certaines catégorisations conventionnelles ont été révisées, en estompant par exemple les oppositions trop rigides entre glossateurs et commentateurs ou entre les partisans du *mos italicus* et du *mos gallicus iura docendi*, et en soulignant les différences importantes qui existaient au sein de ces mêmes groupes. L'objectif était d'examiner de plus près les

démarches concrètement mises en place par les juristes et les outils intellectuels employés dans leurs travaux²⁷.

- 9 Outre une compréhension historique plus précise, une meilleure connaissance des démarches des juristes médiévaux et modernes invite le chercheur d'aujourd'hui à une plus grande conscience méthodologique dans son propre travail. C'est le cas, par exemple, du recours à la dialectique de la part des juristes médiévaux, qui vise à produire des arguments, des distinctions et des *regulae* sur la base le plus souvent d'une approche casuistique (solution d'une contradiction ou d'un cas)²⁸, en évitant les constructions systématiques qui caractérisent plutôt la redécouverte humaniste de l'idéal cicéronien du *ius in artem redigere* et les apports ultérieurs fournis à cette tendance par les courants de l'*Usus modernus Pandectarum*, du *Vernunftrecht* et de la *Pandektenwissenschaft*²⁹. Une telle démarche soulève pour le chercheur la difficulté de présenter avec suffisamment de cohérence et de systématisme au vu des standards actuels des théories reconstruites sur la base de sources éparses – appartenant à des juristes différents, écrites à des époques ou dans des contextes différents – et parfois d'énoncés isolés ou de simples arguments à l'intérieur de structures énonciatives complexes (comme une *quaestio*).
- 10 La contribution de Florian Reverchon aborde cette question sur la base d'une étude de cas consacrée aux doctrines des actes invalides élaborées entre le XII^e et le XV^e siècle. Proposant une analyse des différentes conceptions des formes d'invalidité, l'auteur montre comment les juristes médiévaux développèrent une terminologie inconnue du droit romain (distinction entre les actes nuls et les actes annulables) et avancèrent deux conceptions de la nullité, à savoir une conception « ontologique » (où l'invalidité était entendue comme vice de l'acte dans sa substance) et une conception « formelle » (où elle était le résultat de la non-reconnaissance de l'acte par la loi), destinées à produire des effets en partie différents. En problématisant la démarche consistant à construire *a posteriori* des « théories » médiévales en termes de fidélité aux sources, Reverchon retrace les différentes manières dont s'est réalisée la coordination de ces deux conceptions, qui impliquait non pas la formulation d'une théorie systématique des nullités, mais une évaluation de la situation concrète et des intérêts en jeu. Il revint à certains juristes comme Jacques de Arena († 1297/1298) et Albéric de Rosate (c. 1290-1360) d'aller plus loin et d'articuler les différentes situations dans une synthèse globale fondée sur la distinction entre lois impératives (entraînant une nullité intrinsèque de l'acte) et lois prohibitives (entraînant une nullité extrinsèque dont les effets pouvaient être nuancés en fonction de la *ratio legis*).
- 11 De même qu'il ne peut être réduit à un ensemble de normes positives, de même le *ius commune* ne peut être assimilé à un simple corps de doctrines abstraites détachées de la réalité³⁰. La finalité théorique et herméneutique allait de pair avec la finalité pratique, qui est d'ailleurs difficilement contestable au vu de la participation très active des juristes aux institutions locales, de leur exercice de fonctions judiciaires, administratives ou diplomatiques et de la rédaction d'avis juridiques à l'occasion de litiges concrets ou en réponse à des demandes spécifiques de particuliers, de juges ou d'autorités publiques³¹. Le *ius commune* était une *science de praticiens* autant qu'il était une *science de professeurs*, comme en témoigne le fait que plusieurs ouvrages doctrinaux furent rédigés par des juristes qui n'occupèrent jamais la chaire³². Même la critique adressée par les juristes humanistes à leurs prédécesseurs médiévaux ne pouvait passer sous silence le fait que, si ces derniers avaient été « *conditi iuris mali [...] interpretes* » à

l'aune des critères historiques et philologiques élaborés à partir du milieu du xv^e siècle, ils devaient néanmoins être considérés comme « *optimi [...] condendi iuris auctores* »³³. L'intégration du droit féodal dans le *ius commune* et le succès durable de la notion de *dominium utile* révèlent l'attention particulière accordée à une institution qui occupa pendant des siècles une place centrale dans la vie sociale, économique et politique³⁴. Il s'ensuit que le patrimoine de textes que nous a transmis la tradition du *ius commune* constitue « une expression fondamentale » du « contexte socio-historique » dans lequel chacun d'entre eux a été rédigé³⁵. Comme l'observait déjà Calasso, loin d'être un « droit romain modernisé », le *ius commune* est un droit authentiquement médiéval et moderne.

- 12 Ce lien étroit entre la doctrine et la pratique est illustré dans le présent dossier par Ilya Kotlyar. Son article se concentre sur l'interprétation médiévale d'un passage du Digeste de Justinien (D. 20.5.7.2) qui concerne le non-respect d'un pacte entre un créancier et un débiteur prohibant ce dernier de vendre des biens hypothéqués ou mis en gage. Tandis que l'interprétation commune de ce texte indiquait que les ventes *contra pactionem* étaient invalides, une autre interprétation affirmait l'inverse, à savoir que c'était le pacte de non-aliénation qui était invalide. Cette divergence était due aux variantes présentes dans les manuscrits du Digeste qui circulaient à l'époque. Pour résoudre ce doute, Bartole de Sassoferrato aurait même envoyé une personne à Pise afin de vérifier l'exacte formulation du passage dans la *littera pisana* (également connue sous le nom de *littera florentina*). Formulいた finalement son interprétation en faveur de la validité de ces clauses de non-aliénation, Bartole affirma qu'une telle clause équivalait à une réserve d'un droit réel. Kotlyar soutient que cette interprétation fut influencée par la pratique juridique italienne de l'époque, notamment par la technique de l'exécution parée (*parata executio*) et par la distinction communément établie entre hypothèque générale (concernant l'ensemble des biens du débiteur) et hypothèque spéciale (concernant un ou plusieurs biens particuliers). Cette distinction en particulier devint cruciale pour la doctrine sur les clauses de non-aliénation, dans la mesure où la plupart des juristes admit la validité du pacte uniquement dans les cas d'hypothèque spéciale.
- 13 L'interaction entre la pratique juridique et le *ius commune* avait aussi un impact sur la vie professionnelle des juristes. Comme il a déjà été dit, des juristes universitaires, formés en droit savant, étaient fréquemment consultés par des parties privées et des autorités publiques pour appliquer leur expertise à des cas concrets, issus de la pratique juridique. En conseillant leurs clients, ces juristes – même ceux qui, dans leur activité académique, introduisirent de nouvelles méthodes humanistes – étaient censés ne pas se référer à des opinions créatrices ou nouvelles, mais présenter plutôt ce qui était considéré comme l'opinion commune des docteurs en droit (*communis opinio doctorum*), encore largement enracinée dans la doctrine de la fin du Moyen Âge. La formation de ce consensus et ses conséquences sur la science juridique elle-même sont le sujet central de la contribution de Robert Fredona. Son article présente et analyse différentes collections et répertoires dits de *communes opiniones* du xvi^e siècle, qui devinrent très populaires parmi les étudiants et les praticiens du droit. Ces collections contenaient avant tout des listes de citations dans lesquelles des juristes médiévaux ou modernes affirmaient explicitement qu'une telle opinion était considérée comme étant « commune ». Loin de se limiter à codifier les *opinioniones communes*, pour autant, certains de ces ouvrages s'attachaient également à examiner la notion elle-même de *communis*

opinio et à problématiser sa relation à la notion de vérité. Selon plusieurs auteurs du XVI^e siècle, comme Antonio Maria Corazzi, l'opinion la plus commune des juristes (*magis communis opinio*) établissait une présomption de vérité, et l'on ne pouvait y déroger que pour de très bonnes raisons. Dans leur quête de l'opinion commune, les juristes-conseillers devaient prendre en compte non seulement le nombre (*numerus*) d'auteurs en faveur d'une certaine interprétation, mais aussi leur autorité (*auctoritas*) : un auteur célèbre pouvait ainsi prévaloir sur plusieurs auteurs moins connus. Cette analyse suscite une réflexion sur le statut de la science juridique et sur l'apport des débats concernant la *communis opinio* à son développement.

III. (Dis)continuités

- 14 Au cours des dernières décennies, le problème s'est posé de reconsidérer la partition chronologique conventionnelle entre le Moyen Âge et l'époque moderne afin de mettre pleinement en évidence les continuités et les transformations qui ont caractérisé la science juridique à ces époques. Ce besoin s'est notamment exprimé dans le cadre de divers projets collectifs où s'est manifestée la nécessité de réunir des médiévistes et des modernistes autour de problématiques communes, afin de « corriger cette tendance qu'ont les premiers à considérer que le Moyen Âge a tout inventé, ou presque, et cette tendance qu'ont les seconds à considérer le Moyen Âge comme de la protohistoire »³⁶. En proposant une révision critique de la séparation radicale fréquemment assumée entre l'expérience médiévale du *ius commune* et celle de la modernité juridique en Europe, il a été avancé que la tâche de l'historien du droit et du pouvoir aujourd'hui devrait être de « redécouvrir les éléments “non-modernes” de la modernité juridique »³⁷. De même, un projet pluriannuel consacré à *der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur* a donné lieu à une série de volumes thématiques portant sur différentes branches du droit (du droit civil, public et pénal à la procédure, le droit économique et le droit international), dans lesquels ont été examinées les manières et les formes dans lesquelles l'expérience du *ius commune*, surtout considérée sous l'angle du droit canonique, est restée une partie vivante de la modernité et a fini par constituer une matrice de la culture juridique en Occident³⁸. Des monographies consacrées à différents sujets relevant aussi bien du droit privé que public au début de l'époque moderne n'ont pas non plus manqué de souligner les apports de la science juridique médiévale dans le contexte du renouveau des méthodes et des instituts³⁹. Toutes ces études proposent de revisiter les barrières chronologiques traditionnelles pour tenter une lecture plus adéquate des sources visant à mieux illustrer les dynamiques complexes et variées de continuité et de transformation qui ont affecté concepts, doctrines et instituts dans la longue gestation de la modernité.
- 15 Dans le présent dossier, l'analyse de la pensée fiscale des praticiens humanistes français du XVI^e siècle proposée par Arnaud Le Gonidec démontre que les juristes de l'école dite des Politiques réemployèrent largement les concepts du *ius commune* médiéval dans le contexte nouveau d'un droit français naissant, pour développer les principes d'un droit fiscal universaliste et égalitariste. Les Politiques se fondaient par exemple sur la doctrine formulée par Bartole dans son commentaire sur C. 10.22.2 pour soutenir que le risque de l'insolvabilité d'un contribuable devait être porté par toute la communauté. D'autres passages de l'œuvre de Bartole, notamment son commentaire sur C. 10.62.1, furent cités pour étayer le principe de proportionnalité de l'impôt. Le Gonidec souligne

aussi l'importance du recours au langage métaphorique – comme la métaphore navale, déjà présente dans le commentaire de Balde sur la loi Rhodienne (D. 14.2.1) – pour corroborer l'idée de solidarité fiscale. Il en résulte que le droit savant médiéval a considérablement inspiré les praticiens français du XVI^e siècle, une inspiration dont l'auteur retrace même des conséquences à long terme, tel l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 sur la répartition égale de la contribution commune, en raison des facultés de chaque citoyen.

- 16 La contribution de Piotr Alexandrowicz aborde également cette dynamique de continuité et de transformation entre le droit savant médiéval et le *ius commune* des Temps modernes. En se focalisant sur un genre particulier de la littérature juridique des XVI^e et XVII^e siècles, les *differentiae iuris civilis et canonici*, Alexandrowicz souligne l'émergence de changements méthodologiques importants par rapport aux ouvrages du même genre produits dans les siècles précédents – ce qui pourtant n'empêche que les références aux sources médiévales soient encore omniprésentes. Les *differentiae* de l'époque moderne ne se limitaient pas à présenter des listes de contradictions entre le droit canonique et le droit civil romain, mais s'attachaient souvent à expliquer les raisons de ces contradictions et proposaient des tentatives de réconciliation. De plus, on trouve parfois dans ces ouvrages même des comparaisons entre le droit romain et canonique d'un côté, et des droits locaux de l'autre. Par-là, leurs auteurs développèrent ce qu'Alexandrowicz appelle une « méthode (proto-)comparative » qui visait la cohérence interne du *ius commune* par la démonstration d'une compénétration du droit romain et du droit canonique et favorisait leur interprétation concordante. Prenant appui sur cette démarche, Alexandrowicz propose une discussion critique de la notion de « nouvel *ius commune* » avancée par Harold J. Berman et Charles J. Reid et précise les caractères des « nouveautés » qu'on peut reconnaître dans cette littérature.
- 17 Dans son épilogue, Alain Wijffels présente la thèse selon laquelle la science juridique médiévale concernait avant tout l'art de la bonne gouvernance⁴⁰. Loin de se réduire à un corps de normes positives, le droit romain et le droit canonique constituaient le noyau d'une éducation juridique qui permit aux juristes d'acquérir une expertise dans la prise de décision inspirée de la justice, que ce fût dans le contexte de la résolution de conflits ou dans celui de l'élaboration de politiques publiques. L'une des principales fonctions de la science juridique était de canaliser la normativité sociale dans le cadre de la normativité juridique, assurant la gestion du pluralisme normatif et apportant ainsi une « contribution majeure à la stabilisation de la gouvernance politique par le biais des règles de droit ». Le processus de systématisation thématique et de réduction du *ius commune* à un corps de normes positives entamé au XVI^e siècle s'accompagna d'une transformation simultanée aussi bien du « fondement idéologique » de la science juridique que du rôle du juriste, souvent appelé à savoir « s'y retrouver dans les *arcana* de la raison d'État ». Néanmoins, Wijffels souligne que les réflexions sur la méthode et l'interprétation ainsi qu'une riche littérature de *decisiones* et de *consilia* (qui montrent l'application du raisonnement juridique à des cas concrets) persistèrent tout au long du XVI^e et du XVII^e siècle – de la même manière que les principes ancrés dans la tradition médiévale du *ius commune* continuèrent à être invoqués dans le but de poser des limites au pouvoir du prince⁴¹.
- 18 Les études présentées ici abordent des questions ponctuelles et s'inscrivent dans un débat historiographique de grande envergure et de grande tradition. Nous espérons que ce dossier pourra offrir de nouvelles impulsions à la réflexion et qu'il contribuera à

maintenir vivante la recherche sur cet *oceanus iuris* que représente l'expérience du *ius commune*.

NOTES

1. Voir par exemple A. Padoa Schioppa, « Il diritto comune in Europa : riflessioni sul declino e sulla rinascita di un modello », *Il foro italiano*, 119, 1996, partie V, col. 17, selon lequel la perspective d'un « *diritto comune europeo* » est « *cosa concettualmente ben diversa sia dal diritto unico europeo prescritto dai trattati e introdotto dai regolamenti comunitari, sia dal diritto uniforme indotto dalle direttive. Il diritto comune presuppone infatti l'esistenza di diritti particolari, che si collocano rispetto al primo in un rapporto di complementarità. Questa può a sua volta realizzarsi in una pluralità di modi [...]* ». Pour une évaluation de ce débat, voir aussi M.-F. Renoux-Zagamé, « Le droit commun européen : entre histoire et raison », *Droits*, 14, 1991, p. 27-37 ; J.-L. Halpérin, « L'approche historique et la problématique du *jus commune* », *Revue internationale de droit comparé*, 52-4, 2000, p. 717-731 ; et A. Wijffels, « Qu'est-ce que le *ius commune* ? », *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, dir. A. Wijffels, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 643-661.
2. M. Delmas-Marty, L. He, A. Wijffels, « Propos introductifs : qu'est-ce qu'un *jus commune* ? », *Sur les chemins d'un jus commune universalisable*, dir. M. Delmas-Marty, K. Martin-Chenut et C. Perruso, Paris, mare & martin, 2021, p. 20. Le volume présente six expériences passées de droit commun (parmi lesquelles figure le *ius commune* européen), explore quelques domaines juridiques considérés aujourd'hui comme étant « en voie de globalisation » et repère « les leviers d'un *jus commune* universalisable » qui pourraient régir « une future communauté mondiale unie par son destin » (M. Delmas-Marty, K. Martin-Chenut, C. Perruso, « Avant-Propos », *ibidem*, p. 13). Parmi les publications antérieures de Mireille Delmas-Marty, voir M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Paris, Éditions du Seuil, 1994.
3. R. Domingo, *The New Global Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. XVI-XVII.
4. Parmi les grandes questions qui sont restées hors du présent dossier, il faut mentionner au moins l'étude de la tradition manuscrite et imprimée de l'œuvre des juristes et l'édition de textes inédits. Il s'agit d'un domaine de recherche qui bénéficie d'une tradition très importante et qui reste vaste et dynamique aujourd'hui encore, mais dont il n'est pas possible de faire état ici.
5. Voir surtout M. Bellomo, *I fatti e il diritto. Tra le certezze e i dubbi dei giuristi medievali (secoli XIII-XIV)*, Rome, Il Cigno Galileo Galilei, 2000, p. 629-667 ; *idem*, *L'Europa del diritto comune. La memoria e la storia*, Leonforte, Euno Edizioni, 2016 (trad. anglaise de la première édition, de 1988, *id.*, *The Common Legal Past of Europe, 1000-1800*, trad. L.G. Cochrane, Washington D.C., The Catholic University of America Press, 1995).
6. Voir en particulier F. Calasso, « Il problema storico del diritto comune » (1939), *Introduzione al diritto comune*, Milan, Giuffrè, 1951, p. 77-136. Sur les thèses de Calasso et le débat qu'elles ont engendré, voir M. Caravale, *Alle origini del diritto europeo. Ius commune, droit commun, common law nella dottrina giuridica della prima età moderna*, Bologna, Monduzzi, 2005, p. 4-21, et L. Loschiavo, « Francesco Calasso, il "sistema del diritto comune" e il desiderio di un'Europa del diritto », *Rivista Internazionale di Diritto Comune*, 34, 2023, p. 277-296.
7. E. Cortese, « Immagini di diritto comune medievale : *semper aliud et idem* », *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*, dir. I. Birocchi et A. Mattone, Rome, Viella, 2006, p. 3-16. Sur cette nature « subsidiaire » et sur le rôle « supplétif » du *ius commune*, voir la

discussion proposée par A. Wijffels (*Qui millies allegatur. Les allégations du droit savant dans les dossiers du Grand Conseil de Malines (causes septentrionales, ca. 1460-1580)*, t. 1, Texte, Amsterdam, s.n., 1985, p. 21-22), dans le contexte d'une remise en cause de la notion de « réception du droit romain », à laquelle l'auteur préfère celle de « diffusion du *ius commune* » : « Le “défaut” de la coutume ou du droit particulier ne peut être uniquement compris comme l'absence d'une norme directement applicable. Le “défaut” auquel le droit savant supplée est davantage l'absence d'une méthode, d'un raisonnement “scientifique” que l'esprit du temps s'attend désormais à voir appliqué dans l'administration de la justice ». Voir aussi M. Caravale, *Alle origini del diritto europeo*, op. cit., p. 49-63.

8. Le problème a été posé par H.A. Kelly, « Medieval Jus commune versus/versus Modern Ius commune ; or, Old 'Juice' and New 'Use' », *Proceedings of the Twelfth International Congress of Medieval Canon Law*, dir. U.-R. Blumenthal, K. Pennington et A.A. Larson, Cité du Vatican, Biblioteca Apostolica Vaticana, 2008, p. 377-406.

9. E. Schrage, *Utrumque Ius. Eine Einführung in das Studium der Quellen des mittelalterlichen gelehrten Rechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1992.

10. Les sources de cette opposition sont Ulpien dans D. 1.1.1.3 et 4 et D. 1.1.6pr., et Gaius dans D. 1.1.9.

11. A. Gouron, « Le droit commun a-t-il été l'héritier du droit romain ? », *Académie des inscriptions & belles-lettres. Comptes rendus des séances de l'année 1998 janvier-mars*, Paris, Diffusion De Boccard, 1998, p. 284-286, avec des exemples tirés de sources du XII^e siècle.

12. *Ibid.*, p. 287 un passage tiré de la *Summa Trecensis*, ad C. 8.52[48], à propos du *ius consuetudinarium cuiusvis oppidi* : « *tam ius commune quam speciale ex consuetudine constitui potest* ». Selon A. Gouron (« L'auteur et la patrie de la *Summa Trecensis* » (1984), *Études sur la diffusion des doctrines juridiques médiévales*, Londres, Variorum Reprints, 1987, chap. 3), cette *Summa* serait l'ouvrage du juriste provençal Géraud, rédigé en plusieurs étapes avant le milieu du XII^e siècle.

13. E. Cortese (« Agli albori del concetto di diritto comune in Italia (sec. XII-XIII) », *El dret comú i Catalunya*, dir. A. Iglesia Ferreirós, Barcelone, Fundació Noguera, 1999, p. 180-181) rappelle que la constitution *Puritatem* incluse dans le *Liber Augustalis* de Frédéric II (1231) établit une hiérarchie des sources en imposant aux magistrats de juger selon les constitutions du royaume, les coutumes approuvées, « *ac demum secundum iura communia, Longobardorum videlicet et Romanorum* ». Selon l'auteur, ce passage serait le fruit d'une interpolation ultérieure.

14. Dans sa *Glose ordinaire*, Accurse (c. 1180-*ante* septembre 1262) affirme que les statuts des arts sont appliqués par les consuls des arts mais non par les magistrats de la cité, car il ne s'agit pas d'un *ius commune* pour tous les citoyens locaux : voir sa glose sur C. 4.18.2, ad v. *indefense* : « *constituebant enim olim argentarii quaedam inter se, forte ut etiam non debitum posset constitui [...] et hoc etiam hodie servaretur, si inter se huiusmodi constituerent [...], scilicet coram suo iudice, quem habere possunt [...], non coram alio, cum non sit commune ius* ». Sur ce passage, voir A. Padoa Schioppa, « Giurisdizione e statuti delle arti nella dottrina del diritto comune » (1964), *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milan, Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 1992, p. 39, note 103.

15. Ainsi Dynus de Mugello (c. 1253-*post* 1298) dans un de ses *consilia*, où il pose le principe selon lequel « *forma dubiarum conventionum ad iuris communis interpretationem et intellectum reduci debet* » et affirme « *sed ius commune ita se habet* » avant d'énoncer une règle suivie de trois références aux *Libri feudorum*. Voir Dynus Muxellanus, *Consilia*, Lugduni, Apud haeredes Iacobi Giuntae, 1551, f^o 6^{ra}, n. 8 et sur ce texte M. Ryan, « *Ius Commune Feudorum in the Thirteenth Century* », ... colendo iustitiam et iura condendo... *Federico II legislatore del Regno di Sicilia nell'Europa del Duecento. Per una storia comparata delle codificazioni europee*, dir. A. Romano, Rome, Edizioni De Luca, 1997, p. 59.

16. Outre au passage cité *supra*, note 13, E. Cortese (« Agli albori », op. cit., p. 182) cite un passage tiré des *Libelli iuris civilis* de Roffredo Beneventano (« *quia de quibus causis de iure scripto [à savoir le droit lombard] aliquid non cavetur communi iure, id est Romano, vivamus* », vers 1230). Le même

Cortese (« Dopo Calasso : ancora sul concetto e sul sistema del Diritto comune », in *Ius romanum - ius commune - ius hodiernum. Studies in honour of Eltjo J.H. Schrage on the occasion of his 65th birthday*, dir. H. Dondorp *et al.*, Amsterdam et Aalen, Scientia Verlag, 2010, p. 72-73) cite la glose de Marino da Caramanico sur la constitution *Ut de successioneibus (Liber Augustalis, III.27)* ad v. *specialiter*, où la *lex Francorum* est définie comme un droit spécial « *ad differentiam iuris Romani quod dicitur commune* » (appareil rédigé entre 1278 et 1285). A. Gouron (« Le droit commun », *op. cit.*, p. 288 pour le XIII^e siècle) renvoie à des passages d'Odofrède, du « *mistérieux Odo. de Tar.* » du ms. Munich, BSB, Clm 28178 et de Jacques de Revigny. Jaques de Belviso (post 1270-1335) parle de « *iura communia et communicativa omnibus quaestionibus* » dans un passage mis en valeur par M. Bellomo (*I fatti e il diritto, op. cit.*, p. 633-644), selon lequel, par « *iura communia* », le juriste se réfère au droit romain et au droit canonique. Voir aussi A. Guzmán Brito, « Historia de las nociones de “derecho común” y “derecho propio” », in *Homenaje al profesor Alfonso García-Gallo, I*, Madrid, Editorial Complutense, 1996, p. 207-240.

17. Bartolus de Sassoferrato, *In Primam Digesti Veteris Partem (Omnia, quae extant, opera, t. I)*, Venetiis, Apud Iuntas, 1596, sur D. 1.1.9, f^o 9r^ob, n. 2 : « *Item ius civile proprium potest constitui a populo, ut hic, sed ius civile commune constituit solus Princeps* » (repetitio donnée à Pérouse le 3 novembre 1343).

18. Baldus de Ubaldis sur D. 1.1.9, qui commence par ces mots : « *Omnes populi possunt facere sibi statuta. Et ubi cessat statutum habet locum ius commune* ». La version « *ius commune* » se trouve dans le ms. Cité du Vatican, BAV, Ross. 1163, les ms. Munich, BSB, Clm 3062 et Clm 6640, le ms. Madrid, BNE, 2137, ainsi que dans l'édition de la *Lectura super prima parte Digesti Veteris* parue à Naples chez Sixtus Riessinger en 1476. En revanche, dans les éditions de la même *Lectura* parues à Venise en 1504, 1577 et 1599 on lit « *ius civile* ». La présence de cette variante dans la tradition imprimée avait déjà été remarquée par L. Mayali, « *Ius civile et Ius commune dans la tradition juridique médiévale* », *Droit romain, jus civile et droit français*, dir. J. Krynen, Toulouse, Presses de l'Université de sciences sociales de Toulouse, 1999, p. 212, note 2.

19. Encore dans son commentaire sur D. 1.1.9: sur ce passage voir E. Cortese, « *Agli albori* », *op. cit.*, p. 191.

20. Baldus de Ubaldis, *In Decretalium volumen commentaria*, Venetiis, Apud Iuntas, 1595, sur X 2.28.72, f^o 311r^ob, n. 5 : « *omne quod est ius omnium civium, reputatur esse ius commune, sed ius municipale est ius commune omnium civium illius civitatis & territorij sine differentia & acceptione personarum, ergo ius commune, ut ff. de iust. & iu. l. omnes populi [D. 1.1.9]* ».

21. Voir par exemple Rainerius de Forlivo, *repetitio* sur D. 1.1.9 prononcée à Padoue le 19 octobre 1355 et imprimée dans Albericus de Rosciate, *In Primam ff. Veteris Partem Commentarj*, Venetiis, [Societas aquilae se renovantis], 1585 [réimpr. Bologne, Forni, 1974], f^o 16v^ob, n. 18 (« *Praeterea istud ius speciale debet censeri commune, quo ad populum ipsius civitatis auctoritate principis, qui hanc potentiam sibi concessit [...]* ») ; Jason de Mayno (1435-1519), *In primam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Lugduni, Excudit Ant. Blanc., 1581, sur D. 1.1.9, f^o 13v^oa, n. 3 et 5 (« *Adde tamen, quod appellatione statuti comprehenditur etiam ius commune [...]. Eodem modo econtra, appellatione iuris communis venit ius statutarium* ») ; et Andreas Alciatus (1492-1550), *Opera*, t. III, Basileae, Ex officina Guariniana, 1582, sur X 1.31.10, col. 864, n. 60 (« *& statutum in loco ubi viget, dicitur ius commune* »). Ces derniers passages de Jason de Mayno et Alciatus, cités déjà par Calasso, sont discutés par B. Paradisi, « *Il problema del diritto comune nella dottrina di Francesco Calasso* » (1980), *Studi sul Medioevo giuridico*, Rome, Istituto storico italiano per il Medio Evo, 1987, p. 1051-1057. Dans le Royaume de Naples, vers 1510-1513, Mattheus de Afflictis (*In utriusque Siciliae Neapolisque Sanctiones et Constitutiones novissima Praelectio*, Venetiis, apud Ioannem Variscum & Socios, 1580, lib. I, tit. XLVIII, f^o 154r^ob, n. 14) identifie le *ius commune* à la législation royale : « *Dicitur enim id, quod statuitur per constitutiones regni, esse ius commune in regno* ».

22. Voir avant tout le passage de la *Summa Trecensis* cité *supra*, note 12. Cette identification se trouve aussi en Italie : voir par exemple Baldus de Ubaldis, *Lectura super usibus feudorum; Super*

Pace Constantiae, Rome, In domo dominorum Anthonii et Raphaelis de Vulterris, [c. 1474], sur PC cap. 1 (Nos Romanorum), ad v. *criminalibus*, f° 153v^oa (« Porro etiam locales consuetudines quo ad locum ipsum dicuntur ius commune ut in c. cum venisse<n>t de eo qui mit. in pos. causa rei serva. [X 2.15.3]. Et est ratio, quia iure communi confirma<n>tur, ut ff. de iusti. et iure l. omnes populi [D. 1.1.9] ») et Jason de Mayno, In *Primam Infortiati Partem Commentaria*, Venetiis, [Giunti], 1585, ad D. 24.3.40, f° 44r^oa, n. 100-101 (« licet consuetudo in loco, quo viget, possit appellari ius commune [...] »). Dans la France du xvi^e siècle, elle apparaît entre autres chez Nicolas Bohier (« consuetudines locales sunt, & dicuntur ius commune in ipso loco », dans *Les coutumes de Bourges*, tit. De coutumes des fiefs & cens, cité et discuté par N. Warembourg, « La notion de “droit commun” dans l’Ancienne France coutumière : Point d’étape », *Glossae. European Journal of Legal History*, 13, 2016, p. 680), Jacques Cujas (pour son usage de *ius commune* au sujet du droit coutumier dans une consultation, voir X. Prévost, *Jaques Cujas (1522-1590) jurisconsulte humaniste*, Genève, Droz, 2015, p. 402-404) et Guy Coquille (la coutume est le « vray Civil & Commun Droit des Français », *Les Coutumes de Nivernais*, Proème, cité et discuté par N. Warembourg, « La notion de “droit commun” », *op. cit.*, p. 681). Voir aussi la synthèse de M. Caravale, *Alle origini del diritto europeo*, *op. cit.*, p. 128-144 et 165-179.

23. Voir J.-L. Thireau, *Charles Du Moulin (1500-1566). Étude sur les sources, la méthode, les idées politiques et économiques d’un juriste de la Renaissance*, Genève, Droz, 1980, p. 31-32 et 95-100 et *id.*, « Le droit français entre droit commun et codification », *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione*, *op. cit.*, p. 75-90.

24. Voir aussi à ce propos J. Hallebeek, « The Glossators’ use of *Ius Commune* as a right : Some remarks on the distinction *privilegium - ius commune* », “*Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert*” : *Festschrift für Knut Wolfgang Nörr*, dir. M. Ascheri *et al.*, Cologne, Weimar et Vienne, Böhlau, 2003, p. 317-333.

25. Notamment K. Tuori, *Empire of Law : Nazi Germany, Exile Scholars and the Battle for the Future of Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020.

26. Il suffirait de rappeler la formule connue « *legista sine canonibus parum valet, canonista sine legibus nihil* » : voir K. Pennington, « *Legista sine canonibus parum valet, canonista sine legibus nihil* », *Bulletin of Medieval Canon Law*, 34, 2017, p. 249-258 et A. Errera, « La natura ancipite della massima *legista sine canonibus parum valet, canonista sine legibus nihil* », *Historia et ius*, 14, 2018, paper 16 (disponible sur https://www.historiaetius.eu/uploads/5/9/4/8/5948821/14_16_errera.pdf). Parmi les contributions récentes sur la compénétration précoce entre droit canonique et droit civil, voir aussi O. Condorelli, « “*Ius civile*” e “*ius canonicum*”. La ricerca di un coordinamento alla luce della più antica scienza giuridica », *Sacrorum canonum scientia : radici, tradizioni, prospettive. Studi in onore del Cardinale Péter Erdő per il suo 70^e compleanno*, dir. P. Szabó et T. Frankó, Budapest, Szent István Társulat az Apostoli Szentszék Könyvtárosa, 2022, p. 104-136.

27. Voici quelques contributions relativement récentes, avec des références à la littérature antérieure : sur l’époque médiévale, A. Errera, *Lineamenti di epistemologia giuridica medievale. Storia di una rivoluzione scientifica*, Turin, Giappichelli, 2006 ; A. Padovani, *L’insegnamento del diritto a Bologna nell’età di Dante*, Bologne, Il Mulino, 2021 ; *Juristische Glossierungstechniken als Mittel rechtswissenschaftlicher Rationalisierungen. Erfahrungen aus dem europäischen Mittelalter - vor und neben den großen ‘Glossae ordinariae’*, dir. S. Lepsius, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2022 ; M. Bassano, *De maître à élève. Enseigner le droit à Orléans (c. 1230-c. 1320)*, Leyde et Boston, Brill, 2023. Sur l’humanisme juridique, X. Prévost, *Jaques Cujas*, *op. cit.* ; *Reassessing Legal Humanism and Its Claims*. Peter Fontes ?, dir. P. J. du Plessis et J. W. Cairns, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2016 ; et *L’Humanisme juridique. Aspects d’un phénomène intellectuel européen*, dir. X. Prévost et L.-A. Sanchi, Paris, Garnier, 2022. Sur l’époque moderne, J. Schröder, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500-1990)*, 3^e éd., t. I, 1500-1933, Munich, C.H. Beck, 2020.

28. Sur les *regulae* en particulier, voir l’étude classique de P. Stein, *Regulae Iuris : From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 1966, and *The Creation of the Ius*

Commune : *from Casus to Regula*, dir. J. W. Cairns et P. J. du Plessis, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2010.

29. Sur la redécouverte du *ius in artem redigere*, voir D. Quaglioni, « Tra bartolisti e antibartolisti. L'Umanesimo giuridico e la tradizione italiana nella *Methodus* di Matteo Gribaldi Mofa (1541) » et A. Mazzacane, « Sistematiche giuridiche e orientamenti politici e religiosi nella giurisprudenza tedesca del secolo XVI », tous les deux dans *Studi di storia del diritto medievale e moderno*, dir. F. Liotta, Bologne, Monduzzi Editore, 1999, p. 185-212 et 213-252 respectivement, ainsi que X. Prévost, « *Ius in artem redigere*. Ramisme et systématisme chez quelques jurisconsultes humanistes français (Coras, Doneau, Grégoire) », *Revue historique de droit français et étranger*, 97-4, 2019, p. 463-482.

30. K. Pennington, « Learned Law, Droit Savant, Gelehrtes Recht : The Tyranny of a Concept », *Rivista Internazionale di Diritto Comune*, 5, 1994, p. 197-209, paru aussi dans *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 20, 1994, p. 205-215. Voir aussi J. Kirshner et O. Cavallar, *Jurists and Jurisprudence in Medieval Italy. Texts and Contexts*, Toronto, Buffalo et Londres, University of Toronto Press, 2020.

31. Sur la participation des juristes médiévaux et modernes à la vie politique et à la pratique juridique de leur temps, on ne peut ici que renvoyer à leurs biographies telles qu'elles sont retracées dans les monographies et les dictionnaires biographiques existants. Une étude détaillée des allégations de droit savant dans les dossiers du Grand Conseil de Malines entre c. 1460 et 1580 se trouve dans A. Wijffels, *Qui millies allegatur*, *op. cit.*, où sont à consulter surtout les p. 19-28, 163-282 et 445-455. Pour le Parlement de Paris, voir Y. Mause, « A demonio merediano ? Le droit savant au Parlement de Paris », *Droits*, 48, 2009, p. 159-177. Sur le genre des *consilia*, voir *Consilia im späten Mittelalter. Zum historischen Aussagewert einer Quellengattung*, dir. I. Baumgärtner, Sigmaringen, Jan Thorbecke Verlag, 1995 ; *Legal Consulting in the Civil Law Tradition*, dir. M. Ascheri, I. Baumgärtner et J. Kirshner, Berkeley, The Robbins Collection, 1999 ; U. Falk, *Consilia. Studien zur Praxis der Rechtsgutachten in der frühen Neuzeit*, Frankfurt-sur-le-Main, Klosterman, 2006 ; S. Menzinger, « *Consilium sapientum* : Lawmen and the Italian Popular Communes », *The Politics of Law in Late Medieval and Renaissance Italy. Essays in Honour of Lauro Martines*, dir. L. Armstrong et J. Kirshner, Toronto, Buffalo et Londres, University of Toronto Press, 2011, p. 40-54 ; et W. Druwé, *Loans and Credit in Consilia and Decisiones in the Low Countries (c. 1500-1680)*, Leyde et Boston, Brill, 2020, avec d'autres références.

32. L'expression est empruntée à E. Cortese, « Scienza di giudici e scienza di professori tra XII e XIII secolo » (1982), *Scritti*, éd. I. Birocchi et U. Petronio, Spolète, Centro italiano di Studi sull'Alto Medioevo, 1999, p. 691-746. Voir aussi *id.*, *Il Rinascimento giuridico medievale*, 2^e éd., Rome, Bulzoni, 1996.

33. H. Grotius, *De jure belli ac pacis libri tres* [1^{re} éd. 1625], curavit B.J.A. De Kanter - Van Hettinga Tromp, additiones novas addiderunt R. Feenstra et C.E. Persenaire adjuvante E. Arps - De Wilde, Aalen, Scientia Verlag, 1993, Prolegomena, § 54, p. 26, qui ajoute : « *Audiendi vero tum maxime [sc. les juristes médiévaux], cum tali consuetudini quae nostrorum temporum ius gentium facit testimonium perhibent* ».

34. Sur le *dominium utile* v. les études recueillies dans P. Grossi, *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milan, Giuffrè, 1992 et plus récemment E. Conte, « Modena 1182, the origins of a new paradigm of ownership. The interface between historical contingency and the scholarly invention of legal categories », *Glossae. European Journal of Legal History*, 15, 2018, p. 5-18. Au milieu du XII^e siècle, quelques décennies avant que Pillius de Medicina ne forge la notion de *dominium utile*, le consul et juge milanais Oberto dall'Orto avait défini le droit sur le *beneficium* comme un usufruit - « *una mostruosità romanistica* », selon E. Cortese (« Meccanismi logici dei giuristi medievali e creazione del diritto comune », *Il diritto comune fra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile*, dir. M.G. di Renzo Villata, Naples, Jovene,

2003, p. 337), qui révèle la disponibilité des juristes à adapter les concepts romains à la pratique contemporaine.

35. P. Costa, « “Ius commune”, “ius proprium”, “interpretatio doctorum” : ipotesi per una discussione », *El dret comú i Catalunya*, dir. A. Iglesia Ferreirós, Barcelone, Fundació Noguera, 1995, p. 39, qui ajoute : « non sarebbe il caso di ripetere questa ovvietà se un malinteso ‘empirismo’ non tendesse a svalutare i testi di sapere come apparenza di fronte alla ‘vera’ realtà, riduttivamente identificata con ‘ciò che effettivamente succede’ ». Costa insiste par ailleurs sur l’attitude audace du juriste médiéval face aux textes de droit romain : « addirittura il testo su cui il giurista medievale lavora non è un testo che egli trova, per così dire, già pronto all’uso : è un testo che egli inventa, o reinventa, come testo prescrittivo valido, è un testo di cui egli fissa le condizioni di senso e di validità, è, infine, un testo che egli usa per accreditare se stesso come ceto professionale, come interprete socialmente autorevole di quel testo ».

36. J. Krynen, « Introduction », *Science politique et droit public dans les facultés de droit européennes (XIII^e-XVIII^e siècle)*, dir. J. Krynen et M. Stolleis, Frankfurt-sur-le-Main, Klostermann, 2008, p. 1.

37. D. Quaglioni, « Introduzione », *Gli inizi del diritto pubblico, 3 : Verso la costruzione del diritto pubblico tra medioevo e modernità / Die Anfänge des öffentlichen Rechts, 3 : Auf dem Wege zur Etablierung des öffentlichen Rechts zwischen Mittelalter und Moderne*, dir. G. Dilcher et D. Quaglioni, Bologne et Berlin, Il Mulino et Duncker & Humblot, 2011, p. 20, après avoir rappelé à la p. 18 le passage de Jacques Krynen cité dans la note précédente et avoir observé : « Noi pensiamo che il diritto intermedio sia il grande laboratorio in cui si forma lo strumentario giurisprudenziale di cui la moderna scienza giuridica si è servita, spesso forzandone e semplificandone la cifra originaria, ma senza mai abbandonarne del tutto l’ammaestramento e l’uso, almeno fino alla grande frattura sette-ottocentesca, e forse neppure allora del tutto ».

38. *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur*, 6 vol., dir. O. Condorelli, F. Roumy et M. Schmoeckel (vol. 1-6), Y. Mausen (vol. 4) et D. von Mayenburg (vol. 5), Cologne, Weimar et Vienne, Böhlau, 2009-2020.

39. Voir par exemple W. Decock, *Theologians and Contract Law. The Moral Transformation of the Ius Commune (ca. 1500-1650)*, Leyde et Boston, Martinus Nijhoff, 2013 ; D. Fedele, *Naissance de la diplomatie moderne (XIII^e-XVII^e siècles). L’ambassadeur au croisement du droit, de l’éthique et de la politique*, Baden-Baden et Zürich/St. Gall, Nomos Verlag et Dike Verlag, 2017 ; W. Druwé, *Loans and Credit, op. cit.* ; P. Astorri, *Lutheran Theology and Contract Law in Early Modern Germany (ca. 1520-1720)*, Paderborn, Ferdinand Schöningh, 2019.

40. Voir aussi A. Wijffels, *Introduction historique au droit. France, Allemagne, Angleterre*, 3^e éd., Paris, PUF, 2020, p. 211-213.

41. Sur ce dernier point, voir l’étude de G. Gorla, « “Iura naturalia sunt immutabilia”. I limiti al potere del “Principe” nella dottrina e nella giurisprudenza forense fra i secoli XVI e XVIII », *Diritto e potere nella storia Europea. Atti in onore di Bruno Paradisi*, Florence, Olschki, 1982, p. 629-684.

AUTEURS

DANTE FEDELE

Chargé de recherche HDR, Centre d’Histoire Judiciaire UMR 8025 (CNRS-Université de Lille)

WOUTER DRUWÉ

Professeur de droit romain et d'histoire du droit, KU Leuven