

LE RÔLE DES CANONISTES DANS LA FORMATION D'UN « DROIT COMMUN » ROMANO-CANONIQUE

Nous sommes à Paris en 1205-1206, peut-être en 1207 en début d'après midi. Dans la petite salle, quelques clercs, guère plus d'une vingtaine peut-être, se pressent autour du maître. Ils sont venus d'Angleterre, d'Allemagne, de Suède ou plus simplement de Rouen, de Reims ou de Chartres étudier la théologie mais aussi le droit canonique. L'étude de ce dernier est en effet devenue de plus en plus indispensable aux clercs, ne serait-ce qu'en raison de l'importante activité judiciaire qu'exerce alors l'Église. Sa compétence s'étend en effet sur tous les clercs mais également, dans nombre de domaines, sur les laïcs. Ce matin, comme tous les matins, on a lu le Décret, ce fameux Décret de Gratien qui donnera bientôt son nom à la première faculté de droit. Œuvre monumentale composée au milieu du XII^e siècle (1140-50) ¹ il sert de base à l'enseignement du droit canonique. La *lectio* a porté sur la Causa 2, question 6 dans laquelle Gratien a rassemblé au sujet de l'appel des textes de provenance fort diverse. Y figurent, comme toujours, des canons conciliaires et des décrétales pontificales mais aussi, fait plus inhabituel, de nombreux textes de droit romain issus des compilations de Justinien. Et comme si cela ne suffisait pas, le maître n'a pas cessé en commentant les premiers textes de la *questio* de faire constamment référence ici au Code ou aux

1. Le Décret de Gratien rassemble des textes issus pour l'essentiel des collections canoniques antérieures, collections qui existent depuis le milieu (en Orient) ou la fin (en Occident) du IV^e siècle, cf. L. Kery : *Canonical collections of the Early Middle Ages*, Washington 1999. L'élaboration du Décret lui-même a suscité, en raison de la nouvelle attention portée aux plus anciens manuscrits, de nombreuses et récentes études, cf. C. Larrainzar : « La ricerca attuale sul Decretum Gratiani », in : *La cultura giuridico-canonica medioevale*, a cura di E. De Leon e N. Alvarez de las Asturias, Milano 2003, p. 45 et s.

Novelles, là au Digeste et aux Institutes². Nos clercs en sont sortis tout étourdis. Fort heureusement ils savent que cet après midi la *lectio* va porter sur le titre « Du clerc malade et infirme » du *Brevarium extravagantium* de Bernard de Pavie. Une question bien « canonique » pensent-ils, étrangère en principe, au droit romain. Ce *Brevarium*, encore appelé *Compilatio prima*, essentiellement composé de décrétales postérieures au Décret de Gratien, sert depuis peu à l'enseignement de ce qu'on appellera le *ius novum* : le droit nouveau par opposition au *ius antiquum*, au droit ancien recueilli par Gratien. Beaucoup d'évêques, dans la seconde moitié du XII^e siècle, ont écrit au pape, juge et législateur suprême, pour lui demander comment résoudre juridiquement les cas difficiles qu'ils lui exposaient. Ils ont ainsi redonné une extraordinaire vitalité à une pratique très ancienne dans l'Église et au pape, par la réponse qu'il y apporte, un pouvoir de plus en plus accru. C'est un des effets de la réforme grégorienne qui partie de la tête tend à s'étendre alors réellement jusqu'aux membres³. Dans ce contexte, il est du plus grand intérêt pour les maîtres de recueillir les décrétales les plus significatives pour alimenter leurs commentaires du Décret ; c'est ce qu'ils ont fait dès les années 1175-80. Mais dès la fin du siècle, à Bologne d'abord à Paris ensuite, on profite du recueil de Bernard, publié vers 1192, pour aller plus avant. Ne présente-t-il pas dans un ordre méthodique⁴ très largement supérieur au Décret, et dans tous les domaines, des cas que, dans leur future activité, les clercs risquent de rencontrer ? C'est dans le livre III plus spécifiquement consacré aux clercs, à leurs biens et aux actes juridiques qu'ils sont susceptibles d'accomplir, que ce situe le titre *De clericis egrotante et debilitate* [t. 6] dont nous avons parlé. Le maître (qui n'est pas forcément celui de ce matin) commence la lecture du premier canon qui envisage le cas du clerc momentanément indisponible à la suite d'une « *percussio corporalis* »⁵. Le texte pose clairement la règle : il

2. Cf. la glose sur le canon 1, extraite de l'apparat parisien au Décret « *Animal est substantia* » et publiée par Ch. Coppens dans son étude : « Pierre Peverel, glossateur de droit romain et canoniste ? » in : *La cultura giuridico-canonica medioevale*, op. cit., p. 364.

3. Les statuts synodaux qui se développent à partir du XIII^e siècle (les plus anciens sont, vers 1202, ceux d'Eudes de Sully, évêque de Paris) témoignent de la volonté des évêques en ce domaine.

4. Bernard de Pavie s'est inspiré du code de Justinien pour répartir en cinq livres eux-mêmes subdivisés en titres les textes qu'il a rassemblés.

5. Les coups et blessures sont si fréquents au Moyen Âge y compris à l'égard des clercs que le pape Innocent II a tenté en 1139 de protéger les clercs au moyen d'une excommunication *ipso facto* de celui qui frappe un clerc, cf. notre étude : « L'excommunication dans le droit canonique classique (XII^e-XIII^e siècle) » in *La peine. Discours, pratiques, représentations*, J. Hoareau-Dodinau, P. Texier éd. Limoges 2005, p. 38 et s.

devra continuer à toucher intégralement les fruits de son bénéfice. Aussi la glose du maître glisse-t-elle vite vers un cas différent mais on ne peut plus pratiquer et nos clercs dressent l'oreille. Un clerc qui avait toutes les qualités requises a été présenté par le titulaire du droit de patronage à l'évêque pour qu'il le nomme à un bénéfice devenu vacant ; mais ce dernier pour une cause injuste retarde la nomination ; le clerc, pendant ce temps, est atteint de la lèpre, l'évêque pourra-t-il refuser de le nommer puisqu'il n'est plus « sain de corps » comme l'exige le droit canonique ? non répond le maître citant la loi *Nemo* du titre : *De verborum obligationibus* du Digeste : si quelqu'un est en retard, il n'est pas libéré quant à la chose⁶. Notre clerc devra donc être nommé quitte à être remplacé dans son ministère.

Ainsi, même loin de Bologne, le droit romain est présent, constamment présent à l'esprit des canonistes. Pourquoi ? Pour quelles raisons les canonistes puisent-ils ainsi leur argumentation dans le droit romain ? c'est la première question qu'il convient de se poser pour comprendre le rôle qu'ils ont pu jouer dans la formation de ce « droit commun » (vous avez, j'espère, noté les guillemets) romano-canonique dont j'ai choisi de vous parler aujourd'hui. Nous essaierons ensuite d'envisager comment les canonistes utilisent le droit romain pour contribuer à la formation de ce « droit commun » dont l'influence s'est exercée, à des degrés divers mais souvent forts, sur l'édification des différents systèmes juridiques européens.

I. LES RAISONS DU RECOURS AU DROIT ROMAIN

Pour nos clercs, le droit romain constitue un héritage, un héritage certes sous bénéfice d'inventaire, mais un héritage tout de même. Les clercs des XII^e-XIII^e siècles se sentent héritiers des *leges* selon le terme générique employé pour désigner le droit romain, « *coheredes legum romanorum* » diront joliment les chanoines de Saint Ruff⁷. L'Église, on le sait, s'est constituée dans le cadre de l'Empire romain qui après avoir combattu le christianisme l'a toléré puis favorisé jusqu'à en faire

6. D. 45, 1, 82. Le texte envisage le cas d'une stipulation portant sur la restitution d'une chose et dans le §1 qui est visé par notre canoniste, le retard dans cette restitution. La glose sur le mot *asserit* est rapportée dans notre étude : « Magister A. Sur l'école de droit canonique parisienne au début du XIII^e siècle », *RHD* 2002, p. 405, également parue dans « *Panta Rei* ». *Studi dedicati a Manlio Bellomo*, Roma 2004, t.III, p. 239-258, texte p. 243.

7. Cf. J.P. Poly : « *Coheredes legum romanorum, la renaissance du droit romain dans le midi de la France* », *Historia de derecho trabajos en homenaje a Ferran Valls i Taberner*, v. X, Barcelona 1989, p. 2912.

en 380 par l'édit de Thessalonique la religion de l'Empire⁸. Il n'est pas question ici de refaire l'histoire des rapports entre l'Église et l'Empire ni même celle de l'abondante législation romaine que ce rapprochement a suscitée. Le titre XVI du Code Théodosien (438) et encore plus amplement, après l'effondrement de l'Empire d'Occident, le premier titre du Code de Justinien (534) et nombre de nouvelles en témoigneront.

Mais il faut garder à l'esprit qu'une grande partie de ce droit, issu principalement pour l'Occident du Code théodosien, continue par la suite à faire partie intégrante du droit de l'Église, comme l'a montré le relevé fait par Maassen des anciennes constitutions impériales présentes dans les collections canoniques de la période franque⁹. Garder à l'esprit qu'en ce qui concerne notamment ses biens, l'Église continue alors à « vivre sous la loi romaine »¹⁰.

Garder à l'esprit l'importance accordée aux compilations de Justinien dès la reconquête de l'Italie sur les goths : à la demande du pape Vigile, Justinien les déclarera applicables à l'Italie (*pro petitione Vigili* de 554) ; reconquête éphémère certes¹¹ mais qui a permis durant le haut moyen-âge une certaine circulation chez les clercs instruits des Institutes, des Nouvelles sous leur forme latine de l'Építome Juliani, voire même, sous la forme d'excerpta, du Code. Anségise, abbé de Fontenelle auteur (vers 827) du premier recueil de capitulaires francs n'a-t-il pas déguisé sous certains d'entre eux plusieurs extraits de l'Építome Juliani¹² ? La dernière citation du Digeste avant sa redécouverte à la fin du XI^e siècle, n'émane-t-elle pas en 603 du pape Grégoire le grand ? Et n'est-ce point aux clercs que l'on doit ces collections qui, confectionnées dans la seconde moitié du IX^e siècle, entretiennent le souvenir du droit romain applicable à l'Église ?¹³

8. Sur ce point, nous ne pouvons que renvoyer à l'ouvrage fondamental de J. Gaude-ment : *L'Église dans l'Empire romain (IV^e-V^e siècles)*, Paris 2^e éd., 1989.

9. Cf. F. Maassen : *Geschichte der Quellen und der Literatur des canonischen Rechts im Abendlande*, Graz 1870, réimp. Graz 1956, p. 308-333, 577, 737, 747-48, 767.

10. Selon la formule employée de manière incidente, à propos de l'affranchissement, par la loi des Ripuaires ch.61 §1 (éd. F. Beyerle et R. Buchner, MGH leges, t. III, pars II, Hanovre 1954, p. 109).

11. On sait que les lombards vont déferler sur l'Italie dès 565, cf. E. Cortese : *Il diritto nella storia medievale.*, Roma 1995, t. I, p. 125 et s.

12. J. Imbert : « Le droit romain dans les textes juridiques carolingiens », *Studi in onore di Pietro de Francisci*, v. III, p. 61 et s.

13. Il s'agit notamment de la *Lex romana canonice compta*, des *Excerpta ex libro legum novellarum ad episcopos et clerum* dits *Excerpta bobiensia* et de la *Collectio Anselmo dedicata*, cf. E. Cortese : « La « mondanizzazione » del diritto canonico », in *La cultura giuridico-canonica*, op. cit. supra note 1, p. 130.

La redécouverte des premiers livres du Digeste à la fin du XI^e siècle, ceux qui feront partie de ce qu'on appellera le Digeste vieux, a été probablement due, on en est de plus en plus persuadé, aux recherches menées à Rome par les grégoriens¹⁴. Elle fournira à Ives de Chartres qui y séjourne longuement à l'automne de 1093 l'occasion d'être le premier à insérer cinquante neuf extraits du Digeste vieux dans ses collections canoniques confectionnées peu après¹⁵. L'aurait-il fait s'il avait considéré le droit romain comme étranger au droit de l'Église ? s'il n'avait pas connu le profond respect que certains papes avaient manifesté à l'égard des lois romaines ? « *Venerandae Romanae leges* » avait écrit en 874, Jean VIII dans une lettre. Elle figurera dans une des collections d'Ives avant d'être recueillie par Gratien¹⁶.

Le « retour aux sources » qui caractérise la réforme grégorienne ne pouvait, dans un certain sens¹⁷, que favoriser cet « héritage » qui est à la fois celui du droit et de l'importance du droit¹⁸. On comprend mieux pourquoi, en dehors de Bologne, c'est presque toujours dans le sillage des écoles de droit canonique que commencera à se développer l'enseignement du droit romain.

Mais si le droit romain des compilations de Justinien est pour l'Église un héritage il ne l'est, et ne peut l'être, si le droit canonique veut garder son autonomie, que sous bénéfice d'inventaire. Inven-

14. Comme le soulignait déjà Paul Fournier dans son célèbre article : « Un tournant dans l'histoire du droit 1060-1140 », RHD 1917, p. 129 et s. Sur ce rôle de la réforme grégorienne dans la renaissance juridique médiévale, cf. en dernier lieu : E. Cortese : « Théologie, droit canonique et droit romain. Aux origines du droit savant (XI^e-XII^e s.) », in : Comptes rendus des séances de l'Académie des inscriptions et Belles-Lettres, 2002, p. 57 et s.

15. Ives de Chartres a également utilisé l'Épître Juliane, les Institutes et les neuf premiers livres du Code de Justinien dans ses collections qui ont été une des principales sources utilisées ensuite par Gratien. Ives n'a probablement pas puisé directement dans la première partie du Digeste (L.1-L.24,t.1) qu'on appellera le Digeste vieux (*Digestum vetus*) les textes du Digeste qu'on retrouve dans ses collections canoniques mais probablement dans un manuscrit qui est lui-même la source de la *collectio britannica* laquelle contient 91 extraits du Digeste vieux. Sur les liens entre les collections d'Ives de Chartres, la *collectio britannica* et la redécouverte du Digeste, cf. A. Fiori : « La collectio Britannica e la remissione del Digesto », *Rivista internazionale di diritto comune* 9(1998), p. 81-121, sp. p. 105 et s. Adde E. Cortese : « Théologie, droit canonique et droit romain. Aux origines du droit savant (XI^e-XII^e s.) », *op. cit.* supra note 14.

16. C. 16,q.3, c.17. Il est vrai que les lois en question accordaient à l'église de Rome un privilège exorbitant...

17. Évidemment l'utilisation des compilations de Justinien comporte un danger : il ne faut pas donner des armes à l'Empereur du Saint Empire romain germanique, en rappelant notamment que les privilèges ont été à l'origine des « concessions » faites par les Empereurs romains (cf. infra).

18. Cf. P. Grossi : *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari 1995, p. 112.

taire progressif, inventaire sélectif qui garantit, en cas de conflits, la supériorité des *canones* sur les *leges*, des canons sur les lois¹⁹. Il n'est pas question pour les canonistes de recevoir tel quel tout le droit du *Corpus iuris civilis* mais de l'utiliser sous le contrôle en dernier ressort de la papauté²⁰. Encore moins de reconnaître par cette utilisation à l'empereur du saint Empire romain germanique²¹, cet empire restauré après la profonde crise post carolingienne par Othon Ier en 962, le droit de légiférer en matière ecclésiastique²². Huguccio, auteur dans les années 1185-88, d'une importante somme sur le Décret ne se fera pas faute d'insister sur ce point²³. Nous touchons là toute l'ambiguïté de ce recours au droit romain, générateur de tensions incontestables.

À cette raison, à mon avis essentiel, s'en ajoutent d'autres. Il en est une dont l'importance ne doit pas être sous-estimée : le droit canonique est un droit encore en formation, même s'il a plusieurs siècles derrière lui et ceci en raison principalement de la réforme grégorienne. Un droit où, pour cette raison, les décrétales pontificales, tiennent de plus en plus de place. À côté de la *Compilatio prima* à laquelle nous faisons référence dans notre introduction viennent en effet s'ajouter entre 1209 et 1226 quatre autres compilations dont les textes continuent à être sélectionnés par les maîtres bolonais, sous le contrôle de plus en plus marqué de la papauté.

Ce contrôle débouchera sur la promulgation en 1234 d'un recueil officiel confectionné à l'aide principalement des précédents : les

19. Comme l'avait si prudemment déjà souligné Gratien dans un dictum qui ouvre la *distinctio* 10 : « *Constitutiones vero principum ecclesiasticis constitutionibus non preminent sed obsecuntur* ». Dans un autre dictum (post C.15, q.3, c.4, § 1) il assigne en quelque sorte au droit romain un rôle supplétif ; on doit utiliser les lois des empereurs dans les affaires ecclésiastiques, écrit-il, à chaque fois qu'on ne trouve pas de canon qui puisse apporter la solution : « *Totiens legibus imperatorum in ecclesiasticis negotiis utendum est, quotiens sacris canonibus non inveniuntur* ».

20. Comme le soulignait G. Le Bras : « la volonté des papes et des canonistes est d'affirmer l'alliance tout en affirmant l'intégrité, l'immutabilité des Écritures », cf. son article : « Droit romain et droit canon au XIII^e siècle », *Accademia dei Lincei*, quaderno 92 (1967), p. 15.

21. Pour un bref aperçu sur le Saint Empire romain germanique, cf. J. Bouineau : *Traité d'histoire européenne des institutions (F^o-XV^e siècle)*, Paris 2004, n^o 735-749.

22. Sur la restauration ottonienne et ses suites, cf. E. Cortese : *Il diritto*, op. cit., t. 1, p. 351 et s.

23. Il le fait dans un long commentaire sur la distinction 10, c.1 qui a été édité par W. Müller dans sa thèse : *Huguccio*, Washington 1994, p. 124. Utiliser le droit romain présentait en effet un risque pour l'Église. Dans le cadre de la restauration de l'Empire, l'empereur du Saint Empire romain germanique aura la prétention, on le sait, d'être le continuateur des empereurs romains, il pouvait donc être tenté de légiférer, comme ses lointains prédécesseurs, à propos de l'Église ; d'où cette ferme précision de la part d'Huguccio : « *In nullo ergo secularis constitutio preiudicat vel potest preiudicare, nisi ab Ecclesia hoc statuatur* ».

Décrétales de Grégoire IX. Elles formeront l'élément central du *Corpus iuris canonici*. L'importance prise par cette source donne l'allure d'un « case law » au droit canonique et augmente d'autant l'importance de l'interprétation doctrinale dans son élaboration ²⁴.

Or pour interpréter ces textes les canonistes ont d'autant plus facilement recours au droit romain, que les papes eux-mêmes y ont puisé un grand nombre de leurs décisions. Lucius III dans les années 1181-85 reprenant une célèbre affirmation de Justinien l'avait reconnu, dans une inversion tout en nuance : « de même que les lois humaines n'ont pas dédaigné imiter les canons sacrés, de la même manière les décisions canoniques sont secondées par les constitutions des premiers princes » ²⁵.

Les compilations de Justinien constituent un corps complet de droit d'une haute valeur technique dans laquelle nos canonistes vont puiser d'autant plus facilement qu'ils acquièrent assez rapidement une formation poussée dans l'un et l'autre droit. Ce sera le cas des grands canonistes bolonais du XIII^e siècle : Jean le Teutonique, Tancrede, Hostiensis, Sinibaldus Fieschi, le futur pape Innocent IV, ou Bernard de Parme qui directement ou indirectement bénéficieront de l'enseignement de civilistes prestigieux tels qu'Azon, Accurse ou Jacobus Balduinus. Mais ce sera aussi le cas dans les écoles de moindre importance dont certaines comme Orléans brilleront d'un vif éclat à la fin du XIII^e siècle ²⁶. Il faut savoir que les maîtres comme les œuvres circulent au Moyen Âge et que certains canonistes de renom ont même enseigné le droit romain avant d'enseigner le droit canonique. Tel est par exemple le cas de Geoffroi de Trani († 1245) qui a enseigné le droit romain à Naples avant d'enseigner le droit canonique à Bologne. Ils en connaissent parfaitement la teneur et la valeur et seront donc encore plus enclins à l'utiliser.

24. Si on pense en effet avec Michel Troper qu'on interprète pas une norme mais que c'est l'interprétation qui fait éclore la norme du texte (cf. in *Droits*, n° 37 (2003) p. 55), la chose est sans aucun doute encore plus vraie lorsqu'on est en face de textes comme les décrétales.

25. Ce recours est ainsi justifié par le pape Lucius III (1181-85) dans sa décrétale *Intelleximus* (X, 5,32,1) : « *quia vero sicut humanae leges non dedignantur sacros canones imitari, ita et sacrorum statuta canonum priorum principum constitutionibus adiuvantur* ». La formule s'inspire de la novelle 83, ch.1 : « *...secundum sacras et divinas regulas quas etiam nostrae sequi non dedignantur leges* » à laquelle Lucius III fait expressément référence dans sa décrétale *Clerici* (X,2,1,8). Voici ce qu'écrit Bernard de Parme dans sa glose qui deviendra la glose ordinaire sur le mot *adiuvantur* : « *et ita in causa ecclesiastica leges possumus allegare, ut etiam si canones deficiant possit iudicari secundum leges* »

26. L'enseignement du droit romain y sera parfois assuré par les canonistes eux-mêmes : les maîtres parisiens que nous citons en introduction, ne se qualifient-ils pas eux-mêmes de *magistri legum et canonum* ?

II. L'UTILISATION DU DROIT ROMAIN ET SES CONSÉQUENCES

• Comment les canonistes ont-ils utilisé le droit romain ?

Laissons de côté, si vous le voulez bien, ce que Pierre Legendre a appelé la fonction ornementale du droit romain. Elle est encore trop souvent présente chez les canonistes du tout début du XIII^e siècle, encore tout imbus de leur jeune savoir, mais s'estompera par la suite. Venons-en tout de suite à son utilisation plus « substantielle », si j'ose dire.

La renaissance du droit romain a d'abord permis aux canonistes de prendre une nouvelle conscience de la teneur exacte des mots romains transmis par les collections canoniques²⁷. Elle leur a ensuite permis de doter le droit canonique d'un vocabulaire juridique précis. L'utilisation intensive de ce vocabulaire contribue à structurer à la fois la pensée des canonistes et les institutions juridiques auxquelles ils l'appliquent. Elle conduit les canonistes des premières générations : décrétistes et décrétistes-décrétales, tout comme d'ailleurs les glossateurs civilistes (les méthodes sont les mêmes) à attacher une grande importance à l'analyse du sens des mots. De là les nombreuses définitions et distinctions qui caractérisent leurs œuvres²⁸.

Cette analyse sémantique sert l'interprétation du texte ; celle-ci requiert néanmoins la mise en œuvre d'une autre technique dont l'utilisation favorise considérablement le recours au droit romain : il s'agit de la méthode dialectique. Initiée au XII^e siècle par les théologiens, elle consiste à mettre en présence dans le but de déterminer la *solutio*, une série d'arguments *pro* et d'arguments *contra* telle ou telle interprétation possible du texte.

Les compilations de Justinien fournissent aux canonistes un inépuisable arsenal et pénètrent d'autant plus facilement dans la bataille, qu'aucun argument ne saurait être avancé sans référence à ce qu'on appelle alors des *auctoritates*, c'est-à-dire à un texte tiré de la Bible, du Décret, des Décrétales ou, bien sûr, du droit romain²⁹. Tout ou

27. P. Legendre : Le droit romain modèle et langage. De la signification de *l'utrumque Ius*, Études d'histoire du droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras, Paris 1965, t. II, p. 927.

28. Sur l'utilisation par les canonistes de la *distinctio*, cf. les remarques d'A. Padoa-Schioppa in : « Réflexions sur le modèle canonique médiéval », *R.H.D.* 1999, p. 23 et s.

29. Il ne faut pas confondre cette argumentation fondée sur l'autorité des textes avec l'argument d'autorité qui lui fait appel à l'autorité d'un maître. Sur ce dernier, cf. V. Piano Mortari : « L'argumentum ab auctoritate nel pensiero dei giuristi medievali », in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 3.a ser. 7 (1955), p. 457-68.

presque tout est prétexte à une argumentation tirée du droit romain que la matière s'y prête, comme la procédure, les contrats, les biens ou les successions, ne s'y prête guère comme à propos du clerc ordonné par un évêque qui a résigné sa charge, voire pas du tout³⁰. Vous faut-il quelques chiffres ? L'*Apparatus* d'Innocent IV sur les Décrétales de Grégoire IX contient environs cinq mille références au droit romain, tandis que la glose de Bernard de Parme qui servira de glose ordinaire à ce même monument en contiendra plus de huit mille³¹.

Le droit romain est cité non seulement quand il fournit une solution mais même à titre simplement de comparaison. Les canonistes et leurs élèves en viennent ainsi à penser couramment le droit canonique par référence au droit romain quitte plus d'une fois d'ailleurs à le dénaturer. Il ne s'agit point en effet d'une réception mais d'une utilisation qui n'est pas toujours, loin s'en faut, respectueuse du sens des textes et qui peut varier dans le temps : telle règle dégagée du droit romain peut être adoptée dans un premier temps, puis rejetée ensuite. La multitude des textes et leur complexité permet aux canonistes de conserver une certaine liberté, pour ne pas dire une liberté certaine, vis-à-vis notamment de l'interprétation qu'en donnent de leur côté les civilistes³².

Cette utilisation est un phénomène dont l'importance dépasse de très loin, ne serait-ce que par la richesse des œuvres doctrinales qui en découle³³, le seul impact que peut avoir cet argumentaire lorsqu'il emporte la *solutio*. Certes ce dernier est loin d'être négligeable : si la *solutio* est reprise par d'autres, en particulier par certains grands canonistes comme Hostiensis ou Innocent IV, elle devient *communis opinio* et s'impose. Elle contribue à accentuer la romanisation du droit canonique déjà favorisée par la teneur de nombreuses décrétales.

30. Comme par exemple à propos d'un laïc qui demande à être relevé du vœu qu'il avait fait d'accomplir un pèlerinage, la référence au titre *De re militari* du Digeste, notre étude Magister A, *op. cit.* supra note 6, note 38.

31. Cf. G. Le Bras, *op. cit.*, p. 14. Hostiensis reprochera à Innocent IV son utilisation excessive du droit romain.

32. De là toute une littérature sur les *differentiae juris civilis et canonici* sur laquelle on pourra consulter l'ouvrage de J. Portemer : *Recherches sur les differentiae iuris civilis et canonici au temps du droit classique de l'Église*, Paris 1946.

33. L'utilisation du droit romain par les canonistes a permis à la doctrine d'acquérir une autorité qu'elle n'aurait probablement pas acquise sans cela, au moins au degré élevé qui fut le sien au moyen âge, cf. notre étude : « L'autorité de la doctrine en droit canonique », in *Revue d'histoire des facultés de droit*, n° 27 (2007), p. 443 et s.

Le droit canonique devient ainsi, hors des domaines strictement spirituels, un véritable droit romano-canonique, sans perdre pour autant sa spécificité³⁴.

Or ce droit ne sera pas seulement enseigné dans les universités qui se développent au travers de toute la chrétienté, il sera aussi appliqué dans le cadre des officialités. Ces juridictions ecclésiastiques étendent leur compétence, de manière variable mais néanmoins réelle, sur les clercs et les laïcs dans les divers pays européens³⁵. Elles contribuent ainsi à faire de ce droit romano-canonique « un droit commun » à ces différents pays.

Le phénomène est loin d'être sans conséquences. Conséquences immédiates mais également conséquences à plus long terme.

Dans les conséquences immédiates, il faut compter, il me semble, un certain raidissement des civilistes qui s'enferment d'autant plus dans une interprétation stricte du droit romain qu'ils ont le sentiment d'être quelque peu dépossédés de leur « bien » par les canonistes. Ils tiennent à préserver l'identité du droit romain car elle est à leur yeux la condition *sine qua non* du maintien de la distinction entre les deux pouvoirs temporel et spirituel³⁶. Tel me paraît être en particulier le cas d'Azon. Il ne faut pas voir là l'effet d'un quelconque « esprit laïc » mais bien plutôt la volonté de maintenir un équilibre dans le cadre géo-politique qui est celui de l'Italie des glossateurs, entre pouvoir temporel et pouvoir spirituel.

Les statuts dont les villes italiennes se sont dotés au cours du XII^e siècle³⁷, seront par eux mis à profit pour faire du « *ius civile* », un « *ius commune* », un droit commun par opposition aux *iura propria* de chacune d'entre elles. Ils préservent ainsi une utilisation du droit romain, indépendante de celle que les canonistes en font. On comprend mieux pourquoi les glossateurs qui connaissent, et connaissent souvent bien, le droit canonique, ne le citent guère³⁸.

34. Comme le souligne très justement A. Padoa-Schioppa, *op. cit.*, p. 33.

35. La compétence *ratione personae* sur les clercs (le privilège du for) est assez générale en Europe de même que l'est *ratione materiae* la compétence sur la formation du lien matrimonial (et par voie de conséquence sur la filiation) ou encore celle sur les obligations passées sous serment. Pour plus de détails sur cette compétence en France, cf. les études signalées par J. Gaudemet in *Église et Cité*, Paris 1994, p. 515 et s..

36. Cf. dans le même sens, D. Quagliani : « La rinnovazione del diritto », in *Il secolo XII : la « renovatio » dell'Europa cristiana*, G. Constabile, G. Gracco, H. Keller, D. Quagliani eds., Bologna, 2004, p. 32.

37. Par la paix de Constance (1183) l'empereur Frédéric Ier a officiellement reconnu, au terme d'un privilège formel, l'autonomie des villes, cf. E. Cortese, *op. cit.*, t. III, p. 174.

38. En ce qui concerne Accurse, l'auteur de la glose ordinaire sur le *Corpus Iuris Civilis*, cf. Ch. Lefebvre : « La glose d'Accurse, le Décret et les Décrétales », *Atti del convegno internazionale di studi accursiani*, a cura di G. Rossi, Milano 1968, t. 1, p. 249 et s.

Les choses évolueront à partir de la fin du XIII^e siècle, non sans lien ici aussi avec la politique³⁹. À la fin du XIII^e et surtout au XIV^e siècle « manifestement la distance entre les deux droits se réduit et les plans se rapprochent », écrit très justement Pierre Legendre⁴⁰. Une évolution dont témoignera en particulier l'œuvre de Bartole († 1357) dont l'influence, on le sait, a été considérable. On assistera même à ce phénomène a priori surprenant : des commentaires de droit canonique écrits par de grands civilistes tels qu'Albericus de Rosate († 1360) et Balde († 1400).

Toujours sous la même rubrique on peut placer une autre conséquence elle-même génératrice d'autres conséquences importantes : le droit canonique par son universalisme a frayé un chemin au droit romain dans des pays où il n'aurait probablement jamais été reçu sans cela⁴¹. Il n'est qu'à voir, même en France, combien les coutumiers du XIII^e siècle sont imprégnés de ce droit romano-canonique que leur a transmis la pratique tout autant que l'enseignement, pour s'en convaincre⁴².

Avec la montée en puissance des états, chacun à son tour y puisera. Les juristes oublieront trop souvent, ou feindront d'oublier, grâce aux références romaines qui les accompagnaient, que les règles qu'ils qualifient de romaines sont en réalité des règles romano-canoniques dont ils sont redevables à l'attrait que le droit romain avait exercé sur les canonistes médiévaux.

Nous touchons là à la dernière des conséquences, conséquence à plus long terme, celle-là, sur laquelle je voulais attirer votre attention. L'utilisation du droit romain par les canonistes, surtout lorsqu'ils en ont manifestement détourné le sens, se retournera contre eux⁴³.

39. La mort de Frédéric II en 1250, et de ses successeurs dans les quelques années qui suivent, marque la fin des Hohenstaufen et l'affaiblissement considérable de l'Empire.

40. P. Legendre *op. cit.*, p. 918, qui ajoute : « le droit romain reproduit alors l'expérience des anciens canonistes, ceux de la fin du XII^e siècle, appliqués à intégrer dans leurs analyses des textes venus d'ailleurs... ».

41. Par exemple en Suède où l'évêque d'Uppsala se voit répondre par Alexandre III que les lois des empereurs romains sont à observer « *tanquam canones* » là où elles ne s'opposent pas aux canons : « *Romanorum imperatorum leges... quae tanquam canones, ubi canonicus non obviat, sunt observandae* » (JL 12117) ; passage cité par S. Kuttner dans l'addition à son article : « Papst Honorius III und das Studium des Zivilrechts », in *Gratian and the school of Law*, London 1983, n° X, *retractationes* X, p. 46 (addition à la p. 93, n. 58 de l'article).

42. Cf. l'article de G. Le Bras : « L'Église médiévale au service du droit romain », *RHD* 1966, p. 205 et s. ; également notre étude : « La pénétration du droit canonique dans le droit coutumier français », *M.S.H.D.B.* 1984, p. 59 et s.

43. Nous en avons donné un bel exemple à propos de la définition de l'enfant légitime dans notre étude : « Tanta est vis matrimonii : l'écho français d'une vieille controverse » in *Hommage à Romuald Szramkiewicz*, Paris 1998, p. 95 et s.

Mais, d'une manière beaucoup plus générale, n'est-ce point l'importance que l'Église avait attachée au droit romain qui se retournera contre elle ?

Anne LEFEBVRE-TEILLARD