

BOLOGNE ET LES PREMIÈRES ÉCOLES DE DROIT : CADRES CULTURELS ET MÉTHODES

1. Le cardinal d'Ostie, dans sa *lectura* parisienne, mentionne un racontar qu'il avait appris de la bouche d'un de ses maîtres – je pense au légiste Jacobus Balduini plutôt qu'au canoniste Jacobus de Albenga – à propos de l'origine des études de droit civil à Bologne qui auraient pris leur essor d'une question, vraisemblablement posée par un théologien, sur la signification du mot *as-assis* d'un passage de l'Évangile¹. C'était en effet un mot qu'on employait au temps du Christ en plusieurs sens. Dans le langage courant il indiquait un poids, une mesure, une monnaie, mais les juristes parlaient aussi du *heres ex asse* qui recevait tout l'héritage du défunt et du *heres ex semiasse* (*semi-asse*) auquel n'en revenait que la moitié.

Il n'est certes pas facile de croire à ce conte bizarre et en fait personne n'y croit. Mais si au lieu de le prendre à la lettre, on cherchait la petite part de vérité que toute légende a l'habitude de cacher sous ses faux récits, on devrait reconnaître qu'il symbolise deux faits incontestables : d'abord que dès la seconde moitié du XI^e siècle, au temps de la chasse aux sources anciennes qui était à la mode surtout dans les milieux des réformateurs grégoriens, on avait pris le goût de la critique des textes et par conséquent de leur analyse philologique ; en second lieu que le droit civil et la théologie – la *lectura sacrae paginae* à la manière ancienne, encore indemne des jeux philosophiques de la future Scholastique – s'appuyaient l'un sur l'autre.

Quant aux exigences philologiques, il est évident qu'elles se resentaient du véritable « culte du texte » auquel la culture médiévale s'était vouée et qui était surtout servi par les théologiens et les juristes, en tant que ministres, les uns et les autres, de l'exégèse d'écritures

1. Hostiensis dans son *Commentaire* à X. III.26.1, *de testamentis*. Le passage en question est : « nonne duo passeret asse veneunt » (Math X.29). La légende est bien connue depuis Savigny, *Geschichte des röm. Rechts im M.A.*, IV, Heidelberg 1850, reprint Bad Homburg 1961, 19 nt.a.

sacrées revêtues d'une *auctoritas* divine². Cette double sacralité, des livres saints et des lois, établissait au point de vue de la coordination opérative et de la méthode une parenté entre les domaines de la théologie et du droit civil. Il s'agissait de liens étroits que l'histoire avait concrètement sanctionnés dès le IX^e siècle par l'introduction de quelques textes de Justinien dans les collections canoniques, ce qui avait valu au grand législateur une sorte de recrutement sous les drapeaux de la théologie, dont le droit canon était considéré comme un appendice.

Les liens ainsi noués entre la théologie et le droit ont joué un rôle considérable dans la redécouverte des livres de Justinien, car il s'est avéré tout naturel d'inclure ces livres dans le gibier dont les clercs grégoriens allaient à la chasse dans les bibliothèques, en vue d'enrichir le nouvel ordre canonique réformé³. Il est notamment vraisemblable qu'une copie du Digeste, au moins du Digeste vieux, ait été repérée à Rome par l'auteur de la collection canonique dite *Britannique* autour de l'année 1090 ou peu après, plus ou moins au temps des séjours d'Yves de Chartres auprès du Saint-Siège entre 1090 et 1094. À la rigueur Yves pourrait même avoir été impliqué dans les recherches et dans les trouvailles ; en tout cas à son retour en France il emporta la collection et l'utilisa dans sa *Panormia* achevée entre 1094 et 1095. L'existence d'un solide rapport entre le milieu du grand théologien et la *Britannique* est d'ailleurs ultérieurement attesté par le fait, signalé par Stephan Kuttner, qu'une main inconnue a interpolé dans la collection canonique un passage inspiré du fameux *Prologue* d'Yves⁴.

Yves, l'évêque, le théologien et le canoniste que Bossuet considérait comme l'homme le plus savant de son âge, joue donc un rôle important dans la divulgation des nouveaux textes de droit romain. Il est possible que son image se soit mélangée avec celle d'Irnerius aux yeux de Robert de Torigny, moine et prieur du Bec de 1128 à 1154, dont un fameux passage de la chronique normande parle de Lanfranc de Pavie et de son prétendu élève Irnerius qui se seraient adonnés

2. Dernièrement M. Bellomo, *Condividendo, rispodendo, aggiungendo. Riflessioni intorno al ius commune*, dans *Rivista internazionale di Diritto comune*, 11 (2000), p. 287-294, en particulier 289-292.

3. P. Fournier, *Un tournant de l'histoire du droit 1060-1140*, dans la *Nouvelle revue d'histoire du droit français et étranger*, 41 (1917), rééd. Dans ses *Mélanges de droit canonique*, Theo. Kölzer éd., Aalen 1983, II, en particulier p. 395.

4. A. Fiori, *La « Collectio Britannica » e la riemersione del Digesto*, dans la *Rivista internazionale di Diritto comune*, 9 (1998), surtout p. 108-117. Aussi E. Cortese, *Théologie, droit canonique et droit romain. Aux origines du droit savant (XI^e-XII^e s.)*, dans *Académie des Inscriptions et Belles Lettres, Comptes rendus*, 2002, 59-61.

ensemble à l'étude des lois romaines nouvellement découvertes : une erreur qui, à part la date qui reste incompréhensible (1032 !), s'expliquerait si Robert avait mal lu sa source et pris Irnerius pour Yves qui fut, lui, véritablement l'élève de Lanfranc au Bec et qui partageait avec son maître le goût du droit ⁵.

2. Bien que la théorie, récemment exposée par Giuseppe Mazzanti ⁶, qu'Irnerius sorte lui-même des rangs des théologiens ne soit pas tout à fait persuasive ⁷, il ne faut en tout cas pas oublier qu'il était *magister in artibus* et qu'on ne peut exclure qu'il ait exercé son magistère dans une école cathédrale à côté de théologiens-canonistes ; de plus il avait sûrement un penchant pour l'étude critique des anciennes sources et, par conséquent, pour la philologie. C'est bien un ensemble d'expériences et d'intérêts qui le rapproche des savants grégoriens.

Il est donc probable que l'esprit de la réforme ait projeté sur Irnerius – sur ses études, sa méthode et son enseignement – le goût du rétablissement des anciennes écritures ainsi que de leur interprétation littérale à laquelle leur contenu juridique aurait dû se conformer. Ce n'est point par hasard que Bologne a adopté la glose, une forme liée aux mots et visant à leur explication, et en a fait le symbole de sa méthode et presque son enseignement. À partir des élèves d'Irnerius, et surtout de Bulgarus, d'autres genres littéraires accompagneront la glose, mais la *distinctio* et la *quaestio legitima*, à l'instar d'ailleurs de ce qu'en faisaient les théologiens, sont tournées vers l'éclaircissement des points obscurs et vers le rétablissement de l'harmonie entre les pièces hétérogènes du *corpus iuris* et viseront elles aussi, somme toute, à la compréhension littérale du texte. Quant aux problèmes techniques de droit, dont le débat dialectique n'avait pas encore obtenu la

5. Cortese, *ibidem*, 61 s. Robert fût-il trompé par le sigle *y* qui dans sa source aurait indiqué Yves, sigle qui dans son temps évoquait principalement Irnerius ? La conjecture qu'Irnerius ait étudié au Bec ou à Caen sous Lanfranc (A. Padovani, *Perché chiedi il suo nome ? Dio, natura e diritto nel secolo XII*, Turin 1997, p. 22-24) me semble, faute d'indices, hasardeuse.

6. Guarnerius *iurisperitissimus*, *Liber divinarum sententiarum*, éd. G. Mazzanti [Centro italiano di studi sull'alto Medioevo, Testi, 14], Spoleto 1999, p. 1-36 ; G. Mazzanti, *Irnerio : contributo a una biografia*, dans *Rivista internazionale di Diritto comune*, 11 (2000), 117-183.

7. Bien que l'identification d'Irnerius auteur du *Liber sententiarum* avec l'homonyme *iuris peritissimus* soit possible, on hésite à y souscrire pour deux raisons principales : a) parce que le juriste Irnerius a été *index bononiensis* et qu'on ne comptait à Bologne, qu'on sache, aucun *index* dans le droit civil qui ait revêtu l'habit ecclésiastique comme on l'attendrait d'un théologien ; b) le titre de *iurisperitissimus* est attribué à l'auteur du *Liber sententiarum* par l'*incipit* du texte ambrosien qui aurait été copié, selon Mazzanti, en 1113 de la main d'un Crisolanus, ancien archevêque de Milan, qui ne pouvait à cette époque se méprendre sur l'identité d'Irnerius. Mais la datation du manuscrit n'est pas certaine (il pourrait plutôt remonter à la moitié du siècle).

faveur d'Irnerius, ce n'est qu'à l'époque des quatre docteurs qu'on les discutera dans les *quaestiones disputatae*. Il faudra en tout cas attendre la fin du siècle pour que les thèmes pratiques prennent le dessus sur les analyses textuelles et que la *quaestio ex facto emergens* s'impose dans l'enseignement, annonçant ainsi qu'une révolution de la méthode et des études était en cours.

La théorie générale, de son côté, s'inspire jusqu'à la seconde moitié du XII^e siècle d'une conception, pour ainsi dire, « théologique » de la vie du droit dont elle affirme la soumission passive à l'autorité de deux pôles fixes, deux sources l'une d'équité, l'autre de rigueur et toujours de force obligatoire : d'une part la nature qui exprime la volonté divine – l'aphorisme « *natura id est Deus* » est courant dès l'époque des premiers maîtres –, de l'autre le législateur humain qui exerce par ses lois son pouvoir politique.

Les lois romaines offraient de bonnes occasions de faire de la « théologie » du droit toutes les fois qu'elles évoquaient des institutions juridiques actives sur les deux plans naturel et civil : si cela était bien le cas, par exemple, de la *cognatio* et de la *possessio*, c'était spécialement au sujet des rapports obligatoires qu'on trouvait aisément et en abondance dans les sources de quoi construire une architecture théorique complexe et originale. Une brève esquisse nous en est livrée par les *Casus Codicis* de Guillaume de Cabriano, un ouvrage dont la dernière rédaction parut peu avant la fin de 1158 et qui serait, de l'avis de Dolezalek, une *reportatio* des leçons de Bulgarus⁸. Dans le domaine des obligations, selon les *Casus Codicis*, tout rapport juridique était tenu à se conformer soit au précepte naturel soit à la loi civile et il fallait par conséquent qu'il se compose d'un assemblage d'obligations naturelles et civiles. Il se pouvait cependant que des formes irrégulières se déclarent : un *naturaliter debitum*, par exemple, pouvait être *civiliter indebitum*, ainsi d'un legs dont le droit naturel voudrait la dévolution entière au légataire mais dont la *lex falcidia* exigeait la diminution d'un quart en faveur des héritiers testamentaires. D'autre part un *civiliter debitum* pouvait être *naturaliter indebitum*, comme dans le cas de la prestation qui « *ex cyrographo tantum debetur* » en l'absence, dirions-nous, d'une cause⁹.

8. G. Dolezalek, *Die Casus Codicis des Wilhelmus de Cabriano*, dans *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte* en l'honneur de H. Coing, éd. W. Wilhelm, Frankfurt a. Main 1972, p. 25-52, en particulier p. 35.

9. Cod. 1.18.6, éd. T. Wallinga, *The Casus Codicis of Wilhelmus de Cabriano* [Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, 182], Frankfurt a. Main, 2005, p. 24 (deux versions parfaitement correspondantes bien que celle du manuscrit d'Heresford soit plus synthétique que celle de Düsseldorf).

C'est justement à un mécanisme original de la cause des obligations et du contrat que la *Summa Trecensis* confie la tâche de développer l'exposition bulgarienne. Ce chef d'œuvre des écoles provençales, paru peu avant le milieu du siècle¹⁰, donne une description d'une clarté admirable : la règle impose que tout rapport ait deux causes créatrices d'autant d'obligations, la *causa naturalis* qui réside dans la prestation concrète et engendre une obligation, justement, naturelle, la *causa civilis* qui est par contre arbitrairement posée par le droit positif et consiste en des actes formels auxquels le *ius civile* rattache l'action en justice (une *stipulatio*, un *chyrographum*). Évidemment les deux causes se superposent toutes les fois que le droit positif s'empare de la cause naturelle et lui donne en même temps la fonction de cause civile mais, en dehors de ce cas, si l'une des deux causes fait défaut il en résulte une pathologie du rapport qui réclame des traitements spécifiques. Le manque de cause naturelle comporte l'*indebitum*, dont les remèdes sont les *condictiones incerti, indebiti* ou *sine causa* pour le demandeur ainsi que les *exceptiones non numeratae pecuniae, doli* ou *pacti* pour le défendeur ; le manque de cause civile en présence de la cause naturelle produit la *soluti retentio* qui est l'effet majeur dont l'obligation naturelle est capable¹¹.

Les *Questiones de iuris subtilitatibus*, probablement influencées par la *Trecensis*, sont les seules qui relancent, quelques années plus tard, cet étrange mais séduisant dispositif causal qui gouverne le contrat au nom en même temps du ciel et de la terre¹². Mais c'est le chant du cygne de la vision « théologique » du droit. Peu de temps après tout change. Dès que le nouvel Aristote commence, vers la fin du siècle, à harceler la culture, la cause finale sort de la quadripartition aristotélienne (matérielle et formelle, efficiente et finale) et s'empare seule de la scène. Le schéma courant de la causalité en est vite renversé et la méthode de l'interprétation des juristes est bouleversée. Les points de vue sur le droit se modifient, la conception passive d'une vie humaine prisonnière des deux lois naturelle et civile cède à une conception

10. A. Gouron, *L'auteur et la patrie de la Summa Trecensis*, dans *Ius commune*, 12 (1984), p. 25-38, en particulier p. 37, réédition dans ses *Études sur la diffusion des doctrines juridiques médiévales* [Variorum], London 1987, III. Cette datation exclut évidemment que la *Summa Trecensis* ait puisé la théorie bulgarienne dans les *Casus* de Guillaume de Cabriano, à moins que ceux-ci n'aient eu une première édition plus précoce ou que Gérard, l'auteur de la *Summa*, ait eu connaissance des idées de Bulgarus directement à Bologne(?).

11. *Summa Trecensis*, xxxii de *non numerata pecunia*, § 2, éd. H. Fitting, *Summa Codicis des Irnerius*, Berlin 1894, reprint Minerva, Frankfurt 1971, p. 105 s. et xxxiii de *contrabenda stipulatione*, § 7-8, p. 290.

12. *Questiones de iuris subtilitatibus, de iure naturali et de transactionibus*, éd. H. Fitting, Berlin 1894, p. 54 b, § 3 et 64 ab, § 10, éd. G. Zanetti, Firenze 1958, p. 9, § 3 et 39, § 10.

dynamique où les hommes, mus par leurs besoins, s'activent pour atteindre leurs buts légitimes (leurs causes finales).

3. Vers la fin du siècle Jean Bassien appelle pour la première fois 'finales' les causes des contrats¹³. Chaque partie en a une (dans l'achat-vente, par exemple, le vendeur vise à encaisser le prix, l'acheteur à acquérir la chose), et c'est la convergence des deux buts qui qualifie le contrat. Bien entendu les causes finales ne sont que celles que la loi approuve et munit de force obligatoire, les motivations individuelles, étrangères comme elles sont à la substance juridique du rapport, ne constituent que des *causae impulsivae* (motifs) qui ne conditionnent nullement la validité de l'acte. Azon va plus loin : le législateur aussi, quand il promulgue une loi, est mû par une cause finale qui, pour qu'elle soit efficace, doit être inspirée de l'utilité publique ; cette cause finale reste gravée dans la loi dont elle devient l'âme, et dont elle constitue par conséquent le vrai réservoir du pouvoir normatif (d'où la règle *cessante causa cessat lex*)¹⁴.

La *causa finalis* du législateur – Azon sur ce point modernise un principe traditionnel de la rhétorique – s'identifie en effet avec la *ratio legis*¹⁵.

L'univers statique et objectif de la *Summa Trecensis* chancèle et s'effondre. C'est évidemment la *ratio*, le principe abstrait posé par la loi, que le juriste est dorénavant tenu d'atteindre par son interprétation. Les *verba* du texte, qui en tant que porteurs de la *voluntas* sacrée des pôles normatifs inviolables avaient été en théorie l'objectif principal des premiers bolonais, s'effacent rapidement au second plan de la scène. La glose entre en crise. D'immenses territoires vierges s'ouvrent à l'exploitation et aux nouvelles créations du juriste, dont l'élucidation des *rationes* repose de plus en plus sur son propre sens juridique, sa logique et son imagination. La voie est ainsi ouverte à une herméneutique libre et créatrice, qui tente vainement de cacher

13. E.M. Meijers, *Les théories médiévales concernant la cause de la stipulation et la cause de la donation*, maintenant dans ses *Etudes d'histoire du droit*, publiées par le soin de R. Feenstra et de H.W.F. Fischer, IV, Univ. Leiden, Leyde 1966, 118 ; E. Cortese, *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, Roma, 2000, 320-324.

14. F. Calasso, *Causa legis. Motivi logici e storici del Diritto comune*, dans *Riv. di storia del diritto italiano*, 29 (1956) 357-369, réimprimé dans *Annali di storia del diritto*, 9 (1965) 157-168 ; E. Cortese, *La norma giuridica. Spunti teorici nel Diritto comune classico*, I, Milano 1962, 257-296.

15. Le vocabulaire de Papias, qui paraît vers la moitié du XI^e siècle et ne connaît évidemment pas encore la quadripartition aristotélicienne, oppose la cause, un simple *impulsus animi ad aliquid agendum*, à la *ratio*, qui serait par contre l'*ordo gerendorum ex causa venientium*. La *ratio* ne serait donc que la cristallisation du but de l'action (*causa finalis*) à l'intérieur de l'effet une fois qu'il a été atteint.

sous les espèces rassurantes des figures anciennes les figures toutes neuves que la pratique façonne et les savants polissent.

À la fin du XIII^e Pierre de Belleperche enseigne encore, à Orléans, que le recours aux *rationes* est admis, en vue de l'analogie, au cas seulement de lacunes législatives¹⁶. C'est une leçon banale qui sent le conservatisme prudent, mais le procédé analogique qu'elle décrit passionne les juristes et développe vite la tendance à franchir la frontière de la *similitudo casuum* stricte et rigoureuse, de sorte que l'usage des *rationes* finit par déborder au-delà de toute digue théorique.

Les choses commencent à changer en ce sens au cours du XIV^e. Il s'ensuit que le droit romain se dispose peu à peu à modifier sa nature, il avait fait corps en Italie et en Provence avec les textes de Justinien, dont il avait sauvegardé le pouvoir législatif, il tend désormais progressivement à s'identifier avec une interprétation accrochée à des *rationes* tirées de plus en plus librement des deux *corpora iuris*. La Rote d'Avignon dès le XIV^e, puis les parlements français, comme celui du Dauphiné dont Guy Pape publie les *decisiones* entre 1444 et 1461¹⁷, et finalement les premiers grands tribunaux italiens exploitent en masse les *rationes* proposées par les professeurs, dont ils appliquent en justice les opinions. Bien pis, les juges s'emparent rapidement eux-mêmes de la méthode de dégager des lois romaines et canoniques les principes auxquels ils soumettrons leurs décisions.

Bien que quelques juristes italiens du XVI^e siècle s'obstinent à invoquer la nature législative du *corpus iuris*, et à interdire à l'interprète de violer le sens littéral des dispositions, en réalité le *ius commune* est à cette époque en train de se changer en un droit jurisprudentiel où le texte de Justinien ne joue qu'un rôle de référent et de garant de la validité des décisions des juges et des juristes¹⁸.

16. K. Bezemer, *Pierre de Belleperche. Portrait of a legal puritan* [Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, 194], Frankfurt a. M. 2005, 56

17. L. Chabrand, *Étude sur Guy Pape (1404-1477)*, Thèse, Paris 1912, 42-49.

18. P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato* [per la storia del pensiero giuridico moderno, 52], Milano 1998, en particulier 263-274. Dès *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari 1995, 234 s., P. Grossi, a nié que le droit commun médiéval ait jamais été considéré comme un système législatif dépendant comme tel de l'autorité d'un 'État'. Il faudrait à ce sujet faire une foule de distinctions : le droit romain a été pour les professeurs légistes de l'Italie du nord la loi par excellence jusqu'au XIII^e, tandis que les lombardistes en faisaient un droit commun subsidiaire ; l'étiquette de droit commun n'a été attachée par les académiciens au *corpus iuris* qu'au XIV^e, quand ils ont commencé à le traiter en dépôt de *rationes* tout en prétendant longtemps qu'il gardât son caractère législatif. Dans le Royaume de Sicile les juristes ont parlé dès le XIII^e d'une réception tacite qui aurait en théorie sauvé la nature de corps de lois du *corpus iuris*. Les choses se sont déroulées autrement dans les Royaumes de France, d'Aragon, de Castille et, bien sûr, d'Angleterre. On ne peut, en somme, tout mettre dans le même sac.

4. La dangereuse méthode d'identifier le précepte avec ses *rationes* se répand vite partout. Entre la fin du XIII^e et le début du XIV^e siècle Bologne, qui avait été à l'origine de la chasse aux *rationes*, cède la primauté académique et la responsabilité des innovations à Orléans d'abord, puis à Pérouse, à Padoue et à d'autres universités. De plus, dès la fin du XV^e, et définitivement au XVI^e, l'académie dans son ensemble remet son sceptre sur l'élaboration du 'droit commun' aux palais de justice.

Quant à la France, on y prend l'habitude dès la fin du XIII^e siècle de donner au *corpus iuris* le nom de *ratio scripta*¹⁹. Rien à voir avec la *ratio-causa finalis* subjective de Bologne, bien sûr ; la *ratio scripta* française n'est qu'un spécimen de l'ancienne *ratio* objective, une synthèse des principes rationnels et moraux que les arts avaient transbordée du haut au bas Moyen Âge. Il faut ajouter qu'en France le fait de ravalier le *corpus* des *leges* au rang d'un dépôt de *rationes*, désavouant leur autorité législative, servait aussi à des fins politiques : c'était la seule façon d'éviter que le recours au droit de l'Empire ancien fût pris pour un signe de sujétion à l'Empire nouveau. En 1509 une *repetitio* tenue par Jean Feu à Pavie montre que l'expédient de réduire les lois anciennes à de simples principes théoriques servait encore à cette besogne²⁰.

Mais, de fait, la voie française aboutissait à un résultat analogue à celui auquel parvenait la voie italienne : des deux côtés des Alpes le droit romain, au seuil de l'âge moderne, était en train de prendre l'aspect d'un droit jurisprudentiel inspiré par un Justinien dispensateur d'un idéal de justice plutôt que dominé par un Justinien gardien intransigeant des lois.

Ces quelques notes n'ont voulu qu'ébaucher un schéma des idées-guide qui ont changé, avec des conséquences considérables, la vision 'théologique' en une vision 'philosophique' du droit savant du Moyen Âge. Peut-être a-t-il été osé de tracer une évolution en ligne droite là où les chemins historiques sont, comme toujours, nombreux, ondulatoires et inégaux. A-t-on réussi quand même à fournir une boussole ? Et à rendre ainsi plus aisée l'orientation dans un thème tortueux, mais capital de notre histoire du droit ?

Ennio CORTESE

19. A. Guzman, *Ratio scripta* [Ius Commune Sonderhefte, 14], Frankfurt a. M. 1981.

20. E. Cortese, *Jean Feu a Pavia nel 1509-1510. Propaganda francese nella Lombardia conquistata*, dans « *Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert* ». *Festschrift für Knut Wolfgang Nörr*, Böhlau, Köln-Weimar-Wien 2003, 129 s.