Cahiers de recherches médiévales
Journal of medieval studies

7 | 2000
Droits et pouvoirs

De l'usage du droit privé et du droit public au Moyen Âge

Gérard Giordanengo

Édition électronique
URL : https://journals.openedition.org/crm/880
DOI : 10.4000/crm.880
ISSN : 1955-2424

Éditeur
Honoré Champion

Édition imprimée
Date de publication : 15 février 2000
ISSN : 1272-9752

Référence électronique
Gérard Giordanengo, « De l'usage du droit privé et du droit public au Moyen Âge », *Cahiers de recherches médiévales* [En ligne], 7 | 2000, mis en ligne le 03 janvier 2007, consulté le 15 décembre 2022. URL : http://journals.openedition.org/crm/880 ; DOI : https://doi.org/10.4000/crm.880

Ce document a été généré automatiquement le 15 décembre 2022.

Tous droits réservés

De l'usage du droit privé et du droit public au Moyen Âge

Gérard Giordanengo

1 *Omnis definitio in jure civili periculosa*[*]

2 S'il me fallait rédiger des « enseignements à un jeune médiéviste » désireux de faire de l'histoire politique, je lui conseillerais d'abord de rejeter la distinction entre souverain et suzerain, d'éviter d'employer le mot procédure inquisitoire, surtout lorsqu'il croira pouvoir l'opposer à l'accusatoire, de bannir les expressions féodalité, société féodale, époque féodale, monarchie ou état féodal, en se limitant à parler de droit féodal. J'ajouterais pour terminer qu'il lui faut se garder absolument de l'anachronisme trop répandu qui est de traiter des réalités du pouvoir médiéval en opposant le droit public au droit privé.

3 C'est sur ce dernier point seulement que je voudrais m'étendre un peu, non sans ignorer que d'excellents historiens, dont je citerai abondamment les remarquables travaux, n'ont pas hésité à appliquer cette division binaire à l'État du Moyen Âge et que les résultats de leurs enquêtes n'ont pas été mis en question.

4 Il est facile d'arguer que cette division du droit se rencontre en tête des *Institutes* et du *Digeste* de Justinien (533), qu'elle a été connue et commentée dès le début du XII[e] siècle par les civilistes de Bologne et d'ailleurs, que la science politique du XVII[e] siècle l'a remise en honneur et qu'elle a été consacrée par la suite par l'enseignement, les spécialistes et les faits, malgré les doutes de quelques historiens ou philosophes du droit contemporains.

5 Cette utilisation par les médiévistes n'est pas seulement anachronique – il est des anachronismes véniels et on pourrait la considérer comme telle – mais elle ne permet de comprendre ni les méthodes de raisonnement des juristes médiévaux qui ont doté progressivement l'État de prérogatives spécifiques en faisant sans difficulté l'économie de cette distinction, ni les mécanismes de la difficile émergence d'une notion qui nous semble naturelle au cours du XVII[e] siècle.

6 Utilité publique, utilité privée

7 La notion de public et de privé était connue des Romains, mais, en matière de droit, de pouvoir et de gouvernement, seule l'opposition entre l'utilité publique et les intérêts privés était souvent invoquée, sans toutefois avoir jamais fait l'objet de développements théoriques[1].

8 Cette opposition entre l'*utilitas publica* et les *privata commoda*, reprise dans la définition de la loi des *Etymologiae* d'Isidore de Séville († 636)[2], a donc eu une très grande diffusion à partir de l'époque carolingienne, notamment par l'intermédiaire des collections canoniques, avant d'être consacrée par le *Décret* de Gratien (1140) :

> *Qualis debeat fieri lex. Erit autem lex honesta, justa, possibilis... nullo privato commodo sed pro communi civium utilitate conscripta*[3].
> Comment il faut faire la loi. La loi sera honnête, juste, possible... rédigée non pour l'intérêt privé mais pour l'utilité commune des citoyens.

9 Aussi proche de la morale que du droit et largement utilisée par les clercs, cette notion d'utilité publique ou commune se rencontre fréquemment au Haut moyen Âge, des capitulaires carolingiens[4] à Gerbert de Reims, en passant par Loup de Ferrières[5], pour connaître un regain de faveur au temps de la Réforme grégorienne qui appuie largement son action sur les notions de nécessité et surtout d'utilité[6]. Elle continua à être invoquée dans la doctrine et les chartes[7], assurant le relais avec la nouvelle science juridique fondée sur le commentaire des compilations de Justinien : le préambule du « testament » de Philippe Auguste (juin 1190) en offre un exemple accompli : « Le devoir du roi est de veiller en toutes manières à l'intérêt de ses sujets et de placer l'utilité publique avant son utilité privée »[8].

La nouvelle science du droit

10 Le bouleversement intellectuel de la première partie du XII^e^ siècle changea complètement les autorités de référence et les vieilles collections juridiques (*Code Théodosien*, *Epitome Juliani*, *Capitulaires*) tombèrent dans l'oubli, mais cet aspect moral et quasi religieux de l'utilité publique ne fut pas oublié par les civilistes lorsqu'ils entreprirent alors d'expliquer les compilations de Justinien[9] nouvellement remises à l'honneur, puisqu'ils devaient commenter une loi du début du *Code*, qui opposait le droit public aux intérêts particuliers. La notion eut donc sa place dans les écoles de droit et, jusqu'à la fin du Moyen Âge, l'utilité publique ne cessa d'être invoquée, tant par les conseillers royaux, pour lesquels elle semblait parfois se confondre avec celle du roi, que par des sujets qui, ne partageant pas ces points de vue, savaient aussi se défendre avec les mêmes références juridiques[10].

> *Justiniani Codex. Lib. I, tit. II De sacrosanctis ecclesiis et de rebus et privilegiis earum, cap. XXIII*
> *Ut inter divinum publicumque jus et privata commoda competens discretio sit, sancimus...*[11]

11 Code de Justinien. Livre 1, titre 2 Des églises sacro-saintes, de leurs biens et de leurs privilèges, chapitre 23

12 Pour qu'entre le droit divin et public et les intérêts privés il y ait une séparation convenable, nous décidons...

13 Azon, Accurse, Odofredus et les autres commentèrent le passage. À la fin du XIII^e^ siècle, les professeurs orléanais contribuèrent à affiner la notion en s'interrogeant sur la relativité des utilités en cas de conflits des intérêts : dans ce cas, c'est l'utilité principale (*utilitas principalis*) qui doit l'emporter, et non obligatoirement l'intérêt public[12]. Les canonistes n'étaient d'ailleurs pas en reste comme en témoigne, entre autres textes, une question d'Henri de Suze († 1271)[13].

14 Mais ces commentaires ne débouchaient jamais sur une division binaire du droit. C'est ailleurs que cette distinction était clairement posée, sinon expliquée : deux passages principaux – sans oublier celui qui vient d'être cité et quelques autres – qui concernaient le droit public et le droit privé auraient pu donner lieu à une délimitation précise.

Justiniani Institutiones. Lib. I, tit. I De justicia et jure, § iv

> Hujus studii duae sunt positiones : publicum et privatum. Publicum jus est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem. Dicendum est igitur de jure privato, quod tripertitum est : collectum est enim ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus.
>
> Institutes de Justinien. Livre 1, titre 1. De la justice et du droit, § 4
>
> L'étude du droit a deux objets, à savoir le droit public et le droit privé. Le droit public est celui qui regarde l'administration de l'État romain. Le droit privé est celui qui concerne les intérêts de chacun.
>
> Nous allons donc parler du droit privé qui est divisé en trois parties puisqu'il tire sa source des préceptes du droit naturel, du droit des gens et du droit civil[14].
>
> Justiniani Digesta. Lib. I, tit. I De justicia et jure, § ii
>
> Ulpianus, libro primo Institutionum. Hujus studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum jus est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem. Sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim.
>
> Publicum jus in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit.
>
> Privatum jus tripertitum est : collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus.
>
> Digeste de Justinien. Livre 1, titre 1 De la justice et du droit, § 2
>
> Ulpien, au livre premier des Institutes. L'étude du droit se divise en deux parties, le droit public et le droit privé. Le droit public est celui qui concerne le statut de l'État romain, le droit privé concerne les intérêts de chacun. Il y a en effet des choses utiles à l'État et d'autres utiles aux particuliers. Le droit public consiste dans les choses sacrées, les prêtres et les magistrats. Le droit privé se divise en en trois parties : il est en effet constitué des préceptes du droit naturel, du droit des gens et du droit civil.

15 Par la suite, tant dans les *Institutes* que dans le *Digeste*, la distinction ainsi posée n'était pas développée et le plan du *Code* n'y était pas soumis. Bien plus, dans le livre premier du *Digeste*, un extrait des *Institutes* de Gaius proposait une division tripartite du droit d'où la notion de droit public était absente : « Tout le droit dont nous usons concerne ou les personnes, ou les choses ou les actions judiciaires »[15].

16 À partir du XII^e^ siècle, lorsque les civilistes entreprirent de commenter les compilations de Justinien, ils durent donc « construire l'État » à partir de recueils de textes juridiques qui concernaient avant tout la procédure, le droit familial (régimes matrimoniaux, tutelle et curatelle, successions), le droit des biens et les contrats (obligations, sûretés). Leur méthode de travail, la glose, les contraignait cependant à expliquer les textes mot à mot, et ils commentèrent donc les deux *sedes materiae*[16] des *Institutes* et du *Digeste* sur le droit public et le droit privé, mais ils s'en tinrent à leur modèle : après avoir brièvement traité de cette division, non sans qu'Azon († av. 1229) ait ironisé sur les multiples divisions du droit proposées par Giovanni Bassiano dans les années 1180, aucun d'eux n'en fit la *summa divisio* du droit[17] et à la génération suivante Accurse († 1263), Odofredo († 1265), ou plus tard Pierre de Belleperche († 1308), sans les négliger, n'accordèrent pas plus d'attention qu'il ne convenait à ces passages obligés.

Autres divisions

17 Dans les Compilations, au moins trois autres divisions du droit retinrent davantage l'attention des civilistes, mais elles n'avaient aucun rapport avec la nature du droit, public ou privé.

18 Il y avait d'abord l'opposition droit-équité, développée à partir d'une constitution de Constantin insérée en tête du titre 14 du livre 1 du *Code* : « Entre l'équité et le droit, il ne convient et il n'appartient qu'à nous seul de donner une interprétation »[18]. Le débat sur le sujet avait été très ardent au milieu du XII^e^ siècle entre les partisans du droit pur et ceux de l'équité, conduits par Martinus Gosia († v. 1166). Bien que ce dernier et ses disciples aient eu le dessous dans la controverse, le désir d'équité demeura toujours vivace, une de ces *quaestiones vexatae* toujours remise en avant[19]. Pour brouiller un peu plus les choses, les *Institutes*, on l'a vu, subdivisaient le droit privé entre droit naturel, droit des gens et droit civil, ce qui a de quoi surprendre le lecteur moderne qui ferait plutôt du droit public et du droit privé une branche du droit des gens, issu lui-même du droit naturel, à moins qu'il n'équipare le droit des gens au droit international[20]. En conséquence, les commentaires sur ces passages du *Corpus juris* ne débouchèrent pas sur une classification satisfaisante, même si le droit naturel a donné lieu à des développements intéressants, mais à dire vrai peu opératoires dans la pratique, sauf dans certains préambules, particulièrement lorsqu'il s'agissait de servage[21].

19 Enfin un paragraphe des *Institutes* de Gaius inséré au *Digeste* (1, 1, 9) proposait la division sans doute la plus appropriée à un monde où la recherche d'unicité s'opposait à la pluralité des situations locales, puisqu'elle a fortement marqué l'enseignement juridique et que son application pratique a été constante, sinon aisée, c'était l'articulation entre le droit commun – celui qui était exposé dans les Compilations – et le droit particulier des cités.

> *Omnes populi qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi jus constituit id ipsius proprium civitatis est. Vocatur jus civile quasi jus proprium civitatis.*
> Tous les peuples régis par des lois et par des usages usent en partie de leur droit propre et en partie du droit commun à tous les hommes. Car ce que chaque peuple se constitue comme droit est le droit propre de cette cité, et il est appelé droit civil, c'est-à-dire droit particulier à cette cité.[22]

20 Dans une société où le droit local n'était pas toujours bien fixé, il était normal que l'École discute de l'articulation entre le *jus commune* et le *jus proprium*, de leur hiérarchie et de la résolution des contradictions entre ces deux droits. Ces discussions se greffaient sur une question qui en découlait inévitablement, celle de la possibilité de créer le droit et d'abolir les mauvaises coutumes[23].

21 Cette question des divisions du droit mériterait au reste une recherche détaillée, Évrard de Trémaugon († 1386) ne fournit pas exactement les mêmes divisions du droit dans sa répétition de 1371 et dans le *Somnium viridarii*[24], où il distingue deux branches du *jus generale*, le *jus divinum* (divisé entre la *lex vetus* et la *lex nova*) et le *jus humanum*, subdivisé en *jus naturale*, *jus gentium*, *jus civile* et *jus canonicum*. Les rois sont issus du *jus gentium*, les empereurs seulement du *jus civile*! Gilles de Rome (1243-1316), dans son *De regimine principum* (v. 1279) distinguait le droit naturel, le droit des gens et le droit positif et ajoutait diverses autres divisions, mais non celle du droit public et du droit privé, se contentant d'ajouter que la loi doit viser au bien commun et non au bien privé[25]. On ne connaît pas non plus d'arbre du droit comme on a des arbres de parenté, d'affinité ou des actions[26]. Quant aux arbres de la science, souvent œuvres de

théologiens ou d'artiens, ils ne se passionnent pas pour la place du droit, souvent omis ou relégué, ni pour ses divisions.

Sources du droit et pouvoir normatif

22 Plus qu'aux divisions du droit, les juristes se sont donc intéressés à ses sources : *jus commune* des Compilations et *jus proprium* (loi, coutume, jurisprudence [27]), à leur articulation et à leur hiérarchie. Ils disposaient pour ce faire d'un exposé assez structuré, énoncé aux titres 14 à 23 du livre premier du *Code*, qui avait son parallèle dans les titres 3 et 4 du premier livre du *Digeste* et était fortement résumé au titre 2 des *Institutes* (§ 3-10). De leur côté les canonistes disposaient des vingt premières distinctions de la première partie du *Décret* de Gratien (1140)[28] et des titres 2 à 4 du premier livre des *Décrétales* de Grégoire IX (1234) [29]. Ils ont aussi retenu une des caractéristiques formelles importante de leur temps, celle du droit écrit (*jus scriptum*) et du droit non écrit (*jus non scriptum*)[30], sans pour autant disserter longuement sur cette opposition, sauf à poser la question de l'écrit substance de la loi, pour admettre en définitive la validité d'une loi non écrite[31].

23 Les juristes au service des princes et prélats mirent d'ailleurs peu de temps à mettre en pratique cette connaissance de textes de compréhension assez aisée et directement applicables : les législations royales et princières, dès la fin du XII[e] siècle, portent la marque, ne serait-ce que dans leur terminologie – constitutions, édits, statuts, voire *lex edictalis* – de ces chapitres du *Code* sur les normes[32].

Puissance du fait

24 En revanche en matière de pouvoir et de politique, une opposition, au reste peu développée dans le *Corpus juris*, eut un succès certain, celle du droit et du fait, ce dernier mis en parallèle sans véritablement être inférieur au premier. Fait, et même force, reçoivent donc un statut juridique. En 1203, par exemple, Innocent III, dans une remarque incidente dont on verra la fortune, reconnaissait que le royaume de France était *de facto* indépendant de l'Empire[33]. Bartole († 1357), dont on sait le succès aux XIV[e] et XV[e] siècles, insista beaucoup sur la notion de fait en politique[34].

Unicité du droit civil

25 Les Compilations étaient donc organisées non pas sur une opposition droit public/droit privé mais sur un exposé du droit civil considéré comme un droit général dans lequel les droits de l'empereur et de la *res publica* étaient présentés comme des droits dérogatoires : l'empereur et les fonctionnaires impériaux étaient décrits comme des personnes privilégiées, de même que les règles applicables au fisc, entendu très largement, dérogeaient au droit commun. Mais les droits royaux, le pouvoir législatif, les droits du fisc, le statut des officiers royaux et la justice ne constituèrent jamais un droit public opposé à un droit privé : inclus dans les *libri legales*, ils firent partie intégrante de ce que l'on nommait alors le Droit, les Lois, le Droit civil, le Droit écrit ou le Droit commun (*jus*, *leges*, *jus civile*, *jus scriptum*, *jus commune*) voire la Raison écrite (*Ratio scripta*).

26 Puisqu'il n'y avait pas séparation du droit public et du droit privé mais au contraire unité du droit, il était donc tout aussi normal d'appliquer aux institutions de l'État ou à l'État lui-même des règles qui nous semblent relever du seul droit privé. Dans ce *jus commune*, les juristes trouvèrent donc, parfois en des endroits curieux ou par des assimilations hardies, de quoi développer l'État naissant, le conforter, lui assurer une

place particulière sans toutefois jamais chercher à ériger véritablement un droit public indépendant.

Pouvoir du prince et droits du roi

27 La nature, l'origine et l'étendue du pouvoir du prince ne donnaient pas lieu à de longs développements dans le *Corpus* et la place de l'empereur par rapport à la loi était traitée en deux brefs chapitres contradictoires qui posaient et l'indépendance du prince par rapport à la loi dont il était la seule source et sa soumission volontaire à la loi. Cette concision fut au reste largement compensée par le ressassement des commentaires des civilistes médiévaux, dans ce cas plus inspirés que paralysés par cette brièveté, et par leur ingéniosité à trouver dans d'autres passages des Compilations tout ce qui pouvait leur servir à définir le pouvoir du prince[35].

28 Dès le milieu du XII^e^ siècle, dans la morne plaine de Roncaglia, les juristes de Bologne et d'ailleurs, répondant à l'appel de l'empereur Frédéric Barberousse, franchirent un pas supplémentaire en tentant de définir les droits royaux (*regalia*) dont ils dressèrent la liste en puisant dans le *Corpus juris*[36]. Ces droits royaux restèrent en l'occurrence tout théoriques pour Frédéric, mais ce texte, inclus dans les *Libri feudorum* (2, 53) eux-mêmes intégrés au *Corpus juris* au début du siècle suivant, fut connu de tous – de la royauté française dès les années 1190 sinon plus tôt. Et il servit ensuite partout à légitimer l'action des rois et des princes s'appuyant, pour imposer des droits nouveaux mais que l'on présentait comme des droits oubliés, sur une autorité reconnue.

Les possibilités du *De jure fisci*

29 Il fallut encore un peu de temps pour que les juristes passent de la simple liste des *regalia* de Roncaglia à un exposé sur les droits du fisc, alors que les princes avaient tant besoin de légitimer les levées de subsides. Sans donc se poser la question, pour eux hors de propos, sur la nature, publique ou privée, des droits royaux, ils s'intéressèrent de plus près au livre 10 du *Code*, consacré aux droits du fisc (*De jure fisci*), et aux chapitres correspondants dans le *Digeste neuf* (livre 49, titre 4). La matière était ardue et il fallut aux commentateurs un effort assez grand de compréhension, d'interprétation et d'adaptation des textes romains. Les gloses de Rolando da Lucca, des années 1190, restent très proches de leur modèle, mais il affirme clairement dans le préambule de son travail, dédié à l'empereur Henri VI (1191-1197), qu'il écrit « pour que l'on connaisse les droit fiscaux que l'on doit à notre empereur »[37]. Les civilistes des siècles suivants poursuivirent une réflexion que les contribuables, ingrats, n'apprécièrent jamais à sa juste valeur[38].

Statut des officiers

30 L'autre centre d'intérêt des juristes, dont l'application pratique ne tarda pas, concerna le statut, les obligations et les prérogatives des dignitaires et des fonctionnaires impériaux regroupés au premier et au douzième livres du *Code* (L. 1, titres 26 à 57, et l. 12, titres 1 à 64) avec leur parallèle dans le premier livre du *Digeste vieux* (titres 9-22) qu'ils appliquèrent aux officiers royaux et princiers. L'ordonnance de Louis IX promulguée en 1254 pour la réformation du royaume, rédigée sans doute par le docteur en droit Guy Foucois, futur pape Clément IV (1265-1268), appliqua aux baillis les prescriptions impériales pour les gouverneurs de province[39]. Au même moment, la traduction du *Digeste* réalisée par l'auteur du *Livres de jostice et de plet* montre que l'on assimilait sans hésitation les officiers royaux aux dignitaires de l'Empire : doctrine et pratique vont du même pas[40]. Au début du XIV^e^ siècle, Guillaume Durand le Jeune assimilait lui aussi les officiers du roi de France aux fonctionnaires du *Corpus* dans son

procès avec Philippe le Bel (1307)[41] tandis que deux civilistes languedociens commentaient les passages du *Digeste* et du *Code* sur les offices. Le toulousain Guillaume de Cunh († 1317) rédigea un *Tractatus de officiis*, et on a conservé du futur cardinal Bertrand de Déaux († 1355) une *Lectura super officiis*[42] dispensée lors de son bref enseignement à l'Université de Montpellier (1318). Giovanni Calderini († 1365) fit de même un peu plus tard à Bologne[43].

Justice et procédure

31 Enfin, l'aspect incontestablement le plus important du pouvoir royal, souligné depuis longtemps, est la justice. Or le plan même des Compilations mettait en valeur la prédominance des questions de juridiction et de procédure civile, favorisant ainsi l'intime liaison entre pouvoir et justice que l'on retrouvait dans l'idéologie du roi de Justice et de Paix des Écritures[44]. Un certain nombre de ces prétentions restèrent, dans un premier temps, toutes théoriques, « en creux », mais elles préparaient l'avenir : « toute justice émane du roi », par ces mots se mettait en place une hiérarchie judiciaire qui fut lente à être admise sans résistance, mais on trouvait dans les Compilations, plus que des pétitions de principe, des textes à interpréter et à exploiter.

Présomptions et *certa scientia*

32 L'exemple le plus caractéristique de l'emploi d'une figure procédurale pour conforter le pouvoir royal est celui de l'utilisation de la théorie des présomptions, combinée avec la notion de *certa scientia*, décrite par Jacques Krynen[45] et par André Gouron, dont je me contente de reprendre les conclusions[46]. Comme le droit était principalement coutumier et que la législation royale restait peu développée, il échappait en grande partie au contrôle royal qui n'en était pas la source, même si le souverain prétendait en être le gardien[47]. Pour conforter le pouvoir du roi sur le droit positif, les juristes vont considérer que le roi est présumé, en vertu de sa *certa scientia*, connaître tous ces droits et consentir tacitement à leur application. Il y a là une habile figure juridique qui crée de toutes pièces un contrôle virtuel du droit par le souverain, et en tire les conséquences[48] : qui dit permission tacite dit pouvoir de supprimer, de modifier et de créer un nouveau droit en légiférant, bref de légitimer une intervention royale que certains jugeaient intempestive[49]. Ici encore on peut vérifier la relativement rapide application « publique » de ces théories dès le XIII^{e} siècle. À ma connaissance, le plus ancien emploi de la notion de la certaine science du roi en matière politique se rencontre en France dans l'accord de Louis IX et du duc de Bretagne de 1231 où la *certa scientia* du roi se combine avec l'*utilitas publica* du royaume[50]. Au début du siècle suivant la doctrine est banalisée[51].

Imperium

33 Il était aussi des utilisations moins indirectes. La définition lapidaire de l'*imperium*, au tout début du *Digeste*[52], permettait toutes les interprétations et les juristes ont rivalisé de virtuosité tout en exposant parfois leur perplexité et en sachant trancher pragmatiquement dans des cas concrets[53]. À partir des actions utiles et des actions directes, ils ont développé la théorie du domaine divisé qui permettait de relativiser les différents degrés de dépendance créés par la hiérarchie féodale, et bien que Jacopo Balduini († 1235), aux dires du grand canoniste Henri de Suze († 1271), ait déclaré que le domaine utile était une chimère, cette chimère n'en a pas moins été appliquée en pratique dès le second quart du XIII^{e} siècle[54].

34 L'exploitation normale de la procédure civile a été pour le Pouvoir le moyen le plus efficace, beaucoup plus que le droit pénal – qui au reste a été très bien étudié –, d'étendre son champ d'action et créer un véritable droit réservé au roi, à la couronne et à ses agents dans l'exercice de leur fonction. C'est un fait bien connu, décrit en maints travaux qui réclameraient la synthèse que l'on attend[55] et que je ne saurais développer ici.

35 On sait bien que les enquêtes « administratives » du XIII[e] siècle sont une utilisation extra-judiciaire des enquêtes civiles. Ce sont cependant, ici encore, des institutions à première vue très techniques qui entraînent des résultats les plus larges. Les travaux de Jean Hilaire ont bien dégagé l'importance de l'appel[56], dont il faudrait cependant une étude plus précise surtout dans la chronologie de sa diffusion[57] et personne n'ignore le rôle des appels gascons dans la politique royale au début de la guerre de Cent Ans[58].

36 Le développement et l'utilisation de certains points de procédure, comme les cas de saisine et de novelleté – lorsqu'un possesseur paisible avait été dépossédé violemment de son bien par celui qui le lui disputait, affaires fréquentes dans cette société de possédants et qui pouvait aussi s'appliquer par extension à de nombreuses autres situations, en particulier les matières ecclésiastiques[59] – ont moins retenu l'attention des historiens du pouvoir[60], alors qu'avec la prévention ils ont été un moyen d'étendre le contrôle royal de façon efficace : les cas royaux se multiplièrent dès le XIII[e] siècle et de façon significative, les juristes les appelèrent souvent « cas privilégiés »[61]. Les développements théoriques sur les cas royaux se rencontrent dans des œuvres célèbres mais surtout des listes en ont été dressées dès la fin du XIV[e] siècle[62].

37 Ces cas royaux ont d'ailleurs été très tôt mêlés aux listes de droits du roi qui apparaissent au même moment et qui sont enfin les premiers pas vers l'établissement de droits du roi autonomes. Très vite, la liste des droits royaux établie à Roncaglia (1158) s'était, on l'a vu, avérée trop succincte et les juristes s'attachèrent à la compléter à partir de la fin du XIII[e] siècle[63]. Pour la France, la liste de mai 1372 est bien connue depuis l'étude qu'en a faite Ernest Lavisse en 1884[64]. Elle fut suivie de bien d'autres. L'avocat parisien Jean le Coq en a dressé trois dans lesquelles il note avec précision lorsque ces droits sont contre le *jus commune* : « Privilèges du fisc appartenant à lui seul selon le droit civil », « Privilèges du roi et de ses fils selon le droit canonique et divin », « Droits royaux coutumiers »[65]. L'archevêque de Toulouse Bernard de Rosier (1400-1475) ne procède pas autrement plus d'un demi-siècle plus tard dans ses *Miranda de laudibus Francie et ipsius regimine regni* (1450)[66].

38 Bien plus, tout en exploitant progressivement et au mieux les textes de Justinien traitant de pouvoir, de gouvernement, de juridiction et de procédure, les juristes ne se sont pas privés de chercher ailleurs, dans les titres et chapitres concernant le droit des personnes, des biens, des contrats, des obligations, de quoi régler certains problèmes d'administration et de gouvernement et même de poser des principes généraux.

Droit de la famille

39 Dans une société où le pouvoir était depuis longtemps fortement personnalisé et patrimonialisé, le recours au droit « privé » n'a rien que de normal. Même si l'on savait faire parfaitement la différence entre la personne et la fonction[67], il n'en restait pas moins vrai que la personne physique du roi était capitale et que des actes importants de sa vie personnelle avaient des incidences politiques. Le mariage du roi n'avait rien de comparable avec le mariage mystique de sainte Catherine, il était bien réel. Mais

l'emploi de la métaphore du mariage du roi avec le royaume[68] ou une province[69], courant à partir du milieu du XV^e^ siècle en France avant de s'épanouir au milieu du siècle suivant, radicalise l'image en entraînant des conséquences juridiques[70] : le domaine est la dot apportée au souverain par le royaume, il est, comme elle, inaliénable. Le régime matrimonial royal n'était pas cependant particulièrement privilégié, l'assise du douaire de la reine, comme celui des épouses de plusieurs barons, devait seulement faire l'objet d'un acte écrit – étant entendu que le douaire serait alors inférieur au douaire normal – et non suivre la règle générale de la moitié des biens propres du mari, ainsi que le précisa une constitution, perdue, de Philippe Auguste de 1214[71], mais tout le monde pouvait procéder de même : royaume et baronnies n'étaient donc que des immeubles privilégiés!

40 Les successions ou la tutelle du souverain mineur étaient aussi de première importance et de véritables questions « publiques ». On le vit bien lors de la crise de succession du début du XIV^e^ siècle. Jusque-là, la succession au royaume de France était allée de soi, le plus âgé des fils du roi lui avait toujours succédé. En 1316 puis à nouveau en 1328, il fallut, faute de fils, choisir un héritier à la couronne et le choix se porta sur le frère puis le cousin du roi défunt par suite de raisons politiques bien connues. Nul ne s'était jamais posé la question de savoir si une femme pouvait éventuellement succéder au royaume de France – dans sa sagesse Dieu y avait pourvu, puis il y avait eu les péchés de Philippe le Bel – mais on en avait des exemples dans d'autres pays (royaume de Portugal, de Sicile) et dans les comtés et duchés dont les rois de France avaient même parfois épousé l'héritière. La difficulté de justifier en droit les choix de 1316 et 1328 a entraîné l'« invention » de la loi salique[72] après que l'invocation de la *lex Voconia* par François de Meyronne se soit avérée peu efficace[73] et que les Anglais aient dédaigneusement repoussé l'allégation de la coutume et réclamé la production d'un « édit ou un statut »[74]. Échaudés par ces difficultés, les rois de France ont donc ensuite fixé par des constitutions nouvelles[75] l'âge de la majorité royale[76] et organisé avec précision la tutelle[77] du roi mineur et la régence du royaume[78].

41 Au niveau inférieur, l'hérédité générale des charges : duchés, comtés et grands fiefs avec juridiction, issus des divisions administratives carolingiennes ou assimilés à elles, avait entraîné l'apparition de règles de succession assez semblables, caractérisées par la primogéniture et la masculinité, se combinant pour exclure les femmes tant qu'il y avait des successibles mâles, ce qui évitait la division de ces « honneurs » – ils ne « partaient » pas. Pour les autres fiefs, les usages locaux étaient variés et l'aînesse relative généralisée. Dans les pays de droit coutumier ces règles ne furent pas précisées avant le milieu du XIII^e^ siècle au plus tôt, dans les pays de droit écrit, l'empreinte du droit commun fut plus forte et les successions de grands fiefs furent réglées par testament dès le XII^e^ siècle mais sur ce point ils suivent la règle de primogéniture des « honneurs ».

42 Le fameux adage « Le mort saisit le vif » fit son entrée, au moins en politique, au temps de Charles V pour signifier l'instantanéité de la succession royale, adage coutumier, habillé à la romaine[79] la première fois qu'il apparaît dans le songe du Vergier[80]. Jacques Krynen a parfaitement décrit la destinée « constitutionnelle » de cet adage de pur droit successoral privé et ses conséquences institutionnelles capitales : couronnement et sacre ne sont plus nécessaires, du moins aux yeux des juristes, pour « faire » le roi, je ne reprends pas sa démonstration[81]. Le droit familial était donc tout à fait apte à remplir

des fonctions « politiques » pour tout ce qui touchait aux questions de successions à la royauté ou aux charges héréditaires[82].

43 On y trouva aussi, par déduction, des droits plus généraux. À partir de la tutelle les juristes développèrent le droit d'intervention de l'État sur les communautés d'habitants, les fameuses *universitates*, toujours à surveiller, par glissement de sens et assimilation. En effet, dès la fin du X^e^ siècle le roi est assimilé à un tuteur[83] et le mot tutelle est employé au XII^e^ siècle dans le sens général de protection[84]. Les juristes franchirent vite le pas, qui rapprochèrent cette tutelle générale de celle, précise, des mineurs, et en déduisirent un certain nombre de prérogatives pour le pouvoir et de privilèges pour les communautés[85], bref, d'un mot ils firent une institution[86].

44 Toujours dans le droit des tutelles, une règle destinée à faire approuver certaines décisions d'un tuteur par les autres co-tuteurs eut une fortune plus singulière encore puisqu'elle a servi de base à la légitimation de la représentation collective[87] : « Ce qui concerne tout le monde doit être approuvé par tous »[88]. Rien ici ne permettait de passer directement des tuteurs[89] aux représentants du *populus*, si ce n'est la méthode des civilistes – commune aux canonistes qui sont d'ailleurs les premiers à appliquer la maxime – de mettre tout le *Corpus* sur le même plan : une remarque incidente peut ainsi devenir le point de départ d'une construction extrêmement développée, que rien ne pouvait laisser prévoir.

Droit des contrats

45 Le droit des contrats pouvait aussi offrir de nombreux matériaux, les passages consacrés au mandat furent mis à contribution pour préciser les questions de représentation. Destiné d'abord à la simple représentation en justice ou pour un contrat – les registres de notaires sont remplis de ces procurations générales ou spéciales – le mandat fut exploité d'abord par les lecteurs attentifs des Compilations que furent les canonistes qui édifièrent une théorie de la délégation particulièrement en matière de justice. À leur tour les civilistes bénéficièrent de cette réflexion de leurs rivaux[90].

46 On a vu plus haut le rôle d'une clause de style que l'on rencontrait dans de nombreux contrats, la *certa scientia*, il va être question de celui de la prescription qui se rattache aux questions de possession.

L'exploitation des incises

47 À coté de ces utilisations du droit civil, assez compréhensibles, certains droits et prérogatives du roi, et non des moindres, eurent pour source une incise extraite de son contexte et commentée d'abondance.

48 Deux courtes phrases ont ainsi joué un rôle notable pour légitimer les prétentions des princes à tout contrôler ou posséder : dans la première, insérée dans un chapitre du *Digeste* sur le droit maritime, et plus précisément sur la loi rhodienne du jet des marchandises par dessus bord en cas de danger (livre 14, titre 2, *Ad legem Rhodiam de jactu*, 9), l'empereur, « en tant que maître du Monde », estimait cette loi non contraire à celles de l'Empire[91].

49 Dans le chapitre *Bene a Zenone* du *Code*, seul un très court membre de phrase a été retenu et abondamment allégué et commenté : « tout appartient au prince »[92]. Ces affirmations aux yeux de certains juristes légitimaient les prétentions de l'empereur germanique à être supérieur aux autres rois de la chrétienté, sinon du Monde[93].

50 Bien entendu, les rois n'ont jamais accepté les prétentions universalistes de l'empereur et leurs conseillers se chargèrent de réfuter juridiquement ces prétentions. Le plus sourcilleux a été le *Rex per excellentiam*, le roi de France. Contre elles, les juristes du roi pouvaient invoquer l'autorité pontificale en s'appuyant ici aussi sur la remarque incidente de la décrétale *Per venerabilem* (1202) d'Innocent III, insérée dans la *Compilatio tertia* (1210) puis dans les *Décrétales* de Grégoire IX (1234) dans le titre 17 du livre 4, concernant la légitimation des enfants naturels, le pape se contentant d'ailleurs de prendre acte d'une situation de fait[94], avait déclaré que « le roi ne reconnaît aucun supérieur au temporel », mais parole du pape vaut loi.

51 Les juristes ne manquaient pas non plus d'invoquer la prescription : la Gaule avait bien fait jadis partie de l'Empire – ils connaissaient trop bien l'Histoire pour le nier –, mais elle n'en dépendait plus depuis un tel délai que la juridiction impériale avait été prescrite, bien qu'en la matière on ait pu sans trop de peine réfuter l'argument puisqu'il s'opposait manifestement à celui de l'inaliénabilité des biens du royaume défendue par les juristes du roi de France[95]. L'Espagne y ajoutait la reconquête, qu'elle avait faite seule, sans l'appui de l'Empire qui l'avait abandonnée. Débats formels ? Il est difficile de trancher tant les juristes sont insistants, les débats toujours recommencés, les précautions constantes pour réfuter cette subjection que les empereurs ne manquent jamais de considérer comme naturelle[96].

52 Point n'était donc toujours besoin, pour gloser sur le pouvoir et asseoir l'autorité du roi, de textes longs et précis, on pourrait presque affirmer le contraire[97].

53 En ce milieu du XV^e^ siècle, on a classé les droits du roi, on les exalte, parfois même un peu trop – penser aux délires de Jean de Terrevermeille qui fait du roi un véritable despote –, mais on les considère toujours comme des privilèges, sans en faire encore un droit public spécifique, ce qui n'empêche en rien des résultats pratiques remarquables.

54 Il y a cependant quelques indices de changement dans l'œuvre, au demeurant si déroutante, de Jean de Terrevermeille[98]. Bien qu'il ait utilisé le *Corpus juris civilis* comme ses devanciers, il tenta véritablement de créer un droit royal spécifique. Il s'efforça d'approfondir l'idée de dignité, à la mode depuis le siècle précédent[99], et de singulariser la succession au trône de France. Il invoqua même la division du droit entre droit public et droit privé et entre les choses privées et publiques et, le royaume étant une *res publica*, sa transmission ne pouvait donc suivre les règles normales des successions : le roi ne succède pas *patrimoniali modo sed solum regia potestate et auctoritate*. Mais cette tentative rationnelle de dissociation – il évoque même le *status publicus regni* – s'entremêle à la vision organique traditionnelle du corps mystique du royaume et à l'exaltation de la coutume contre le *jus commune*. Pour intéressante – et effrayante dans ses conséquences extrêmes – la tentative tourna court et le droit resta unitaire. Sans doute aussi faut-il invoquer le peu d'autorité de Jean de Terrevermeille, simple licencié qui ne fut jamais une *auctoritas*, et surtout la difficulté de changer les habitudes anciennes d'utilisation des Compilations à une époque où le droit subissait une crise profonde et où le confusionnisme est de règle : le temps n'était donc pas favorable à des classements plus subtils et surtout nouveaux. Il fallut, plus que le choc de l'humanisme juridique[100], la décomposition de l'enseignement à la fin du XVI^e^ siècle pour que changent les méthodes et qu'émerge l'idée d'un droit spécifique et de nouveaux vocables : lois fondamentales, constitution du royaume, enfin droit public.

55 L'exemple parfait de l'absence de l'idée même d'un droit public autonome à l'aube du XVI[e] siècle est illustrée à merveille par un juriste dont l'œuvre vient de faire l'objet d'une analyse remarquable[101]. Guillaume Benoît (1455-1516) enseigna le droit canonique à Cahors de 1482 à 1499. Pendant plus de seize ans il « répéta » – c'est bien le cas de le dire – le début de la seule décrétale *Raynutius* (X 3, 26, 16) consacrée en fait à un cas complexe de droit successoral. Il arriva, par un tour de force des plus singuliers, à exposer dans son cours, très suivi, rien moins que le statut royal, la fonction du roi et son pouvoir, le statut de l'État et ses relations avec l'Église! L'art de la digression développé dans ses limites extrêmes. Comment mieux faire comprendre[102] que l'on pouvait parfaitement se passer de la *summa divisio* chère aux juristes contemporains pour asseoir la puissance royale ?

56 Jusqu'à la fin du Moyen Âge, on s'est donc fort bien passé d'une classification du droit qui paraît de nos jours presque aller de soi (droit privé, droit public, droit judiciaire privé et pénal, droit administratif[103], droit constitutionnel). L'unité des sources doctrinales sur lesquelles les juristes raisonnaient, le *Corpus juris civilis*, commandait cette vision unitaire du droit et explique qu'ils aient plutôt attaché leur attention à ses sources – droit écrit, ordonnances, coutume – et à leur hiérarchie respective, dans un système dominé par la pluralité des droits et la procédure civile mais qui recherchait avant tout l'unité.

NOTES

.Digeste* 50, 17, 202. *Javolenus, libro undecimo epistolarum. Omnis definitio in jure civili periculosa, rarum est enim ut non subverti posset.*

1.J. Gaudemet, « Utilitas publica », *Revue historique de droit français et étranger*, 1951, pp. 465-499. Fournit les occurrences de l'expression dans le *Corpus juris civilis*.

2.On peut aussi citer une œuvre qui a eu un grand succès chez les clercs au Moyen Âge, le *De officiis* de saint Ambroise, 1, 28 : *Deinde formam justiciae putaverunt ut quis communia id est publica, pro publicis habent, privata pro suis... Natura igitur jus commune generavit, usurpatio jus fecit privatum* (*PL*, 16, c. 67).

3.Livre 5 (*De legibus et temporibus*), chap. 21 (éd. W. M. Lindsay, Oxford, 1911), et livre 2, chap. 10, § 6 (éd. Peter K. Marshall, Paris, 1983, p. 52-53). Repris dans le *Décret* (4, 168) et dans la correspondance (l. 189 et 259) d'Yves de Chartres (vers 1095) puis dans le *Décret* de Gratien (dist. 4, chap. 2).

4.La collection des capitulaires de l'abbé de Fontenelle Anségise († 833) qui a été connue et utilisée jusqu'à la fin du XII[e] s. n'utilise cependant qu'une seule fois *utilitas publica* (2, 11).

5.Loup de Ferrières († 862), éd. L. Levillain, Paris, 1927, 1, pp. 144, 164, 184. Gerbert d'Aurillac († 1003), *Correspondance*, éd. P. Riché et J.-P. Callu, Paris, 1993, lettres 64, 110, 117, 122 (1, pp. 2-5, 160-163, 266-267, 282-283, 292-293), Abbon de Fleury († 1004), *Apologeticus*, *Patrologia latina*, 139, c. 468.

6.O. Capitani, « *Ecclesia romana* e Riforma : *utilitas* in Gregorio VII », *Chiesa, diritto e ordinamento della Societas christiana nei secoli XI e XII*, Milan, 1986, pp. 26-66, I. Scaravelli, « *Utilitas* nella libellistica del secolo XI : un primo sondaggio », *Studi medievali*, 1991, pp. 191-229.

7.Voici, parmi bien d'autres documents diplomatiques, la constitution de Lothaire III sur les fiefs de 1137 : *Imperialis benivolentiae proprium esse judicamus commoda subjectorum investigare..., similiter rei publicae bonum statum ac dignitatem imperii omnibus privatis commodis praeponere*. L'ordonnance a été insérée aux *Libri feudorum* (2, 53).

8.*Officium regium est subjectorum commodis modis omnibus providere et sue utilitati private publicam anteferre*, *Recueil des actes de Philippe Auguste*, Paris, 1913 (*Chartes et diplômes*), 1, p. 416, n° 345.

9.Je rappelle brièvement que les quatre compilations de Justinien (*Code*, *Digeste*, *Institutes* [promulguées 529-534] et *Novelles*, non officielles) ont été au moyen Âge divisées en cinq volumes : **1**. Code (*Codex*) = livres 1 à 9 du Code. **2**. Digeste vieux (*Digestum vetus*) = livres 1 à 24, titre 2. **3**. Inforciat (*Infortiatum*) = livre 24, titre 3, à livre 38, avec une subdivision : Infortiat proprement dit = Livre 24, t. 3, à l. 35, t. 2, chap. 82, et Trois parties (*Tres partes*) = livre 35, t. 2, chap. 82, à livre 38. **4**. Digeste neuf (*Digestum novum*) = livres 39 à 50. **5**. *Volumen* (ou *Volumen parvum* ou *Authenticum*) comprenant : **a**, Institutes (*Institutiones*), **b**, *Tres libri* (livres 10 à 12 du Code), **c**, Authentiques en 9 collations [≈ livre] (Novelles de Justinien), **d**, Livres des fiefs (*Libri feudorum*) ou Dixième collation (*Decima collatio*), compilation lombarde du mil. du XII^{e} s., en deux livres et des *capitula extraordinaria* (traite du droit féodal), **e**, Onzième collation (*Undecima collatio*) = deux constitutions de l'empereur Henri VII de 1312 [**6**. *Lombarda*. Elle fait partie des livres légaux (*Libri legales*) mais n'est pas incluse matériellement dans le *Corpus juris* et cesse très vite d'être enseignée].

10.L'auteur du *Rozier des guerres* (1476-1477) exalte le bien commun dans les mêmes termes que le *De regimine principum* de Gilles de Rome (cf. n. 25).

11. Texte important car il institue une prescription centenaire en faveur des établissements religieux, des hôpitaux et des villes, il a donc été repris dans les collections canoniques dès la fin du XI^{e} s. : *Collectio canonum* (3, 173) du cardinal Deusdedit (1083-1086) et d'Anselme de Lucques [4, 38] (1083), *Collectio Tarraconensis* (apr. 1095).

12.R. Feenstra, « L'histoire des fondations. À propos de quelques études récentes », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 24, 1956, pp. 381-448 (= *Le droit savant au Moyen Âge et sa vulgarisation*, Londres, 1986, n° I).

13.M. Bertram, « A *quaestio* of Henricus de Segusio and the textual tradition of his *Summa super Decretalibus* », *Bulletin of medieval canon law*, 16, 1986, pp. 91-97.

14.« Cist droiz a .ij. voies : la commune et la privée. Li conmunz drois est qui apartient a l'estat de l'empire de Rome, li privés est qui apartient au porfit de chascun home. Noz dironz dont dou privé droit qui est conquillis de .iii. partiez car il est concuilliz de naturel commandement et de celz as genz et des citeainz ». Traduction de 1235 env. (éd. F. Olivier-Martin, *Les Institutes de Justinien en français*, Paris, 1935, pp. 4-5).

15.*Digeste* 1, 5, 1. *Gaius, libro primo Institutionum. Omne jus quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones*.

16. La *sedes materiae* (siège de la matière) est l'endroit où les juristes traitent traditionnellement du sujet avec plus ou moins de détail dans la glose marginale. Les

glossateurs y indiquent aussi les passages parallèles et complémentaires (*concordantiae*) qui permettent de faire le tour complet de la question traitée (et dans ces autres endroits on renvoie de même aux autres passages, il est donc relativement aisé de s'y retrouver. Voir les remarques éclairantes de G. Speciale, *La memoria del diritto commune*, Rome, 1990, p. 36-39). On rencontrait aussi l'opposition jugements publics-jugements privés dans *Institutes*, 4, 18, et *Code*, 48, 1, mais les jugements publics n'avaient rien à voir avec la nature des délits et ces textes ne pouvaient donc contribuer qu'à estomper l'opposition. Le texte des *Institutes* (dans sa traduction de 1235, cf. n. 14) a été utilisé dans « Les poines de la duchée d'Orliens », un petit traité de droit criminel des années 1240, F. Olivier-Martin, « Les Poines de la duchée d'Orliens », *Revue historique de droit français*, 1928, pp. 437-439.

17. Tout ceci a été exposé clairement par G. Chevrier, « Remarques sur la distinction et les vicissitudes de la distinction du *jus privatum* et du *jus publicum* dans les œuvres des anciens juristes français », *Archives de philosophie du droit*, n. s. 1, 1952, pp. 5-77, et « Les critères de la distinction du droit privé et du droit public dans la pensée savante médiévale », *Mélanges G. Le Bras*, Paris, 1965, 2, pp. 841-849, et par A. Rigaudière, « Pratique politique et droit public dans la France des XIV^e^ et XV^e^ siècles », *Archives de Philosophie du droit*, 41, 1997, pp. 83-114.

18.*Inter aequitatem jusque interpositam interpretationem nobis solis et opportet et licet inspicere* (C. 1, 14, 1).

19.E. M. Meijers, « Sommes, lectures et commentaires (1100 à 1250) », *Études d'histoire du droit*, Leyde, 1959, 3, pp. 211-260, E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale*, Rome, Il Cigno Galileo Galilei, 1995, 2, pp. 81-85.

20.*Institutes*, l. 1, t. 2, *De jure naturali, gentium et civili*, divisé en 12 § (division médiévale).

21.1315, « selon droit de nature », ordonnance affranchissant les serfs du domaine, Isambert, *Recueil* cité n. 76, 3, pp. 102-104.

22. La fin du texte était moins utilisée : *Quod vero naturalis ratio inter homines constituit id apud omnes peraeque custoditur vocaturque jus gentium quasi quo jure omnes gentes utuntur.* (Mais ce que la raison naturelle a établi entre tous les hommes est gardé entre tous également, et on l'appelle le droit des gens, comme si tous les gens utilisaient ce droit).

23. Voir les études d'A. Gouron réunies dans *Droit et coutumes en France aux XII^e^ et XIII^e^ s.*, Aldershot, 1993, qui permettent de retrouver toute la bibliographie sur le sujet.

24.Éd. citée n. 80, p. 35.

25.*De regimine principum*, Rome, 1607 (repr. Aalen, Scientia, 1967), pp. 517-523.

26.A. Errera, *'Arbor actionum'. Genere letterario e forma di classificazione delle azioni nella dottrina dei glossatori*, Bologne, Monduzzi (*Archivio per la storia del diritto medioevale et moderno*, 1), 1995.

27. La jurisprudence a alors le sens de science des juristes et non le sens actuel de jurisprudence des tribunaux, qui, à l'époque, est peu prisée, Ph. Godding, *La jurisprudence*, Turnhout, (*Typologie des sources du Moyen Âge*, 6), 1973. Les juristes, « prêtres de la Justice », s'arrogent ainsi un véritable pouvoir d'interprétation du droit.

28.Décret de Gratien, éd. E. Friedberg, cc. 1-66. Traduction anglaise (texte et glose ordinaire) en cours, vol. 1, Washington, 1993 (Dist. 1-20, sur les sources du droit), vol. 2, 1994, 157 p. Traduction française du XIII^e^ s. : éd. L. Löfstedt, *Gratiani Decretum. La traduction en français de Décret de Gratien*, Helsinki, Societas Scientiarum Fenica (*Commentationes Humanarum Litterarum*, 95, 99, 105), 1-3, 1992-1996 (jusqu'à la cause 29). La *Summa coloniensis*, somme au Décret des années 1160, issue de l'école parisienne,

résume de façon extrêmement claire ces passages, *Summa 'Elegantius in jure divino' seu coloniensis*, éd. G. Fransen et S. Kuttner, New-York (*Monumenta juris canonici*, A, 1), 1969, 1, pp. 1-40.

29. Livre 1, titre 2 : Des constitutions, titre 3 : Des rescrits, titre 4 : De la coutume (éd. E. Friedberg, cc. 7-41).

30.*Institutes*, 1, 3. *Constat autem jus nostrum quo utimur aut ex scripto aut ex non scripto... Scriptum autem jus est lex, plebiscitum, senatusconsultum, principum placita, magistratuum edicta, prudentium responsa* (et les chap. 4-8 définissent les sources précédentes). *Inst.* 1, 9. *Ex non scripto jus venit quod usu comprobavit, nam diuturni mores, consensu utentium comprobati, legem imitantur.*

31.G. Dolezalek, « *Scriptura non est de substancia legis.* À propos d'une décision de la Rote romaine de 1378 environ », *Diritto comune e diritti locali nella storia dell'Europa*, Milan, 1980, pp. 49-70.

32.A. Romano, dir., *Colendo justiciam et jura condendo... Federico II legislatore del regno di Sicilia nell'Europa del duecento. Per una storia comparata delle codificazioni europee*, Rome, 1997, 651 p., et A. Gouron et A. Rigaudière, dir., *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'État*, Montpellier, 1988, 281 p., renferment des études sur plusieurs pays européens. A. Wolf, *Gesetzgebung in Europa. 1100-1500. Zur Entstehung der Territorialstaaten*, Munich, C. H. Beck, 1996, XII-390 p. Pour la France, bibliographie détaillée : *Colendo justiciam*, pp. 380-388.

33. Cf. ci-après, n. 94.

34.L. Mayali, « De la *juris auctoritas* à la *legis potestas*. Aux origines de l'État de droit dans la science juridique médiévale », *Droits savants et pratiques françaises du pouvoir (XI^e^-XV^e^ s.)*, Bordeaux, 1992, pp. 138-139.

35. Il s'agit du *princeps legibus solutus est* (D. 1, 3, 31) et de la loi *Digna vox* (C. 1, 14, 4) qui apportait de très fortes restrictions au principe précédent. Je n'insiste pas sur ce point très étudié et même trop surévalué à mon avis.

36.V. Colorni, « Le tre leggi perdute di Roncaglia (1158) ritrovate in un manoscritto parigino (Bibl. nat., Cod. lat. 4677) », *Scritti in memoria di A. Giuffrè*, Milan, 1967, 1, pp. 113-170.

37.E. Conte, *'Tres libri Codicis'. La ricomparsa del testo e l'esegesi scolastica prima di Accursio*, Francfort, V. Klostermann (*Jus commune. Sonderhefte*, 46), 1990, et sa communication au colloque de Rome, déc. 1999 (E. Conte prépare l'édition de ce texte). Je n'ai pas consulté la *Lectura super tribus ultimis libris Codicis* du montpelliérain Jacobus Rebuffi († 1438).

38.D'autres traités sur le fisc sont édités au t. 12, *De fisco et ejus privilegiis*, des *Tractatus Universi juris*, Venise, 1584, in-fol., 414 ff. Voir le détail dans G. Colli, *Per una bibliografia dei tratatti giuridici pubblicati nel XVI secolo. Indici dei 'Tractatus Universi Juris'*, Milan, Giuffrè (*Jus nostrum*), 1994, p. 116-123. Il faut signaler le *Tractatus de muneribus* du provençal Peire Antiboul (v. 1340) qui écrit plutôt pour protéger les sujets écrasés par leurs seigneurs, A. Gouron, « Doctrine médiévale et justice fiscale. Pierre Antiboul et son *Tractatus de muneribus* », *Analecta Cracoviensia*, 7, 1975, pp. 309-321 (= *La science du droit dans le Midi de la France au Moyen Âge*, Londres, 1984, n° X). Édition de quelques passages concernant la noblesse dans « *Qualitas illata* » cité n. 99, *in fine*.

39.« *Machinationibus callidis* ou le bout de l'oreille du *jus commnune* (Paris, 1254) », *Mélanges André Gouron*, sous presse. Une partie de ces règles a été reprise par Brunetto Latini († 1294) dans *Li livres dou tresor* (1263-1266), éd. Rapetti, cité n. 31, p. 350. En

Provence, le comte revendiquait pour lui-même les prérogatives des *praesides provinciae* dès 1230, « *Arma legesque colo*. Le droit et l'État en Provence (1246-1343) », *L'État angevin. Pouvoir, culture et société entre XIII^e^ et XIV^e^ s.*, Rome (*Collection de l'École française*, 245), 1998, p. 45.

40. Exemples tirés de l'éd. de Rapetti, Paris, 1850 (*Collection des documents inédits*), pp. 66-74 : *senator* et *praefectus Urbis*=baillif, *consul*=conte. Petrus Jacobi fait de même au début du siècle suivant, A. Rigaudière, « État, pouvoir et administration dans la *Practica aurea libellorum* de Pierre Jacobi (vers 1311) », *Droits savants* cité n. 34, pp. 196-197.

41. Guillaume Durand le Jeune, évêque de Mende (1296-1330), *Mémoire relatif au paréage de 1307*, éd. A. Maisonobe, Mende, 1896, pp. 121, 484, 485.

42. Le traité de Guillaume (commentant le *Digeste vieux*) est conservé dans deux manuscrits, Bâle, Univ. bibl., C.III.21, et Vatican, vat. lat. 4916, ff. 5v-6v (copie très fautive, lacunes nombreuses), il annonce clairement son propos : *Videndum est De officiis positum in primo libro ff veteris qualiter adeptentur ad hodierna tempora*, mais les développements sont loin de suivre les promesses. La lecture de Bertrand (sur C. 1, 26-57) est conservée aussi en deux manuscrits (Venise, Marciana, et Escorial, ç.II.8, ff. 112-125), *Féodalités et droits savants dans le Midi médiéval*, Aldershot, 1992, n° VI, p. 346, n. 14.

43. Son *Tractatus de officiis* est conservé dans le ms. 179 (f. 352-358) de la bibliothèque du Collegio di Spagna de Bologne, il s'agit sans doute aussi d'une *repetitio*. Pour d'autres traités sur des sujets proches (mais tous du XV^e^ ou XVI^e^ s.), édités au t. 16 des *Tractatus Universi Juris*, Venise, 1583, 458 ff., voir le recensement de G. Colli, cité n. 38, pp. 160-167, voir aussi le *De dignitatibus* de Petrus Rebuffus († 1557), Lyon, 1619, et enfin J. Duret, *Harmonie et conférence des magistrats romains avec les officiers français, tant laïques qu'ecclésiastiques*, Lyon, 1574.

44. Je crois inutile de développer ce dernier point, bien connu. Noter seulement que les manuels de procédure (*ordines judiciarii*) sont la littérature savante la plus diffusée dès la seconde moitié du XII^e^ siècle en France du nord et que certains sont même alors rédigés sur place. Ce que l'on appelle les coutumiers (Coutumes de Normandie, Pierre de Fontaines, Beaumanoir, Pierre Boutillier, Jacques d'Ableiges...) sont en fait avant tout des manuels de procédure qui dépendent très étroitement des *ordines judiciarii* savants. Voir la mise au point récente de L. Fowler-Magerl, *'Ordines judiciarii' and 'libelli de ordine judiciorum'*, Turnhout, Brepols (*Typologie des sources du Moyen Âge*, 63), 1994.

45.J. Krynen, « 'De notre certaine science'. Remarques sur l'absolutisme législatif de la monarchie médiévale française » *Renaissance du pouvoir législatif*, cité n. 32, pp. 131-144.

46.A. Gouron, « Aux racines de la théorie des présomptions », *Rivista internazionale di diritto comune*, 1, 1990, pp. 49-59, « La double naissance de l'État législateur », *Théologie et droit dans la science politique de l'État moderne*, Rome, (*Collection de l'Éc. fr.*, 147), 1991, pp. 101-114, et « Théorie des présomptions et pouvoir législatif chez les glossateurs », *Droits savants*... cité n. 34, pp. 117-127 (= *Juristes et droits savants : Bologne et la France médiévale*, Aldershot, 2000, n° III).

47. Charte de Philippe Auguste de 1181 : « Tout comme il importe à la majesté royale de conserver intactes les bonnes coutumes de son royaume, il lui importe autant d'abolir les mauvaises » (*Regie interest majestati sicut bonas regni sui consuetudines illesas conservare ita et pravas abolere*). Le roi abolit la coutume car elle est tout à fait contraire à la raison

(*penitus ratione contraria*), et suit une allusion à l'équité : en peu de mots, il ne manque rien de la doctrine savante, *Actes de Philippe Auguste* cité n. 8, 1, p. 40, n° 29.

48. Bien entendu la *certa scientia* continue sa carrière classique dans le droit des contrats, on la trouve dans les clauses finales pour signifier que les contractants se sont obligés en toute connaissance de cause. Bien que les comtes de Provence de la maison de Barcelone aient eu de très bons conseillers juristes, ils n'utilisent l'expression que dans ce dernier cas.

49. Ce que les barons français protestataires ont bien compris en 1246 : *Quod per novas constitutiones non deberet antecessorum nostrorum consuetudinibus derogari* (ils critiquent ensuite le *jus scriptum*), Isambert, *Recueil général* cité n. 76, 1, pp. 252-253.

50. Isambert, *Recueil général* cité n. 76, 1, p. 242.

51. Comme l'atteste Petrus Jacobi, A. Rigaudière « État » cité n. 40, p. 175.

52.D. 2, 1 *De jurisdictione*, 3 *Ulpianus, libro secundo De officio quaestoris. Imperium aut merum aut mixtum est. Merum est imperium habere gladii potestatem ad animadvertendum facinorosos, quod etiam potestas appellatur. Mixtum est imperium, cui etiam jurisdictio inest, quod in danda bonorum possessione consistit. Jurisdictio est etiam judicis dandi licentia.*

53. Guy Foucois, chargé en 1236 de trancher un litige entre l'évêque d'Avignon et l'un de ses vassaux déclare que l'on ne sait pas trop ce qui relève du *merum imperium* et tranche en partageant les profits de la justice, G. Giordanengo, *Le droit féodal dans les pays de droit écrit*, Rome (*BÉFAR*, 266), 1988, pp. 147-148. Pierre de Ferrières (1288-1294) et Pierre Hélie (mil. XIV^{e} s.), professeurs à Toulouse, ont rédigé un *Tractatus de mero et mixto imperio*.

54.R. Feenstra, « Les origines du *dominium utile* chez les glossateurs », *Mélanges H.-J. Scheltema*, Groningue, 1971, pp. 49-91 (= *Fata juris romani. Études d'histoire du droit*, Leyde, 1974, pp. 215-259). Pour l'utilisation concrète en Provence dès 1224, *Le droit féodal*, cité n. 39, p. 145.

55. Annoncée par J. Krynen, *La souveraineté de la justice. France (XII-XVII^{e} s.)*.

56.« La procédure civile et l'influence de l'État : autour de l'appel », *Droits savants* cité n. 34, pp. 151-160, « Le roi et nous. Procédure et genèse de l'État aux XIII^{e} et XIV^{e} s. », *Histoire de la justice*, 5, 1992, pp. 3-18.

57. Le problème chronologique est en particulier encore bien flou.

58.L'appel n'a d'ailleurs pas été accepté de bon gré par les justiciers tant laïques qu'ecclésiastiques et ils n'ont pas hésité à user de moyens divers pour décourager leurs justiciables de faire appel, voir les méthodes fortes d'un prélat pour dissuader les appelants tant aux tribunaux laïques qu'ecclésiastiques, J. Théry, « La parole aux Albigeois. Le procès de Bernard de Castanet, évêque d'Albi (1307-1308) », *Positions des thèses de l'École des chartes*, Paris, 2000, pp. 252-265.

59. Nombreuses affaires bénéficiales ou autres au Parlement, qui permettent de concurrencer les tribunaux ecclésiastiques, F. Olivier-Martin, *L'assemblée de Vincennes de 1329*, Rennes, 1909, pp. 232-234.

60.F. Joüon des Longrais s'y était intéressé dès 1936 mais pour l'Angleterre, « La portée politique des réformes d'Henry II [1154-1189] en matière de saisine », *Revue historique de droit français*, 1931, pp. 540-571. L'ordonnance de 1372 (cf. n. 64) prend soin de rappeler que les cas de novelleté relèvent de la juridiction royale.

61. Le cas privilégié au sens étroit est le crime commis par un clerc mais trop grave pour qu'il puisse relever des tribunaux ecclésiastiques (port d'armes dès 1278, infraction à la sauvegarde royale et usure dès 1330).

62.Éditées par E. Perrot, *Les cas royaux. Origine et développement de la théorie aux XIII^e^ et XIV^e^ siècles*, Paris, 1910 (Genève, 1975), pp. 327-331.

63. En Provence, les *regalia* sont précisés dès la fin du XIII^e^ siècle : « Vocabulaire romanisant et réalité féodale en Provence », *Provence historique*, 25, 1975, pp. 255-273 (= *Féodalités* cité n. 71, n° VII).

64.E. Lavisse, « Étude sur le pouvoir royal au temps de Charles V », *Revue historique*, 26, 1884, pp. 233-280. Texte édité dans *Ordonnances des rois de France* cité n. 76, 5, pp. 477-480, Isambert, *Recueil* cité n. 76, 5, pp. 370-373.

65.M. Boulet[-Sautel], *Questiones Johannis Galli*, Paris (*Bibl. des Éc. fr. d'Athènes et de Rome*, 156), 1944, n° 374-376, pp. 461-468.

66.Éd. P. Arabeyre, « La France et son gouvernement au milieu du XV^e^ s. d'après Bernard de Rosier », *Bibl. de l'Éc. des ch.*, 150, 1992, pp. 268-285. Les rubriques 11-14 concernent plus particulièrement le pouvoir royal. La rubrique 14, *De hiis que sunt cujuslibet regis in regno suo de jure communi*, donne une liste des droit royaux dont le canevas est celui des *Regalia* de 1158.

67. En France, la notion de couronne apparaît pour la première fois en 1100 dans un discours prononcé par le duc d'Aquitaine au concile de Poitiers, C. J. von Hefele-H. Leclercq, *Histoire des conciles*, Paris, 1909, 5/1, p. 469, puis avant 1112 dans une lettre au roi du prévôt de Chartres, *Bibliothèque de l'École des chartes*, 1855, p. 450. Dans une lettre rédigée au nom de Louis VI au pape Callixte II (1121), la fonction épiscopale est nettement distinguée de la personne de l'évêque, il n'est pas téméraire de penser que l'on pouvait facilement reporter la distinction au roi et à la royauté (*Cum igitur dignitas sit Ecclesie, non persone, si Senonensis archiepiscopus iste, et quidem solus, de non sua facit quod non oportuit, si promisit quod non debuit, Ecclesia tamen Senonensis quod suum est non amisit*), *Patrologia latina*, 163, cc. 1339-1340.

68. Cino da Pistoia († 1336) et Luca da Penna († 1382) utilisent déjà la métaphore qui provient du droit canonique (mariage de l'évêque avec son diocèse), G. Leyte, *Domaine et domanialité publique dans la France médiévale (XII^e^-XV^e^ s.)*, Strasbourg, Presses Universitaires, 1996, pp. 301-302.

69. Jean de Terrevermeille parle de ce mariage du roi et du royaume, les Languedociens du mariage du souverain avec leur province, G. Leyte, *Domaine*, cité n. 68, p. 302, J. Barbey, *Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution*, Paris, PUF (*Droit fondamental*), 1993, p. 279.

70. Cette juridicisation des images a été très importante au moment de la Réforme grégorienne, voir les remarques de H.-X. Arquillière, *Saint Grégoire VII. Essai sur sa conception du pouvoir pontifical*, Paris, 1934.

71. Le texte n'en est connu que par Pierre de Fontaines et surtout Beaumanoir, éd. A. Salmon, Paris, 1899, 1, p. 212 (« essieutée la courone et plusieurs baronies tenues du roiaume lesquelles ne se partissent pas a moitié pour le douaire »), cf. « La difficile interprétation des données négatives : les ordonnances royales sur le droit féodal », *Féodalités et droits savants dans le Midi médiéval*, Aldershot, 1992, n° X, p. 110. Toute personne (noble ou non) pouvait au reste choisir le contrat écrit pour fixer à sa guise l'assiette du douaire.

72.C. Beaune, *Naissance de la nation France*, Paris, 1985, pp. 267-290.
73. François de Meyronnes, *Tractatus de principatu temporali*, éd. P. de Lapparent, « L'œuvre politique de François de Meyronnes, ses rapports avec celle de Dante », *Archives d'histoire doctrinale et littéraire du Moyen Âge*, 13, pp. 58-74, *DLF*, pp. 465-466.
74.L'argument des Anglais n'était pas seulement de circonstance, bien entendu la coutume avancée par les Français desservait les Anglais, mais les uns et les autres partageaient aussi la même opinion sur le peu de valeur des coutumes. Le droit, entendez le *jus commune* ou une ordonnance royale (ancienne, cela va sans dire) avaient une autorité bien plus indiscutable. En effet la coutume n'a pas au Moyen Âge, contrairement à ce que l'on croit trop souvent, une valeur très forte. Elle n'est véritablement acceptable que quand elle est conforme à la raison, tant d'après de droit romain (Code, 8, 52) que selon le droit canonique (*Décret* de Gratien, dist. 8, c. 3-9, et dist. 11, c. 1-6). Dans l'affaire de la succession au royaume, il fallait donc prouver que la coutume, en fait une nouvelle coutume, était conforme à la raison, ce qui était plus que délicat. Sur la raison assimilée au *jus commune*, G. Giordanengo, « *Jus commune* et 'droit commun' en France du XIII^{e} au XV^{e} s. », *Droit romain, jus civile et droit français*, Toulouse, 1999, pp. 219-247. On voit en 1459 Noël de Fribois rattacher cette loi à la loi romaine et traduire le mot *consuetudo* par « constitution » dans un passage de Balde traitant de la succession royale française, K. Daly et R. Giesey, « Noël de Fribois et la loi salique », *Bibl. de l'Éc. des ch.*, 151, 1993, pp. 14, 22-23, 31, 33.
75. Ils se gardent bien en revanche de préciser par une nouvelle ordonnance ce qui avait été prescrit par la loi salique, ce qui aurait pu paraître affaiblir la portée de cette loi. Noter que lorsque Jean de Vignay fait allusion à cette loi dans sa traduction (1337-1350) du *Livre des échecs* de Jacques de Cessoles il insiste fortement en même temps sur le pouvoir de Pharamond, donc des rois de France, à légiférer, C. Beaune, *op. cit.* n. 72, p. 268.
76. Dejà fixée une première fois par Philippe III le Hardi en décembre 1271 à 14 ans révolus. Ordonnance d'août 1374 (dite *lex vel constitutio* et même *lex edictalis*, expression empruntée au *Code* 5, 9, 6, ce qui l'assimile complètement au droit romain, la langue latine garantissant de plus sa solennité) fixant l'âge de la majorité du roi au début de sa quatorzième année, E. de Laurière, dir., *Ordonnances des rois de France*, 6, pp. 26-30, Isambert, *Recueil général des anciennes lois françaises*, 5, pp. 414-423. Incipit : *Filios regum educari et erudiri debere per parentes*.
77. Les barons avaient attaqué la tutelle de la régente Blanche de Castille, sous le prétexte qu'elle n'avait pu fournir de cautions suffisantes, elle dut faire appel au juriste Hubertus de Bobbio, alors enseignant à Verceil, pour se défendre : il n'y avait alors pas de différence entre la tutelle du roi et celle de n'importe quel sujet et le *jus commune* était bien le droit de tous, K. F. von Savigny, *Storia del diritto romano nel Medio Evo*, trad. Bollati, Turin, 1854-1857 (repr. Rome, 1972), 2, p. 309.
78. Ordonnances d'octobre 1374 sur régence et la tutelle des enfants royaux, E. de Laurière, dir., *Ordonnances des rois de France*, 6, pp. 45-49 et 49-54, Isambert, 5, pp. 424-430 et 431-439. Incipit de l'ord. sur la régence : « L'office des rois, à cause de leurs dignitez royaux est de gouverner et administrer sagement toute la chose publique ». F. Autrand, « La succession à la couronne de France et les ordonnances de 1374 », *Représentation, pouvoir et royauté à la fin du moyen Âge*, Paris, 1995, pp. 25-32.
79. Le Coutumier de Picardie, des années 1300-1325, associe déjà le droit commun – entendez le droit romain – à la saisine : « De droit commun et de droit naturel la saisine

est transportée en li [= le fils] », éd. A.-I. Marnier, Paris, 1840, p. 11. La doctrine savante a déjà donc fait l'amalgame entre saisine coutumière et possession romaine avant que l'on applique l'adage à la succession royale.

80.*Songe du vergier*, livre 1, chap. 76, § 2, éd. M. Schnerb-Lièvre, Paris, CNRS, 1982, 1, p. 125 : « Et pour ce est il dit que le mort saisit le vifz, *lege In suis, Digestis De liberis et postumis* ». Le passage se rencontre déjà dans le *Somnium viridarii*, éd. M. Schnerb-Lièvre, Paris, CNRS, 1993, 1, p. 232 (*et mortuus saisit vivum, ut l. In suis, De liberis et postumis*).

81.« 'Le mort saisit le vif'. Genèse médiévale du principe d'instantanéité de la succession royale française », *Journal des savants,* 1984, pp. 187-221. « Il est aussi permis de penser que l'auteur du Songe, considérant en bon romaniste que le *jus civile* l'emporte en autorité sur le droit non écrit, ait voulu ici habiller la source coutumière du vêtement romain et la doter par là d'un caractère vénérable » (p. 191), on vient de voir que le rapprochement avec le droit commun est antérieur.

82. Bien qu'il ait été déclaré dans le *Digeste* (D., 28, 1, 3) que le pouvoir de faire un testament relevait non du droit privé mais du droit public (*testamenti factio non privati sed publici juris est*), on ne voit pas les rois de France rédiger de vrai testament, tout comme le plus simple de leurs sujets, ils n'ont pas le droit de disposer librement de leurs « héritages » (immeubles provenus des parents).

83.*Promovete igitur vobis ducem... quem non solum rei publicae sed et privatorum rerum tutorem invenietis*, Richer, *Histoire de France (888-995)*, éd. R. Latouche, Paris, 1930, 2, p. 162. On peut considérer qu'il y a ici un équivalent en latin classique de la vieille *tuitio regni*.

84. Par exemple, lettre d'Alexandre II (1061-1073) au roi d'Angleterre, dont le royaume est sous la tutelle de saint Pierre (*sub apostolorum principis manu et tutela extitisse*, Deusdedit, *Collectio canonum*, 3, 269), de Pascal II (1099-1115) à l'évêque d'Auxerre : *Sub apostolicae sedis tutelae protectione*, *Patrologia latina*, 163, c. 366 . Actes de Louis VI, 1136 : *Quoniam ad tutelam ecclesiarum regni nostri gubernacula a Deo nos suscepisse cognovimus*, Ch.-V. Langlois, *Textes relatifs à l'histoire du Parlement*, Paris, 1888, n° 8, pp. 13-15, de Louis VII : *Alodia que sub regia tutela sunt*, A. Luchaire, *Études sur les actes de Louis VII*, Paris, 1885, n°3 (1137), pp. 349-351 (ce qui au passage confirme bien que les alleux dépendent du roi).

85.L'évêque est parfois aussi considéré comme le tuteur de son diocèse, P. Legendre, « Du droit privé » cité n. 90, p. 33, n. 4.

86.Déjà la constitution de Justinien passée au Code 1, 2, 23 (cf. n. 11), rapprochait, pour les délais de la prescription, les établissements religieux et les communautés des mineurs.

87.L'idée elle-même est plus ancienne puisque dans la lettre adressée par Louis VI à Callixte II (cf. n. 67) le clerc qui tenait la plume en son nom déclare : *Res enim communis communi tractanda est consilio, non latenti et privato terminata colloquio* (noter l'opposition *privatum/commune*).

88. Code, 5, 59, 5, § 2. A. Gouron, « Aux origines de la maxime *Quod omnes tangit* », *Histoire du droit social. Mélanges J. Imbert*, Paris, PUF, 1989, pp. 277-286 (= *Droit et coutume en France aux XII^e^ et XIII^e^ siècles*, Aldershot, 1993, n° XIII), et Y. Congar, « *Quod omnes tangit ab omnibus tractari et approbari debet* », *Revue historique de droit français*, 1958, pp. 210-259 (= *Droit ancien et structures ecclésiales*, Londres, 1982, n° III). La formule est invoquée par le

roi d'Angleterre Édouard I[er] (1272-1307) en 1295, Brian Tierney, *Religion et droit dans le développement de la pensée constitutionnelle*, Paris, PUF (*Léviathan*), 1993, p. 40.

89.L'assimilation du roi au tuteur du royaume faite par Jean de Terrevermeille n'est pas vraiment comparable, J. Barbey, *La fonction royale* cité n. 98, p. 322.

90.P. Legendre, *La pénétration du droit romain dans le droit canonique classique de Gratien à Innocent IV (1140-1254)*, Paris, 1964, pp. 117-139, et « Du droit privé au droit public. Nouvelles observations sur le mandat chez les canonistes classiques », *Études en souvenir de G. Chevrier*, Dijon, 1970-1971, 2, pp. 7-35.

91.D. 14, 2 *De lege Rhodia de jactu*, 9 *Ego quidem, Mundi dominus, lex autem maris quae de rebus nauticis praescripta est judicetur quatenus nulla nostrarum legum adversatur.*

92. Il s'agit de nier la différence entre les biens donnés à des particuliers par le prince sur ses biens propres ou sur ceux du fisc, la distinction est inutile *cum omnia principis esse intelligantur* (C. 7, 37, 3).

93.K. Pennington, *The prince and the law (1200-1600)*, Berkeley, 1993, pp. 15-32. G. Leyte, *Domaine* cité n. 68, pp. 81-90.

94. Comp.III[a], 4, 12, 2 – X 4, 17, 13. Il faut aussi consulter les gloses à ce passage. Chez les civilistes, le bourguignon Jean de Blanot affirme, ici encore en incise, dans son *Tractatus de actionibus* (Bologne, 1256) *Rex Francie in regno suo princeps est*, R. Feenstra, « Jean de Blanot et la formule *Rex Francie in regno suo princeps est* », *Mélanges G. Le Bras*, Paris, 1965, 2, pp. 885-895.

95.G. Leyte, *Domaine* cité n. 68, p. 263-414. Mais l'imprescriptibilité a du mal à s'imposer, voir six questions de Balde : *De prescriptione meri imperii*, Bruges, ms. 374, ff. 28r-35v.

96. Dans le privilège à la ville de Beaucaire de juillet 1254, Louis IX affirme que le droit écrit doit être suivi *non quod eorum obliget nos auctoritas seu adstringat sed quia mores eorum in hac parte ad presens non duximus immutandas* (*Histoire générale de Languedoc*, Toulouse, 1879, 8, c. 1339). En 1312, Philippe le Bel est encore fort prolixe dans l'ordonnance en faveur de l'Université d'Orléans pour justifier l'enseignement du droit bien que le royaume ne reconnaisse pas la supériorité de l'Empire, il est vrai qu'Henri VII venait d'annoncer aux rois de la Chrétienté son élection comme s'ils lui étaient soumis, le roi de France prit la chose très mal et sa réponse fut très dure, J.-M. Carbasse, *Introduction historique au droit*, Paris, PUF (*Droit fondamental*), 1998, p. 182, et « Le royaume et l'empire : quelques jalons médiévaux », *Revue d'histoire des facultés de droit*, 19, 1998, pp. 11-33. L'expression « Le roi est empereur en son royaume » est de 1303, elle est invoquée à tout moment, dans le *Songe du Vergier* (1378) Évrard de Trémaugon dépense encore beaucoup d'énergie pour montrer que le roi de France n'est pas soumis à l'empereur, A. Bossuat, « La formule ‘le roi est empereur en son royaume’, son emploi au XV[e] s. devant le parlement de Paris », *Revue historique de droit français*, 1961, pp. 371-381. F. Autrand a parfaitement décrit le luxe de précautions prises par Charles V lors de la visite de l'empereur Charles IV à Paris en 1377-78 (c'était pourtant son oncle bien aimé) pour que l'on ne lui reconnaisse aucune prééminence impériale, *Charles V*, Paris, Fayard, 1994, pp. 779-805. L'adoubement de Guillaume Saignet en plein Parlement par l'empereur Sigismond, lors de sa visite en 1416, fit scandale au début du XV[e] s ; on rencontre encore un <

AUTEUR

GÉRARD GIORDANENGO

École des Chartes