

Communis Opinio Doctorum *comme* ius commune universale?

*Réflexions autour de l'idée de la culture juridique commune dans l'Europe médiévale et moderne*¹

*Un homme qui court à la poste, en France, change de lois plus souvent qu'il ne change de cheval (...) et qu'un avocat qui sera très savant dans sa ville, ne sera qu'un ignorant dans la ville voisine*².

Ce sont les mots de François-Marie Arouet dit Voltaire, écrits en 1751, des mots très connus, des mots que l'on peut trouver dans presque chaque « Histoire du droit de l'Europe Occidentale ». Ainsi donc, selon ce philosophe, la justice et le droit en France à l'époque moderne se caractérisaient par une grande pluralité de sources. Voltaire dit cela à propos de la situation dans son pays jusqu'à la Révolution et des projets codificatifs de Napoléon, c'était la situation sur tout le territoire de l'Europe, qui connut la vraie mosaïque juridique jusqu'à la période des codifications modernes, lesquelles avaient pu surmonter, tout au moins – de la manière relative, un tel particularisme juridique.

D'autre part, l'on peut trouver une telle constatation dite par les auteurs des « Histoires » susmentionnées, et en même temps les mêmes auteurs parlent à un souffle, de la culture juridique européenne commune, unitaire, uniforme, identique *etc.* En vérité, c'est maintenant le sujet de recherche très populaire, surtout par rapport aux discussions

¹ Texte basé de la partie de ma conférence intitulée : « *Les visages du droit romain dans l'histoire de la tradition juridique de l'Europe Occidentale. Les succès et les insuccès de l'acculturation juridique* » tenue le 30 mai 2008 pendant les Journées Internationales d'Histoire du Droit de Louvain (29 mai–1er juin 2008) : « *Modernisme, Tradition et l'Acculturation Juridique* », organisées par la Société d'Histoire du Droit de Paris. Cf. le programme <http://www.labinf-digips.unisi.it/files/2.pdf>. Pour la pleine version de cette communication cf. les matériaux des Journées (à paraître) : « ... *connectiones inter iura variorum observamus ...* » *En recherchant l'explication de la notion d'« acculturation juridique »* ; cf. aussi mon essai st. *Imperium Romanum – la Plus Grande Tour de Babel du Monde Antique. Autour de la notion d'acculturation juridique* (à paraître).

² Les mots originales du : *Dialogue entre un plaideur et un avocat*, publiés, [in :] *Oeuvres complètes de Voltaire*, neuvième tome, édition de Ch. Lahure et Cle, Libraire de L. Hachette et Cle., Imprimeurs à Paris 1860, p. 513.

concernant le « nominatif commun de l'Europe » à l'heure d'intégration, les discussions qui semblent une vraie « neverending story »³.

Bien évidemment, chacun sait que dès la fin du XI^e siècle, on peut observer la renaissance particulière du droit romain comme « droit commun », par rapport à la découverte, très célèbre, de *Digesta* de Justinien⁴, l'empereur qui comme premier tenta de donner une réponse à cette question à propos de l'uniformité juridique, en ayant dit : « *omnes vero populi legibus iam a nobis vel promulgatis vel compositis reguntur* »⁵. Cette renaissance du droit romain, nommée par Paul Vinogradoff comme « la vie seconde »⁶, débuta en Europe médiévale avec des études sur cette partie de la compilation inconnue jusque-là, et est traditionnellement appelée « la Réception »⁷. Un tel phénomène, considéré

³ Pour la description de ce phénomène avec quelques réflexions sceptiques et les références à la littérature, cf. mon étude : *Sinusoide of Legal History. Learning from Roman Law – A Fascinating Challenge for our (Post)Modernity*, d'après la communication faite pendant la 14^{ème} session du European Forum of Young Legal Historians : « *Turnings Points and Breaklines* », Pécs, Hongrie (7–10.05.2008), publiée dans la collection : *Turning Points and Breaklines*, Jahrbuch Junge Rechtsgeschichte, vol. 4 : 2009, p. 454–488.

⁴ Sur cette « découverte » et sa signification pour l'histoire juridique de l'Europe, cf. e.g. : L. Maganzani, *Formazione e vicende di un'opera illustre. Il Corpus Iuris nella cultura del giurista europeo*, Torino 2002, p. 373, en part. p. 107f. ; pour le manuscrit et son histoire, cf., e.g. : E. Spagnesi (a cura di), *Le Pandette di Giustiniano. Storia e fortuna della « Littera Florentina »*, Firenze 1983, p. 104 ; F.J. Andrés Santos, *Apuntes sobre de transmisión textual del Digesto*, [in :] *La Filologia Latina hoy. Actualización y perspectivas*, vol. 1, Madrid 1999, p. 49–54 ; J. Miquel, *El Codex Florentinus del Digesto y la leyenda de Amalfi*, « *Revista General de Derecho Romano* » 2004, vol. 3, (www.iustel.com), 12.02.2010.

⁵ *Const. Imperat.* § 1 ; comp. *Const. Tanta* § 1, *Const. Deo Auct.* § 5, á propos, de l'idée, de complete de la compilation.

⁶ P. Vinogradoff, *Roman Law in Mediaeval Europe*, p. 4 (1^{ère} éd. : London–New York 1909 ; cit. d'après l'éd. : New Jersey 2001, p. 136). Il faut ainsi mentionner que beaucoup de savants ont intercepté un tel concept. Cf. e.g. J.A.C. Thomas, *Textbook of Roman Law*, Amsterdam–New York–Oxford 1976, p. 3, qui parle de la « resurrection of Roman law », ou A. Watson, *The Subsequent History of Roman Law*, [in :] *Roman Law & Comparative Law*, Athens–London 1991, p. 86–93, en part. p. 86–88), qui, en usant des termes : « revitalization » et « revival », a précisé, que : « Roman law reappeared in so many ways at so many times in so many places that one would properly have to speak of 'lives' ». Dans la littérature polonaise, comme première : E. Borkowska-Bagienska, *Prawo rzymskie we współczesnej kulturze prawnej Europy* [= *Le droit romain et la culture juridique contemporaine*], [in :] *Honeste vivere... [Księga pamiątkowa ku czci Profesora Władysława Bojarskiego]* E. Gajda, A. Sokala (dir.), Toruń 2001, p. 21–27, en part. p. 22 ; et aussi, « en empruntant » ou bien « en réceptant » tous les termes évoqués par les autres, plus récemment : T. Giaro, *Kilka żywotów prawa rzymskiego zakończonych jego kodyfikacją*, [in :] *Prawo rzymskie a kultura prawna Europy*, A. Dębiński, M. Jońca (dir.), Lublin 2008, p. 16, et *passim* [l'étude publiée aussi en version anglaise : *Roman Law always dies with a codification*, [in :] *Roman Law and European Legal Culture*, Lublin 2008, p. 15–26].

⁷ Cf. les études citées dans cet essai, *infra*, en part. dans les notes 9–14, 17,18. Il faut aussi mentionner que « la réception » comprise dans cette optique était le thème des Journées de la Société d'Histoire du Droit, organisées à Rotterdam (30 mai–1 juin 2004). Je suis pourtant d'accord avec l'opinion exprimée par Janusz Sondel (cf. *Ze studiów nad prawem rzymskim w Polsce piastowskiej* [= *Les études sur le droit romain dans la Pologne sous les Piasts*], Cracovie 1976, p. 117, en part. p. 19–20) que la notion de la réception n'est pas adéquate pour décrire la complexité liée au phénomène des contacts entre les éléments des cultures diverses, particulièrement les éléments de la culture juridique. Cf. les remarques finales *infra*. Cf. aussi : J. Bardach, *Recepcja w historii państwa i prawa*, CPH 1977, t. 29, vol. 1, p. 1–62, en part. p. 1 ; [= *Themis a Clio, czyli prawo a historia*, Varsovie 2001, p. 11–97] ; publ. aussi en français : *La réception dans l'histoire de l'état et du droit*, [in :] *Le droit romain et sa réception en Europe. Les actes du colloque organisé par la Faculté de Droit et d'Administration de l'Université de Varsovie en collaboration avec l'Accademia Nazionale dei Lincei, le 8–10 octobre 1973*, H. Kupiszewski, W. Wołodkiewicz (dir.), Varsovie 1978, p. 27 et s. ; aussi : J. Gaudemet, *Les transferts de droit* (2000), p. 67 ; et, plus récemment : J. Reszczyński, *Sądownictwo i proces w kodyfikacji Macieja Śliwickiego z 1523 roku. O wpływach prawa rzymskiego i praw obcych na myśl prawną*

parfois, d'après Paul Koschaker, comme « *Machtfrage* »⁸, et parfois comme cas précis du transfert culturel⁹ comme passage fini avec l'entrée dans une société de l'ensemble du droit ou de certaines règles juridiques, qui avaient été élaborées dans (et pour) un milieu social différent, parfois à une époque lointaine¹⁰. La réception fut particulièrement intense du XIIIe au XIVe siècle, et, sous des formes diverses, prolongea jusqu'au XIXe siècle et au pandectisme allemand.

Selon une « dogme historique » presque universellement acceptée, ce fut le passage du droit prévenu de certaines parties de la compilation de Justinien – le passage qui ne doit rien à la contrainte ni au prestige d'une victoire militaire. La réception eu lieu dans presque toute l'Europe : soit sous sa forme complète en Allemagne, soit partiellement dans les autres pays européens¹¹, et fut plus ou moins vite selon les lieux et les circonstances. Il faut pourtant souligner, que le droit en question était le droit réinterprété et actualisé par les savants de ce temps-là, pour être adaptable. Francesco Calasso¹², suivi par beaucoup d'hommes de science, a déterminé ce droit commun comme synthèse du droit romain, droit canon et apport de l'époque féodale, la synthèse conçue et réalisée par les Glossators et Commentateurs. Tout cela aura permis d'élaboration la

polskiego odrodzenia [= *La justice et la procédure dans la codification de Maciej Śliwnicki de 1523. Etude sur les impacts du droit romain et des droits étrangers sur la pensée de la Renaissance en Pologne*], Kraków 2008, p. 680, en part. p. 21 ; *Idem*, *Utrum proprium an receptum an diffusionem acquisitum. Uwagi o obcych wpływach normatywnych jako składniku kultury prawnej oraz sposobach ich badania* [= *Utrum proprium an receptum an diffusionem acquisitum. Observations concernant les influences étrangères comme composants de la culture juridique*], [in :] *Świat, Europa, Mała Ojczyzna. Studia ofiarowane Profesorowi S. Grodzkiemu w 80-lecie urodzin*, Bielsko-Biała 2009, p. 1085–1117. Comp. aussi : T. Giaro, *Kilka żywotów*, p. 19 [= *Roman Law*, p. 18]. Cf. enfin : J. Gaudemet, *Le temps de l'historien des institutions*, [in :] *Sociologie historique du droit*, Paris 2000, p. 61–76, en part. p. 70 [publ. pour la première fois : *Mélanges François Terré : L'avenir du droit*, Paris 1999, p. 95–109], qui, en réfléchissant aux problèmes des mutations du droit et des transferts de droit de cette période d'histoire du droit, a posé une question, à savoir si l'on peut ici parler de rencontres de droit et surtout d'une réception. Sur ce problème, comp. aussi mes réflexions finales infra.

⁸ P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, München 1947, p. 138.

⁹ Cf., e.g. J. Gaudemet, *Les transferts de droit*, [in :] *Sociologie*, p. 67, 70–71 ; *idem*, *Les transferts de droit*, « *Année Sociologique* » 1976, vol. 27, p. 29–59, cit. d'après version réimpr., [in :] *Sociologie*, p. 91–119. Cf. en part. : *Les transferts de droit* (2000), p. 63, où le savant explique, que « Il s'agit d'échange, d'emprunts et d'influences entre systèmes juridiques différents, ce que l'on peut qualifier d'expression générale de transfert de droit ».

¹⁰ Cf. J. Gaudemet, *Les transferts de droit* (2000), p. 67. Comp. les remarques très critiques de : D.J. Osler, *The Fantasy Men*, « *Rechtsgeschichte* » 2007, Bd. 10, p. 169–192, en part. p. 179, 180 et s.

¹¹ Il faut admettre que la littérature concernant ce sujet est vraiment immense. Comme plus importantes et synthétiques, on peut évoquer les oeuvres de : P. Koschaker, *Europa*, p. 378 ; F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen 1967, p. 659 ; M. Bellomo, *L'Europa del diritto commune*, Roma 1994, p. 274 ; P. Stein, *Roman Law in European History*, Oxford 1996, p. 137 ; L. Maganzani, *Formazione*, p. 373 ; A. Padoa Schioppa, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna 2007, p. 780. Cf. aussi l'approche de : H.J. Berman, qui comprend l'histoire juridique de l'Europe comme séquence des révolutions : H.J. Berman, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge–Massachusetts–London 1983, p. 657. Cf. enfin les ouvrages où les problèmes différents liés à une telle analyse historique sont indiqués : R. Orestano, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino 1961, p. 703 ; et plus récemment : M. Bretone, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Roma–Bari 1994, p. 223.

¹² Cf. avant tout son étude : *L'Europa e il Diritto Romano*, vol. 2, Milano 1954, p. 33–62 ; et aussi : *Idem*, *Il problema storico del diritto comune e i suoi riflessi metodologici nella storiografia giuridica europea*, « *Archives d'Histoire du Droit Oriental et Revue International des Droits de l'Antiquité* » 1953, vol. 2, p. 441, 463 (rist. *Storicità del diritto*, a cura di : P. Fiorelli, Milano 1966, p. 203–226).

culture juridique commune, ainsi que la méthode de penser des juristes, lesquelles – selon il Calasso – constituaient des facteurs importants de l'unité spirituelle d'Europe Occidentale et Centrale¹³.

Le *ius commune medioevale* était donc plus un phénomène doctrinal que législatif, même que l'on peut trouver dans presque chaque cas la connexion très particulière entre l'interprétation du droit et l'autorité politique. Une telle *communis opinio doctorum universitatum*, appelée parfois « a bookish law »¹⁴, fut jugée dans la littérature scientifique comme système (sic!) juridique uniforme, appliqué universellement dans les tribunaux à travers l'Europe¹⁵. Les savants d'aujourd'hui soulignent, que ce furent les juristes italiens et français qui ont introduit le droit romain, élaboré et réinterprété, dans le monde du droit coutumier « démembré », où, toutefois, en certain sens ce droit fut conservé dans la législation de rois de Gaule, d'Espagne, d'Italie du Nord, et puis dans l'Empire carolingien¹⁶. Dans cette nouvelle forme ce droit scientifique a ensuite été accepté et internalisé, en devenant dans certains pays même le droit national doté de la « baptême politique » par de l'autorité du pouvoir (*ratione imperii*) ou à cause de sa valeur rationnelle (*imperio rationis*)¹⁷.

Conformément à l'opinion commune, ce processus « d'intellectualisation »¹⁸ du droit romain, et, ensuite, aussi du droit local et de la science juridique, avait lieu dans les pays particuliers, où le droit était un objet des études universitaires opérant selon un commun *dictum* : *praemitto, scindo, summo, casumque figuro – prelego, do casus, connoto, obii-*

¹³ Cf. F. Calasso, *Il diritto romano come fatto spirituale*, « Rivista Italiana per Scienze Giuridiche » 1948, vol. 2, 1–4, p. 315–352.

¹⁴ D'après la détermination proposée par R.C. van Caenegem, *European Law in the Past and the Future. Unity and Diversity over Two Millennia*, Cambridge 2002, p. 39, 54, 56.

¹⁵ Cf. en part. : H. Coing, *Roman Law as Ius Commune on the Continent*, « The Law Quarterly Review » 1973, vol. 89, p. 506–515, en part. p. 510. Cette thèse est reprise par beaucoup de savants, e.g. : R. Zimmermann, *Das römisch-kanonische 'ius commune' als Grundlage europäischer Rechtseinheit*, « Juristenzeitung » 1992, vol. 1, p. 8–20 ; E.H.J. Schrage, *Utrumque Ius. Über das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit in Vergangenheit und Zukunft*, « Revue Internationale des Droits de l'Antiquité » 1992, vol. 39, p. 383–414 ; R. Knütel, *Rechtseinheit in Europa und römisches Recht*, « Zeitschrift für Europäisches Privatrecht » 1994, Bd. 2, p. 244–276. Parmi les romanistes polonais, cf. e.g. : W. Dajczak, *Prawo rzymskie a rozwój europejskiego prawa prywatnego* [= *Le droit romain et le développement du droit privé européen*], [in :] *Poszukiwanie Europy. Zjazd Gnieźnieński a idea zjednoczonej Europy*, A.W. Mikołajczyk, L. Mrozewicz (dir.), Poznań 2000, p. 42–54, en part. p. 46–48 ; ou M. Kuryłowicz, *Prawo rzymskie jako fundament europejskiej kultury prawnej* [= *Le Droit Romain comme fondement de la culture juridique européenne*], *Zeszyty Prawnicze* [UKSW] 2001, vol. 1, p. 9–25, avec revue des études écrites par les savants polonais. Pour la revue des opinions et la littérature étrangère, cf. aussi mon étude : *Sinusoides of Legal History*, cit. dans la note 3. En revanche, Andrew Borkowski et Paul du Plessis parlent de ce phénomène avec réserve, en soulignant sa diversité suivante par chaque pays : A. Borkowski, P. du Plessis, *Textbook on Roman Law*, Oxford 2005, p. 355 ; dans le même sens aussi : D.J. Osler, *The Fantasy Men*, p. 179 et s. ; et aussi : T. Giaro, *Kilka żywotów*, p. 19 [= *Roman Law*, p. 18]. Cf. enfin : A. Watson, *The Evolution of Law*, Oxford 1985, p. 66 et s., qui montre les formes différentes de « legal transplants », en se concentrant sur ces causes possibles.

¹⁶ Manlio Bellomo (*L'Europa*, p. 53), a nommé ces cas de présence du droit romain dans les soi-disant : « le code de droit romano-germanique » ou « un archipelago di piccole isole nel vasto mare delle consuetudini ». Cf. aussi J. Gaudemet, *Les transferts de droit*, p. 69–70, avec les références à la littérature (les notes 1–3, p. 70).

¹⁷ Cf. e.g. : J. Gaudemet, *Les transferts de droit* (1976), p. 107–108. Comp. F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, p. 169 et s.

¹⁸ Comment ce processus est déterminé par F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, p. 191.

*cio*¹⁹. A cause de cela, c'était ainsi l'éducation du droit romain et la littérature juridique qui dût être commun et identique pendant le Moyen Âge et le temps de l'époque suivante. Néanmoins, comme il était parfaitement prouvé par Douglas J. Osler²⁰, une telle identité fut un mythe pour cette domaine d'éducation²¹, car, en vérité, l'accès aux livres n'était pas si facile et universel comme il semble *primo visu*, partiellement à cause de la distance géographique entre les centres universitaires, et partiellement à cause de la réaction envers l'humanisme juridique et la réformation, laquelle célébrait son triomphe dans beaucoup de pays européens. Combien commune et uniforme était la science du droit en ce temps-là, cela va sans dire que l'on tiendra compte du fait que à la moitié du XVIIIe siècle, le savant hollandais, Gerard Meerman, publia un ouvrage : *Novus Thesaurus juris civilis et canonici*²², dans lequel il a réimprimé les oeuvres des humanistes espagnols et français écrites dans les siècles précédents, les oeuvres lesquelles n'ont jamais (sic!) pénétré aux Pays-Bas – le pays où toutefois fleurissait la science du droit romain appelée *Jurisprudentia elegantior*²³. Bien plus, le savant allemand, Karl Ferdinand Hommel avait fait la même chose dans l'Empire Allemand, en publiant en 1761 une oeuvre : *Litteratura iuris*²⁴, étant, en vérité, une sorte de guide à la littérature juridique précédente, difficile à atteindre en Allemagne – le pays jugé comme tel où le droit romain et la culture commune fleurissaient formellement ainsi que pratiquement. Déjà pour cette raison, il semble impossible d'accepter, et bien certainement non pour toute la période du Moyen Âge et des Temps Modernes ensemble, une idée exprimée,

¹⁹ A propos de la méthode appliquée par les Glossateurs, avec la littérature ultérieure, cf. : plus récemment : H. Lange, *Römisches Recht im Mittelalter*, Bd. 1 : *Die Glossatoren*, München 1997, p. 485 ; et aussi E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale*, vol. 1, Roma 1995, p. 622 ; E.J.H. Schrage, *Utrumque Ius. Eine Einführung in das Studium des Quellen der Mittelalterlichen gelehrten Rechts*, Berlin 1992, p. 137.

²⁰ Cf. ses études : *The Myth of European Legal History*, « Rechtshistorisches Journal » 1997, Bd. 16, p. 393–410 ; et : *The Fantasy Men*, p. 169–192, où Osler a détrôné « the myth of *fax-jurisprudentiae* » de XVI siècle (*The Fantasy Men*, p. 189), en indiquant, entre autres, le centre réel de l'humanisme juridique ainsi que circulation réelle des savants et des oeuvres principales en ce temps-là (*The Myth*, p. 405), en analysant, « the book production and distribution » (*The Fantasy Men*, p. 181), et les problèmes avec sa transmission (*The Fantasy Men*, p. 182, *The Myth*, p. 405).

²¹ Cf. les mots de Douglas J. Osler, *The Fantasy Men*, p. 180, dits avec la moquerie : « This was a pan-European scholarly community, we are told (sic!), unaffected by the barriers of the modern nation state or the Babel of diverse languages which was later to descend upon the continent. Of course, it is true that in these centuries scholars wrote, taught and no doubt thought and dreamt in Latin, and a work in Latin could be read from Groningen to Granada, from Glasgow to Göttingen... but (...) ».

²² *Novus Thesaurus juris civilis et canonici, continens varia et rarissima optimorum interpretum, in primis Hispanorum et Gallorum opera, Tam edita antehac, quam Inedita ...*, Hagae-Comitum, P. de Hondt, 1751–1753, 7 folio. Cf. les remarques de Osler, *The Fantasy Men*, p. 183 : « Why was this [*sc.* la publication de Meerman – mon suppl.] necessary ? Simply because the editions of the many humanist works it includes – all seven massive folio volumes of them, had never reached Netherlands, supposed centre of the *jurisprudentia elegantior*, and even in the mid 18th century copies had to be dispatched to Meerman from Spain to be reprinted ».

²³ Cf. avant tout : D.J. Osler, *Jurisprudentia Elegantior and Duch Elegant School*, « Ius Commune » 1996, vol. 23, p. 339–354 ; et, les ouvrages plus anciens : R. Feenstra, C.J.D. Waal, *Seventeenth-Century Leyden Law Professors and their Influence on the Development of the Civil Law : A Study of Bronchorst, Vinnius and Voet*, Amsterdam 1975, p. 35–44 ; et R. Zimmermann, *Roman-Dutch Jurisprudence and its Contribution to European Private Law*, « Tulane Law Review » 1983, vol. 66, p. 1685–1721. Cf. aussi : R. Feenstra, *Zur Rezeption in den Niederlanden*, [in :] *Studi in memoria di Paolo Koeschaker*, vol. 1, Milano 1954, p. 243, p. 50.

²⁴ *Car. Ferd. Hommelii literatura juris Lipsiae 1761, rééd. Lipsiae 1779.*

entre autres, par Helmuth Coing²⁵, et suivie par plusieurs savants²⁶, à savoir le concept de « unified legal education and legal literature based on Roman & Canon Law »²⁷. Une telle uniformité dans l'éducation et dans la science fut, en réalité, une illusion, et, comme a dit Osler, déjà mentionné, « It is absolutely crucial to keep before eyes is that there is no necessary corollary between a work being written in Latin and its having a pan-European circulation »²⁸.

Cependant, malgré tout, l'on parlait et l'on parle continuellement de l'uniformité juridique pan-européenne, née grâce à la réception du droit romain et l'éducation en droit. Pour montrer une attitude à cette question, manifestée par les juristes dans la passé, il est suffisant de citer l'opinion exprimée par l'un d'eux qui vécut à cette époque, Arthur Duck, le juge et avocat personnel du roi d'Angleterre, Charles Stuart. Alors ce juriste – praticien, en décrivant la position du droit romain dans les 16 pays d'Europe²⁹, a dit : « *Roma (sc. Ius Romanum) omnium Gentium & Terrarum Orbis Domina usa est* »³⁰. Selon cet auteur, l'Europe Occidentale pouvait être appelée « la maison » pour *ius commune* et les autorités qui régnaient dans les pays de l'Europe appliquaient le droit romain sans aucune contrainte, par sa propre volonté, parce que la force de la raison d'un tel droit lui donnait la place au-dessus des tous les droits humaines. Il n'y a pas donc de droit créé par l'homme qui aurait pu être égale au droit romain par rapport à ses valeurs. Il vaut la peine de souligner que Duck n'était pas le seul dans son opinion, car l'on peut trouver

²⁵ Cf. son étude principale sur ce sujet : H. Coing, *Roman Law*, p. 506–515, en part. p. 514–515.

²⁶ Cf. e.g., dans la littérature polonaise : W. Dajczak, *Prawo rzymskie*, p. 46–48, ou M. Kuryłowicz, *Prawo rzymskie*, p. 12.

²⁷ H. Coing, *Roman Law*, p. 514–515, avant tout : p. 515 : « (...) the system of *ius commune* on the continent lasted upon to the eighteenth century and was finally changed only by modern national codifications, especially by the legal ideas of the French Revolution whose outcome on the Continent was the modern national state. Since then, the law on the Continent has been split up into series national systems. Still, one cannot deny the common background all these systems have ».

²⁸ D.J. Osler, *The Fantasy Men*, p. 180–181.

²⁹ Cf. éditions varies : Arthur Duck, *De usu & autoritate juris civilis Romanorum, in dominiis principum Christianorum, libri duo* (Londini 1653 ; Lugduni Batavorum 1654 ; Londini 1689) ; ici cit. d'après l'édition : *De Usu Et Autoritate Juris Civilis Romanorum in Dominiis Principum Christianorum libri duo*, Lipsiae 1686, ainsi, de suite, comme : De Usu. Pour Duck et son ouvrage important, cf. : J. Sondel, *Die Bedeutung des römischen Rechts in Altpolen im Lichte der Ansichten von Arthur Duck*, ZSS RA 1982, Bd. 99, p. 343–356 ; N. Horn, *Römisches Recht als Gemeineuropäisches Recht bei Arthur Duck*, [in :] *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte*, W. Wilhelm (dir.), Frankfurt a. M. 1972, p. 171–180 ; F. J. Andrés Santos, *Ius commune vs common law en el siglo XVII : el caso de Arthur Duck*, « Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña » 2003, vol. 7, p. 63–104. Cet ouvrage fait maintenant l'objet de recherches profondes de Lukasz Marzec (Université Jagellonne, Cracovie) qui a publié plusieurs études à propos de l'oeuvre de Duck, et prépare à présent l'habilitation sur ce sujet. Cf., plus récemment : Ł. Marzec, *Prawo rzymskie jako element tworzący kulturę prawną Europy w świetle poglądów Arthura Ducka* [= *Le droit romain comme facteur formant la culture juridique de l'Europe d'après Arthur Duck*, [in :] *Leges Sapere. Studia i prace dedykowane profesorowi Januszowi Sondlowi w pięćdziesiątą rocznicę pracy naukowej*, Kraków 2008, p. 295–307.

³⁰ De Usu, 2.5.254. Mais cf. aussi les constatations plus précises pour les pays particuliers, à savoir : pour la France : « *Atque ita Ius Romanum factum est Jus Gallicum, ex Consuetudine Galliae que illud recepit ; & ex Consensu regum Galliae, qui ei Athoritatem retribuerunt* » [De Usu, 2.5.257] ; pour l'Espagne : « ... *in Hispania Ius Regium & Ius Romanum in societatem coaluisse & unum idemque Ius habendum esse ...* » [De Usu, 2.6.292] ; et pour l'Italie : « *Roma Republicae Urbae Italiae ... Romanarum Legum Autoritatem adhuc conservant* » [De Usu, 2.3.177] ; ou, enfin, à propos de la situation en Allemagne : « ... *Ius Romanum habere adhuc vim Legis in omnibus Imperii subditis observandum esse, eoque non solum Naturales sed Exteros in Imperio Domicilium habentes ...* » [De Usu, 2.2.167].

des avis pareils, par exemple dans les ouvrages de Hermann Conring³¹ ou tels de Joachim Mysinger³² et beaucoup d'autres juristes – savants de cette époque.

Les constatations comme celles de Duck paraissent plus significatives quand l'on prend en considération aussi son hypothèse à propos du niveau de développement de la culture juridique dans chaque pays, ce n'est seulement qu'une partielle ou totale adoption du droit romain dans l'Europe pendant le Moyen Âge et les Temps Modernes a permis de former la culture juridique propre. Duck a ajouté en même temps qu'il existait une dépendance certaine – une ligne directe entre le niveau de culture juridique nationale et la position du droit romain avec son application dans chaque pays, à savoir que le niveau d'organisation de l'état et le niveau de culture juridique dans chaque pays aurait été plus haut, si le droit romain avait eu une plus grande autorité³³. Naturellement, une telle constatation provoque la question successive, à savoir parmi qui cette autorité dût exister – par une élite du pouvoir, par les intellectuels, ou bien par des gens ordinaire? En citant Alan Watson, un des grands romanistes et comparatistes du XXe siècle, l'on peut dire, que : « A legal system presents different faces to various groups : to elite who make the law, to the educated and sophisticated persons, living under the law, to the poor who suffer under the law, and to the outsiders looking in. To all of these law shows only a profile. »³⁴

Néanmoins, il est bien visible et clair, que l'optique ayant pris par Duck permet d'évaluer de la manière juste et plausible seulement certains aspects de la culture juridique comprise comme produit du pouvoir et de l'intelligence, à savoir : les sphères formelles d'emprunts du droit romain, le niveau des compilations du droit de chaque nation, et le niveau des oeuvres commentatives écrites en relation avec eux, l'organisation et l'efficacité du système judiciaire dans chaque pays, le niveau d'études de droit et le niveau général de la jurisprudence. En revanche, il me semble impossible de dire – d'une telle perspective – quelque chose de certaine à propos de l'internalisation de ce droit par les peuples dans chaque pays de l'Europe. Par conséquent, l'on peut proposer seulement des hypothèses, plus ou moins fortes, à propos de la réception effective du droit romain, par exemple : que selon les hommes du pouvoir ayant pris les certaines décisions concernant le droit, ou selon les savants, ou bien, en précisant, selon les juristes français, espagnols, allemands *etc.*, c'était le droit romain qui fut le droit commun, le droit en vigueur dans les pays de l'Europe. Cependant, comme il a déjà été évoqué, une telle hypothèse ne peut pas être justifiée.

Il me semble ainsi, que pour dire comment cet *ius commune* était commun en vérité ; ou bien, pour dire s'il était un système normatif efficace qui aurait pu dominer les corps des droits traditionnels – nationaux, il faille investiguer, en premier lieu, la pratique judiciaire des tribunaux, ainsi que les documents de – soi-disant – la vie quotidienne, comme les contrats écrits, les actes notariés, et, enfin, les sources non-juridiques, comm les mémoires, les lettres, les notices avec les traces des éléments du droit réellement observé et appliqué. D'une telle perspective, ce n'est cependant qu'une question à propos de l'acculturation

³¹ Cf. Hermann Conring, *De origine juris germanici commentarius historicus*, Helmstadii, Henningi Mulleri, 1643 ; étant, en vérité, la première histoire de la réception progressive du droit romain en Europe Occidentale.

³² Cf. Joachim Mysinger von Frundeck, *Singularis observationum iudicii imperialis camerae centuriae quattuor*, Basel 1576.

³³ De Usu, 2 *passim*. Sur ce concept de Duck, cf. : Ł. Marzec, *Prawo rzymskie*, p. 296–297.

³⁴ A. Watson, *The Spiritual History of the Law*, [in :] *Idem, The Spirit of Roman Law*, Athens & London 1995, p. 33.

juridique³⁵ de l'Europe en rapport avec le droit romain à la fin du Moyen Âge et dans les Temps Modernes. En vérité, l'on ait besoin continuellement de faire des recherches profondes sur ce sujet, en unissant en même temps des méthodes de certaines dogmatiques du droit, de l'histoire, ainsi que de l'anthropologie juridique³⁶, laquelle se réfère, en premier lieu, à la vie sociale du droit. C'est pour cette raison, qu'elle peut être une aide à l'interprétation des documents anciens et à la compréhension des dynamiques certaines dans la création de la règle du droit. Même Hans Kelsen, le juriste et philosophe dévoué à son normativisme juridique, n'a pas pu négliger nullement l'apport sociologique, et il a défini le droit comme phénomène conditionné par des circonstances de temps et de lieu³⁷.

Je me limite quand même à deux remarques, bien qu'il y ait de petites intuitions à propos de cette « romanisation et re-romanisation moderne » susmentionnées³⁸. Premièrement, c'est le fait que la période très longue entre la naissance des états nationaux au XVI^e siècle et l'époque des codifications était marquée d'une part par le développement constant de ce droit commun et les essais de son adaptation, ainsi que par une crise permanente et par la faiblesse de cet *ius commune europaeum*, dont l'application fut très difficile, par la cause de son interprétation qui causait des ambiguïtés³⁹. Il faut ainsi rappeler la critique faite pour la première fois par les partisans de l'humanisme juridique, rejetant la structure du « commentaire médiéval », postulant pour la réforme du droit par la création du code, conformément à l'idée cicéronienne de *iuris in artem redactum*⁴⁰, et parlant de l'inadéquation de *ius utrumque*. Il suffit aussi de mentionner les études des juristes allemands consacrées au *ius commune* mais, en même temps, très fortement influencées par le droit coutumier : celles de David Mevius – par le droit coutumier de Lübeck⁴¹, celles de Samuel Stryk – par le droit

³⁵ Cf. *infra*, les remarques finales de cette étude.

³⁶ Cf., avant tout, les observations de Jean Gaudemet, sur la possibilité de collaboration entre les sciences historiques, sociologiques et la « science » du droit : J. Gaudemet, *Sociologie historique du droit*, Paris 2000, p. 1–7, et, en part. son étude réimpr. là : *L'histoire, champ d'expérience des sciences sociales*, [in :] *Sociologie*, p. 11–20, où ce romaniste éminent, a proposé un double élargissement dans les sciences historiques, en part. pour l'histoire du droit, à savoir : élargissement du champ d'investigation et élargissement des moyens de connaissance. Cf. aussi : A.-J. Arnaud, J. Fariñas Dulce, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Bruxelles 1998, p. 1–29 et *passim*.

³⁷ Cf. ses études : *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, Tübingen 1911, p. 64 (réimpr.) ; et : *Eine Grundlegung der Rechtssoziologie*, « Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik » 1915, Bd. 39, p. 839–876, en part. 843 ; comp. aussi : *Idem, Die Rechtswissenschaft als Norm- und als Kulturwissenschaft. Eine methodenkritische Untersuchung*, « Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche » 1916, Bd. 40, p. 1181–1239.

³⁸ Mais, cf. aussi mes études : *Simusoide of Legal History* (cit. dans la note 3) et : '... *connectiones inter iura variorum observamus ...* ' *En recherchant l'explication de la notion d'« acculturation juridique »*, mentionné dans la note 1 (à paraître).

³⁹ Cf. A. Gouron, *Le déclin du droit commun*, « Law in History » 2000, vol. 1, p. 7 et s.

⁴⁰ Cf. D.J. Osler, *Baudaeus and Roman Law*, « Ius commune » 1985, vol. 13, p. 195–212, en part. p. 206, 211. Sur le trend systématique dans la jurisprudence d'humanisme, cf. avant tout : G. Kisch, *Studien zur humanistischen Jurisprudenz*, Berlin 1972, p. 18 et s.

⁴¹ Cf. son oeuvre : *Francfurti et Lipsiae : Sumptibus Johannis Conradi Wohleri : Bibliopolae Ulmensis MDCCXLIV* ; ici d'après l'éd. : *Commentarii in jus Lubecense libri quinque : ad explicationem ejusdem solidam, pro docenda vera statutorum ratione, exponendis eorum recessibus et informando fori usu, ante aliquot annos conscripti, nunc ex quibusdam notis, observationibus et additionibus multo auctiores, adjectis etiam quibusdam super controversiis istius juris responsis secunda editione in lucem emissi ; a Davide Mevio. 4a ed. in lucem emissi. Francfurti [etc.] : sumptibus Joachimi Wildii [etc.]*, 1700.

saxon⁴², et celles de Ulrich Huber – par le droit de Frise⁴³. Dans de tels ouvrages, une importance particulière fut faite sur l'exposition et aussi l'estimation du droit indigène, comme facteur identifiant la communauté propre et séparée. C'est le fait signifiant, car il est très bien connu que la « Rezeption » en Reich est reconnu comme très célèbre et fut symbolisé par la création en 1495 du Reichskammergericht, le tribunal qui fut autorisé à appliquer le droit romain. Ce dernier signifie, en vérité, la réception de ce droit comme source formelle du droit de l'Empire Allemand.

Déjà pour cette raison, l'opinion, du phénomène de la réception dans ce pays, ainsi que dans les autres pays, a eu des causes et des effets complexes, qui semblent bien justifiés. Bien évidemment, pour l'Empire Allemand la cause la plus importante était le fait que *ius commune* symbolisait à travers la fiction de la continuité de l'Empire romain d'Occident (*translatio imperii*), l'universalité du pouvoir de l'empereur germanique (*Roman gubernans imperium*) mais, en même temps, c'était aussi la cause de la réfutation du droit romain en Pologne des temps nobiliaires, parce que le roi et les nobles ne pouvaient pas accepter la domination de l'empereur germanique⁴⁴. Ici, l'allusion politique était transparente. Bien plus, c'était aussi la situation d'autres pays d'Europe Centrale, lesquels, en ayant subi l'influence du droit romain, ne reconnurent sont droit supplétoire directement.

D'autre part, il faut également souligner une autre chose à propos de cette réception, à savoir la réciprocité entre *ius commune* et *iura propria*, comme, par exemple, le droit de la Saxe ou tel de Lübeck susmentionnés. Par exemple, le Code criminel de l'empereur Charles V de 1532, vulgairement appelé « la Caroline », est jugé comme « mélange nécessaire du droit savant et de traditions nationales »⁴⁵, car, en raison de l'absence d'unification politique et du fait d'une carence institutionnelle en Allemagne, il y existait plusieurs droits locaux et la jurisprudence allemande était incapable d'opérer une synthèse entre les apports savants et la « substance nationale ».

⁴² Cf. *D. Justiniani Sacratissimi Principis, Institutionum. Libri Quatuor in gratiam cupidae Legum Iuventutis notis maxime necessariis explanati a Io. Samuele Strykio*, Halae Magdeburgicae, Zeitler 1698, p. 671 (rééd. plusieurs fois) ; et aussi : *Idem, De iure Lubecensi ad methodum institutionum* 1674.

⁴³ Cf. *Ulrici Huberi ... Positiones juris, secundum Institutiones & Pandectas : ad primordia disciplinae usumque seculi adtemperatae. Edition sexta, multis locis aucta, emendata & recognita a Zacharia Huber, Ulr. Fil.*, Apud Franciscum l'Honoré, Amstelaedam 1733, p. 752. La première éd. de 1685 : *Ulrici Huberi ... Positiones juris, secundum Institutiones & Pandectas*.

⁴⁴ Cf. avant tout les études concernant « la réception » du droit romain en Pologne en périodes certaines d'histoire, de : A. Vetulani, *Les entraves à la pénétration du droit romain dans le droit polonais médiéval*, [in :] *Miscellanea in honorem Raymundi Bidagor*, vol. 1, Roma 1972, p. 53–68 ; J. Sondel, *Zur Bedeutung des römischen Rechts in Polen in der Regierungszeit des Kasimirs des Grossen*, [in :] *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, vol. IV, Milano 1983, p. 691–714 ; *Idem, Il ruolo del latino nella penetrazione del diritto romano in Polonia. I problemi delle contemporanee traduzioni di termini giuridici*, [in :] *Atti del Convegno Internazionale : Il latino del diritto* (Perugia 8–10 ottobre 1992), Roma 1994, p. 353–360 ; K. Bukowska, *Das römische Recht in der Gerichtspraxis des XVI–XVII Jahrhunderts in Polen*, [in :] *Einzelne Probleme der Rechtsgeschichte und des römischen Rechts : Referate der Internationalen Arbeitskonferenz für Rechtsgeschichte und Römisches Recht* (Szeged 18–20. Sept. 1969), « Acta Universitatis de Attila József Nominatae : Acta Iuridica et Politica » 1970, vol. 17, p. 15–25, en part. p. 19–20.

⁴⁵ D'après : C. Degandt, *Justice allemande et unification* (Thèse en histoire du droit, Lille, 1996 : Centre d'Histoire Judiciaire, laboratoire d'accueil). Référence : 96LIL20008 de l'Atelier National de Reproduction des Thèses <http://www.anrtheses.com.fr/>, 17.02.2010.

En revanche, la France⁴⁶ fut aussi un des pays européens marqué par la renaissance du droit romain, une telle renaissance qui avait certains caractères. C'était la renaissance savante fondée sur l'étude des textes, mais, en même temps, associée au pouvoir politique. Elle correspondait au besoin de l'Etat par la forme par excellence de toute association politique et de la loi d'expression habituelle de l'autorité étatique. Il faut pourtant souligner que l'on peut trouver hostilité initiale du pouvoir royal au droit romain. Il suffit de mentionner la bulle *Super specula* de 1219, qui proscrit l'enseignement du droit romain à Paris et les lieux circonvoisins, demandée par Philippe Auguste au pape, afin de s'opposer aux visées supposées de l'empire germanique. D'autre part, les connaisseurs français du droit romain, ceux que l'on appelait les « legistes », deviennent les auxiliaires du roi et les instruments efficaces de la construction d'un pouvoir central fort. Nombre d'entre eux, professeurs de Toulouse, Montpellier, Orléans, entrent à la cour du roi autour de Saint Louis, de Philippe III et surtout de Philippe IV le Bel. Sur les bases des textes antiques ils y développent les thèses de l'indépendance et de la souveraineté monarchique. Il faut pourtant souligner que ce fut seulement l'utilisation systématique du droit romain au profit exclusif du roi en opposition à l'autorité impériale. Il s'agissait, évidemment, des idées que le monarque « ne doit tenir de personne », non seulement dans l'ordre interne, où sa qualité suprême de suzerain l'a définitivement placé au sommet de la hiérarchie féodale, sur la scène internationale, où sa souveraineté naissante l'émancipa progressivement de l'autorité impériale. La formule qui apparaît vers 1250, en relation avec les sources romaines (D. 1.3.31, D. 1.4.1), « le roi est empereur en son royaume », c'était le point d'aboutissement et le point de départ d'une nouvelle dynamique – le dynamisme de la construction étatique autour de la notion de *maiestas*⁴⁷. Mais, cela ne fit rien dans le cadre d'internalisation du droit romain, d'autant plus que la source dominante du droit français à cette époque, fût la coutume, laquelle répondait bien – par sa souplesse et sa plasticité – aux besoins d'une société en sa pleine évolution. Il faut aussi souligner que l'autorité monarchique fut seulement confiée dans un rôle purement conservateur de gardien des coutumes selon la formule « le roi est empereur dans son royaume, mais est tenu à garder et faire garder les coutumes ». La formalisation par écrit et ensuite la rédaction officielle des coutumes⁴⁸, laquelle se concrétisa avec l'ordonnance royale de Montils-lès-Tours de 1454, qui déboucha pendant XVI^e siècle, renforça le rôle de la coutume. Il semble donc qu'il faut parler plutôt du droit coutumier commun en France, que du « droit commun européen dans le continent », et que la tendance générale à l'actualisation observée de

⁴⁶ Sur l'histoire du droit coutumier et droit savant en France, avec la perspective européenne, cf., e.g. B. Basderant-Gaudemet, J. Gaudemet, *Introduction historique au droit XIII^e – XX^e siècle*, Paris 2000, p. 19 et s., 95 et s., 144 et s., 201 et s. ; et aussi – pour une riche bibliographie : J. Gilissen, *La Coutume. Typologie des sources du Moyen Âge occidental*, Brepols 1982, p. 122.

⁴⁷ Cette expression apparaît pour la première fois dans le Traité de Jean de Blanot. Cf. avant tout : R. Feenstra, *Jean de Blanot et la formule 'Rex Franciae in regno suo princeps est'*, [in :] *Etudes d'histoire du droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras*, vol. 2, Paris 1965, p. 885–895 ; cf aussi : B. Basderant-Gaudemet, J. Gaudemet, *Introduction historique*, p. 202 et s.

⁴⁸ Sur ce processus cf. les remarques de B. Basderant-Gaudemet, J. Gaudemet, *Introduction historique*, p. 259 et s. ; J. Gaudemet, *Les transferts*, p. 106–108, avec les références à la littérature. Cf. aussi une étude de même auteur : *Les tendances à l'unification du droit en France dans les derniers siècles de l'Ancien Régime*, [in :] *La formazione storica del diritto moderno in Europa. Atti del 3^e Congrès International della Società italiana di storia del diritto*, vol. 1, Firenze 1977, p. 169–172.

XVI^e siècle ne signifiait pas la réformation des coutumes, mais l'élaboration d'un droit coutumier commun.

En face de cette attitude, on peut trouver des oppositions vives qui sont venues de praticiens du droit, parfois aussi des utilisateurs eux-même. Elles trouvèrent leur expression dans une forme très particulière, à savoir des clauses dites « de renonciation » figurées dans des actes juridiques. Ces clauses déclarent écarter l'appel au droit romain⁴⁹. Selon l'opinion des historiens du droit qui s'en s'occupent⁵⁰, l'on a pu y voir une réaction populaire à l'égard d'un droit tenu pour « trop savant ». Autrement dit, c'est, en vérité, un exemple du rejet du droit savant comme droit étranger, malgré sa supériorité technique, laquelle fut évidente en confrontation avec les usages ancestraux.

La deuxième remarque – il faudrait la formuler comme il suit : il est très intéressant et signifiant que dès le XVII^e siècle, un nouveau type de littérature juridique apparut, c'est-à-dire une oeuvre qui montrait quelles parties du *Corpus Iuris Civilis* de Justinien ne pouvaient pas être appliquées dans la pratique contemporaine⁵¹. L'oeuvre de Simon Groenewegen van der Made : *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus*⁵² est la plus connue parmi eux, mais l'on peut montrer de tels ouvrages en France, en Allemagne, en Autriche *etc.*, par exemple : *Legum in omnibus Galliae praetoriis abrogatarum libri tres*, l'ouvrage écrit par Philiberto Bugnonio⁵³, qui en vérité est connu par Groenewegen van der Made, qui, selon l'opinion certaine⁵⁴, a tiré une grande partie de cette oeuvre et utilisé dans son traité ; ou *Con-et discordantia iuris consuetudinarii Austriaci supra Anasum cum iure communi in quattuor institu-*

⁴⁹ Cf., e.g. P. Ourliac, *Note sur les actes rouergats du XIII^e siècle*, [in :] *Recueil des Mémoires et travaux de la Société d'Histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit*, vol. 4, 1967, p. 13–16, qui note que dans les actes en langue vulgaire de la région de Rouergue, le droit romain n'apparaît que vers 1210 et encore pour être rejeté. En revanche, les actes en latin de cette région sont marqués par le droit romain jusqu'à un certain point.

⁵⁰ Cf., comme premier : Éd. Meynial, *Les renonciations au Moyen Âge et dans notre ancien droit*, « Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Étranger de 1900 à 1904 » (une série d'articles : 1900, p. 108–142 ; 1901, p. 243–277 et 657–697 ; 1902, p. 49–78 et 649–670 ; 1904, p. 698–746) ; *Idem*, *Remarques sur la réaction populaire contre l'invasion du droit romain en France aux XIII^e et XIII^e siècles*, [in :] *Mélanges Chabaneau*, Erlangen 1907, p. 557–584 ; et puis : J. Gilissen, *L'apparition des renonciations aux exceptions du droit romain dans le droit flamand au XIII^e siècle*, « Revue Internationale des droits de l'Antiquité » 1950, vol. 3–4, p. 513–555 ; J. Gay, *Les clauses de renonciation au XIII^e siècle dans la partie méridionale du comté de Bourgogne*, « Mémoires de la Société pour l'Histoire du Droit des Anciens Pays Bourguignons » 1960, vol. 21, p. 63–90 ; F. Vercauteren, *Note sur l'apparition des renonciations aux exceptions du droit romain dans les principautés belges au XIII^e siècle*, [in :] *Études historiques à la mémoire de Noël Didier*, Grenoble 1960, p. 325–340 ; J. Gaudemet, *Le temps*, p. 71 ; *Idem*, *Les transferts*, p. 101. Cf. aussi : G. Lepointe, *Droit Romain et Ancien Droit Français. Régimes matrimoniaux, Libéralités, Successions*, Paris 1958, p. 508, *passim*, avec les exemples de différences entre règles romaines et coutumières.

⁵¹ Ce fait historique est souligné récemment par David J. Ibbetson. Cf. son étude : *A Reply to Professor Zimmermann*, [in :] *The Europeanisation of Law*, T.G. Watkin (ed.), Oxford 1998, p. 232 et s. Cf. aussi : T. Giario, *Alt- und Neueuropa, Rezeptionen und Transfers*, [in :] *Rechtskulturen des modernen Osteuropa. Modernisierung durch Transfer zwischen den Weltkriegen*, T. Giario (Hrsg.), Frankfurt a.M. 2007, p. 293 ; *Idem*, *Kilka żywotów*, p. 20 [= *Roman Law*, p. 19].

⁵² Lugduni-Batavorum (Leiden), Apud Franciscum Moyardum et Davidem Lopez De Haro, 1649, p. 886.

⁵³ Lugduni 1574.

⁵⁴ Cf. Charles Chais, Elie de Joncourt, *Bibliothèque des sciences et des beaux arts pour les mois de Janvier, Février, Mars MDCCLXII. Tome dix-septième ; première partie*. A la hache chez Pierre Gosse Junior et Daniel Pinet Libraires de S.A.S., 1762 : La littérature du droit, par Mr. Hommel &c., p. 68–88, en part. p. 74.

tionum libris remonstrata écrit par Johann Weingärtler⁵⁵. De même, les ouvrages susmentionnés ayant pour but d'exposer en premier lieu les institutions du droit national⁵⁶, pourraient prouver l'importance des droits nationaux – *iura propria*⁵⁷. Dans cette liste on peut placer aussi *Aurei iuris austriaci tractatus* de Bernhard Walther⁵⁸, laquelle, en se matérialisant dans la série de traits concernant le droit autrichien, fut la première description de ce droit. Pour le droit de la France il faut mentionner, tout d'abord *Institution au droit français*⁵⁹, l'ouvrage de Gabriel Argou, l'avocat du Parlement, lequel fut publié anonymement pour la première fois en 1692, et ensuite était attribué par erreur à Claude Fleury ; ou : *Antitribonianus* de François Hotman⁶⁰, l'oeuvre, dont les chapitres 4–9 semblent avoir pour seul but de montrer comment le droit français se diffère du droit romain⁶¹. Pour le droit de Bavière, l'on peut indiquer : *Institutiones juris Romano-Bavarici electoralis* de 1644, le *tractatus* écrit par Sebastian Khraisser⁶². Aussi le traité *Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleertheit* de Hugo Grotius⁶³, écrit entre 1619 et 1621 et imprimé en 1631, peut être considéré comme un de ces ouvrages, car, même si le juriste, en présentant le droit hollandaise, respectait le droit romain, il a mis l'accent principal sur l'institutions du droit national⁶⁴.

De même, il est très frappant que dès certains moment ce fut très populaire parmi des savants du passé de montrer – dans le cadre de la *disputatio inauguralis* faite *pro doctorato* – les différences entre le droit romain-commun et le droit national propre, en confrontant des formes et des règles de deux systèmes légaux caractéristiques pour les institutions singulières du droit privé. Seulement comme exemples, on peut évoquer les *disputationes* faites dans l'Université de Utrecht⁶⁵ : *Disputatio juridica inauguralis de differentiis juris Romani et Iurici* faite par Johannes Meinhardus Witte (1723) ; *Disputatio juridica inauguralis de differentiis jus inter antiquum, novum & hodiernum circa actio-*

⁵⁵ Norimberga 1674, p. 315.

⁵⁶ Plus sur ce sujet, cf., avant tout : K. Luig, *The Institutes of National Law in the Seventeenth and Eighteenth Centuries*, «Juridical Review» 1972, vol. 17, p. 193–226 ; et aussi : A. Watson, *The Impact of Justinian's Institutes on Academic Treatises : The Civil Law*, [in :] *Idem, Roman Law...*, p. 147–165.

⁵⁷ Sur le problème de la relation entre *ius commune* et *iura propria*, cf., e.g. P. Stein, *Roman Law*, p. 61–67 ; M. Bellomo, *L'Europa*, p. 91–124, 163–171.

⁵⁸ Publié pour la première fois en 1716 comme *appendix* de *Consuetudines austriacae* de J.B. Suttinger. Cf. : M. Rintelen (Hrsg. und Eingel.) : *Bernhard Walther : Privatrechtliche Traktate aus dem 16. Jahrhundert, vornehmlich agrarrechtlichen, lehen- und erbrechtlichen Inhalts*, Leipzig 1937, p. 60, 231, et *passim*.

⁵⁹ G. Argou, *Institution au droit français*, par Claude Fleury, publiée par Edouard Laboulaye et Rodolphe Dareste, vols. 1–2, Paris, A. Durand, 1858.

⁶⁰ Francisci Hotmani JC., *Antitribonianus, sive, Dissertatio de studio legum. Praemittitur Christiani Thomasiai (...) Delineatio historiae juris Romani & Germanici, subijuncta in fine accuratiori formatione status controversiae circa quaestionem de usu moderno juris Romani in Germania*, 1704, Apud Haeredes Joh. Grossii (Lipsiae).

⁶¹ Comp. avec : A. Watson, *The Impact*, p. 157.

⁶² *Institutiones juris Romano-Bavarici electoralis, hoc est, Tractatus in quatuor Institutionum Imperialium libros, concordantias & differentias electoralis juris Bavarici continens*, auctore Sebastiano Khraissero, impr. 1644 Impensis Iohannis Weh, bibliopolae excudebat Iohannes Praetorius (Augustae Vindelicorum), p. [16], 357, [37].

⁶³ H. Grotius, *Inleiding tot de Hollandsche rechts-geleertheit*, Hague, wed. H.I. v. Wou, 1631, p. 186.

⁶⁴ Comp. A. Watson, *The Impact*, p. 152.

⁶⁵ J'ai obtenu l'accès aux vieux imprimés pendant le séjour de recherche à l'Université d'Utrecht, dans le cadre du projet de recherche financé par le Ministère de l'Éducation en Pologne. Mais, cf. aussi : *Digitaal Album Promotorum* : <http://dap.library.uu.nl/>, 17.02.2010.

nis editionem, litis contestationem & libelli emendationem atque mutationem faite par Jan Willem van Hoogstraten (1746) ; *Specimen juridicum inaugurale, de differentiis quibusdam, quae intercedunt jus Romanum inter et Belgicum, quoad testamenti factionem* fait par Nicolaas Sinderam (1788) ; *Dissertatio juridica inauguralis de Quibusdam juris Romani et Belgici differentiis ratione portionis legitimae* faite par Cornelis Maria van Hengst (1794) ; *Disputatio juridica inauguralis de differentia juris Romani et Hollandici in cura pupillorum* faite par Marinus Geene (1810) ; *Dissertatio juridica inauguralis de differentiis juris Romani et hodierni, in collatione bonorum* faite par Jacobus Casparus Verkade (1820) etc. ; ou similaires *dissertationes inaugurales* de l'Université de Freiburg⁶⁶ : *Differentia[e] iuris Romani et Germanici : in Attiliana tutela* (1713) ; *Differentias iuris feudalis commvnis atque Lvsatici* (1714) *Differentia[e] iuris Romani et Germanici in successione coniugum et dissortium liberorum* (1714) ; *Differentias iuris Romani & Germanici in Mvtvo* (1715) ; *Dissertatione inavgvrali differentias ivris Romani & Germanici in re militari* (1721) ; *Differentia[e] iuris Romani et Germanici de senatoribus et consulibus* (1721) ; *Differentia[e] iuris communis et Saxonici in simultanea investitura* (1722) ; *Differentiae iuris Romani et Germanici in hagenstolziatu, exule in Germania : Latii partu l[egis] Iuliae et Papiae Poppaeae* (1727) ; *Differentias iuris Romani & Germanici In Opifice Exvle In Pagis* (1724) etc. Ce sont des preuves pour le paradoxe certain, car il semblait que la validité du droit romain comme droit commun fut, ou, tout au moins, présumé dans chacun des pays mentionnés.

En prenant en considération tout cela, on peut justement parler des difficultés d'imposer une règle, si grande lorsqu'elle vient d'un système étranger. Autrement dit, ce sont des exemples pour les règles non appliquées parce qu'elles se sont heurtées à une trop forte résistance de la pratique, des moeurs, des usages locaux, de l'opinion. Tout cette décadence d'un système juridique commun, était en même temps l'annonce d'un régime nouveau.

Comme l'on peut lire dans les ouvrages comme plusieurs « Histoires du droit privé de l'Europe Occidentale », « la vie deuxième » du droit romain prend fin avec les codifications nationales du XIXe siècle⁶⁷, en précisant : le Code Civil français et – dans une moindre mesure – *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, autrichien *ABGB*. La raison de cette fin était bien évidente : *Corpus Iuris Civilis* était devenue impropre pour les exigences des temps modernes et pour les besoins des états nationaux. Parmi des opinions de savants, on peut relever les constatations que la dévastation de l'Europe acculturée juridiquement était un autre effet de telles codifications, malgré qu'elles restent fidèles à la tradition romaine⁶⁸. Néanmoins, il est douteux que, en paraphrasant des mots

⁶⁶ Cf. *Album Promotorum*, <http://www.ub.uni-freiburg.de/xopac>, 17.02.2010.

⁶⁷ Cf. A. Watson, *Roman law*, p. 92.

⁶⁸ C'est bien connu que la tradition romaine et la culture juridique traditionnelle furent suivies dans pays certains. Aussi l'idée du « code du droit romain » fut rappelée encore une fois et elle fut influencée sur la pensée des quelques savants dans l'Europe. La discussion – ou bien la bataille – pour le droit romain en Allemagne, parmi les partisans du germanisme et romanisme peut servir comme très bon exemple de cette tendance. Comment évaluer ainsi les idées, comme celles de Gustav Ritter von Hugo ou Friedrich Carl von Savigny, qui avaient voulu créer pour Allemagne quelque chose pareille de codes des Français ou Autrichiens, en utilisant pour ce but le droit romain d'époque classique, toujours chaotique, désordonné et incohérent – comme chaque système casuistique? Est-ce que c'était la réception suivante, ou bien « acculturation de la pensée juridique allemande », laquelle, à cause des impacts du code civil allemand influencée ensuite les

de Douglas J. Osler, dit avec scepticisme : ce « *ius commune* a law common to all of Europe, written in the *lingua franca* accessible to all scholars, Latin »⁶⁹, et cette culture unitaire ait vraiment existé une fois, à un tel degré, comme le voudraient certains enthousiastes de « la romanistique et la romanisation ». Tandis que l'on parle de l'existence « en bloc » d'un modèle normatif monolithique, il semble que l'Europe ait connu plus d'importantes fragmentations de droits essentiellement coutumiers, que l'adoption d'un droit romain commun. De plus, cette culture juridique européenne commune était seulement un savoir juridique, d'essence romaine, mais aussi canonique et très souvent national, lequel s'enseignait dans les universités. Bien sûr, le droit commun formait l'esprit de ces juristes qui allaient devenir des juges, des avocats, des notaires, des conseillers juridiques, et aussi les agents de divers pouvoirs politiques. Mais, en même temps, ce furent aussi ces mêmes juristes qui se retrouvaient dans la réalité de la myriade de systèmes juridiques, territoriaux, seigneuriaux, urbains, professionnels, impériaux, princiers et ecclésiastiques, entre lesquels il fallut parfois organiser un système de conciliation⁷⁰. Au Moyen-Âge et au Temps Modernes, les juristes furent intellectuellement formés aux concepts de droit romain, mais en vérité, le droit appliqué eût un caractère coutumier et national. Pour les juristes de ce temps-là, étant des représentants d'états nationaux, que, *per definitionem*, signifia par systèmes juridiques nationaux, le droit romain dans *Corpus Iuris Civilis* de Justinien, constituait seulement l'autorité persuasive⁷¹, sans la force obligatoire des lois en vigueur.

* * *

Homines id, quod volunt, credunt – a dit Julius Ceasar, l'homme d'Antiquité ayant, sans aucun doute, un horizon vaste⁷². Les mythes étaient et sont toujours nécessaires. Et, bien sûr qu'ils seront. A présent, quand l'on parle encore et toujours du « nominatif commun », on cherche les points et les plans communs de l'entente, un intérêt particulier pour la question concernant le *ius commune* comme droit propre à l'ensemble de l'Europe Occidentale et Centrale, même si la question de l'existence d'une identité européenne et les valeurs qui la fonderaient, viennent avec une actualité réelle et présente. Soit que c'est seulement la volonté d'instrumentalisation des sentiments pour l'héritage commun ou la nostalgie d'un passé révolu. Néanmoins, en acceptant l'idée de Giorgio del Vecchio⁷³,

savants dans les autres pays, d'énumérer seulement la Pologne, la Bohême, la Croatie, le Hongrie, mais aussi la Russie, la Serbie, la Bulgarie, la Roumanie, la Grèce, où l'on peut trouver ensuite les traces de concepts allemands? Ou bien – peut-être – le mouvement certain vers le droit romain ancien réinterprété en système du droit moderne « maintenant et ici ». Je pense cependant que c'est un exemple très particulier, parce qu'il s'opérait au niveau doctrinal, encore pas forcément normatif. Les besoins des juristes allemands de XIXe siècle « d'enraciner » les institutions du droit moderne avaient causé les tendances de chercher ces racines pour le droit, pour les concepts, pour la tradition et culture juridique dans le droit ancien. Autrement dit : il s'agissait de chercher la nouvelle vérité juridique.

⁶⁹ D.J. Osler, *The Fantasy Man*, p. 180.

⁷⁰ Une telle conciliation en effet a produit ce qu'on appelle le droit international privé.

⁷¹ Comp. D.J. Osler, *The Myth*, p. 404–405 ; *Idem*, *The Fantasy Men*, p. 183 et s., 185 et s. ; et aussi : T. Giaro, *Kilka żywotów*, p. 19 [= *Roman Law*, p. 18.].

⁷² Cf. Caes. *B. Gall.* 3.18.6.

⁷³ Cf. ses études : *La communicabilité du droit et les doctrines de B.G. Vico*, [in :] *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, vol. II, Paris 1938, p. 591 et : *L'unité*

regardante la prédestination de certains systèmes dont la transmission est aisée, grâce à leur communicativité interne et à leur logique interne, il faut, peut-être, en même temps demander : de quel côté faut-il juger un tel épisode d'« exportations » du matériel juridique romain en Europe, de même que dans d'autres parties du monde, épisode ayant toutefois leur place dans l'histoire du droit ? Peut-on vraiment parler justement ici de la réception et de la culture commune comme produit venant d'elle ? Il est peut-être, mieux de nommer ce phénomène de l'existence du droit romain dans l'Europe médiévale et moderne en tant qu'« influence », ou « assimilation » intellectuelle de la culture juridique européenne ; ou bien – peut-être – « d'acculturation » juridique de l'Europe dans l'esprit romain par les juristes formés au droit romain⁷⁴. Bien évidemment, une telle évaluation dépend de la compréhension de la notion d'acculturation⁷⁵, laquelle peut être expliquée soit comme l'introduction et l'acceptation du droit étranger positif, soit comme l'introduction et l'acceptation d'une culture juridique étrangère, laquelle est composée de normes du droit positif avec toutes les méthodes pour légiférer, de même qu'elle est composée de la pratique de l'application du droit (soi-disant « law in action »), de la pensée juridique, des idées doctrinales, et enfin, de l'attitude sociale envers le droit et le niveau de son acceptation et internalisation lesquels dépendent très souvent du niveau d'éducation en droit⁷⁶. Alors, si l'on dit que l'acculturation juridique est une introduction et une internalisation d'éléments d'une culture juridique étrangère par un groupe social particulier, il est possible de se demander, un peu métaphoriquement, par rapport à la réalité des temps de la colonisation et décolonisation où la notion d'acculturation juridique fonctionne par excellence naturellement⁷⁷ : Si les juristes formés au droit romain

de l'esprit humain comme base de la comparaison juridique, « Rivista Italiana per Scienze Giuridiche » 1950, vol. 2, p. 686–696, en part. p. 688.

⁷⁴ Comp. : H. Lévy-Bruhl, *Note sur les contacts entre les systèmes juridiques*, [in :] *EOS. Symbolae Raphaeli Taubenschlag dedicatae*, vol. XLVIII, fasc. 1, Vratislaviae–Varsaviae 1956, *Note*, p. 30–31 ; et aussi : J. Gaudemet, *Les transferts de droit* (1976), p. 29–59 [= *Sociologie*, p. 91–119].

⁷⁵ Cf. mes études avec une proposition de la compréhension de ce terme, et les références à la littérature : *Imperium Romanum et '... connectiones'* (cit. dans la note n. 1 *supra*).

⁷⁶ D'après : E. Borkowska-Bagińska, *Prawo rzymskie*, p. 13–14. Cette historienne du droit a évoqué la conception de la culture juridique, élaborée pour la littérature scientifique polonaise, par : Z. Ziemiński : *Socjologia prawa jako nauka prawna* [= *Sociologie du droit comme science juridique*], Warszawa 1975 ; et par : S. Russocki, *Wokół pojęcia kultury prawnej* [= *Autour de la notion de culture juridique*], « Przegląd Humanistyczny » 1986, vol. 11–12. Voir aussi : M. Borucka-Arctowa, *Kultura prawna na tle myśli filozoficznej i społecznej o kulturze* [= *La culture juridique et la pensée philosophale et sociale de la culture*], « Studia Prawnicze » 2002, z. 1, p. 14 et s. Cf. aussi : E. Borkowska-Bagińska, *O pożytkach badań nad kulturą prawną* [= *A propos des profits des recherches sur la culture juridique*] [in :] *Przez tysiąclecia : państwo – prawo – jednostka*, vol. III, dir. A. Lityński, M. Mikołajczyk, Katowice 2001, p. 30–32.

⁷⁷ Il vaut la peine de mentionner que, au départ, le terme d'acculturation était né en réaction à la vision d'une civilisation occidentale supérieure, et, en général est resté tributaire des expériences des transferts du droit des colonisateurs dans les colonies, pays de protectorat ou pays sous mandat au XIXe et XXe siècle, et puis, de la décolonisation. Aujourd'hui pourtant, on peut trouver cette notion dans le discours concernant une adaptation des éléments de la culture juridique *sensu largo* d'une certaine société par une autre communauté, fréquemment en conséquence des différences dans le développement de l'organisation étatique ou juridique. En utilisant cette notion, décrivant, sans aucune doute, une certaine tendance ou bien un processus à caractère sociologique, on explique aussi les problèmes avec les immigrants, les politiques intégrales et les droits des minorités, de même qu'on analyse les effets provoqués par le phénomène d'acculturation juridique, comme l'assimilation, l'intégration, le syncrétisme, la disjonction, ainsi que l'isolation. Bien plus, comme un autre résultat provoquant un plein de tension et de conflits, on peut mentionner la discordance culturelle particulière

ont colonisé intellectuellement la culture juridique européenne et par suite de cela, également la pensée juridique ? De plus, pour cette période le problème de pénétration et d'interpénétration des normes et concepts juridiques visant à l'acculturation juridique peut être étudié de différents points de vue : d'une part on peut mettre en avant la question de la réception du droit romain et la science européenne acculturée – *communis opinio doctorum*, mais d'autre part on peut se demander si le droit local n'a pas de son côté réagi sur le développement de ce droit savant, itératif et quelquefois profondément réinterprété, en prouvant son incapacité d'assurer uniformité, certitude et identité culturelle de l'Europe « juridiquement romanisée ». D'après Alan Watson, déjà mentionné, on peut dire, que : « The story of that 'Reception', that is the assimilation of the learned Roman law as taught at universities into the law of the individual territories of Western Europe is complex and as yet not fully understood »⁷⁸. Alors, selon moi, seule l'étude de la réalité sociale – à côté de l'étude des institutions et des structures juridiques, à les mêmes idées et des doctrines – laquelle, de plus, prend une double perspective : verticale et horizontale, puisse montrer l'observation de la règle, les déviations de la règle, des résistances mises à son application, de son inobservation. En vérité, il s'agirait donc de l'étude de la création de nouvelles règles légales, en usant les mots de Jean Gaudemet : la création coutumière du droit⁷⁹.

Communis Opinio Doctorum as ius commune universale?
Reflection on the Idea of Common Legal Culture of Medieval
and Modern Europe

Summary

The aim of the study is to present and revise critically one of the well known concepts used to explain the march of the Roman law through the history, starting from the Justinian's Compilation, *i.e.* the idea of common legal culture as an outcome of the Reception, named by some as "the second life of Roman Law" (P. Vinogradoff), and by some as "the resurrection of Roman Law" (J.A.C. Thomas).

It must be emphasized that these attitude does not necessarily mean the negation of the concept of continuity of human history as a whole, emphasized, *inter alia*, by Franz Wieacker, and in particular – a continuity in legal development. It is only an attempt to show some aspects of the history of Europe as a space and a community, shaped by many traditions including the legal one. This legal tradition is "traditionally" bound up with successive interpretation and reinterpretation of one of the most impor-

résultant de la coexistence disharmonieuse des éléments appartenant à des aires culturelles différentes. Cf., *e.g.* : N. Wachtel, *L'acculturation*, [in :] *Faire de l'histoire* : vol. I : *Nouveaux problèmes*, J. Le Goff, P. Nor (dir.), Paris 1974, p. 124–146, en part. p. 124, 132 et s., qui a souligné l'anachronisme dans la compréhension traditionnelle, un peu « primitive » de la notion d'acculturation.

⁷⁸ A. Watson, *Roman Law*, p. 90.

⁷⁹ Cf. J. Gaudemet, *L'histoire*, p. 14.

tant legal monuments, *Corpus Iuris Civilis*, the interpretation done in order to adopt this “source-book” to the new circumstances, to match local needs, to form new blend of law. There is no denying the fact that this tradition exists, although one should understand it properly, what can be achieved only on the way of critical revision of some old schemas, patterns of thought, even *clichés*.

It is than perfectly well known that one can speak about a renaissance of Roman law after 12th century, when in Bologna a period of so-called “first reception of Roman law” had begun. A direct cause of this process and also its major force was a famous rediscovery of Justinian’s Digest and its scientific transformation and actualization made by Italian and French jurists during the next centuries. Elaborated in such way, the so-called “learned law” became a second *ius commune* of late-medieval Europe. Nevertheless, all this does not mean that the whole Western Europe adopted a particular homogenous body of law, as far as many local and regional variations of customary law existed and were continuously applied and evoked in the courts, as well as used in daily practice. What is more, very soon, by way of humanistic and naturalistic negative attitude and criticism, a weakness of the *communis opinio doctorum*, understood after all as a legal system (sic!), and supposed to grant a certainty of law, was exposed and questioned as being unsuitable for the demands of national countries and societies. As it was proved by Douglas J. Osler, one can observe such particular disintegration also in the, so-called, “common world of teaching,” regarded as universal and homogeneous, which started with the coming of new religious and national trends, as well as with the beginning of the particular history of each country. So than, it seems that a broad examination from different perspective, not only legal, but also political or social one, that is a research taking into account different aspects of human culture, can show a partial inadequacy of the paraphrase of well known *dictum: Europa Medioevalis et Moderna vivit lege Romana*, because this Europe saw meetings, adoption but also rejection of particular elements fashioned by different social groups.

