

IUS COMMUNE

Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts
für Europäische Rechtsgeschichte
Frankfurt am Main

XII

Herausgegeben von
DIETER SIMON UND WALTER WILHELM



Vittorio Klostermann Frankfurt am Main

1984

LAURENT MAYALI

La notion de «*statutum odiosum*»
dans la doctrine romaniste au Moyen Âge

Remarques sur la fonction du docteur

Voilà plus d'un siècle maintenant que l'attention des juristes-historiens s'est portée sur la renaissance juridique qui apparaît en Occident dès les dernières années du XI^{ème} siècle. En dépit de ses propres progrès et de certaines tentatives¹, l'historiographie de ce phénomène éprouve, dans son ensemble, quelque peine à se défaire d'une vision dualiste limitée, largement tributaire d'un plus vaste débat portant sur la place de la science juridique dans la société. On a pu ainsi dénoncer, non sans raisons, une conception quelque peu chevaleresque, héritée des premiers maîtres, d'une science juridique «avant-garde passionnée, occupée à combattre le mal, à défendre le bien, à traquer et à réduire l'injustice pour le triomphe de la justice»². A cette critique teintée d'ironie mais qui fait mouche, il faudrait ajouter que ce «combat»³ pour la justice passait par la découverte d'un droit romain jugé savant et, de ce fait, souvent opposé à un droit coutumier grossier et imparfait selon les critères de la nouvelle science.

Que les juristes du Moyen Âge aient eu recours au droit romain pour leur fournir une panoplie de valeurs nouvelles, est un fait qui ne peut certes être contesté. De même ne peut-on nier le décalage qui, parfois, sépare cette science juridique renaissante de ce qu'il est convenu de nommer les réalités sociales et politiques de l'époque. La mise en avant d'un tel paradoxe reposait en fait sur la conviction qu'il existait des rapports antagonistes entre théorie et pratique. On retrouve ici, mutatis mutandis, le phénomène décrit par F. Wieacker pour les siècles suivants où une «*Verwissenschaftlichung*» du droit aurait pour effet de l'éloigner des réalités sociales⁴.

Il résulte de ce qui précède que cette image d'un juriste érudit aux prises

¹ P. LEGENDRE, Pour une ré-interprétation des commentaires pré-accursiens, Recueil... de droit écrit 6 (1967) 29-34.

² M. BELLOMO, I giuristi, la giustizia e il sistema del diritto comune, Legge, Giudici, Giuristi. Atti del Convegno tenuto a Cagliari nei giorni 18-21 maggio 1981 (1982) 149.

³ E. M. MEIJERS, *Judicia rusticorum*. Etudes d'Histoire du Droit 4 (1966) 16-17.

⁴ F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (1967) 131.

avec les textes du droit romain et indifférent aux problèmes matériels de la vie courante⁵ ne peut, dans un sens, être entièrement fausse. De nombreux exemples nous le prouvent. En revanche, les conclusions qui en furent tirées, prirent une importance exagérée⁶ par l'idéologie des premiers historiens. Le débat en serait désormais faussé.

Le caractère excessif de cette histoire de l'activité du juriste médiéval n'a pas manqué de provoquer une réaction en rapport avec une nouvelle prise de conscience du discours juridique et de sa dimension sociale, réaction amplifiée par les ambitions de sciences qui allaient privilégier le social. Dans cette optique, aucune raison ne s'oppose à une «modernisation» du rôle du docteur médiéval, somme toute un juriste parmi d'autres. Locuteur d'un discours juridique reconnu par la société, son autorité s'appuie sur son rôle de médiateur entre les intérêts contradictoires des différents groupes de la cité médiévale en plein essor. Dans un livre récent et fort bien documenté, M. Sbriccoli s'est fait avec brio le défenseur d'un docteur engagé, investi d'un mandat social qui l'autorise à exercer une pratique politique au sein de la cité⁷.

En ce lieu, il convient de préciser que le docteur, placé au centre du débat, n'était pas le premier juriste venu aux yeux de l'historiographie. Installé par cette dernière sur le piédestal de la science, le *legum doctor* «qui s'abandonne à l'étude du droit avec amour et y trouve les mêmes satisfactions intellectuelles que le peintre éprouve devant un tableau», se différencie du juriste «que l'on appelle aussi souvent homme d'affaires et qui se livre à l'étude du droit

⁵ Cette vision ne diffère pas sensiblement de postulats qui prévalurent après la promulgation du Code Napoléon. Voir A. J. ARNAUD, *Les juristes face à la société du XIX^e siècle à nos jours* (1975) 13: «Les juristes ne devaient pas se préoccuper de politique, car la recherche du juste les plaçait au-dessus des questions matérielles et des querelles et intrigues des spécialistes de la politique.»

⁶ Pour une illustration récente de cette conception, voir R. WEIGAND, *Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus*. (Munich, 1967) 41 et s., et la critique d'A. GOURON, *Liberté, servage et glossateurs*. Recueil... de droit écrit 11 (1980) 47, maintenant dans: A. GOURON, *La science du droit dans le Midi de la France au Moyen Âge*. (Variorum reprints, Londres, 1984).

⁷ M. SBRICCOLI, *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*. (Milan, 1969) 50. Sur cet ouvrage et la thèse qu'il défend, lire M. BELLOMO, *Società e istituzioni in Italia dal medioevo agli inizi dell'età moderna*. (Catania, 1982 nouv. éd.) 413-470 et du même auteur, *Personaggi e ambienti nella vicenda storica del diritto comune. Il diritto comune e la tradizione giuridica europea* (Pérouse, 1980) 37-50; A. CAVANNA, *Il ruolo del giurista nell'età del diritto comune*. (Un'occasione di riflessione sull'identità del giurista di oggi). «SDHI» 44 (1978) 95-138; A. PADOA-SCHIOPPA, *Sul ruolo dei giuristi nell'età del diritto comune: un problema aperto. Il diritto comune e la tradizione...*, 155-166.

dans un but principalement intéressé»⁸. *Notarius, causidicus, jurisperitus* ou *judex* au Moyen Age, ce dernier, on l'aura deviné sans peine, ne jouissait pas du même crédit⁹.

Au savant prisonnier de sa science, on a donc substitué l'image d'un médiateur au service d'un système. Un instant ces deux visions purent cohabiter, aidés en cela par la *Glossa ordinaria*, rédigée par Accurse, artificiellement désignée comme borne temporelle entre deux âges, entre deux pratiques du discours juridique¹⁰. Aux glossateurs les durs plaisirs de la science, aux Post-glossateurs, moins érudits, «*verbosi in re facili, in difficili muti, in angusta diffusi*»¹¹ la prise en compte des réalités quotidiennes.

Cette volonté de montrer, en fin de compte, la cohérence de la science juridique médiévale où les paradoxes se laisseraient répartir de part et d'autre du milieu du XIII^e siècle, est la preuve que ces deux réflexions sont inséparables. Toutes deux procèdent d'une même tentative d'appropriation d'un savoir nouveau et ne sont pas nécessairement contradictoires. Cette bi-partition est plus significative de la difficulté à traduire en termes modernes le discours juridique médiéval. Pensé selon des critères d'utilité et de rentabilité sociales, ce discours se fonde dans une thématique traditionnelle où le droit mystérieux est réduit, de façon plus rassurante, à un ensemble de conventions et d'arbitrages acceptés par tous¹².

⁸ A. RODIÈRE, *Les grands jurisconsultes* (Toulouse — Paris, 1874) 2. Sur l'usage du prédicat *Legis doctor* dans les documents bolonais de la deuxième moitié du XI^e siècle, voir C. G. MOR, *Legis doctor. «Studi Accursiani»* (1968) I, 195-201.

⁹ Rappelons ici la critique formulée par H. KANTOROWICZ à l'encontre de Savigny et de son histoire du droit romain au Moyen Age: «But Savigny's whole work was meant as one long chain of evidence for his doctrine that in a civilized stage of society the nation is represented by the professional lawyers who now create the law, and anonymous writings dit not fit in with this scheme.» H. KANTOROWICZ — W. BUCKLAND, *Studies in the Glossators of the Roman Law*. (Cambridge, 1938; reprint Aalen, 1969 with addenda et corrigenda by P. WEIMAR) 213.

¹⁰ F. SCHUPFER, *Manuale di storia del diritto italiano. Le fonti*. (1908) 598 et s.; E. BESTA, *Legislazione e scienza giuridica*. vol. I, part. II dans *Storia del diritto italiano* publiée sous la direction de P. DEL GIUDICE (Milan, 1925; reprint Francfort/Main — Florence, 1969) 843 et s.; Pour une version plus récente voir F. CALASSO, *Medio Evo del diritto*. Le fonti. (Milan, 1954) 563 et s.

¹¹ Jugement porté par CUVAS, cité par F. CALASSO, *Medio Evo* . . . , op. cit., 595.

¹² Cette conclusion évoque une discussion familière au médiéviste: le débat sur la coutume. Il fallait en effet trouver une justification à l'autorité du droit coutumier qui, à l'inverse du droit romain, ne pouvait se prévaloir d'une filiation légitimatrice. Pour ce faire, les glossateurs utilisèrent, par analogie, l'institution juridique du pacte. Voir par exemple, une distinction de Pillius «Et dicitur hec consuetudo tacita civium convencio unde que moris et consuetudinis sunt etsi non exprimantur quasi expressa intelliguntur et ideo putant quidam consuetudinem tunc demum valere cum pactum expressum teneret».

Dans une telle hypothèse, l'interprétation de ce droit serait moins une technique de raisonnement logique ou ritualisé, garantissant un résultat ir-récusable, qu'un moyen de modeler une norme en fonction d'impératifs sociaux par le recours à des manipulations «versatiles»¹³.

Comme interprète de la loi, le docteur disposait de toute une technologie de l'argumentation¹⁴. Dans cette panoplie, la technique du dilemme fictif (Dilemma-Fiction) occupe une place privilégiée. La classification de normes juridiques en fonction d'une opposition symétrique entre deux termes comme droit/équité, droit/fait, vérité/fiction ou odieux/favorable offrait des possibilités de distinguer à l'infini.

Mais ici un problème se pose: l'odieux, le favorable appartiennent, semble-t-il, au vocabulaire d'un jugement subjectif et sentimental très éloigné de la rigueur que l'on prête au discours juridique.

L'apparente flexibilité d'un tel critère se prêterait donc à une manipulation de la règle qui passerait ainsi au travers de la grille de la pratique sociale. L'usage de ce label permettrait au docteur de maîtriser à loisir les lois inacceptables pour l'équilibre du système. Pour le dire autrement, la réduction d'une norme juridique à une définition exclusive odieux/favorable serait suffisamment imprécise pour laisser à son interprète la possibilité de s'opposer à une application automatique. Dans ce cas, le savoir-faire du docteur s'apparente moins à un faire-croire qu'à un savoir-composer qui s'articule autour d'une définition sociale du raisonnable et du déraisonnable¹⁵. La lecture des commentaires médiévaux suggère cependant l'existence d'une toute autre légitimité que celle donnée par un groupe social reconnaissant. Tout ce discours tend, au contraire, à établir que sa légitimation ne se fait pas par le bas mais vient d'en-haut, procédure récemment dévoilée par les travaux de P. Legendre, riches de nouvelles perspectives¹⁶. Le docteur est

E. SECKEL, *Distinctiones glossatorum*. (Berlin, 1911; reprint Graz, 1956) 377-379; et la formule citée dans les *Dissensiones dominorum*: «nihil aliud est consuetudo quam tacitum pactum», éd. G. HAENEL (Leipzig, 1834; reprint Aalen, 1964) Cod. Chis. § 46.

¹³ M. SBRICCOLI, *L'interpretazione...*, op. cit. (n. 7), 209. «una interpretazione interamente controllata dal giurista ed estremamente elastica e flessibile».

¹⁴ Cf. notamment, G. CHEVRIER, Sur l'art de l'argumentation chez quelques romanistes médiévaux au XII^e et au XIII^e siècles. «Arch. philo. du droit» 11 (1966) 115-148; ST. KUTTNER, Zur neuesten Glossatorenforschung. «SDHI» 6 (1940) 275-319.

¹⁵ Il en va autrement dans l'exercice du pouvoir judiciaire où la logique juridique assume une fonction différente. A ce propos, voir CH. PERELMAN, Le raisonnable et le déraisonnable en droit. «Arch. philo. du droit» 23 (1978) 35-42 et, du même auteur, Jugement, règles et logique juridique. «Arch. philo. du droit» 28 (1983) 315-322.

¹⁶ «Par son style très resserré, la scolastique a mis en scène le droit romain, au titre d'une généalogie légendaire du discours de la Loi.» P. LEGENDRE, *L'empire de la vérité*.

le détenteur d'un savoir absolu, la *iuris sapientia*. La sagesse qui selon Balde est liée à la crainte, comme la loi: "*Item initium sapientiae est timor Domini . . . Nam primas in orbe leges fecit timor . . .*"¹⁷.

Dans cet enjeu, il existe un principe d'exclusion, l'antonymie odieux/favorable qui fonctionne au service de la loi. Un tel partage joue, comme nous le verrons, non au niveau des réalités sociales spécifiques mais au niveau du sacré car comme le proclame Irnerius, les juristes sont les ministres des choses sacrées (i. *sacrorum ministros*)¹⁸. Comment les docteurs du Moyen Âge ont-ils construit et utilisé le concept de l'*odiosum* et du *favorabile*? C'est ce qu'il nous faut voir maintenant. Essayer de trouver une réponse nous aidera à saisir l'importance de telles oppositions fictives dans la mise en scène de la loi¹⁹.

Certes, il faut préciser, au préalable, que les compilations de Justinien furent, dans ce cas comme dans les autres, la source obligée où nos juristes trouvèrent les matériaux nécessaires à leur construction. Mais l'antériorité de ces références ne peut masquer le travail de traduction et de transmission fourni par les médiévaux. Cette impression est, au demeurant, confirmée par la lecture des rares passages où se trouvent les termes étudiés²⁰. On constate à cette occasion que le couple odieux/favorable, érigé en principe de distinction, n'apparaît pas sous cette forme, comme l'on pouvait s'y attendre. Un seul de ces textes semble avoir retenu l'attention des premiers glossateurs. Il s'agit d'un passage du Code, au titre *De nuptiis* où il est traité du mariage entre l'affranchi et son ancienne maîtresse ou la fille de son ancien maître (C. 5.4.3.). L'empereur précise que si un tel mariage se produisait: *apud competentem iudicem accusare poteris, moribus temporum meorum congruentem sententiam daturum, quae huiusmodi coniunctiones odiosas esse merito duxerunt*. Les unions entre maîtres et affranchis sont donc tenues pour

Introduction aux espaces dogmatiques industriels. (Paris, 1983) 153 et lire aussi, du même auteur, le passage sur la prestance du docteur dans: *L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*. (Paris, 1974) 99-116.

¹⁷ BALDE, In Decretalium volumen commentaria. (Venise, 1595; rééd. Turin, 1971) Prooemium, fol. 2 ra-rb.

¹⁸ D.1.1.1., glose éditée par E. BESTA, L'opera d'Irnerio. (Turin, 1896) vol. II, 2.

¹⁹ Dans une optique différente, il est vrai, N. LUHMANN a récemment attiré l'attention sur l'importance d'une «binäre Schematisierung». Die Einheit des Rechtssystems. «Rechtstheorie» 14 (1983) 143-45.

²⁰ La recherche des passages qui utilisent les termes étudiés est facilitée par l'existence des répertoires bien connus auxquels nous renvoyons pour éviter une énumération fastidieuse. Signalons cependant que l'adjectif favorable est très rarement employé et ne figure pas dans le Codex.

odieuses, opinion qui se justifie par la référence aux mœurs du temps. Le qualificatif *odiosas* était suffisamment ambigu pour nécessiter un commentaire. Une glose ancienne en donne l'explication suivante: *iure civili sed non naturali*²¹.

L'odieux se trouve inséré dans le champ juridique. Seules les règles du droit civil en définissent sa portée.

L'interprétation donnée par la glose sera complétée par les mots *et hoc propter reverenciam*²². Ce rajout soulignait l'existence d'un ordre hiérarchique à ne pas enfreindre. Il sera rapidement abandonné par les glossateurs et Accurse ne conservera que la forme *iure civili sed non naturali*²³. Dès cet instant, le renvoi au droit semble être définitivement établi. Abordant, à propos du même passage, les relations entre maîtres et affranchis, les glossateurs se garderont d'utiliser le même terme et lui préféreront l'adjectif *ignobilis*²⁴. La notion d'odieux allait cependant jouer un grand rôle dans la mise en place d'un principe d'exclusion. Pour ce faire, odieux sera associé à favorable qui s'impose comme valeur antonymique. Une glose attribuée à Irnerius au D. 24.1.31.7, introduit cette nouvelle combinaison en ces termes: *non odio id actum est sed favore*²⁵. Elle sera reprise par Rogerius, dans sa *Summa Codicis*, pour classer les cas où il est permis d'ignorer le droit (*De iuris et facti ignorantia*, C.1.1.17)²⁶. Après avoir envisagé le cas du *ius commune* qu'il est permis d'ignorer, l'auteur en vient au *ius speciale*. Il distingue *aut est inventum favore aut odio*. La division binaire est encore clairement formulée. Deux exemples données à la suite témoignent de son application concrète. Favorable est le senatus consulte Velléen (D.16.1) interdisant à la femme de s'engager soit pour son mari soit pour un tiers *quia inventum est*

²¹ Bamberg, SB Iur. 21, fol. 88ra; Berlin, SB lat. fol. 236, fol. 108vb; Munich, Bayerische SB Clm 22, fol. 92rb; Paris, BN lat. 16910, fol. 92va. Sur les glossateurs et le droit naturel, cf. R. WEIGAND, *Die Naturrechtslehre...*, op. cit. (n. 6) et G. FASSO, *I glossatori e il giurnaturalismo medievale*. «Studi Accursiani» vol. I, 205-215.

²² Ibidem.

²³ ACCURSE, *Glossa ordinaria*. C.5.4.3. *odiosas*.

²⁴ Bruxelles, Bibliothèque royale 125 fol. 82ra; Munich Bayerische SB Clm 22 fol. 92rb; Londres British Museum, Harleian 5117 fol. 87 va.

²⁵ E. BESTA, *L'opera d'Irnerio...*, op. cit. (n. 17) 240 où il convient de rectifier une fausse numérotation des lois de ce titre. Le passage glosé fait allusion à la possibilité pour le mari de demander qu'un leg qui lui est fait soit laissé à son épouse sans que l'on doive pour autant considérer qu'il s'agit d'une donation déguisée du dit mari à son épouse. Il fallait, en effet, prévenir le danger de voir un des époux s'enrichir aux dépens de l'autre.

²⁶ ROGERIUS, *Summa Codicis* éd. G. B. PALMIERI dans *BIMAE* I (1913) 59; et, du même auteur, *Enodationes quaestionum super Codice*. éd. H. KANTOROWICZ — W. BUCKLAND, *Studies...*, op. cit. (n. 9) 287, 291.

favore mulierum. Odieux est le senatus consulte macédonien qui restreint la capacité du fils de famille en interdisant de lui prêter de l'argent *quia non est inventum eius favore*.

Formulée en des termes très proches, voici la même opinion dans les *casus codicis* de Wilhelmus de Cabriano²⁷ ou encore chez Placentin²⁸. Elle se propage dès lors chez pratiquement tous les auteurs de cette époque. La voici dans les *Quare glossatorum* qui retiennent la leçon de Rogerius, à la charnière des XII^e et XIII^e siècles²⁹. Puis on la retrouve, à la même époque, dans cette œuvre anonyme rédigée dans le Nord de la France, le «Florentiner Rechtsbuch»³⁰. Reprise par Azon dans une *quaestio*³¹, elle trouvera enfin la consécration dans la *glossa ordinaria* où Accurse reproduira une glose de Jean Bassien (D. 28.2.19)³². Appliquée jusque là aux lois romaines, cette distinction fut alors étendue au droit statutaire. Désormais, à l'égal des sources romaines qui seront toujours commentées³³, il appartiendra au même docteur de déterminer si un statut est odieux ou favorable.

Dans ses *Quaestiones statutorum*, Albertus Gandinus ne laisse pas échapper l'occasion d'écrire *aut in favorem introductus est aut in odium* à propos de la renonciation aux *statutis et reformationibus civitatum et consiliorum*³⁴. Avec ce nouveau domaine d'application, l'essence de l'*odiosum* ne subit aucune altération. La référence au droit civil demeure primordiale. Toute

²⁷ «Exceptionum que descendunt ex rigore iuris, quedam que sunt invente odio, non prestant repetitionem ut exceptio SC Macedoniani; que sunt invente favore, prestant repetitionem ut exceptio SC Velleiani» WILHELMUS DE CABRIANO, *Casus XV* (ad C.4.29.9), éd. Par H. KANTOROWICZ — W. BUCKLAND, *Studies*... 299.

²⁸ PLACENTIN, *Summa Institutionum* (Lyon, 1536) De inofficioso testamento (Inst. 2.18) fol. 73.

²⁹ E. GENZMER, *Quare Glossatorum. Gedächtnisschrift für E. Seckel* (Berlin, 1927) *Quare* 26 et 163.

³⁰ M. CONRAT, *Das Florentiner Rechtsbuch*. (Berlin, 1882) 31, 37.

³¹ E. LANDSBERG, *Die Quaestiones des Azo*. (Freiburg i. B., 1888) Qu. V p. 53. Cf. aussi, AZON, *Summa Aurea* (Lyon 1557, reprint Francfort/Main, 1968) *Ad Senatus Consultum Macedonianum* (C. 4.28) fol. 94 n. 5.

³² D.28.2.19, *adiuvandas: Not. favorem et odium. Ioan.*

³³ Voir notamment, ODOFREDUS, *Lectura super Digesto veteri* (Lyon, 1550; reprint Bologne, 1967) De minoribus XXV annis (D.4.4.3) fol. 167 vb et *Ad SC Macedonianum* (D.14.6.9.3) § Non solum fol. 65 va; DINUS DE MUGELLO, *Super Infortiato et Digesto novo* (Lyon, 1513; reprint Bologne, 1971) De verborum significatione Lex prima (D. 50.16.1); CYNUS DE PISTORIA, *In codicem commentaria* (Francfort, 1578; reprint Turin, 1964) *Ad legem Iuliam maiestatis* (C. 9.8) fol. 543A; JEAN AGULHON, *Quaestio super l. Si qui ita, De testamentaria tutela* (D.26.2), *Quaestio* éditée par O. FABRE, *Quaestiones doctorum Montispeulanum. «Recueil... droit écrit»* (1966) 45-46.

³⁴ ALBERTUS GANDINUS, *Quaestiones statutorum*. éd. par H. SOLMI, «BIMAE» III (1901) Qu. VI, p. 156; Qu. XCIX, p. 204; Qu. CIII, p. 207; Qu. XCV, p. 202.

confusion avec un autre qualificatif est soigneusement évitée. Par exemple, Balde prend soin de distinguer entre l'*odiosum* et l'*iniquum*³⁵. Jean d'Agnani estime utile de préciser *statutum est odiosum et contra aequitatem*³⁶.

Chez Bartole et ses successeurs, l'odieux remplit donc la même fonction que chez les glossateurs. Cependant, avec son extension au droit statutaire, cette distinction va devoir s'affiner en fonction du dualisme *ius commune/ius proprium*. La règle statutaire fera donc l'objet d'une double critique qui se situera à des niveaux différents. D'une part, une règle sera odieuse en raison de la situation juridique qu'elle crée eu égard à des personnes ou à des biens. Il en va ainsi, notamment, de l'exclusion des filles dotées de la succession de leurs parents ou de l'interdiction de contracter frappant les personnes bannies de leur cité. L'odieux a ici une valeur relative liée à un cas précis. Mais cette limitation reste sans effets. A aucun moment elle ne s'accompagne d'une définition précise qui permette d'identifier, sans hésitation aucune, une situation odieuse ou favorable. A travers les cas exposés, pas plus qu'à travers les mots nous ne saisissons donc une notion simple et univoque de l'odieux. Seule la référence au droit civil ne semble faire aucun doute³⁷.

Mais pour les Commentateurs, le *statutum odiosum*, sera aussi, au second niveau, celui du système juridique dans son ensemble, le statut contraire au droit commun mais surtout contraire au droit: *statutum hodiosum est quia contra ius*³⁸. Un droit qui n'est plus ici celui d'un groupe en conflit avec d'autres mais le droit pris comme référence dans une valeur absolue. Le statut est odieux car il ne procède pas de la même essence. L'odieux est dans le vrai du discours juridique qui n'est pas n'importe quel discours mais celui tenu par ces *doctores consulentes qui fideliter veritatem enunciare debent* comme le rappelle Socinus à la fin du XIV^e siècle³⁹. D'un point de vue pratique, dire d'un statut qu'il était odieux car contraire au droit commun n'apportait rien de plus. Sur les rapports entre ces deux droits, il existait une doctrine très forte qui enfermaient le *ius proprium* dans des règles d'interprétation très strictes (*Statutum contra ius comune debet intelligi stricte ut*

³⁵ BALDE, *Consilia* (Venise, 1575; reprint Turin, 1970) vol. III cons. 298; voir aussi P. DE ANCHARANO, *Consilia* (Venise, 1568) cons. 52.

³⁶ JOHANNES DE ANANIA, *Consilia* (Lyon, 1534) cons. 72.

³⁷ Fait d'autant plus singulier si on compare avec la définition qui en est donnée par les actes rassemblés dans le *Glossarium de du Canges*. Dans ces cas, *odiosum* est employé au sens de haineux.

³⁸ ALBERTUS GANDINUS, *Quaestiones Statutorum* . . . , op. cit., Qu. LXI, p. 185; P. DE ANCHARANO, *Consilia*, op. cit., cons 91: «Exorbitans a iure statutum dicitur odiosum».

³⁹ MARIANUS ET BARTHOLOMEUS SOCINI, *Consilia* (Venise; 1580) cons. CL, vol. I.

quanto minus corrigatur ius comune). Mais dans ce cas, demeurait encore l'idée d'une égalité relative entre les deux droits qui s'intégraient dans un même système juridique. Dans cette opposition entre deux droits, le choix fait au profit de l'un dépendait de critères spécifiques issus d'un jugement comparatif. L'entrée en scène apparemment anodine et superflue de l'odieux déséquilibrait la comparaison en donnant à ce conflit une référence legaliste. Le droit statutaire en contradiction avec le droit commun était hors-la-loi.

En pratique, l'application du binôme odieux/favorable aboutit d'une façon mécanique au prononcer d'une exclusion. Encore une fois, les sources romaines fournirent aux glossateurs l'occasion de lui donner une forme définitive. Dans le Digeste, au titre *De liberis et postumis*, un passage de la loi *Cum quidam* stipule que l'exhérédation ne doit pas être favorisée (*exheredationes autem non essent adjuvandae*) (D. 28.2.19). Une glose anonyme, appartenant aux couches les plus anciennes, interprète cette formule en introduisant une distinction entre institution d'héritiers et exhérédation en fonction du couple odieux/favorable.

*Institutio favorabilis ideo adiuvanda
Exhereditatio odiosa ideo restringenda*⁴⁰

Par la suite, l'antonymie favoriser/restreindre sera détachée du contexte particulier de l'exhérédation par Azon qui donne à l'extension/restriction sa forme définitive, *quod odiosa sunt restringenda, favores ampliandi*. Formule qu'Accurse insèrera dans la glose ordinaire en ne rajoutant qu'une allégation⁴¹. Extrêmement efficace, ce principe clair et sans équivoque⁴², ne devait pas être remis en cause⁴³. Cependant l'apparente clarté de cette solution ne suffisait pas à éviter certaines difficultés d'application. Pour jouer pleinement son rôle, le binôme d'exclusion ne devait pas permettre un éven-

⁴⁰ Bamberg, SB Jur 14, fol. 42va; Angers, BM 336, fol. 37rb; Leipzig, UB 874, fol. 40ra; Vatican, vat. lat. 1407, fol. 17ra: «*Institutionum adiuvere, exheredationem minuire*».

⁴¹ ACCURSE, Glossa ordinaria, D. 28.2.19. *Adiuvandas* et D.4.4.3 *Momentum*.

⁴² D'où l'étonnement d'ACCURSE à propos de la loi *Quod ait praetor, De his qui notantur infamia* (D.3.2.2.1) *Sed hic*: «*Nota hic mirabile quia odium ampliatur...*». Sur ce point, voir aussi le commentaire de BARTOLE, In Digestum vetus commentaria (Bâle, 1859) ibidem, fol. 325.

⁴³ CYNUS DE PISTOIA, In codicem..., op. cit. (n. 33), fol. 543A; LUDOVICUS ROMANUS, Consilia (Francfort/Mein, 1575) cons. 105, fol. 55b; PAULUS DE CASTRO, Super Digesto veteri commentaria, (Lyon, 1553) De conditione indebiti L. Qui exceptionem (D.12.6.40) fol. 61; et, du même auteur, Consilia (Turin, 1580), vol. III, cons. 38, fol. 45; BERNARD SABORS, Tractatus secundarum nuptiarum. éd. O. FABRE, Quaestiones... op. cit. (n. 33) 37-38.

tuel compromis, où ces deux valeurs contradictoires se neutraliseraient, rendant une distinction impossible.

Semblable situation était envisagée dans le „Florentiner Rechtsbuch“ qui distinguait pour ce faire trois cas: *aut favore, aut odio, aut neutro*⁴⁴. Cette œuvre, attribuée à l'école anglo-normande, répondait à des préoccupations essentiellement tournées vers la pratique juridique. Etrangère au cadre bolognaïen où s'élaborait la doctrine reconnue, et limitée, de surcroît, dans ses objectifs, elle ne semble pas avoir connu une grande diffusion. La classification envisagée se conciliait, au demeurant, fort mal avec l'agencement rigoureusement symétrique établi par les premiers glossateurs. Toute conciliation entre les deux valeurs de la distinction était par hypothèse impossible. Comme le souligne Albericus de Rosate, le docteur médiéval était mis en demeure de choisir⁴⁵. Une troisième alternative, source de confusion, était incompatible avec l'impératif de clarté revendiqué par ce dernier.

Figurant en bonne place dans de très nombreux statuts, l'exclusion des filles dotées de la succession de leurs parents en présence d'héritiers mâles présente un des exemples significatifs où il nous est donné de voir cette logique à l'œuvre. Comme n'importe qu'elle autre règle, l'application de cette disposition statutaire créait une situation juridique spécifique où les intérêts respectifs des parties, filles dotées d'une part, héritiers mâles de l'autre, se trouvaient directement en conflit. Compte tenu de la situation des filles ainsi exclues, le caractère odieux de la règle devait être l'argument déterminant pour écarter son application ou tout au moins la restreindre. Balde n'en décide pas autrement lorsqu'il s'oppose à l'application de ces statuts en dehors du territoire pour lequel ils ont été promulgués, reconnaissant un droit de succession des filles dotées pour les biens sis *extra territorium statuentium*⁴⁶.

Il était cependant très difficile d'ignorer l'aspect favorable de cette disposition pour les héritiers mâles seuls admis à la succession. D'où la question *aut odium est causa favoris et tunc dispositio dicitur odiosa aut favor est causa odii et tunc dispositio dicitur favorabilis*⁴⁷. En d'autres termes, ces deux valeurs étant inversement proportionnelles, l'odieux procédait-il du

⁴⁴ M. CONRAT, Das Florentiner Rechtsbuch, op. cit. (n. 30) 37.

⁴⁵ ALBERICUS DE ROSATE, In primam digesti veteris partem commentaria (Venise, 1585, reprint Bologne, 1974) De his qui notantur infamia L. Quod ait praetor § exercitum (D. 3.2.2.1) fol. 188va.

⁴⁶ BALDE, Tractatus duo de vi et potestate statutorum. éd. par E. M. MEIJERS (Haarlem, 1939) 11 et s.

⁴⁷ BALDE, Consilia, op. cit. (n. 34) cons. 433 vol. 3.

favorable ou vice-versa? Pour Albericus de Rosate, la question ne pouvait que rester sans réponse car il y avait *oppositio in objecto*. Réduire l'odieux pour l'une des parties ne pouvait que se faire au détriment de l'autre⁴⁸.

Ce constat d'impuissance qu'il nous est rarement donné de voir dans la doctrine romaniste médiévale, nous apprend deux choses. Premièrement, aucune place n'est faite à une solution de compromis. Deuxièmement, et ceci explique en partie cela, la parfaite symétrie de cette équation lie immanquablement l'odieux au favorable. Aucune séparation formelle ne s'interpose entre les deux valeurs et toute règle est donc par essence ambivalente. *D'odieuse ou favorable, la règle devient odieuse et favorable*. Mais la mise en évidence de ce dualisme ne constitue qu'une étape supplémentaire dans l'argumentation. Elle permet surtout de relativiser l'odieux qui apparaît comme une conséquence inévitable et involontaire du favorable.

Si ce n'est plus l'odieux qui joue un rôle déterminant, sur quoi se fonde la distinction? La réponse «logique» nous est donnée par la doctrine. Puisque ce n'est plus l'odieux, ce ne peut être que le favorable. En effet, Albericus de Rosate semble être resté seul avec ses incertitudes. Le problème apparemment délicat fut résolu par le recours à l'intention principale du législateur c'est à dire l'esprit de la loi, le législateur n'étant, selon l'heureuse formule de P. Legendre, qu'un tenant-lieu⁴⁹. A la question «*statuta excludentia filias dotatas favore masculorum an favorabilia reputentur*», il sera répondu par l'affirmative «*maxime quia mens statuentium est attendenda etiam si non sit expressa iuribus vulgaribus*»⁵⁰. La loi pouvait-elle être intentionnellement odieuse? Pour ces docteurs la question ne se posait même pas, d'où la volonté de démontrer pourquoi elle était favorable.

Au terme de ce raisonnement, le processus de substitution s'achève. Les points de repère sont inversés. On quitte le domaine désespérant de l'odieux pour basculer dans le monde rassurant du favorable. Il importe peu alors de différencier les formes, plus ou moins acceptables, de l'odieux qui n'est là, à vrai dire, que pour remplir sa mission de faire-valoir⁵¹. L'apparition puis

⁴⁸ ALBERICUS DE ROSATE, op. cit., ibidem.

⁴⁹ P. LEGENDRE, *L'empire de la Vérité*, op. cit. (n. 16) 144.

⁵⁰ JOHANNES DE ANANIA, op. cit. (n. 36) cons. 89; BALDE, *Commentaria in Codicem* (Venise, 1577) Qui non possunt ad libertatem pervenire, L. Is quidem (C.7.12.2).

⁵¹ Voir par exemple, la distinction faite par Jacobus de Arena entre odieux raisonnable et déraisonnable: JACOBUS DE ARENA, *Commentarii in universum ius civile* (Lyon, 1541) reprint Bologne, 1971) Unde vi L. Si quis in tantam (C.8.4.7). CINUS DE PISTOIA, cité par M. SBRICCOLI, op. cit. 252, mentionne cette opinion dans son commentaire au Code, op. cit. (n. 33) De servis fugitivis L. Quicumque (C. 6.1.4).

l'effacement de l'odieux selon un rituel précis participent d'une même mise en scène de la loi. Le principe d'exclusion atteint enfin son but au cœur de la règle où il produit son plein effet. Ce qui est exclu, ce n'est pas le statut odieux mais c'est l'odieux qui est extirpé du statut⁵². Difficile à mettre en évidence, cette nuance fondamentale symbolise la subtile infaillibilité d'une interprétation qui s'apparente peu à une manipulation dépendante des réalités sociales.

La mécanique de distinction élaborée par le docteur est encore là pour lui rendre un ultime service. La voici enfin en mesure de produire sa vérité en permettant à ce dernier de désigner les valeurs ancestrales qui doivent être sauvegardées. La règle est favorable car elle assure cette sauvegarde. En ce sens, signalons l'audacieux montage par lequel la règle d'exclusion successorale des filles dotées qui n'a strictement rien à voir avec les principes égalitaires du droit successoral romain, est rattachée à un droit romain quasiment mythique, glorieux ancêtre des compilations de Justinien, le légendaire droit des XII Tables: «*Et est considerandum quod per tale statutum reditur ad ius xii tabularum*»⁵³.

Dans notre exemple, cette valeur est la conservation de la famille agnatique⁵⁴ c'est à dire la nécessité impérieuse d'assurer le maintien et la force d'un groupe familial qui se fonde sur la solidarité des agnats et sur les liens du sang. On rejoint, par cette voie détournée, une définition du droit donnée par Placentin: «*ius quoque vocatur sanguinis necessitudo*»⁵⁵.

Sous les figures ordonnées et rassurantes de la logique juridique, un formidable processus de légitimation est à l'œuvre. Par de nombreux aspects, la renaissance juridique du XII^e siècle correspond à une grande mutation scientifique. Or nous savons depuis M. Foucault que de telles mutations peuvent aussi se lire comme l'apparition de formes nouvelles de vérité⁵⁶. Cette vérité, le docteur médiéval la trouve dans le droit romain. Le proces-

⁵² BALDE, In Codicem..., op. cit., De in ius vocando, L. Venia edicti (C.2.2.2.): «Sed statuti ratio non est odium mulierum quia ubi non essent masculi tunc femine non excluderentur, sed est favor masculorum: ergo statutum est favorabile».

⁵³ JOHANNES DE ANANIA, Consilia, op. cit., cons. 69.

⁵⁴ Notamment, CINUS DE PISTOLA, In codicem..., op. cit. (n. 33), Ad legem Iuliam de adulteriis, L. Publico (C.9.9.1); JOHANNES ANDREAE, Additiones ad Guillelmi Duranti Speculum (Lyon, 1543) De successionibus ab intestato. IV, fol. 282va; MARIANUS ET BARTHOLOMEUS SOCINI, Consilia, op. cit. (n. 39) I, cons. 64 et cons. 84; PAULUS DE CASTRO, Super Digesto..., op. cit. (n. 43), De conditione indebiti, L. Qui exceptionem (D. 12.6.40); ABBAS PANORMITANUS, Consilia (Venise, 1578) cons. 75.

⁵⁵ PLACENTIN, Summa Institutionum, op. cit. (n. 28), De iustitia et iure.

⁵⁶ M. FOUCAULT, L'ordre du discours (Paris, 1971) 18.

sus scolastique de l'interprétation, forgé au contact des *Digesta* et du *Codex*, était là pour permettre à Irnerius et à ses successeurs d'assumer la fonction de l'artiste d'où procède son autorité⁵⁷ comme le revendique Bartole: «E contra credo, quod sufficit nisi probetur contrarium; nam autoritas poetae vel alterius excellentis viri probat in arte sua . . . ergo autoritas excellentis doctoris . . . loquitur in doctore, cui hoc incumbit ratione officii⁵⁸.» Dans une telle perspective, le souci de réaliser un équilibre permanent entre le droit et les réalités sociales reste secondaire. On s'est souvent demandé comment les glossateurs avaient bien pu faire pour ne pas prendre en compte les multiples problèmes de la pratique. Mais c'est que le discours du docteur médiéval ne se laisse pas résumer à une participation active à la direction des affaires de la cité. Il est en revanche le reflet de l'appropriation d'un savoir exclusif et réservé⁵⁹ qui vise un tout autre but, emprunte une voie différente. C'est trop peu de dire que l'interprétation des règles statutaires n'est que l'aptitude à jongler avec les textes et à maîtriser leurs effets quand le discours du docteur notifie, précisément le contraire, qu'il y a une loi immuable. A cet effet, l'opposition binaire odieux/favorable n'est pas employée pour concilier la rigueur apparente d'une norme avec une certaine éthique socio-juridique, qui viendrait enrayer le mécanisme logique. Cette logique d'exclusion fonctionne parfaitement même à travers des apparences.

⁵⁷ E. H. KANTOROWICZ, The sovereignty of the artist. A note on legal maxims and Renaissance theories of art. «Selected studies» (New-York, 1965) 352-365.

⁵⁸ BARTOLE, Commentarius ad Digestum vetus (Lyon, 1523) Repetitio ad D.1.3.32., cité par W. ULLMANN, Bartolus on customary Law. Juridical Review 52 (1940) 279. maintenant dans: Jurisprudence in the Middle Ages (Londres, Variorum reprint 1980) X.

⁵⁹ Sur ce point, voir l'éloquent récit que nous fait Placentin de sa rencontre avec une très belle femme: «domina Iurisprudencia». Elle tient un traité sur les actions et permet au jeune Placentin ébloui de le lire. Il apprendra ainsi *ad quas nimirum acciones et earum iura nostri maiores subtilissimo animo et divino quodam motu pervenerunt*. PLACENTIN, Summa de actionibus. Cum essem Mantue. éd. G. PESCATORE, Beiträge zur Mittelalterlichen Rechtsgeschichte. (Berlin, 1889; reprint Turin, 1967) V, I.