



ISSN 2255-2707

Edited by

Institute for Social, Political and Legal Studies
(Valencia, Spain)

Honorary Chief Editor

Antonio Pérez Martín, University of Murcia

Chief Editor

Aniceto Masferrer, University of Valencia

Assistant Chief Editors

Wim Decock, University of Leuven

Juan A. Obarrio Moreno, University of Valencia

Editorial Board

Isabel Ramos Vázquez, University of Jaén (Secretary)

Francisco Calabuig Alberola, University of Valencia (Website Editor)

Anna Taitslin, Australian National University – University of Canberra

M.C. Mirow, Florida International University

José Miguel Piquer, University of Valencia

Andrew Simpson, University of Aberdeen

International Advisory Board

Javier Alvarado Planas, UNED; Juan Baró Pazos, University of Cantabria; Mary Sarah Bilder, Boston College; Orazio Condorelli, University of Catania; Emanuele Conte, University of Rome III; Daniel R. Coquillette, Boston College – Harvard University; Serge Dauchy, University of Lille; Salustiano de Dios, University of Salamanca; José Domingues, University of Lusíada; Seán Patrick Donlan, The University of the South Pacific; Matthew Dyson, University of Oxford; Antonio Fernández de Buján, University Autónoma de Madrid; Remedios Ferrero, University of Valencia; Manuel Gutan, Lucian Blaga University of Sibiu; Alejandro Guzmán Brito, Pontifical Catholic University of Valparaíso; Jan Hallebeek, VU University Amsterdam; Dirk Heirbaut, Ghent University; Richard Helmholz, University of Chicago; David Ibbetson, University of Cambridge; Emily Kadens, University of Northwestern; Mia Korpiola, University of Turku; Pia Letto-Vanamo, University of Helsinki; David Lieberman, University of California at Berkeley; Jose María Llanos Pitarch, University of Valencia; Marju Luts-Sootak, University of Tartu; Magdalena Martínez Almira, University of Alicante; Pascual Marzal Rodríguez, University of Valencia; Dag Michaelsen, University of Oslo; María Asunción Mollá Nebot, University of Valencia; Emma; Montanos Ferrín, University of La Coruña; Olivier Moréteau, Louisiana State University; John Finlay, University of Glasgow; Kjell Å Modéer, Lund University; Anthony Musson, University of Exeter; Vernon V. Palmer, Tulane University; Agustin Parise, Maastricht University; Heikki Pihlajamäki, University of Helsinki; Jacques du Plessis, Stellenbosch University; Merike Ristikivi, University of Tartu; Remco van Rhee, Maastricht University; Luis Rodríguez Ennes, University of Vigo; Jonathan Rose, Arizona State University; Carlos Sánchez-Moreno Ellar, University of Valencia; Mortimer N.S. Sellers, University of Baltimore; Jørn Øyrehagen Sunde, University of Bergen; Ditlev Tamm, University of Copenhagen; José María Vallejo García-Hevia, University of Castilla-La Mancha; Norbert Varga, University of Szeged; Tammo Wallinga, University of Rotterdam; José Luís Zamora Manzano, University of Las Palmas de Gran Canaria

Citation

Laurent Waelkens, “L’exteriorite du for interieur dans le *ius commune* des temps modernes”,
GLOSSAE. European Journal of Legal History 13 (2016), pp. 636-653 (available at
<http://www.glossae.eu>)

L'exteriorite du for interieur dans le *ius commune* des temps modernes

The External Character of the Internal Forum (*forum internum*) in the Early Modern *Ius Commune*

Laurent Waelkens
KU Leuven

Résumé

Aux Temps modernes, les juristes qui se trouvaient confrontés aux princes absolus, ont créé la doctrine juridique pour repousser l'absolutisme. Les princes craignant Dieu, Les juristes en ont profité pour transplanter des éléments théologiques dans le droit. Face au for extérieur des conseils souverains, les juristes ont créé le for intérieur. Les facultés de droit développaient la théorie juridique et à l'intérieur de celle-ci le droit privé, le droit public et le droit international. Au départ la doctrine juridique et ces nouvelles branches du droit ont influencé les convictions personnelles des juges et des fonctionnaires. Elles ont fini par amender la justice royale comme unique source de droit.

Mots-clé

Absolutisme repoussé, for intérieur, conseils souverains, histoire du droit des Temps modernes, origine de la théorie juridique

Abstract

The jurists and lawyers oft in the Early Modern Times were confronted with absolute monarchs. As the latter were God-fearing, the jurists brought theological notions into the jurisprudence. Against the almighty *forum externum* of the royal courts, they opposed the *forum internum*. The law faculties developed legal theory and, inside of it, private law, public law and international law. The legal theory and the new legal branches were diffused through legal education and applied through the internal convictions of the justices, civil servants and lawyers. This *forum internum* breached the monopoly of the royal courts as unique source of law.

Keywords

Legal history, Early Modern Times, absolutism, origin of legal theory, *forum internum*

Sommaire: 1. Deux changements externes notables dans le droit des Temps modernes. 2. Le for intérieur à l'origine de changements majeurs. 3. Le for intérieur chez les juristes. 4. La réussite de la théorie juridique.

Dans une intervention à Wittenberg portant sur la conscience dans les enseignements juridiques de la Réforme protestante et catholique, nous avons tenté de comprendre le rôle du for intérieur dans l'histoire du droit aux Temps modernes¹. Notre exposé se développa autour de deux points. Le premier concernait le constat de la diminution considérable du nombre de litiges durant la période 1550-1750, époque centrale du for intérieur, le second, le glissement de signification de bien de

¹ Le 5 avril 2014. Une première version de cet article a été publiée sous le titre suivant: Waelkens, L., "The *forum internum* and its External Features in the Legal History of Early Modern Times", *The Conscience in the Legal Teachings of the Protestant and Catholic Reformations* (M. Germann et W. Decock, eds.), Wittenberg, Stiftung Leucorea, 2016 (sous presse).

notions juridiques dans le *ius commune* durant la même période. Ces deux éléments nous permettent d'enregistrer une évolution intéressante du droit. Dans les sources juridiques de cette époque, l'accent se déplaça de la jurisprudence à la doctrine, du droit des juges au droit académique. Dans cet exposé, nous tenterons de démontrer que le catalyseur de cette transformation importante du droit de l'Europe continentale fut le for intérieur, non pas en tant que conscience, mais en tant que tribunal intérieur.

1. Deux changements externes notables dans le droit des Temps modernes

Dans l'Europe entière, le nombre d'affaires introduites en justice diminua considérablement pendant le 17^e et 18^e siècle. Vu sur deux siècles, l'évolution du nombre de sentences fut surprenante. Depuis l'Empire romain, le droit occidental était conditionné par la juridiction. Au début des Temps modernes les monarques organisaient encore leurs cours souveraines selon le modèle des préfectures prétoriennes des empereurs romains et de la chancellerie de Constantinople. Durant le seizième et le début du dix-septième siècle leurs cours prononcèrent une quantité de jugements impressionnante. Mais à partir de ce moment-là et jusqu'à la deuxième moitié du dix-huitième siècle, le nombre de litiges diminua. Chaque décennie compta moins de procès que la précédente. Dans les années 1780, autant dans les cours souveraines monarchiques que dans les tribunaux des villes, leur nombre était réduit à un cinquième de ce qu'on pouvait observer au milieu du seizième siècle. Ce phénomène fut par exemple observé aux Pays-Bas², en Angleterre³, au

² Pour la Cour de Hollande: de 280 litiges par an en 1600 à 20 dans les années 1750; ou mesuré autrement: en 1514 un cas par an pour 6.000 habitants, en 1622 un par an pour 13.000 et en 1795 un par 23.000; Haut Conseil de Hollande: 120 par an dans les années 1670, 20 dans les années 1770; Cour municipale de Rotterdam: 1500 cas par an en 1700, 300 dans les années 1740; Grand Conseil de Malines: 1500 sentences l'an dans les années 1540, 10 par an dans les années 1760; 1500 jugements par an dans les années 1720, 500 dans les années 1780; 1800 procès dans les années 1720, 600 dans les années 1780; Conseil de Flandre: 240 cas par an en 1650, 30 dans les années 1760; Conseil de Frise: 160 cas dans les années 1710, 35 dans les années 1790; Court de Gueldre: 80 cas dans les années 1790, 25 dans les années 1760; Conseil des États de Brabant: de 40 dans les années 1670 à 7 dans les années 1770; Conseil des États de la Flandre: de 50 dans les années 1670 à 5 dans les années 1780. Les chiffres ont été recueillis par Le Bailly, M.C., "Langetermijntrends in de rechtspraak van de hoven van justitie in de Noordelijke Nederlanden van ca. 1450 tot 1800", *Pro Memorie* 13 (2011), pp. 30–67. Pour le Grand Conseil de Malines: Verscuren, A., *The Great Council of Malines in the 18th Century. An Aging Court in a Changing World?*, Berlin, Springer, 2015, pp. 179–211; Wijffels, A., "De Grote Raad voor de Nederlanden te Mechelen (ca. 1445–1797)", *De centrale overheidsinstellingen van de Habsburgse Nederlanden* (E. Aerts e.a., éd.), Bruxelles, Archives du Royaume, 1994, pp. 448–461; pour la Flandre: Buntinx, J., *Inventaris van het archief van de Raad van Vlaanderen*, 9 vol., Bruxelles, Archives du Royaume, 1964–1979.

³ Dans les Courts of Chancery and Common Pleas: 20.000 cas par an dans les années 1650, 3.000 dans les années 1780; Shrewsbury, Curia Parva: 0.2 actions par an par ménage dans les années 1670, 0.03 dans les années 1790; Guildhall of King's Lynn: 0.25 actions par an par ménage dans les années 1630, 0.04 dans les années 1740; Great Yarmouth Borough Court: 0.15 actions par an dans les années 1570, 0.03 dans les années 1740; Mayor's and Provost's Court of Exeter: 0.17 dans les années 1570, 0.03 dans les années 1740; Mayor's and Tolzey Courts of Bristol: 0.3 par an dans les années 1640 jusqu'à 0.03 dans les années 1750. Les chiffres nous ont été aimablement communiqués par M.C. Le Bailly; cf. Brooks, C.W., "Litigants and Attorneys in the King's Bench and Common Pleas 1560–1640", dans: *Legal Records and the Historian* (J.H. Baker, éd.), London, 1978, pp. 42–43; Baker, J.H., "Civil Litigation in England 1640–1830", *The First Modern Society* (A.L. Beier e.a., éd.), Cambridge, University Press, 1989, pp. 362–363; Muldrew, C., *The Economy of Obligation, The Culture of Credit and Social Relations in Early Modern England*, Basingstoke, 1998, pp. 230–232.

Reichskammergericht allemand⁴, au Parlement de Paris⁵ et à la Chancellerie de Valladolid⁶. Bien que la diminution dans la quantité d'instances aux 17^e et 18^e siècles soit frappante, elle ne coïncide pas avec une transformation majeure de la procédure judiciaire pour la résolution des conflits. L'explication doit donc se trouver en dehors des tribunaux, dans le développement du droit et de la doctrine.

Une deuxième hypothèse implique que maintes notions de droit 'romain' changèrent considérablement aux Temps modernes. Les humanistes tentaient de se relier à l'Antiquité, à la noble culture romaine. Les juristes suivirent. Ils voulaient retourner au droit romain ancien, en survolant des siècles d'études médiévales, sans toutefois retrouver les institues historiques du droit romain antique. En effet, nombre de notions du *ius commune* portent un nom latin traditionnel, mais ont été fraîchement développées aux Temps modernes dans ce prétendu retour à l'Antiquité. Nous avons analysé auparavant l'évolution soudaine et radicale d'une série de notions de droit romain aux 16^e et 17^e siècles. Rappelons quelques exemples⁷. *Dominium*, ce qui faisait référence au statut de *paterfamilias* dans l'Antiquité, devint 'propriété privée' au 16^e siècle. Sur le Continent la 'possession' permettait de contrôler les terres agricoles en dehors de la féodalité pendant le Moyen Âge. Elle devint un genre de tenure réelle et un aspect de la propriété. *Tutor* évolua de 'observateur au tribunal' à 'tuteur'. *Religio*, ce qui signifia 'enterrement' dans l'époque préchrétienne (dans les Douze Tables, par exemple), fut toujours associé durant les Temps modernes à la religion. *Causa* et son équivalent grecque *aitia* ne référèrent plus aux conflits, mais indiquèrent la causalité. *Culpa*, ancienne référence à la violence et au désordre, recouvrit désormais le sens de 'culpabilité' et introduit une réflexion éthique dans la doctrine juridique. *Legitimi* ne désigna dorénavant plus les héritiers, mais des citoyens légitimes. *Libertas*, l'ancien statut juridique des soldats, et *ius civile*, les privilèges à respecter par les juges lorsque les soldats portaient une affaire devant les tribunaux, composèrent dorénavant un corps de droits naturels et innés. *Bona fides* fut dans l'Antiquité un système de procédure qui permettait au juge de contrôler la relation entière entre les parties. Dans les Temps modernes, elle se mêla à l'attitude chrétienne que chacun se devait d'adopter en exécutant ses obligations⁸. *Divortium*, ce qui voulait dire 'une déviation' dans l'Antiquité, dérivé de *divertere*, devint le titre de l'institution du divorce des Temps modernes. À vrai dire, la liste des notions ayant changé de signification est aussi longue que le lexique du droit romain. Ce glissement de signification entraîna par conséquent un changement drastique du sens des textes du *Corpus iuris*. Nous

⁴ 700 cas par an dans les années 1590, 100 dans les années 1690: Ranieri, F., *Recht und Gesellschaft im Zeitalter der Rezeption, Eine rechts- und sozialgeschichtliche Analyse der Tätigkeit des Reichskammergerichts im 16. Jahrhundert*, II, Köln-Wien, Böhlau, 1985, p. 295.

⁵ 2000 Jugements par an dans les années 1670, 300 dans les années 1770: chiffres donnés par M. C. Le Bailly.

⁶ 1300 cas l'an dans les années 1580, réduit à 300 dans les années 1660: Kegan, R.L., *Litigants in Castile, 1500–1700*, Chapel Hill, 1981.

⁷ Un aperçu a été donné dans Waelkens, L., "Le droit antique, un produit de l'interprétation des Temps Modernes", *L'interprétation du droit, Actes des Journées internationales de la société d'histoire du droit 2013* (B. Barnabé, éd.) (sous presse). Une étude plus approfondie du développement du droit romain depuis l'Antiquité jusqu'au 19^e siècle se trouve dans notre manuel *Anne adverso, Roman Legal Heritage in European Culture*, Leuven, University Press, 2015, passim (ces notions se retrouvent dans l'index général).

⁸ Non expliqué dans les études mentionnées dans la note précédente mais dans un article plus récent: Waelkens, L., "De la *bona fides* à la *mala fides* chez les légistes et canonistes médiévaux", *Les mensonges dans le droit romain, Aspects juridiques de Rome à nos jours, Actes du Colloque du 27 février 2014* (P. Vassart, éd.), Mons (sous presse).

l'illustrons par deux exemples, qui furent exposés dans des articles précédents. Premièrement, dans C. 8, 52, 2 on peut trouver la *consuetudo contra legem aut rationem*. Dans l'Antiquité cela signifiait 'une coutume à l'encontre des précédents judiciaires ou du budget impérial'. En 319, la chancellerie de Constantin statua que la coutume permettant de ne pas suivre une décision juridictionnelle ou de ne pas payer un certain impôt, ne pouvait jamais mener à la prescription d'une procédure fiscale ni à la prescription acquisitive d'une dispense. Au début des Temps modernes, ce fragment fut lu d'une toute autre façon: il traita de la coutume (populaire) introduite en dépit de la loi (monarchique) et de la raison. Il devint le point de départ de discussions portant sur la souveraineté et la hiérarchie entre coutume, législation et raison. Le second exemple concerne C. 1, 1, 1, l'Édit de Thessalonique. En 380 la chancellerie de Théodose I décida de ne plus adhérer aux décisions juridictionnelles des évêques monophysites et défendit aux juges impériaux de leur accorder des exéquatur. L'objectif de cette mesure était de faciliter la réunification des empires oriental et occidental. Le texte fut recyclé au 12^e siècle. En 380, l'empereur aurait accepté tout simplement, suivant l'exemple des légistes médiévaux, le credo catholique dans son droit et il aurait ainsi autorisé la juridiction des évêques. Cependant, ce même texte C. 1, 1, 1 fut à nouveau réinterprété au 16^e siècle. Il constitua alors un argument important pour la soumission des évêques aux souverains: leur juridiction faisait part de la juridiction royale et non pas de celle du pape⁹. En comparant l'ancien droit romain au *ius commune* médiéval et au *ius commune* des Temps modernes, on est frappé par la façon dont les notions juridiques romaines ont pu être recyclées sans aucune critique historique.

Ces deux changements dans l'histoire du droit des Temps modernes, le nombre décroissant de litiges en justice et la réinterprétation systématique des institutions juridiques, ont à peine fait l'objet d'études. Il y a vingt de cela, les études portant sur la juridiction des cours souveraines furent à la mode mais elles se penchèrent essentiellement sur les premiers Temps modernes. La majorité des historiens du droit n'abordent les 17^e et 18^e siècles que depuis peu de temps. La même observation peut être faite au sujet de l'évolution de la signification du vocabulaire juridique romain. Elle n'a jamais été analysée en profondeur. Les historiens du droit ont longtemps lu les textes latins à travers les lunettes de l'humanisme et des Temps modernes. Ils ne tenaient aucunement compte des interprétations différentes dans l'Antiquité, le Moyen Âge et les Temps modernes. Le *Corpus iuris* était alors compris comme les juristes des Temps modernes l'avaient interprété, et non pas comme il fut conçu à sa composition dans les années 530. À vrai dire, le latin que la plupart des chercheurs ont étudié est celui qui fut développé pendant les Temps modernes. Nous lisons Cicéron et Saint Augustin comme l'ont interprété les humanistes du 16^e siècle¹⁰. Aujourd'hui encore, il est

⁹ Pour C. 8, 52, 2 voir Waelkens, L., "Consuetudo contra rationem, La signification de C. 8, 52, 2", *Studi in omaggio di Ennio Cortese* (I. Birocchi, M. Caravale, E. Conte et U. Petronio, eds.), Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 2001, III, pp. 466-473; pour C. 1, 1, 1 voir Waelkens, L., "L'hérésie des premiers titres du Code de Justinien, Une hypothèse sur la rédaction tardive de C. 1, 1-13", *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 79 (2011), pp. 253-296.

¹⁰ Par exemple: Saint Augustin écrit sur la paternité (*dominium*) de Dieu le Père et nous lisons sa propriété du monde: voir Renoux-Zagamé, M.-F., *Origines théologiques du concept moderne de propriété*, Genève, Droz, 1987, passim. Quand Cicéron, *De fato* 15, 34 écrit au sujet de la *aitia* aristotélicienne, il désigne clairement la *causa* comme un conflit déterminant. Quinze siècles de christianisme transforment la *causa* aristotélicienne en une cause soumise au libre arbitre. Pour des exemples dans l'histoire du droit, voir les notes précédentes. Pour ceux qui apprécient la déconstruction, nous recommandons les œuvres du philosophe K. Oehler, qui par exemple explique

difficile d'expliquer aux romanistes que le latin fut une langue en évolution constante. Pour beaucoup d'hommes de science, leur première rencontre avec le latin fut celle qu'ils firent pendant leur enfance en écoutant des textes latins à l'église et en suivant le cours de la liturgie dans des missels bilingues. Ensuite il leur fallut étudier le latin à l'école sans aucune introduction à la critique historique. Il est compréhensible que, de nos jours, certaines personnes ressentent encore les lectures pré-humanistiques de textes latins comme des intrusions dans les certitudes de leur prime jeunesse. Toutefois, on peut se demander aussi pourquoi beaucoup de romanistes acceptent si aisément les significations 'romaines' de notions juridiques confectionnées aux Temps modernes.

2. Le for intérieur à l'origine de changements majeurs

Ces deux éléments frappants, la réduction du nombre de litiges et la redéfinition de la terminologie juridique, se rapportent à l'émergence du for intérieur. En fait, ces éléments constituent une réponse vigoureuse aux catastrophes des Temps modernes.

Quelles catastrophes? Les Temps modernes n'ont-ils pas été le cadre du Grand Bond en avant de l'Occident? Comme nous l'avons exposé ailleurs¹¹, l'immigration en masse des *Romaioi* grecs de Constantinople influença non seulement les arts et les sciences, mais transforma aussi notre pensée économique, politique et théologique. Dans un premier temps, elle stimula la prospérité occidentale. Les immigrants grecs apportèrent une meilleure technique de navigation, de nouvelles pratiques financières et développèrent le commerce intercontinental, de nouvelles routes commerciales et le commerce de produits de base. Ils introduisirent de nouvelles cultures agricoles dans l'Occident: le coton en Andalousie, les châtaigniers en Corse, le sucre de canne à Madère. Ils développèrent l'extraction du cuivre au Tyrol et remplacèrent le fer anatolien par celui du Rio Tinto ou de Bohême. Ils encouragèrent la fabrication de haute qualité, comme les soieries à Lyon, le damas et la tapisserie en Flandres, les outils métalliques dans la région du Rhin¹². Il y eut des changements politiques et religieux. Les immigrants grecs

dans son *Antike Philosophie und Byzantinisches Mittelalter, Aufsätze zur Geschichte des Griechischen Denkens*, München, Beck, 1969, comment la pensée des philosophes grecs a été également adaptée à la pensée chrétienne des Pères de l'Église. Sans cela elle n'aurait jamais résisté à la translittération du 9^e siècle.

¹¹ Waelkens, L., "Legal Transplant of Greek Caesaropapism in Early Modern Times", *Law and religion, The legal teachings of the Protestant and Catholic reformations* (W. Decock, J.J. Ballor, M. Germann et L. Waelkens, eds.), Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 2014, pp. 213–230.

¹² Il n'y a pas en Flandre et à Lyon de tissage de damassés et de ce qu'on appellerait plus tard des 'jacquards' avant le 15^e siècle. Cf. *The Cambridge History of Western Textiles* (D. Jenkins, éd.), I, 2002; *Les Renaissances, 1453–1559* (Ph. Hamon et J. Cornette, eds.), Paris, Belin, 2009. Le développement de l'industrie du coton et de l'architecture renaissance dans les deux nouvelles villes de Baeza et Ubeda dans la province de Jaen est de notoriété publique. Pour le développement systématique de Rio Tinto à partir du 16^e siècle, voir Salkield, L.U., *A Technical History of the Rio Tinto Mines, Some Notes on Exploitation from Pre-Phoenician Times to the 1950s*, Springer, 1987. De 1453 à 1552 la Corse fut exploitée par des marchands génois qui venaient du Levant. Le département d'histoire du droit de la KU Leuven mène pour l'instant une étude sur la gestion de l'île. Nous avons été frappés par l'introduction au cours du 15^e siècle de nouvelles sortes d'arbres et de cultures, par exemple le marronnier d'Inde. L'aménagement de la gestion de l'eau dans la plaine d'Aléria (qui a amené le paludisme) indique des essais pour introduire le coton. Le développement de l'armement à Tolède au début des Temps modernes est connu. Ce n'est pas une coïncidence non

promurent le système politique de Constantinople, dirigé par un monarque absolutiste puissant, dont la chancellerie constituait le tribunal de dernière instance contre toutes les décisions du pays – les décisions des patriarches y comprises. L’immigration précipita la montée de l’absolutisme, que les juristes médiévaux introduisirent en étudiant le droit des *Romaioi* à l’université. Beaucoup d’immigrants vénèrent le même Dieu en Occident que chez eux, cependant sans l’Église orientale. Ils promurent par là les idées qui détermineraient la Réforme. À un moment donné, les changements de l’économie, de la politique et de la religion devant trop envahissants, ils déstabilisèrent l’Occident. Le navire chavira. L’horreur des guerres endémiques commença d’abord en Italie au quinzième siècle. Elle atteignit la France, les Pays-Bas et l’Allemagne dans les années 1530 et fut omniprésente dans la deuxième moitié du seizième siècle. Sur une grande partie du continent, la vie quotidienne devint comparable à la vie quotidienne actuelle en Syrie. Guerre, prélèvements, persécution, brigandage, pillage, incendie des villages, dévastation des champs, saccage des récoltes, pression sur une grande partie de la population et migrations... Cette période fut refoulée de la mémoire collective et régulièrement embellie lorsque les historiens décidèrent de la dépeindre. Certes, elle apporta la Réforme et la fondation de nations fortes, et il est difficile d’associer ce renouveau intellectuel et politique à la misère de la vie quotidienne. Lorsque nous songeons aux Temps modernes, nous préférons admirer les nouveaux édifices que nos ancêtres construisirent plutôt que nous rappeler les vicissitudes quotidiennes d’un continent parti à la dérive.

Dans l’histoire du droit, les Temps modernes se caractérisent par le rôle joué les cours souveraines. Leurs décisions constituèrent l’unique source de droit. Le système fut fondé sur le droit de Rome et de Constantinople. Les empereurs romains ne proclamaient ni édits ni ordonnances contenant des règles d’application générale. Ils organisaient l’appel juridictionnel contre les décisions des fonctionnaires et des juges et attendaient que les conflits soient soumis à leur chancellerie en dernière instance. Lorsque la cour suprême jugeait un litige, les tribunaux inférieurs se devaient de considérer sa solution comme précédent et de l’adopter. Sinon, la partie perdante pouvait demander une révision en appel de l’affaire à la cour suprême. La procédure d’appel fut l’épine dorsale de la procédure juridictionnelle. Elle fut introduite en Angleterre au onzième siècle, en Italie et en Flandre au douzième, en France au treizième siècle. Au quinzième siècle elle fut renforcée et promue par les immigrants dans l’Europe entière¹³. Une cour d’appel contrôlait toutes les instances inférieures. De nombreuses nouvelles facultés de droit furent fondées par les seigneurs féodaux qui voulurent défier les décisions de leurs vassaux. De cette

plus si en Europe centrale, Maurice et Auguste de Saxe commentèrent le livre de Georgius Agricola (1494–1555), *De re metallica libri XII*, Basel, Froben, 1556. Ils voulaient développer l’industrie minière. Au sujet de la nouvelle industrie des métaux, voir par exemple Reininghaus, W., *Gewerbe in der Frühen Neuzeit*, München, Oldenbourg, 1990, pp. 20–23. Le lien entre l’industrie métallurgique allemande et les immigrants n’a pas été prouvé mais le marché était libéré des armes et objets métalliques importés depuis Constantinople.

¹³ Voir par exemple Harris, J., “Cardinal Bessarion and the Ideal State”, *Der Beitrag der Byzantinischen Gelehrten zur Abendländischen Renaissance des 14. und 15. Jahrhunderts* (E. Konstantinou, éd.), Frankfurt/Main, Lang, 2006, pp. 91–97; Maltezou, Ch., “Still more on the Political Views of Bessarion”, *ibid.*, pp. 99–105, tous deux avec bibliographie. Dans les Pays-Bas l’appel judiciaire devant la cour souveraine fut développé par Philippe le Bon: Waelkens, L., “Le rôle de l’appel judiciaire romain dans la formation des Pays-Bas au seizième siècle”, *Separation of Powers and Parliamentarism, The Past and the Present, Law, Doctrine, Practice* (W. Uruszczak, K. Baran et A. Karabowicz, eds.), Warszawa, 2007, pp. 75–85.

façon, l'absolutisme s'installa dans l'Occident. On devint roi du territoire soumis à la juridiction de sa cour souveraine. Les princes disposaient de procureurs dans toute instance juridictionnelle, qui pouvaient faire appel contre toutes sortes de décisions locales. Les procureurs et fonctionnaires pouvaient finalement provoquer des décisions de la cour souveraine sur tout aspect de la vie quotidienne¹⁴.

Au seizième siècle les cours souveraines établirent le contrôle sur les cours ecclésiastiques. Ils furent influencés en cela par les immigrants grecs. Ce contrôle constituait un aspect de la réception du césaropapisme oriental¹⁵. En Scandinavie, les évêques furent intégrés comme fonctionnaires dans l'administration royale. Les institutions ecclésiastiques entrèrent dans le domaine royal et toutes leurs décisions furent contestables devant la justice royale. Le système dominant dans les pays réformés fut la confiscation des biens ecclésiastiques par les princes et l'intégration des institutions ecclésiastiques dans les villes et les municipalités sous la juridiction des collèges échevinaux. Dans les pays catholiques, les princes introduisirent la juridiction concurrente. Ils acceptèrent dans leurs cours et tribunaux des affaires de la compétence des tribunaux ecclésiastiques. Ce système fut introduit dans les Pays-Bas lorsque Nicolas Everaerts (†1531) devint président du Grand Conseil de Malines. En Angleterre, Henri VIII fut l'adepte le plus orthodoxe des *Romaioi*. Il adopta la solution prévue dans la Nov. 123,21 de Justinien en 1534. Les cours ecclésiastiques demeurèrent inchangées, mais le dernier appel contre York et Canterbury fut dès lors dirigé vers le Conseil privé plutôt que vers Rome.

Vers le milieu du seizième siècle, la plupart des pays occidentaux ne connaissaient plus de droits en dehors de la jurisprudence des conseils souverains. Les princes employèrent leur nouveau pouvoir judiciaire pour dominer les cours municipales, féodales et ecclésiastiques. Ils devinrent aussi les maîtres de la guerre et de la paix. La féodalité médiévale représentait un système précieux pour limiter la belligérance. En effet lorsque des seigneurs féodaux se trouvaient sollicités à faire la guerre, ils tentaient de convaincre leur prince féodal de changer d'avis, de parler à l'ennemi et de tenter de régler le *casus belli*. Les monarques du début des Temps modernes décidèrent eux-mêmes de la guerre et de la paix. Il leur était possible d'emprunter de l'argent auprès de banques recapitalisées par les immigrés en leur donnant en gage des *regalia*, des droits féodaux ou des impôts futurs. Ceci explique l'omniprésence de la guerre aux Temps modernes et le déclin économique de l'Occident. Durant les guerres le respect des droits civils dans le camp des perdants était bafoué. Les droits furent étouffés par les conseils souverains et furent uniquement accordés aux vainqueurs.

Dans la deuxième moitié du 16^e siècle, l'Europe occidentale continentale s'enlisa dans la pire crise de son histoire. Mais que pouvait-on faire contre des monarques absolus? Comment protéger la société civile et comment sauvegarder la vie quotidienne alors que chaque juridiction est contrôlée par les conseils souverains? Les humanistes avaient promu la culture grecque. Au cours du 16^e siècle maints savants se mirent à réduire l'influence des idées grecques en remettant

¹⁴ Une excellente introduction à l'histoire du droit du début des Temps modernes est donnée par Padoa Schioppa, A., *Storia del diritto in Europa, Dal medioevo all'età contemporanea*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 223–387.

¹⁵ Voir Waelkens, "Legal Transplant of Greek Caesaropapism in Early Modern Times", *Law and Religion, The Legal Teachings of the Protestant and Catholic reformations*, pp. 213–230.

en cause leur valeur réelle. Pour eux, la culture grecque ne fut plus celle qui leur était parvenue de Constantinople, mais une ancienne culture préchrétienne et démocratique¹⁶. Constantinople était mise en question. Hieronymus Wolf (1516-1580) fut le premier à utiliser le nom dédaigneux de ‘byzantin’, lorsqu’il traduisit la *Romaikè historia* de Nicephor Gregoras (1295-1360) comme *Romana hoc est byzantina historia*, la réduisant ainsi à l’histoire de notre ancienne colonie de Byzance en Orient¹⁷.

Mais que restait-il à faire pour des facultés de droit? Comment leur serait-il possible de refouler l’absolutisme? Les juristes amendent l’ordre social et la constitution de leur pays en les interprétant. Encore aujourd’hui, si vos droits fondamentaux ont été garantis par un texte constitutionnel, le contenu de cette protection change de jour en jour, du fait des interprétations faites par les cours constitutionnelles, par Luxembourg ou Strasbourg. Toutefois, les interprétations des juristes doivent être avalisées par la société. Au 16^e siècle, les juristes utilisèrent deux arguments pour briser le monopole des cours souveraines: ils profitèrent de l’introduction du droit canon dans les cours souveraines et ils formulèrent la théorie du for intérieur.

L’acceptation du droit canon par les cours souveraines a déjà été mentionnée. En raison de cette nouvelle compétence, les conseils souverains continentaux furent obligés de se pencher sur les principes du droit canonique. En traitant d’anciennes matières de droit canonique, les conseillers royaux appliquèrent les anciens précédents des canonistes. Cette nouvelle activité modifia leur juridiction. Elle introduisit une nouvelle mentalité dans la jurisprudence. Les principes de droit canon furent sécularisés, sans être débarrassés de leurs anciennes valeurs. Au 16^e siècle, les conseils souverains commencèrent à exiger le respect de l’équité dans toutes les affaires et de la bonne foi dans toutes obligations et ils acceptèrent *pacta sunt seruanda*, le mariage et la légitimité comme billet d’entrée aux tribunaux et donc donnant accès aux droits civils... Au 17^e siècle, les juristes reprirent les principes du droit administratif ecclésiastique, qui serait de première importance pour le développement du droit public. Les juristes des pays réformés éprouvèrent des difficultés à introduire ce genre de droit ‘papal’ dans la juridiction des cours souveraines¹⁸. Il fut néanmoins accepté comme ‘droit coutumier’ dans la plupart des pays¹⁹. La théorie du droit coutumier des Temps modernes est donc due à la

¹⁶ Pensez à la controverse d’Érasme et de Reuchlin concernant la manière de prononcer le grec: selon Reuchlin il devait être prononcé comme le faisaient les immigrants, selon Érasme il fallait reconstruire la prononciation antique: Erasmus, D., *De recta latini graecique sermonis pronuntiatione dialogus*, Lyon, Gryphus, 1528. Le caractère démocratique de la culture grecque et de la République romaine constitue le thème central de l’ouvrage de Jean Bodin, *Les six livres de la République*, Paris, Jacques Dupuys, 1576. Dans l’œuvre de Philippe de Leyde, *De cura reipublicae et sorte principantis*, composée en 1355, le mot ‘république’ signifie encore ‘communauté’.

¹⁷ Nicephori Gregorae *Romanae, hoc est byzantinae historiae libri VI* [...], D. Antonii Fuggeri et Hieronymi Wolfii labore graece Latineque editae [...], Basel, Joannes Oporinus, 1562. Au sujet de H. Wolf, voir: Beck, H.-G., *Der Vater der deutschen Byzantinistik, Das Leben des Hieronymus Wolf von Ihm selbst erzählt* (Miscellanea Byzantina Monacensia 29), München, Institut für Byzantinistik, 1984.

¹⁸ Le juriste réformé de Louvain, Mudaeus, fait totalement abstraction du droit canon dans ses œuvres. D’autres comme Molinaeus (Paris) ou Wesenbecius (Louvain – Wittenberg), furent plus pratiques. Pour ces derniers, si les tribunaux l’acceptent, il ne s’agit plus de droit canon.

¹⁹ Thèse de Wolter, U., *Ius canonicum in iure civili* (Forschungen zur neueren Privatrechtsgeschichte 23), Köln-Wien, Böhlau, 1975.

réception et au recyclage du droit canon, considéré comme un droit bon et ancien²⁰. Il allait permettre aux conseillers d'apporter un nouvel esprit dans le droit monarchique. Les canonistes, comme l'écrivait déjà l'Hostiensis, ne résolvent pas seulement les conflits, mais ils sont aussi concernés par le destin final des parties. En appliquant le droit canonique, les juristes civils commencèrent à admettre que, tout comme les prêtres, qui géraient tant des causes judiciaires que des causes spirituelles, les fonctionnaires devraient se laisser inspirer par la pensée éthique et développer un 'Amtsgewissen'. Ils prirent conscience du for intérieur, une expression médiévale que les canonistes comme l'Hostiensis n'employèrent jamais.

La majorité des monarques et des conseillers royaux du 16^e siècle craignait Dieu. Certains juristes voyaient dans cette situation un autre moyen de contrecarrer l'absolutisme. L'exemple de la Castille est emblématique. En 1521, l'empereur Charles V ordonna le massacre de Villalar. Trois milles 'comuneros', qui marchaient sur Valladolid afin de solliciter le respect de leurs droits civils, furent exterminés. Le théologien Vitoria réagit à Valladolid et plus tard à Salamanque par des cours sur *iustitia et iure*, au sein desquels il mélangea théologie et droit. Dans son sillage, des théologiens en colère continuèrent à opposer la justice au droit royal. Par la création et par le baptême les justiciables entraient dans l'ordre divin, qui l'emportait sur l'ordre royal²¹. La brèche faite dans l'absolutisme ne serait plus jamais colmatée. Dans la Controverse de Valladolid de 1550-1551 au sujet du statut civil des Indiens d'Amérique, Charles V s'inclina devant une commission consultative composée de juristes et de théologiens et reconnut que les indiens étaient citoyens, que tout homme possédait des droits civils²². L'influence des penseurs de l'école de Salamanque, ces académiciens castillans, sur les facultés de droit a été mise en lumière au cours du dernier demi-siècle²³. Ils se concentraient sur le 'droit naturel' et sont dès lors souvent appelés les 'jusnaturalistes' espagnols.

Dans maintes facultés de droit on assista à un développement semblable, qui se reconnaît à l'interprétation du terme de *ius naturale*. Dans l'Antiquité, ces mots signifiaient procédure innée, instinctive ou intuitive. Au Moyen-âge le *ius naturale* des romanistes fournissait aux canonistes la plateforme pour introduire des préceptes de la théologie morale dans le droit canon²⁴. Au milieu du 16^e siècle enfin,

²⁰ Nos idées actuelles sur le droit coutumier sont déterminées par la théorie du 19^e siècle. C'est seulement à cette époque là, dans une recherche romantique d'un droit aux origines populaires, que les chercheurs ont considéré la jurisprudence médiévale des *iudices delegati* féodaux dans les villes et seigneuries comme du droit coutumier. La jurisprudence des tribunaux inférieurs des Temps modernes fut aussi considérée comme du droit coutumier. En Allemagne elle devint de surcroît droit coutumier germanique. Pour la théorie juridique à ce propos, voir au début du 19^e siècle par exemple Puchta, G.F., *Das Gewohnheitsrecht*, Erlangen, 1828, et à la fin du siècle Brie, S., *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht*, I, *Geschichtliche Grundlegung, Eine historisch-dogmatische Untersuchung*, Breslau 1899. Au sujet du mythe du droit coutumier allemand: Schäfer, F.L., *Eine Geschichte der Wissenschaft vom einheimischen Privatrecht* (Juristische Abhandlungen 51), Frankfurt/Main, Klostermann, 2008.

²¹ Au sujet des théologiens et du *ius commune* voir Decock, W., *Theologians and Contract Law, The Moral Transformation of the ius commune (ca. 1500–1650)*, Leiden, Brill, 2013, pp. 21–104.

²² Dumont, J., *La vraie controverse de Valladolid, Premier débat des droits de l'homme*, Paris, Critérium, 1995.

²³ Bibliographie dans Decock, *Theologians and Contract Law*.

²⁴ Weigand, R., *Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus* (Münchener Theologische Studien III, Kan. 26), München, Max Hüber Verlag, 1967, représente une étude emblématique à ce sujet.

la théorie du droit naturel se retrouve dans de nombreux cours d'introduction au droit. À Louvain, Joachim Hopperus suggéra en 1553 que Dieu prodiguait certains droits à la naissance (*natura*)²⁵. Quatre ans plus tard, Joannes Ramus publia son *Oikonomia*, un pamphlet sur les cent axiomes du droit²⁶. Les monarques et conseillers qui ne respectaient pas le droit naturel étaient bien souverains sur la terre, mais devaient craindre le Jugement dernier.

En raison des guerres durant la dernière moitié du 16^e siècle, de l'état pitoyable de bien des facultés de droit et du nombre réduit d'étudiants suivant les cours, les nouvelles idées des juristes prirent du temps à s'enraciner²⁷. Au début du 17^e siècle, on remarque une réception d'idées théologiques dans la théorie juridique. Wim Decock a analysé comment les théologiens développèrent la notion du *forum internum* et comment ils l'associèrent avec un *forum conscientiae*. Au début du 17^e siècle, on remarque une grande influence sur le droit d'éléments qui n'ont pas trouvé leur origine dans les juridictions royales. Elle est exprimée dans les œuvres de Lessius, qui introduisit et adapta la doctrine des jusnaturalistes espagnols à Louvain et dans la théorie juridique catholique, et par Grotius, qui la répandit à travers les pays réformés. Grotius, qui fut autant théologien que juriste et fervent opposant du gouvernement de son pays, est considéré comme le 'père du droit naturel'.

3. Le for intérieur chez les juristes

Lessius écrivit souvent sur le *forum conscientiae*, et pourtant les juristes évitèrent le terme. Leur principal intérêt se porta sur l'absolutisme des cours monarchiques, appelé en latin le *forum externum*. Il avait besoin du *forum internum* pour contester cet absolutisme. L'acceptation d'un for intérieur les conduisit vers le développement de la doctrine juridique. Les juristes construisirent des théories tout comme les théologiens. L'existence de droits innés fut à la base de la pensée de 'l'école de droit naturel'. Aux facultés de droit ils menèrent à une approche théorique du droit et au développement de la théorie juridique, qui sollicita le nouvel 'Amtsgewissen' des juristes et des juges. Les juristes développèrent la théorie juridique et leurs étudiants furent endoctrinés de principes juridiques qui n'étaient pas fondés sur des précédents judiciaires. Cela fut accepté par les fonctionnaires, y compris les juges, qui étaient toujours des fonctionnaires à cette époque. Cette approbation de la nouvelle source du droit, dogmatique, fut d'abord et avant tout le résultat du climat de l'époque. En 1600, l'Europe était épuisée par les guerres. Même les monarques étaient à bout de force. Tout ce qui pourrait permettre d'améliorer la situation fut accueilli à bras ouverts. Vingt ans après, les conseillers des cours souveraines, qui avaient grandi avec les nouvelles théories juridiques, appliquèrent couramment les valeurs qui leur avaient été enseignées dans les facultés de droit.

²⁵ Voir p.e. Hopperus, J., *De iuris arte*, Leuven, Martinus Rotarius, 1553, I, p. 13.

²⁶ Joannes Ramus, *Oikonomia seu dispositio regularum utriusque iuris in locos communes*, Leuven, Bartholomaeus Gravius, 1557.

²⁷ La pérégrination académique de chercheurs comme Jacques Cujas, Johannes Reuchlin, Alberico Gentili, Johannes Ramus, Justus Lipsius... a été largement déterminée par l'insécurité dans les centres intellectuels et les manques de moyens des universités où ils résidèrent.

Le for intérieur n'était pas arbitraire²⁸. Les juristes développèrent des lignes politiques qui le rendirent également prévisible. Ils soulignèrent sa dimension européenne, non seulement en l'encadrant dans le christianisme, mais aussi en le reliant à la logique grecque qui s'était installée en tous lieux pendant le seizième siècle. La pensée juridique catholique avec son influence théologique centralisée et la pensée juridique réformée avec son rationalisme croissant furent toujours présentes en arrière-fonds. Les deux systèmes aspirèrent au droit et à la justice en dehors des cours.

Au dix-septième siècle trois nouvelles matières se développèrent: le droit privé, le droit public et le droit international.

Pendant les guerres du seizième siècle, les vainqueurs étaient libres de traiter avec les perdants comme il leur plaisait: tout revenait au vainqueur. Au contraire, dans le droit naturel, les droits civils surpassèrent la compétence des monarques. Grotius défendit cette nouvelle vision dans son *De iure belli ac pacis* (1625). Une guerre ne changeait en rien les droits civils car ces droits appartenaient à tous les sujets. Il fallait les considérer comme *res privata* par rapport aux souverains. Pour Grotius, tous les droits civils étaient des droits subjectifs, appartenant au sujet. Le monarque et les conseillers qui ne respecteraient pas ces droits devraient en rendre compte lors du Jugement dernier. Pour Descartes (1596-1650), dont le diplôme retrouvé révèle qu'il était juriste²⁹, chaque sujet demeurait le point de départ des droits sans l'intervention de son Créateur. Dans le monde juridique, cette révolution cartésienne fut exprimée dans le droit privé. Au cours du dix-septième siècle, les droits civils furent de plus en plus considérés comme des droits privés de l'individu qui transcendaient les juridictions nationales. Ils furent dès lors étudiés aux facultés de droit sans références aux tribunaux. Les droits civils devinrent l'héritage primordial du droit romain, l'ancien système juridique émanant à la fois de l'Occident et de l'Orient. Afin de connaître leur contenu, le *Corpus iuris* fut passé au peigne fin. Dans la pratique, cette renaissance du *Corpus iuris* et du droit romain fut anhistorique, puisque on n'y rechercha pas à comprendre l'ancien droit, mais bien à fonder la nouvelle pensée juridique. Par l'intermédiaire du *Corpus iuris*, les juristes voulurent sauvegarder les droits privés des citoyens. Dans ce processus, le droit de Justinien joua le même rôle que l'humanisme au seizième siècle. Il offrit une plateforme pour surpasser les particularismes. Dans le *Corpus iuris*, les juristes ne virent plus dorénavant une jurisprudence impériale que les cours souveraines eurent pu amender. À Louvain, Zoesius présenta le *Corpus iuris* comme une *lex generalis*, une loi plus forte que la jurisprudence monarchique. La plupart des juristes le considéra comme un texte immuable que l'on devait lire comme une Bible protestante: immédiatement, sans tenir compte de la tradition, avec les besoins actuels en point de départ, avec les convictions, le latin et la logique du moment.

²⁸ La littérature juridique imprimée du début des Temps modernes est trop étendue pour tout lire. Les pages suivantes sont basées sur les publications des juristes de Louvain du 16^e et 17^e siècle que nous avons étudiés en composant notre *History of the Leuven law faculty*, Brugge, La Chartre, 2014, en particulier pp. 94–111. En raison de la forte crise dans les Pays-Bas sous Charles V et Philippe II, Louvain fut précoce dans son élaboration de la doctrine juridique. Elle ne fut pourtant pas seule. Une comparaison avec les facultés de droit d'Allemagne, de France et d'Italie permet d'arriver à la même conclusion. En dehors de l'ancien Empire, par exemple en Angleterre ou à Cracovie, on ne retrouve pas la même théorie juridique.

²⁹ Armogathe, J.-R., Carraud, V., et Feenstra, R., "La licence en droit de Descartes, un placard inédit de 1616", *La nouvelle république des lettres* 2 (1988), pp. 125–145.

Cette démarche est appelée *usus modernus pandectarum*. Elle donna naissance à une 'Umwertung aller Werte'. Cela ressemblait apparemment à une étude de droit romain et paraissait conforme au droit romain médiéval. Mais cette nouvelle approche du *Corpus iuris* n'était ni une étude du droit romain, ni une étude sur la juridiction impériale. Le *Corpus iuris* fut considéré comme *ratio scripta*, porteur du droit naturel, des droits innés, qui surpassaient les tribunaux. Son interprétation ne fut pas dictée par le *forum externum* des cours souveraines, mais par une démarche théorique interne, par le *forum internum* des juristes. Ils discutèrent les valeurs du *ius commune* sans frontières nationales, d'où les nouvelles significations données à la plupart des notions juridiques romaines dans le *ius commune* des Temps modernes, comme indiqué ci-dessus. *Dominium* et *possessio*, *causa*, *tutela*, *legitimatio*, *matrimonium*, *obligatio naturalis*, *poena capitalis*, etcetera, reçurent des significations qui correspondaient aux sentiments de justice du for intérieur et qui sapèrent les pouvoirs des monarques. Rappelons un exemple. Dans l'Antiquité et au Moyen-âge, *dominium* désignait le droit du souverain sur toutes les terres, qu'il put emprunter aux seigneurs féodaux en tant que *dominium utile*. Dans la doctrine du début des Temps modernes, le *dominium utile* fut considéré comme le véritable *dominium* et les droits réels du prince furent oubliés³⁰. Cette nouvelle perspective sur les droits civils fut appelée 'droit privé' car elle fut développée en dehors des tribunaux et sans la contribution des monarques. En tant que produit des facultés de droit, ce droit fut propagé par les jeunes juristes. Son introduction dans la pratique fut fondée sur le fait que les conseillers pouvaient suivre leurs convictions, ramenées de la faculté et développées ensuite dans la pratique. Puisque le droit privé fut formellement un produit du *Corpus iuris*, il constituait un bon vieux droit, *ratio scripta*, et les juristes purent l'appliquer de la même façon que l'ancien droit canon. Comme le *ius commune* des Temps modernes représentait un héritage commun à toutes les nations continentales, il promut la reprise du commerce et de la coopération par-delà les frontières et contribua au rétablissement de la prospérité.

Une deuxième matière de doctrine juridique fit son apparition par la montée du droit public. Les relations entre le monarque et le peuple furent reconsidérées. Pendant le seizième siècle, les monarques avaient remplacé les seigneurs féodaux

³⁰ Feenstra, R., "L'emphythéose et le problème des droits réels", *La formazione storica del diritto moderno in Europa, Atti del terzo Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto*, Firenze, Olschki, 1977, pp. 1295–1320; des réimpressions d'articles sur ce sujet se trouvent dans Feenstra, R., *Legal Scholarship and Doctrines of Private Law* (Variorum Collected Studies 356), Ashgate, Variorum, 1996, III and XIII, et dans Feenstra, R., *Histoire du droit savant (13th–18th century)*, *Doctrines et vulgarisation par incunables* (Variorum Collected Studies 842), Ashgate, Variorum, 2005, I–V. Une étude importante des aspects féodaux du *dominium* se trouve chez Leyte, G., *Domaine et domanialité publique dans la France médiévale (XIIe–XVe siècle)*, Strasbourg, Presses Universitaires, 1996. Plus récemment le sujet a été abordé par Rüfner, Th., "The Roman Concept of Ownership and the Medieval Doctrine of *dominium utile*", *The Creation of the ius commune, From casus to regula* (J. W. Cairns et P. J. Du Plessis, eds.), (Edinburgh studies in law 7), Edinburgh, University Press, 2010, pp. 127–142. Pour l'influence de la théologie sur la notion de propriété, voir Renoux-Zagamé, *Origines théologiques du concept moderne de propriété*. Sur le rôle joué par la seconde scholastique espagnole dans le développement de la notion unique de propriété, voir parmi d'autres Decock, *Theologians and Contract Law*, pp. 352–374. Sur le problème de la propriété divisée, voir Waelkens, L., "Enkele grondslagen van de leasing in het *ius commune*", *Leasing* (B. Tilleman et A. Verbeke, eds.), Brugge, La Charte, 2007, pp. 1–16. Enfin sur la notion de propriété qui a prévalu dans la genèse du Code civil, voir *Eigentum in internationalem Vergleich (18.–20. Jahrhundert)* (H. Siegrist et D. Sugarman, eds.) (Kritische Studien zur Geschichtswissenschaft 130), Göttingen, Vandenhoeck et Ruprecht, 1999.

dans leurs administrations par des juristes à leur service. Durant le dix-septième siècle, ces juristes réduisirent le pouvoir de leurs propres monarques³¹. Ici aussi, on fit appel à la théologie et le *forum internum* joua son rôle. Les juristes commencèrent à méditer sur des questions éthiques concernant la relation entre le monarque et ses sujets. Durant cette période se développa la théorie selon laquelle le monarque aurait reçu son pouvoir de Dieu et qu'il devrait lors du Jugement dernier en justifier l'usage. Dans ce contexte, les théologiens obtinrent droit de parole, mais leur rôle se réduisit progressivement, au fur et à mesure du développement de la doctrine juridique. Le fait que les juristes avaient adoptés des principes de droit canon joua un rôle important dans le droit public. En Europe, les principautés furent traditionnellement transmises au fils aîné par le droit successoral privé. Dans l'absence d'un fils, le domaine était remis à la fille aînée mais comme il s'agissait d'une fonction militaire, son époux en devenait monarque. Les juristes du dix-septième siècle avancèrent en revanche l'idée grecque d'une *politeia*, un 'état' de citoyens qui auraient leurs propres intérêts et qui, en tant qu'association, pouvait prétendre à être titulaire du domaine public tout comme le monarque ou même en s'opposant à lui. Cette interprétation fut influencée par le droit canon. L'Église ne constituait pas une principauté, mais une communauté qui fonctionnait conformément au droit des associations. Depuis l'Antiquité romaine, elle avait organisée une juridiction qui ne se transmettait pas par le droit successoral. En autres mots, le territoire et le pouvoir juridique ne devraient plus nécessairement être transmis par héritage. Dans la doctrine juridique concernant le droit public, on peut lire que les intérêts du monarque et de 'l'état' divergeaient. Dans la seconde moitié du dix-septième siècle, l'idée d'une *politeia* qui puisse fonctionner sans monarque héréditaire et avec des élections et le consensus se développa. Une fois de plus on rencontre ce droit canon, qui n'avait pourtant aucun statut *in foro externo*...

Mais retournons à Louvain. Au début du siècle, Gudelinus (1550–1619) donna un cours sur le droit féodal dans lequel il exposa l'ancien système de pouvoir monarchique. Zoesius (†1627) continua ce cours et expliqua que, faisant partie du *Corpus iuris*, les *Libri feudorum* limitaient la compétence du monarque³². Antonio Pérez (1587–1672) continua le développement du même cours et en fit le sujet du premier manuel sur le *ius publicum*³³. Il décrit le rôle du monarque et les institutions qui s'étaient développés à partir de la féodalité. Le monarque n'était pas lié par sa jurisprudence, mais il était lié par la morale et le droit naturel. Pérez puisa des principes de droit constitutionnel dans Tacite, Cicéron et Justinien pour démontrer que l'autorité était contrôlée depuis très longtemps. Une fois encore le monarque était soumis à des principes empruntés à la doctrine et au for intérieur. Pérez exerça une influence considérable dans l'Europe du nord. On peut constater l'apparition de ce même courant de pensée dans la plupart des facultés de droit et dans la pratique juridique. Ne citons que deux exemples célèbres à Paris et à Londres. Lorsque Louis XIV envoya ses ordonnances à son Parlement, il reçut des

³¹ La façon dont les juristes employés par les princes réussirent à contrôler et réduire l'absolutisme se lit dans les études de J. Krynen de Toulouse. Voir par exemple son ouvrage important et très accessible Krynen, J., *L'état de justice*, I, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris, Gallimard, 2009.

³² Première édition: Petrus Gudelinus, *Praelectiones feudales*, éditée ensemble avec Henricus Zoesius, *Praelectiones feudales, Lovanii anno 1623 extra ordinem habitae*, Leuven, Jacques Zegers, 1641.

³³ Antonius Perezus, *Ius publicum, Quo arcana et iura principis exponuntur*, Amsterdam, Elzevier, 1657.

remarques, des ‘remontrances’. Les théories des conseillers du Parlement, qui se prétendaient au service de l’état de France, se heurtèrent à celles du monarque. D’où la remarque désespérée du roi: “Mais l’état, c’est moi!” Charles I d’Angleterre rencontra davantage de difficultés. Ses propres juristes le condamnèrent à mort parce qu’il ne voulut pas respecter les nouvelles idées du droit public. Les juristes développèrent ainsi des principes *in foro interno* qui prédominèrent sur les prérogatives royales.

Le développement du droit de la paix constitue le troisième élément de la doctrine juridique. Durant le seizième siècle, des juristes italiens comme Andrea Alciato (1492–1550), Pierino Belli (1502–1575) et Alberico Gentili (1552–1608) avaient écrit déjà sur les lois de la guerre. Dans les Pays-Bas, Balthasar de Ayala était sur la même longueur d’onde (1548–1584) avec son *De iure belli*. Au début du dix-septième siècle, en réaction à cette situation naquit le droit de la paix. Gudelinus fut le premier à considérer ce thème du point de vue de la paix, et non seulement du point de vue des monarques³⁴. Après lui, la guerre et la paix furent souvent traitées en droit public. Néanmoins, le droit international se transforma en une branche juridique disposant de ses propres caractéristiques. Il n’y eut, par exemple, pas de tribunal qui put juger en ces affaires. Les juristes furent entraînés à la faculté de droit à prévenir les guerres de façon extrajudiciaire, à deviner les conflits imminents entre les monarques et à les désamorcer. Dans cette même faculté, ils prirent conscience de l’importance des échanges entre ambassadeurs et de la communication avec l’ennemi. Une fois que les conflits étaient devenus inévitables, il fallait les abrégés. Les juristes développèrent des principes internes pour les fonctionnaires avec lesquels ils continrent les effets dévastateurs de la guerre. La guerre demeura inévitable, puisque aucun *forum externum* ne pouvait contenir un conflit entre deux monarques. Cependant, elle fut saisie dans un cadre doctrinal qui transforma complètement la manière de faire la guerre³⁵.

Au milieu du dix-septième siècle, la doctrine juridique s’était répandue partout. Pour Antonio Pérez, alors professeur à Louvain, un droit européen qui transcendait les diverses convictions religieuses avait pris naissance autour du *Corpus iuris*. Pour son collègue Diodorus Tuldenus (ca. 1590–1645), le *Corpus iuris* contenait les droits civils inviolables de l’individu. La différence entre droit privé et droit public était évidente pour Tuldenus et il considéra également le droit de la paix comme un aspect du droit public. Il souligna clairement que les principes de droit privé et public n’étaient plus élaborés par les *fora externa*, mais raisonnés et atemporels³⁶. La même approche se retrouve en Allemagne dans l’œuvre de Samuel Pufendorf (1632–1694). En 1661, on lui offrit une chaire de droit romain à Heidelberg. Il posa comme condition à sa venue la transformation de l’intitulé de cette chaire en chaire en droit naturel, et il lui fut accordé la première chaire de ce nom. Dans la même année, ses *Elementa jurisprudentiae universalis* parurent,

³⁴ Gudelinus, *De iure pacis commentarius*, 2^e édition, Leuven, Jacques Zegers, 1641.

³⁵ Ce qui est le sujet de l’ouvrage de Whitman, J., *The Verdict of Battle, the Law of Victory and the Making of Modern War*, Cambridge, Ma., Harvard University Press, 2012.

³⁶ Expliqué par exemple dans Diodorus Tuldenus, *De iurisprudentia extemporalis sive series aphorismorum, quorum ductu et ius constitutum liquidius intelligi et quae circa illud controversiae incidunt ex tempore disceptare possunt*, Leuven, Joannes Oliverus et Cornelius Coenesteyn, 1628; Id., *Ars aequi et boni perpetuo nexu et explicatione regularum selectarum ex universe iure adornata, sive De iurisprudentia extemporalis pars altera*, Leuven, Joannes Oliverus et Cornelius Coenesteyn, 1649.

œuvre dans laquelle il accentua la dimension universelle du droit privé. En 1667, ce livre fut suivi par son *De statu imperii germanici* contenant des principes de droit public et en 1672 par son *De iure naturae et gentium* dans lequel la discussion porte sur le droit international. La même évolution put être observée en France. Jean Domat (1625–1696) décrit le droit romain comme un système juridique paneuropéen dans *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (1689). Son Droit public fut réuni à cette œuvre à titre posthume. En Angleterre, Thomas Hobbes (1588–1679) se révéla un partisan convaincu du droit en dehors des tribunaux et du droit qui trouve son origine dans ‘l’état’, mais ce dernier développement dépasse le cadre de la présente étude.

4. La réussite de la théorie juridique

La théorie juridique de la moitié du 17^e siècle fut incomparable au *forum conscientiae* mentionné au 16^e siècle. S’agissait-il toujours de droit créé *in foro interno*? La nouvelle doctrine fut construite comme un système logique et fermé et fut toujours créée en opposition à l’absolutisme des conseils souverains. Elle ne fut pas inspirée par le désir de résoudre des conflits, mais par la volonté de construire une société idéale. Au 18^e siècle, une réaction contre la valeur intrinsèque de la théorie juridique allait naître. La doctrine se montrait trop interne, trop imprécise, trop imprévisible, trop incalculable... Le prochain stade serait la rédaction des concepts théoriques dans les codes et les constitutions. Il fallait les extérioriser. Cependant, au 17^e siècle le contrôle de l’absolutisme, la promotion du droit en dehors des tribunaux et le développement du droit privé, du droit public et du droit international portèrent l’Occident à une apothéose, la Paix de Westphalie (1648). Quel succès! La joie provoquée par cette paix durable s’exprima dans l’exubérance de l’art baroque. Les non-juristes aussi se mirent à favoriser les échanges internationaux et cherchèrent des modes de pensée et d’expression culturelle susceptibles de transcender les frontières nationales. La promotion d’une culture européenne commune nous amena au siècle des Lumières. Les domaines de pensée communs furent accentués et les différences religieuses minimisées. Une croissance démographique à long terme s’annonça en Europe. Voilà pour les juristes un des rares paramètres qui leur indique l’amélioration du droit: moins de conflits et une meilleure prévention permettent un accroissement de la population par kilomètre carré.

Cette révolution qui avait permis de passer de l’absolutisme et la guerre à la paix et à la prospérité se basait donc bien sur le *forum internum*, mais celui des juristes. Le *forum externum* demeurait inchangé. Les institutions royales et les structures étatiques persistèrent comme auparavant. Toutefois, dorénavant chaque nouvelle norme fut examinée et discutée en dehors des tribunaux et aux facultés de droit les juristes furent formés selon de nouvelles valeurs. Le droit fut façonné en dehors des conseils souverains. Nous voici revenus au début de notre exposé en ayant bouclé la boucle. Beaucoup de notions juridiques changèrent et furent adaptés *in foro interno*, sans être renommées. Le nombre de litiges *in foro externo* fut notablement réduit. La juridiction perdit son rôle au bénéfice de la doctrine. Ces évolutions furent provoqués par ce for intérieur théorique, mais n’en furent pas moins des réalisations externes, du droit au service de la population. Au 18^e siècle

les systèmes juridiques européens adopteraient de nouvelles structures. Elles furent donc préparées *in foro interno*.

Appendice bibliographique

- Agricola, G., *De re metallica libri XII*, Basel, Froben, 1556.
- Armogathe, J.-R., Carraud, V., et Feenstra, R., “La licence en droit de Descartes, un placard inédit de 1616”, *La nouvelle république des lettres* 2 (1988), pp. 125–145.
- Baker, J.H., “Civil Litigation in England 1640–1830”, *The First Modern Society* (A. L. Beier e.a., éd.), Cambridge, University Press, 1989, pp. 362–363.
- Beck, H.-G., *Der Vater der deutschen Byzantinistik, Das Leben des Hieronymus Wolf von Ihm selbst erzählt* (Miscellanea Byzantina Monacensia 29), München, Institut für Byzantinistik, 1984.
- Bodin, J., *Les six livres de la République*, Paris, Jacques Dupuys, 1576.
- Brie, S., *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht, I, Geschichtliche Grundlegung, Eine historisch-dogmatische Untersuchung*, Breslau 1899.
- Brooks, C.W., “Litigants and Attorneys in the King’s Bench and Common Pleas 1560–1640”, *Legal Records and the Historian* (J. H. Baker, éd.), London, 1978, pp. 42–43.
- Buntinx, J., *Inventaris van het archief van de Raad van Vlaanderen*, 9 vol., Bruxelles, Archives du Royaume, 1964–1979.
- Decock, W., *Theologians and Contract Law, The Moral Transformation of the ius commune (ca. 1500–1650)*, Leiden, Brill, 2013, pp. 21–104.
- Dumont, J., *La vraie controverse de Valladolid, Premier débat des droits de l’homme*, Paris, Critérium, 1995.
- Eigentum in internationalem Vergleich (18.–20. Jahrhundert)* (H. Siegrist et D. Sugarman, éd.) (Kritische Studien zur Geschichtswissenschaft 130), Göttingen, Vandenhoeck et Ruprecht, 1999.
- Erasmus, D., *De recta latini graecique sermonis pronuntiatione dialogus*, Lyon, Gryphius, 1528.
- Feenstra, R., *Histoire du droit savant (13th–18th century), Doctrines et vulgarisation par incunables* (Variorum Collected Studies 842), Ashgate, Variorum, 2005.
- Feenstra, R., *Legal Scholarship and Doctrines of Private Law* (Variorum Collected Studies 356), Ashgate, Variorum, 1996.
- Feenstra, R., “L’emphythéose et le problème des droits réels”, *La formazione storica del diritto moderno in Europa, Atti del terzo Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto*, Firenze, Olschki, 1977, pp. 1295–1320.
- Gudelinus, P., *De iure pacis commentarius*, 2^e édition, Leuven, Jacques Zegers, 1641.
- Gudelinus, P., *Praelectiones feudales*, éditée ensemble avec Henricus Zoesius, *Praelectiones feudales, Lovanii anno 1623 extra ordinem habitae*, Leuven, Jacques Zegers, 1641.
- Harris, J., “Cardinal Bessarion and the Ideal State”, *Der Beitrag der Byzantinischen Gelehrten zur Abendländischen Renaissance des 14. und 15. Jahrhunderts* (E. Konstantinou, éd.), Frankfurt/Main, Lang, 2006, pp. 91–97.
- Hopperus, J., *De iuris arte*, Leuven, Martinus Rotarius, 1553.
- Kegan, R.L., *Litigants in Castile, 1500–1700*, Chapel Hill, 1981.
- Krynen, J., *L’état de justice, I, L’idéologie de la magistrature ancienne*, Paris, Gallimard, 2009.
- Le Bailly, M.C., “Langetermijntrends in de rechtspraak van de hoven van justitie in de Noordelijke Nederlanden van ca. 1450 tot 1800”, *Pro Memorie* 13 (2011), pp. 30–67.
- Les Renaissances, 1453–1559* (Ph. Hamon et J. Cornette, éd.), Paris, Belin, 2009.
- Leyte, G., *Domaine et domanialité publique dans la France médiévale (XIIe–XVe siècle)*, Strasbourg, Presses Universitaires, 1996.
- Maltezou, Ch., “Still more on the Political Views of Bessarion”, *Der Beitrag der Byzantinischen Gelehrten zur Abendländischen Renaissance des 14. und 15. Jahrhunderts* (E. Konstantinou, éd.), Frankfurt/Main, Lang, 2006, pp. 99–105.
- Muldrew, C., *The Economy of Obligation, The Culture of Credit and Social Relations in Early Modern England*, Basingstoke, 1998, pp. 230–232.
- Nicephori Gregorae Romanae, *hoc est byzantinae historiae libri VI* [...], D. Antonii Fuggeri et Hieronimy Wolfii labore graece Latineque editae [...], Bâle, Joannes Oporinus, 1562.
- Oehler, K., *Antike Philosophie und Byzantinisches Mittelalter, Aufsätze zur Geschichte des Griechischen Denkens*, München, Beck, 1969.
- Padoa Schioppa, A., *Storia del diritto in Europa, Dal medioevo all’età contemporanea*, Milano, Giuffrè, 2007.
- Perezius, A., *Ius publicum, Quo arcana et iura principis exponuntur*, Amsterdam, Elzevier, 1657.

- Ramus, J., *Oikonomia seu dispositio regularum utriusque iuris in locos communes*, Leuven, Bartholomaeus Gravius, 1557.
- Philippe de Leyde, *De cura reipublicae et sorte principantis*, 1355.
- Puchta, G.F., *Das Gewohnheitsrecht*, Erlangen, 1828.
- Ranieri, F., *Recht und Gesellschaft im Zeitalter der Rezeption, Eine rechts- und sozialgeschichtliche Analyse der Tätigkeit des Reichskammergerichts im 16. Jahrhundert*, II, Köln-Wien, Böhlau, 1985.
- Renoux-Zagamé, M.-F., *Origines théologiques du concept moderne de propriété*, Genève, Droz, 1987.
- Reininghaus, W., *Gewerbe in der Frühen Neuzeit*, München, Oldenbourg, 1990, pp. 20–23.
- Rüfner, Th., “The Roman Concept of Ownership and the Medieval Doctrine of *dominium utile*”, *The Creation of the ius commune, From casus to regula* (J. W. Cairns et P. J. Du Plessis, éd.), (Edinburgh studies in law 7), Edinburgh, University Press, 2010, pp. 127–142.
- Salkield, L.U., *A Technical History of the Rio Tinto Mines, Some Notes on Exploitation from Pre-Phoenician Times to the 1950s*, Springer, 1987.
- Schäfer, F.L., *Eine Geschichte der Wissenschaft vom einheimischen Privatrecht* (Juristische Abhandlungen 51), Frankfurt/Main, Klostermann, 2008.
- The Cambridge History of Western textiles* (D. Jenkins, éd.), Cambridge, University Press, 2002.
- Tuldenus, D., *De iurisprudencia extemporalis sive series aphorismorum, quorum ductu et ius constitutum liquidius intelligi et quae circa illud controversiae incidunt ex tempore disceptare possunt*, Leuven, Joannes Oliverus et Cornelius Coenesteyn, 1628.
- Tuldenus, D., *Ars aequi et boni perpetuo nexu et explicatione regularum selectarum ex universe iure adornata, sive De iurisprudencia extemporalis pars altera*, Leuven, Joannes Oliverus et Cornelius Coenesteyn, 1649.
- Verscuren, A., *The Great Council of Malines in the 18th Century. An Aging Court in a Changing World?*, Berlin, Springer, 2015, pp. 179–211.
- Wijffels, A., “De Grote Raad voor de Nederlanden te Mechelen (ca. 1445–1797)”, *De centrale overheidsinstellingen van de Habsburgse Nederlanden* (E. Aerts e.a., éd.), Bruxelles, Archives du Royaume, 1994, pp. 448–461.
- Waelkens, L., *Amne adverso, Roman Legal Heritage in European Culture*, Leuven, University Press, 2015.
- Waelkens, L., “Consuetudo contra rationem, La signification de C. 8, 52, 2”, *Studi in omaggio di Ennio Cortese* (I. Birocchi, M. Caravale, E. Conte et U. Petronio, éd.), Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 2001, III, pp. 466–473.
- Waelkens, L., “De la *bona fides* à la *mala fides* chez les légistes et canonistes médiévaux”, *Les mensonges dans le droit romain, Aspects juridiques de Rome à nos jours, Actes du Colloque du 27 février 2014* (P. Vassart, éd.), Mons (sous presse).
- Waelkens, L., “Enkele grondslagen van de leasing in het *ius commune*”, *Leasing* (B. Tilleman et A. Verbeke, éd.), Brugge, La Charte, 2007, pp. 1–16.
- Waelkens, L., “Le droit antique, un produit de l’interprétation des Temps Modernes”, *L’interprétation du droit, Actes des Journées internationales de la société d’histoire du droit 2013* (B. Barnabé, éd.) (sous presse).
- Waelkens, L., *History of the Leuven Law Faculty*, Brugge, La Charte, 2014.
- Waelkens, L., “Legal Transplant of Greek Caesaropapism in Early Modern Times”, *Law and religion, The Legal Teachings of the Protestant and Catholic reformations* (W. Decock, J. J. Ballor, M. Germann et L. Waelkens, éd.), Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 2014, pp. 213–230.
- Waelkens, L., “Le rôle de l’appel judiciaire romain dans la formation des Pays-Bas au seizième siècle”, *Separation of Powers and Parliamentarism, The Past and the Present, Law, Doctrine, Practice* (W. Ururszczak, K. Baran et A. Karabowicz, éd.), Warszawa, 2007, pp. 75–85.
- Waelkens, L., “L’hérésie des premiers titres du Code de Justinien, Une hypothèse sur la rédaction tardive de C. 1, 1–13”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 79 (2011), pp. 253–296.
- Waelkens, L., “The *forum internum* and its External Features in the Legal History of Early Modern Times”, *The Conscience in the Legal Teachings of the Protestant and Catholic Reformations* (M. Germann et W. Decock, éd.), Wittenberg, Stiftung Leucorea, 2016 (sous presse).
- Weigand, R., *Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus* (Münchener Theologische Studien III, Kan. 26), München, Max Hüber Verlag, 1967.
- Whitman, J., *The Verdict of Battle, the Law of Victory and the Making of Modern War*, Cambridge, Ma., Harvard University Press, 2012.
- Wolter, U., *Ius canonicum in iure civili* (Forschungen zur neueren Privatrechtsgeschichte 23), Köln-Wien, Böhlau, 1975.