This is the peer reviewd version of the followng article:

La controverse médiévale sur les «homines d'autrui»: la "quaestio" entre "consuetudo" et "ius" / Tavilla, Carmelo Elio. - (2019), pp. 233-243.

Société de Législation comparée
Terms of use:

The terms and conditions for the reuse of this version of the manuscript are specified in the publishing policy. For all terms of use and more information see the publisher's website.

28/04/2024 18:39

(Article begins on next page)

COLLECTION COLLOQUES VOLUME 40

Direction Nicolas Cornu Thénard
Anthony Mergey et Sylvain Soleil

La controverse
Études d'histoire de l'argumentation juridique

SOCIÉTÉ
DE LÉGISLATION
COMPARÉE

COLLECTION COLLOQUES VOLUME 40

LA CONTROVERSE
ÉTUDES D'HISTOIRE DE L'ARGUMENTATION JURIDIQUE

Sous la direction de
Nicolas CORNU THÉNARD, Anthony MERGEY et
Sylvain SOLEIL

Actes des Journées internationales de la Société d'histoire du droit
(Faculté de droit de Rennes, 28-31 mai 2015)

LEX MULTIPLEX
JUS UNUM
SOCIÉTÉ
DE LÉGISLATION
COMPARÉE

Le Code de propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2° et 3° a), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constitue donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de propriété intellectuelle.

© Société de législation comparée, 28 rue Saint Guillaume 75007 Paris
2019 I.S.B.N 978-2-36517-093-2 I.S.S.N. 1952-5966

TABLE DES MATIÈRES

Avant-propos
Sophie DÉMARE-LAFONT 9

PREMIÈRE PARTIE | LA CONTROVERSE DANS LA FORMATION DU DROIT

Chapitre 1 | La controverse dans l'élaboration de la science juridique

Les défauts de l'utilisation du « *ius controversum* » en tant que concept herméneutique de droit romain
Ulrike BABUSIAUX 19

Controversia dans les textes du *Digeste*
Jean-François BREGI 49

De controversis Jacobi Cujacii... (Lyon, 1606) : les controverses cujaciennes selon Alexander Scot
Xavier PRÉVOST 67

La méthode des lieux argumentatifs dans la controverse juridique au XVIe siècle
Pol BOUCHER 85

Un exemple de controverse dans les revues juridiques de la monarchie de Juillet : Bravard-Veyrières et l'enseignement du droit romain
Anne-Sophie CHAMBOST 95

Trancher la controverse par l'interprétation historique du droit : l'exemple du Tribunal suprême espagnol
Miguel Ángel CHAMOCHO CANTUDO 115

Chapitre 2 | La controverse dans la définition des systèmes juridiques

Le juge et la loi. Une controverse interprétative à l'époque révolutionnaire. Considérations sur la genèse de l'article 4 du Code civil
Paolo ALVAZZI DEL FRATE 141

Faut-il codifier le *common law* des États-Unis ? La controverse Sampson v. Du Ponceau (1823-1826)
Anthony MERGEY & Sylvain SOLEIL 149

Corriger et compléter la loi. Les vues avant-gardistes et contestées de l'*Avant-projet de révision du Code civil* pour la Belgique par François Laurent (1882-1885)
Dirk HEIRBAUT & Élisabeth BRUYÈRE 181

Humphrey c. Cassin. La controverse sur la paternité de la Déclaration universelle des droits de l'homme
Martial MATHIEU 211

SECONDE PARTIE | UNE CASUISTIQUE DE CONTROVERSES

Chapitre 1 | Controverses de droit privé

La controverse médiévale sur les « hommes d'autrui » : la *quaestio* entre *consuetudo* et *jus*
Elio TAVILLA 233

Le vol des idées. Rhétorique humaniste, droit romain et protection des œuvres littéraires
Federico BATTAGLIA 245

Une controverse venue de Bretagne : la nature féodale du bail à domaine congéable
Paul TALBOURDET 265

Salvatore Morelli et la controverse autour des droits des femmes dans l'Italie du XIXe siècle
Maria Rosa DI SIMONE 291

Le testament olographe dans le Code civil italien (1865) : l'épilogue d'une longue controverse
Isidoro SOFFIETTI 301

Une controverse aux allures de Röstigraben : les délicates étapes de l'unité du droit suisse en matière de preuve des obligations contractuelles
Anne PEROZ 313

Chapitre 2 | Controverses de droit public

Le statut du cénotaphe en droit romain : une controverse entre Marcien et Ulpien ?
Arnaud PATURET 339

Débats sur la validité des serments en Espagne wisigothique
Rosine LÉTINIER DE ARVIZU 359

La guerre et ses effets sur le contentieux judiciaire des pays impliqués : controverses découlant des conflits armés dans le Piémont du XVIe siècle
Francesco AIMERITO 373

Le vice-roi du Pérou aux prises avec l'archevêque de Lima : la controverse *dite du duc de La Palata*
Fernando DE ARVIZU 389

La controverse sur « l'arbitraire fiscal » : la commission de Reims, ses juges et les agents de la ferme générale (1740-1790)
Sébastien ÉVRARD 405

Le Saint-Siège et la notion d'État. Essai de synthèse de la doctrine française et italienne (XIXe-XXe siècles)
Audrey VIROT 427

Chapitre 3 | Controverses de droit pénal

Controverses sur l'abstention coupable, de saint Thomas d'Aquin à Loisel
André LAINGUI 447

Protéger le cadavre. Controverses pénales dans le royaume d'Italie (1861-1946)
Cristina CIANCIO 455

Peine d'incarcération ou peine de substitution, une controverse pénale au XXIe siècle. Contribution à l'étude de la dimension historique de la peine, XVIIIe-XXIe siècle
Yves JEANCLOS 477

Chapitre 4 | Controverses politiques

« L'affaire Papinien » : une controverse humaniste sur fond de guerres de religion
Denis TAPPY 505

Montesquieu, le droit et la controverse nobiliaire au XVIIIe siècle
Christophe CAMBY 531

Au XVIIIe siècle, la controverse sur les vrais principes de la monarchie française puisés dans l'histoire : l'affrontement entre Jacob-Nicolas Moreau et Marie-Pauline de Lézardière
Blandine HERVOUËT 547

La controverse royale en France : Blancs d'Espagne et Blancs d'Eu
Franck BOUSCAU 565

Statuaire et controverses politiques en Bretagne
Marie-Yvonne CRÉPIN 589

Le débat entre Charles Maurras et Joseph Paul-Boncour sur la décentralisation
Jean-Marie AUGUSTIN 603

LA CONTROVERSE MÉDIÉVALE SUR LES « HOMMES D'AUTRUI » : LA *QUAESTIO* ENTRE *CONSUETUDO* ET *JUS*

Elio TAVILLA*

Avec l'expression *homines alterius*, « hommes d'autrui », dans le Moyen Âge on évoquait ceux qui, en état de liberté nominale, et donc sans être des esclaves, travaillaient à la dépendance d'un *dominus*[1]. Le rapport juridique ne pouvait pas être envisagé non plus comme rapport féodal, parce qu'il n'y avait pas l'élément du serment de fidélité et, surtout, du *beneficium*, constitué, par exemple, d'une portion de terre. L'*homo alterius*, en d'autres termes, ne pouvait être assimilé au vassal.

Il s'agissait d'une catégorie considérable et multiforme de sujets libres qui en Italie, dans une époque marquée par la précarité des conditions de vie et par la violence dans la résolution des conflits, s'était posée, plus ou moins volontairement, sous la protection d'un grand propriétaire ou d'un chef militaire ou, encore, d'un seigneur ecclésiastique (prieurs, évêques etc.)[2].

Les sources nous livrent les différentes dénominations de ce genre de travailleurs – *manentes*, *libellarii*, *angariales*, *homines*, *massarii* –, dont il est difficile ou même impossible de définir avec précision les éléments distinctifs[3]. En général, on peut remarquer que ces hommes sont obligés à

---

* Professeur à l'université de Modène et de Reggio d'Émilie.

[1] Les *homines alterius* ont été l'objet d'une recherche qui remonte à quelques années : C. E. TAVILLA, Homo alterius. *I rapporti di dipendenza personale nella dottrina del Duecento. Il trattato* De hominiciis *di Martino da Fano*, Naples, E.S.I., 1993.

[2] F. PANERO, « Schiavi, servi e homines alterius nelle città e nelle campagne dell'Italia centro-settentrionale (secoli IX-XII) », in *Città e campagna nei secoli altomedievali*, Spolète, Fondazione Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo, 2009, p. 897 et s.

[3] G. LUZZATTO, *Dai servi della gleba agli albori del capitalismo: saggi di storia economica*, Roma-Bari, Laterza, 1966 ; F. PANER, *Schiavi, servi e villani nell'Italia medievale*, Turin, Paravia, 1999.

accomplir certaines prestations en faveur du *dominus*, que cette obligation est perpétuelle et qu'elle se transmet aux enfants. La quantité, la qualité et les modalités des prestations sont réglées par la coutume, qui varie selon les lieux et qui parfois peut être mise en discussion par les prétentions abusives des seigneurs eux-mêmes. C'est pour cela que dans certaines localités rurales les hommes résidents s'associent pour revendiquer le respect de la coutume et pour la fixer dans un accord écrit avec le seigneur[4].

Les « hommes d'autrui » auront une occasion remarquable de modifier leur condition de sujétion quand s'ouvrira l'époque de l'urbanisation et du *commune civitatis*. Le phénomène de l'immigration d'une masse considérable de paysans à l'intérieur des remparts des villes du Nord et du Centre d'Italie pose le problème de la reconnaissance de la condition juridique de ces sujets : dans des villes comme Reggio en Émilie (1242), Parme (1255), Bologne (1257), Sienne (1262), Pérouse (1272), on établit l'affranchissement des immigrés qui résident dans la *civitas* depuis un certain nombre d'années (généralement, dix ou vingt) et on prévoit aussi des formes de compensation avec les seigneurs qui revendiquent des droits sur leurs prétendus *homines*[5].

À cette époque, se multiplient les recours aux juges de la ville pour vérifier la condition juridique controversée de ces hommes : il s'agissait de seigneurs qui prétendent avoir des droits sur les hommes, ou d'hommes qui prétendent être en état de liberté. Les statuts citadins n'étaient pas toujours capables de fournir aux juges des réponses claires et définitives : il y avait en particulier le problème de prouver les années de permanence dans la ville pour bénéficier des normes d'affranchissement prévues, ou, au contraire, les années de permanence dans la terre seigneuriale, pour envisager les effets de la prescription acquisitive en faveur des droits des *domini*.

La contribution de la science juridique élaborée dans les *Studia* par les *doctores iuris* au moyen de l'interprétation des lois romaines pouvait être donc déterminante pour le correct encadrement de ces problèmes. Mais il y avait une difficulté, la difficulté typique rencontrée par les juristes de droit

---

[4] G. LUZZATTO, « Mutamenti nell'economia agraria italiana dalla caduta dei Carolingi al principio del sec. XI », in *I problemi comuni dell'Europa post-carolingia*, Spolète, Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo, 1955, p. 601 et s. ; A. CASTAGNETTI, « Il potere sui contadini. Dalla signoria fondiaria alla signoria territoriale. Comunità rurali e comuni cittadini », in B. ANDREOLLI, V. FUMAGALLI, M. MONTANARI (dir.), *Le campagne italiane prima e dopo il Mille*, Bologne, Clueb, 1985, p. 217 et s. ; F. PANERO, « Consuetudini, carte di franchigia e statuti delle comunità rurali liguri, piemontesi e valdostane nei secoli XI-XV », in A. CORTONESI, F. VIOLA (dir), *Le comunità rurali e i loro statuti (secoli XII-XV)*, Rome, Gangemi, 2006, pp. 29-55.

[5] P. VACCARI, *L'affrancazione dei servi della gleba nell'Emilia e nella Toscana*, Bologne, Zanichelli, 1926 ; A. ANTONELLI, M. GIANSANTE (dir.), *Il* Liber Paradisus *e le liberazioni collettive nel XIII secolo. Cento anni di studi*, Venise, Marsilio, 2008.

romain : ces *homines* et leur condition spécifique n'étaient pas prévus par Justinien et ses normes. Normalement, l'encadrement le plus direct conduisait aux *coloni* et aux *adscripticii*, les figures principales de travailleurs rurales transmises par le *latifundium* romain[6]. Mais cette assimilation pouvait bien fonctionner seulement dans les classes universitaires ou sur les pages de commentaire aux lois. Au contraire, la réalité des campagnes médiévales ne ressemblait plus à la propriété foncière du Bas-Empire, et les *homines* soumis aux *domini* dans les campagnes italiennes entre le XIe et le XIIIe siècle étaient très différents par rapport aux *coloni*, travailleurs pour le compte du propriétaire, d'abord doués de pleine liberté de mouvement mais ensuite liés à la terre à cause de dettes, ou aux *adscripticii*, doués d'une autonomie patrimoniale minimale mais liés à la glèbe[7].

Par ailleurs, les juristes ne pouvaient pas utiliser les nouvelles catégories suggérées par les *Libri feudorum*. Il est vrai que les hommes ruraux, à part les services prévus par la coutume, devaient présenter au seigneur des *obsequia*, à savoir des actes de déférence (la livraison d'une certaine quantité de pains, ou de viande, ou de fromage, ou d'œufs etc.), plutôt comme signe et vérification de sujétion que comme transfert de profit économique, mais il est vrai aussi que, comme nous l'avons déjà dit, manquaient les éléments du *beneficium* et du serment de fidélité.

La doctrine juridique essayera donc de lier la constitution de la sujéction personnelle des *homines* à une manifestation de volonté, c'est-à-dire à un *pactum*. Du reste, la science notariale, sur ce point, avait déjà mis en évidence les éléments qualificatifs de ce genre particulier de convention. Le pacte de constitution d'un rapport de dépendance personnelle (défini par différentes dénominations : *homicia*, *homicium*, *hominicia*, *hominicium*, *hominagium*, *homagium*), tel qu'il est documenté par les formulaires notariés, met en évidence les éléments qualificatifs de ce type particulier de convention : la perpétuité, l'héritage, l'indétermination de la prestation des services[8].

Or, la perpétuité de l'obligation, le transfert de l'obligation aux héritiers, l'indétermination de l'objet de la prestation sont précisément les

---

[6] E. CONTE, *Servi medievali. Dinamiche del diritto commune*, Rome, Viella, 1996.

[7] G. GILIBERTI, *Servus quasi colonus. Forme non tradizionali di organizzazione del lavoro nella società romana*, Naples, Jovene, 1981 ; A. MARCONE, *Il colonato tardoantico nella storiografia moderna : da Fustel de Coulanges ai nostri giorni*, Côme, New Press, 1988 ; P. ROSAFI, *Studi sul colonato*, Bari, Edipuglia, 2002.

[8] C. E. TAVILLA, « Martino da Fano e i rapporti di dipendenza personale : il trattato *de hominiciis* », in V. PIERGIOVANNI (dir.), *Medioevo notarile. Martino da Fano e il* Formularium super contractibus et libellis, Milan, Giuffrè, 2007, p. 164.

éléments qui mettent en crise la régularité, formelle et substantielle, du négoce juridique et qui peuvent arriver à causer l'annulation du négoce lui-même. De plus, il faut remarquer que, dans la réalité des rapports juridiques concrets de l'époque, le lien de dépendance personnelle est très rarement créé par une manifestation de volonté ayant une valeur conventionnelle, mais descend plutôt d'une série de comportements prolongés, producteurs d'effets juridiques, c'est-à-dire de la *consuetudo*. Si enfin on considère que la constitution du rapport de dépendance peut se constituer à la suite de la simple qualité d'héritier d'un père déjà soumis à la dépendance, on peut apprécier la similitude avec la condition servile : tout sauf des manifestations de volonté !

En effet, le pacte de constitution d'un rapport de dépendance personnelle était envisagé par les formulaires notariaux pour donner *ex post* une certitude de nature conventionnelle et, donc, aider les juges citadins appelés à se prononcer sur la condition contestée d'un homme immigré. Mais la très grande majorité des rapports de dépendance n'est pas constituée par convention, mais dérive des conditions différentes de vie qui, dans les campagnes, imposent des prestations de services en faveur des titulaires des fonds rustiques, pourvus de pouvoirs seigneuriaux. Donc, comme nous l'avons déjà vu, plutôt que choisir par contrat, généralement on hérite la condition de dépendance, on naît *homo* (o *mulier*) *alterius*.

Les efforts des juristes pour qualifier la condition des *homines alterius* et de la rendre compatible avec les principes du droit romain tendent surtout à trouver, en quelque sorte, une racine conventionnelle. On verra tout de suite comment. Maintenant, il faut souligner que l'outil didactique et interprétatif le plus indiqué pour essayer de donner une collocation juridique plausible à des phénomènes de la réalité sociale non réglés par le droit romain est la *quaestio* (on parle précisément de *quaestiones de facto emergentes*)[9]. Pourquoi ? Parce que la *quaestio*, avec sa structure dialectique,

---

[9] M. BELLOMO, *Aspetti dell'insegnamento giuridico nelle università medievali*, I, *Le « quaestiones disputatae »*, Reggio de Calabre, Parallelo 38, 1974, p. 13 et s. ; ID., *« Factum » e « ius ». Itinerari di ricerca tra le certezze e i dubbi del pensiero giuridico medievale*, in ID., *Medioevo edito e inedito*, II, *Scienza del diritto e società medievale*, Rome, Il Cigno Galileo Galilei, 1997, p. 63 et s. ; ID., « *Factum proponitur certum, sed dubium est de iure* », in M. BELLOMO (dir.), *Die Kunst der Disputation : Probleme der Rechtsauslegung und Rechtsanwendung im 13. und 14. Jahrhundert*, Munich, Oldenbourg, 1997, p. 1 et s. ; G. FRANSEN, « Les quaestiones disputées dans les facultés de droit », in B. C. BAZÀN, G. FRANSEN, J. W. WIPPEL et D. JACQUART, *Les questions disputées et les questions quodlibétiques dans les facultés de théologie, de droit et de médecine. Typologie des sources du moyen âge occidental*, Tornhout, Brepols, 1985, p. 225 et s. ; A. ERRERA, « La *quaestio* medievale e i glossatori bolognesi », *Studi senesi*, 108, 1996, p. 490 et s. ; O. WEIJERS, *« Queritur utrum ». Recherches sur la « disputatio » dans les universités médiévales*, Tornhout, Brepols, 2009.

qui oppose des arguments *pro* et des arguments *contra* pour donner réponse au *quid iuris* controversé – arguments forcément fondés sur des normes romaines (ou canoniques) adaptables au *factum* par extension ou par inclusion ou par similitude ou par analogie *et cetera* –, la *quaestio*, donc, permet d'élargir l'envergure des lois romaines et de les mettre en relation avec les 'faits' quotidiens de la réalité médiévale, qui autrement resteraient sans protection juridique[10]. En outre, le déroulement dialectique (*pro* et *contra*) de la *quaestio* est particulièrement utile aux juges, qui dans les arguments opposés peuvent trouver une correspondance avec les *positiones* du demandeur et du défendeur dans le débat du procès[11].

Le juriste qui plus et mieux que les autres a essayé de donner des réponses aux aspects les plus controversés des rapports de dépendance personnelle est le post-accursien Martinus de Fano (environ 1190 – après 1272)[12], auteur d'un formulaire notarial – où il y a entre autres la formule de la *promissio homiciae* – et de plusieurs *tractatus*, qui, comme nous le savons, n'est rien d'autre qu'une collection sélectionnée de *quaestiones* qui ont en commun le même sujet. Parmi ces traités – *de positionibus*, *de alimentis*, *de iure emphiteotico*, *de testamentis*, *de praescriptionibus*, et d'autres encore[13] – se démarque le *tractatus de hominiciis*, probablement composé ou, au moins, conçu à l'origine pendant son séjour et son enseignement dans la ville natale[14]. À Fano, une petite ville du Centre d'Italie, Martinus enseigne à un public de personnes qui travaillent ou qui sont destinées à travailler dans les tribunaux, surtout comme juges. Le thème abordé par le traité sur la dépendance personnelle est sûrement un de ces sujets qui peuvent mettre en difficulté le juge citadin, qui ne trouve ni dans le statut de la ville ni dans le droit romain un critère clair et incontestable ; il y a la coutume, bien sûr, mais existe alors le problème de la vérifier dans le procès, quelle formalité rend possible la vérification, quel sujet est légitimé à la prouver, etc.

Le *doctor iuris* Martinus de Fano a pleine conscience de ces difficultés et, en effet, plusieurs fois il a été sollicité à se prononcer sur ce sujet, et

---

[10] A. ERRERA, *Lineamenti di epistemologia giuridica medievale. Storia di una rivoluzione scientifica*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 44-51.

[11] V. E. CORTESE, « Scienza di giudici e scienza di professori tra XII e XIII secolo », *Legge, giudici, giuristi*, Acte du colloque (Cagliari, 19-21. V. 1981), Milan, Giuffrè, 1982, p. 93 et s.

[12] Une fiche biographique a été rédigée récemment par M. SEMERARO, in I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M. N. MILETTI (dir.), *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, Bologna, il Mulino, 2013, II, pp. 1291-1292.

[13] C. E. TAVILLA, *Homo alterius*, *op. cit.*, pp. 206-209.

[14] *Ibid.*, p. 209 et s.

pendant ses leçons, et dans les milieux judiciaires. Lui-même nous le révèle dans l'*incipit* de son traité :

« *Quia mihi Martino Fanensi sepe questiones in scolis et causis super hominiciis proponuntur et de hiis non est facile respondere, que de hiis sentio scribere procuravi, hoc premisso, quod de iure scripto non sunt hominicie nostre, sed potius moribus sunt inducte* »[15].

Voilà donc que l'instrument rhétorique de la *quaestio* apparaît le seul capable, à partir de la donnée discutable du *factum* de dérivation coutumière, de poser en relation dialectique – et donc en relation créative et extensive – la pluralité des données certaines des normes romaines. Le premier problème à résoudre est, sans aucun doute, d'identifier le facteur constitutif du lien de sujéction, qui, il faut le répéter, ne peut pas être assimilé à l'esclavage, mais plutôt, avec des réserves, au colonat ou, encore mieux, à la *recommendatio* : *recommendati*, comme nous le témoigne dans ses *Libelli* Roffredus Beneventanus, juriste contemporain de Martinus, étaient ceux qui immigraient dans la ville et qui cherchaient une protection en se mettant au service d'un seigneur[16]. Dans ce cas aussi, le *factum*, confirmé par l'usage, de la recherche de protection posait l'homme qui la cherchait dans un rapport de dépendance d'une configuration incertaine.

Voyons donc comme le sujet 'controversé' de l'*hominicia* (à savoir : du rapport de dépendance personnelle) est abordé à travers la 'contraposition' des arguments *pro* et *contra*, les deux blocs argumentatifs caractérisés par la *probabilitas* des thèses soutenues en opposition, mais tous les deux, de toute façon, forcément fondés sur la *veritas* d'un certain nombre de lois romaines[17].

Martinus s'interroge sur la possibilité que le rapport de dépendance personnelle (ladite *hominicia*) puisse se constituer sur la base de la *promissio*, c'est-à-dire sur l'acte de volonté qui est à la base du pacte ; mais, en effet, son interrogation en ces termes est rendue inutile par la circonstance que cette sorte de *promissio* est déjà confirmée par la pratique coutumière. Martinus doit plutôt s'interroger sur la *consonantia* (comme il dit) de cette *consuetudo* avec les *iura nostra*, c'est-à-dire sur la validité de ce pacte d'origine coutumière sur la base du droit romain. Et voilà donc que se déroulent les deux blocs d'argumentations opposées.

---

[15] *Ibid.*, p. 243.

[16] ROFFREDUS [DE EPIFANIO] BENEVENTANUS, *Libelli iuris civilis*, « De recommendatis », Avignon 1500, réimpr. Torino, Erasmiana, 1968, fol. 116rb (p. 231).

[17] M. BELLOMO, *L'Europa del diritto comune*, Rome, Il Cigno Galileo Galilei, V^e^ éd., 1991, pp. 153-154.

1. Arguments *pro* (c'est-à-dire arguments qui affirment que la constitution du rapport de dépendance personnelle au moyen d'un pacte est cohérente avec le droit romain) :

a) Les pactes doivent être respectés, *pacta servanda sunt*.

b) S'il est vrai qu'une sentence, comme l'expérience de la justice citadine le démontre, peut déclarer valablement le *status* de dépendance personnelle, *multo magis*, à plus forte raison (un *locus loicalis* fort utilisé dans l'atelier des *modi arguendi in iure*)[18] l'acte de volonté conventionnelle peut-il le faire ; ou, avec d'autres mots, ce que peut faire une sentence, assimilée à un quasi-contrat, peut le faire un vrai contrat. Tous les passages du raisonnement sont soutenus par des normes romaines : qu'une sentence puisse déclarer un *status* personnel est supporté par une *regula iuris* du Digeste (D.50.17.207) et d'autres normes en matière de *liberi agnoscendi*, de *inofficiosum testamentum* et de *legatum* (D.25.3.1.16 ; D.25.3.2 e .3 ; D.5.2.8.16, D.30.[1].50) ; que la sentence puisse être assimilée à un quasi-contrat est étayé par deux normes du Digeste en matière de *peculium* et d'abus commis par le tuteur (D.15.1.3.11 et D.27.3.22) ; enfin, que le contrat ait une valeur plus grande que la sentence, parce que le contrat exprime la volonté des contractants, et la sentence seulement l'autorité du juge, on peut le déduire par deux lois du Code en matière de *iudicia* et de transactions (C.3.1.2 et C.2.4.29); que la loi même assimile la sentence à un contrat par rapport aux effets est démontré par deux normes du Digeste en matière de mineurs et de condamnations infamantes (D.4.4.3.1 et D.3.2.45.).

c) Le droit romain permet à chacun de louer ses propres *operae* à perpétuité (thèse qui, en vérité, est assez controversée chez les juristes)[19]. L'analogie entre la location perpétuelle et la constitution conventionnelle d'un rapport de dépendance personnelle est justifiée sur la base de l'hérédité et de la perpétuité : pour le premier élément, on peut s'appuyer sur la loi du Code C.4.65.10, qui confirme la circonstance que la *conductio* aussi peut se transmettre aux héritiers ; si on peut s'obliger en perpétuité par la *locatio*, on peut le faire aussi par un pacte, puisqu'il y a la même *aequitas*, comme le démontre une autre loi du Code (C.4.18.3).

d) Enfin, il y a l'analogie avec l'*ascriptitius*. Tout d'abord il faut rappeler que celui-ci se constitue par la seule *promissio* et que la *scriptura*, bien que nécessaire, n'est pas exigée pour la constitution, mais pour la

---

[18] M. BELLOMO, « Loci loicales e forme del pensiero giuridico in alcuni testi dei secoli XIII e XIV », *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 47, 1974, p. 5 et s. ; A. ERRERA, *Lineamenti*, *op. cit.*, p. 52 et s.

[19] M. BELLOMO, « Il lavoro nel pensiero dei giuristi medievale : proposte per una ricerca », in *Lavorare nel medioevo. Rappresentazioni ed esempi dall'Italia dei sec. X-XIV*, Todi, Accademia Tudertina, 1983, p. 171 et s.

simple probation du *status*, comme on le voit en C.11.48(47).22 en matière de *agricoli censiti* : donc, si on peut se constituer *ascriptitius* par une simple *promissio*, on peut aussi se constituer 'homme d'autrui'. La *confessio* supplémentaire exigée pour l'*ascriptitio* doit être considérée un élément 'spécial' de la figure juridique prévue par le Code de Justinien et donc, en tant que 'spécial', il ne peut produire aucune conséquence sur le plan de l'analogie, comme l'enseigne D.1.3.14 en matière de lois et de *Sénatus-consulta*. La 'spécialité' de l'*ascriptitio* est prouvée par la double écriture, que la loi exige pour rendre moins facile ce qu'on voit se passer régulièrement dans les campagnes, à savoir que beaucoup d'hommes se dévouent à la terre d'autrui en perpétuité : la prudence ici induite par la loi au moyen de la *confessio* et de la *scriptura* est la même *ratio* qui vise à limiter les obligations trop facilement contractées par les femmes, comme on peut le déduire par certaines passages du *Sénatus-consultum Velleianum* (D.16.1.4.1 et C.4.29.22.1).

2. Et maintenant c'est le tour des arguments *contra* (c'est-à-dire les arguments qui affirment que le droit romain nie l'efficacité du pacte afin de constituer des rapports qui ont de graves conséquences sur le *status* juridique de l'homme promettant) :

a) Si on ne peut douter que le *pactum hominiciae* frappe la liberté de l'homme qui fait la promesse, cette promesse limitative de la liberté n'est pas valable, comme Ulpien le déclare dans D.44.1.5.1, à propos des affranchis (*liberti*).

b) En effet, l'obstacle le plus évident à l'admissibilité du pacte de soumission personnelle est sa capacité de produire une condition trop semblable à l'esclavage, qui, sans doute, ne peut pas être constitué par consentement ou par une autre sorte de déclaration, comme on peut l'affirmer sur la base de C.7.16.6 et C.7.16.14 en matière de vérification de l'esclavage et de C.11.48(27).22 en matière de *coloni*. Du reste, il n'est pas possible d'admettre différentes qualifications pour les esclaves, c'est-à-dire qu'il est incorrect d'affirmer qu'existent des hommes pleinement esclaves et des hommes moins esclaves (à savoir, les hommes qui s'obligent par le *pactum hominiciae*), parce que le droit romain l'exclut, comme on peut le vérifier dans Inst.1.3.5 et 1.5.3, et comme le précise la signification des mots (par exemple dans C.1.3.26 en matière de moines et dans Inst.2.7.3 en matière de donations). Promettre *Je me fais ton homme* deviendrait donc *Je me fais ton esclave*, car le droit romain n'a pas d'autres mots que celui d'*esclave* pour indiquer l'homme qui s'oblige à modifier en pire sa propre condition. Et encore : si personne ne peut être contraint à subir la volonté d'autrui sur ses propres choses, comme l'affirme Pomponius dans

D.2.14.61, d'autant moins personne ne peut-elle la subir sur soi-même, sur la base du principe que la personne est préférable à toute chose, comme on peut le déduire de C.1.2.21.

c) Sur un plan similaire, il faut nier la possibilité de constituer par consentement une obligation sans limite (*obligatio infinita*), comme on peut le déduire par D.32.(1).11.18 en matière de fidéicommis, parce que, autrement, on finirait par 'obscurcir' la liberté de l'homme en cause. Un cas particulier d'obligation perpétuelle est l'obligation produite par la *locatio in perpetuum*, déjà énumérée parmi les arguments *pro*, mais ici, à l'opposé, considérée interdite par le droit romain. Cet argument, repris à l'envers, est utilisé pour affirmer qu'on ne peut pas louer en perpétuité, ainsi qu'on ne peut pas se déclarer « homme d'autrui » en perpétuité.

3. Et enfin, voilà la *solutio* proposée par le maître, qui, laconiquement, admet la légitimité du *pactum* de dépendance personnelle, sur la base d'une évaluation en deux volets :

a) Ce pacte est admissible parce qu'il a été introduit par les coutumes (*de iure moribus introducto*). La force de l'usage est donc reconnue comme capable de donner légitimité à un accord inconnu au droit romain.

b) Il est admissible de se faire « homme d'autrui » aussi à la lumière du droit romain, dans lequel il est possible de détecter plusieurs cas de manifestation de volonté capable d'avoir une incidence sur la condition de l'homme libre : par exemple, avec le concours de sa propre volonté par *sponsio* on devient moine (Auth. post. C..1.2.13=Nov.5.5), on devient *curialis* (C.10.32[31].3), on devient *ascripticius* (C.11.48[47].22).

Pro, *contra*, *solutio* : à travers la forme d'une controverse virtuelle, trouve légitimité une figure juridique qui provient de la vie et des rapports vivants de la société médiévale, mais précisément pour cela dépourvue d'encadrement normatif du droit romain. Au moyen du même schéma « à trois », Martinus aborde les autres problèmes liés au *status* de l'homme en rapport de dépendance personnelle avec son *dominus* : la constitution du rapport sur la base du déroulement du temps (*longi temporis diuturnitate*), la validité du rapport constitué à travers une promesse dépourvue de cause (*causa non adiecta*), l'héritage du rapport de dépendance aux fils, l'extension de la condition de dépendance à la femme de l'homme subordonné, les droits et les pouvoirs du seigneur sur les biens de l'homme assujetti, les droits et les pouvoirs de l'homme sur ses propres biens. Dans tous ces cas, le juriste énumère des arguments *pro*, des arguments *contra* et, enfin, propose sa solution, en distinguant les effets passibles d'encadrement différent et, surtout, en remarquant le point de vue de la *coutume* et du droit romain, à la recherche d'une cohérence juridique, pas toujours possible,

mais toutefois utile pour l'orientation des juges en vue de la résolution des contentieux.

On peut signaler à ce propos qu'un des manuscrits qui transmettent le traité de Martinus[20] a été possédé par un juge d'Assise (Italie centrale), une ville où les problèmes de la qualification juridique des hommes subordonnés étaient fort vivants, à la suite d'un affranchissement collectif réalisé en 1210[21]. Dans ce manuscrit, le juge anonyme ajoute une petite *additio* a une loi du Code de Justinien :

« *Quid si aliquis scripsit se prestiturum singulis annis Titio unum caponem ex causa hominitii ? Videtur quod non teneatur, cum status promittentis immutetur et par causa sit servi et ascriptitii, ut infra De acri*[colis] *et censi*[tis], *l. Ne diutius* (c.11.48[47].21) *et ar. legis huius* (C.7.16.6). *Sed dic contra, ut infra De acri*[colis] *et cen*[sitis], *l. Hii penes* (C11.48[47].4) »[22].

Le doute relatif à la valeur de la prestation des *obsequia*, c'est-à-dire si elle peut constituer le lien de subordination personnelle, est résolu négativement par le juge anonyme du manuscrit d'Assise, qui cependant croit utile d'ajouter une norme romaine contraire. Dans le même manuscrit du Code, à la fin du texte de Justinien, il y a les huit *quaestiones* du *tractatus* de Martinus sur les « hommes d'autrui ».

Voilà donc un témoignage vivant de l'utilité pour le milieu judiciaire de la *quaestio* et de l'autre genre littéraire qui s'impose à la moitié du XIIIe siècle, le *tractatus*, qui se compose précisément de *quaestiones*[23]. Les exemples les plus importants de ce genre sont sans doute les *tractatus* pénalistes du juge Albertus de Gandino, contemporain lui aussi de Martinus, le *de maleficiis* et le *de tormentis*, nés dans la pratique et adressés à la pratique, bien que tout de suite utilisés par la doctrine aussi[24].

On peut donc conclure que la *quaestio*, qui s'était affirmée comme genre didactique universitaire dans le but de trouver des réponses juridiques aux faits de la réalité quotidienne non réglés directement par le droit romain mais plutôt par la coutume ou le statut citadin, vit une vie nouvelle et plus

---

[20] Ms. décrit dans C. E. TAVILLA, *Homo alterius*, *op. cit.*, p. 222.

[21] J. FICKER, *Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens*, IV, Innsbruck, Wagner'schen Universitäts-Buchhandlung, 1874, p. 220 et s. ; J.-C. MAIRE VIGUEUR, « Comuni e signorie in Umbria, Marche e Lazio », in Giuseppe GALASSO (dir.), *Storia d'Italia*, VII.2, *Comuni e signorie nell'Italia nordorientale e centrale : Lazio, Umbria e Marche, Lucca*, Turin, UTET, 1987, p. 386 et s.

[22] C. E. TAVILLA, *Homo alterius*, *op. cit.*, pp. 57-58.

[23] M. BELLOMO, « *Legere repetere disputare*. Introduzione ad una ricerca sulle *quaestiones* civilistiche », ID., *Aspetti dell'insegnamento*, *op. cit.*, pp. 61-65.

[24] H. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik*, *Die Praxis*, Berlin, Guttentag, 1907 ; II, *Die Theorie*, Berlin et Leipzig, De Gruyter, 1926 ; D. QUAGLIONI, « Alberto Gandino e le origini della trattatistica penale », *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXIX.1 (1999), p. 49 et s.

intense dans le *tractatus*, où elle peut démontrer toute sa capacité, à travers la forme d'une controverse virtuelle, de fournir une orientation aux juges, durement confrontés aux vieux et aux nouveaux problèmes de la société médiévale.