



**HAL**  
open science

## Deux avis sur l'usage de la mer et les navires de transport par le juriconsulte Rodrigo Suarez (1669)

Dominique Gaurier

### ► To cite this version:

Dominique Gaurier. Deux avis sur l'usage de la mer et les navires de transport par le juriconsulte Rodrigo Suarez (1669). 2024. hal-04667008

**HAL Id: hal-04667008**

**<https://hal.science/hal-04667008v1>**

Submitted on 2 Aug 2024

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Copyright

# Deux avis sur l'usage de la mer et les navires de transport par le jurisconsulte Rodrigo Suarez

(édition entièrement revue et corrigée)

Dominique GAURIER (C.D.M.O. – EA 1165)

On ne connaît que fort peu de choses sur ce Rodrigo Suarez, un nom plutôt courant. Il était en tout cas un jurisconsulte espagnol et il vécut probablement à la charnière des XV<sup>e</sup> et XVI<sup>e</sup> siècles, puisqu'il semble avoir fleuri autour des années 1494. Mais c'est là tout et on ne sait rien de plus sur lui. Il ne reste de lui que ces deux avis, dont la traduction va être proposée, et qui parurent pour la première fois en 1621, donc un peu plus d'un siècle après sa mort. Ils furent souvent repris par la suite, et notamment en lien avec la réédition du gros ouvrage de Benvenuto Stracca, le *De mercatura*, et des décisions de la Rote de Gênes faite à Amsterdam chez Joannes Schipper en 1669.

Ces deux avis ont été assez souvent cités et repris par les auteurs du droit maritime, notamment Johan Locken, professeur à l'université d'Uppsala en Suède au XVII<sup>e</sup> siècle, qui renvoie à eux à plusieurs reprises, lui qui consacra un ouvrage entier au droit maritime, publié à Uppsala en 1651, mais rédigé en latin, dont nous allons aussi proposer une complète et toute première traduction en langue française, mais aussi en une langue européenne. C'est ce qui nous a poussé une nouvelle fois à proposer au public curieux ces deux consultations, car il n'est pas aisé de les trouver, à moins d'aimer fouiller les étagères poussiéreuses, oubliées de tous depuis longtemps, des bibliothèques d'ouvrages anciens. Nous avons là une seconde raison pour mettre à disposition des textes ignorés, qui ont tendance à devenir de moins en moins accessibles déjà par leur langue en voie de disparition totale des enseignements scolaires, mais dont il est sûr qu'ils sauront sans doute attirer l'attention de ceux qui travaillent sur l'histoire du droit commercial dans sa partie maritime et qui ne forment pas de grosses cohortes, ce qui est dommage. On les compte, en effet, au moins pour les juristes historiens, à peine sur les doigts d'une seule main.

Il faut bien reconnaître également que les ouvrages consacré à l'histoire du droit commercial maritime, voire du droit commercial tout court, ne sont pas légions et se comptent également sur les doigts d'une seule main, au moins en langue française, ce qui est très préjudiciable, sans oublier qu'ils ne sont parfois que bien peu travaillés ou réalisés à la va-vite. Les vrais historiens du droit auraient-ils la sensation de déchoir de leur haute science en s'intéressant aux choses de la vie, notamment au commerce tant terrestre que maritime ? C'est probable et tout à fait dommage, car ils pourraient trouver là matière à faire valoir leurs talents en les mettant au service des techniciens positivistes du droit. De plus, seuls quelques rares auteurs ont pu faire l'objet d'une traduction en langue anglaise, notamment Roccus ou Francesco Rocco, un auteur italien du XVII<sup>e</sup> siècle, mais il est quasi-unique <sup>1</sup>.

Par ailleurs, il faut bien dire aussi que les ouvrages récents consacrés à l'histoire du droit commercial sont singulièrement indigents : il y a bien eu celui de Jean-Marie Hilaire, publié en 1986 aux PUF, dans leur collection depuis abandonnée "Droit fondamental", sous le titre d'*Introduction historique au droit commercial*, mais par trop succinct et donnant souvent des informations peu ou pas vérifiées. Ouvrage de pure commande et sans doute trop vite fait. Pourtant, la matière commerciale, traditionnellement écartée des enseignements des universités

---

<sup>1</sup> La traduction est ancienne, puisqu'elle est parue aux Etats-Unis, à Philadelphie, en 1809. Elle est due à Joseph Reed Ingersoll et a été rééditée par Lawbook Exchange, Clark (New-Jersey), en 2007, sous le titre *A Manual of Mairitime Law*.

de l'Ancien Régime pour ne s'être intéressée qu'aux choses de pure pratique, aurait mérité mieux et elle attend toujours son « inventeur » et ses historiens du droit.

Si l'on se tourne vers le contenu de ces deux avis, qui répondent sans aucun doute à des demandes de consultation adressées à l'auteur, on relève que les deux sources sur lesquelles il s'appuie de façon presque exclusive, sont tirées du droit romain repris aux compilations de Justinien, mais aussi au premier vrai recueil espagnol organisé, qui lui-même reprend également beaucoup au droit romain, que constituent les *Siete Partidas* ou *Sept Parties*<sup>2</sup>, rédigées en castillan et promulguées par le roi de Castille Alphonse le Sage au XIII<sup>e</sup> siècle.

Le texte de ces consultations est écrit en latin, mais intercale parfois des passages en ancien castillan, pour lesquels nous nous sommes faits aider par des spécialistes d'une langue que nous ne connaissons absolument pas. Ce qui peut paraître très étonnant, c'est de voir que Suarez ne fait absolument aucune allusion à la compilation que l'on peut penser d'origine catalane et qui est le *Consulat de la Mer*; il s'agit bien là d'une compilation faite sans grand ordre, mais qui a d'autant plus de valeur qu'elle semble avoir emprunté aux législations maritimes des autres cités maritimes de la Méditerranée. Si l'on en croit Pardessus, elle pourrait avoir été établie dans la seconde moitié du XIV<sup>e</sup> siècle et circula sans doute en manuscrit avant d'être donnée à l'impression en 1494<sup>3</sup>. Il est alors étonnant que notre juriste ait pu aborder des questions liées au droit maritime en laissant de côté un recueil utilisé dans le pays dont il était le sujet, d'autant que l'union des royaumes d'Espagne semble s'être produite un peu avant la rédaction de ces deux consultations. Les *Siete Partidas* étaient dès lors une source plus ancienne et sans doute dorénavant moins utilisée que le *Consulat de la Mer*. On ne sait trop comment expliquer ce qui peut passer pour un anomalie et ce, d'autant moins que l'on sait très peu de choses sur l'auteur lui-même, comme cela a déjà été signalé. Est-ce la proximité des *Siete Partidas* avec le droit romain qui a conduit notre auteur à les privilégier? En tout cas, cela n'est pas sans étonner, car les questions abordées dans ces deux consultations par ce dernier pouvaient aussi mériter d'aller regarder ce que les règles du *Consulat de la Mer* disaient, même si effectivement, elles ne semblent pas véritablement aborder les points traités ici et être axées plus sur la matière proprement commerciale. C'est là une autre explication possible pour expliquer cette absence.

Il nous faut maintenant ici signaler que nous avons ainsi pu compter sur la très précieuse aide de notre Collègue, Madame le Professeur Jocelyne Aubé-Bourligueux, du Centre International des Langues de la Faculté des Lettres de notre Université. Elle n'a pas hésité, quand nous lui avons demandé son aide, et nous a proposé avec beaucoup d'amabilité et de confraternité universitaire de faire ces traductions pour nous, d'autant que les quelques passages en question étaient en vieux castillan du XV<sup>e</sup> siècle, langue qu'elle-même fréquente à travers les textes littéraires. Son extrême disponibilité n'a pas hésité devant des textes plus juridiques que proprement littéraires et notre Collègue ne tarda pas à remplir avec beaucoup de gentillesse le pensum que nous lui avons mis à charge. Il est donc absolument nécessaire que nous l'associons à notre travail ici, car nous n'aurions jamais pu nous-mêmes traduire seul ces deux consultations. Inutile de dire combien nous lui sommes reconnaissants de sa très aimable disponibilité. Le lecteur saura donc que ce sont ses traductions que nous avons intégralement reprises dans notre texte.

La première consultation aborde plusieurs thèmes de façon très classique, non sans parfois tourner un peu en rond, disant et redisant les choses avec un recours pléthorique aux textes du droit romain, auxquels il ajoute parfois la glose, textes essentiellement repris de l'encyclopédie de

---

<sup>2</sup> Quant à nous, comme il n'en existe aucune traduction en langue française, nous avons recouru à la traduction anglaise qu'en avait éditée Robert I. Burns et traduite par Samuel Parsons Scott en 5 volumes, Penn, University of Pennsylvania, Philadelphia, 2001. Le volume qui nous intéresse est ici le volume III, qui renferme la *Partida 3* consacrée aux Gens de droit et à leur travail.

C'est dans la cinquième *Partida* que se trouvent rangées les lois commerciales et, partant, maritimes. En effet, on trouve ces dernières dans le titre IX *Sur les vaisseaux et leur sauvetage*, qui contient en tout quatorze lois, dont beaucoup semblent fortement s'inspirer de la législation romaine, notamment de la fameuse *Lex Rhodia de jactu*.

<sup>3</sup> Cf. J.-M. PARDESSUS, *Collection des lois maritimes antérieures au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Imprimerie royale, Paris 1831, t 2, p. 35.

la littérature juridique romaine des III<sup>e</sup> et IV<sup>e</sup> siècles que constitue le Digeste : les questions de la mer territoriale, mais sans lui assigner des limites précises, comme l'ont fait tant d'autres auteurs, de la compétence des pays riverains sur les délits commis en mer, du droit de pêche et des redevances que les rois sont autorisés à prélever sur les pêches, enfin, de l'usage commun des ports, des rivages et de l'espace maritime et des autorisations qu'il faut parfois solliciter des princes pour user des choses et des endroits sur lesquels ils ont un pouvoir de juridiction. Ne serait-ce qu'à l'égard de la mesure de la mer territoriale, on le sait, depuis Bartole, les auteurs adoptèrent plusieurs points de vue, avant que la chose soit presque définitivement réglée avec l'auteur néerlandais Cornelis van Bijnkershoek qui, sans l'avoir inventé, allait déterminer un critère qui devint définitif, à savoir que l'on pouvait considérer comme appartenant au territoire d'un pays riverain la mer qui longeait ses côtes dans la mesure où cet Etat était en capacité effective de la défendre à partir de ses côtes ; c'est donc la portée du boulet de canon qui fut retenue en la matière, avant que cette distance soit calculée de façon plus générale à une distance de trois milles marins <sup>4</sup>.

Nous le disions tout de suite, l'auteur ne fait pas vraiment œuvre nouvelle, mais présente l'avantage de faire une petite synthèse et de rappeler les règles essentielles, non sans répétitions, ni de nombreuses redondances de style. On peut juger curieux que l'auteur ne se serve pas de la législation maritime la plus récente de son pays, qui n'a cependant pourtant pas fait défaut, et préfère s'appuyer sur de vénérables textes qui ne sont sans doute plus vraiment en usage, dont il défile parfois de véritables chapelets pour illustrer son propos, sans que l'utilité nous en paraisse aujourd'hui essentielle. Mais, comme nous avons déjà eu l'occasion de le rappeler à plusieurs reprises au cours des travaux que nous avons déjà publiés sur la matière du droit commercial maritime, c'est là un tic général des auteurs de cette époque, qui partagent tous une culture commune aux pays européens, hormis l'Angleterre, celle du *jus commune*, qui voit dans le droit romain, et dans une moindre mesure le droit canonique, la référence obligée. Il est évident que ces litanies de textes, auxquels notre Suarez ne manque pas parfois de joindre la glose, nous paraissent aujourd'hui rompre un peu le fil du discours, mais pour qui veut s'attacher à l'étude des auteurs et de leurs ouvrages de cette époque, qui nous montre les débuts d'une systématisation des questions liées au commerce maritime, il faut s'y habituer. Celui que l'on tient, sans doute exagérément, pour être le fondateur du droit international <sup>5</sup>, Hugo Grotius, pourtant du XVII<sup>e</sup> siècle, n'échappe pas lui-même à ce reproche : son *Droit de la guerre et de la paix* est empli, voire encombré, de références prises au droit romain et aux auteurs de l'Antiquité grecque ou romaine. Mais sans doute faut-il voir là le réflexe quasi-automatique du juriste qui a souvent été formé dans les deux droits, c'est-à-dire le droit romain et le droit canon, comme cela était commun dans tous les pays d'Europe occidentale.

---

<sup>4</sup> Sur cette question, on pourra se reporter à la traduction que nous avons proposée de l'ouvrage de Bijnkershoek, *Dissertation sur la propriété de la mer*, CDMO – Université de Nantes, Nantes 2010, notre introduction, p. 12-20.

<sup>5</sup> Nous nous inscrivons, en effet, totalement en faux face à cette rengaine constamment répétée le plus souvent par des gens qui n'ont jamais jeté un œil sur l'ouvrage lui-même, mais en parlent d'autant plus savamment qu'ils ne l'ont jamais lu, préférant se recopier les uns les autres. De fait, si l'on peut dire de Grotius qu'il fonda véritablement l'école du droit naturel moderne et qu'il fut à l'origine d'une véritable science rationnelle du droit, c'est aller trop loin que de faire de lui le fondateur du droit international moderne, ce qu'il n'est pas, d'autant que son analyse ne se fonde que sur le très traditionnel « droit de la guerre et de la paix », qui ne sert que d'argument pour développer sa conception du droit naturel. Il n'est donc guère le *Gründungsberos* prétendu. On renvoie à ce que nous en avons dit dans notre *Histoire du droit international public*, P.U.R., collection Didact-Droit, Rennes 2005, p. 164-165. De plus, il faut lire Grotius, non pas dans la traduction qui en avait été faite au XVIII<sup>e</sup> siècle par Jean Barbeyrac, que l'on pourrait appeler une « belle infidèle », dans la mesure où le traducteur semble n'avoir pas toujours bien compris le latin de Grotius, complexe il faut bien le dire, et a beaucoup ajouté de son cru. Dans les traductions anciennes, il faut certes de loin préférer la toute première, qui avait été faite à la fin du XVII<sup>e</sup> siècle, en 1687, par Antoine de Courtin, dont le dernier traducteur, Pradier-Fodéré, dit au XIX<sup>e</sup> qu'elle vaut considérablement mieux que celle de Barbeyrac. C'est cette traduction de Paul Pradier-Fodéré, republiée aux P.U.F, collection Léviathan, à Paris en 1999, qu'il faut lire. Celle d'Antoine de Courtin est malheureusement devenue très rare, mais une édition en avait été refaite à La Haye, chez Adrian Moetjens en 1703, en trois volumes in-12. Y est jointe, dans le dernier volume la traduction faite par le même Courtin du *Mare liberum*, qui est également de très bonne tenue.

Il nous paraîtrait étrange aujourd'hui qu'à l'occasion d'une consultation juridique, le professionnel que nous consultons nous assomme de renvois incessants aux commentateurs du passé, aux textes anciens, mais c'est pourtant le cas des praticiens et de l'ensemble des auteurs de droit d'alors encore en cette fin du XVI<sup>e</sup> siècle, ou au tout début du XVII<sup>e</sup>. Il n'est pas rare de voir que ces consultations, qui visent pourtant à donner des arguments pratiques aux parties qui consultent, sont toujours solidement argumentées à partir de ces vieux textes, car avant de s'adresser aux parties, elles sont destinées à leurs avocats et à leurs juges, eux-mêmes formés dans ce même moule ; elles ont en commun ce qui représente pour nous aujourd'hui un inconvénient, qui tient essentiellement à l'enseignement des universités de droit presque exclusivement fondé sur le droit romain et le droit canonique. N'oublions pas que nos universités françaises ne s'intéressèrent que très tardivement, pas avant l'Edit de Saint-Germain de 1669, à l'enseignement du droit français et encore, dans une mesure qui restera plutôt restreinte, se limitant à l'enseignement de la loi du roi, le droit coutumier qui régissait pourtant une bonne moitié Nord de la France d'Ancien Régime restant en général presque totalement dans l'ombre.

Le second avis est un peu plus court et concerne le transport des marchandises, notamment en abordant la question des marchandises de contrebande, de la confiscation des marchandises licites à raison de marchandises illicites auxquelles elles étaient mêlées et des peines qui sont encourues pour cela. C'est le seul auteur de cette époque qui, à notre connaissance, ait abordé directement ces questions-là de façon aussi directe. Il faudra attendre le peu que Grotius ajoutera sur la matière, mais surtout le traitement beaucoup plus complet que Cornelis van Bijnkershoek consacra au XVIII<sup>e</sup> siècle à la question, dans le livre I de ses *Questions de droit public*<sup>6</sup>. Parfois dans cette consultation, le sens n'est pas toujours aisé à comprendre, dans la mesure où l'auteur recourt à un sabir qui mêle latin et espagnol, pas toujours facile à démêler. Mais il est à espérer que l'on aura réussi en partie cette clarification.

La version imprimée à partir de laquelle cette traduction a été entreprise est tirée de l'ouvrage intitulé *Benevenuti Stracchæ De Mercatura, Cambiis, Sponsionibus, Creditoribus, Fidejussoribus, Debitoribus, Decoctobus, Navibus, Navigatione, Assecurationibus, Subhastationibus, aliisque Mercatorum negotiis, rebusque ad Mercaturam pertinentibus, Decisiones et Tractatus varii*, chez Joannes Schipper, Amsterdam 1669. On trouve en effet ces deux avis aux pages 580-585, parmi nombre d'autres œuvres produites par différents auteurs, notamment le traité sur les assurances de Pedro de Santarem, mais aussi le traité sur le droit de comparution de Piet Peck et bien d'autres.

\*

## [580] Avis I : De l'usage de la mer

SOMMAIRE

- 1 - On dit qu'est la mer du territoire de la cité, ou de la place, celle de laquelle elle est le plus proche
- 2 - Le territoire s'étend à celles-ci
- 3 - Où et par qui sera puni l'infraction commise sur la mer ?
- 4 - Si l'usage de la mer sera commun à tous et pourra-t-il être acquis par prescription, afin de ne pas permettre d'en user, voir num. 7
- 5 - Celui qui a interdit de pêcher devant ses bâtiments est tenu par une action d'injures
- 6 - Quelle coutume sera appelée non une coutume, mais une usurpation ?
- [7 - Titre manquant]
- 8 - Les fleuves [sont] presque tous publics

---

<sup>6</sup> Nous nous contentons de renvoyer à la traduction que nous en avons faite dans ce même *A.D.M.O.*, t. XXVII, Nantes 2009, p. 103-221. Nous avons depuis publié la traduction complète de l'ouvrage *Les deux livres des questions de droit public*, PULIM, collection Cahiers de l'Institut d'Anthropologie Juridique n° 25, Limoges 2010. Du même auteur, nous avons aussi proposé la traduction de son petit ouvrage sur la propriété de la mer, *Dissertation sur la propriété de la mer*, Centre de Droit Maritime et Océanique, Université de Nantes, 2010. Ces deux ouvrages fournissent à ceux qui voudraient vérifier les traductions proposées les CD-Rom avec en fichier pdf le texte latin.

- 9 - Le pouvoir de l'empereur sur la mer, sera-t-il seul pour une protection et la juridiction ?  
 10 - Le droit de pêcher dans un port et dans tous les fleuves est commun  
 11 - Le droit de pêcher sera-t-il [un droit] royal ?  
 12 - Ce que sont les droits royaux  
 13 - Le prince aura ce pouvoir sur la mer et sur ses ports  
 14 - Le prince a la puissance d'accorder ses biens à autrui avec son pouvoir  
 15 - A quoi s'étend l'interdiction expressément écrite de charger et de décharger ?  
 16 - Signification d'une certaine loi de Tolède par laquelle il est disposé que l'on ne peut faire de chargement et de déchargement sur la mer et dans ses ports

« Si chacun peut charger et décharger dans les ports de mer qui sont, ou qui donnent sur lesdits territoires, ou bien qui sont situés plus près de la ville, ou du village où l'on doit effectuer le chargement, ou le déchargement, sans la permission du prince. Sauf en cas de meilleur jugement, le doute paraît cesser en ce qui concerne Sant Ander, avec laquelle sont en litige les conseils de San Martin, ainsi que leurs demandeurs et consorts »<sup>7</sup>.

Cela est en effet clair et l'on présuppose ainsi que ce port de San Martin est situé dans la limite et sur le territoire de ces demandeurs ; il s'ensuit de là que ce dernier est de leur limite et de leur territoire, et qu'ils ont une intention fondée à l'égard du droit commun pour pouvoir en user pour tout usage utile et nécessaire ; car (1) la mer, ou une mer particulière, est réputée être du territoire de cette cité, ou de cette place, dont elle est la plus proche ; c'est là la glose relevée sur Sexte I, vi, 3<sup>8</sup>, glose que suivent les canonistes et qu'ils vantent ici et ailleurs, et au-delà d'eux, Balde a pondéré cela dans plusieurs endroits, à savoir sur les *Libri feudorum*, I, v « Par quels moyens on perd un fief »<sup>9</sup> et sur CJ. 6, 25, 8<sup>10</sup>, disant à travers elle que des bornes se trouvent sur la mer et que la mer

<sup>7</sup> Ce passage est en espagnol ancien.

<sup>8</sup> Le texte de cette décrétale de Grégoire X donnée lors du concile de Lyon de 1274 est très long et nous nous contenterons de son résumé proposé par Joannes d'Andrea : « La raison de la constitution est exposée, aussi, la conservation de l'ancien droit. § 1. Il y est exposé comment l'élection du Pontife romain devra être faite, quand il est mort dans la cité dans laquelle il résidait avec sa curie. § 2. Qu'en est-il du droit, quand le Pontife romain est mort en dehors de la cité dans laquelle se trouvait la curie. § 3. Elle donne des exécuteurs pour ce droit avec des ménalités. § 4. Elle conjure les cardinaux à ce que, lors de l'élection du Pontife romain, ils déposent tout sentiment privé et casse tous les pactes, les obligations et les serments qui auraient été donnés ou faits quant au choix de quelqu'un. § 5. Elle rappelle à tous les fidèles qu'immédiatement, ayant entendu parler de la mort du souverain Pontife, ils célèbrent ses obsèques et que, chaque jour, ils prient pour la prévoyance vigilante, harmonieuse et avantageuse de l'église romaine ; mais les prélats, dans leurs prédications, exhorteront ces mêmes sujets à cela et leur indiqueront la fréquence des prières et l'observation des jeûnes ».

<sup>9</sup> Voici ce passage : « Parce que l'on a dit plus haut par quels moyens on acquérait et retenait un fief, voyons maintenant comment on le perd. En effet, si le seigneur avait un combat en plaine et que son vassal l'avait abandonné mourant dans ce même combat, non mort, mais blessé à mort, il doit perdre son fief. De même si un fidèle cocufie le seigneur, c'est-à-dire qu'il a couché avec sa femme, ou qu'il a travaillé à coucher, ou qu'il a folâtré avec elle, ou qu'il a couché avec l'épouse du fils, ou la sœur du seigneur (cela réussit, s'il demeure dans la maison du seigneur), il est censé perdre le fief légalement. Semblablement, s'il a assailli le seigneur, ou le cbâteau du seigneur, sachant que le seigneur, ou la maîtresse s'y trouve. De même s'il a tué son frère, ou son neveu, qui est le fils du frère. Ou bien, s'il a donné plus de la moitié au titre d'un contrat, ou obligé plus de la moitié à la faveur d'un gage, d'une façon telle qu'il permet le contrat, ou qu'il l'a fait par dol, il sera châtié de la perte du fief. Dans tous ces cas, le fief revient au seigneur. De nouveau, si le fidèle a donné moins de la moitié du fief au titre d'un contrat, qu'il meurt sans héritier et que le fief est revenu au seigneur, ou après qu'il l'a donné pour le contrat, ou l'a obligé en gage et l'a refusé au seigneur, alors celui qui l'a reçu de lui ne pourra se défendre contre le seigneur par aucun droit. 1 - En outre, si celui auquel le fief doit revenir par droit de succession a consenti à investir ceux auxquels il n'appartient pas suivant la droite coutume, en aucune manière il n'a de recours pour le lui réclamer. De même, s'il y avait deux frères et que l'un a reçu l'investiture du fief, si par la suite, le fief est divisé avec le frère, si celui qui a reçu une partie du fief en avait vendu plus de la moitié par la suite et qu'il meurt sans héritier légitime, le fief retourne au seigneur. De même si quelqu'un avait un fief dans la cour de son seigneur, il ne pourra pas remettre ce même fief à quelqu'un à quelque titre de contrat, ou l'obliger en gage, sans le consentement de son seigneur. De même, s'il le détenait en dehors de la cour et que le seigneur avait le district, ou un autre bonheur, s'il l'a aliéné sans sa volonté, [le fief] retourne en droit au seigneur ».

Il faut expliquer ici que, bien que le texte semble n'avoir absolument aucun rapport avec l'objet de la question, le commentateur peut extrapoler dans ses commentaires fort loin du texte, à partir de l'emploi d'un mot qui lui permet alors de développer un point sans rapport direct avec le fond même du texte. Le mot qui ici a pu donner lieu à ce travail est le mot « district », à propos duquel Balde va développer tout son discours, auquel renvoie ici Suarez. C'est très souvent que l'on est confronté à cette façon de faire chez les anciens auteurs, dès lors que l'intention du

sera désignée par la terre voisine dont la mer est le plus proche et à laquelle elle est ordinairement liée, comme dans la Nouvelle LXIX, dans sa préface<sup>11</sup>, disant à travers ladite glose que celui qui se trouve sur la mer et qui est gouvernée par une cité maritime, comme Gênes et Venise, n'est pas réputé se trouver en dehors du territoire ; de même sur Décrétales II, xix, 3<sup>12</sup> à la fin et Décrétale II, vi, 2<sup>13</sup>, en disant à travers elle que (2) le territoire s'étend aussi sur les eaux, du fait que les eaux

commentateur est de fournir des règles applicables aux questions de son époque. On le verra au sujet de bon nombre des textes cités également par la suite.

<sup>10</sup> Constitution de Justinien adressée à Joannes, Préfet du prétoire, et donnée en 531 : « Si l'on trouve un testament rédigé ainsi : "que celui-ci soit héritier suivant les conditions ci-dessous écrites", si certes, rien n'a été ajouté et que la condition n'a pas été mise dans le testament, nous consacrons que l'exposé des conditions est vain et que le testament porte une institution [d'héritier] pure. Et nous usons de l'argument que Papinien a répondu : "les bourgs abandonnés de la République, qui avaient des limites propres, ne sont pas moins dus sur le fondement d'un fidéicommiss, parce que le testateur a promis qu'il déclarerait dans un autre écrit leurs limites et la forme du combat qu'il voulait faire chaque année et que, par la suite, emporté par la mort, il n'a pas fait". Mais, si au contraire il a posé certaines conditions dans quelque partie que ce soit du testament, il semble alors que, dès le départ, il y a une institution conditionnelle et que l'on accomplit tout ainsi, comme si le testateur avait lié ces mêmes institutions à ces mêmes conditions qui ont été écrites en dessous ».

<sup>11</sup> Constitution de Justinien aux Constantinopolitains donnée le 1<sup>er</sup> juin 539 et dont le titre est le suivant : « Pour que tous obéissent aux juges des provinces dans les affaires criminelles et civiles, et que les affaires soient ici examinées, nulle n'étant exceptée par un privilège ; que ceux qui sont cités ne soient pas conduits là, à moins que la sainte constitution impériale n'ait ordonné que l'on fasse paraître quelqu'un ».

« Préface : Il faut juger qu'il y a certes une seule vertu, la plus parfaite de toutes pour les hommes, qui est de rendre à tous leurs droits : celle-ci a été appelée pour cette raison la justice. Le fait est que, si les biens de celle-ci n'accompagnent pas chacune des autres vertus, rien ne se fera de ce qu'elles recherchent ; c'est pourquoi nous ne louerons pas une bravoure qui n'est pas avec la justice, du fait que la langue des pères appelle comme seule vertu la bravoure dans les armes ; et si quelqu'un soustrait seulement à celle-ci la justice des délits, l'occasion de certains biens ne se fera pas, portant nos regards sur nos provinces, nous avons jugé qu'il fallait fortifier celle que l'on méprise par une loi qui plaît à Dieu et la ramener à une bravoure convenable. Car, certains parcoururent pour eux certes les écrits sacrés, d'autres des privilèges, d'autres des constitutions impériales, d'autres les prescriptions des juges, les uns décourrant d'autres occasions de sauter à partir d'autres choses, les autres feignent de faire des procès dans les provinces et en dehors d'elles. En effet, celui qui souffre un mal en quelque lieu que ce soit, qui perd quelque chose de ses biens, ou qui fait un procès au sujet des bornes de sa terre, au sujet de sa propriété, de sa possession, de son hypothèque, ou de quelque chose d'autre, comment aura-t-il la force de montrer dans un autre lieu les preuves de ce qu'il a supporté sans défaillance ? Car, faisant cela, et montrant la seule vertu et la seule bravoure, c'est ainsi que ceux qui croient de façon juste ourdissent de telles choses et que les hommes accomplissent cela en tant que gens qui ont foi, tiendront une vertu continue et qu'ils ne tournent pas leur attention sur les mille et dix mille exemples, parce que nous verrions tardivement les puissants s'avancer contre des personnes peu nombreuses des puissants, et les riches [contre des personnes peu nombreuses] des riches ; mais en tout temps, [ce sont] presque les présomptueux des puissants [qui] se sont avancés, les pauvres des riches, pendant que la lignée a suivi l'injustice des pères ; et ils n'y pensent pas et n'y songent point, parce que, usant de leurs pouvoirs, ils ourdissent cela comme par eux-mêmes ; ils le font peut-être contre ceux qui sont nés d'eux, ce même pouvoir ne suivant pas la lignée qui leur fait suite ».

Suit une référence au *Codex Justiniani* mal indiquée et donc, introuvable.

<sup>12</sup> Décrétale de Lucius III à l'évêque de Chester : « Nous comprenons de tes lettres que toi et l'archidiacre, vous aviez des prébendes sur les domaines agricoles que chacun, vous possédiez et qu'il y avait une controverse entre vous à l'égard de leurs bornes, parce que tu dis qu'il a dépassé les anciennes bornes et occupé une partie de ton fonds, ce dernier soutenant au contraire qu'il avait possédé cette même partie du fonds de façon ferme durant quarante années ; mais toi, tu soutiens que tu l'avais possédée de façon paisible durant ce même temps ; c'est pourquoi tu as demandé si la preuve incombaît au demandeur, ou au possesseur. Tu dois pour cela savoir que le jugement du règlement des bornages de l'une et l'autre personnes tiennent dans celui-ci la place des deux, à savoir du demandeur et du défendeur. D'où, l'on peut produire de là des témoins pour documenter la connaissance du juge, avec lesquels, une fois examinés, le juge recevra pour faire sa foi ceux qu'il avait entendus comme supérieurs. Si les témoins des deux parties sont également appropriés, les témoins du possesseur seront placés devant, du fait que les lois sont plus promptes à dénouer qu'à condamner, excepté dans une cause libérale, dans laquelle les témoins des deux parties seraient égaux, la sentence sera portée à la faveur de la liberté. Car il est d'un droit manifeste que l'on accorde parfois au possesseur la preuve, du fait que l'on a légalement veillé à ce que celui qui objecte une prescription de longue durée, que personne n'objecte à bon droit, si ce n'est le possesseur, et qu'il l'a prouvée, devra l'obtenir dans la cause ».

<sup>13</sup> Décrétale d'Innocent III au patriarche de Jérusalem et à l'archevêque de Césarée : « Alors qu'en présence des juges délégués, l'archevêque de Tyr avait demandé le bénéfice de restitution, le curé de Saint-Marc de Venise, contre lequel il agissait en justice, n'a rien répondu aux choses reprochées, mais en a appelé à notre audience ; mais, bien qu'il ait été souvent averti, afin qu'il cédât au droit, parce que son appellation ne tenait pas, il ne voulut cependant pas plus répondre, ou aussi comparaître en leur présence. Mais les juges eux-mêmes, du fait que le curé demeurait dans son obstination, ont reçu les témoins produits par la partie adverse et, les dépositions ayant été mises par écrit, lui ont commandé d'aller les trouver en personne ou de faire opposition aux propos des témoins. Du fait qu'il n'avait pas voulu le faire, ils ont porté contre lui une sentence d'excommunication, adjugeant la possession de la paroisse à l'archevêque rappelé, la remettant dans son état initial, ils ont interdit plus rigoureusement que quelqu'un ne présume troubler la possession restituée de l'église de Cyrène. En conséquence, alors que le procès n'avait pas été commencé en présence de ces mêmes juges et qu'il était apparu manifestement que ces mêmes lettres, obtenues par une suppression de la vérité, du fait qu'il était clair que deux des ci-devant dits juges, à savoir les évêques d'Acco et de Beyrouth, en tant que suffragants de ce même archevêque, étaient soumis à leur métropolitain, il est clair à

sont mesurables ; en faveur de cela, il y a le très bon texte avec la glose jointe sur Décrétales II, ix, 3<sup>14</sup>, sur les mots « *pour les églises situées tout autour* », en l'introduisant par ce moyen : le Pape commande ici, en effet, que si l'on prend un certain genre de poisson dans la mer durant les jours dominicaux, quelque partie en devienne une aumône pour les églises situées autour de la mer ; la glose dit : particulièrement à celles sur le territoire desquelles la capture a été faite ; et bien que les anciens n'aient pas apprécié ce texte pour cela, cependant quelques-uns des plus récents l'ont vanté pour cela, parmi lesquels se trouvait Balde<sup>15</sup>, qui dit ici que ce texte doit être gardé à l'esprit pour cela, à savoir que la mer est attribuée à la terre qui se tient autour et que cet endroit, ou les petites parties de la mer, sera attribué à la place, ou au territoire, dont il est le plus proche. Le texte remarqué de D. 5, 1, 9<sup>16</sup> le montre, où le jurisconsulte Ulpien<sup>17</sup> dit bellement que les îles d'Italie sont une partie de l'Italie et de sa province ; par cette loi, Angelo de Pérouse<sup>18</sup> dit que l'on a décidé à Pise, et de bonne façon, sur le conseil de Bartole<sup>19</sup>, qu'à l'égard d'une infraction commise (3) sur la mer de leur port et de leur cité, on devait la punir ici, parce que cette petite partie de la mer est entendue dans cette mesure être sujette à la cité de Pise, ce que l'on obtient selon lui, même si cette petite partie de la mer est très éloignée de la place, si toutefois elle n'est pas plus proche d'une autre. En faveur de cela, joue de bonne façon CJ. 11, 13, 1<sup>20</sup>. Cette loi ne

---

*partir de cela que le curé a légalement fait appel, contre lequel, même s'il avait fait appel de façon moins légale, bien que les juges eux-mêmes aient pu peut-être porter une sentence d'excommunication à raison de son obstination, ils n'auraient cependant pas dû porter une sentence définitive sur l'affaire principale, le procès n'ayant pas été commencé ; nous avons cassé les sentences ci-devant dites, mieux, nous les avons déclarées cassées et sans valeur. D'où, nous commandons à l'archevêque de Tyr de rendre les instruments de l'église Saint-Marc et tout ce qu'il a occupé par lui-même ou par le biais d'autres personnes, à l'occasion d'une sentence de ce type ».*

<sup>14</sup> Décrétale d'Alexandre III à l'archevêque de Trondheim : « *Quoique la lettre tant de l'ancien Testament que du nouveau assigne spécialement au repos de l'homme le septième jour, l'Eglise a décrété que l'on devait observer tant ce dernier que les autres jours à la majesté très haute et seulement les jours de naissance des saints martyrs, et que l'on devait cesser tout travail servile durant ceux-ci, [nous, cependant, auquel le gouvernement de l'église a été confié par le pourvoyeur de tous, sur ce que la nécessité réclame, nous sommes tenus de pouvoir avantagement aux fidèles de Christ, pour que, s'il est arrivé que ceux-ci ont l'intention peut-être, en recherchant les choses nécessaires non à un travail servile, c'est-à-dire à un acte de péché, mais à la nourriture et au vêtement, nous voulons que leur donne un secours par la prévoyance miséricordieuse du siège apostolique]. De là, puisqu'il y a que votre région qui n'abonde pas de beaucoup de fruits et la mer, dans laquelle le peuple a eu ordinairement la plus grande part de sa nourriture, sachant avec les rapports de beaucoup que cela a été fait pour ce qui est ordinairement plus stérile, avec l'autorité du bienheureux Pierre, nous accordons qu'il sera permis à vos paroissiens, les jours du dimanche et aux autres fêtes, à l'exception des plus grandes solennités de l'année, s'ils se penchent sur le fruit de la terre, de se porter sur leur saisie, la nécessité y pressant, ainsi cependant, parce qu'après la saisie faite, ils feront une part convenable pour les églises situées tout autour et pour les pauvres de Christ. [Mais si ceux qui sont tenus d'accomplir quelques jours au pain et à l'eau à partir d'une pénitence, à eux, enjoins, n'ont pas le pain avec le lequel se nourrir, avec des poissons ou d'autres vivres, si la nécessité le réclame, ils sont restaurés, cependant, en tenant une discrétion modérée, parce qu'ils en usebnt non pour le plaisir, mais seulement pour la nourriture nécessaire] ».*

<sup>15</sup> Balde de Ubaldis ou Baldo degli Baldeschi (1327-1400), juriste de Pérouse, élève de Bartole, qui produisit une série de commentaires sur l'ensemble du *Corpus iuris civilis*, mais aussi sur des Décrétales de Grégoire IX, sur le livre des Fiefs. Il écrivit également un ouvrage de *Consilia* ou *Avis*, un commentaire sur la *Paix de Constance* (il s'agit d'un traité signé en 1183 par Frédéric Barberousse, qui accordait l'indépendance des villes lombardes, commentaire dont nous proposerons bientôt une traduction en langue française) et un ouvrage sur les *Questions et les tortures*.

<sup>16</sup> Extrait du livre IX sur l'Édit du préteur d'Ulpien : « *Les îles d'Italie sont une partie de l'Italie et de chaque province* ».

<sup>17</sup> Suarez mentionne faussement Gaius comme l'auteur de ce passage.

<sup>18</sup> Angelo Baldi, mort vers 1407, était le frère du grand commentateur Balde et fut juriste à Pérouse. Il y donna plusieurs ouvrages, commentant lui-même le Digeste, le *Codex Iustiniani*, les Nouvelles, ainsi qu'un ouvrage de *Disputationes* ou *Discussions* et de *Consilia* ou *Avis*.

<sup>19</sup> Bartole ou Bartolo de Sassoferrato (1313-1356) est le premier auteur à avoir entrepris de faire des commentaires suivis sur toutes les parties du texte tirés du *Corpus iuris civilis*. Il y a si bien réussi que ses successeurs n'ont pas manqué de se réclamer de lui. Il a été appelé par Charles Dumoulin, qui a été par ailleurs le premier commentateur de la coutume de Paris dans sa version de 1510, le « coryphée des interprètes du droit ». Il amorça le travail des « commentateurs » qui font suite aux glossateurs, qui eux, se contentaient d'annotations explicatives sur des parties ou des termes des textes de droit romain.

<sup>20</sup> Constitution de Valentinien et Valens à Auxonius, Préfet du prétoire, et donnée en 369 : « *Nous voulons que la flotte de Séleucie et toutes les autres reviennent à l'office qui est soumis à ta grandeur, de sorte que le nombre des flottes soit complété à partir des gens non recensés ou de ceux qui s'y sont ajoutés et que la [flotte de] Séleucie soit assignée au comte de l'Orient pour aider à nettoyer l'Orient et pour les autres nécessités* ».



se trouve pas ailleurs selon Bartole<sup>21</sup>, de même [le dit] Angelo, de façon remarquable, sur D. 47, 10, 14<sup>22</sup> et Bartole le tenait de même sur D. 39, 4, 15<sup>23</sup> et l'a montré ici.

« Avec ce présupposé, il ressort nécessairement qu'il faut se prononcer contre Sant Ander, en lui ordonnant de ne pas interdire ni défendre auxdits demandeurs ni à d'autres demandeurs l'usage de cette mer ni du port pour la pêche, ni pour le chargement, ou le déchargement, de poissons et autres marchandises, parce que les demandeurs ayant une intention fondée sur le droit commun, autant parce que ledit port est situé dans les limites de son territoire, que du fait que l'usage de la mer et de ses côtes est commun à tous selon le droit naturel ; Sant Ander ne peut fonder son droit contre eux, sauf en cas de jugement gagné en sa faveur, pour leur interdire et défendre de le faire sans sa permission ; et c'est ce droit qu'ils invoquent, en disant qu'on leur a toujours interdit d'agir et qu'on les en a empêchés, et qu'ont toujours été défendus ceux qui le firent sans cette permission.

Et cette prescription n'a pas lieu d'être dans ce cas pour deux raisons : la première, parce que défendre l'usage de la mer est contre [le droit naturel] »<sup>24</sup>.

« L'une, parce qu'interdire l'usage de la mer »<sup>25</sup> est contre le droit naturel, (4) parce que l'usage de la mer est commun à tous et ainsi, nul ne peut se faire aider d'une prescription pour empêcher et interdire que quelqu'un use de la mer, d'un port et des autres choses assignées à l'usage commun de tous les hommes, comme le dit le jurisconsulte dans D. 41, 3, 49<sup>26</sup>, CJ. 11, 43, 9<sup>27</sup>, CJ. 8, 11, 6<sup>28</sup>. Et ne s'y oppose pas D. 44, 3, 7<sup>29</sup>, parce que l'interdiction ne se trouvait pas ici à raison d'une prescription, mais à raison d'une quasi possession à raison d'une occupation préalable, parce qu'il y en a une pour pêcher et ainsi, elle est une quasi possession par droit occupation préalable autorisée par le droit naturel, elle peut interdire qu'un autre pêche au même endroit ; telle est la solution véritable [581] que suivent les gloses et les docteurs sur lesdites lois ; jouent D. 44, 3, 7,

---

<sup>21</sup> Ce qui est faux, puisqu'on la retrouve exactement sous la même forme dans CTh. 10, 23, 1. Cependant, Bartole ne pouvait le savoir, d'autant que le Code théodosien n'avait pas encore été publié de façon scientifique, ce que fera Jacques Godefroy au XVI<sup>e</sup> siècle.

<sup>22</sup> Extrait du livre X *Sur Plautius* de Paul : « Assurément, si un droit de la mer appartient en propre à quelqu'un, l'interdit "comme tu as possédé" (uti possidetis) lui appartient, s'il est empêché d'exercer son droit, parce que ce bien ressortit maintenant à une cause privée, non à une cause publique, comme par exemple, alors que, quant au droit de jouissance, l'on agit en justice, [droit] qui, d'une cause privée, survient et non d'une cause publique. En effet, [c'est] aux causes privées [que] les interdits ont été adaptés, non aux causes publiques ».

<sup>23</sup> Extrait du livre XVII des *Digestes* d'Alfenus Varus : « L'empereur, comme il avait mis en location des carrières de pierres de l'île de Crète, avait déclaré ainsi la règle : "afin que nul, en dehors de l'adjudicataire, n'extrait la pierre de l'île de Crète après les ides de mars (i. e. après le 15 mars), ne l'enlève et ne la [transporte]"<sup>23</sup>. Le vaisseau d'une certaine personne, chargé de pierres avant les ides de mars, qui partait, a été repoussé par le vent dans un port, ensuite, de nouveau, après les ides de mars, il s'est mis en route. On a consulté [pour savoir] si, à l'encontre de la règle, après les ides de mars, les pierres étaient considérées [être] sorties de l'île de Crète. [Alfenus Varus] a répondu que, même si les ports aussi, qui appartenaient à l'île, étaient tous considérés appartenir à l'île, cependant, celui qui, avant les ides de mars, s'était mis en marche en sortant du port et, repoussé par la tempête, dans l'île, avait été ramené, s'il en était sorti, n'était pas considéré, contre la règle, l'avoir fait, en outre, parce que, déjà dès le début, les pierres étaient considérées avoir été extraites, alors que, sortant du port, le vaisseau s'était mis en marche ».

<sup>24</sup> Ce passage est en espagnol ancien.

<sup>25</sup> Ce passage est en espagnol ancien.

<sup>26</sup> Extrait du livre V des *Choses vraisemblables* de Labéon résumées par Paul : « Si quelque chose a été soustrait, cela ne peut être usucapé avant qu'au pouvoir du propriétaire, cela soit arrivé. Paul : mieux, peut-être, aussi le contraire ; car, si, ce qu'en gage, tu as remis, tu l'as dérobé, ce bien sera volé ; mais, dès qu'en mon pouvoir, il est arrivé, il pourra être usucapé ».

<sup>27</sup> Constitution de Théodose et Valentinien adressée à Sporacius (sans date) : « Nous décrétons que l'on enquête avec zèle quelles sont les fontaines publiques dès le départ ou, lorsque les fontaines étaient au départ privées, après qu'elles ont fourni un usage de façon publique, les quelles ont été converties à l'usage de personnes privées, les rescrits impériaux ayant été obtenus par friponnerie et beaucoup plus largement, si avec une autorité illégale, on n'a pas reconnu que quelque chose de ce type avait été tenté avec la couleur recherchée d'une sentence impériale, de façon à ce que son droit soit rendu à la cité royale et que ce qui est parfois public ne devienne pas privé, mais retourne aux usages communs, une fois communiquées certaines sentences impériales ou certaines constitutions impériales, à l'encontre de la commodité de la ville, les cassant en droit et sans prescription de longue durée pour restreindre les futurs droits de la cité ».

<sup>28</sup> Constitution de Gratien, Valentinien et Théodose adressée à Proculus donnée en 383 : « La prescription temporelle ne doit pas faire obstacle au droit public, ni certes les rescrits, et c'est pourquoi tout doit être détruit qui, à travers les différentes villes, sur le forum ou sur quelque emplacement public que ce soit, à l'encontre de l'ornementation, de l'avantage et de l'aspect qui sied à la cité, est reconnu avoir été bâti ».

<sup>29</sup> Extrait du livre III des *Institutes* de Marcianus : « Si quelqu'un, dans le bras public d'un fleuve, a pêché seul durant plusieurs années, il interdira qu'un autre, du même droit, fasse usage ».

le titre 28 de la *Partida 3* [des *Siete Partidas*] <sup>30</sup>, loi 3, où l'on dispose indistinctement, pour toutes les choses assignées à l'usage commun non seulement des hommes, comme l'est la mer, mais aussi des hommes de quelque cité, que la prescription ne se présente contre eux à aucun moment ; il y a un cas remarquable dans D. 47, 10, 13 § 7 *in medio* <sup>31</sup>, cependant, ici cela a été usurpé, avec la glose jointe, où [se trouve] le cas, (5) parce que celui qui interdit à un autre de pêcher devant ses constructions est tenu par une action d'injures et il ne peut contre cela se faire aider par la coutume, ou une prescription, du fait que cette dernière est une certaine usurpation, qui contredit le droit des gens, est réprouvée et n'opère en rien. (6) En effet, la coutume [qui va] contre le droit divin, le droit naturel, ou le droit des gens, s'appelle non une coutume, mais une certaine usurpation, comme dans la Nouvelle CXXXIV chap. 1 <sup>32</sup>. Là dessus cependant, le propos pourrait être plus long, si ce n'est parce que cela ne touche pas beaucoup à ce qui a été exposé, sur le fondement de quoi, même si une prescription avait lieu, elle cesserait sans aucun doute sur ce qui a été exposé à raison de la seconde cause qui suit.

*« L'autre raison pour laquelle est remise en cause la prescription en cette cause vient de ce que, au cas où aurait lieu une prescription négative pour défendre, ou interdire, elle cesse ici, car les demandeurs ont toujours usé de leur possession pour la pêche, pour le chargement, ou le déchargement, dans ledit port sans demander la permission à Sant Ander, et bien que Sant Ander le leur ait interdit et leur ait pris des gages, jamais ils n'ont cessé d'user de leur droit et possession, et de continuer en ce sens, ce qui est en outre manifeste à travers les articles et preuves juridiques contraires par lesquels ils argumentaient comment toujours, ils prenaient des gages et défendaient les prises. D'où il ressort en conclusion que, si valaient l'interdiction et la prise de gage, les victimes appréhendées*

<sup>30</sup> Les *Siete Partidas* sont une collection que l'on doit au roi de Castille Alphonse X le Sage (1221-1284), rédigée en castillan, et non pas en latin. Cet ouvrage, qui voulait réaliser un vaste projet de réforme, permit une véritable renaissance du droit romain en Espagne, mais autour d'un canevas systématique et unifié.

<sup>31</sup> Extrait du livre LVII *Sur l'Édit du préteur d'Ulpian* : « 7 - Si quelqu'un m'interdit de pêcher en mer ou d'y mener un filet (qui se dit en grec σαγινη), pourrai-je le citer en justice avec l'action d'injures ? Il y en a qui pensent que je peux agir avec l'action d'injures ; ainsi [le dit] Pomponius et la plupart [pensent] qu'il est semblable à celui qui ne souffre pas qu'on se lave en public, que, dans un théâtre public, l'on s'assoie ou que, dans un autre endroit où l'on vit, l'on s'assoie et l'on se tienne habituellement, ou si quelqu'un ne permet pas que j'utilise mon propre bien ; car celui-ci peut être cité en justice avec l'action d'injures. Mais, au preneur à bail, les anciens ont accordé un interdit, si peut-être, publiquement, il a pris à bail cela ; car la violence doit lui être interdite pour l'empêcher de jouir de sa prise de bail. Si, cependant, j'empêche que, devant mes bâtiments, quelqu'un pêche, ou devant ma maison de plaisance, que doit-on dire ? D'une action d'injures, suis-je tenu ou non ? Certes, la mer et les rivages sont communs à tous, de même que l'air, et il a été très souvent disposé dans les rescrits que l'on ne pouvait pas empêcher quelqu'un de pêcher, ni de chasser ; mais on ne peut empêcher d'être à affût, à moins que, sur le terrain d'autrui, l'on ne pénètre. Cependant, on a fait usage de cela, bien que sans aucun droit, pour pouvoir empêcher quelqu'un de pêcher devant mes bâtiments ou devant ma maison de plaisance ; c'est pourquoi, si quelqu'un en est empêché, avec l'action d'injures, on peut encore maintenant agir en justice. Cependant, sur un lac qui se trouve dans ma propriété, je peux empêcher que quelqu'un y pêche ».

<sup>32</sup> Constitution de Justinien adressée à Petrus, Préfet du prétoire, et donnée en 556 au sujet des vicaires : « Chapitre 1 : Pour ne permettre à aucun des magistrats d'établir des vicaires.

*Mais, nous appliquant maintenant à parfaitement venir en aide à nos sujets, nous consacrons que les préfets tant de l'Orient que du prétoire d'Illyrie, le comte des largesses, le comte des affaires privées, les conservateurs des places n'ont nulle licence d'affecter dans les provinces, ou de faire eux-mêmes les juges des provinces et d'envoyer des conservateurs du propre baudrier d'une place, mais que les conservateurs d'une place n'envoient pas de juges de villages dans les provinces à eux confiées. Mais nous ordonnons que les conservateurs de la place appartiennent à la préfecture à Hosdruma et en Mésopotamie, quoi que la nécessité ait réclamé, durant le temps de l'expédition dans d'autres endroits à la faveur de la nourriture qui leur est destinée et cela certes par notre commandement. Sur cela, nous ordonnons que ni les maîtres des soldats, ni les généraux dans les provinces, dans lesquelles ils se sont vus commander de les administrer, n'aient de conservateurs de la place, ou de protecteurs des existences, ou de chasseurs de brigands. Mais, s'il était arrivé que, la nécessité agissant, les maîtres des soldats, ou les généraux, soient destinés à d'autres places par notre ordre, alors ils deviennent des conservateurs de la place absents, et cela par notre ordre. Mais il ne sera permis à aucun juge civil, ou militaire, de parcourir une province sans une cause nécessaire. Mais, si quelque nécessité avait appelé à quelque chose de tel, nous commandons que tant les juges que l'office qui leur est approprié et soumis le fassent à leurs propres frais ; qu'il n'alourdisse pas nos sujets de corvées, ou de ce que l'on appelle des billets de logement, qu'ils ne donnent pas le nom de coutumes, ou ne recherchent pas celles que quelques-uns des ci-devant dits ont peut-être découvertes de façon injuste pour leur propre profit. En effet, ce qui a été mal découvert et les mauvaises coutumes ne seront affermis ni par une longue durée, ni par une longue coutume, tous les juges civils et militaires ci-devant dits sachant que, si quelque chose est fait en dehors de cela et que celui qui le fait, s'il est conservateur de la place, subira une peine de vingt livres d'or et se verra dépouiller de son baudrier, et celui qui a consenti à le faire, déchu de sa propre fortune, sera sujet à un exil ».*

Après avoir lu ce passage, on se rend compte que seule la fin importe, qui évoque les coutumes invoquées par des fonctionnaires impériaux pour imposer des corvées indues.

*usaient par tous moyens de leur possession, et ceci suffit à exclure la prescription, laquelle, selon le droit, ne peut être actionnée en justice, sauf si ceux que visent l'interdiction renonçaient à leur possession et à user de leur droit après l'interdiction* »<sup>33</sup>.

Les principes du droit enseignent : avec patience et la durée légale pour causer une prescription et un droit d'interdire. Mais, comme ici la patience n'intervient jamais de la part des demandeurs, bien plus la contradiction et la continuation de la possession, sans aucun doute la prescription cesse. (7) La règle du droit commun, par laquelle ces demandeurs ont aussi de façon régulière une action fondée, vient donc en remplacement, du fait que l'usage de la mer et des ports est commun à tous par le droit naturel, parce que personne ne peut se voir interdire d'en user ; le cas se trouve dans D. 47, 10, 13 § 7<sup>34</sup> et qui plus est, si j'interdis que quelqu'un pêche devant mes bâtiments, je suis tenu d'une action d'injures, comme le dit le jurisconsulte dans ce même texte *in medio*.

*« Parce que ceux de Sant Ander étant comme ils le sont exclus, sans avoir le droit d'interdire ni de défendre à ces conseils la pêche, le chargement, ou le déchargement, des uns et des autres, il est sûr que cela n'introduit pas de doute entre eux que l'on demande une permission au roi, ou non, car ceci est un droit de tiers, que ceux de Sant Ander n'ont jamais invoqué ni prouvé, et auquel ils ne se sont jamais opposés sans y avoir recours, sauf en prétendant à un droit propre d'interdire la pêche, le chargement et le déchargement sans autorisation ; et puisqu'ils sont exclus de ce propre droit-là, cela suffit à ce que la cause soit entendue.*

*Mais il est possible que cela puisse cesser, alors je dis que ceux-ci peuvent faire la pêche, charger et décharger entre ladite mer et le port sans la permission du prince* »<sup>35</sup>.

Des jurisconsultes incontestables soutiennent que l'usage de la mer est commun à tous de par le droit naturel, D. 1, 8, 2<sup>36</sup>, D. 1, 8, 4<sup>37</sup>, D. 1, 8, 5 § 1<sup>38</sup>, D. 43, 8, 2 §§ 8 et 9<sup>39</sup>, D. 43, 8, 3<sup>40</sup>, D. 41, 1, 30 § 4<sup>41</sup>, dans la mesure où, si j'interdis de pêcher à quelqu'un qui le veut devant mes bâtiments, ou devant ma villa, je serai tenu d'une action d'injures, comme le dit le jurisconsulte dans D. 47, 10, 13 § 7<sup>42</sup> et dans ledit texte de D. 1, 8, 5 § 1<sup>43</sup>. C'est ainsi que le dit le jurisconsulte, (8) mais presque tous les fleuves et les ports sont publics, voir dans D. 1, 8, 5 § 1<sup>44</sup>

<sup>33</sup> Ce passage est en espagnol ancien.

<sup>34</sup> Ce texte est indiqué comme extrait 2 de ce même titre sur les *Injures et les libelles diffamatoires*. Nous avons donc corrigé l'auteur, ou l'imprimeur. Cf. *supra* note 30.

<sup>35</sup> Ce passage est en espagnol ancien.

<sup>36</sup> Extrait du livre III des *Institutes* de Marcianus : « Certaines choses, selon le droit naturel, appartiennent à tous, les unes à une communauté, les autres à personne, la plupart à des individus, qui sont acquises à chacun pour différentes raisons. 1 - Et sont certes communs à tous, l'air, l'eau courante, la mer et à travers elle, les rivages de la mer ».

<sup>37</sup> Extrait du livre III des *Institutes* de Marcianus : « En conséquence, personne ne se verra interdire d'accéder au rivage de la mer pour pêcher, tandis qu'il se tiendra éloigné des domaines, des maisons et des monuments, parce qu'ils ne ressortissent pas au droit des gens comme la mer ; c'est ainsi que l'a dit dans un rescrit le divin Antonin le Pieux aux pêcheurs de Formies et de Capène. 1 - Mais absolument toutes les rivières et tous les ports sont publics ».

<sup>38</sup> Extrait du livre II des *Affaires journalières* de Gaius : « 1 - Il est libre à ceux qui pêchent dans la mer de disposer une cabane sur la rive, dans laquelle ils se réfugieront ».

<sup>39</sup> Extrait du livre LXVIII *Sur l'Édit du préteur d'Ulpien* : « 8 - Contre celui qui a jeté une digue dans la mer, un interdit utile se présente à celui envers qui, peut-être, cette chose aura nui ; mais, si personne ne ressent de dommage, doit être protégé celui qui a construit sur la rive ou jeté une digue dans la mer. 9 - Si quelqu'un, en mer, est empêché de pêcher ou de naviguer, il ne disposera pas de l'interdit (que le préteur enjoint pour interdire de construire sur un emplacement public ou sur une route publique), de même que celui qui est détourné de jouer sur une terre publique, de laver dans un bain public, ou de faire un spectacle dans un théâtre ; mais, dans tous ces cas, de l'action d'injures, il usera ».

<sup>40</sup> Extrait du livre XXXIX des *Digestes* de Celsus : « Je pense que les côtes sur lesquelles le peuple Romain a le pouvoir de commandement appartiennent au peuple Romain ; 1- que l'usage de la mer est commun à tous, comme celui de l'air, et que les piliers lancés sur elle appartiennent à celui qui les a lancés ; mais qu'il ne doit pas être accordé que l'usage de la côte ou de la mer, par ce moyen, soit détérioré ».

<sup>41</sup> Extrait du livre XXXIV *Sur Sabinus* de Pomponius : « 4 - Si j'ai jeté des pieux dans la mer et que, sur eux, j'ai construit, immédiatement, la construction devient la mienne. De même, si j'ai construit une île dans la mer, immédiatement, elle devient la mienne, parce que ce qui n'appartient à personne devient [la propriété] de celui qui l'occupe ».

<sup>42</sup> Cf. *supra* note 31.

<sup>43</sup> Cf. *supra* note 38.

<sup>44</sup> Cf. *supra* note 31.

et dans les *Institutes de Justinien* 2, 1 § 2<sup>45</sup>. Comme c'est là la règle de tous les jurisconsultes et qu'il n'est pas fait mention dans lesdites lois de l'obtention d'une autorisation du prince sur cela, nous devons recevoir la conjecture que l'on ne requiert pas une telle autorisation, comme le dit le jurisconsulte Gaius dans D. 6, 2, 8<sup>46</sup>. Et de façon certaine, telle aurait dû être la réponse satisfaisante pour satisfaire le doute ; parce qu'il dit que l'autorisation du prince est nécessaire, il donnera une loi à celui qui recherche cela ; cela n'a jamais été rapporté, ni reçu, comme le dit le jurisconsulte contre Saturnus dans D. 1, 9, 1 § 1<sup>47</sup>. Mais il est montré de façon évidente que, pour alléger les travaux, l'autorisation du prince n'est pas nécessaire, bien que, la règle ci-devant dite se maintenant, il ne nous incombe pas que celle-ci en fonde une nouvelle. (9) En effet, en envisageant depuis la racine le pouvoir du peuple romain sur la mer, ou le droit et la maîtrise qui leur appartenaient sur elle en droit commun, et par conséquent ceux de l'empereur, ils concernaient seulement la protection et la juridiction ; la glose le dit sur D. 1, 8, 2<sup>48</sup>, car, alors que le texte avait dit que la mer et des rivages de la mer étaient communs à tous en droit naturel, la glose dit sur une partie : les rivages, parce qu'ils sont tous communs quant à l'usage et la propriété, appartiennent cependant au peuple romain au regard de la protection. De là, Balde dit ici que la propriété de la mer est la faculté d'user de personne, elle appartient à l'empereur quant à la juridiction. La glose dit de même sur *Institutes de Justinien* 2, 1, § 1<sup>49</sup>. C'est ce qu'a dit une glose singulière sur D. 43, 8, 3<sup>50</sup>. Car, alors qu'ici le jurisconsulte a parlé en termes rigides, disant des rivages sur lesquels le peuple romain avait un pouvoir de commandement, « *je pense qu'ils appartiennent au peuple romain* », mais il ajoute que c'est plus l'usage qui est commun à tous ; avec ces mots, il est suffisamment dit que rien d'un pouvoir n'a été concédé au peuple romain quant à interdire, ou accorder l'usage de la mer.

De là, c'est après le jugement de Plazen.<sup>51</sup> qui tenait que ce qui était commun à tous, comme l'air et la mer, appartenait à Dieu seul ; Johannes Faber<sup>52</sup> a dit sur *Institutes de Justinien* 2, 1, § 5<sup>53</sup>, que l'air, l'eau courante, la mer et les rivages de la mer sont communs et ne se sont jamais trouvés dans la propriété de quiconque, mais ils ont été laissés à leur droit propre et que cela est du premier âge naturel, dans lequel tout est commun ; d'où le Psaume « *Tu as tout soumis sous ses pieds, les moutons, etc., les oiseaux du ciel et les poissons de la mer, qui parcourent les sentiers de la mer* ». (10) Les ports échoient aussi à l'usage commun des hommes : il y a le texte des *Institutes de Justinien* 2, 1, § 1

<sup>45</sup> « 2 - Mais tous les fleuves et tous les ports sont publics ; et c'est pourquoi le droit de pêcher dans les fleuves et dans les ports est commun à tous ».

<sup>46</sup> Extrait du livre VII *Sur l'Édit provincial* de Gaius : « Mais, quant au prix payé, rien n'est dit ; d'où une conjecture peut être prise, comme si la sentence du prêteur n'était pas celle-ci, afin que l'on recherche si le prix aura été payé ».

On relèvera que ce passage n'a aucun rapport avec le propos tenu ici : il n'est cité que pour justifier l'emploi du mot « conjecture », à titre de simple réminiscence que l'on sait situer, avec le pédantisme et la coquetterie un peu vaine du bon connaisseur du droit romain.

<sup>47</sup> Extrait du livre LXII *Sur l'Édit du prêteur* d'Ulpien : « 1 - Mais nous disons que les femmes de dignité consulaire sont les épouses des hommes de la dignité consulaire ; Saturninus ajoute aussi les mères, ce qui n'a jamais été rapporté, ni jamais reçu ».

Encore un autre exemple de cet abus courant chez les auteurs de cette époque.

<sup>48</sup> Cf. *supra* note 36.

<sup>49</sup> « 1 - Et certes, par le droit naturel, sont communes à tous les choses suivantes : l'air, l'eau courante, la mer et par elle, les rivages de la mer. Donc, personne ne se voit empêché d'accéder à une rive de la mer, cependant que l'on se tient éloigné des maisons, des monuments et des constructions, parce qu'ils ne ressortissent pas au droit des gens, comme la mer ».

<sup>50</sup> Cf. *supra* note 40.

<sup>51</sup> Plazen. S'agit-il ici du tout premier glossateur qu'était Placentinus, mort en 1192 ? Cela est possible, mais nous ne pouvons rien affirmer.

<sup>52</sup> Joannes Faber ou Jean Faure de Roussines (vers 1275-1340), fréquenta l'université de Montpellier pour se faire recevoir docteur en droit à Bologne. Il devient alors avocat auprès des juridictions d'Angoulême et fut probablement également sénéchal de la baronnie de La Rochefoucauld. Pour les besoins de sa pratique, il rédigea vers 1325-1330 un *Breviarum* sur le Code de Justinien, dans lequel il chercha à rassembler les notions essentielles du droit. Puis, vers 1335-1340, il donna un *Commentaire sur les Institutes*, avec le même souci d'efficacité. Il s'efforça en effet, de dégager les règles du droit que les gloses obscurcissaient et trop souvent éludées par un enseignement lacunaire.

<sup>53</sup> « 5 - L'usage public des rivages ressortit aussi au droit des gens, comme celui de la mer elle-même. Et c'est pour cela qu'il est permis à certains de placer ici une cabane dans laquelle ils se réfugieront, comme de sécher leurs filets et de les sortir de la mer. On peut entendre que leur propriété est la propriété de personne, mais qu'elle ressortit au même droit que la mer, la terre, ou le sable, que la mer recouvre ».

*in medio*<sup>54</sup>, d'où Balde le fait remarquer sur le titre « *De la division des choses* », col. 4, en agitant la question [de savoir] si les ports de mer façonnés par l'intelligence des hommes sont publics pour tous les peuples, ou pour ceux qui les ont construits. Il conclut que les constructions appartiennent à ceux qui les ont bâties, D. 1, 8, 6<sup>55</sup>. Mais les ports sont publics pour tous les peuples, du fait que l'eau est commune, comme dans ledit passage [des *Institutes de Justinien*] 2, 1 § 2<sup>56</sup>, à partir duquel on infère que l'on avait révoqué en doute [le fait de savoir] si un testament fait dans le port d'une certaine cité du Soudan serait réputé fait en terre sarrasine ; et il dit que non, parce qu'un port est public pour les Chrétiens comme pour les Sarrasins, selon lui, etc. Et ne s'opposent pas à ce qui vient d'être dit le texte dans les *Libri feudorum* II, lvi<sup>57</sup>, où le texte énumère ce qui est droit royal ; le texte dit que les ports et les revenus des pêches se trouvent parmi les droits royaux et les lois de ce royaume, que j'ajouterai ci-dessous, s'accordent avec cela ; car je dis que lesdites lois entendues à travers l'endroit règlent par ce qui est spécial notre question en faveur des demandeurs. (11) En effet en premier lieu, dans la mesure où ce texte parle des activités de pêche, il faut l'entendre ainsi, non parce que le droit de pêche serait un droit royal et que l'édit ne serait pas prohibitif, pour qu'il ne lui soit pas permis de pêcher, ou d'user de la mer, ou d'un port, pour un autre usage et avantage sans une autorisation royale. Mais les revenus ordinaires des pêches sont seulement accordés aux princes, comme l'est la gabelle, ou comme est payée une autre taxe ordinaire ; au sujet de ce que les pêcheurs font [582] dans la mer, ou par les marchands, au sujet de ce qu'ils achètent, ou vendent, car les pêches elles-mêmes et l'usage de la mer restent communs à tous : les termes du texte le montrent ouvertement, qui disent « les revenus de la pêche » ; Andrea de Isernia<sup>58</sup> et Giacomo d'Alvarotto<sup>59</sup>, qui glosent ici ces termes, disent ainsi : les revenus des pêches (ils sous-entendent) ordinaires, comme parce que le trésor réclame la redevance publique des marchés aux poissons, parce que les activités de pêche sont communes sur la mer relativement au droit, D. 1, 8, 2<sup>60</sup> et 3<sup>61</sup> ; c'est pourquoi vous l'entendrez des revenus et de la redevance, parce que les activités de pêche sont toujours communes, et que

<sup>54</sup> « 1 - (...) Donc, personne ne se voit empêché d'accéder à une rive, cependant qu'il se tient éloigné des maisons, des monuments et des constructions, parce qu'ils ne ressortissent pas au droit des gens, comme la mer ».

<sup>55</sup> Le passage en question fait suite avec le précédent. Les compilateurs du Digeste avaient d'abord pris un extrait du livre II des *Affaires journalières* de Gaius disant : « 1 - Il est libre à ceux qui pêchent dans la mer de disposer une cabane sur la rive, dans laquelle ils se réfugieront ... », qu'ils ont fait suivre d'un extrait du livre III des *Institutes* de Marcianus : « ... dans la mesure où sont établis comme seuls propriétaires ceux qui ont bâti là, mais aussi longtemps que reste la construction ; autrement, une fois la construction disparue, l'endroit revient comme par droit de postliminie à sa condition originelle et, si un autre a construit sur ce même endroit, cela deviendra sien ».

<sup>56</sup> Cf. *supra* note 45.

<sup>57</sup> « Ce que sont les droits royaux : [Sont des] droits royaux les routes publiques, les fleuves navigables et ce qui devient navigable à partir d'eux, les ports, les redevances d'amarrage, les taxes que l'on appelle communément des tonlieux, les monnaies, les profits des amendes et des peines, les biens vacants et ce que l'on a enlevé aux personnes indignes par les lois, si ce n'est ce qui a été accordé à certains spécialement ; les biens de ceux qui contractent des noces incestueuses, des condamnés et des proscrits, selon ce qui est disposé dans les nouvelles constitutions, les fournitures des corvées de charroi, des corvées extraordinaires, des voitures et des navires, la collecte extraordinaire pour une expédition très heureuse de notre majesté royale, le pouvoir d'établir des magistrats pour expédier la justice ; les mines d'argent et les palais dans les cités habituelles ; les revenus des pêches et des salines, les biens de ceux qui commettent le crime de haute trahison, la moitié d'un trésor trouvé dans une place impériale, sans y donner un service, ou dans une place religieuse ; si le service a été donné, le tout appartient à celui [qui l'a fourni] ».

<sup>58</sup> Andrea d'Isernia (vers 1230-1316) fut un membre de l'école d'Isernia, sa cité d'origine. Il se rendit fameux par sa production en matière juridique et fut même surnommé « l'Évangéliste des feudistes ». Il opéra sous les rois de Naples, Charles I<sup>er</sup>, Charles II et René d'Anjou, desquels il reçut de nombreux avantages et privilèges. Son œuvre majeure consiste dans ses *Commentaria in usus feudorum*, ou *Commentaires sur l'usage des fiefs*. Il donna aussi une *Lectura*, ou *Leçon*, sur les constitutions de l'empereur Frédéric, qui concernent aussi le droit féodal et que l'on trouve souvent mêlés aux divers chapitres des *Libri feudorum*.

<sup>59</sup> Giacomo d'Alvarotto (1384-1452), originaire de Padoue, fut reçu docteur à l'université de Florence. Il devint par la suite prévôt de Sienne, puis enseigna le droit à l'université de Padoue. Il donna plusieurs ouvrages juridiques, dont le seul à être imprimé à Venise en 1477 fut son *Opus super Feudis*, ou *Ouvrage sur les fiefs*.

<sup>60</sup> Cf. *supra* note 36.

<sup>61</sup> Extrait du livre VI des *Institutes* de Florentinus : « De même, les pierres et les autres gemmes que nous trouvons sur le rivage, deviennent immédiatement nôtres selon le droit naturel ».

la juridiction et la protection appartiennent au roi. C'est là ce qu'ils disent. De même, le même Andrea d'Isernia, en glosant le terme « *ripatica* - les redevances d'amarrage », placé dans ledit chapitre, ajoute, et vous l'entendrez de la même façon, (12) que les productions et les revenus sont des droits royaux ; en effet, les rivages et leur usage sont communs, comme la mer, D. 1, 8, 5 pr<sup>62</sup>, et exposez ainsi les droits royaux autant pour la protection du prince, parce qu'on ne les aliène pas, comme dans D. 18, 1, 6<sup>63</sup>. Et sur cela, il y a le notable texte par lequel doit être entendu ledit chapitre [sur les droits royaux des *Libri feudorum*] dans D. 50, 16, 17<sup>64</sup>, [qui parle] ici de la redevance des ports, ou des biens vendus, de même des salines, des mines de fer et des fabriques de poix. Et cela est ouvertement déclaré dans les *Siete Partidas*, *Partida* 3, tit. XXVIII, loi 9<sup>65</sup>, dont le titre au dessus de la loi porte « *Les revenus et choses sur lesquels les rois et les empereurs ont une seigneurie* », et la loi suit, [disant] « *les revenus des pêcheries (...) appartiennent aux empereurs et aux rois (...) et tout ce qui leur a été accordé dans le but qu'ils puissent avoir les moyens de payer honorablement leurs dépenses, etc.* » et cette loi s'accorde avec ledit chapitre [des *Libri feudorum*]. Il faut entendre de la même façon ce que le texte dit qu'est un droit royal. Andrea d'Isernia glose sur le mot « *port* », c'est-à-dire le revenu, ou la redevance d'un port, c'est un revenu qui provient de ce qui arrive ou sort d'un port, c'est un droit royal ; ce n'est cependant pas le port lui-même, ou son usage, du fait qu'il est commun à tous, comme dans ledit texte de D. 1, 8, 4<sup>66</sup>, et cela est clairement montré dans D. 50, 16, 17<sup>67</sup> et de même dans les lois des *Siete Partidas*, que j'ajouterai ci-dessous ; et pour les rivages, les lois disent ouvertement qu'il est légal pour tous et permis d'y amarrer, d'y ramener les navires avec leurs marchandises, comme dans D. 1, 8, 5<sup>68</sup>, et d'y ramener des chargements. (13) Mais, bien que la plume puisse s'étendre là-dessus en une écriture plus large, nous laissons de côté le droit que les princes peuvent avoir sur la mer, ou ses ports, que ce soit par le droit, ou par une prescription, ou bien acquis par la coutume, du fait que c'est à travers la coutume, ou plutôt par une usurpation, ou un abus, que les rois, les princes et les empereurs usurpent de nombreuses choses sur la mer et se l'approprient, comme nos anciens maîtres le proclament, comme pour le

<sup>62</sup> Extrait du livre II des *Affaires journalières* de Gaius : « *L'usage des rives est public selon le droit des gens, comme de la rivière elle-même. C'est pourquoi il est libre à quiconque de pousser vers elles un navire, de suspendre à des arbres nés ici des cordages, de sécher des filets et de les ramener de la mer, de déposer sur elles quelque chargement, comme de naviguer sur la rivière elle-même, mais leur propriété appartient à ceux aux biens desquels elles sont attachées ; pour cette raison, les arbres nés ici leur appartiennent aussi* ».

<sup>63</sup> Extrait du livre IX *Sur Sabinus* de Pomponius : « *Mais Celsus fils dit que, le sachant, tu ne peux acheter un homme libre, ni faire l'achat d'un bien quelconque, si tu sais qu'il ne peut pas y avoir une aliénation, comme des lieux sacrés et religieux, dont il n'y aura pas commerce, comme les biens publics, qui ne sont pas tenus dans la fortune du peuple, mais pour un usage public, comme le Champ de Mars. 1 - Si un bien-fonds a été vendu avec un terme de deux ou trois ans sous cette condition que, si l'argent n'a pas été payé au terme fixé, on tiendra le bien-fonds pour n'avoir pas été acheté, que, si entre-temps, l'acheteur a cultivé le bien-fonds et en a perçu les fruits, ils seront restitués, celui-ci étant tenu pour non acheté, et que, s'il l'a vendu à un autre pour un moindre prix, l'acheteur le paiera au vendeur ; l'argent n'ayant pas été payé au terme, on décide qu'il y a une action sur le fondement de la vente (ex vendito) pour le vendeur à ce titre. Et nous ne devons pas être troublés de ce que, le bien-fonds étant tenu pour non acheté, l'on dise qu'il y aura une action sur le fondement de la vente ; en effet, pour les biens achetés et vendus, il faut suivre plutôt ce qui a été fait que ce qui a été dit et, comme cela a été dit dans la clause, il apparaît qu'il a été seulement dit que le vendeur n'est pas obligé envers l'acheteur, l'argent n'ayant pas été payé au terme, et non que toute l'obligation de l'achat et de la vente des deux seront dissous. 2 - La condition qui, au début du contrat, a été déclarée, par la suite, peut être, avec un autre pacte, modifiée, de même qu'ainsi, on peut s'écarter de l'achat en entier, si n'a pas été encore accompli ce qui, de part et d'autre, aurait dû être fourni* ».

<sup>64</sup> Extrait du livre X *Sur l'Édit du préteur d'Ulpien* : « *Parmi les choses publiques, nous ne tenons ni les choses sacrées, ni les choses religieuses, ni ce qui est destiné à des usages publics, mais si par quelque moyen, ils appartiennent aux cités en tant que biens. Mais les pécules des esclaves des cités sont tenus sans aucun doute comme des choses publiques. 1 - Nous devons entendre comme publiques les redevances à partir desquelles le trésor tire son revenu : tel est la redevance d'un port ou de biens vendus, de même celle des salines, des mines de fer et des fabriques de poix* ».

<sup>65</sup> L'auteur renvoie à une loi 6 dont il cite le texte en espagnol, mais ce texte se trouve en fait dans la loi 9 ; nous avons donc corrigé.

<sup>66</sup> Cf. *supra* note 37.

<sup>67</sup> Cf. *supra* note 64.

<sup>68</sup> Extrait du livre II des *Affaires journalières* de Gaius disant : « *L'usage des rives est public selon le droit des gens, comme de la rivière elle-même. C'est pourquoi il est libre à quiconque de pousser vers elles un navire, de suspendre à des arbres nés ici des cordages, de sécher des filets et de les ramener de la mer, de déposer sur elles quelque chargement, comme de naviguer sur la rivière elle-même, mais leur propriété appartient à ceux aux biens desquels elles sont attachées ; pour cette raison, les arbres nés ici leur appartiennent aussi. 1 - Il est libre à ceux qui pêchent dans la mer de disposer une cabane sur la rive, dans laquelle ils se réfugieront* ».

golfe maritime occupé par les Vénitiens et les Génois et les choses semblables, parce que rien n'a été exposé, articulé, ni montré à cet égard, du moins rien pour le doute sur lequel on s'interroge. Je tiens que cependant, sur la mer et sur ses ports, les rois et les princes auraient eu quelque droit, ou en auraient acquis un, soit pour en concéder sur eux quelque chose, soit pour imposer quelque redevance sur eux ; il ne s'ensuit cependant pas qu'une autorisation du prince soit nécessaire pour en user, comme les lois le permettent, ce qu'il serait risible d'inférer, car ces choses sont établies dans le même temps, à savoir que le prince a quelque droit sur eux, non qu'il s'ensuive cependant que les hommes disposent d'user des choses communes, par exemple, d'un port, de la mer, des fleuves, avec l'autorisation du roi et non autrement ; Balde use de cet argument sur D. 1, 8, 3<sup>69</sup>. L'eau est commune par le droit des gens, c'est pourquoi elle est accordée à celui qui l'occupe, à moins que le droit civil ne l'interdise ; mais là où nous ne trouvons pas que le droit civil l'interdit, nous nous en tenons donc au droit des gens, comme dans D. 43, 12, 2<sup>70</sup>, (14) et cela est montré de façon évidente, car, sur les choses publiques, qui sont ainsi communes à tous, comme l'air, la mer, les ports, le prince a le pouvoir de les concéder, comme il y en a un cas dans D. 1, 8, 9<sup>71</sup>. Et ici, Cino<sup>72</sup> et Balde disent qu'il y a ici un cas, parce que le prince peut donner ce qui est public ; à travers ce texte, Balde dit aussi, sur le titre *De la division des biens*, que le prince peut concéder des fleuves à quelqu'un ; jouent le texte avec la glose sur D. 45, 1, 137 § 6<sup>73</sup>, D. 18, 1, 6<sup>74</sup>, à travers Bartole, sur D. 43, 8, 1<sup>75</sup>, il y a un cas sur D. 43, 8, 2 § 7<sup>76</sup>. Il est néanmoins permis à tous d'user des choses publiques assignées à l'usage commun des hommes sans l'autorisation du prince, comme l'ont relevé les lois à travers tout les titres des *Institutes* et du *Digeste* (1, 8) « *De la division des choses* », à travers tout le titre du *Digeste* (43, 10) « *De la voie publique* » et (43, 12) « *Des rivières, afin que l'on ne fasse rien sur une rivière publique, ou sur ses rives, par quoi la navigation serait rendue pire* », et l'on ne trouve pas d'édit prohibitif là-dessus ; on trouve un seul édit prohibitif, afin que l'on ne construise rien sur un emplacement public, par quoi serait empêché l'usage commun de tous, comme à travers tout le titre du *Digeste* (43, 8) « *Afin que rien ne soit fait sur un emplacement public, ou sur une voie publique* » et (43, 13) « *Afin que rien ne soit fait sur une rivière publique, par quoi l'eau coule autrement qu'elle ne coulait l'été précédent* », par quoi la navigation serait rendue pire, à travers tout le titre (43, 12) « *Des rivières, afin que l'on ne fasse rien sur une rivière publique, ou ses rives, par quoi la*

<sup>69</sup> Cf. *supra* note 61.

<sup>70</sup> Extrait du livre XXXIV *Sur Sabinus* de Pomponius : « Rien n'empêche que l'on mène de l'eau à partir d'une rivière publique (à moins que l'empereur, ou le sénat, ne l'interdise), seulement si cette eau n'est pas à usage public ; mais, si elle est navigable, ou qu'une autre l'est à partir d'elle, il n'est pas permis de le faire ».

<sup>71</sup> Extrait du livre LXVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : « Les emplacements sacrés sont ceux qui sont dédiés au public, que ce soit dans la cité ou à la campagne. 1 - Il faut savoir qu'un emplacement public peut alors devenir sacré, quand l'empereur l'a consacré ou a accordé le pouvoir de le consacrer. 2 - Il faut relever qu'un emplacement sacré est une chose, un sanctuaire, une autre. Un emplacement sacré est un emplacement consacré, un sanctuaire est un endroit dans lequel des objets de culte sont placés, ce qui peut aussi être dans un édifice privé, et c'est de là que ceux qui veulent libérer l'endroit de la religion appellent ordinairement les objets de culte. 3 - Nous appelons proprement choses saintes, ce qui n'est ni sacré, ni profane, mais confirmé par une certaine consécration, comme les lois sont saintes ; en effet, elles sont soutenues par une certaine consécration. En effet, ce qui est soutenu par une certaine consécration est saint, quoiqu'à un dieu, cela n'ait pas été consacré ; et parfois, il est ajouté, dans les consécration, que celui qui commet ici quelque chose sera puni de la peine de mort. 4 - Mais il n'est pas permis de réparer les murailles d'un municé sans l'autorisation de l'empereur ou du gouverneur, ni d'adjoindre ou de superposer, quelque chose à elles. 5 - Une chose sacrée ne reçoit pas d'évaluation ».

<sup>72</sup> Cino Sinibaldi da Pistoia (1270-1336) enseigna le droit romain à Pérouse et à Florence. On lui doit des commentaires sur le *Codex Iustiniani* et le *Digeste*.

<sup>73</sup> Extrait du livre I<sup>er</sup> des *Stipulations* de Venuleius : « 6 - Alors que quelqu'un a stipulé sous cette condition que, si Titius a vendu un bien sacré ou religieux, une place de marché public, une basilique ou des biens de cette sorte, qui ont été laissés à des usages publics à perpétuité, quand la condition ne peut absolument pas être accomplie légalement ou qu'il ne lui est pas permis de le faire, la stipulation ne sera d'aucun effet, comme si cette condition, qui est impossible par nature, avait été incluse. Ne regarde pas la chose le fait que l'on puisse changer le droit et que, ce qui est maintenant impossible, devienne possible par la suite ; en effet, [ce n'est pas] selon le droit du temps futur, mais selon [celui] du temps actuel que l'on doit évaluer la stipulation ».

<sup>74</sup> Cf. *supra* note 63.

<sup>75</sup> Extrait du livre LXXIV *Sur l'Édit du préteur* de Paul : « Sur un emplacement public, le préteur interdit de construire et propose un interdit ».

<sup>76</sup> Extrait du livre LXVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : « 7 - Si quelqu'un a voulu réparer ce qu'il avait disposé sur un emplacement public, Aristo dit que cet interdit a lieu pour l'empêcher d'en faire la réparation ».

*navigation serait rendue pire* ». Mais on leur a permis d'en user pour l'usage et la nécessité assignés sans interdiction, ni autorisation requise, comme le dit D. 43, 8, 1<sup>77</sup>. Et pour ce qui a été dit ci-devant, je donne un cas en exprimant cette question qui le décide dans D. 43, 14, 1<sup>78</sup>, où le jurisconsulte Ulpien dit bellement « *le préteur dit : "j'interdis que l'on fasse violence pour empêcher que l'on permette que quelqu'un de manier un radeau, ou un navire, sur une rivière publique, de charger, ou décharger sur sa rive"* » ; la glose dit qu'ici aussi au sujet de la mer, on accordera un interdit utile, afin que nul ne soit empêché de charger et décharger sur sa rive, comme dans D. 43, 8, 2 § 9<sup>79</sup>, ce qui décide assez ponctuellement le doute assigné. Jouait le texte de CJ. 12, 44, 1<sup>80</sup> : ici, on envoie des navires quelconques à partir de quelque port, ou de quelque rivage, que ce soit, ils ne supporteront aucune concussion, ni dommages. Et au-delà, les *Siete Partidas* 3, titre 28, loi 9 qui commence « *Les revenus ...* », où le texte dit en énumérant les droits royaux : « *Les revenus des ports, les taxes payées par les marchands à raison de la propriété qu'ils retirent de la mer, ou de la terre, appartiennent aux empereurs et aux rois, etc.* »<sup>81</sup>. Ainsi donc, les revenus et redevances habituels leur sont dus comme droits royaux, non les ports, ni l'eau de la mer, si ce n'est seulement à l'égard de la protection et de la juridiction, comme on l'a dit ; il y a une autre loi dans le même titre, la loi 3, qui commence « *Les choses ...* », car, du fait que l'on avait déjà décidé dans ladite loi 9 ce que seraient les droits royaux, une disposition est ajoutée au sujet des biens qui sont communs à tous et sur lesquels elle ne dit rien au sujet des droits royaux. En effet, le texte dit : « *Les choses qui appartiennent en commun aux créatures de ce monde sont les suivantes, à savoir l'air, l'eau courante, la mer et ses rivages, car toute créature vivante peut user de chacune de ces choses, en accord avec le besoin qu'elle en a. Pour cette raison, tout homme pourra user de la mer, ou de ses côtes, pour pêcher, ou naviguer, ou pour faire tout ce qu'il pense être de son avantage* »<sup>82</sup>. Une autre loi de ce même titre, la loi 6, qui commence par « *Les rivières ...* », dit : « *Les rivières, les ports et les voies publiques appartiennent à tous en commun, de telle façon que les gens des pays étrangers peuvent les utiliser, tout comme ceux qui vivent, ou habitent, dans le pays où ils se trouvent, etc.* »<sup>83</sup>. Et l'on pose d'autres choses suffisamment claires dans ladite loi, qui jouent pour ce que l'on a exposé, (15) en accordant que l'interdiction expresse se trouve écrite sur le fait de ne pas charger, ou décharger, sans une autorisation du prince, ce qui est absurde et contre tous les principes du droit ; cependant, cela ne serait pas étendu à tout ce que ces demandeurs auraient amené et retiré, ou d'autres en leur faveur pour leur propre usage et se maintenir en bon état, comme c'est le cas

<sup>77</sup> Cf. *supra* note 75.

<sup>78</sup> Extrait du livre LXVIII *Sur l'Édit du préteur d'Ulpien* : « *Le préteur dit : "Pour empêcher que l'on permette que quelqu'un manie une embarcation ou un navire sur une rivière publique, charge ou décharge sur la rive [de celle-ci], j'interdis que l'on fasse violence. De même, pour qu'il soit permis de naviguer à travers un lac, un canal ou un étang public, j'accorderai un interdit". 1- Avec cet interdit, il est prévu que personne, sur une rivière publique, ne se voit empêcher de naviguer ; en effet, de même que, pour celui qui, d'une route publique, se voit empêcher d'user, l'interdit ci-dessus a été proposé, de même, le préteur a aussi pensé qu'il devait proposer celui-ci. 2 - Si les biens cités ci-dessus sont privés, l'interdit cesse [d'avoir effet]. 3 - Un lac est ce qui a de l'eau en permanence. 4 - Un étang est ce qui contient une eau temporaire, de même, stagnante, cette eau, en général, en hiver, est rassemblée. 5 - Un canal est un réservoir d'eau fait à la main. 6 - Mais ils peuvent être aussi publics. 7 - Sabinus, clairement, accorde que l'interdit est utile au publicain qui a pris à bail un lac ou un étang, s'il est empêché d'y pêcher ; et ainsi, [le dit] Labéon. En conséquence, si, par les municipes, il a une prise de bail, il sera très juste qu'à raison de la faveur de l'impôt, avec l'interdit, il soit protégé. 8 - Si quelqu'un veut soulever un tel interdit, pour que l'endroit soit abaissé pour pousser le bétail vers le rivage, il ne doit pas être entendu [en justice] ; et Mela l'écrit ainsi. 9 - De même, il dit qu'un tel interdit se présente, afin qu'à personne, une violence ne soit faite, l'empêchant de faire aborder le bétail à une rivière publique ou à la rive d'une rivière publique [pour y boire] ».*

<sup>79</sup> Extrait du livre LXVIII *Sur l'Édit du préteur d'Ulpien* : « *9 - Si quelqu'un, en mer, est empêché de pêcher ou de naviguer, il ne disposera pas de l'interdit, de même que celui qui est détourné de jouer sur une terre publique, de laver dans un bain public, ou de faire un spectacle dans un théâtre ; mais, dans tous ces cas, de l'action d'injures, il usera* ».

<sup>80</sup> Constitution d'Honorius et Théodose adressée à Eustathius, Préfet du prétoire, et donnée en 420 : « *Avec cette très salutaire constitution, nous trouvons bon que les marchandises illicites ne soient pas transportées vers les nations barbares ; et les navires quels qu'ils soient, de quelque port ou de quelque côte qu'ils soient envoyés, ne supporteront aucune extorsion ou aucun dommage, d'une façon telle que leurs patrons les débarquent dans la province dans laquelle ils se rendent, afin que, ceci ayant été prouvé, nulle occasion de s'indigner contre eux par la suite et nulle extorsion par quelque moyen ne précèdent* ».

<sup>81</sup> Le texte est donné en ancien espagnol.

<sup>82</sup> Le texte est donné en ancien espagnol.

<sup>83</sup> Le texte est donné en ancien espagnol.



et [voir] ici Bartole sur D. 30, 41 § 15<sup>84</sup>, joue CJ. 4, 61, 5<sup>85</sup>. (16) Une certaine loi faite dans la cour de Tolède ne s'oppose pas à ce qui vient d'être dit, titre «*Des droits de passage et des droits de transport*», presque à la fin de la loi, par laquelle les parties adverses veulent, avec le secours d'un droit supprimé, saisir le fondement.

En premier lieu, parce que, si l'on considère bien ladite loi, elle vient seulement pour disposer contre ceux qui imposaient et levaient de nouvelles impositions et redevances dans certains endroits de la mer, là où jamais il n'y en eut ordinairement, ce qui apparaît clairement des termes de cette même loi au début : «*Depuis l'année 64, ont été posés et introduits certaines impositions et nouveaux droits sur chaque port de la mer*» et de nouveau : «*de nouveaux droits de transport, impositions, droits, chargements et déchargements, et taxes prélevées sur les marchandises importées et exportées*<sup>86</sup>, etc.», sur ce qui a été exposé, [583] il n'y a pas de litige là-dessus, à savoir, sur les redevances, ou d'autres revenus, s'ils sont dus, ou non, ou à qui, mais seulement sur le droit d'user de la mer, d'un port situé sur sa limite et son territoire.

En second lieu, parce que ladite loi ne vient pas pour disposer sur le droit d'user de la mer et de ses ports, et non pour interdire, ou permettre, quelque chose de tel sans une autorisation royale, mais seulement pour supprimer les nouvelles impositions prétextées et imposées après l'année 64. Et, si l'on avait dit le contraire, ce serait en induire la correction de beaucoup de lois, au sujet desquelles il serait resté de disposer à l'encontre du droit naturel des gens, par lequel l'usage de la mer et de ses ports est commun à tous. Mais, là où la loi parle en des termes obscurs, complétés, ou sous-entendus, elle ne doit jamais être entendue d'une façon telle que l'on en induise la correction des autres lois, glose sur Sexte I, vi, 16<sup>87</sup>, paragraphe «*Si durant vingt jours*».

En troisième lieu, parce que ladite loi joue dans sa totalité en faveur des demandeurs, car elle parle, comme je l'ai dit, des nouvelles impositions prétextées après l'année 64. Nous ne traitons pas ici maintenant de ces impositions et dans la mesure où ladite loi dispose «*qu'il ne s'agit pas des chargements et déchargements etc.*». On l'entend dans le cas sur lequel elle dispose, à savoir pour cet effet que les redevances, ou les impositions, ne soient pas levées à partir de cela, de sorte que l'on parle ici des autres impositions ; mais elle ne vient pas pour disposer à qui il sera permis d'user de la mer et d'un port, ou si l'on requiert une autorisation du roi, ou non. Et cela ne joue pas pour l'exposé de la loi.

En quatrième lieu, parce que ladite loi a été faite contre les défendeurs ; elle dit en effet : «*qu'il ne s'agit pas de chargement, ni de déchargement, sauf en ces endroits qui le faisaient antérieurement, avant l'année 64 ...*»<sup>88</sup>, comme dans la Décrétale V, xl, 26<sup>89</sup>, «*sauf ceux qui, pour le seul privilège, prétendent le droit*

<sup>84</sup> Extrait du livre XXI *Sur Sabinus* d'Ulpien : «*15 - Mais, si ce qu'il a légué, joint aux maisons, il l'a joint, le legs sera éteint*».

<sup>85</sup> Constitution de Constantin adressée à Ménandre et donnée en 321 : «*Tous les provinciaux, pour les biens qu'ils apportent pour leur usage propre ou pour le fisc, ou qu'ils ramènent pour exercer l'agriculture, ne se verront réclamer aucune taxe par les maîtres de poste. Mais nous assujettissons ceux qui sont emportés en dehors des cas ci-devant dits ou pour raison d'affaires, à la prestation accoutumée, la peine capitale étant posée pour les maîtres de poste, les soldats et autres personnes dont la rapacité serait affermie d'en être tentés*».

<sup>86</sup> Le mot utilisé ici en ancien espagnol est *almojarifadgos*, en espagnol actuel *almojarifazgos*, qui, par la suite, désigna les droits qui étaient prélevés sur les marchandises importées ou exportées des Indes dans les ports d'embarquement.

<sup>87</sup> Il s'agit là d'une très longue décrétale de Nicolas III, dont le résumé précise ainsi l'objet général : «*Cette décrétale a été très utile à son époque, avant que le pape ait réservé les provisions des évêchés. La première glose pose le sommaire et la seconde la décision*».

Le passage cité est le suivant : «*Si, attendus durant vingt jours, après le délai pour modérer la durée à partir de la qualité des lieux, ceux qui élisent ou qui s'opposent sont venus ou non, qu'ils ont méprisé de comparaître en personne et de réclamer la confirmation, la poursuite ou l'exécution de leurs élections, nulle juste cause n'intervenant, exposant à cet égard dans les ci-devant dits vingt jours ou dans les quinze jours après un délai de ce type, en notre présence ou celle d'un autre, en l'assignant à d'autres ou l'assignant à nous si cela semble devoir être admis, seront tenus de faire pleine foi auprès de ce même siège*».

<sup>88</sup> Le passage est en espagnol ancien.

<sup>89</sup> Décrétale d'Innocent III au comte de Toulouse donnée à Latran le 20 février 1210 : «*Au sujet des certains articles des mandats faits pour toi par Milon, notre notaire de bonne mémoire, alors légat du siège apostolique, auprès de certains un doute s'étant levé, ta dévotion nous a demandé lesquels devront être dits hérétiques manifestes. Ce sur quoi, nous avons entrepris de te répondre qu'en ce cas, devaient être entendus comme hérétiques manifestes ceux qui prêchaient publiquement à l'encontre de la foi catholique, qui déclaraient ouvertement ou défendaient leur erreur, ou les condamnés sous forme de sentence par eux au sujet d'une dépravation hérétique ; leurs biens*

ainsi que d'un port si ancien, comme ne doit pas s'entendre ladite loi ; avant celles-ci, le chargement et le déchargement tiennent le droit prescrit pour une si ancienne possession au cas où, du droit commun, la loi commune a été infériorisée, d'autant plus que plus les lois étaient plus fiables »<sup>90</sup>. Telles sont les choses qui, sur ce qui a été exposé, poussent en faveur des demandeurs et cela me paraît faire satisfaction pour la réponse au doute, bien que peut-être, il l'ait semblé autrement à certains, comme il arrive parfois aux jurisconsultes. Car Proculus qui voulait reprendre Labéon a été moqué par Celsus, D. 3, 5, 9 § 1<sup>91</sup>, et Ulpien a voulu corriger Sabinus et lui-même, corrigé, y a échappé, D. 16, 3, 11<sup>92</sup>, et chez Virgile dans l'Énéide, livre II :

« ... Rhipheus tombe, l'un des plus justes  
qui se trouvait parmi les Troyens et [qui était] le plus respectueux de ce qui est juste.  
Il fut considéré autrement par les dieux, etc. »<sup>93</sup>.

Rodrigo.

\*

## Avis II : Des navires de transport et de l'exportation des marchandises

1- Le témoin qui dépose dans une cause qui reçoit son avantage, ou son désavantage, ne fait pas foi

*Le complice d'un crime est repoussé du témoignage*

*Ceux-ci sont appelés complices d'un crime, du fait que l'absolution de l'un profite à l'autre*

2 - Celui qui ne respecte pas le lieu de navigation à cause de la violence de la mer, ou de la crainte des ennemis, n'est pas puni

---

propres seront confisqués et eux-mêmes seront punis avec les sanctions légales. En outre, alors que le légat mentionné t'a interdit les péages, les droits de guidage et les droits des salines, nous entreprenons de déclarer par l'autorité apostolique que ces péages, ces droits des salines et de guidage, qui n'apparaissent pas avoir été accordés par une libéralité des empereurs, des rois ou du concile de Latran [III] ou introduits par une ancienne coutume depuis une époque dont on n'a pas la mémoire, ont été interdits ; [Plus bas] Mais alors tu as reçu en mandat du légat de faire justice à ceux qui se plaignent de toi selon son jugement, celui d'un autre légat, d'un juge ordinaire, voire délégué, nous pensons que ceci doit s'entendre de façon telle que dans toute cause qui regarde le tribunal ecclésiastique à raison des personnes ou des biens, sur tous les articles qui doivent être observés et, en faveur de la paix, établis par le déjà mentionné légat ou qui doivent être établis par l'autorité apostolique, tu seras tenu d'en répondre dans un jugement ecclésiastique envers les veuves, les pupilles, les orphelins et les personnes misérables ».

<sup>90</sup> Texte en espagnol ancien.

<sup>91</sup> Extrait du livre X *Sur l'Édit du préteur d'Ulpien* : « 1 - Mais celui qui, avec l'action relative à l'administration d'affaires, agit en justice, non seulement si a eu un résultat l'affaire qu'il a administrée, de cette action, usera, mais il suffit qu'il l'ait avantagement administrée, quoique l'affaire n'ait pas eu de résultat. Et c'est pourquoi, s'il a étayé un immeuble de rapport ou soigné un esclave malade, même si l'immeuble s'est effondré ou que l'esclave est mort, il agira en justice avec l'action relative à l'administration d'affaires ; et c'est ce que Labéon approuve. Mais, comme le rapporte Celsus, Proculus relève que chez lui (i. e. chez Labéon), qu'elle ne doit pas toujours être accordée. Qu'en est-il, en effet, s'il a étayé l'immeuble de rapport qu'un propriétaire, comme s'il [était] de valeur inférieure à la dépense, a abandonné ou dont il ne pensait pas qu'il lui était nécessaire ? Il a, dit-il, placé une charge sur le propriétaire selon l'opinion de Labéon, du fait qu'à chacun, il est permis, au titre d'un dommage non encore survenu (damnum infectum), d'abandonner un bien. Mais, de façon fine, Celsus raille cette opinion : en effet, a l'action relative à l'administration d'affaires, dit-il, celui qui, avantagement, a administré les affaires ; mais n'a pas avantagement administré les affaires celui qui entreprend une chose non nécessaire ou qui va charger un père de famille. Selon cela, il y a ce que Julianus écrit, [à savoir] que celui qui a étayé un immeuble de rapport ou soigné un esclave malade a l'action relative à l'administration d'affaires si, de façon avantageuse, il l'a fait, bien que le résultat ne se soit pas ensuivi. Moi, je demande : qu'en est-il, s'il pensait avantagement le faire, mais qu'au père de famille, cela n'était pas avantageux ? Je dis que ce dernier n'aura pas l'action relative à l'administration d'affaires ; en effet, comme nous ne regardons pas le résultat, cela doit avoir avantagement commencé ».

<sup>92</sup> Extrait du livre XLI *Sur Sabinus d'Ulpien* : « Ce qu'un esclave a déposé, celui, chez lequel le dépôt a été fait, le rendra à l'esclave de la façon la plus juste de bonne foi ; en effet, il ne convient pas à la bonne foi de refuser ce que quelqu'un a reçu, mais il devra le rendre à celui d' lequel il l'a reçu, cependant ainsi, s'il le rend sans aucun dol, c'est-à-dire de sorte qu'il n'y ait certes pas une suspicion de faute. En tout cas, Sabinus a expliqué cela en ajoutant "que nulle cause n'intervient, c'est pourquoi on pourra penser que le maître ne veut pas qu'on le lui rende". Il en est ainsi, s'il pouvait être soupçonné, à savoir étant agité par une juste raison ; du reste, il suffit que la bonne foi soit présente. Mais, quoique l'esclave ait commis un vol de son bien, si, cependant, l'avait ignoré celui auprès de qui il déposait ou qu'il avait cru que le maître ne serait pas opposé à cette restitution, [le dépositaire] peut en être libéré ; en effet, on exige la bonne foi. Non seulement si l'on a fait restitution à celui qui demeure en servitude, mais aussi si, une fois affranchi ou vendu, la libération arrive à partir de justes causes, à savoir si celui qui restitue, ignorant qu'il a été affranchi ou vendu. Pomponius écrit que l'on doit observer la même chose pour tous les débiteurs ».

<sup>93</sup> Cf. *Énéide*, II, v. 426-428.

- 3 - Les lois imposent la peine capitale et la confiscation des biens à ceux qui exportent du fer, des armes, du bois pour construire des navires chez les Sarrasins
- 4 - Que sera-t-il nécessaire à ceux qui exportent du blé, ou d'autres marchandises, pour qu'ils ne craignent rien à l'égard une concussion
- 5 - La peine appliquée contre ceux qui apportent des biens interdits n'est pas appliquée contre celui qui apporte pour lui des biens nécessaires, à raison de son voyage, de sa famille, etc.
- 6 - Que devra-t-on prouver, pour qu'il n'y ait pas confiscation des biens licites à cause des biens illicites qui sont transportés ensemble dans quelque vaisseau ?
- 7 - Pourquoi devra-t-on consigner et présenter au juge les biens capturés à cause de représailles ?
- 8 - D'où tire son origine la loi du royaume, qui dispose que celui qui capture des biens interdits d'exportation est tenu de les présenter dans les vingt-quatre heures au juge du lieu ?
- 9 - Ceux qui apportent des armes aux ennemis sont punis de la peine capitale et leurs biens seront assujettis au trésor
- 10 - Quand pourra être opposée cette exception : les biens appartiennent au trésor ?

Dans une cause qui tourne entre certains Génois d'une part, et d'autres marchands sur un certain navire capturé avec de nombreuses marchandises, d'une valeur de dix mille ducats, sous couleur qu'elles étaient amenées sur la terre des Sarrasins, la partie de ces mêmes Génois se défend sur les fondements suivants.

En premier lieu, il a été suffisamment prouvé dans le procès « que les Génois ont chargé ledit navire de tissus et d'autres licites marchandises, d'une valeur de dix mille ducats et que lesdits marchands de Biscaye les leur ont capturés et ravés par la force, qu'il a été prouvé, et même s'il restait quelque doute sur la preuve apportée, on doit s'en rapporter au serment [déféré] durant le procès desdits Génois, puisque la capture par la force et le vol sont des faits avérés »<sup>94</sup>, CJ. 8, 4, 9<sup>95</sup>, parce que c'est à cause d'une crainte.

Ne s'y oppose pas ce que lesdits marchands allèguent en leur faveur, à savoir que lesdits Génois apportaient des armes et d'autres biens interdits sur la terre des Sarrasins. (1) En premier lieu, parce que cela est seulement prouvé par des témoins, qui furent des complices dudit délit, qu'ils avaient eu une partie desdites marchandises et les avaient partagées entre eux ; un témoin ne fait pas foi, quand il dépose sur sa cause, sur laquelle il y a pour lui quelque intérêt, CJ. 4, 20, 10<sup>96</sup>, et on appelle cause propre, quand un avantage regarde à titre principal, ou secondaire, les témoins ; [voir] ici la glose et les docteurs sur D. 49, 4, 1 § 11<sup>97</sup>, [disent] que la cause vous est propre, D. 22, 5, 10<sup>98</sup>. Un cause devient propre à titre principal, ou secondaire, à raison de l'intérêt de chacun, dont la glose et les docteurs posent des exemples sur ledit texte de CJ. 4, 20, 10<sup>99</sup>. De même, on repousse du témoignage le complice d'un crime, CJ. 4, 20, 11<sup>100</sup>, et Balde

<sup>94</sup> Le passage est en espagnol ancien.

<sup>95</sup> Constitution de Zénon adressée à Sebastianus, Préfet du prétoire, et donnée en 477 : « *Quand une violence a été soufferte dans une action judiciaire, qu'ensuite, au sujet des biens enlevés, ou envahis, ou d'un dommage causé, la question est posée sur le moment de l'attaque, si celui qui a soutenu la violence qui a causé la ruine, n'a pu la faire reconnaître pour vraie par une seule évaluation faite par le juge à la faveur de la qualité des personnes et de l'affaire, il montrera par un serment la valeur des biens qu'il a perdus et il ne lui sera pas permis de jurer au-delà de l'évaluation faite par le juge, et il faut que le juge condamne à ce qui a été mis en lumière en fournissant un serment de ce type* ».

<sup>96</sup> Constitution Valentinien, Gratien et Valens adressée à Gracchus, Préfet de la ville, et donnée en 376 : « *Les lois ont repoussé pour tous la faculté de faire un témoignage sur leur propre affaire* ».

<sup>97</sup> Extrait du livre premier *Des appellations* d'Ulpien : « 11 - *Dans une cause propre, deux jours sont reçus. Comment distinguons-nous la cause propre de celle d'autrui ? Il est clair qu'est une cause propre celle dont le profit ou le préjudice concerne quelqu'un en son propre nom* ».

<sup>98</sup> Extrait du livre I<sup>er</sup> *Sur Sabinus* de Pomponius : « *Personne n'est entendu comme un témoin approprié dans sa propre affaire* ».

<sup>99</sup> Cf. *supra* note 96.

<sup>100</sup> Constitution d'Honorius et Théodose adressée à Cæcilianus, Préfet du prétoire, et donnée en 409 : « *Parce que l'on réclame de libres témoins dans les causes d'autrui, s'ils ne sont pas réputés associés et complices d'un crime, mais que l'on réclame d'eux la fidélité d'une connaissance, pour la production des personnes nécessaires, cela appartient aux témoins ; la précaution de celui qui juge doit être telle que, pour ceux qui viendront au jugement par l'intermédiaire de l'accusateur, ou de ceux par lesquels ils avaient été réclamés, elle prescrit que l'on accorde les frais appropriés. La règle est la même, quoique, dans une cause pécuniaire, les témoins doivent être produits par l'une des deux parties* ».

[dit] ici, même si l'on agit civilement. Le caractère criminel, quand il atteint la cause, repousse toujours les témoins, Balde [le dit] sur la Nouvelle XC [qui se trouve sous CJ. 4, 20, 11]<sup>101</sup> et la glose sur ladite loi de CJ. 4, 20, 11<sup>102</sup>, parce que l'on est réputé complice d'un crime, si l'absolution de l'un profite à l'autre, D. 48, 5, 18 § 7<sup>103</sup>, ou bien pour quelque préjudice ou avantage que ce soit. De même, lesdits témoins ont parlé avec un seul et même discours, c'est là une présomption de subornation, D. 22, 5, 3<sup>104</sup>, où [l'on dit] un seul et même discours. C'est pourquoi ils se sont parjurés de façon notoire dans les deux. En premier lieu, parce qu'ils disent

<sup>101</sup> Extrait de la Nouvelle XC : « Si le témoin produit est réputé être de condition servile, qu'il a voulu tester, mais que lui-même affirme être libre, si certes par la naissance son témoignage est accompli, de sorte que, si en tenant le débat, ce dernier était apparu être un esclave, son témoignage sera repoussé. Mais, s'il a dit qu'il était affranchi, il montrera l'instrument de son affranchissement avant de témoigner, à moins qu'il n'ait juré qu'il en avait ailleurs les preuves ; ceci étant fait, le témoignage sera certes rédigé par écrit ; mais, s'il n'a pas montré l'instrument, son témoignage sera repoussé. Mais, s'il est réputé déplaisant à partir du procès agité entre eux et que cela est apparu, il ne sera pas entendu avant que l'on ait jugé du crime. Mais, si à partir d'un procès pécuniaire, même un autre est déplaisant, le témoignage ira certes de l'avant, mais les questions de ce type seront observées au moment des discussions ».

<sup>102</sup> Constitution d'Honorius et Théodose adressée à Cæcilianus, Préfet du prétoire, et donnée en 409 : « Parce que l'on réclame de libres témoins dans les causes d'autrui, s'ils ne sont pas réputés associés et complices d'un crime, mais que l'on réclame d'eux la fidélité d'une connaissance, pour la production des personnes nécessaires, cela appartient aux témoins ; la précaution de celui qui juge doit être telle que, pour ceux qui viendront au jugement par l'intermédiaire de l'accusateur, ou de ceux par lesquels ils avaient été réclamés, elle prescrive que l'on accorde les frais appropriés. La règle est la même, bien que, dans une cause pécuniaire, les témoins doivent être produits par l'une des deux parties ».

<sup>103</sup> Extrait du livre II *Sur la loi Julia des adultères* d'Ulpien : « 7 - Mais si [c'est] avant qu'il soit condamné, ... » passage suivi de D. 48, 5, 19, extrait du livre II *Des jugements publics* de Macer : « ... ou avant que l'on ait commencé à agir contre lui ... », la fin étant alors reprise dans le même livre II d'Ulpien sur la *Loi Julia des adultères* : « ... l'homme adultère est mort, il a été établi qu'aussi, l'adultère étant mort, sans prescription, la femme peut être accusée ».

<sup>104</sup> Extrait du livre IV *Des enquêtes* de Callistrate : « La foi des témoins doit être soigneusement examinée. C'est pourquoi, pour la personne de ceux-ci, devra être examinée en premier lieu la condition de chacun, s'il est décursion ou plébéien, s'il est d'une vie honorable et sans faute ou s'il est noté [d'infamie] et répréhensible, s'il est riche ou dans le besoin, de sorte qu'à raison d'un profit, il reçoive facilement quelque chose, s'il est un ennemi pour celui contre qui il porte le témoignage ou s'il est un ami pour celui en faveur duquel il donne le témoignage. Car, si, est libre de suspicion le témoignage à raison de la personne par laquelle il est porté (parce qu'elle sera honorable) ou à raison de la cause (parce qu'il n'est fait ni à raison d'un profit, ni d'une faveur, ni d'une inimitié), il doit être reçu. 1 - C'est pourquoi le divin Hadrien, au légat de la province de Cilicie, Vibius Varus, a dit dans un rescrit que celui qui juge peut plus savoir quelle confiance doit être tenue envers les témoins. Les termes de sa lettre sont les suivants : "Tu peux plus savoir quelle confiance doit être tenue envers les témoins, qui ils sont, de quelle dignité, de quelle réputation et ceux qui seront simplement considérés dire, s'ils ont apporté un seul et même discours médité ou s'ils ont répondu sur le champ des choses vraisemblables à ce sur quoi tu as posé des questions". 2 - De ce même empereur, il y a aussi le rescrit [adressé] à Valerius Verus quant à l'examen de la foi des témoins en ces termes : "Quant aux arguments qui suffiront pour le moyen de prouver et pour quelle affaire, en aucune façon, suffisamment, on ne peut les définir. De même que pas toujours, de même souvent, sans documents publics, la vérité de chaque affaire est saisie. Tantôt, le nombre des témoins, tantôt, leur dignité et leur réputation, tantôt, comme s'y accordant, la réputation confirme la foi de l'affaire dont il est question. En conséquence, je peux seulement te répondre cela par écrit sommairement qu'en tout cas, pour une seule sorte de preuve, la connaissance, immédiatement, ne doit pas être alléguée, mais qu'à partir de la sentence de ton âme, il faut que tu évalues ce que tu croiras ou ce que tu jugeras être peu prouvé". 3 - De même, le divin Hadrien, à Rufinus, proconsul de la Macédoine, a dit dans un rescrit qu'envers les témoins, il aurait foi dans les témoins, non envers les témoignages. Les termes qui regardent ce point sont les suivants : "Parce qu'Alexander Apro, devant moi, a reproché des crimes, parce qu'il ne les a pas prouvés et n'a pas produit de témoins, mais, de témoignages, voulait user, auxquels, devant moi, il n'y a pas lieu (car j'interroge habituellement les témoins eux-mêmes) je l'ai remis au gouverneur de la province, pour que ce dernier, quant à la foi des témoins, s'enquière et, s'il n'a pas accompli ce qu'il avait soutenu, il sera relégué". 4 - A Maximus Gabinius, l'empereur, de même, aussi, l'a dit dans un rescrit en ces termes : "Une chose est l'autorité des témoins présents, une autre celle des témoignages qui sont ordinairement faits ; avec toi-même, délibère donc, afin que, si tu veux les retenir, tu leur accordes les dépenses". 5 - Dans la *Loi Julia* sur la violence, il est disposé qu'avec cette loi, il ne sera pas permis de faire un témoignage contre un accusé qui, de lui ou de son parent, s'est libéré ou qui seront impubères, celui qui, avec un jugement public, aura été condamné qui, de ceux-ci, n'aura pas été remis dans son état initial, qui se trouvera dans les liens ou dans une geôle publique, qui s'est loué pour combattre des bêtes, celle qui fera ou aura fait ouvertement le métier de courtisane, ou celui qui sera jugé ou convaincu avoir reçu de l'argent pour faire ou ne pas faire un témoignage. Car, les uns, à raison du respect des personnes, les autres, à raison de leur manque de jugement, mais d'autres, à raison de la marque [d'infamie] et de l'infamie de leur vie ne doivent pas être reçus à la foi du témoignage. 6 - Les témoins, sans de sérieuses raisons, ne doivent pas être appelés à une longue route et beaucoup moins, les soldats ne doivent être éloignés des enseignes ou empêchés d'accomplir leurs tâches à raison de la fourniture d'un témoignage, et cela, le divin Hadrien l'a dit dans un rescrit. Mais les divins frères ont dit dans un rescrit que "Pour ce qui regarde la convocation des témoins, il appartient à la prudence de celui qui juge d'explorer la coutume dans cette province, dans laquelle il juge". Car, si l'on approuve souvent que, dans une autre cité, pour un témoignage, plusieurs témoins doivent être appelés, on ne doit pas douter que devront être appelés ceux que, comme nécessaires pour la connaissance elle-même, celui qui juge aura arrêtés ».

que ceux qui allaient dans ledit navire ont immédiatement confessé qu'ils apportaient lesdites marchandises dans la cité d'Oran, « *qui était une place défendue, et qu'il est notoire que le chemin était sans écueil pour la place de Cadix, où se rendaient lesdites marchandises. D'autre part, parce qu'ils disent qu'ils avaient été capturés sur le rocher dans le détroit de Gibraltar, ce qui est faux, puisque la preuve est au contraire apportée qu'alors qu'ils se dirigeaient tout droit vers Cadix, qui se trouve en-deçà du détroit, lesdites parties adverses les avaient pris en fuite et leur avaient fait prendre le vent contraire vers le détroit et, dans ce même cas, même s'ils étaient passés, ils l'auraient fait par peur de leurs ennemis et n'auraient pas été punis* »<sup>105</sup>, (2) parce que, si quelqu'un n'observait pas le lieu du voyage à partir d'une crainte de l'ennemi, ou d'une violence de la mer, bien qu'il se trouve dans une place interdite, il n'est pas puni, D. 2, 11, 2 § 8<sup>106</sup>, D. 39, 4, 15<sup>107</sup>, D. 40, 12, 16<sup>108</sup>, Balde et Saliceto<sup>109</sup> sur CJ. 4, 33, 3<sup>110</sup>. Donc, alors que les témoins se sont parjurés de façon notoire sur cela, ils ne font pas foi contre les autres ; et si un témoin dit quelque chose de faux sur un [584] article, son propos est rejeté en totalité, on ne lui fait pas même foi en tant que parjure sur les autres articles non séparés, [voir] Décrétale II, xx, 54<sup>111</sup>,

<sup>105</sup> Le passage est en espagnol ancien.

<sup>106</sup> Extrait du livre LXXIV *Sur l'Édit du préteur d'Ulpien* : « 8 - *Si cependant, alors que quelqu'un pouvait ne pas tomber sur un mauvais temps ou sur la violence d'une rivière, il a fait marche antérieurement ou a navigué au moment opportun, lui-même se sera créé un empêchement. Est-ce que l'exception lui serait quelque peu profitable ? Il faut établir que la cause aura été connue. Car il ne devra pas se créer d'obstacles, pour que l'on puisse lui dire pourquoi il ne s'est pas mis en marche, avant que vienne le terme de la promesse ; de nouveau, il ne faudra pas le lui permettre s'il y a quelque chose qui lui soit imputé, [à savoir] de prétexter comme excuse la tempête ou la violence de la rivière. En effet, qu'en est-il, si quelqu'un, alors qu'il se trouve à Rome au moment même de la promesse de comparaître en justice, s'est mis en marche vers un municpe sans une nécessité pressante de plaisir ? N'est-il pas indigne, celui qui protège cette exception ? Ou bien qu'en est-il, s'il y a eu certes du mauvais temps sur mer, mais que ce dernier a pu venir par la terre ou contourner la rivière ? Il doit être juste de dire que cette exception ne lui profitera pas, à moins que des difficultés n'aient souffert que l'on délimite ou que l'on contourne, la route par la terre. Cependant, tandis qu'une rivière inonde d'une façon telle qu'il envahit tout le lieu dans lequel il fallait comparaître ou que quelque calamité fortuite a bouleversé ce même endroit ou a rendu la présence de celui qui arrive dangereuse, il faut, en équité, lui appliquer ici l'exception ».*

<sup>107</sup> Extrait du livre XVII des *Digestes* d'Alfenus Varus : « *L'empereur, comme il avait mis en location des carrières de pierres de l'île de Crète, avait déclaré ainsi la règle : "afin que nul, en dehors de l'adjudicataire, n'extrait la pierre de l'île de Crète après les ides de mars (i. e. après le 15 mars), ne l'enlève et ne la [transporte]". Le vaisseau d'une certaine personne, chargé de pierres avant les ides de mars, qui partait, a été repoussé par le vent dans un port, ensuite, de nouveau, après les ides de mars, il s'est mis en route. On a consulté [pour savoir] si, à l'encontre de la règle, après les ides de mars, les pierres étaient considérées [être] sorties de l'île de Crète. [Alfenus Varus] a répondu que, même si les ports aussi, qui appartenaient à l'île, étaient tous considérés appartenir à l'île, cependant, celui qui, avant les ides de mars, s'était mis en marche en sortant du port et, repoussé par la tempête, dans l'île, avait été ramené, s'il en était sorti, n'était pas considéré, contre la règle, l'avoir fait, en outre, parce que, déjà dès le début, les pierres étaient considérées avoir été extraites, alors que, sortant du port, le vaisseau s'était mis en marche ».*

<sup>108</sup> Ce passage est précédé d'un extrait placé un peu plus haut, pris du livre LV *Sur l'Édit du préteur d'Ulpien* : « 2 - *Mais nous recevons qu'avec un dol, n'a pas agi celui qui, de son propre mouvement, n'a pas informé le vendeur, mais celui qui l'a trompé ; ...* », pour être suivi ensuite de la suite de ce même livre après l'insertion d'un bref passage repris d'un, autre auteur : « ... mieux, celui qui s'est imaginé un esclave et l'a vendu en causant la déception de l'acheteur. 1 - *Si cependant, a été contraint par la violence et la crainte celui qui a vendu, nous dirons qu'il est exempt d'un dol. 2 - Alors l'acheteur dispose de cette action, du fait qu'il ne savait pas qu'il était un homme libre. 3 - C'est pourquoi, si un fils de famille (rappelons que le fils de famille ne dispose pas d'autonomie juridique, étant alors *alieni iuris* : il reste sous la puissance de son père qui est seul à en disposer pleinement, donc à être *sui iuris*) l'achète, si lui-même le sait de façon certaine et que le père l'ignore, il n'acquiert pas l'action à son père : cela, s'il a agi au titre de son pécule. Du reste, quand le père l'a commandé, on demande ici si la connaissance est préjudiciable au fils ; je vais jusqu'à penser que cela porte préjudice, de même que cela porte préjudice à un procureur. 4 - Évidemment, si le fils l'ignorait et que le père le savait, je vais jusqu'à dire qu'il faut repousser le père, même si le fils a acheté au titre de son pécule, si seulement le père était présent et ne pouvait empêcher que son fils achète ».*

<sup>109</sup> Bartolomeo Saliceto (mort en 1412) était un juriste italien qui commenta les Nouvelles et le *Codex Iustiniani*.

<sup>110</sup> Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Aurelia Juliana (sans date) : « *Alors que tu exposes que tu avais accordé un prêt nautique à la condition qu'"après la navigation que l'emprunteur avait assurée être en direction de l'Afrique, le navire ayant été laissé dans le port de Salone, l'argent du prêt te serait rendu", afin que tu ne supportes que le risque du voyage à destination de l'Afrique et que, par la faute de l'emprunteur, n'ayant pas respecté le lieu du voyage, le fisc n'ait pas confisqué les marchandises procurées de façon illégale qui se trouvaient dans le navire, le principe du droit public n'autorise pas à ce que te soit imputé le préjudice de la perte des marchandises qui est assuré d'être survenu, non du fait d'une situation critique de tempête maritime, mais du fait d'une aveugle avidité et de la hardiesse brutale du débiteur ».*

<sup>111</sup> Décrétale de Grégoire IX : « *Le témoignage de celui auquel est opposé par la partie adverse un crime, sera à juste titre désapprouvé dans une cause criminelle ou civile, s'il a persévéré dans ce même crime. Mais, s'il a été châtié pour le crime et que l'infamie ne l'accompagne pas, il ne doit pas être repoussé dans une cause civile, ou encore quand on agit en justice civilement au sujet d'un crime*

Balde sur CJ. 2, 4, 42<sup>112</sup>, il y a le cas dans Décret de Gratien II, iii, 9, 17<sup>113</sup>, Décrétale II, xx, 32<sup>114</sup>, de même Panormitain<sup>115</sup> après Innocent IV<sup>116</sup> sur Décrétale V, vii, 4<sup>117</sup>, Saliceto sur ledit texte de CJ. 2, 4, 42 et Speculator<sup>118</sup>, *Du témoin*, § 1, dans le passage « de même pour ce qui est du sien ».

Cela n'y fait pas obstacle, même si l'on dit qu'il a été aussi prouvé par les témoins desdits Génois qu'ils apportaient « du mercure, de l'étain et des bouteilles de vin »<sup>119</sup>, parce qu'il semble (3) que les lois infligent seulement la peine capitale et la confiscation des biens à ceux qui apportent des armes, du fer et des bois pour les galères ; ainsi le disent CJ. 4, 41, 2<sup>120</sup>, Décrétale V, vi, 6<sup>121</sup> et 17

---

(excepté en faveur du reproche de parjure). Mais dans une cause criminelle, s'il a été convaincu dans un autre jugement d'un crime, une accusation ayant été engagée contre ce même [personnage], ou s'il l'a confessé, ou si maintenant, il est confondu par le biais d'une exception, ou que sa réputation a été alourdie, parce que et quand il a été repoussé d'une façon telle, bien que dans ce cas, il ne soit pas exclu dans une cause civile, il peut être écarté du témoignage (bien qu'il ait fait pénitence) ».

<sup>112</sup> Constitution de Léon et Anthemius adressée à Erythrius, Préfet du prétoire, et donnée en 472 : « Si, à partir de faux instruments, des transactions ou des accords ont été faits, bien qu'un serment soit intervenu à leur égard, le faux se révélant aussi civilement, nous commandons de les retirer, à la seule condition que, si ces mêmes transactions ou accords ont été faits au sujet de plusieurs causes ou articles, soit seulement retirée cette cause ou cette partie qui a été prouvée à partir de la composition du faux instrument, les autres articles demeurant fermes, à moins, peut-être, qu'à l'égard de ce qui est réputé faux, la controverse née ne s'assoupisse comme ayant été résolue ».

<sup>113</sup> Repris de Saint Ambroise, dans son livre *Du paradis*, chap. 12 : « En observant la pure et simple forme du mandat, la suite d'un témoignage doit être connue. Généralement un témoin, cependant qu'il ajoute quelque chose à la suite de ce qui a été fait à partir de lui, décolore la foi du témoignage en mensonge de la partie. On ne doit donc rien ajouter, même ce qui est considéré en faveur du bien ».

<sup>114</sup> Décrétale d'Innocent III aux évêques de Londres et d'Ely : « Alors que d'une part, un grand nombre de témoins ont été produits, mais de l'autre, moindres en nombre, dont il est clair qu'ils ont non seulement rendu des témoignages différents, mais aussi contraires sur certaines choses, parce qu'il ne faut pas les recevoir seulement pour leur nombre, mais pour la qualité des témoins et pour leurs dépositions, auxquelles la lumière de la vérité s'arrête plus et à partir desquelles on rejoint le mouvement de son âme, on informera le juge. Nous le commandons, dans la mesure où, s'il y a des témoins produits de part et d'autre de cette honorabilité et de cette réputation, du fait qu'il est clair que les témoins des moines sont en moindre nombre que les témoins de l'archidiacre, tu as porté une sentence en faveur de l'archidiacre. Mais, si les témoins produits du côté des moines étaient d'une aussi grande prééminence, parce que leur autorité doit à juste titre être préférée au grand nombre, tu les absoudras de l'empêchement de l'archidiacre ».

<sup>115</sup> Niccolò Tedeschi (1386-1445), canoniste bénédictin, qui fut nommé archevêque de Palerme et fut dénommé pour cela aussi *Abbas* ou *Abbas Siculus*, « Abbé de Sicile », ou encore Panormitain, *i. e.* « celui de Palerme ». On lui doit des *Consilia* ou *Avis* et des commentaires sur les *Décrétales* de Grégoire IX.

<sup>116</sup> Il s'agit du pape Innocent IV, Sinibaldo de Fieschi (mort en 1254), lui-même canoniste, qui composa un ouvrage de commentaires sur les *Décrétales*.

<sup>117</sup> Décrétale de Grégoire à Anastase d'Antioche : « Du fait que Célestin et Pélage ont été condamnés au concile d'Ephèse, comment ont pu être reçus ces articles dont les auteurs sont condamnés ? »

<sup>118</sup> Sous ce nom, il est fait référence à Guillaume Durand (vers 1230-1296), reçu docteur en décret à l'université de Bologne, travaillant auprès du Cardinal Henri de Suse, ou Hostiensis, devenu auditeur général des causes apostoliques, chanoine de Mende et qui se vit même offrir par le pape Boniface VIII l'archevêché de Ravenne. On lui doit plusieurs ouvrages, dont surtout un *Speculum iudiciale*, qui forme une encyclopédie de la procédure romano-canonique, qui connut plusieurs éditions imprimées entre 1474 et 1678. On se reportera sur lui à l'article que lui a consacré ROUMY (Franck) in *Dictionnaire historique des juristes français XII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, PUF, (coll. « Quadrige-Dicos Poche ») Paris 2007, pp. 290-292.

<sup>119</sup> Les termes sont en espagnol.

<sup>120</sup> Constitution de Marcianus adressée à Constantin, Préfet du prétoire, donnée entre 455 et 457 : « Personne n'osera vendre aux Barbares étrangers de quelque peuple, qui viennent en cette très sainte ville sous prétexte d'une ambassade ou sous quelque autre couleur, ou encore dans les autres cités ou places, des cuirasses, des boucliers, des flèches d'arc, des épées longues, des glaives ou des armes de quelque autre type que ce soit ; il ne leur sera vendu par quiconque au détail absolument aucun trait qui soit totalement en fer, déjà fabriqué ou non encore fabriqué. Car il est dangereux pour l'empire romain et proche d'une trahison d'équiper en traits les Barbares, de façon à les rendre plus vaillants et qu'il convient d'affaiblir. Si quelqu'un avait vendu quelque type d'armes à des Barbares étrangers de quelque peuple que ce soit à l'encontre du respect dû à notre interdiction et où que ce soit, nous commandons que la totalité de ses biens soit adjugée au fisc et que lui-même subira aussi la peine capitale ».

<sup>121</sup> Décrétale d'Alexandre III prise du concile de Latran (1179) : « Une cruelle cupidité a occupé les âmes de certains, d'une façon telle qu'ils se font gloire du nom chrétien, apportent aux Sarrasins du fer, des bois pour les galères et qu'ils deviennent pareils ou supérieurs à ces derniers en malice, cependant qu'ils leur procurent des rames et les choses nécessaires pour combattre les Chrétiens. Il y en a aussi qui pratiquent, à la faveur de leur cupidité, la direction et le soin de la conduite sur les galions et les vaisseaux pirates des Sarrasins. Nous estimons de telles personnes en dehors de la communion de l'Eglise, que les précités, sujets à une excommunication, seront châtiés par les princes catholiques et les consuls des cités de la privation de leurs biens et qu'ils deviendront esclaves de ceux qui les capturent. Nous prescrivons aussi qu'une excommunication pleine et solennelle sera portée contre eux par les églises des villes maritimes ».

<sup>122</sup> ; et dans lesdits articles, on impose seulement la peine de servitude et de perte des biens ; ainsi le dit aussi D. 39, 4, 11 pr <sup>123</sup>. Ne s’y oppose pas le texte de CJ. 4, 63, 4 <sup>124</sup>, où tout commerce est interdit avec les Barbares, de même, le texte de Décrétale V, vi, 12 <sup>125</sup> le signifiait au sujet des Juifs, parce que ces lois s’entendent contre les ennemis, quand il y a une guerre entre des Chrétiens et eux, parce que, du fait qu’ils sont des ennemis, tout commerce est jugé leur avoir été interdit ; cela est clairement montré dans lesdites lois, parce que les Barbares étaient les ennemis du peuple romain. La glose le dit aussi ainsi sur CJ. 4, 63, 2 <sup>126</sup>. Cela est montré dans CJ. 4, 63, 4 <sup>127</sup>, « *au-delà de ces places dans lesquelles en temps de paix* », un texte meilleur dans Décrétale V, vi, 12 <sup>128</sup>, « *aussi longtemps qu’entre nous et eux, la guerre a duré* ». Innocent et Panormitain tiennent cela sur ladite Décrétale V, vi, 12, qui disent que, dans le temps d’une guerre, tout commerce est interdit et que l’on se voit interdire de transporter aux ennemis toutes les marchandises ; si cependant, il n’y a pas de guerre, alors on n’entend pas que les marchandises ont été interdites et celui qui transporte des marchandises quelconques aux Sarrasins n’est pas passible d’une peine, à moins qu’il ne s’agisse d’une des marchandises citées dans ladite Décrétale V, vi, 6 <sup>129</sup>, à savoir des armes, du fer

---

<sup>122</sup> Décrétale d’Alexandre III prise lors du concile de Latran (1179) : « *Pour libérer la terre sainte : en outre, nous excommunions et anathémisons ces faux et impies Chrétiens qui, contre Christ lui-même et le peuple chrétien, apportent des armes, du fer et des bois pour les galères, aussi ceux qui leur vendent des galères, ou des vaisseaux, et ceux qui pratiquent le soin de la direction sur les navires pirates des Sarrasins, ou qui leur consacrent quelque conseil sur d’autres matériels quels qu’ils soient, ou une aide aux dépens de la terre sainte et nous estimons que ceux-ci seront châtiés de la privation de leurs biens et deviendront les esclaves de ceux qui les capturent, ordonnant qu’à travers toutes les villes maritimes que la sentence de ce type sera renouvelée les dimanches et jours de fêtes. La protection de l’Eglise ne sera pas ouverte à de telles personnes, par la force seulement ; ce qu’ils ont perçu à partir d’un commerce condamné et dans cette même quantité, ce qu’ils ont transporté du leur en terre sainte, ils en seront punis comme par un juste jugement dans lequel ils ont commis l’infraction. S’ils n’étaient peut-être pas solvables, la faute de telles personnes sera châtiée autrement, parce que dans la peine de ceux-ci, on interdira aux autres de présumer d’une semblable audace* ».

<sup>123</sup> Extrait du livre V des *Sentences* de Paul : « *Il n’est pas permis de vendre aussi aux ennemis la pierre nécessaire pour aiguiser le fer, comme le fer, le blé et le sel, sans le risque de la peine capitale* ».

<sup>124</sup> Constitution d’Honorius et Théodose adressée à Anthemius, Préfet du prétoire, et donnée en 408 ou 409 : « *Il faut que les marchands, tant dans notre empire que sujets du roi des Perses, pratiquent le moins possible les marchés au-delà de ces places dans lesquelles cela nous convient dans le temps d’une alliance avec une peuplade fameuse, afin que les royaumes étrangers (ce qui ne convient pas) ne recherchent des choses secrètes. En conséquence, à l’avenir, nul sujet en notre empire n’osera acheter au-delà de Nisibe (ville de Mésopotamie), du Callicinus (colline de Thessalie) et d’Artaxata (capitale de l’Arménie), et ne jugera bon d’échanger des marchandises avec la Perse en dehors des cités rappelées. Les deux sauront, celui qui contracte et les marchandises qui ont été achetées, ou vendues, en dehors de ces places, seront réclamées par notre trésor impérial et, outre la perte du prix qui a été compté, ou échangé, de ces biens, il devra subir une peine d’exil perpétuel. Ne manquera pas contre les juges et leurs appariteurs, pour chaque contrat qui aura été traité en dehors de ces places rappelées, une condamnation à trente livres d’or, par la route desquels un Romain, ou un Perse, est passé pour aller vers des places marchandes interdites. Bien sûr, en ont été exceptés ceux qui, compagnons des ambassadeurs perses, à quelque époque que ce soit, pour être envoyés à notre clémence, ont fait route et pris des marchandises pour les échanger ; nous ne leur refusons pas la faculté de faire le marchand en dehors des places précitées, par considération d’humanité et de l’ambassade, à condition qu’ils ne demeurent pas plus longtemps dans une province quelconque sous prétexte d’une ambassade et qu’ils n’accompagnent pas le retour d’un ambassadeur vers ce qui leur est propre. En effet, on poursuivra par la peine de cette constitution ceux qui s’adonnent au commerce, non injustement en même temps que ceux avec lesquels ils ont contracté ou demeuré* ».

<sup>125</sup> Décrétale de Célestin III : « *Ce qui a été autrefois prescrit : assurément, quoique cela ait été rigoureusement interdit lors du concile de Latran, cependant, nous, nous soumettons à une excommunication tous ceux qui ont déjà eu de façon plus large une activité commerciale avec les Sarrasins, par eux-mêmes, ou par l’intermédiaire d’autres et à leur fournir quelque aide, ou des conseils, avec des vaisseaux, ou avec un autre talent quel qu’il soit, aussi longtemps qu’entre nous et eux, la guerre a duré. Nous remettons donc à votre discrétion, dans la mesure où ni par votre biais, ni par le biais de vos vaisseaux, ou par quelque autre moyen, ou talent, que ce soit, vous leur avez apporté des marchandises, des conseils, ou d’autres secours, afin que, si certains endurcis dans leur malice, avaient présumé faire cela, non seulement ils tomberaient dans cette excommunication par le droit lui-même, mais aussi ils encourraient la colère du Dieu vivant* ».

<sup>126</sup> Constitution de Gratien, Valentinien et Théodose adressée à Tatianus, comte des largesses impériales, et donnée peut-être en 374 : Constitution de Valentinien, Théodose, et Gratien adressée au comte des largesses impériales, Tatianus, donnée peut-être en 374 : « *On ne procurera pas d’or non seulement aux Barbares, mais, même s’il a été trouvé chez eux, il sera enlevé avec un talent subtil. Mais, si plus tard, de l’or a été transporté chez les Barbares à la faveur de propriétés ou de biens matériels quels qu’ils soient, par des marchands non déjà condamnés, ils seront soumis à des châtiments. Bien que le juge ne revendique pas ce qui a été trouvé, afin que, le sachant, il se hâte de cacher ce qui est blâmable* ».

<sup>127</sup> Cf. *supra* note 124.

<sup>128</sup> Cf. *supra* note 125.

<sup>129</sup> Cf. *supra* note 121.

et des bois pour les galères, du fait que ces dernières sont aussi interdites en temps de paix. S'accorde expressément à cette opinion la loi des *Siete Partidas*, *Partida 5*, dans le titre *Des ventes et des achats*, loi qui commence « *Les Chrétiens ...* » ; le texte de la loi 22 dit : « *Les Chrétiens ne devront vendre ni prêter des armes faites de bois, ou de fer, aux Maures, ou tout autre ennemi de la foi* ». Le texte poursuit : « *En outre, nous interdisons que toute personne de notre domination, de vendre au pays desdits ennemis, aussi longtemps qu'ils sont en guerre avec nous, du blé, de l'orge, du seigle, de l'huile, ou tout autre article ...* »<sup>130</sup>. À partir de celle-ci, on conclut que les armes sont indistinctement interdites, les autres marchandises et victuailles en temps de guerre. Et il est notoire que dans notre cas, le commerce n'était pas interdit en Barbarie, où il dit que « *Cadix, selon la coutume qui est prouvée et selon les précisions apportées par les contrôleurs [comptables] qui concordent avec ladite distinction ; et même, il y a une forte présomption que les dites armes n'aient pas été emportées, comme cela est prouvé par les propres hommes qui avaient chargé ledit navire et ce, d'autant plus que lesdits navires avaient été enregistrés avec toutes les marchandises qu'ils contenaient et enregistrées en présence de l'Amiral et de son lieutenant, selon toute la solennité requise pour un départ en toute sécurité* »<sup>131</sup>. Il y a ici un remarquable texte dans CJ. 12, 44, 1<sup>132</sup>, ainsi cependant en y joignant, afin qu'en découvrant cela, nulle indignation et nulle concussion ne soient avancées contre eux par la suite, CJ. 11, 1, 1<sup>133</sup>. « *Et les témoins qui étaient présents, quand les parties adverses répartirent lesdites marchandises qu'ils ont volées aux Génois, les virent les trier, disant que ce n'étaient pas des armes ni des choses interdites* »<sup>134</sup>. (4) Joue aussi le propos de Bartole par ce texte de CJ. 12, 44, 1<sup>135</sup>, qui dit : relevez ce texte en faveur de ceux qui apportent du blé et d'autres marchandises dans un autre endroit, afin d'aller en présence de l'officier commun et de lui notifier dans quel endroit ils veulent poursuivre ; car, en manifestant cela, ils ne craindront pas quelque concussion qui pourrait être faite contre eux. « *Les Génois étaient des hommes de bonne réputation, contre lesquels il n'y avait pas présomption* », D. 49, 16, 5 § 6<sup>136</sup>, et pour de telles gens, on l'établit avec leur serment à partir de la qualité des personnes tant à l'égard des biens qu'à l'égard du lieu dans lequel ils vont ; [voir] la glose sur la Clémentine III, xiii, 3<sup>137</sup>, que recommande Balde là-dessus sur CJ. 4, 33, 3<sup>138</sup>

<sup>130</sup> Le texte est en espagnol ancien. L'auteur y rajoute le vin, qui n'est cependant pas nommément cité dans le texte, même s'il est compris dans les autres articles.

<sup>131</sup> Le passage est en espagnol ancien.

<sup>132</sup> Constitution d'Honorius et Théodose adressée à Eustathius, Préfet du prétoire, et donnée en 420 : « *Avec cette très salutaire constitution, nous trouvons bon que les marchandises illicites ne soient pas transportées vers les nations barbares ; et les navires quels qu'ils soient, de quelque port ou de quelque côte qu'ils soient envoyés, ne supporteront aucune extorsion ou aucun dommage, d'une façon telle que leurs patrons les débarquent dans la province dans laquelle ils se rendent, afin que, ceci ayant été prouvé, nulle occasion de s'indigner contre eux par la suite et nulle extorsion par quelque moyen ne procèdent* ».

<sup>133</sup> Constitution d'Anastase (sans date) : (texte en grec) « *Elle (i. e. la constitution) remet absolument à tous la contribution de l'or et de l'argent, à l'exception des cités et des bourgs qui ont reçu par une dernière volonté quelque chose sous cette charge de contribution, ou bien si quelque chose a été remis par le fisc par cette même loi. Mais ceux qui connaissent une telle charge, il sera à leur arbitrage de la payer à Constantinople, ou en province, soit par quart chaque année, soit au-delà tous les quatre ans, sans dommage et sans aucun dérèglement. Et s'il reste quelque chose une fois ceci enlevé, cela sera dépensé pour les autres nécessités de la ville, comme les ouvrages, ou l'achat de grain, ou l'éclairage, ou autres choses semblables. Aussi établit-elle une pénalité de cent livres envers l'école des palatins, les gouverneurs, les cohortes et municipales, s'ils n'ont pas observé à chaque fois cela* ».

<sup>134</sup> Le passage est en espagnol ancien.

<sup>135</sup> Cf. *supra* note 132.

<sup>136</sup> Extrait du livre II *De l'art militaire* d'Arius Menander : « *6 - Hadrien a dit dans un rescrit qu'il faut que les soldats, par les barbares, renvoyés, doivent être remis à leurs places, s'ils ont prouvé que, prisonniers, ils ont fui et n'ont pas été des déserteurs. Mais, quoique, de façon claire, cela ne puisse être établi, des preuves, cependant, il faut prendre connaissance. Et, si un soldat, auparavant, a été jugé bon, il s'en faut de peu qu'en son affirmation, l'on ait foi ; le retardataire, celui qui néglige ses étendards ou, à l'extérieur de la tente commune, œuvre, on n'aura pas foi en lui* ».

<sup>137</sup> Décrétale de Clément V lors du concile de Vienne (1311) : « *Nous ordonnons par la présente constitution que les diocésains des lieux à l'encontre de ceux qui réclament des péages, ou des guidages, en leur nom, ou au nom d'autrui, des églises, ou des personnes ecclésiastiques à la valeur des leurs propres biens qu'ils n'apportent pas, ne font pas apporter ou ne transportent pas pour faire du commerce, ou qui les tourmentent au péril, préjudice et désavantage de leurs âmes, et de celle de ceux auxquels ils les réclament, rendent absolument publiques les sentences d'excommunication portées par la loi, après qu'on l'a établi au sujet de ceux-là mêmes, ou de leurs sujets, aussi longtemps qu'ils les feront publier, jusqu'à ce que ces derniers aient restitué les choses arrachées et qu'ils aient fait satisfaction de façon appropriée à l'égard d'une transgression de ce type* ».

<sup>138</sup> Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Aurelia Juliana (sans date) : « *Alors que tu exposes que tu avais accordé un prêt nautique à la condition qu'après la navigation que l'emprunteur avait assurée être en direction de l'Afrique, le navire*



à la fin, et sur la constitution de l'empereur Frédéric placée sous CJ. 4, 13, 5<sup>139</sup>. Mais en posant que tout ce qui a été ci-devant dit ait cessé, « *et l'on peut prouver qu'avoir apporté des armes et du vin ne leur cause aucun préjudice, car cela pourrait être quelques armes pour défendre le navire, ou un peu de vin pour leur propre subsistance* »<sup>140</sup> ; (5) et la peine établie contre ceux qui apportent des biens interdits n'est pas mise à exécution contre celui qui apporte pour lui des biens nécessaires à raison de son voyage, ou de sa famille. [Voir] Bartole et Imola<sup>141</sup> sur D. 30, 41<sup>142</sup>, Balde sur CJ. 4, 33, 3<sup>143</sup> ; il y a le cas

---

*ayant été laissé dans le port de Salone, l'argent du prêt te serait rendu*», afin que tu ne supportes que le risque du voyage à destination de l'Afrique et que, par la faute de l'emprunteur, n'ayant pas respecté le lieu du voyage, le fisc n'ait pas confisqué les marchandises procurées de façon illégale qui se trouvaient dans le navire, le principe du droit public n'autorise pas à ce que te soit imputé le préjudice de la perte des marchandises qui est assuré d'être survenu, non du fait d'une situation critique de tempête maritime, mais du fait d'une aveugle avidité et de la hardiesse brutale du débiteur ».

<sup>139</sup> Il s'agit d'une constitution de l'empereur Frédéric II d'Allemagne donnée au mois de novembre 1158 : « *En tenant certes une diligente inspection des évêques, abbés, ducs, de tous les juges et l'examen des autres grands de notre palais impérial, pour tous ceux qui voyagent à l'étranger pour des études, pour les écoliers et surtout, les professeurs des lois divines et saintes, nous accordons ce bénéfice de notre piété, afin que, dans les lieux où ils pratiquent l'étude des lettres, ils viennent tant eux-mêmes que leurs envoyés et y habitent en sécurité. Car nous jugeons qu'il est digne que, alors que tous ceux qui font de bonnes choses méritent absolument notre louange et notre protection, le monde entier soit illuminé de leur science et que la vie des sujets soit formée pour obéir à Dieu et à nous, son serviteur ; nous les défendrons de toute injustice avec une affection particulière. En effet, qui n'aurait de compassion pour ceux qui se sont exilés par amour de la science, se sont faits pauvres de richesses, ont exposé leur vie à de nombreux dangers et qui souvent, supportent jusqu'au bout les injures corporelles [portées] par les hommes les plus bas sans raison (ce que l'on doit supporter avec peine) ? Nous décrétons donc par cette loi générale, qui vaudra à perpétuité, que du reste, nul d'aussi audacieux ne soit trouvé qui présumerait porter quelque injure à des écoliers et qui leur porterait quelque dommage, à raison de l'infraction, ou de la dette, d'un autre d'une province quelconque (ce que nous avons parfois entendu dire que l'on faisait à partir d'une coutume vicieuse), que ceux qui ont violé une sainte constitution de ce type sachent, et aussi les gouverneurs eux-mêmes des lieux, qui ont négligé de réclamer la restitution des biens soustraits, que l'on exigera de tous le quadruple [de leur valeur], la notation d'infamie devant leur être infligée par le droit lui-même et qu'ils perdront à perpétuité leur dignité. Mais cependant, si quelqu'un voulait leur faire un procès au sujet de quelque affaire, le choix de cette affaire étant accordé aux écoliers, il les citera en présence du seigneur, de leur maître ou de l'évêque de cette même cité (auxquels nous avons accordé cette juridiction). Mais celui qui aurait tenté de les traîner devant un autre juge, même si la cause était la plus juste, tombera sous les coups d'un tel effort. Nous avons ordonné que cette loi soit mise au sein des constitutions impériales, à savoir sous le titre "Afin que le fils en faveur du père, etc." ».*

<sup>140</sup> Le passage est en espagnol ancien.

<sup>141</sup> Giovanni d'Imola, mort en 1436, fut un canoniste ; il enseigna à Pavie, Ferrare et Bologne. On lui doit un recueil de *Consilia*, ou *Avis*, ainsi que des commentaires sur le Digeste.

<sup>142</sup> Extrait du livre XXI *Sur Sabinus* d'Ulpien : « *Voyons, en conséquence, les autres choses en dehors de cela ; certes, tous les objets peuvent être légués, les droits et les servitudes. 1 - Mais, ce qui, à des bâtiments, a été joint ne peut être légué, parce que le Sénat a jugé que cela ne pouvait être légué sous les consulats d'Arviola et de Pansa. 2 - Il pourra, cependant, être traité [de savoir] si, quand des marbres ou des colonnes ont été séparés des bâtiments, le legs est valide. Et, si, certes, depuis le commencement, le legs n'existe pas, à partir de celui fait après, il ne sera pas valide, de même que ni le bien à moi légué, si, après la confection du testament, il a été aliéné, parce que, depuis le commencement, le legs n'avait pas de force. Mais si, sous condition, le legs est fait, le legs pourra être valide, si, au moment de la réalisation de la condition, il n'est pas mien ou si, à des bâtiments, il n'a pas été joint, suivant ceux qui disent que mon bien est acheté sous condition et qu'à moi en tant que stipulant, il est promis et légué. La règle de Caton empêchera donc un legs pur et simple, non de façon conditionnelle, parce qu'elle ne concerne pas les [legs] conditionnels. 3 - De même, il peut être demandé, quand quelqu'un qui a des constructions doubles a légué les unes et, à partir des autres, a joint quelque chose à celui auquel il a légué une construction, si le legs sera valide. Agite la question le fait qu'à partir du sénatus-consulte et des constitutions, il nous est permis, depuis nos constructions sur d'autres constructions, de les transférer à leurs possesseurs futurs, c'est-à-dire à ceux qui ne les vendront pas : ainsi, notre empereur et le divin Sévère l'ont-ils dit dans un rescrit. Pourra-t-il, en conséquence, être fait un legs à celui auquel je léguerai l'autre maison ? Mais il faudra le refuser, parce que celui auquel le legs a été fait n'est pas le futur possesseur. 4 - Si, à deux personnes, il a légué la maison Sempronia et que, de celle-ci, à l'autre, ses marbres pour construire la maison Seiana qu'il lui avait léguée, non de mauvaise façon, l'on agitera [le fait de savoir] si cela sera valide, parce que le propriétaire est le légataire des deux [maisons]. Et qu'en est-il, si quelqu'un a légué une maison, une fois les marbres enlevés, qu'il voulait que son héritier ait pour construire une maison et qu'il gardait dans sa succession ? Il est mieux [de dire] que, pour les deux, l'enlèvement [des marbres] n'est pas valide ; cependant, le legs sera valide, de sorte que leur évaluation sera payée. 5 - Mais, si quelqu'un, pour construire un ouvrage public, a fait un legs, je pense que le legs est valide ; car, Papinien, dans le livre XI de ses Réponses, rapporte que notre empereur et le divin Sévère avaient établi dans une constitution que ceux qui, pour un ouvrage public, avaient fait une promesse pouvaient enlever [des matériaux] de leurs constructions urbaines et rurales, et les utiliser pour l'ouvrage, parce que ces derniers, pour un trafic, ne les avaient pas eus. Mais voyons si, à cette seule cité sur le territoire de laquelle on se trouve, il peut être fait un legs ou si, depuis une cité dans une autre, l'on pourra transporter [les matériaux]. Je pense que cela ne doit pas être permis, bien qu'il ait été établi que, d'une maison qu'il possède dans la maison d'une autre cité, il est permis à quelqu'un de les transporter. 6 - Ce sénatus-consulte ne concerne pas seulement la Ville (i. e. Rome), mais aussi les autres cités. 7 - Mais il y a un rescrit des divins frères [pour répondre] à une pétition de Proclianus et d'Epityncanos qui, à cause d'une dette publique,*

dans D. 39, 4, 4 § 1<sup>144</sup>, CJ. 4, 61, 5<sup>145</sup>, et à travers la glose sur Décrétale V, xl, 26<sup>146</sup>. De même, parce qu'il n'a pas été articulé et prouvé que « *lesdites armes avaient été chargées par lesdits marchands, ni que ceux-ci aient été mis au courant, ni qu'ils les aient acceptées de leur plein gré, au contraire on prouve que ces armes et ferrures se trouvaient enfermées dans un coffre par un esclave maure du chef de cette expédition* »<sup>147</sup>. (6) Et partout où sont apportés sur quelque navire des biens licites et illicites, jamais les biens licites ne sont confisqués, ni perdus à raison des biens illicites, à moins que l'on ne prouve que celui auquel appartenaient les biens licites en avait connaissance et était complice dans cette infraction ; [voir] le notable texte de D. 39, 4, 11<sup>148</sup> et Balde sur CJ. 4, 33, 3<sup>149</sup>.

---

*désiraient qu'il leur soit permis de les vendre, dans lequel ils leur refusèrent ce droit de vendre. 8 - Ce sénatus-consulte, non seulement aux maisons, mais aussi aux bains, à quelque autre bâtiment, ou à un portique, sans les maisons, les tavernes ou les auberges, est étendu. 9 - De même, il est interdit de léguer ce que l'on ne peut fournir autrement que pour, aux bâtiments, l'enlever ou le retirer, c'est-à-dire des marbres ou des colonnes et le Sénat, de même pour les tuiles, les poutres et les portes, l'a jugé, mais aussi, dans les bibliothèques, pour les rayonnages qui y sont attachés. 10 - Mais, s'il y a des balustrades ou des tentures, elles pourront être léguées, cependant pas les tuyaux ou les châteaux d'eau. 11 - Mais, si [ce sont] des machines automatiques ou, de quelque manière, des bassins à travers lesquels les eaux ruissellent, ils pourront être légués, surtout s'ils sont ajoutés. 12 - Que doit-on donc dire pour les statues ? Si, certes, elles sont attachées aux murs, ce ne sera pas permis ; mais si, autrement, elles existent, on peut en douter. Mais l'intention du Sénat doit, de façon plus entière, être reçue, de sorte que si, par quelque moyen, elles se trouvaient ici comme perpétuelles, comme si elles étaient une partie de la maison, elles ne peuvent être vendues. 13 - Par conséquent, il faut dire que ni les tableaux fixés et joints aux murs, ni les simples figurines assimilées ne peuvent être légués. 14 - Mais, si le testateur a préparé certaines choses comme pour les transférer dans une autre maison et les a léguées, on peut douter [de savoir] si cela sera valide. Et je pense que c'est valide. 15 - Mais, si ce qu'il a légué, joint aux maisons, il l'a joint, le legs sera éteint. 16 - Mais, si l'héritier les a joints, je pense que [le legs] n'est pas éteint ».*

<sup>143</sup> Cf. *supra* note 138.

<sup>144</sup> Extrait du livre LII *Sur l'Édit du préteur de Paul* : « 1 - Quant aux biens que les gouverneurs commandent et que, pour leur usage, on leur apporte, le divin Hadrien a écrit aux gouverneurs que, chaque fois que quelqu'un, pour son usage ou l'usage de ceux qui présidaient aux provinces ou aux armées, ou à raison de l'usage de leurs procurateurs, envoyait une certaine personne qui les achèterait, il le signifierait dans une pétition souscrite de sa main et, au publicain, l'enverrait, de sorte que, s'il a apporté plus qu'il a été donné mandat [d'acheter], cela soit sujet à une redevance. 2 - Pour tous les impôts, généralement, la coutume est ordinairement regardée et cela aussi, dans les constitutions impériales, est disposé ».

<sup>145</sup> Constitution de Constantin adressée à Ménandre et donnée en 321 : « Tous les provinciaux, pour les biens qu'ils apportent pour leur usage propre ou pour le fisc, ou qu'ils ramènent pour exercer l'agriculture, ne se verront réclamer aucune taxe par les maîtres de poste. Mais nous assujettissons ceux qui sont emportés en dehors des cas ci-devant dits ou pour raison d'affaires, à la prestation accoutumée, la peine capitale étant posée pour les maîtres de poste, les soldats et autres personnes dont la rapacité serait affermie d'en être tentés ».

<sup>146</sup> Décrétale d'Innocent III au comte de Toulouse donnée à Latran le 20 février 1210 : « Au sujet des certains articles des mandats faits pour toi par Milon, notre notaire de bonne mémoire, alors légat du siège apostolique, auprès de certains un doute s'étant levé, ta dévotion nous a demandé lesquels devront être dits hérétiques manifestes. Ce sur quoi, nous avons entrepris de te répondre qu'en ce cas, devaient être entendus comme hérétiques manifestes ceux qui prêchaient publiquement à l'encontre de la foi catholique, qui déclaraient ouvertement, ou défendaient leur erreur, ou les condamnés sous forme de sentence par eux au sujet d'une dépravation hérétique ; leurs biens propres seront confisqués et eux-mêmes seront punis selon les sanctions légales. En outre, alors que le légat mentionné t'a interdit les péages, les droits de guidage et les droits des salines, nous entreprenons de déclarer par l'autorité apostolique que ces péages, ces droits des salines et de guidage, qui n'apparaissent pas avoir été accordés par une libéralité des empereurs, des rois, ou du concile de Latran [III], ou introduits par une ancienne coutume depuis une époque dont on n'a pas la mémoire, ont été interdits ; [Plus bas] Mais alors tu as reçu en mandat du légat de faire justice à ceux qui se plaignent de toi selon son jugement, celui d'un autre légat, d'un juge ordinaire, voire délégué, nous pensons que ceci doit s'entendre de façon telle que dans toute cause qui regarde le tribunal ecclésiastique à raison des personnes, ou des biens, ou sur tous les articles qui doivent être observés en faveur de la paix établis par le déjà mentionné légat, ou qui doivent être établis par l'autorité apostolique, tu seras tenu d'en répondre dans le jugement ecclésiastique envers les veuves, les pupilles, les orphelins et les personnes misérables ».

<sup>147</sup> Le passage est en espagnol ancien.

<sup>148</sup> Extrait du livre V des *Sentences de Paul* : « Il n'est pas permis de vendre aussi aux ennemis la pierre nécessaire pour aiguiser le fer, comme le fer, le blé et le sel, sans le risque de la peine capitale. 1 - Les terres publiques, qui sont louées à perpétuité, par un curateur, ne peuvent pas être reprises sans l'autorisation impériale. 2 - Si un patron de navire, lui-même, illégalement, ou des passagers ont placé sur le navire quelque chose, par le fisc, le navire sera aussi réclamer ; si, en l'absence du propriétaire, cela a été fait par le patron, le pilote (ou "timonier", gubernator), par un marin en vigie (ou "homme de proue", proreta) ou quelque marin, ceux-là mêmes, certes, de la peine capitale, sont punis, les marchandises ayant été confisquées, mais, à son propriétaire, le navire est rendu. 3 - La poursuite de marchandises illicites affecte aussi l'héritier. 4 - Un propriétaire ne se voit pas interdire d'acheter le bien qui, pour une confiscation, a été revendiqué par lui-même ou par le biais d'autres [personnes] auxquelles il en a donné le mandat. 5 - Ceux qui obtiennent de très grands fruits à partir du rachat des impôts, si, par la suite, pour autant, ils ne peuvent être mis en location, sont eux-mêmes contraints, aux premiers fermages, de les prendre ».

<sup>149</sup> Cf. *supra* note 138.

Joue ce que Balde dit ici, [à savoir] qu'à l'égard de celui auquel le bien illicite appartient, qui est transporté dans le navire, on recourt aux conjectures, parce que c'est à partir de la qualité du bien et de la personne. Il faut le dire ainsi dans ce qui est exposé « *qu'on ne peut pas présumer du fait que des marchands aient emportés ces ferrures en métal conservées dans le coffre, ceux qui avaient transporté de si grosses cargaisons auraient-ils pris le risque de perdre tout leur bien pour si peu de choses* »<sup>150</sup> ?

De même, étant donné qu'ils avaient transporté des armes et des biens illicites, ils avaient été capturés sur la route, pas dans une place des Sarrasins, « *n'ayant pas commis l'infraction, ils avaient pu s'en repentir* »<sup>151</sup> ; d'où la peine cesse au moins dans sa totalité, parce que, si quelqu'un apporte du fer en Barbarie et est trouvé sur la route, il n'est pas puni de la peine établie contre ceux qui apportent des armes aux ennemis ; en argument D. 7, 1, 12 pr et § 1<sup>152</sup> et là la glose, Balde sur ledit texte de CJ. 4, 33, 3<sup>153</sup> ; de même ici Saliceto et Balde sur CJ. 1, 3, 5<sup>154</sup> et Balde sur CJ. 6, 1, 3<sup>155</sup>, qui dit que, dans le doute, le juge doit plutôt absoudre que condamner, et cela se présente selon les docteurs sans doute, quand la loi, ou le statut, le dit par un terme qui signifie que le délit est commis, comme dans notre cas, par CJ. 4, 41, 2<sup>156</sup>, ici [on le dit] « *vendiderit* » - *i. e.* « avait vendu », CJ. 4, 63, 4<sup>157</sup>, là [on dit] « *venumdatae* » - *i. e.* « vendues »<sup>158</sup>.

<sup>150</sup> Le passage est en espagnol ancien.

<sup>151</sup> Le passage est en espagnol ancien.

<sup>152</sup> Extrait du livre XVII *Sur Sabinus* d'Ulpien : « *Des arbres ayant été arrachés ou, par la violence des vents, abattus, Labéon dit que l'usufruitier, pour son propre usage ou celui de sa ferme, peut les emporter ; de la matière, à la faveur d'un bois [à brûler], il n'usera pas, s'il a d'où user du bois. Je pense cette opinion vraie ; autrement, si toute la terre a souffert cet accident, l'usufruitier enlèvera tous les arbres ; cependant, [Labéon] pense qu'il peut lui-même en couper autant de matériau [qu'il veut] pour la réparation de la ferme ; de même qu'il peut cuire de la chaux, extraire du sable ou prendre quelque chose d'autre nécessaire pour une construction. 1 - L'usufruit d'un navire ayant été légué, je pense qu'il doit être envoyé naviguer, bien qu'un risque de naufrage menace ; le fait est que le navire est apprêté pour naviguer* ».

<sup>153</sup> Cf. *supra* note 138.

<sup>154</sup> Constitution de Jovinien adressée à Aulus Secundus, Préfet du prétoire, et donnée en 364 : « *Si quelqu'un a entrepris, je ne dirai pas de ravir, mais d'aborder seulement les très saintes vierges pour s'unir en mariage, il sera frappé de la peine capitale* ».

<sup>155</sup> Constitution de Constantin et Licinius adressée à Probus et donnée en 317-323 : « *Si des esclaves fugitifs qui se rendaient chez les Barbares ont été saisis, soit ils seront mutilés en les amputant d'un pied, soit ils seront condamnés aux mines de fer, soit ils seront affectés de tout autre peine quelle qu'elle soit* ».

<sup>156</sup> Constitution de Marcianus adressée à Constantin, Préfet du prétoire, datée entre 455 et 457 : « *Personne n'osera vendre aux Barbares étrangers de quelque peuple, qui viennent en cette très sainte ville sous prétexte d'une ambassade ou sous quelque autre couleur, ou encore dans les autres cités ou places, des cuirasses, des boucliers, des flèches d'arc, des épées longues, des glaives ou des armes de quelque autre type que ce soit ; il ne leur sera vendu par quiconque au détail absolument aucun trait qui soit totalement en fer, déjà fabriqué ou non encore fabriqué. Car il est dangereux pour l'empire romain et proche d'une trahison d'équiper en traits les Barbares, de façon à les rendre plus vaillants et qu'il convient d'affaiblir. Si quelqu'un avait vendu quelque type d'armes à des Barbares étrangers de quelque peuple que ce soit à l'encontre du respect dû à notre interdiction et où que ce soit, nous commandons que la totalité de ses biens soit adjugée au fisc et que lui-même subira aussi la peine capitale* ».

<sup>157</sup> La référence donnée dans le texte n'est pas la bonne. Il s'agit d'une autre constitution qui est non le deuxième texte proposé par le Code, mais le quatrième, qui comporte bien le terme indiqué.

Constitution d'Honorius et Théodose adressée à Anthemius, Préfet du prétoire, et donnée en 408 ou 409 : « *Il faut que les marchands, tant dans notre empire que sujets du roi des Perses, pratiquent le moins possible les marchés au-delà de ces places dans lesquelles cela nous convient dans le temps d'une alliance avec une peuplade fameuse, afin que les royaumes étrangers (ce qui ne convient pas) ne recherchent des choses secrètes. En conséquence, à l'avenir, nul sujet en notre empire n'osera acheter au-delà de Nisibe (ville de Mésopotamie), du Callicinus (colline de Thessalie) et d'Artaxata (capitale de l'Arménie), et ne jugera bon d'échanger des marchandises avec la Perse en dehors des cités rappelées. Les deux sauront, celui qui contracte et les marchandises qui ont été achetées, ou vendues, en dehors de ces places, seront réclamées par notre trésor impérial et, outre la perte du prix qui a été compté, ou échangé, de ces biens, il devra subir une peine d'exil perpétuel. Ne manquera pas contre les juges et leurs appariteurs, pour chaque contrat qui aura été traité en dehors de ces places rappelées, une condamnation à trente livres d'or, par la route desquels un Romain, ou un Perse, est passé pour aller vers des places marchandes interdites. Bien sûr, en ont été exceptés ceux qui, compagnons des ambassadeurs perses, à quelque époque que ce soit, pour être envoyés à notre clémence, ont fait route et pris des marchandises pour les échanger ; nous ne leur refusons pas la faculté de faire le marchand en dehors des places précitées, par considération d'humanité et de l'ambassade, à condition qu'ils ne demeurent pas plus longtemps dans une province quelconque sous prétexte d'une ambassade et qu'ils n'accompagnent pas le retour d'un ambassadeur vers ce qui leur est propre. En effet, on poursuivra par la peine de cette constitution ceux qui s'adonnent au commerce, non injustement en même temps que ceux avec lesquels ils ont contracté ou demeuré* ».

<sup>158</sup> Il faut savoir qu'en latin, pour signifier vendre, deux expressions peuvent être utilisées, soit *vendere*, soit *venum dare*, qui signifie plus précisément « mettre en vente », ou « donner à vendre ».

Mais je l'accorde, cela a cessé, je dis que les parties opposées avaient été immédiatement obligées de montrer ces dites marchandises en présence du juge, ou d'un autre officier public, afin qu'une fraude ne puisse être commise, mais ces biens qu'on avait apportés ici n'auraient pas été montrés en leur présence, autrement quelqu'un aurait dérobé facilement le navire avec ses marchandises, aurait lui-même mis à la place des biens interdits et dit les avoir trouvées ici, et il aurait prouvé cela avec les complices de l'infraction ; en faveur de quoi j'allègue la conclusion particulière de Balde sur la Nouvelle placée sous CJ. 4, 12, 4<sup>159</sup>, où Balde dit (7) que, dans le cas où il a été permis à quelqu'un de capturer les biens d'un autre à raison de représailles, les biens saisis doivent être consignés et présentés au juge, afin qu'un vol, ou une fraude, ne soit pas commis sur ces biens, ou bien que l'inventaire de ces biens soit fait en présence des personnes publiques de bonne foi ; si l'on fait cela autrement, on dit que c'est en fraude et l'on pourra faire un serment contre lui dans le procès, à moins qu'il ne les ait immédiatement présentés au juge et consignés dès qu'il le pouvait ; et encore, la loi d'Henri IV faite à Tolède en 1472, demande 27, dispose expressément (8) que celui qui a saisi des biens interdits qui étaient transportés en dehors du royaume, doit les présenter dans les vingt-quatre heures au juge [585] du lieu le plus proche, afin que cesse la fraude ; joue ce qui est relevé dans D. 47, 2, 7<sup>160</sup>, D. 42, 8, 1<sup>161</sup>, D. 48, 5, 26<sup>162</sup> et CJ. 3, 23, 1<sup>163</sup>. De même, parce que « les parties adverses ne sont pas des parties en mesure de réclamer ces biens »<sup>164</sup>, (9) parce que la peine fixée contre ceux qui apportent des armes aux ennemis est la peine capitale et que les biens sont confisqués par le trésor, [voir] CJ. 4, 41, 2<sup>165</sup>, CJ. 4, 63, 4<sup>166</sup>, D. 39, 4, 11<sup>167</sup> et ladite loi 22 des *Siete Partidas*, Partida 5, qui dit que les biens appartiennent au

<sup>159</sup> Extrait de la Nouvelle LII, chap. 1 : « Mais de façon absolue, celui qui réclame une chose pour une autre suivant la forme du gage, rendra la totalité elle-même quelle qu'elle soit, au quadruple en souffrant une violence et aussi, il tombera sous les coups de l'action à la faveur de laquelle il présumait de telles choses ».

<sup>160</sup> Extrait du livre XLI *Sur Sabinus* d'Ulpien : « Si quelqu'un, lors de sa servitude, a commis un vol et qu'affranchi, il est arrêté, voyons si le vol est manifeste. Et Pomponius dit, dans le livre XIX Repris de Sabinus, qu'il ne peut être cité en justice avec l'action de [vol] manifeste (manifesti), parce que l'origine du vol commis lors de la servitude n'était pas [celle d'un vol] manifeste. 1 - De même, Pomponius a finement écrit qu'avec l'arrestation, un voleur peut devenir manifeste ; du reste, si, alors qu'envers toi, j'ai commis le vol de ta maison, tu t'es caché pour que je ne te tue pas, même si tu as vu qu'un vol se faisait, cependant, il n'est pas manifeste. 2 - Mais Celsus, à l'arrestation, ajoute ceci aussi, si, alors que tu as vu celui qui volait et que, pour l'arrêter, tu accourais, en abandonnant le vol, il s'est enfui, il est un voleur manifeste. 3 - Il pense qu'il importe peu que le propriétaire, un voisin ou qui que ce soit qui passe l'arrête ».

<sup>161</sup> Extrait du livre LXVI *Sur l'Édit du prêteur* d'Ulpien : « Le prêteur dit : "Ce qui aura été fait avec celui qui n'a pas ignoré la fraude, quant à cela, au curateur des biens ou à celui auquel, quant à cette affaire, il faudra accorder une action, dans l'année dans laquelle il y avait le pouvoir de faire valoir en justice son droit, j'accorderai une action. Cela aussi, contre celui qui a commis la fraude, je l'observerai". 1 - De façon nécessaire, le prêteur a proposé cet Édit dans lequel il a avisé des créanciers en rappelant tout ce qui, en fraude de ceux-ci, a été aliéné. 2 - Le prêteur, en conséquence, dit : "Ce qui, à raison d'une fraude, aura été fait" ; ces termes sont généraux et contiennent en eux absolument toute aliénation ou quelque contrat que ce soit fait en fraude. En conséquence, tout ce qui, à raison d'une fraude, a été fait, avec ces termes, est considéré être rappelé, quoique cela ait été ; car ces termes ont une grande portée. En conséquence, que le bien ait été aliéné ou qu'avec une acceptilation ou un pacte, il ait libéré quelqu'un ».

<sup>162</sup> Extrait du livre II sur la *Loi Julia des adultères* d'Ulpien : « Dans le chapitre V de la *Loi Julia*, il est disposé ainsi qu'au mari, il est permis de retenir l'homme adultère surpris avec son épouse, qu'il n'a pas voulu ou qu'il n'est pas permis de tuer, pas plus de vingt heures continues du jour et de la nuit, pour qu'elle atteste de cette affaire sans fraude selon son droit. 1 - Pour ma part, je pense que, pour le père, il faut aussi observer ce qui a été dit pour le mari. 2 - Mais, si, dans sa demeure, le mari ne l'a pas appréhendé, il pourra le retenir. 3 - Mais, une fois relâché, l'homme adultère ne peut être ramené. 4 - Qu'en est-il, en conséquence, s'il s'est évadé, une fois ramené, pourra-t-il être gardé pendant vingt heures ? Et je penserai ici qu'il faut plutôt dire que celui qui a été ramené peut être retenu pour témoigner de l'affaire. 5 - Ce qui est ajouté, [savoir] "pour témoigner de cette affaire", regarde le fait qu'il amène des témoins qui seront en témoignage pour l'accusateur, [pour dire] que l'accusé a été appréhendé lors de l'adultère ».

<sup>163</sup> Constitution d'Arcadius et Honorius adressée à Florus, Préfet du prétoire, et donnée en 397 : « Si quelqu'un d'une curie, de l'office des juges ou soumis à d'autres corporations, a été arrêté dans la province loin de ceux qu'il fuit, sans attendre la prise de connaissance de son juge lui-même, sous lequel il avait commencé à servir par intrigue, une fois entièrement ôtée la prescription de l'honneur médié, il sera entendu par le juge qui est arrivé dans les lieux ; convaincu par la preuve de choses manifestes, il sera agrégé à la société de ceux dont il s'était détourné ».

<sup>164</sup> Le passage est en espagnol ancien.

<sup>165</sup> Cf. *supra* note 156.

<sup>166</sup> Cf. *supra* note 157.

<sup>167</sup> Cf. *supra* note 148.

trésor « et le corps à la merci du roi »<sup>168</sup>. C'est la même chose en droit canonique pour les biens et celui qui les apporte est esclave de celui qui le capture, Décrétale V, vi, 6<sup>169</sup> et 17<sup>170</sup>. (10) De même, parce que cette exception, [à savoir] que les biens appartiennent au trésor, ne peut jamais être opposée par quelqu'un, si ce n'est après une sentence portée en faveur du trésor ; relevez les textes de D. 10, 2, 18<sup>171</sup>, D. 6, 3, 2<sup>172</sup> et la glose sur D. 28, 6, 18<sup>173</sup>, Bartole sur ledit texte de D.

<sup>168</sup> La phrase est en espagnol ancien.

<sup>169</sup> Décrétale d'Alexandre III prise du concile de Latran III (1179) : *Une cruelle cupidité a occupé les âmes de certains, d'une façon telle qu'ils se font gloire du nom chrétien, apportent aux Sarrasins du fer, des bois pour les galères et qu'ils deviennent pareils, ou supérieurs à ces derniers en malice, cependant qu'ils leur procurent des rames et les choses nécessaires pour combattre les Chrétiens. Il y en a aussi qui pratiquent à la faveur de leur cupidité la direction et le soin de la conduite sur les galions et les vaisseaux pirates des Sarrasins. Nous estimons de telles personnes en dehors de la communion de l'Eglise, que les précités, sujets à une excommunication, sont châtiés par les princes catholiques et les consuls des cités de la privation de leurs biens et qu'ils deviendront esclaves de ceux qui les capturent. Nous prescrivons aussi qu'une excommunication pleine et solennelle sera portée contre eux par les églises des villes maritimes ».*

<sup>170</sup> Décrétale d'Innocent III dans le concile général de Latran IV (1215) : *« Pour libérer la Terre sainte : Nous excommunions en outre et nous jetons l'anathème sur ces faux et impies Chrétiens qui, contre Christ lui-même et contre le peuple chrétien, apportent aux Sarrasins des armes, du fer et des cordages de galions, ceux qui leur vendent des galions ou des vaisseaux et ceux qui pratiquent le soin de la direction sur les vaisseaux pirates sarrasins, ou qui leur donnent quelque conseil sur d'autres machines quelles qu'elles soient ou une aide aux dépens de la Terre sainte ; et ceux-là mêmes seront punis de la privation de leurs biens et seront censés devenir les esclaves de ceux qui les ont capturés, commandant que soit publiquement renouvelée une sentence de ce type à travers toutes les villes maritimes les dimanches et jours de fête. Et le secours de l'Eglise ne sera pas ouvert à des tels gens, à moins qu'ils n'aient fait passer en même quantité au secours de la Terre sainte tout ce qu'ils avaient reçu à partir d'un commerce si condamnable, afin qu'ils soient punis par un jugement équitable pour ce sur quoi ils ont commis l'infraction. S'ils sont d'aventure insolubles, un autre reproche de telles choses sera puni, parce que, pour la peine de ceux-ci mêmes, il sera interdit à d'autres de les présumer d'une audace semblable ».*

<sup>171</sup> Extrait du livre XIX *Sur l'Édit du préteur d'Ulpien* : *« Conséquemment à cela, Julianus dit : si l'esclave, de l'un de plusieurs héritiers a, de façon générale, été légué à travers un choix, que les héritiers disent que Stichus a falsifié ou détruit les tablettes testamentaires et qu'à cause de cela, ils ont annoncé que l'esclave ne serait pas choisi, qu'ensuite, ayant été choisi, il serait réclamé, ils pourront, si, par eux, il est réclamé, de l'exception de dol, user et, quant à l'esclave, obtenir la question. 1 - Mais il est demandé si, dans l'action de partage de succession, quant à la mort du testateur, la mort de son épouse ou de ses enfants, les héritiers disposeront de la question. Et, à très bon droit, Pomponius dit que cela ne regarde pas le partage des biens héréditaires. 2 - De même, il demande, quand quelqu'un, dans son testament, a disposé que l'esclave qui doit être exporté soit vendu, dans l'office du juge du partage de la succession, il est compris que la volonté du défunt ne périsse point. Mais, quand le testateur a ordonné que l'on fasse un monument, avec l'action de partage de succession, ils agiront en justice pour qu'il soit fait. De même, cependant, [Pomponius] suggère que, parce qu'il importe aux héritiers, que le droit au monument suive et qu'[avec une action] "avec des mots écrits en tête" (præscriptis verbis), ils peuvent faire valoir leur droit, pour que le monument soit fait. 3 - Des frais que l'un des héritiers, de bonne foi, a faits, il peut aussi obtenir les intérêts de son cohéritier à partir du jour de retard, suivant un rescrit des divins Sévère et Antonin. Celsus, finement, ajoute ceci, [à savoir que], si l'héritier ne les a pas payés pas, il a l'action de partage de succession pour que le cohéritier soit contraint de les payer, du fait qu'autrement, le créancier ne libérera pas le bien, à moins qu'en totalité, il n'ait fait satisfaction. 5 - Si un fils de famille, pour son père, s'est présenté, pour partie, comme un héritier, que, par les créanciers relatifs à son pécule, il est cité en justice, du fait qu'il s'est préparé à payer tout ce qu'il devait, par le biais de l'exception de dol, il obtiendra que, par les créanciers, lui soient confiées les actions ; mais il a aussi l'action de partage de succession contre les cohéritiers. 6 - Quand l'un des héritiers a acquitté un legs à celui qui avait été mis en possession pour conserver les legs, Papinien pense que, et cela est vrai, l'action de partage de succession, à lui contre les cohéritiers, se présente, parce qu'autrement, le légataire ne se séparera pas de la possession qu'en guise de gage, il a obtenue, que si tout le legs, envers lui, a été acquitté. 7 - Mais aussi, si quelqu'un, à Titius, a payé une dette, afin que le gage ne soit pas vendu, Neratius écrit qu'avec l'action de partage de succession, il peut faire valoir en justice son droit ».*

<sup>172</sup> Le passage en question fait suite à un autre passage. Pour en rendre le sens complet, nous reprenons le début, qui est extrait du livre XXI *Sur l'Édit du préteur de Paul* : *« 1 - Ceux qui, à perpétuité, ont pris à bail un bien-fonds pour en jouir des concitoyens des municipes, bien qu'ils n'en soient pas faits propriétaires, cependant, on a décidé que se présentait à ceux-ci une action sur le bien (in rem) contre n'importe quel possesseur, mais aussi contre les concitoyens des municipes eux-mêmes, ... », que suit notre extrait du livre XVII *Sur Sabinus d'Ulpien* : « ... ainsi cependant, s'ils acquittent la rente ».*

<sup>173</sup> Suit ici un renvoi à la glose sur une loi du Code dans un titre qui n'y trouve pas. Nous pensons qu'il s'agit d'une erreur et que le renvoi est fait à la glose sur le passage que nous avons indiqué, bien qu'il ne commence point exactement comme est indiqué dans le texte par les mot *Cum servus*, mais par *Si servus*.

Auquel cas, il s'agirait alors d'un extrait du livre XVI *Sur Sabinus d'Ulpien* : *« Si un esclave commun a été substitué à un impubère avec sa liberté, si, certes, par le père de famille, il a été racheté, il sera, pour l'impubère, un héritier nécessaire ; mais, si, par l'impubère, il a été racheté, [il ne sera] pas un héritier nécessaire, mais héritier volontaire, comme Julianus, dans le livre XXX de ses Digestes, l'écrit ; si, ni par le père, ni par l'impubère, il n'a été racheté, la raison de l'équité suggère que lui-même, en offrant le prix de sa part à son maître, puisse obtenir et sa liberté et la succession. 1 - Si, à Titius, un esclave a été légué, celui-ci, à l'impubère, peut être substitué avec sa liberté, de même qu'il a pu être institué et le legs disparaît avec la réalisation de la condition de la substitution ».*

10, 2, 18 et sur D. 44, 2, 2<sup>174</sup>. Et c'est ainsi que moi, j'en ai délibéré avec d'autres avocats, en faisant attention surtout à la qualité des personnes qui ont amené lesdites marchandises.

\* \*  
\*

---

<sup>174</sup> Extrait du livre XIII *Sur l'Édit du préteur d'Ulpian* : « Celui qui, contre l'héritier de celui qui est passé devant le fils, a agi en justice a été repoussé avec l'exception "comme si, dans cette cause, il n'y avait pas de tablettes testamentaires, de sorte que, contre ces dernières, la possession des biens puisse être accordée" ; au fils émancipé laissé de côté, la possession des biens ne sera pas injustement restituée, afin qu'il agisse en justice contre l'héritier ; ainsi, Julianus, dans le livre IV de ses *Digestes*, l'a-t-il écrit ».

## INDEX

### des personnages cités dans le texte

Alvarotto (Giacopo), note 59

Angelus / Angelo Baldi, note 18

Balde de Ubaldis / Baldo degli Baldeschi, note 15

Bartole / Bartolo de Sassoferrato, note 19

Cino Sinibaldi da Pistoia, note 72

Faber (Joannes) / Faure de Roussines (Jean), note 52

Imola (Giovanni d'), note 141

Innocent IV / Sinibaldo da Fieschi, note 116

Isernia (Andrea d'), note 58

Panormitain / Niccolò Tedeschi, note 115

Placentinus, note 51

Saliceto (Bartolomeo), note 109

Speculator / Durand (Guillaume), note 118