

***La bonne foi en droit savant médiéval :
bona fides — mala fides dans les consilia
d'Alexander Tartagnus (Imolensis)***

Alain WIJFFELS

La notion de bonne foi en droit médiéval évoque d'emblée quelques clichés où s'opposent des systèmes juridiques différents. Ainsi connaît-on une présentation contrastant le droit coutumier d'origine germanique où la bonne foi, notamment sous la forme de la «parole donnée» («*ein Mann, ein Wort*»), dominerait davantage les obligations qu'en droit savant, censé être plus formaliste. Mais même au sein de ce droit savant, il est d'usage de contraster la *rigor iuris civilis* et l'*aequitas canonica*¹, où, à nouveau, le formalisme (en l'occurrence, attribué aux romanistes) s'opposerait à l'approche des canonistes, caractérisée notamment par une attention plus prononcée pour le «for interne», c'est-à-dire la conscience, s'exprimant juridiquement souvent sous la forme de bonne foi ou de mauvaise foi². L'opposition entre un droit prétendument plus

1. L'opposition remonte aux premières générations des légistes et canonistes : cf. E. CORTESE, *La norma giuridica*, Milan, 1964, réimpr. 1995), II, p. 319 ss., pp. 336-337, n. 75. A une époque plus tardive, Balde, l'un des rares auteurs ayant rédigé des commentaires faisant autorité *in utroque iure*, exprima bien les rapports entre droit canonique et droit civil : cf. N. HORN, *Aequitas in der Lehre von Baldus*, Cologne etc., 1968, qui analyse notamment la notion de bonne foi dans le contexte des contrats, p. 62 ss.

2. Pour une analyse fouillée de ces rapports, cf. U. WOLTER, *Ius canonicum in iure civili. Studien zur Rechtsquellenlehre in der neueren Privatrechtsgeschichte*, Cologne etc., 1975.

strict et un système correcteur fondé sur des notions d'équité où la bonne foi joue un rôle important n'est d'ailleurs pas l'exclusivité du droit savant : ainsi, en droit anglais, n'a-t-on pas retenu jusqu'à nos jours que le plaideur invoquant un recours en *Equity* devra se présenter devant la justice «les mains propres» («*with clean hands*»)?³

Quoique s'inspirant initialement de la doctrine des premières générations de romanistes médiévaux, les canonistes postérieurs au Décret de Gratien développeront, en particulier dans le régime des prescriptions, une exigence de bonne foi nettement plus rigoureuse que celle des légistes⁴. Cette doctrine sera consacrée dans le c. *Quoniam omne*, promulgué sous l'égide d'Innocent III au IV^e Concile de Latran, et que l'on retrouvera dans le *Liber Extra* promulgué sous Grégoire IX (X.2.26.20) :

Quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est, synodali iudicio diffinimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio tam canonica quam civilis, quum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet, ut qui praescribit in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae.

A la fin du Sixte, la *regula iuris* 2 formulera même de manière plus générale⁵ :

3. L'opposition entre le système de Common Law et ceux de Civil Law est apparemment encore d'actualité. Ainsi, l'avant-veille de la présentation de cette contribution, un article dans le *Weekly Telegraph* (n°. 380, 4 nov. 1998) faisait état d'un couple de retraités anglais qui avaient été dépossédés de leur villa en Espagne (ayant déboursé £200.000 pour la propriété, la vente publique menée à leur insu rapporta £15.000) : «Lorenzo Ruiz Barrero, a British-based lawyer representing the couple, says a mix-up at the land registry in Spain meant their ownership was never registered. However, when the couple sued for their house to be returned, their case was thrown out because the present owners bought it in good faith, said Mr Ruiz Barrero» ; en vain, les anciens propriétaires tâchèrent d'obtenir une intervention au niveau politique : «Eryl McNally, MEP for Bedfordshire and Milton Keynes, has taken up the case but said there was little the European Parliament could do. She added : "It's a terrible story. It seems incredible that someone's home can just be sold like this, but it's a matter of Spanish *civil law*. The European Union is powerless"» (mes italiques).

4. G. LE BRAS, Ch. LEFEBVRE et J. RAMBAUD, *L'Âge classique 1140-1378. Sources et théorie du droit*, dans G. LE BRAS (dir.), *Histoire du Droit et des Institutions de l'Église en Occident*, t. VII, pp. 412-413.

5. LE BRAS et al., *op. cit.*, p. 153.

Possessor malae fidei ullo tempore non praescribit.

La portée de ces principes, qui se démarquaient du droit civil mais entendaient néanmoins, du fait qu'ils étaient justifiés *ratione peccati*, s'imposer au for séculier, fut controversée tant parmi les légistes que les canonistes. Selon la thèse de N. Vilain, qui a étudié naguère les développements des principes canoniques en matière de prescription jusqu'au XIV^e siècle⁶, ces principes furent marqués par la doctrine romaniste du 12^e siècle, selon laquelle la bonne foi constituait l'élément qui rendait la prescription acquisitive, mais qui n'était requis qu'à l'égard des prescriptions avec possession ; aussi, au lendemain de la promulgation du c. *Quoniam omne*, cette doctrine n'envisagea pas d'étendre l'application de cette disposition à toute forme de prescription. Les canonistes eux-mêmes, appliquant le critère de possession, n'auraient pas non plus (avant Johannes Andreae) entendu appliquer l'exigence du canon à toutes les prescriptions. Ce critère de possession impliquait notamment (chez les romanistes) que, pour les actions personnelles, l'effet de la prescription aurait été (sauf pour certaines catégories⁷) uniquement procédural, notamment l'extinction de l'action. Ainsi, jusqu'au milieu du XIV^e siècle, ni la doctrine du droit civil, ni celle des canonistes n'aurait exigé la bonne foi dans la prescription des actions personnelles⁸.

Dans la présente contribution, il ne sera question de tenter ne fût-ce que l'amorce d'une synthèse des doctrines touchant à la bonne foi en droit savant médiéval. A un niveau beaucoup plus élémentaire, la collection des *consilia* d'Alexander Tartagnus⁹ (que l'on a parfois pu qualifier de *Baedeker* du *ius commune* médiéval) servira à illustrer à propos de quels types de questions les notions

6. N. VILAIN, *Prescription et bonne foi. Du Décret de Gratien (1140) à Jean d'André († 1348)*, Thèse, Louvain, 1956, citée ci-après ; une version abrégée et remaniée est parue (sous le même titre) dans *Traditio*, XIV (1958), pp. 129-187.

7. VILAIN, *op. cit.*, p. 6 ss., p. 155.

8. VILAIN, *op. cit.*, p. 159 ss. ; LE BRAS et al., *op. cit.*, p. 494 ss.

9. Toutes les citations suivent l'édition : Alexander Tartagnus (Imolensis), *Consiliorum Liber [Primus-Septimus]*, Lugduni [De forti dulcedo : Compagnie des Libraires], 1585 (*modus citandi* : Cons 2:136 = Liber II, Consilium 136, avec indication de l'incipit, des pages où l'on trouvera l'ensemble du *consilium*, et du *locus* précis (no. + folio) du passage cité). Sur l'auteur et son oeuvre en général : A. SABATTANI, *De vita et operibus Alexandri Tartagni de Imola*, Milan, 1972.

de bonne foi et de mauvaise foi étaient invoquées. Il s'agit presque toujours d'une question de prescription¹⁰. Cette approche, qui a l'inconvénient d'éluider une étude des doctrines telles qu'elles avaient été développées par le droit savant jusqu'au XV^e siècle, présente d'autre part l'avantage de jeter un bref regard sur l'application de la notion de bonne foi par un juriste savant dans la pratique judiciaire¹¹.

La nature même de cette source sélectionnée explique sans doute que, dans plusieurs cas, les principes invoqués en matière de bonne foi ont une portée essentiellement procédurale : il s'agit, d'une part, de la nécessité pour le plaideur d'alléguer la bonne foi sur laquelle il se fonde ; et, d'autre part, de la preuve, plus spécialement de l'éventuelle présomption de bonne foi. A plusieurs reprises, l'auteur des *consilia* invoque le principe selon lequel la bonne foi, même lorsqu'elle pourrait être présumée, doit encore être alléguée. Ainsi, par exemple, dans une cause où, à l'occasion d'une aliénation d'un immeuble, l'acquéreur invoquait l'exemption d'une imposition, qu'il fondait sur une coutume, Tartagnus argumenta que les conditions d'une prescription libératoire de l'impôt en question n'étaient pas remplies, notamment à défaut d'un acte positif du prescrivand, dont la bonne foi devait par ailleurs être établie ; dans la foulée de son argumentation, il ajouta que, même si une telle bonne foi pouvait être présumée, il était néanmoins nécessaire de l'invoquer :

Item ad hoc, ut praescriberetur libertas, requirebatur aliquod factum dicti Iacobi, vel Marci eius patris, l. haec autem iura & in l. eos ff. de ser. urba. praed. ubi dicit Bart. quod requirebatur bona fides praescribentis circa ius quod praescribere quaerit, & idem in l. i C. de servi. & etiam Bartol. in l. qui fundum ff. quibus mod. servi. amit. Sed hic non est probatum de aliquo facto hominis interdicente. ¶ Item nedum quod sit probata bona fides, sed non est allegata : [20] nam ubicunque praesumitur bona fides, non sufficit

10. L'objet de la présente contribution n'est évidemment pas de présenter une synthèse de cette question ; on peut toujours citer la remarque désabusée de J. PETERSOHN : «Die Geschichte des Präskription im Mittelalter und ihrer Anwendung ist noch zu schreiben» (Das Präskriptionsrecht der Römischen Kirche und der Konstanzer Vertrag, dans K. HERBERS et al. (Hrg.), *Ex Ipsis Rerum Documentis. Beiträge zur Mediävistik. Festschrift für Harald Zimmermann zum 65. Geburtstag*, Sigmaringen, 1991, p. 311, n. 26).

11. On trouvera plusieurs références sur le thème abordé chez HORN, *op. cit.*, not. pp. 36-37, p. 103 ss., permettant de situer les arguments de Tartagnus dans un contexte plus général.

tamen, nisi allegetur, l. si adulterium cum incestu de adulte. in § idem Pollioni, et ita dicit Bald. in l. super longi. in iii. col. de praescript. long. temp., Angel. in l. eum qui § fin. de publi., & facit quod not. doct. in c. ii ut lite non contest. et in clem. appel. cum simi. de appel¹².

Le même argument et sa séquence d'autorités apparaissent encore dans d'autres *consilia*, en particulier, comme dans le cas précité, en renforcement d'une argumentation où l'auteur contestait la prescription invoquée¹³.

12. Cons. 2:136 (*In causa et lite vertente*), ff. 102v-104rb, nos. 19-20, f. 104r.

13. E.g. Cons. 3:69 (*In causa et lite inter Romaeum*), ff. 58ra-58vb, nos. 10-11, f. 58va : «Item posito quod etsi comes vel haeredes sui habuissent bonam fidem, tamen illa non est in processu allegata, unde succedit quod no. decedit Bal. & Ang. in l. super longi. C. de praescri. lon. temp. [11] quod licet saepe in praescribente praesumatur bona fides et titulus, et sic de singulis, tamen nunquam talis praesumpta bona fides iuvat praescribentem, nisi sit allegata, l. si adulterium cum incestu § item Pollioni ff. de adulter. et idem tenuit Ang. in l. eum qui § fin. ff. de Publiciana & Bal. in c. si quis per 30. si de feu. fue. controver. inter do. et agna. Nam bona fides consistit in animo, & est quod facti, unde nunquam praesumitur nisi allegetur, allegat no. inst. de actio. in § aliae & in l. bonae fidei ff. de acq. re. do., sed in dicto toto processu non reperitur quod sit allegata bona fides, ergo &c.» ; Cons. 6:177 (*In causa et lite inter magistrum Iacobum*), ff. 98rb-99vb, nos. 13-14, f. 99va : «Item non est allegata bona fides qua nulla praescriptio causari potest, c. fin. de praescrip. & in regula, possessor, & licet alias dicamus [14] quod ex titulo vel alia quavis de causa bona fides praesumatur ; tamen semper debet allegari, alias non opitulatur exceptio praescriptionis, l. si adulterium cum incestu § idem Pollioni, de adul. per quem text. ita not. dicit Bald. in l. super longi. in ver. illud autem tene fixum cordi, &c. de praescri. lon. temp. & Ang. in l. eum qui § fin. ff. de publicia. facit quod no. in cle. i appellanti. de ap. & in c. i ut lit. non cont.» ; Cons. 7:57 (*In causa & lite vertente inter Magnificum*), ff. 42va-44rb, nos. 4-5, f. 43ra : «¶ Nec dicatur quod testes probant quod princeps seu agentes pro eo tenuerunt pro suis et tanquam suis quadraginta annis, & ultra, & sic dicatur probare de utili dominio acquisito ex praescriptione tanti temporis, iuxta no. per Inn. in d. c. cum causam, & per alios, in locis supra allegatis ; quia respondeo quod illi de Marocellis non sunt illi qui praescripserunt ; & si dicatur, quod princeps praescripsit, respondetur quod princeps non allegat se praescripsisse, nam etiam si essemus in casu quo praesumeretur [5] bona fides, quae requiritur in praescriptione, c. vigilantia, & c. si diligenti, & ibi plene no. in c. fi. de praescrip. tamen debet allegari, l. si adulterium cum incestu § idem Pollioni ff. de adulte. & no. doc. maxime Ang. in l. super longi. C. de praescrip. long. temp. & in l. eum qui § fi. ff. de publi. & Sal. in c. si quis per triginta

Ces passages mentionnent que la bonne foi peut être présumée¹⁴. Dans plusieurs cas, Tartagnus indique sur quels éléments la présomption est fondée : ainsi, la présomption de bonne foi peut être inférée d'un titre, de la période écoulée, ou encore d'un usage durant le délai de prescription.

La présomption de bonne foi à partir d'un titre peut paraître surprenante : à l'origine, le titre et la bonne foi sont en effet des éléments complémentaires de la prescription¹⁵. En introduisant une telle présomption, un lien de causalité entre le titre et la bonne foi est créé. Dans la plupart des cas, cette présomption ne constitue qu'un *obiter dictum* et n'est guère élaborée¹⁶. Cependant, pour une

in tit. si de feud. fuer. contro. inter do. & agna., & quia pendet ab animo in hoc debet stari dicto praescribentis, c. si vero de senten. excom. c. pastoralis de excep. no. in c. praesentium de testi. in antiquis, & in § alie. Insti. de acti.».

14. V. également : Baldus Ubaldus, *Consilia* [Venetiis, 1575, réimpr. Turin, 1970], V, Cons. 20, no. 4, f. 6v.

15. VILAIN, *op. cit.*, p. 123 ss., p. 161.

16. V. notamment Cons. 2:94 (In causa & lite coram arbitris inter Cechum), ff. 72va-73rb, no. 10, f. 73ra : «¶ Et in simili dicunt doc. [10] quod licet alias ex titulo possidentis praesumatur bona fides l. pe. cum si. C. de evictio., illud est verum si talis bona fides allegetur, alias secus, ita dixit Bal. in c. si quis per triginta, Si de feud. fue. contro. inter do. & ag., Bald. & Ange. in l. super longi. C. de praescrip. long. tempo. & Ang. in l. eum qui § fin. ff. de pub.» ; Cons. 7:24 (Circa processum inter dominam Claram), ff. 18vb-19ra. no. 16, f. 19va : «...ergo sine dubio [16] videtur tutus reus exceptione dictae praescriptionis l. super longi. C. de praescript. longi. tempo. l. sicut & l. omnes C. de praescript. 30 anno. iuncta l. Pomponius § cum quis, cum sequentibus, ff. de acqu. possess. & propter titulum presumitur bona fides, ut per Bal. in d. l. proprietatis & Ang. in l. penul. ff. de consi. insti. & in l. atque natura § cum me absente, de neg. gest. & Ioan. de Imol. & d. Abb. d. c. veniens & Ioan. de Imo. in l. 2 § idem Labeo ff. de aqua plu. arcen., sed non sumus in casu l. pe. C. de evictio. & plene no. per doc. in d. l. super longi. & in l. Celsus ff. de usuc. & in dicto c. si diligenti, & etiam praesumitur ex possessione longi temporis, ut no. Inno. & alii post eum in ca. 2 de restit. in integ. & Archidia. in c. i de praescrip. in 6 & Ioan. Andr. in addi. Specu. in titu. de teste § nunc videndum, in prima additione magna, versicu., item ponunt, & Ang. in l. pen. C. quibus non obstat longi temp. praescrip. & Anto. de But. in c. cum ecclesia in ulti. colum. de cau. pos., Abb. in praeallegato c. si diligenti per l. 3 § si servus ff. de acquir. posses.» ; Cons. 7:137 (Viso processu accusationum super damnis datis), ff. 97rb-97va, no. 1, f. 97rb : «[1] actio legis Aquiliae quae pro damno dato competit, conceditur illi qui est vel dominus rei in qua damnum datum est,

question d'usucapion (suite à une vente — toutefois contestée — d'une chaudière, en l'occurrence envisagée comme un meuble), l'argument est quelque peu plus développé, sans doute parce que, s'attaquant à la validité du titre, la partie adverse semble avoir opposé la mauvaise foi de l'acquéreur à l'usucapion¹⁷. D'autre part,

vel quasi dominus seu bonae fidei possessor cum titulo, l. item Mela § legis & § sed etsi servus bona fide & l. si dominus servum, ad l. Aquil. Sed de titulo dicti Dyni [*le demandeur*] ut dicto nemore est probatum per instrumentum emptionis factae per Dylum predictum a Stephanino quondam Perini de Pelatis de Placentia, ex quo titulo praesumitur bona fides, l. pen. C. de evic.».

17. Cons. 2:134 (In causa & lite inter Albertinum de [M]inardis), ff. 101vb-102va, no. 14-16, f. 102rb : «¶ Ex quibus etiam infero quod stante titulo venditionis praedictae, & possessione octo annorum continua & pacifica, prout per testamentum d. Bart. probatur, quod omnino dictus Bart. d. Albertino est potior vigore etiam usucapionis allegatae, cum res mobilis solo triennio acquiratur C. de usu. transfor. l. i Instit. de usucapi. in prin. Quod autem bona fide possederit, patet : [5] quia ex titulo praesumitur bona fides C. de evic. l. pen., plene in l. Celsus ff. de usuc., in c. si diligenti de praescriptio. & in c. i, eo tit. in vi, & Cy. & do. in l. super longi. de praescrip. longi tem. cum si. ¶ Ex qua usucapione directum dominium d. Bartholomeo quaesitum fuit, C. de pact. l. traditionibus Auth. nisi triennalis C. de bonis mater., Dyn. in c. 2 de reg. iur. in vi, Barto. & docto. in l. i ad fin. de aqua plu. arcen. & in l. fin. C. quib. ex causis ma. Quod quidem directum dominium esse debet potentius, quasi dominio quaesito dicto Albertino praesupposito quod esset probatum de titulo emptionis suae l. qua ratione § literae cum ibi not. ff. de aquiren. re. [102va] do., & quod no. in l. procuratore, maxime per Bart., ff. de procura., Cyn in l. iii C. de nova. l. mater & l. cum a matre & l. si mancipium cum sim. C. de re ven. ¶ Nec huic habet obstare, quod dicitur per dominum consulentem dicti Bart. & eius authorem fuisse in mala fide, primo, quia nullibi cum reverentia est probatum de mala fide Barth., imo contrarium praesumitur isto casu, ut dixi supra, & per consequens [16] auth. malae fidei C. de praescrip. long. temp. non vindicat sibi locum : quia illa loquitur in praescriptione rerum immobilium ; & nihil corrigit quo ad usucapionem rerum mobilium : ergo. &c. l. praecipimus C. de app. C. de test. l. sancimus, & ita in terminis istis firmat Bar. ff. de acqui. poss. l. Pomponius in prin. ¶ Facit quod bene dicitur de iure canonico, etiam haeredem & successorem, & malaefidei ex sua persona praescribere, ut no. Dy. in regula possessor lib. vi, Bart. in l. cum haeres ff. de diver. & temp. praescri. Io. de Imo in l. sequitur § haeredes de usuca. ¶ Praeterea etiam si bene consideretur tenor scripturae Ioan. Ugolini patebit ex ea, ut dici, supradictum Bartholomaeum fuisse emptorem, & non Albertinum, & per consequens non esse aliquo modo probatum saltem in formam sufficienti de aliqua mala fide dicti Bartholomaei authoris dicti Bartholi ; & sic frustra devenit ad authorem malae fidei & de praedictis patet

selon certains arguments, l'écoulement du temps en soi pourrait justifier la présomption de bonne foi¹⁸. En fait, ce principe ne peut être conçu dans des termes aussi généraux : le contexte permet souvent de constater qu'à la durée invoquée s'ajoute un autre élément, notamment un titre¹⁹, même si celui-ci peut s'avérer

ex triplici capite quorum quodlibet de per se est sufficiens iura dicti Bart. potiora esse in praesenti causa».

18. E.g. Cons. 2:151 (Viso themate suprascripto, & allegationibus), ff. 177vb-178rb, no. 7, f. 118ra : «... Sed in quaestione nostra dico quod statutum civitatis Laudensis, & statuta dicti castri erant eadem statuta : quia licet sit facta concessio dictae immunitatis, & exemptio a dicto castro, tamen propter hoc non est quin regi debeat statutis, quibus prius tegi debebat, ut paulo ante dixi et probavi. ¶ Non omitto etiam quod illa praescriptio quae in themate praesupponitur annorum quadraginta, & ultra deducto etiam tempore pupillaris aetatis habet excludere dictos agentes petitione haereditatis, quae tollitur spacio xxx. an. & in spacio longissimi temporis praesupponitur bona fides [c] eorum, qui tanto tempore possederunt, l. fi & ibi Bar. & Sal. Unde vi & in l. iii § si servus ff. de acq. pos. & no. Io. An. in addi. Specu. in titulo de teste § nunc videndum in additio. magna, in ver. item si opponunt, & Bal. in repeti. l. i in iiiii col. C. unde vi & Ant. de But. in c. cum eccle. circa ult. col. de causa poss. et proprie in repe. c. pervenit de censi. & firmant doc. in c. ii de restit. in integ. ubi etiam hoc C. quibus non obiicitur longi temporis praescriptio, Ang. in l. pe. tenet Inno. quem ibi inter alios sequitur Ioan. de Imo. & d. Abbas in c. si diligenti de praescr.» ; Cons. 6:203 (Perspectis his que in themate suprascripto), ff. 120vb-121vb, no.12, f. 121va : «...attenta diuturnitate temporis, qua fuerunt d. de Caprariis in possessione d. canalis, possent allegare [12] praescriptionem canalis, id est, soli, & praesumeretur bona fides ex longo tempore, iuxta not. per Inn. & alios in c. i de resti. in integr. & per Bar. in l. fin. C. Unde vi & in l. Celsus ff. de usu. c. & Io. A[n]d. in addi. Spe. in tit. de teste § nunc videndum in prima additione magna, versi. item opponunt. [13] Et tale ius per praescriptionem acquisitum non posset superior auferre...».

19. E.g. Cons. 7:24 (*supra*) ; Cons. 1:71 (Videretur prima consideratione dicendum), ff. 75rb-76ra, no. 1, f. 75rb : une cause féodale où, au décès de vassaux apparemment sans descendance mâle, l'investiture avait été accordée à un tiers ; plus de trente ans plus tard, les descendants des premiers vassaux, invoquant la juste ignorance de leurs droits, revendiquèrent leur fief ; dans ce *consilium*, Tartagnus argumente que malgré le titre et la bonne foi présumée du nouveau vassal (v. ci-après), les descendants peuvent introduire une *restitutio in integrum*, leur ignorance des droits de leur père et du titre constituant une "causa aequa et probabilis" permettant de concéder ce recours : «Videretur prima consideratione dicendum dictos filios adversus ultimum vasallum, nullum habere efficacem remedium, & praesertim, quia longissimo tempore, videlicet spacio anno 30. possedit et cum titulo legitime investiture, & per consequens talis possessor quemlibet agentem

inadéquat²⁰. De même, la présomption découlant de la période peut se justifier par un usage (qualifié en l'occurrence de quasi-possession)²¹.

exceptione praescriptionis repellere poterit, ut videtur casus in c. si quis per 30, in tit. si de feud. fuer. controver. inter domi. & agna., per regulam l. sicut & l. omnes & in l. si quis emptionis C. de praescr. 30 ann. ¶ Et hoc tam de iure civili quam de iure canonico, quia possessor praesumitur fuisse in bona fide, tum quia habet tit., l. pe. C. de evi. no. in c. si diligenti & in c. vigilantanti de prescr. & plene DD. in l. Celsus ff. de usu., tum quia possedit longissimo tempore ex quo praesumitur bona fides ut no. Inn. & DD. in c. 2 de resti. in integ. & Arch. in c. i. de prescrip. in 6 & Ioan. And. in addi. Spec. in titu. de teste § nunc videndum, in prima additione magna, & Ang. in l. penul. C. quib. non ob. longi. temporis praescriptio & Bart. in l. fin. C. unde vi ad fin. per illum tex. & Ant. de But. in d. cap. si diligenti».

20. Cons. 7:8 (Attentis his quae presupponuntur in themate), f. 7rb-va, nos. 2-3, f. 7va, où les droits de propriété d'un monastère sur un immeuble (des prés) étaient contestés, alors que cette institution y avait perçu pendant au moins trente ans les revenus d'un bail à ferme ; l'avis de Tartagnus concernait également l'opposabilité de cette possession à l'égard de tiers : «... Praeterea si ecclesia percepit dictam annuam praestationem virtute pensionis per quam dicitur probari possessio ecclesiae, ut not. in leg. qui universas § per colonum ff. de acqu. poss. & in l. quamvis § i, ubi per Bar., & legitur & notatur in c. cum venissent de rest. spol., & continuaverit in ea possessione saltem [2] per annos triginta, dicitur per praescriptionem acquisivisse dominium & potestatem vendicandi dicta bona etiam adversus alios quam dictos conductores, leg. si quis emptionis C. de praescr. 30 anno. c. vigilantanti de prescrip. & in cap. i eod. tit. lib. 6, concurrente bona fide ecclesiae etiam absque alio tit. ut in iuribus proxime allegatis, quae [3] bona fides praesumitur ex tanti temporis possessione, l. fi. & ibi no. Bartol. C. Unde vi l. 3 § si servus ff. de acq. pos. no. Inno in cap. 2 de resti. in integr. in glo. per monachos & Archidi. in c. i de praescr. in prima additione magna. ver. Item exponunt & Ant. de But. in capi. cum ecclesia, circa ulti. col. de causa pos. Sal in d. l. fin. & Io. de Imo. in d. c. 2 de resti. in integ. & do. Ab. in c. si diligenti, de praescr. Bene facit quod not. Bar. ff. de usucap. l. Celsus circa. pen. colu. in ver. sed qualiter probabitur, dicitur ostensum & Anto. de Bu. in d. si diligenti, dum allegant d. l. fin. C. unde vi, dicentes quod bona fides praesumitur in quolibet possidente, nisi alius antiquior possessor appareat per dictam l. final. quanto fortius ergo dicendum est ecclesiam praescripsisse in casu nostro, cum praesupponatur quod ab anno 1394 quo celebratum est dictum instrumentum & citra, ecclesia annuatim percepit dictam pensionem. Bene faciunt not. per Specu. in loco superius allegato» (le dernier passage suggère donc une présomption encore plus large ; pour la dernière allégation, le passage précité est bien sûr tronqué dans l'édition : cf. la séquence correspondante aux notes précédentes).

21. Cons. 6:78 (Videretur prima consideratione), ff. 34vb-35vb, nos. 12-13,

Une tendance à élargir les principes canoniques à toute prescription, y compris celles portant sur des droits incorporels et des actions personnelles, apparaît clairement dans plusieurs *consilia*. D'une part, cette extension pouvait se justifier par la notion même de possession (ou quasi-possession), dont le champ d'application était, dans la doctrine et pratique du *ius commune* à la fin du moyen âge, extrêmement varié, mais également par la *ratio* de la norme canonique. Ainsi, dans de tels cas, il est affirmé que, lorsqu'intervient une mauvaise foi, celle-ci fait obstacle à la prescription²². Parmi les cas de droits incorporels, où la (quasi)

f. 35va (sur des d'impôts levés par une municipalité sur les biens appartenant à ses sujets, même pour des biens situés en dehors du territoire de cette municipalité ; l'impôt ne peut toutefois être levé si le sujet paye déjà l'impôt à l'autorité du *locus rei sitae* ; la prescription ou "coutume" invoquée dans cette affaire concerne le *ius collectandi*) : «... nam non est contra ius commune, quod commune Tauxignani possit collectare subditos suos etiam pro bonis alibi positis, ut supra probavi ; quinimo dato quod esset contra ius commune, tamen per hoc non impediretur praescribere commune Tauxignani contra commune Casalis ; quia ius commune non erat pro ipso communi Casalis, contra quod tenebat praescriptio ; quia commune Casalis in ipsos homines suppositos alienae iurisdictioni non habebat ius collectandi, ut est ostensum, & hoc probatur ex notatis per gl. communiter approbatam d. c. i de praes. in 6 in gl. mag. in versi conclude ergo, &c., dum dicit quod quando una ecclesia petit decimas ab ecclesia, quas possidet in tertia parochia, quod ibi sufficiat praescribenti bonam fidem probare ; quia licet ius commune faciat contra praescribentem, non tamen facit pro petente. Bona fides [13] autem praesumitur ex usu, & quasi possessione iuris exigendi collectas per longum tempus 10. vel. 20. annorum, ut no. Inn. & alli in c. 2 in glo. per monachos, de rest. in integr. per l. 3 § si servus. ff. de acqui. poss. & not. Arch. in d. c. i de praescr. in 6, & Io. And. in add. Spec. in tit. de teste § nunc videndum in prima additione magna in ver. item opponunt & Ange. in l. pe. C. quibus non obst. lon. temp. praescri. Et sic sine dubio constat, quod quantum ad homines suppositos iurisdictioni Tauxignani habentes bona in dictis villis commune Tauxignani, non autem commune Casalis potest collectare».

22. E.g. Cons. 2:213 (Viso et opportune discusso processu), ff. 166vb-167vb, en matière d'actions personnelles ; parmi les arguments cités à l'encontre de la partie dont Tartagnus soutiendra la cause, il cite l'exception de prescription, même à défaut de titre : «...¶ Et licet non appareat de aliquo titulo Rochi & successoris : tamen non est necessarius ti. ad prescriptionem xxx annorum de iure canonico quando ius commune non resistebat possidenti seu praescribenti c. i de praescr. in vi, & plene no. in c. si diligenti e. tit. in antiquis. ¶ [2] Et licet sit necessaria bona fides &c. in praescriptione actionum secundum veram sententiam, iuxta ea quae plene leguntur &

possession semble admise et, partant, l'applicabilité des conditions canoniques²³, on citera celui où la « possession » invoquée d'un aqueduc (destiné à alimenter un moulin situé sur un terrain inférieur) aurait constitué l'acquisition d'une servitude ; le principe d'une telle acquisition, sans titre, mais justifiée par l'usage et la bonne foi, semble admis, même si, dans le cas envisagé, Tartagnus estime qu'en l'occurrence, une erreur de droit²⁴ n'autorise pas

notantur c. fi. de praescr. & in regula, possessor, & per legistas, l. sequitur § si viam ff. de usucap. & in l. i C. de servi. ¶ Tamen ista bona fides videtur presumenda in casu isto propter possessionem longi & longissimi temporis, ut no. Inn. & alii in c. i de in integr. restit. per l. 3 § si servus ff. de acquiren. pos. & not. Arch. in c. 2 de praescr. in vi. & Ioan. And. in addi. Spe. in titu. de [167ra] teste § nunc videndum in prim. addi. magna. in versi. item opponunt & Ang. in l. 2 C. Quibus non ob. long. temp. praescr. & in l. eum qui § fi. ff. de pu. & An. de But. in c. cum ecclesia circa ulti. colum. de cau. pos. & do. Ab. Modernus in d. c. si diligenti & dixit Bart. in l. fi. C. unde vi per illum tex. quod mala fides non potest contra prescribentem opponi nisi a vetere possessore, & nisi intra xxx annos, & per Bar. etiam in l. Celsus ff. de usucap.» (nos. 1-2, f. 166vb) ; pourtant, Tartagnus conçoit les circonstances de l'affaire de telle manière à exclure, en raison de mala fides, la prescription : « Impeditus fuit etiam Rochus tempore suae vitae praescriptionem inchoare : quia partem dictarum rerum emit pro dimidia nomine suo, pro alia dimidia nomine Blondi & Rentii, ut in dictis duob. instrumentis apud acta productis continetur, ex quo apparet quod intentio fuit acquirere Rentio & Blondo pro dictis partibus & non sibi, quocumque Blondus & Rentius seu eorum haeredes haberent ratum, l. si ego ff. de neg. gest. & plene in l. qui mihi donatum & haeres possit ratum habere l. si sine § si procurator ff. ra. ha., no. Dy. in d. c. ratum de re. iu. li. vi. & Bal. in l. bonorum ff. rem ra. ha. Et sic cum mala fide Rochi non poterit Rochus inchoare praescriptionem, ut in regula possessor. ¶ Praesumeretur etiam quod Rochus fuerit in mala fide contra titulum quem habebat Blondus in dictis rebus alias acquisitis pro dimidia : quia coniunctus praesumitur scire facta coniunctorum vel vicinorum ff. unde cog. l. octavi l. de tutela cum ibi no. per Bart. post gl. C. de in integ. resti. & per Bar. in l. de aetate in 2. q. princ. ff. de min. & per Bar. & doc. in c. literis de praesum., praesertim cum familiariter simule haberent ut confitentur rei conventi in positionibus suis ad hoc c. quosdam c. quanto de praesum. & Bar. in d. l. i & in l. si cui § iisdem ff. de accusa. is potest ff. de acqui. haere.» (*ibidem*, no. 11, f. 167rb).

23. V. également ci-dessus, Cons. 6:78 (à propos d'un *ius collectandi* et de sa prétendue exemption).

24. Sur la question du rapport entre erreur de droit et bonne foi, v. not. Cons. 4:120 (une telle erreur peut le cas échéant être à la base d'une possession de bonne foi, mais s'il s'agit d'un contrat contraire au droit (ainsi : une convention d'usure, expressément interdite par le droit), « talis

l'acquisition prescriptive²⁵. Les arguments concernant la prescription des actions personnelles reflètent sans doute encore les controverses doctrinales à ce sujet, même si Tartagnus affirme que la *communis opinio* est acquise pour l'applicabilité des principes canoniques. Une première cause où apparaît l'argument concernait une dette de moindre valeur — on a même l'impression que Tartagnus, dont on connaît l'intérêt pour la pratique judiciaire qui rapportait gros²⁶, s'irrite de devoir rédiger un avis pour une cause pécuniairement aussi triviale — *de minimis non curat consulens*²⁷. Néanmoins, l'application du canon X.2.26.20 y est affirmée et justifiée, quant aux autorités, par l'opinion (la plus) commune des

error iuris non inducit bonam fidem») ; Cons. 6:54 (cas d'un contrat simulé, notamment une vente avec rachat immédiat à un prix inférieur : *la mala fides* est ici présumée, l'éventuelle erreur de droit n'est pas constitutive d'un état de bonne foi).

25. Cons. 1:142 (Consideratis diligenter, quae in themate), ff. 143vb-144vb, no. 1, f. 144ra : «¶ Et Primo, quia per usum & quasi possessionem decem annorum acquiritur ius servitutis, etiam absque titulo bona fide interveniente, l. si quis diuturno ff. si serv. vend. l. 2 cum ibi no. C. de servitu. & aqua l. 1 § pe. ff. de iti. actuque priva. l. i in fi. ff. de aqua pluvi. arc. ¶ Sed in facto praesupponitur, antequam dictum superius molendinum destructum esset, aqua longo tempore deducta est per praedium, praedicto Titio obventum in partem ad dictum inferius molendinum ; ergo dicto inferiori molendino acquisita fuit servitus aquae ducendae, & praesumitur bona fides ex usu tam longi temporis, ut no. Inn. in c. 2 de resti. in inte. & Ioan. And. in addi. Spe. in titu. de teste § tunc videndum in i addi. magna in 3 colum., per l. 3 § si servus de acqu. poss. & not. argu. in l. penul. C. quib. non obst. lon. temp. praescr. & Anto. de Butr. in repet. c. pervenit de censi. & Arch. in cap. i de praescrip. in 6 & not. Moder. in cap. si diligenti & in c. fi. de praescr. facit quod no. Bart. in l. fi. ad fin. C. unde vi per illum text.» ; cette solution est in casu écartée à défaut d'une juste cause : «...sed hic iusta & probabilis causa putandi sibi servitatem aquaeductus competere non constat, ergo &c., nec sufficeret si allegaretur, quod ex eo, quod ipsis extantibus in communione aqua transivit per locum illum diuturno tempore, & habuit Seius iustam causam putandi sibi ius servitutis quasi praescriptae competere, quia prout patet superius, dico, quod talis allegata causa non esset probabilis, quia esset fundata in iuris errore, quia in talibus non patrocinator in favorem certantis de lucro, l. eum, qui in princip. & lege, si fur, § primo ff. de usucapio. & keg. iuris & l. error ff. de iuris & facti ignor.» (*ibidem*, no. 3, f. 144rb).

26. F.K. VON SAVIGNY, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, réimpr. Aalen, 1986, VI, p. 229.

27. Cons. 3:34 (Viso processum inter Cechum), f. 37ra-va : «...cum lis sit de paupere regno».

docteurs (malgré l'opinion plus restrictive attribuée à Bartole), et quant à la *ratio*, par la préoccupation du salut de l'âme, qui inspira la disposition canonique et se vérifie également au for civil²⁸. Une argumentation analogue, mais plus élaborée, se retrouve dans un *consilium* qui, débutant comme souvent par les arguments *contra*, présente initialement la thèse opposée, ainsi que l'interprétation restrictive de Bartole :

... ¶ Plus videtur quod nedum haeredes Callimachi, sed etiam Callimachus [*le débiteur prédécédé, dont les héritiers procèdent*] potuerit praescribere seu praescriptionem inchoare ipso vivente, quum in praescriptione actionum personalium non curatur de mala fide praescribentis, sed de sola negligentia non petentis, ut probatur in l. sequitur § si viam ff. de usucapio. iunct. l. si quis diuturno ff. si servi. ven. & l. si servi amit., nec per iura canonica in c. fi. de praes. & in c. possessor de reg. iu. in 6, & correcta reperiuntur in

28. Cons. 3:34, no. 1, f. 37ra : «...in primis opponitur contra instrumentum petitionis exceptio praescriptionis ; illa proculdubio non habet obstare, tum quia etiam inspecta dispositione iuris civilis requireretur lapsus temporis annorum xxx. l. sicut & l. omnes C. de praescr. xxx annorum, qui nondum decursi sunt, cum debitum fuerit creatum de anno 1434, [1] tum quia de iure Canonico ille, qui est in mala fide, prout est iste debitor, nullo tempore praescribit c. fi de praescr. & in regula possessor lib. vi, reprobata opi. Bar. quae communiter damnatur, qui tenebat de iure Canonico in praescriptionibus actionum, & sic iurium incorporalium, non sint correctae iura civilia, ut volunt ipsi in l. sequitur § si viam ff. de usuc. & in l. fi. ff. quemdad. servi. amitta. & in l. haec autem iura ff. de servi. urba. praed. & in l. ait praetor § plane ff. quib. ex cau. maio., quae opi. communiter ab omnibus damnatur per plura, & maxime per tex. in d. c. fi. in verbo, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio, tam Canonica, quam Civilis &c. ; & istam opi. firmat gl. Inn. Hosti. & communiter Docto. in d. l. fi. & gl. in d. possessor & Ange. in l. i C. de praescr. xxx anno. & Ang. & moderni in d. § si viam & Bal. in l. i C. de servi. & aqua & in auth. ad haec C. de usur. & in l. quibus § dominus ff. de condi. & demon., & in sua disputatione quae incipit, Statuto cavetur, quod foenerator, & dominus Cardinalis in c. vigilantia, de usur., & ideo recte fecit Bart. in § si viam, dicere quod se submittebat decisioni ecclesiasticae & theologorum, eo, quia canonistae & theologi contrarium te[36rb]nent, ut referunt Doc. in dicti locis. ¶ Et ista opi. servari debet nondum in foro ecclesiastico, sed etiam in seculari : quia incurreret peccatum si cum mala fide vult se exceptione praescriptionis tueri, etiam attentae dispositione iuris civilis, ut est tex. in auth. ut ecclesia Romana, circa medium, quem ad hoc allegat Ang. in d. § si viam & Ant. de But. in d. c. fi., & ubi agitur de peccato, debet servari ius Canonicum in utroque foro, ut no. gl. in d. c. possessor Bar. & alii in l. privilegia C. de sac. san. eccl. & no. Doc. in c. fi. de sol. cum si.»

hoc iura civilia ut plene per Bar. in d. § si viam & in l. haec autem iura ff. de ser. urba. praed. & in l. ait praetor § plane ff. quib. ex cau. ma. & in l. fi. ff. quemad. ser. amit.²⁹.

Néanmoins, Tartagnus rejettera dans ce litige l'exception de prescription, en insistant fortement sur l'applicabilité du c. *Quoniam omne* aux actions personnelles et au for séculier. L'extension de la règle canonique (et malgré, apparemment, l'énoncé de la règle 2 du Sexte) aux actions personnelles se justifie par une acceptation large de la notion de possesseur (hormis l'argument que le terme «res» puisse s'appliquer également aux droits et aux actions) : «videtur trahendum ad possessorem iuris, quia debitor late sumendo dicitur possidere debitum», «debitor etiam dicitur possidere etiam debitum late sumendo verbum possidere» ; en outre, la *ratio peccati* qui est à la base de la disposition canonique se vérifie tout aussi bien à l'égard des actions : «ratio quare de iure canonico malae fidei possessor impeditur praescribere est ut peccandi via tollatur... quae ratio eodem modo habet locum in praescriptione actionum». Cette même *ratio*, la *favor animae*, justifie également que l'extension de l'application s'observe non seulement au for ecclésiastique, mais aussi au for civil³⁰, où il convient d'éviter qu'un débiteur puisse se prévaloir d'une exception de prescription, alors qu'il serait de mauvaise foi : «ergo ubi agitur de peccato, tam in foro seculari quam ecclesiastico, servari debet ius canonicum»³¹. Notons enfin

29. Cons. 4:63 (Stantibus his, quae supra narrata sunt), 54vb-56vb, no. 1, f. 55ra.

30. V. déjà chez Balde, les passages cités par HORN, *op. cit.*, p. 61.

31. Cons. 4:63, nos. 7-10, f. 55rb : «Et primo non ob. exceptio praescriptionis, quia respondeo, & primo quod tempore quo vixit Callimachus, nunquam incipere potuit cursus praescriptionis, quia ipse principalis promissor erat in malafide, & per consequens in eo cessat praescriptio, etiam quo ad praescriptionem actionis personalis secundum communem opinionem, ut probatur in c. fi. de praescri. ibi, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio, tam canonica quam civilis, &c., et ibi not. ; unde oportet, ut qui praescribit in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae, &c. [8] Nam [55va] appellatione rei, etiam iura & actiones comprehenduntur, cum sit nomen generale, l. nam quod § fi. ad Treb. l. i in fi. ff. si cer. pet. & l. rei ff. de ver. sig. & declarat Bar. in l. Quintus § argento de au. & arg. leg. & est gl. hoc clare dicens in l. i & ibi no. Gui. & Bar. ff. de sta. ho. & probat tex. in l. i vers. & quidam ff. de rer. divi. ; probatur etiam haec conclusio in c. possessor de reg. iu. in 6, licet enim tex. ibi loquatur in possessore, videtur trahendum ad possessorem iuris,

quia debitor late sumendo dicitur possidere debitum, ut probatur in l. regulariter ff. de pet. haer. & in l. q. si in diem § Iulia eo. ti. & maxime, quia ubi favetur animae etiam in correctoriis sit extensio ex identitate rationis, ut not. Bart. in Auth. sacramenta C. si adver. vend., ubi vult quod dispositio illius aut. quae est correctoria, secundum gl. & DD. ibi, quae loquitur de contractib., extendatur ad quasi contractus, qui improprie dicuntur contractus, & etiam extendatur ad distractus, quia per talem intellectum, & extensionem faveatur anime. Ita debet esse in casu nostro, quia ratio quare de iure canonico malae fidei possessor impeditur praescribere est ut peccandi via tollatur, ut in d. c. fi., quae ratio eodem modo habet locum in praescriptione actionum, sicut in praescriptione rerum corporalium; pro hoc etiam facit, [9] qui ubi exprimitur ratio in l. etiam correctoria, prout exprimitur in d. c. fi., debet fieri extensio ad casum qui potest comprehendi sub lata significatione, si eadem ratio vindicat sibi locum, ut est gl. in cle. i in ver. eligatur cum ibi no. per DD. de ele. & gl. in Auth. ut is qui obligat. in verbo, ad curationem, & in Auth. minoris in ver., sic a curatione C. qui da. tutor. pos. bene faciunt no. per gl. & DD. in c. i de re. permu. in 6 in cle. i eo tit. &, est de mente Bar. in l. liberorum ver. his praemissis & ff. de verb. sig. circa fin. primae quaestionis, & de mente Bal. in l. fi. ff. de haer. insti., & clare firmat Imo. ibi & in l. si vero § de viro ff. sol. mat.; sed ratio expressa in d. c. i, ut peccandi via tollatur, habet locum etiam in praescriptione actionum cum mala fide, ut dixi, ergo debet fieri extensio ad casum nostrum, quoniam, ut dictum est, appellatione rei saltem late sumpto vocabulo veniunt iura et actiones, & debitor etiam dicitur possidere, etiam debitum late sumendo verbum [10] possidere, ut probatum est supra, & istam partem quae in hoc sint correcta iura civilia per ius canonicum, tenet gl. & Inn. & Hosti. in c. fi. & gl. Io. And. in d. c. possessor & Ang. in d. l. sequitur § si viam & in l. i C. de praescrip. 30 anno. & idem Ang. in rep. l. i C. de iud. & Bart. in l. i C. de servi. & in Auth. ad hoc C. de usur. & in l. quibus diebus § dominus ff. de cond. & demon., cum quo ibi transit Imo., qui etiam refert ita disputando tenuisse Iaco. Butr. & etiam Bal. in dispu. inci. Statuto cavetur quod foenerator, & do. Ant. Imo. & Abb. Sicu. in d. c. fi., ubi quo ad terminos quaestionis nostrae referunt hanc esse communem opi., & idem tenet do. Bar. in l. vigilanti de praescrip. & do. Pet. de Ancha. in cons. 5 inci. Viso themate & Imo. in d. § in viam referens se ita de facto consuluisse & ideo dicunt DD. in locis praeallegatis quod Bar. bene facit in d. § si viam submittere se decisioni ecclesiae & theologorum, quia canonistae & theologi communiter contra Bart. concludunt, & isto modo apud Ariminum consului, & in illo consilio longe plenius quam hic brevitatis causa, omittens postquam ita se habet communis DD. sententia. ¶ Ex his infertur circa hanc quaestionem praedicta servanda esse nedum in foro ecclesiastico, sed etiam in foro seculari, quia cum peccatum incurrat debitor, qui cum mala fide vult se exceptione prescriptionis tueri, etiam attempta dispositione iuris civilis, ut est text. in Auth. ut ecclesia Roman., circa me., quem ad hoc alle. Ang. in d. § si viam & do. Anto. in d. c. fi., ergo ubi agitur de peccato, tam in foro seculari quam ecclesiastico, servari debet ius

que la pratique témoigne de cette extension du champ d'application des principes canoniques³².

Les principes évoqués ci-dessus se retrouvent dans une série de causes où se posait en outre la question des effets d'un transfert du bien ou des droits à l'égard desquels une prescription était invoquée, en particulier dans des cas de transmission pour cause de mort. La mauvaise foi de celui dont on a acquis le droit litigieux porte-t-elle préjudice à ses successeurs (et notamment lorsque ceux-ci sont de bonne foi)? A nouveau, on constate dans les *consilia* de Tartagnus une tendance à poser le principe *mala fides defuncti non nocet [haeredi]* dans la première partie de son avis, c'est-à-dire parmi les arguments semblant («videtur») justifier l'exception de prescription ; mais dans la partie de l'avis où ces arguments sont réfutés, une argumentation plus élaborée rejette cette thèse et prône au contraire que la prescription invoquée par les successeurs sera (sous réserve de certaines restrictions à

canonicum, ut in proposito no. gl. in d. reg. possessor & Bar. & legiste in l. privilegia C. de sac. san. eccle. & DD. in d. c. fi.».

32. E.g. Cons. 7:97 (Viso processu causae vertentis coram spectabili viro Lud. Strozza), ff. 66vb-67va, où il s'agissait d'une dot impayée, ou du moins où le versement était contesté ; l'action est qualifiée d' 'actio personalis de dote seu ex stipulatu' ; cette action ne pourrait se voir opposer une exception de prescription : «Postremo [7] non obstat si dicatur quod obstat agenti exceptio praescriptionis longissimi temporis s. 30 vel 40 annorum, quia ad hoc respondeo primo quod Io., qui dotem recepit, non potuit incipere praescribere quia erat in mala fide c. fi. de praescrip. & in c. possessor de reg. iur. in sexto, nam secundum veram & communem opinionem, secundum quam persaepe consului, existens in mala fide non praescribit longissimo tempore, etiam quo ad excludendum actionem personalem, ut probatur in d. c. fin. in verbo, ut nulla &c., & hoc ibi tenet gl. Inn. & Hosti. & gl. in d. c. possessor. & Ang. in l. sequitur § si viam ff. de usucap. & in l. i. C. de praescript. 30 ann. & in repetitione l. i C. de iudi. & Bal. in l. i de serv. & aqua & in auth. ad haec. C. de usu. & Ant. de But. Io. de Imo. & do. Abb. in d. c. fin., ubi referunt quo ad terminos nostros istam esse communem opi., per plures rationes quas brevitatis causa omitto postquam a communi opinione in iudicando discedendum non est. Idem etiam tenuit Bal. in l. quibus diebus § damus ff. de cond. & demon., cum quo ibi transit Ioan. de Imo. qui etiam refert ita disputando tenuisse Ia. Bu. & etiam Bald. in sua disputatione incip. Statuto cavetur quod foenerator, idem etiam tenuit Ioan. de Imo. & Lud. Roma. in d. § si viam, & dicit ibi Io. de Imo. se ita consuluisse, idem tenet do. Car. in c. vigilanti de praescrip. & Pe. de Anch. in consi. 5 incip. Viso themate, quicquid dixerit Bart. in d. § in viam & in l. fin. ff. quemadmodum ser. amitt. & in l. haec autem iura ff. de servitut. urba. praedi. l. ait praetor § plane ff. quib. ex cau. ma.» (no. 7, f. 67rb).

mentionner ci-après) inefficace dès lors que leur prédécesseur (dans la plupart des cas envisagés : le *de cuius*) était de mauvaise foi. Plusieurs considérations sont avancées afin d'étayer cette anti-thèse : ainsi, le principe selon lequel l'héritier et le *de cuius* doivent être considérés, quant à la qualité des droits transmis, comme *eadem persona* ; ce qui s'exprime également par l'adage que l'héritier ne peut jouir d'un statut (ou « condition ») plus avantageux que le *de cuius*. Mais l'influence canonique apparaît clairement par le biais du principe selon lequel le successeur a l'obligation de « purifier » la conscience du défunt — un principe qui, semble-t-il, ne s'imposerait pas seulement au for interne ; au contraire, les *consilia* de Tartagnus affirment l'applicabilité des effets de la *mala fides defuncti* à l'égard des successeurs tant au for canonique que civil. Dans certains cas, on peut d'ailleurs établir un rapport avec la *ratio peccati* déjà évoquée dans l'extension du champ d'application des principes canoniques aux actions personnelles : ainsi, dans un *consilium* (cité ci-avant) où la justification de cette extension *ratione peccati* est affirmée avec insistance, on rencontre également une argumentation parallèle justifiant la règle « *mala fides defuncti nocet haeredi praescribere volenti* », et l'application de ce principe *in utroque foro*³³.

33. Cons. 4:63 (*cit. supra*). L'objection est formulée *in principio* : « Et primo, quia obstare videretur eidem opposita exceptio praescriptionis, maxime attento etiam quod a tempore mortis Callimachi debitoris malaefidei usque ad diem coepti iudicii transierunt anni quadraginta tres vel circa, per quem cursum omnis actio tolli consuevit, l. sicut & l. fi. C. de praescri. 30 annor. & haeredes Callimachi non praesumuntur esse in malafide, cum habeant iustam ignorantiam dictae obligationis initalae per Callimacum l. Marcellus ff. rerum amot. l. qui in alterius ff. de reg. iur. l. fi. pro suo, cap. cum quis de reg. iur. in 6. Ex quo in proposito dicit Dy. in reg. possessor. ad fi. de regu. iur. in 6 quod de aequitate canonica, quae in materia praescriptionis attendi debet, malafides defuncti non noceret haeredi existenti in bona fide & ex bona fide & ex sua persona praescribere volenti, quanquam rigor iuris civilis hoc non patiatur l. cum haeres ff. de diver. & temp. praescri. l. si haeres § patrus vers sed si haeres ff. de publi. ¶ Plus videtur quod nedum haeredes Callimachi, sed etiam Callimachus potuerit praescribere seu praescriptionem inchoare ipso vivente, quum in praescriptione actionum personalium non curatur de malafide praescribentis, sed de sola negligentia non petentis, ut probatur in l. sequitur § si viam ff. de usucapio. iunct. l. si quis diuturno ff. si servi. ven. & l. si servi amit., nec per iura canonica in c. fi. de praes. & in c. possessor de reg. iu. in 6 correcta reperiuntur in hoc iura civilia, ut plene per Bar. in d. § si viam & in l. haec autem iura ff. de ser. urba. praed. & in l. ait praetor § plane ff. quib. ex cau. ma. & in l. fi. ff. quemad. ser. amit. Praeterea videtur quod etiam solo cursu 10 annorum

Non seulement l'application extensive des principes canoniques s'imposait-elle ainsi aux légistes, mais les avis de Tartagnus permettent d'entrevoir leur autorité dans la pratique des cités où le *ius proprium* (et spécifiquement la législation locale) prévoyait parfois un régime particulier en matière de prescriptions. Par exemple, dans le Cons. 4:98 (que les éditeurs des *consilia* d'Alexander Tartagnus semblent avoir considéré comme un *locus* par excellence sur la question de la *mala fides defuncti*)³⁴, il était question d'un tel statut local. En 1422, une mère et ses quatre fils s'étaient engagés à verser certaines sommes à leur créancière ; celle-ci mourut en 1434 ; ses héritiers ne semblent avoir entamé une procédure qu'en 1462 ; les défendeurs cités étaient les héritiers de l'un des co-débiteurs, lui-même décédé en 1447, ainsi que l'un des co-débiteurs qui, en 1422, lorsque la dette fut contractée, était âgé de moins de 25 ans, tout en ayant atteint (semble-t-il) l'âge de 18 ans. Les défendeurs opposèrent des exceptions fondées sur les statuts locaux : d'une part, un texte disposant qu'un créancier qui

alimentis dotium non petitis sit prescriptum, ut ferunt aliq. consuluisse Bal. per tex. in l. cum quidam § divus ff. de usu., vel saltem postquam Sempronius tempore vitae non petiit alimenta praedicta, videtur illa remississe Callimacho. & eius haeredibus, et tex. in l. vir usuras ff. de don. inter virum». Après avoir établi qu'en l'occurrence, le défunt n'avait pu prescrire en raison de sa mauvaise foi, Tartagnus procède à réfuter l'objection précitée en affirmant la thèse contraire ; on remarquera que, malgré le recours au droit canonique quant à l'obligation de l'héritier d'«exonérer» la conscience du défunt, l'auteur fonde le principe principalement en droit civil : «¶ Hoc praesupposito quod Callimachus propter malam fidem non potuerit praescribere, videamus an eius haeredes praescribere potuerint? In quo dico quod non, [11] quia malafides defuncti nocet haeredi praescribere volenti, l. cum haeres ff. de diver. & temp. praescri. & l. si ego § partus, vers. sed haeres, ff. de publicia., & ideo dicunt Ang., Imol. & Abb. Sicu. in c. si diligenti de praescrip. quod etiam de aequitate [55vb] canonica non potest haeres debitoris malae fidei ex sua persona praescribere, quia tenetur haeres de iure canonico exonerare conscientiam defuncti, ut in c. fi. de sepul. quam aliter exonerare non potest, nisi creditori satisfaciatur. Pro ista parte allega. d. Abb. in d. c. si diligenti quod text. in d. l. cum haeres & l. sequitur § haeres ff. de usu. non reperitur correctum de iure canonico, ergo dispositioni dictarum legum est standum, tam in foro civili quam canonico, per no. in c. i. de ope. no. nun. Ad hoc etiam benefaciunt no. per Bal. in Auth. ad haec C. de usur. in vers. sed quid dicimus de haerede praescribentis, & idem videtur esse de mente Io. And. in addi. Spe. in tit. de praescri. § fi. & ex his doc. in locis praealle. damnant dictam opi. Dy. quam ponit in d. c. possessor» (*loc. cit.*, nos. 10-11, f. 55va-vb).

34. Cons. 4:98 (Videtur prima facie dicendum), ff. 79rb-80va.

resterait durant 15 ans en défaut de réclamer le paiement ne pourrait plus faire valoir ses droits après ce délai³⁵ ; d'autre part, un autre statut prévoyait qu'un mineur de 18 ans ne pouvait s'obliger contractuellement sans avoir obtenu le consentement de ses proches et une autorisation judiciaire³⁶. Tartagnus considère préalablement les arguments en faveur de ces exceptions fondées sur la législation : ces arguments sont essentiellement les autorités de droit savant qui affirment, d'une part, qu'en matière d'actions personnelles, la *mala fides* ne constitue pas un obstacle à la prescription, la négligence du créancier étant déterminante pour engendrer la prescription ; dans ce domaine, le droit civil ne serait pas corrigé pas les principes canoniques³⁷. D'autre part, Tartagnus

35. «...unde alio statuto cavetur, quod si creditor stetit per 15. ann. & debitum non petierit, ab omni suo iure sit exclusus» (la formulation générale "ab omni suo iure" semblerait indiquer que non seulement l'action, mais également la créance serait éteinte ; d'autre part, le terme "exclusus" pourrait indiquer une portée uniquement procédurale).

36. «Item cavetur statuto, quod quicumque minor habens 18 annos, etiam cum iuramento non possit contrahere & obligari sine autoritate & consensu iudicis, & propinquorum».

37. Cons. 4:98, nos. 1-2, f. 79va : «Videtur prima facie dicendum, dictos reos conventos posse exceptione praescriptionis allegata se tueri, tam de iure communi, quam municipali per lapsum ann. 32 C. de consti. pecu. & l. fin. C. de praescriptio. 30 anno. ¶ [1] Non obst. quod dictus Anto[nius] & Sagra[monus] [*deux des frères co-débiteurs, le premier étant décédé, le second étant celui qui n'avait pas atteint 25 ans au temps de l'obligation ; celui-ci et les héritiers du premier sont à présent défendeurs dans la cause intentée par les ayant-droit de la créancière, elle aussi décédée*] fuerint in mala fide & scientia per dictum tempus, quoniam in praescriptione actionum, maxime personalium, non attenditur bona fides : nec mala praescriptentis, cum bona fides non requiritur in praescriptionibus, quae non causantur ex petitione praescribentis, sed ex sola negligentia non petentis, ut probatur in l. sequitur § si viam de usucap., iuncta l. si quis diuturno ff. si serv. ven. Nec per iura canonica correcta sunt iura civilia, quia tex. in cap. fin. de praescrip. & in c. possessor de re. iu. in 6 loquuntur in praescriptione rerum corporalium, in qua requiritur possessio, sed nos loquimur in praescriptione actionum, in qua sufficit sola negligentia non petentis l. sicut C. de praescrip. 30 an. & hanc partem firmat Host. in summa de praescrip. rerum imo § quae res praescribi poss. & idem videtur sentire Inn. in c. cura. ad fi. de iure patr. & in c. quia plerique de im. eccl. & Bar. expresse in d. § si viam & in l. fin. ff. quemad ser. amit. & in l. haec autem iura C. de serv. urb. praed. & in l. ait praetor § plane ff. quib. ex cau. maio. Et ex praedictis infert Bar. in d. § si viam [2] quod si statuto cavetur, quod si creditor non petat debitum intra certum

cite les autorités affirmant que la mauvaise foi du défunt ne porte pas préjudice à l'héritier de bonne foi ; sur ce point, l'équité canonique atténuerait la position plus rigoureuse du droit civil³⁸. Ces arguments en faveur de l'exception de prescription sont toutefois rejetés. Tartagnus, en se référant aux principes et autorités déjà rencontrés ci-dessus, fait valoir que désormais, la mauvaise foi empêche la prescription, même la *praescriptio longissimi temporis* de 40 ans, et que ce principe s'applique également aux actions personnelles ; il reprend ici également la justification de la *ratio peccati* qui impose une interprétation et application extensives, l'amendement du droit civil, et l'application aux fors canonique et séculier. En soulignant que cette application des principes canoniques s'impose *hodie*, «de nos jours», Tartagnus rappelle qu'il s'agit d'un développement relativement récent (en son temps) du *ius commune*³⁹. L'originalité du *consilium* consiste toutefois à

tempus cadat a iure suo, quia per tale statutum sublata erit obligatio civilis, & effectus naturalis d. l. sicut & ideo in unoquoque foro erat debitor tutus & idem sentit Bar. & in l. si cui § Plautius ff. de sol. & in l. legavi ff. de lib. leg. sed saltem debet dictum statutum servari in foro contentioso, posito, quod non esset servandum in foro conscientiae, & ita concludit Ang. in rep. l. i C. de iud. Bald. in c. si quis per triginta si de feu. fuer. contro. & Ro. in d. § si viam & allegat gl. in c. i § porro quae fue. prima causa bene amit. Item videtur velle Bart. in cons. inci. Statutum dicit quod si debitor stetit per 10 annos».

38. Cons. 4:98, nos. 2-3, f. 78va : «Et maxime praedicta procedere videntur de haeredibus Antonii, qui praesumuntur ignorasse obligationem factam per defunctum, & sic si in eis cessat praesumptio scientiae, & malae fidei l. qui in alterius de regul. iur. ¶ Et ideo concludit Dy. in d. regula possessor ad fi. & Bar. in l. cum haeres ff. de diver. & temp. praescr. quod de aequitate canonica, quae in materia praescr. & peccati servari debet, [3] quod mala fides defuncti non noceret haeredi existenti in bona fide, & ex sua persona praescribere volenti, quamquam iuris civilis rigor hoc non patiat, ut d. l. cum haeres & l. si ego § partis ver. sed haeres ff. de publ. & ibi not. Bal. & istam opin. iustius esse, saltem videtur propter aequitatem canonicam servare in terris ecclesiae, secundum Ang. in d. § parte». Quant à l'exception basée sur le statut imposant l'autorisation judiciaire et familiale, Tartagnus observe que la clause de renonciation à cette garantie prévue par la loi municipale était nulle.

39. Con. 4:98, nos. 5-7, ff. 79vb-80ra : «¶ Sed praemissis non obstantibus contrarium puto de iure verius. Primo [5] quia de iure communi praescriptio etiam longissimi temporis xxx. vel. 40 an. hodie procedere non potest, ubi praescribens est in mala fide, sive tractetur de prescriptione, in qua requiritur possessio, sive de praescriptione actionis, in qua sufficit sola negligentia non potentis, quia de hoc videtur tex. apertus in c. fi. de praescr. ibi, & nulla

valeat absque bona fide praescriptio tam cano. quam civilis. ponderandum est eum verbum, nulla, quod est universale negativum, excludens omnem praescriptionem absque bona fide l. nulli C. de epis. & cler. & l. nullam C. ex quib. cau. infa. irro. & qui omne dicit, nihil excludit, l. Iu. ff. de le. iiii cum si. & maxime cum nulla sit ratio restringendi, sed potius ampliandi, ut evitetur peccatum. Nam in dubiis tenenda est illa opi. per quam omne peccatum tollitur c. invenis de spon. ¶ Item text. in d. c. fi. in probatione praescrip. fundat se ex mala fide, non autem fundat se super iniusta possessione, de qua ibi nulla fit mentio, nec ob. quod text. ibi dicta tantum oportet, ut qui praescribit in nulla temporis parte rei scientiam habet alia necess., [6] quia dico, quod appellatione rei etiam iura & actiones comprehenduntur, l. rei ff. de verbo. sig. & gl. & ibi Bar. in l. i de stat. hom. & in l. i in verbo quodam ff. de re. divi. Nec etiam ob. text. in d. c. fi. dum loquitur de praescrip. rei alienae, quia respon. quod si praescribo pecuniam alteri debitam, satis dicor praescribere rem alienam, quia res mea tibi debita dici potest res aliena, etiam quo ad me, ut est text. & gl. in versi. mea in l. si me & Titium ff. si cert. pe. & est tex. 14 q. iiii quid dicam. Et pro hoc facit, quia ubi exprimitur ratio, etiam in l. correctoria, debet fieri extensio ad casum, qui potest comprehendi sub larga significatione, si eadem ratio vindicat sibi locum, ut est gl. in cle. i in verbo, eligatur, cum ibi no. de elect. cum sim. ; sed ratio in d. c. fi. videlicet, ut peccati via tollatur, habet locum etiam in praescriptione actionum, concurrente mala fide, ergo debet fieri extensio ad illum casum, maxime cum sub larga significatione appellatione rei alienae comprehendantur actiones competentes ad quantitatem alteri debitam, ut supra probavi, ad quae facit quod no. Bar. in auth. sacramenta C. si adver. ven., nisi illa dispositio correctoria loquens in contractu extenditur ad distractum. ¶ Et istam partem, quod in hoc loco correcta sint iura civilia per ius canonicum, firmat glo. Inn. & Host. in d. c. fi. & glo. in d. c. possess. & illam sequitur Ang. in d. § si viam & in l. i C. de praescr. 30 an. & in repe. l. i C. de iud. ubi ad hoc adducit tex. in d. § fi., nam secundum eum, si tex. in d. c. fi. non comprehenderet actionum praescriptionem, fuisset ille text. superfluus, quia per alia iura illius tituli, maxime per c. vigilant, erat provisum de praescriptione, quae procedebat ex vera petitione, cum mala fide. Idem etiam tenuit Bald. in l. i C. de serv. & in auth. ad hoc C. de usu. & etiam d. Anto., Imo. & Abb., ubi quo ad terminos q. nostrae, referunt hanc communem q. per plura, quae brevitatis causa omitto, postquam ita se habet communis opi. secundum quam iudex debet iudicare iuxta no. per Doct. in c. ne invitatis de const. cum vul. Istam partem tenuit etiam Bal. in l. quibus diebus § dominus de condi. & demonst., cum quo etiam transivit ibi Imo. qui refert ita disputando tenuisse Bal. & Iac. But. in quadam disputatione sua, incipiente, Statuto cavetur, quod foenerator, & etiam Im. in d. § si viam, referens se ita in facto consuluisse & sequitur etiam, ibi Ro. & idem tenuit d. Ca. in d. c. vigilant & Pet. de Anc. consi. inci. Viso themate, & ideo dicunt Doct. in locis praeallegatis, quod bene facit Bar. in d. § si viam, se submittingo decisioni ecclesiae, & theologorum, eo, quia contrarium tenent. ¶ [7] Et praedicta fortius procedunt in casu nostro

affirmer cette extension des principes canoniques dans le domaine de la législation municipale. Tartagnus estime que la même *ratio peccati* doit, dans ce domaine également, prévaloir :

¶ Nunc videndum est, quid de praescriptione statuti, & dico idem, s. quod non patet, quia dictum statutum in debitore malae fidei non tenet, ut firmat Bart. in rep. l. omnes populi & in 3 q. prin. de iust. & iur., & secundum eum lex mu. hoc dictans, induceret peccatum, & ideo non valeret, ut d. c. fi., ergo nec statutum [...] Non ob. allegata in contrarium, videlicet ea, quae not. Host. in sum. in tit. de praescrip. rerum immob. § quae res, quia primo ostendo, quod contraria opi. est verior, & magis communis [...] Plenius secundo dico, quod opi. Host. facit pro ipso actore, eo, quia fatetur Host. quod ubi debitor iurat se soluturum ad certum tempus, tunc non currente mala fide non praescribit, & periurium incurrit, & peccatum. [...] Similiter nec etiam obst. quod statutum tollat obligationem civilem, & effectum naturalem, ut dicit Bar. in d. § si viam, quia respon. quod illud est verum, ubi illud statutum teneret. Sed dico, quod statutum non tenet ratione peccati, ut ipsemet tenuit in d. l. omnes populi, & omnes sequuntur, quos supra recitavi. Et eodem modo respon. ad no. per Ang. in l. i C. de iud. & Bal. in d. c. si quis per xxx, quia dicta eorum procedere possunt, ubi alia causa quam negligentia[*a*] statutorum introduxisset dictam praescriptionem, sed ubi nulla alia causa movet statuentem, tunc non valet statutum, cum dolus & mala fides praescribentis praeponderat negligentiae non petentis [...] ⁴⁰.

propter diem praestationis, quae interpellat pro homine, & debitorem constituit in mora, l. magnam C. de contrahen. & commi. stipu. & Bar. in l. ita stipulatus in ii q. principali ver. tertio est videndum de ver. obli. & sic non potest dici, quod debitor non fuerit in culpa, nec in peccato, ex quo creditor neglexit petere. Imo debitor est in culpa, & in peccato, aut non offerendo creditori debitum in termino statuto, prout tenebatur & potissime cum ita iuraverit debitor per c. debitores de iureiur., & sic ex predictis [80ra] infertur non solum hoc habere locum in foro ecclesiastico, sed etiam in seculari, quia, ut dictum est, peccatum incurrit debitor, qui cum mala fide vult se exceptione praescr. tueri, etiam attentata praesc. iuris civilis, ut est tex. in cle. dudum ecclesiae Rothomagen. circa medium de ele., ad hoc alle. Ang. in d. § si viam, & d. An. in d. c. si ergo, ubi agitur de peccato, servari debet ius cano., ut per gl. in d. c. prior. cum si.».

40. Cons. 4:98, no. 8, f. 80ra, dont la version complète est : «¶ [8] Nunc videndum est, quid de praescriptione statuti, & dico idem, s. quod non patet, quia dictum statutum in debitore male fidei non tenet, ut firmat Bart. in rep. l. omnes populi & in 3 q. prin. de iust. & iur., & secundum eum lex mu. hoc dictans, induceret peccatum, & ideo non valeret, ut d. c. fi., ergo nec statutum, & idem Io. An. in c. 2 de exc. in 6, referens ita fuisse disputando

Cependant, les héritiers du co-débiteur, dont l'ignorance de l'obligation, partant la bonne foi semble établie, ne pourraient-ils

determinatum, idem Ang. & Im. in d. § si viam & idem Ang. in l. de quib. ff. de le., & do. An. Ab. Ray. in d. c. fi. de prescri. & d. Ant. in c. cura de iu. pat. & Bal. in d. disput. inci. Statuto cavetur, quod foenerator, ubi vult tale statutum non valere, nisi statutum hoc induceret ex causa, ut quia fit contra personam odiosam, & contra quam ius presumitur, ut contra foeneratorem, verbi gratia, statutum dicit, quod foenerator post quinquennium non audiatur etiam super sorte, & istud sequitur Petr. de Anch. in d. c. prior & in rep. c. canonum in xiiii char. ver. item si statuto cavetur, quod post 10 an. & Im. in l. quib. diebus § dominus ff. de cond. & dem. & Pe. de Anch. in d. c. ii de excep. ¶ Non ob. allegata in contrarium, videlicet, ea que not. Host. in sum. in tit. de praescrip. rerum immob. § quae res, quia primo ostendo, quod contraria opi. est verior, & magis communis, ut supra dixi. Plenius secundo dico, quod opi. Host. facit pro ipso actore, eo, quia fatetur Host. quod ubi debitor iurat se soluturum ad certum tempus, tunc non currente mala fide non praescribit, & periurium incurrit, & peccatum, per d. debitores. Preterea dicit Host. quod indistincte non potest cum mala fide praescribi actionib. realibus, quia clarum est, quod in illa prescriptione non currit, nisi mediante possessione, c. sine possessione, de reg. iur. in 6. Et per consequens in illis non potest negari, quin habeat locum dispositio d. c. fin. cum si. Sed verbo fertur, quod in dicta causa deducta fuit actio realis s. hypothecariae actionis bonorum factae in instrumento, ergo etiam secundum opi. Host. & omnium praescriptio non procedit. Item non obst. quod not. Inn. in d. c. cura, quia respon. quod Inn. loquitur tantum in casu in d. c. cura in quo casu tolleratur illa praescriptio, imo etiam reprehenditur ille intellect. & intelligitur ille tex. quando prescribentes non erant in mala fide. Nec etiam ob. quod no. Inn. in c. quia plerique, quia ibi Inn. loquitur habito respectu ad ius civile, quod patet, quia Inno. loquitur tam in actionib. realibus, quam personalibus, quod colligitur, dum loquitur in possidente, & etiam indistincte loquitur, & tamen clarum est, quod non dubitabat imo quod de iure can. in realibus actionibus non procedat praescriptio cum mala fide, per ea, quae supra dicta sunt. Nec etiam obst. ea, quae not. Bar. in d. l. hoc autem iure, cum concor., quia respon. quod Bar. cum reverentia non bene respondet ad d. c. fi. in versi. rei alienae & ad dict. ca. possessor, ut ego plenius ostendi. Similiter nec etiam obst. quod statutum tollat obligationem civilem, & effectum naturalem, ut dicit Bar. in d. § si viam, quia respon. quod illud est verum, ubi illud statutum teneret. Sed dico, quod statutum non tenet ratione peccati, ut ipsemet tenuit in d. l. omnes populi, & omnes sequuntur, quos supra recitavi. Et eodem modo respon. ad no. per Ang. in l. i C. de iud. & Bal. in d. c. si quis per xxx, quia dicta eorum procedere possunt, ubi alia causa quam negligentia statutorum introduxisset dictam praescriptionem, sed ubi nulla alia causa movet statuentem, tunc non valet statutum, cum dolus & mala fides praescribentis praeponderat negligentiae non petentis, ut ipsemet tenuit in distinctione Ang. in l. de quib. ff. de leg. & in d. § in viam & Bal. in d. disputatione, statuto cavetur, quod foenerator».

dès lors invoquer à leur égard la prescription? Tartagnus serait favorable à cette thèse (attribuée ici à Dynus Muxellanus), mais il observe que les délais de prescription n'étaient, quant à eux, pas encore écoulés ; d'autre part, il apparaîtrait que, dans un tel cas également, le devoir de «purification» de la conscience du défunt (ainsi que de son ayant droit) se vérifie⁴¹ :

Non obst. quod saltem quo ad haeredes dicti Ant. qui habent iustam ignorantiam, & praesumptam bonam fidem, procedat dicta praescriptio per no. per Dy. in dicta regula, possessor, cum concor., quia respondeo, quod posito, quod vera esset opi. Dy. tamen non potest verificari, quia Dyn. & sequaces dicunt, si haeres voluerit ex persona sua inchoare & complere praescr., quod possit, sed haeredes Antonii ex personis suis non potuerunt inchoare seu complere praescriptionem tam iuris communis, quam municipalis, quia non sunt ultra vi vel vii ann. quod Ant. decessit⁴², ergo

41. Cons. 4:98, no. 9, f. 80ra-rb : «¶ [9] Non obst. quod saltem quo ad haeredes dicti Ant. qui habent iustam ignorantiam, & praesumptam bonam fidem, procedat dicta praescriptio, per no. per Dy. in dicta regula possessor, cum concor., quia respondeo, quod posito, quod vera esset opi. Dy., tamen non potest verificari, quia Dyn. & sequaces dicunt, si haeres voluerit ex persona sua inchoare & complere praescr., quod possit, sed haeredes Antonii ex personis suis no potuerunt inchoare seu complere praescriptionem tam iuris communis, quam municipalis, [80rb] quia non sunt ultra vi vel vii ann. quod Ant. decessit, ergo sumus extra terminos Dy. nec tempus, quo vixit An. qui fuit in mala fide, potest iungi cum tempore transacto post mortem eiusdem Ant. l. Pomp. § fi de acq. pos. & l. an vitium in prin. de diver. & tem. praescri. Praeterea etiam illam opi. Dyn. reprehendit d. Ant. Imo. d. Abb. in c. si diligenti de praesc., [10] cum teneatur haeres de iure cano. exonerare suam & defuncti conscientiam, ut in c. fi. de repu. quam aliter exonerare non potest, nisi rem restituat. Item dicit do. Abb. quod tex. in d. l. cum haeres cum seq. de diver. & temp. praescri. cum l. sequitur § si haeres ff. de usuc. non reperitur correctus de iure can. ergo dispositioni dictarum legum est standum, tam in foro civili, quam cano., per no. in c. i de nov. ope. nun. cum si. Ad hoc etiam bene faciunt not. per Sal. in auth. ad hoc C. de usu. versi. sed quod dicimus, de herede praescribente &c., & idem tenet Inn. in c. fi. de praescr. & Pau. de Ca. in l. iii & l. sequitur § si haeres ff. de usuc. & Rom. in d. l. Pomp. § cum quo de acquir. poss., sentit Io. An. in addi Spe. in ti. de praescr. § superius, ver. quid si depictor &c.».

42. Cette computation semble contredire les dates mentionnées au début du *consilium*, puisqu'une quinzaine d'années se seraient écoulées entre la date du décès d'Antonius (en 1447) et le début du procès (en avril 1462). Peut-être y a-t-il un élément manquant dans l'exposé des faits (p.ex. une date plus tardive à laquelle les héritiers d'Antonius auraient entamé le délai de prescription, ou une date antérieure à 1462 où la prescription aurait été interrompue) ; à

sumus extra terminos Dy., nec tempus, quo vixit An. qui fuit in mala fide, potest iungi cum tempore transacto post mortem eiusdem Ant. l. Pomp. § fi. de acq. pos. & l. an vitium in prin. de diver. & tem. praescr. Praeterea etiam illam opi. Dyn. reprehendit d. Ant., Imo., d. Abb. in c. si diligenti de praesc., [10] cum teneatur haeres de iure cano. exonerare suam & defuncti conscientiam, ut in c. fi. de repu. quam aliter exonerare non potest, nisi rem restituat. Item dicit do. Abb. quod tex. in d. l. cum haeres cum seq. de diver. & temp. praescr. cum l. sequitur § si haeres ff. de usuc., non reperitur correctus de iure can. ergo dispositioni dictarum legum est standum, tam in foro civili, quam cano., per no. in c. i de nov. ope. nun. cum si.⁴³

Les effets de la mauvaise foi de l'auteur sur la prescription de son ayant droit ne sont toutefois pas absolus. Il semble que, si ce

moins que l'une des dates ne soit erronée : p. ex., si le décès d'Antonius avait eu lieu en 1457, la durée mentionnée par Tartagnus devient intelligible.

43. Enfin, le *consilium* considère également l'exception fondée sur le statut imposant l'obtention de l'autorisation des autorités judiciaires et des proches. Ayant préalablement affirmé que le codébiteur concerné était adulte lors de la conclusion du contrat, ce qui entraînait une présomption de mauvaise foi, Tartagnus conclut de son analyse du statut, que les formalités requises n'étaient pas applicables dans le cas présent : «Nec etiam ob. id quod per nonnullos audio allegari, videlicet quod dictus Sagra. erat minor 25 annis & adultus, in quo dicunt non cadere, neque praesumi malam fidem, quia respondetur hoc verum non esse, quia in adulto adest praesumptio doli, & malae fidei, ut probatur in l. si minor ff. de adul. & in l. i C. si adversus vend. in l. si ex causa § nunc videndum de mino. & in l. impuberem cum ibi nota. de fur., quod in delictis in committendo perpetratis non excusatur, si excessit annos 18, prout Sagra. excesserat, ut not. Bart. in l. si quis in tantum C. unde vi & in quolibet adulto cadit peccatum, & sic mala fides no. Inn. in c. cum in tua in gl. in versic. teneris, qui mat. accu. poss., & ponderat istud Bal. in materia nostra, in auth. ad hoc C. de usur. ver. ulterius quaeritur, quid si praescribens. ¶ Nec etiam obst. pro parte d. Sagra. quod non potuit tanquam minor obligari non servata solennitate dicti statuti, quia si considerentur verba statuti, non obstant, quod Sagra. vel quispiam ex eis fuerit minor 25 annis, imo verba ambigua sunt, & ideo non probant, ca. in praesentia de prob. ¶ Praeterea in dicto instrumento non dicitur quod si aliquis sit minor 25 ann., sed simpliciter dicitur, quod minor ex eis, &c. sed minor potest accipi pro minore 25 ann. ut in tit. ff. & C. de mino. Item potest sumi minor respectu alterius maioris aeta., sed qui sit aetate minor. c. i de par. l. minor autem magistratus de mino., & ideo ista verba tamquam obscura non probant, d. c. in praesentia. ¶ [11] Praeterea dictum statutum non potuit tollere virtutem iuramenti praestiti in contractu per dictum Sagra. [...]. Ex quibus concludo non obst. excep. per haeredes Anto., Sagra., pronuncianum esse in favorem haeredis Catharinae» (*ibidem*, f. 80rb).

dernier dispose d'un titre distinct, la règle peut être évitée⁴⁴. Une distinction opérée par Johannes de Imola et citée par Tartagnus peut en fait être assimilée à cette situation d'un titre distinct de celui *mortis causa* : la règle *mala fides nocet* s'appliquerait à l'égard du successeur *ratione iuris haereditarii* (ce qui semblerait limiter l'applicabilité de la règle aux seuls héritiers), mais non dans les cas où le successeur à titre universel n'accède pas au bien ou droit litigieux en tant qu'héritier ; plutôt qu'une véritable distinction, cette hypothèse est illustrée par une application spécifique, notamment la situation de celui qui succède à une prélatrice ou à un bénéficiaire (et qui dispose donc en fait d'un titre conféré par une autorité supérieure)⁴⁵.

En revanche, dans un bref passage d'un autre *consilium* où il était à nouveau question d'une dette (très) ancienne, le rejet de l'exception de prescription, tout en reprenant longuement l'ensemble des arguments déjà cités, semble exclure la prescription en faveur des héritiers, même si ceux-ci pouvaient faire valoir leur bonne foi, et même après un délai de 30 ans :

...Sed verbo fertur, nondum transivisse annos 30 inchoando a tempore mortis dicti Ludovici, quia decessit a 30 annis citra, ergo sequitur quod si inspiciamus praescriptionem 30 anno., oportet dicere fuisse inchoatam per dictum Ludovicum viventem, quod est impossibile, propter eius malam fidem, de qua constat per dicta instrumenta & etiam per processum adiudicationis factum citato semper dicto Lu. Quinimo dato quod etiam lapsi essent anni 30 a

44. E.g. Cons. 2:39, no. 2, f. 32vb.

45. E.g. Cons. 4:63, nos. 11-12, f. 55vb : «...Ad hoc etiam beneficiarius no. per Bal. in Auth. ad haec C. de usur. in vers. sed quid dicimus de haerede praescribentis, & idem videtur esse de mente Io. And. in addi. Spe. in tit. de praescri. § fi. & ex his doc. in locis praeallegatis. damnant dictam opi. Dy. quam ponit in d. c. possessor. Io. de Imo. in rep. c. fi. de praescript. dicit quod opiniones possunt ad concordiam sic reduci, videlicet [12] quod aut nos loquimur in eo successore universalis, qui non succedit ratione iuris haereditarii, sed aliter habet titulum a superiore habente potestatem conferendi, ut contingit in praelato, vel alio beneficiario, qui succedit alteri in praelatura vel beneficio, quia in illis non habet locum successio haereditaria, c. ad extirpandas, de filiis presby., & tunc procedat opin. Dy. per not. per gl. in c. cura de iure pa. Aut nos loquimur in successore qui succedit ratione iuris haereditarii & in illa procedit opi. do. Ant. & sequacium per praedicta, & sic remanet conclusio, quod mala fides Callimachi impedit etiam eius haereditatem praescribere». Le même argument (et le même exemple) dans Cons. 2:89 (Viso puncto & instrumentis de quibus in eo), ff. 67vb-69ra, no. 8, f. 68rb.

tempore mortis di. Ludovici, tamen haeredes eius non videntur potuisse praescribere, dato quod ipsi habuerunt ignorantiam probabilem & presumptam de dicto debito l. qui in alterius ff. de reg. iur. l. Marcellus ff. de re. amo. & l. fi. ff. pro suo, [7] quia haeres debitoris malae fidei non potest etiam ex sua persona praescribere de iure canonico : ut refert Ant. de Butr., Ioan. de Imo. & do. Abb. in c. si diligenti, de praescr. & Io. de Imo. in ca. fi. eo tit., cum teneatur haeres exonerare conscientiam defuncti, ut in c. fi. de sepul., quam aliter exonerare non potest, nisi debitum persolvat, & idem videtur esse de mente Io. And. in addi. Spe. in tit. de praescrip. § ver. quid si debitor & expresse firmat Pau. de Castr. in l. 3 & in l. sequitur § haeres ff. de usuc. & Lu. Ro. in l. Pomponius § cum quis ff. de acqu. pos. & in d. § si viam.⁴⁶

Quoiqu'il s'agisse d'un problème juridique essentiellement différent, cette dernière thèse n'est pas sans évoquer celle d'un courant plus radical de certains théologiens et de quelques canonistes, pour lesquels la «mauvaise foi», intervenant même après le délai de prescription, entraînait l'obligation de restitution⁴⁷. Cette thèse était bien sûr le corollaire logique, poussé à son extrême conclusion, de la *ratio peccati*, mais écartant les considérations qui justifient le principe même de la prescription dans la tradition juridique occidentale.

A défaut de conclusions définitives, que cette brève esquisse ne pourrait justifier, quelques observations peuvent tout de même être formulées :

1. A travers ces *consilia*, qui reflètent avant tout la pratique de cours séculières, l'application du principe canonique exprimé dans le c. *Quoniam omne*, c'est-à-dire l'exigence de la permanence de la bonne foi durant le délai de prescription, dans des causes civiles semble acquise ; la disposition s'impose tant à l'égard du droit civil au sens strict qu'à l'égard du droit particulier de la cité.

2. L'application de ce principe aux droits incorporels et aux actions personnelles, partant aux obligations, semble également acquise, encore que le *modus argumentandi* dénote que la

46. Cons. 5:51 (Viderentur pro decisione haesitationis), ff. 49vb-51ra, nos. 6-7, f. 50rb-va.

47. VILAIN, *op. cit.*, p. 68 ss.

controverse était encore fraîche dans les mémoires (voire d'actualité?)⁴⁸, ainsi que les arguments de la thèse adverse⁴⁹.

48. V. par exemple un consiliateur d'une génération précédente, où l'acceptation des principes canoniques au for civil est encore contestée : Paulus de Castro, *Consilia* (Venetiis 1571), III, Cons. 17 (Haereditas dictae puellae), ff. 19vb-20ra [Error iustus an causet bonam fidem, & quanto tempore haeres praescribat contra legatarium petentem legatum], nos. 8-13, f. 20ra-rb : «...si dicti Titius & Gayus sciebant se tanquam heredes dicti testatoris esse debitores dicte mulieris in dicta dote & legato, non potuerunt praescribere adversus petitionem dictae mulieris etiam ex dispositione dicti statuti, quia vel intelligitur dictum statutum eo casu, quo debitor ignorat se debitorem, & est bonae fidei & sic excluderet peccatum, & sic validum, vel si loquatur etiam eo casu quo scit & sic male fidei, non valet tanquam includens peccatum prout haec habentur ex notatis per Ioan. And. in c. fi. de excep. lib. 6 & per Bart. in l. omnes populi, de iustitia & iure in 3 quaes. principali, versi. ecce aliam, iuncto c. male fidei, de reg. iur. lib. 6 & quod notatur in l. si quis sub condit. ff. de cond. instit. per Bar. in fine, si vero ignorabant praedicti se esse debitores dictae dominae potuerunt praescribere adversus petitionem eius tempore compraehenso in dicto statuto, quod succedit loco temporis statuti a iure communi (scilicet) 30. annorum, argum. eius quod habetur in l. in contractibus, in fine principii C. de non nume. pecunia, quod notat Bar. in l. 2 § si rem alienam ff. pro empto. iuncto c. cum quis in ius, cum ibi notatis in glo. de reg. iur. lib. 6 & hoc sine dubio verum est si ignorantia fuit iusta, quod faciliter esse potuit, in dote dictae mulieris, de qua potuerunt iustam causam habere, cum consisteret in facto alieno, quod iuste potuerunt ignorare, l. fin. ff. pro suo, & in dicto legato si fuisset factum in codicillis, arg. l. fi. § finali ff. de leg. 2, si vero ignorantia fuit iniusta, ut quia in iure consistebat, vel in facto proprio, tunc est maius dubium per l. nunquam ff. de usucapio. tamen potest dici, quod illa loquitur in praescriptione longi temporis quae non currit nisi cum titulo, unde requiritur in ea bona fides, est iusta causa procedens, sed in prescriptione actionum personalium, quae currit sine titulo, & sic de iure communi non requiritur in ea bona fides, licet de iure canonico secus propter peccatum evitandum, cum peccatum non committatur in hoc casu, nisi ubi adest dolus & mala fides, & quaecumque causa etiam iniusta excusat a dicto dolo & mala fide l. sed si lege § scire ff. de petitio. haered. l. igitur, de libe. cau. & quod notatur in l. i in fine mag. glo. ff. si quis ius dicen. non obtemp. Videtur dicendum quod quantum unquam ignorantia fuerit iniusta quod tamen excuset a mala fide & a peccato, & cessat dispositio iuris canonici, de qua in c. possessor, de regul. iur. lib. 6 & sic potuerunt praedicti praescribere praescriptione statutaria, non tamen hoc assero affirmative, licet prima facie satis ad hoc intellectus inclinet».

49. En général, sur la résistance des légistes envers les principes canoniques quant à l'exigence de bonne foi en matière de prescriptions : VILAIN, *op. cit.*, p. 67, et, spécifiquement sur les actions personnelles, p. 106 ss.

3. La protection du salut de l'âme est invoquée pour justifier cette extension des principes canoniques. Si cette considération ne mène pas à remettre en question le principe de la prescription après l'écoulement des délais prévus, les arguments en faveur de la thèse *mala fides defuncti nocet haeredi* démontrent toutefois la portée et l'influence de cette conception canonique dans la pratique et la doctrine séculières.

4. Dans ce cadre restreint des prescriptions, la notion de bonne foi ne fait guère l'objet d'une élaboration : à première vue, on n'a guère l'impression que son objet soit développé au-delà de ce que suggérait déjà le c. *Quoniam omne*, c'est-à-dire la *conscientia rei alienae*⁵⁰. Le rapport étroit maintenu avec le for interne du fait de l'insistance sur la *ratio peccati* semble contenir la notion de bonne foi (du moins, dans ce contexte précis) dans une acception directement liée à la morale ; d'autre part, cette référence au for de la conscience favorise le recours à l'équité (en l'occurrence, *laequitas canonica*).

5. Néanmoins, le rapport entre cette bonne foi, en tant que condition d'une prescription efficace, et le titre apparaît quelque peu ambivalent : la présomption de bonne foi à partir d'un titre (ou d'autres éléments) semble subordonner cette notion à caractère moral à des circonstances objectives.

50. LE BRAS et al., *op. cit.*, p. 497 : «...Cette bonne foi n'est cependant pas à entendre comme en droit romain : elle consiste en effet dans la persuasion ou la conscience de ne rien (vouloir) faire de ce que l'on tient pour défendu ; en l'espèce elle revient à n'avoir pas conscience du droit d'autrui, ce qui élimine tout péché par le fait même». Comp. le passage suivant dans Baldus Ubaldus, *Consilia* (Venetiis 1575, réimpr. Turin 1970), I, Cons. 464, no. 9, f. 149rb : «Quaeritur ergo, quis dicatur habere malam fidem, & dicit lex, quod ille, qui non cogitat se dominum, sed alium credat esse dominum rei, ut C. de fur. l. apud antiquos. sed si ego scio me teneri ad ream meam dandam, non possideo. item si sum debitor in genere, genus non possideo, quia genus non est res in corpore constituta, ut no. ff. de peti. haer. l. regulariter. & ita est subtilitas Bar. sed simplicitas canonistarum ad hoc respondet, quod non ideo pecco, quia possideam, sed ideo quia non satisfacio, conscientiae meae : & quia pecco in fratrem meum, ut l. dolus ff. mandati».