

Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte

<http://www.forhistiur.de/>

Herausgegeben von:

Prof. Dr. Rainer Schröder (Berlin) †
Prof. Dr. Hans-Peter Haferkamp (Köln)
Prof. Dr. Christoph Paulus (Berlin)
Prof. Dr. Albrecht Cordes (Frankfurt a. M.)
Prof. Dr. Mathias Schmoeckel (Bonn)
Prof. Dr. Andreas Thier (Zürich)
Prof. Dr. Franck Roumy (Paris)
Prof. Dr. Emanuele Conte (Rom)
Prof. Dr. Massimo Meccarelli (Macerata)
Prof. Dr. Michele Luminati (Luzern)
Prof. Dr. Stefano Solimano (Milano)
Prof. Dr. Martin Josef Schermaier (Bonn)
Prof. Dr. Hans-Georg Hermann (München)
Prof. Dr. Thomas Duve (Frankfurt a. M.)
Prof. Dr. Manuel Martínez Neira (Madrid)
Prof. Dr. D. Fernando Martínez Pérez (Madrid)
Prof. Dr. Marju Luts-Sootak (Tartu)
Prof. Dr. Heikki Pihlajamäki (Helsinki)

Artikel vom 24.10.2017

© 2017 fhi

Erstveröffentlichung

Zitiervorschlag

<http://www.forhistiur.de/2017-10-battaglia/>

ISSN 1860-5605

Federico Battaglia *

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

Abstract

Au XVe siècle, des Humanistes (juristes autant que rhétoriciens) invoquent les principes tirés du droit romain pour classer des questions que, aujourd'hui, nous dirions 'de droit d'auteur', mais qu'ils encadraient dans la catégorie du vol impropre et dans l'espèce romaine du *furtum usus*: «une divulgation des œuvres d'autrui sans le consentement de l'auteur (*invito auctore*)». Les œuvres de ces maîtres remontent à la première partie du XVe siècle, avant l'invention de la presse à imprimer (donc avant l'époque des privilèges locaux et des lettres-patentes accordées aux imprimeries), avec laquelle commence, on dit, l'histoire moderne du «copyright» et du «droit d'auteur»: cela ouvre pourtant une fenêtre sur la 'pre-histoire' de cette matière. Les humanistes attestent, ainsi faisant, la diffusion de figures topiques dérivées du droit romain, que seront repris encore au XVIIIe siècle pour expliquer les fondements dogmatiques du droit d'auteur.

Humanist jurists and rhetoricians of the 15th century employed principles drawn from Roman law to qualify cases that we would now class under 'intellectual property'. Specifically, they used the Roman law category of *furtum usus*: 'the publication of literary works of a third person without the permission of their author (*invito auctore*)'. These scholars were active in the first half of the 15th century, i.e. before the invention of the printing press and the era of printing privileges, which is usually considered pivotal for the emergence of "copyright". Their arguments thus reveal new aspects of the prehistory of copyright. In the process, the Humanists also testify to the diffusion of topical patterns, inherited from Roman law, which were still used in the 18th century to explain the dogmatic foundations of copyright.

Prologue

Le cœur de ce bref essai est la rencontre entre une ancienne tradition topique-juridique et la question, 1
notoirement moderne, de la protection des œuvres littéraires et de leur circulation, des idées qu'elles véhiculent et de leur intégrité.

L'histoire du «copyright» et du «droit d'auteur¹» commence, comme il est connu, avec 2
la nouvelle réalité technologique et économique qui accompagne l'invention de l'imprimerie au xv^e siècle². Pour mieux dire, l'époque des privilèges locaux et des lettres-patentes accordées aux

* Je remercie beaucoup Monsieur Adrian Häusler pour la révision du texte français.

¹ Sur les différentes traditions du «copyright» et du «droit d'auteur», aussi bien que sur leur genèse et développement, voir pour tous, Izzo U., *Alle origini del copyright e del diritto d'autore. Tecnologia, interessi e cambiamento giuridico*, Rome, Carocci, 2010, avec une ample bibliographie; Moscati L., *Tra copyright e droit d'auteur. Origine e sviluppo della proprietà intellettuale in Europa*, Naples, Satura, 2012. Plus nuancée la position qui ressort des essais rassemblés dans Rideu F., *La formation du droit de la propriété littéraire en France et en Grande-Bretagne: une convergence oubliée*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004.

² Voir sur ce point, parmi les travaux récents, Witcombe C. L. C. E., *Copyright in the Renaissance. Prints and the Privilegio in Sixteenth-Century Venice and Rome*, Leiden-Boston, Brill, 2004; Deazley R., *On the Origin of the Right to Copy. Charting the Movement of Copyright Law in Eighteenth-Century Britain (1695-1775)*, Portland, Hart Pub, 2004; Id., *Re-thinking Copyright. History, Theory, Language*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar Pub, 2006; May C., Sell S. K., *Intellectual Property Rights. A critical History*, Londres, Lynne Rienner Pub, 2006; Moscati L., «Alle radici del Droit d'auteur», in F. Liotta (dir.), *Studi di storia del diritto medievale e moderno*, Bologne, Monduzzi, 2007, p. 261-341; Ead., «Lo statuto di Anna e le origini del copyright», in *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di Luigi Labruna*, vol. 6, Naples, Editoriale scientifica, 2007, p. 3671-3687; Deazley R., Kretschmer M., Bently L. (dir.), *Privilege and property. Essay on the History of Copyright*, Cambridge, OpenBook, 2010; Höffner E., *Geschichte und Wesen des Urheberrechts*, Munich, Verlag Europäische Wirtschaft, 2010; Izzo U., *Alle origini del copyright...*, op. cit.; Johns A., *Piracy. The intellectual Property Wars from Gutenberg to Gates*, Chicago, Londres, University of Chicago

imprimeries, et puis celle de l'encadrement normatif à plus grande échelle (à partir du xviii^e siècle), constituent respectivement la proto-histoire et l'histoire toute moderne de cette discipline.

Néanmoins, certains des problèmes évoqués pour la circulation des œuvres littéraires (en particulier, le profil concernant l'abus d'une œuvre à des fins non-autorisées ou ignorées par l'auteur) étaient soulevés avant ces actes normatifs, dans la réflexion doctrinale juridique et dans les écrits des humanistes. De surcroît, ils ont été mis souvent en relation avec un institut typique du droit romain, que l'on appelle le vol d'usage (*furtum usus*): nous concentrerons notre attention sur ce point, encore inexploré par de nombreux aspects³.

Il y a en effet, parmi les juristes autant que chez les rhéteurs, déjà à l'époque humaniste, une tradition de pensée qui s'emploie à encadrer la divulgation des œuvres d'autrui sans le consentement de l'auteur (*invito auctore*) dans la catégorie du vol impropre et dans l'espèce du *furtum usus*, dont la définition romaine est: « Il y a vol, en général, si quelqu'un utilise la chose d'autrui sans le consentement du propriétaire (*invito domino*)⁴. » De cette façon, la conduite de celui qui abuse d'une œuvre d'autrui se définit dans la littérature humaniste (mais pas seulement par elle) comme un vol littéraire dans un sens différent et plus spécifique de celui qui – dans une tradition parallèle – concerne le plagiat⁵. Même l'apparat topique relatif au vol d'usage, élaboré par les Romains, est adapté au thème de la circulation et de l'exploitation des textes et des idées.

Il s'agit d'un choix dogmatique élégant: focaliser le profil de l'usage, au sein des attributions traditionnellement typiques du propriétaire, permet de surmonter, avec une érudition efficace, les obstacles posés par l'immatérialité du bien protégé et par la volatilité substantielle des productions intellectuelles, et de cette manière d'adapter la dogmatique romaine au contexte des œuvres d'esprit.

Dans les trois textes présentés ici, nous prêterons une attention particulière au niveau le plus extérieur, celui de l'uniformité, dogmatique aussi bien que topique, qui enveloppe les divers aspects concernant la protection des œuvres littéraires et de leurs auteurs. Les problèmes révélés par ces textes, aussi divers dans leur genre et leur contexte, convergent vers le même encadrement rhétorique et juridique, qui exploite habilement les possibilités techniques offertes par

Press, 2011 ; Wadle E., *Beiträge zur Geschichte des Urheberrechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 2012 ; Palazzolo M. I., *La nascita del diritto d'autore in Italia. Concetti, interessi e controversie giudiziarie (1840-1941)*, Rome, Viella, 2013. Sur la proto-histoire des droits de reproduction des œuvres littéraires, voir Armstrong E., *Before Copyright. The French Book Privilege System 1428-1526*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990 (sur la matière pénale voir spécialement p. 191 et suiv.) ; voir en outre Croenen G., Ainsworth P. F. (dir.), *Patrons, Authors and Workshops : Books and Book Production in Paris around 1400*, Louvain, Peeters, 2006.

³ Un aperçu du concept juridique romain impliqué dans l'élaboration moderne du *copyright* se trouve dans Versteeg R., « The Roman Law Roots of Copyright », *Maryland Law Review*, n° 59/2, 2000, p. 522-552, qui toutefois ne mentionne pas le *furtum usus*.

⁴ Voir Gai 3.195.

⁵ L'expression « vol littéraire » indique vulgairement le plagiat, selon la tradition qu'on fait remonter au moins à Martial., *Epig.* 1.53 ; voir Dock M.-C., *Études sur le droit d'auteur*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1963, spécialement p. 36 et suiv. Sur ce thème et la dite expression voir déjà Thomasius J., *De plagio literario*, Leipzig, 1673, sur lequel Frohne R., « Jakob Thomas Thomasius : De plagio literario », *UFITA*, n° 123, 1993, p. 15-27, et l'ajout IV à l'édition de 1792. Sur le plagiat, voir aussi Frohne R., « Die Stichworte "Plagiarisme" resp. "Plagiat" und "Plagiaire" in den Enzyklopädien von P. Bayle und D. Diderot », in R. Dittrich (dir.), *Woher kommt das Urheberrecht und woinin geht es ?*, Vienne, Manzschke Verlag, 1988, p. 20-28. Sur ce thème dans l'antiquité romaine voir Bartocci U., *Aspetti giuridici dell'attività letteraria in Roma antica. Il complesso percorso verso il riconoscimento dei diritti degli autori*, Turin, Giappichelli, 2009, spécialement p. 200 et suiv.

le droit romain. Dans un même temps, il émergera de ces textes non seulement les prodromes d'une heureuse histoire des argumentations juridiques, mais aussi, *in nuce*, des reflets particuliers concernant les relations des humanistes avec les textes et « leurs » droits.

I. Guarino Guarini (1374-1460) et la controverse autour de l'*Hermaphrodite*

Nous prenons appui sur un épisode très connu du premier humanisme, qui se déroule en Italie entre Vérone, Bologne et Ferrare: un différend entre le maître de rhétorique Guarino Guarini, dit le Veronèse, et Giovanni Lamola, son élève. Nous sommes intéressés, en particulier, par un détail marginal de cette histoire, qui sera néanmoins central pour notre argument.

Guarino, né vers 1370 (vraisemblablement 1374⁶) à Vérone, était, comme on le sait, un humaniste de renom à l'aube de la Renaissance, l'un des pionniers de l'étude du grec, en poste principalement à Ferrare, où il a fondé un important cénacle intellectuel⁷.

L'histoire dans laquelle il est impliqué, et qui retient notre attention, remonte à 1425, quand sont publiés à Bologne, avec le titre *L'Hermaphrodite*, deux livres d'épigrammes de contenu érotique et transgressif, écrits par Antonio Beccadelli, dit le Panormite⁸. Ce texte se propage rapidement dans toute l'Italie et connaît un succès considérable ; il divise cependant le public, suscitant, entre autres, la condamnation et la censure de l'Église catholique⁹.

Giovanni Lamola¹⁰, l'élève de Guarino contribue, entre autres, à la diffusion de l'œuvre du Panormite. Comment ? Giovanni envoie une copie de l'*Hermaphrodite* à son maître Guarino¹¹, qui répond avec une lettre datée du 2 février 1426, exprimant un jugement très favorable sur l'ouvrage¹². Voici un bref extrait :

« Guarinus Veronensis suavissimo Iohanni Lamolae sal(utationes) pl(urimas) d(icit). Posteaquam alteras ad te descripseram, tuae et graves et ornatae redditae mihi sunt, quae eo accumulatiores venerunt, quo etiam comitem habuerunt libellum vere Ἑρμαφρόδιτον [...]. Mirari profecto licet suavissimam carminis harmoniam, dicendi facilitatem, inelaborata verba et inoffensum

⁶ Voir Sabbadini R., *Vita di Guarino Veronese*, Gênes, Tipografia del R. Istituto sordo-muti, 1891, p. 5 et suiv. ; Id., *La scuola e gli studi di Guarino Guarini Veronese*, Catane, Galati, 1896, p. 1-2. La date de naissance est calculée sur la base de celle de sa mort (1460), mais les témoignages concernant la durée de la vie de Guarino sont contradictoires. Sabbadini corrige la conjecture (1370) qui avait été proposée par Rosmini C., *Vita e disciplina di Guarino Veronese*, Brescia, Bettoni, 1808, p. 1. Voir en outre Pistilli G., « Guarini, Guarino », in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 60, Rome, Istituto della Enciclopedia italiana, 2003, p. 357-369 (sur la controverse, spécialement p. 360).

⁷ Bertoni G., *Guarino da Verona fra letterati e cortigiani a Ferrara (1429-1460)*, Genève, Olschki, 1921.

⁸ Resta G., « Beccadelli, Antonio », in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 7, Rome, Istituto della Enciclopedia italiana, 1970, p. 400-406 (spécialement p. 401).

⁹ Le cas a été pendant longtemps considéré emblématique : voir par exemple Zaccaria F., *Storia polemica delle proibizioni de' libri*, Rome, Generoso Salomoni, 1777, p. 130. Sur le différend autour de l'*Hermaphrodite*, voir très récemment Barbaro M., « La lascivia delle parole. Beccadelli, Bracciolini e il dibattito sull' "Hermaphroditus" », *Griseldaonline*, n° 13, 2013 : www.griseldaonline.it.

¹⁰ Arbizzoni G., « Lamola, Giovanni », in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 63, Rome, Istituto della Enciclopedia italiana, 2004, p. 233-237 (spécialement p. 235-236).

¹¹ Sabbadini R., *Epistolario di Guarino Veronese*, vol. I, Venise, a spese della Società, 1915, p. 508, n° 347.

¹² *Ibid.*, p. 505, n° 346 et son commentaire, vol. III, 1919, p. 197.

compositionis cursum. Nec idcirco minus carmen ipsum probarim et ingenium, quia iocos lasciviam et petulcum aliquid sapiat [...]. Veronae IIII non. Februarias [1426¹³]. »

La lettre, avec l'opinion qui y est exprimée, est dès lors souvent placée à la tête des manuscrits de l'*Hermaphrodite* à la manière d'une préface, en raison de l'autorité de l'expéditeur, et renforçant le succès de l'œuvre. 12

Cependant, dans l'intervalle, les relations entre Guarino et le Panormite empirent (Guarino prête au Panormite un code qu'il a découvert, contenant des comédies de Plaute, et le Panormite ne le rend pas¹⁴). Surtout, Guarino est sévèrement réprimandé, pour la lettre d'éloge, par des milieux ecclésiastiques, en particulier par le bienheureux Alberto (Berdini) de Sarteano, moine de l'ordre des frères mineurs et lui-même humaniste, élève et ami du Guarino¹⁵. Pendant le Carême de 1434, Alberto obtient de Guarino la promesse d'une rétractation du jugement concernant l'*Hermaphrodite*. 13

La rétractation – ou la palinodie – arrive le 1^{er} janvier 1435, après dix ans d'éditions de l'*Hermaphrodite* et neuf ans, durant lesquels la lettre de Guarino à Giovanni fut diffusée avec les épigrammes¹⁶. 14

Le maître – voici le point intéressant pour nous – accuse l'élève d'avoir abusé de la lettre, c'est-à-dire d'en avoir fait une utilisation non-autorisée: la lettre, affirme-t-il, n'avait pas été conçue pour accompagner l'ouvrage du Panormite. 15

Comment est abordée la question? Il faut que nous citions le passage le plus important pour nous : 16

« Esto, quid de scriptoris ingenio, quid de carminis genere sentirem tecum aperuerim: num idcirco me testem inscium ad alterius quidem laudem, in meam vero perniciem adduxeris? Et quod tuae fidei tacitum quasi depositum arcanumque crediderim, id mea sine venia imprudenter effutire velis? Id boni ac fidelis amici fuerat, commissa tegere nec foras meo iniussu disseminare. Siquis pretiosa vasa tibi aliamve suppellectilem certum ad usum commodasset, tu vero illa vulgo utenda profanandaque dimisisses, quos morsus quas inclamationes contraxisses! Iurisconsulti furti genus diffinire solent, “siquis iumenta sibi commodata longius adduxerit alienove invito domino usus sit iumento”; nec minus “siquis tabulas amoverit aut cautiones”. Cum, mea communicans tecum consilia, tuae fidei animum crediderim tuque ex te prosilire siveris longiusque produci et meliores excerpti particulas, quantum gloriari Hermaphroditus debeat neminem latere arbitror. Aut igitur integra edenda et 17

¹³ Trad.: « Guarino Veronèse salue chaleureusement son aimable Giovanni Lamola. Après que je vous aie écrit d'autres lettres, j'ai reçu la vôtre, dense et élégante, rendue encore plus poignante parce qu'elle comportait en annexe une copie de l'œuvre “Hermaphroditus” [...]. On peut certainement profiter de l'agréable harmonie des vers, de la facilité de l'écriture, de l'immédiateté du lexique et du rythme fluide. Et je ne louerai pas moins cet ouvrage poétique, ou son ingéniosité, en raison du fait qu'il présente des éléments facétieux, licencieux et un peu effrontés [...]. Vérone, 2 février 1426. »

¹⁴ Sabbadini R., *Epistolario di Guarino Veronese*, vol. II, Venice, a spese della Società, 1916, p. 201, n° 658 : « [...] *is Plauti comoedias novissime repertas a me abstulerit ei commodatas* [...] » : on découvre déjà ici la terminologie typique du *furtum*, qui sera central dans notre histoire.

¹⁵ Cerulli E., « Berdini, Alberto », in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 8, Rome, Istituto della Enciclopedia italiana, 1966, p. 800-804 ; Bertagna M., « Ricordando Alberto da Sarteano (nel sesto centenario della nascita) », *Studi Francescani*, n° 3-4, 1985, p. 201-206 ; Spicciani A., « Alberto Berdini da Sarteano. Cronologia bibliografica », *Studi Francescani*, n° 3-4, 1985, p. 359-365. Sur ses relations avec Guarino, voir Sabbadini R., *La scuola e gli studi di Guarino Guarini Veronese*, *op. cit.*, spécialement p. 28, p. 139 et suiv.

¹⁶ Sabbadini R., *Epistolario di Guarino Veronese*, *op. cit.*, vol. II, p. 209 et suiv., n° 666, et le commentaire, vol. III, 1919, p. 321.

praeponenda fuit epistula aut tota subticenda nec ego ignarus invitique, ut dixi, testis apponendus [...]. Ferrariae kal. ianuarii [1435¹⁷]. »

La lettre, on le voit facilement, est imprégnée de références au monde du droit, « *testem inscium* », 18
« *tuae fidei [...] depositum [...] crediderim* », « *si quis tibi aliamve suppellectilem certum ad usum commodasset* », etc.

En général et d'un point de vue rhétorique, nous pourrions dire que la référence au droit, par 19
notre humaniste, est destinée à rendre plus sérieux le ton de la lettre de reproches : le différend entre Guarino et Giovanni est grave (c'est ça que le maître signifie), et la responsabilité de l'élève est sérieuse. Toutefois, il ne s'agit pas seulement d'allusions génériques, car les références de notre rhétoricien sont exactes et spécifiques.

Dans cet extrait de la lettre, nous pouvons reconnaître au moins trois passages clairs. 20

Voici la première partie: 21

« Esto, quid de scriptoris ingenio, quid de carminis genere sentirem tecum aperuerim: num idcirco 22
me testem inscium ad alterius quidem laudem, **in meam vero perniciem** adduxeris? Et quod **tuae fidei tacitum quasi depositum arcanumque crediderim**, id mea sine venia imprudenter effutire velis? Id boni ac fidelis amici fuerat, commissa tegere nec foras meo iniussu disseminare. Siquis pretiosa vasa tibi aliamve suppellectilem **certum ad usum commodasset, tu vero illa vulgo utenda profanandaque dimisisses**, quos morsus quas inclamationes contraxisses! »

Guarino dit, en premier lieu, que Giovanni a trahi sa *confiance*, qu'il lui avait donnée, parce qu'il 23
a révélé la *confidence* qu'il lui avait faite en privé. Le maître rhétoricien s'emploie à décrire cet abus en termes non seulement moraux, mais juridiques. Il affirme, en effet, qu'il a remis à Giovanni ses confidences afin qu'il en fit *un usage spécifique* (c'est-à-dire, les lire, et les garder pour lui-même).

Cette remise – et voilà le droit – est tout à fait similaire à celle du déposant ou du prêteur 24
dans un contrat de prêt-à-usage. Guarino encadre d'abord son cas dans la même catégorie de ces instituts d'origine romaine et de tradition durable¹⁸. Il dit: « *tuae fidei tacitum quasi depositum arcanumque*

¹⁷ Sabbadini R., *Epistolario di Guarino Veronese, op. cit.*, vol. II, p. 211-212, n° 666, lignes 79-96. Trad.: « Voilà, je vous avais confessé [= en privé] ce que je pensais du talent de l'auteur et de la qualité des vers : est-ce une bonne raison pour m'appeler [publiquement] à être un témoin inconscient d'une louange de l'autre [Panormite], mais cela pour ma propre ruine? Et, ce que j'avais remis à votre confiance, en tant que dépôt tacite et secret, voudriez-vous le répandre sans prudence et sans ma permission? Il aurait été le devoir d'un bon et fidèle ami de protéger les choses confiées, et de ne pas les divulguer au public sans son consentement. Si quelqu'un vous prêtait des vases précieux, ou d'autres meubles, pour un usage spécifique, et que vous, au contraire, les répandissiez pour l'utilisation et la profanation par quelques autres: combien d'attaques et d'accusations cela vous apporterait! Les juristes définissent souvent [ainsi] le genre du *furtum*: "Si quelqu'un a mené beaucoup plus loin les chevaux qui lui avaient été donnés en prêt, ou bien s'il utilise le cheval d'un autre sans le consentement du propriétaire [etc.]" De plus: "Si quelqu'un a escamoté des documents de crédit ou de garantie [etc.]" J'ai remis mon esprit à votre confiance, en partageant avec vous mes opinions, et vous avez permis que mes confidences s'échappent par vous-même, et qu'elles soient portées beaucoup plus loin, et que les parties les plus flatteuses [de ma lettre] fussent isolées: en ces circonstances, je crois que personne ne soit en sûreté en louant l'Hermaphrodite. Ma lettre aurait dû être ou publiée pleinement et placée à la tête de l'œuvre, ou bien totalement passée sous silence, et je n'aurais pas dû être invoqué en tant que témoin, comme je le disais, sans le savoir et contre ma volonté. Ferrare, 12 janvier 1435. »

¹⁸ On se rappelle de nos jours les mots du Code civil : le déposant donne une chose au depositaire, qui la « reçoit, à la charge de la garder » (article 1915, Code civil) et qui « ne peut s'en servir sans la permission expresse ou présumée du déposant » (article 1930, Code civil). Le prêteur, de son côté, « livre une chose à l'emprunteur pour s'en servir » (article 1875, Code civil), d'une façon déterminée, en tant que « l'emprunteur est tenu de veiller raisonnablement à la garde et à la conservation de la chose prêtée. Il ne peut s'en servir qu'à l'usage déterminé par sa nature ou par la convention » (article 1880, Code civil).

crediderim » – c’est-à-dire « je t’ai remis ma lettre et son contenu à titre d’un dépôt » ; un dépôt tacite – car conclu non pas de façon expresse, mais déduite des faits – mais aussi lui-même secret, parce qu’une partie de l’« obligation », pour ainsi dire (en effet, Guarino utilise le mot *credere*, « prêter contractuellement »), du dépositaire est le maintien du secret sur l’objet du dépôt, c’est-à-dire justement sur la confiance faite.

Pourquoi fait-il cela ? Parce que sur cette base, Guarino peut dire que la révélation du secret, la divulgation du contenu de la lettre, est la violation d’un « accord tacite » conclu entre les deux hommes. La conduite de Giovanni, par conséquent, correspond à celle de l’emprunteur de vases ou d’autres objets physiques d’autrui, qui les a reçus pour un certain usage (« *certum ad usum* »), mais en a modifié l’usage *in alium usum*, notamment en donnant à autrui (de nombreuses personnes: il dit « *vulgo* », publiquement !) la possibilité d’utiliser la chose donnée en prêt, sans le consentement du propriétaire: « *Siquis pretiosa vasa tibi aliamve suppellectilem certum ad usum commodasset etc.* »

Voici l’analogie. Remettre une confiance (le contenu de la lettre) à un usage privé est exactement comme remettre une chose physique pour une utilisation particulière. Par conséquent, divulguer le contenu de la lettre est tout à fait comme utiliser la *res* physique donnée pour un usage autre que celui prévu par le contrat.

Ainsi placée, la conduite de Lamola est encadrée dans quelque chose de plus spécifique, et plus techniquement déterminée, que la trahison d’un ami. Il ne s’agit pas, en effet, d’une générique *trahison de confiance*, mais – pour utiliser le terme moderne – d’un *abus de confiance* spécifique¹⁹.

Guarino n’avait évidemment pas à l’esprit l’acte illicite moderne, mais la loi romaine. En particulier, il avait clairement en tête que l’usage abusif de la chose d’autrui confiée constituait, chez les Romains, un *furtum*. Et encore plus particulièrement, un *furtum usus*, un vol d’usage²⁰.

Voici donc qu’à ce stade (deuxième bloc de l’extrait de la lettre), Guarino cite justement « à la manière des Juristes », deux sources juridiques romaines concernant le délit du *furtum* :

« **Iurisconsulti furti genus diffinire solent**, “si quis iumenta sibi commodata longius adduxerit alienove invito domino usus sit iumento”; nec minus “si quis tabulas amoverit aut cautiones”. »

Il faut dire, en premier lieu, que la mention d’un « *genus furti* » et d’une « définition » du *furtum* – dans les mots qui introduisent aux citations – est, elle-même, très précise. Les anciens juristes (par exemple Gaius, repris par les *Institutions* de Justinien) disaient qu’« il y a vol, non seulement lorsqu’on déplace la chose d’autrui pour la soustraire, mais en général (“*generaliter*”), lorsqu’on en dispose sans la volonté du propriétaire²¹ ». Et en suite: « Ainsi [...] le dépositaire qui se sert de la

¹⁹ Voir aujourd’hui l’article 314-1, Code pénal : « L’abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d’autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu’elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d’en faire un usage déterminé. »

²⁰ Sur le délit romain voir récemment Fernández de Buján F., « Acerca de la posible extensión del concepto de “furtum usus” », in *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, vol. II, Naples, Jovene, 2002, p. 398-411 ; Apathy P., « Commodatum und furtum », in R. Gamauf, H. Hausmaninger (dir.), *Festschrift für H. Hausmaninger*, Vienne, Manz, 2006, p. 15-24 ; Desanti L., « Sapere di agire contro la volontà del proprietario, credere di averne il permesso. Riflessioni intorno al dolo nel furto d’uso », *Annali dell’Università di Ferrara*, vol. XXIV, 2010, p. 17-41.

²¹ Voir Gai 3.195 ; I. 4.1.6. La définition remonte probablement à Sabinus : Gell. 11.18.20. Sur ce point, voir pour tous Huvelin P., *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain*, vol. I : *Les sources*, Lyon, A. Rey, 1915 [réimpr. Rome, l’Erma di Bretschneider, 1968], p. 681 et suiv.

chose déposée; le commodataire qui, après avoir reçu la chose pour en faire un usage déterminé, l'emploie à un usage différent, commet un vol: par exemple, lorsque sous prétexte d'inviter ses amis à un repas, il emprunte de l'argenterie et l'emporte en voyage; ou lorsqu'après avoir emprunté un cheval pour se promener, il le conduit trop loin²². »

De leur côté, les deux citations correspondent aux fragments des deux juristes romains (respectivement Paul et Ulpien) conservés dans le *Digeste*. La deuxième citation se réfère au commentaire *ad Sabinum* d'Ulpien: « D. 47.2.27 pr. (Ulp. 41 *ad Sab.*). Qui tabulas vel cautiones amovet, furti tenetur **non tantum pretii ipsarum tabularum, verum eius quod interfuit** ²³. »

Ici, Ulpien, au début du troisième siècle (mais la règle remonte probablement à Sabinus, au premier siècle²⁴), soutenait que la valeur des documents écrits réside (aussi) dans leur contenu, et pas seulement dans leur matérialité. Cela était particulièrement évident, aux yeux de la loi, dans le cas des documents de crédit, des tables de testament, ou même des documents de garantie. Le vol du document n'est pas seulement un vol du matériel d'écriture, mais il implique aussi une compensation sur la base de la valeur du rapport indiqué par le certificat. Donc, Guarino dit par précision et exactitude, que son raisonnement sur le *furtum* doit être pris en considération en ce qui concerne le « contenu » de la lettre, et non pas le soutien matériel en soi-même. C'est-à-dire, le dépôt, ou le prêt-à-usage, a d'une part eu lieu en ce qui concerne le contenu de l'épître (l'opinion sur l'*Hermaphrodite*); et d'autre part, l'usage se réfère aux opinions écrites dans la lettre. Par conséquent, l'usage abusif, donc le vol a aussi eu lieu par rapport au contenu intellectuel du document, et non à la matière d'écriture.

La citation la plus intéressante pour nous est cependant la première. Le juriste Paul, toujours dans un commentaire *ad Sabinum*, disait : « D. 47.2.40 (Paul. 9 *ad Sab.*). **Qui iumenta sibi commodata longius duxerit** alienave re invito domino usus sit furtum facit²⁵. »

Paul résume ici deux cas, ou pour dire mieux, un cas exemplaire et une règle.

Le cas a une valeur topique très particulière en droit romain, car il remonte à une très vieille affaire ayant réellement existé, dont Aulu-Gelle²⁶ et Valère Maxime²⁷ sont témoins. Les Romains ont toujours conservé le souvenir de ce jugement sévère, dans lequel avait été reconnu coupable de vol un homme, à qui il avait été prêté un cheval afin de monter jusqu'à Ariccia (près de Rome), mais

²² Voir Gai 3.196 ; I. 4.1.6.

²³ Trad.: « Si quelqu'un détourne des tablettes ou des documents de garantie, il est tenu de vol, non pas seulement pour la valeur des tablettes, mais aussi pour l'intérêt de sa fonction. »

²⁴ Voir pour tous Astolfi R., *I libri tres iuris civilis di Sabino*, Padoue, CEDAM, 1983, p. 247.

²⁵ Trad.: « Si quelqu'un aura mené plus loin [qu'il n'a été convenu] des bêtes de somme, qu'on lui avait prêtées, ou aura utilisé une chose d'autrui sans le consentement du propriétaire, commet un vol. »

²⁶ Voir Gell. 6.15 : « *Quam severe moribus maiorum in fures vindicatum sit ; et quid scripserit Mucius Scaevola super eo, quod servandum datum commodatumve esset . 1. Labeo in libro de duodecim tabulis secundo acria et severa iudicia de furtis habita esse apud veteres scripsit idque Brutum solitum dicere et furti damnatum esse, qui iumentum aliorum duxerat, quam quo utendum acceperat, item qui longius produxerat, quam in quem locum petierat. 2. Itaque Q. Scaevola in librorum quos de iure civili composuit XVI verba haec posuit : "Quod cui servandum datum est, si id usus est, sive, quod utendum accepit, ad aliam rem, atque accepit, usus est, furti se obligavit."* »

²⁷ Voir Val. Max. 8.2.4 : « *Multus sermo eo etiam iudicio manavit, in quo quidam furti damnatus est, qui equo, cuius usus illi Aricciam commodatus fuerat, ulteriore eius municipii cliuo nectus esset. Quid aliud hoc loci quam uerecundiam illius saeculi laudemus, in quo tam minuti a pudore excessus puniebantur ?* »

qui avait utilisé le cheval pour se déplacer au-delà de cette ville. L'« usage ultérieur », pour ainsi dire, qui n'était pas prévu dans le contrat, avait été en effet considéré comme illégal, donc constitutif de vol. L'exemple du cheval prêté a été depuis lors cité à plusieurs reprises par les juristes romains, à partir peut-être de Junius Brutus²⁸.

La règle générale, qui est centrale à nos fins, est en outre la suivante: « Celui qui utilise une chose d'autrui sans le consentement du propriétaire, commet un vol. » Ceci, comme nous l'avons déjà mentionné, est la notion formelle de *furtum usus*, dont la substance remonte au moins à Quintus Mucius Scaevola²⁹. Il s'agit donc de notions très anciennes dans le droit romain.

On peut donc récapituler ainsi le raisonnement de Guarino, qui est structuré en forme de syllogisme: au premier niveau, Guarino soutient que l'envoi de la lettre constitue un accord tacite, un véritable contrat, de même nature qu'un dépôt ou qu'un prêt-à-usage, dont le transfert est fait pour un usage spécifique (*certum ad usum*). Dans la deuxième partie, Guarino rappelle que dans le cas de l'emprunteur ou du dépositaire, l'utilisation abusive que constitue, aux yeux du droit romain, un *furtum*. D'ailleurs, le vol d'un document est un vol du contenu de ce même document. Pour le démontrer, Guarino cite deux passages du *Digeste*.

Nous sommes désormais prêts à la conclusion, qui arrive en troisième partie du passage:

« Cum, **mea** communicans tecum **consilia, tuae fidei animum crediderim tuque** ex te prosilire siveris **longiusque produci** et meliores excerpti particulas, quantum gloriari Hermaphroditus debeat neminem latere arbitror. Aut igitur integra edenda et praeponenda fuit epistula aut tota subticenda nec ego ignarus invitusque, ut dixi, testis apponendus³⁰. »

La divulgation d'une lettre privée constitue un vol d'usage. Guarino prend même, et en la transformant, l'image du cheval: la lettre – c'est-à-dire, son contenu – était destinée à « arriver » jusqu'à l'esprit du destinataire ; quand il l'a divulguée, il a fait « un voyage plus long que prévu » (*ex te prosilire siveris longiusque produci*).

En effet, le chemin, qui, d'un lecteur à l'autre, se propage parmi le public, est potentiellement illimité. Le cheval, chez Guarino, est devenu le symbole de l'idée, qui doit être utilisé uniquement dans les limites imposées à celui qui l'a reçue : réclamation tout à fait naïve, cependant, car les idées galopent, comme nous le savons, beaucoup plus librement et rapidement que les êtres vivants.

II. Au-delà de la rhétorique. Angelo dei Gambiglioni (†1461)

Le passage de Guarino, bien organisé du point de vue rhétorique, se situe tout à fait aux limites de la bonne littérature et du droit. L'utilisation du droit romain, bien sûr, est très intéressante pour nous, et l'encadrement spécifique de l'affaire au sein du vol d'usage, d'une façon aussi habile et méticuleuse, est entrepris avec soin. Cependant, Guarino n'est pas juriste (même s'il avait travaillé,

²⁸ Voir pour tous Huvelin P., *Études sur le furtum...*, *op. cit.*, p. 328 et suiv.

²⁹ Voir Gell. 6.15 ; D. 47.2.77pr. (Pomp. 38 *ad Q. Muc.*).

³⁰ Sabbadini R., *Epistolario di Guarino Veronese*, *op. cit.*, vol. II, p. 211-212, n° 666, lignes 91-96.

peut-être, comme notaire³¹), et l'épître appartient à un genre littéraire différent de celui des traités juridiques.

Il faut donc se demander jusqu'à quel point Guarino fait de la littérature, et où commence le droit ? 44
La seule façon pour approfondir cette question est de se pencher sur les juristes contemporains à Guarino.

Il est utile de lire, en particulier, un court passage du *Tractatus de maleficiis* par Angelo Gambiglioni 45
(ou l'*Aretin* : †1461), qui était, comme on le sait, l'un des textes de référence pour les criminalistes à l'époque du droit commun³². Le milieu culturel du Gambiglioni était commun à celui de Guarino³³ ; cependant le travail de l'*Aretin* ne peut pas avoir influencé directement le Veronèse, car le *Tractatus de maleficiis* remonte à 1438³⁴, trois ans après la lettre de Guarino à Lamola.

Le passage qui nous intéresse se trouve dans la glose *Etiam vestem coelestem foderatam* du traité de 46
Gambiglioni, au paragraphe 32³⁵ :

« 32. Quid si commodo tibi librum ut in eo studeas, et tu ad alium usum retines, puta pro 47
exemplari ? An tenearis furti ? Vel pone commodo tibi equum meum ut vadas ad villam et vadis eo Florentiam me inscio [...] : an furti tenearis ? Et dic quod sic [...]»³⁶. »

Gambiglioni demandait : que se passe-t-il, si je te donne un livre afin de l'étudier (*ut in eo studeas*) et 48
que tu l'utilises à d'autres fins (*ad alium usum retines*), par exemple *pro exemplari*, c'est-à-dire, comme un modèle pour en faire des copies³⁷ ? Commets-tu un vol ? Réponse : tout à fait, exactement comme celui qui emprunte un cheval pour aller au pays et l'utilise pour se mener à Florence (voilà une variation, comme nous le voyons bien, sur le thème topique classique).

Alors, nous sommes ici peut-être en face d'un « pas en arrière », par rapport à Guarino, parce que 49
chez Gambiglioni, il semble que le prêt et l'usage concernent le livre lui-même, en tant qu'objet, et non son contenu. Un livre peut être utilisé par son détenteur de plusieurs façons, et notamment

31 Pistilli G., « Guarini, Guarino », *op. cit.*, p. 357 et suiv.

32 Zordan G., *Il diritto e la procedura criminale nel Tractatus de maleficiis di Angelo Gambiglioni*, Padoue, CEDAM, 1976 ; Maffei D., Maffei P., *Angelo Gambiglioni giureconsulto aretino del Quattrocento. La vita, i libri, le opere*, Rome, Fondazione Sergio Mochi Onory, 1994 ; Maffei P., « Gambiglioni, Angelo », in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 52, Rome, Istituto della Enciclopedia italiana, 1999, p. 115-118.

33 Gambiglioni fut professeur à Bologne de 1431 à 1445 (ou 1446) et plus tard il s'établit, comme Guarino, à Ferrare. Maffei P., « Gambiglioni, Angelo », *op. cit.*

34 Datation sur la base du manuscrit Vat. lat. 2650.

35 Éd. Gambiglioni A., *Angelus Aretinus de maleficiis [...] cum Apostillis Augustini de Arimino*, Venise, Al segno della Fontana, 1557, feuilles 182r-v ; éd. Gambiglioni A., *Tractatus de maleficiis Angelii Aretini, cum additionibus optimi practici D. Augustini Bonfrancisci Ariminensis*, Cologne, Apud Viduam Henrici Falckenburg, 1599, p. 393.

36 Trad.: « Que se passe-t-il, si je te donne un livre, afin de l'étudier et que tu l'utilises à d'autres fins, par exemple, comme un modèle pour en faire des copies ? Commets-tu un vol ? Ou, suppose, je te prête un cheval pour aller au pays, et tu l'utilises pour te mener à Florence, à mon insu. Commets-tu un vol ? Et je dis que oui [...] »

37 Sur cette pratique, qui concerne les voies de transmission des textes dans le xv^e siècle, en particulier des textes académiques, voir pour tous Brizzi G. P., Tavoni M. G. (dir.), *Dalla pecia all'e-book. Libri per l'Università : stampa, editoria, circolazione e lettura*, Bologne, CLUEB, 2008, spécialement p. 91-102 (Greci R., « Il libro universitario nel Medioevo tra interessi economici e significati simbolici ») et p. 141-152 (Montecchi G., « Il passaggio dalla produzione del libro manoscritto a quella del libro a stampa nel xv e nel xvi secolo »). Voir dans ce contexte aussi les indications de Kantorowicz H., « Accursio e la sua biblioteca », *Rivista di storia del diritto italiano*, n° 2, 1929, p. 35-62, p. 193-212 (spécialement p. 210, avec référence aux *exemplaria* d'Accurse et probablement « [a]l più antico caso di esecuzione pratica di una specie di diritto d'autore da parte dei suoi eredi »).

comme modèle (*exemplar*) afin d'en tirer des copies. Guarino, de façon rhétorique, « prêtait des opinions », tandis que Gambiglioni, plus pragmatique, « prête un livre ».

Cependant, en inversant l'exemple du juriste, nous notons que nous obtenons un résultat similaire à celui de Guarino: la copie non-autorisée, la reproduction abusive (c'est-à-dire sans le consentement du « titulaire » du livre) d'une œuvre littéraire est un vol. Quel genre de vol ? Un vol d'usage (*furtum usus*), chaque fois que le détenteur du modèle de départ, de « l'original » pour ainsi dire, garde le livre sur la base d'un titre contractuel valide (dans ce cas, un prêt).

Le cas, le style et le but de Gambiglioni sont nettement différents de celui de Guarino, mais l'encadrement de l'affaire (publication ou reproduction d'une œuvre *invito auctore*, sans le consentement de l'auteur, ou du moins, de celui qui avait des droits prioritaires sur le travail de départ) est tout à fait comparable. On peut déduire, de ces cas, que la circulation des œuvres littéraires a lieu par des actes de livraison du matériel d'écriture, dont l'utilisation peut être limitée par contrat et la lésion de ce contrat punie pénalement. La reproduction ou la publication du contenu, sans le consentement du titulaire du « droit supérieur », constituent un abus des facultés prévues par le contrat, et de tels abus constituent, chez Guarino, mais aussi chez Gambiglioni, un délit de vol d'usage.

III. Au-delà de la reproduction abusive. Menrad Molther (1505-1558)

Les textes de Guarino et d'Angelo concernent la protection des œuvres littéraires sous deux divers profils de punissabilité de leur reproduction abusive (abus d'un texte, c'est-à-dire des idées qui y sont contenues, chez Guarino ; abus d'un code, c'est-à-dire du support matériel du texte, chez Angelo). La classe du vol d'usage paraît néanmoins attirer, au moins dans la rhétorique humaniste, une dimension encore plus idéale que celle des droits de l'auteur ou – pour ainsi dire – des droits des œuvres.

Un cas particulièrement intrigant nous est offert par un texte de Menrad Molther, humaniste allemand, théologien réformateur et philologue passionné³⁸.

En 1545, Molther dédicace à l'évêque de Würzburg, Melchior Zobel, une édition commentée du poème en hexamètres *De spiritualis historiae gestis*, par saint Alcime Avitus, archevêque de Vienne (455-518³⁹): l'œuvre, écrite environs mille ans auparavant, vers 507⁴⁰, fait revivre dans cinq livres en vers l'histoire humaine selon la narration biblique.

Le passage auquel nous sommes intéressés fait partie du commentaire au premier livre (*De mundi initio*), ou les vers d'Alcime décrivent la création de l'être humain selon le livre de la *Génèse*. Alcime

³⁸ Bossert G., « Molther, Menrad », in *Allgemeine Deutsche Biographie*, vol. 52, Leipzig, Duncker & Humblot, 1906, p. 446-447.

³⁹ Peiper R., « Proemium », in *Alcimi Ecdicii Aviti viennensis Episcopi opera quae supersunt*, Berlin, Weidmann, coll. « Monumenta Germaniae Historica », 1883, p. lxxv, note 136.

⁴⁰ *Alcimus Avitus viennensis Galliae Episcopus. De origine mundi. De peccato originali. De sententia Dei. De diluvio. De transitu maris rubri. Omnia heroico carmine elegantissime descripta, cum commentariis Menradi Moltheri Augustani*, Bâle, 1545. Sur la datation de l'œuvre voir pour tous Hecquet-Noti N. (éd.), « Introduction », in Avit de Vienne, *Histoire spirituelle*, t. I : *Chants I-III*, Paris, Les éditions du Cerf, 1999, p. 31-32.

s'applique à une description méticuleuse de la façon dans laquelle la vie organique naît de la matière inorganique, la terre. Peu à peu, les membres humains prennent forme et consistance, et s'érigent en une individualité marchante à partir d'une masse inerte et indistincte.

La scène de la création est décrite avec beaucoup d'ardeur, et l'évêque en produit une exposition minutieuse, dans laquelle les détails anatomiques sont énumérés dans leur développement original.

Molther, en examinant un manuscrit très ancien de l'œuvre, s'aperçoit que certains vers ont été censurés par un précédent possesseur du code et sont couverts d'encre (*quis attramentum oblevit*), à tel point qu'il est désormais impossible non seulement de les lire, mais aussi de reconnaître la présence des traits de l'écriture. Il s'agit, nous le savons, du lieu correspondant aux vers 94-100, et probablement d'une partie du vers 101, du livre *De origine mundi (De mundi initio*⁴¹). Face à cette découverte, Molther commente⁴² :

« In vetustissimo quod ad manum mihi est exemplari, scripta fuerunt septem carmina, quae quantum divinare potui, admirabilem dei creatoris potentiam in membris humanae generationi consecratis continent. Haec nescio quis attramento ita oblevit, ut vix scripturae vestigium appareat. Si fecit ne lubrica iuventus ansam nancisceretur verecundiae limites transiliendi, me iudice dignior est excusatione quam accusatione. Verum si ex hypocrisi vel ficticiae religionis superstitione hoc fecit, **furti reus esse videtur. Si enim is furtum [fecerit] qui iumenta sibi commodata longius duxerit, vel alio modo invito domino usus fuerit**, ut patet ff. de furtis l. qui iumenta, et Inst. eodem titulo §. furtum autem, **quanto magis hic hypocrita furti reus est, qui libro, invito auctore, alio modo quam decuit usus est**⁴³. »

⁴¹ *Ibid.*, p. 140 (voir en outre Morisi L., *Alcimi Aviti De mundi initio*, Bologne, Pàtron, 1996, p. 42) : « *Succedit stomacho medius, qui tegmine molli / Inter utrumque latus foueat uitalia, uenter / Diuiduam partem femur excipit, aptius ut se / [95] Alternum m oueat duplicato poplite gressus / At parte ex alia, fingit quam Conditor unus / Occipiti submissa suo descendere ceruix / Incipit et uastos compagibus addere nervos / Spina rigens crebris inter commercia nodis / [100] Diffundit dupl icem costarum ex ordine cratem / Pars interna nouos uitae formatur ad usus.* » Trad. (Hecquet-Noti N., *loc. cit.*): « À l'œsophage se rattache, au milieu du corps, le ventre qui, de son enveloppe souple, entre les deux flancs, réchauffe les parties vitales. Une cuisse soutient chaque moitié de l'être humain, si bien qu'il lui est possible de marcher en pliant alternativement les genoux. Cependant, de l'autre côté, que l'Artisan unique façonne, la nuque, placée sur l'occiput qui lui correspond, commence à descendre et à joindre aux articulations de larges tendons. L'épine dorsale rigide, entre ses articulations aux nœuds serrés, déploie la double grille de l'alignement costal. La partie intérieure du corps est formée pour les nouveaux usages de la vie. » Molther (*Alcimus Avitus viennensis Galliae Episcopus...*, *op. cit.*, p. 9) lit seulement le vers 93 [« *Inter utrumque latus foueat uitalia uenter* »], puis tout de suite le v. 101, dans la forme « *Sic et terra nouos uitae formatur ad unus* » ; il perd ainsi les vers 92-100. La querelle se trouve justement dans le commentaire au lemme « *Sic et terra* ».

⁴² *Alcimus Avitus viennensis Galliae Episcopus...*, *op. cit.*, p. 125.

⁴³ Trad.: « Dans le modèle très ancien, que j'ai entre les mains, furent écrits sept vers, qui autant que je puisse le deviner, contiennent l'admirable puissance de Dieu créateur dans les membres consacrées à la procréation humaine. Je ne sais qui, les a couverts d'encre, au point que même la trace d'une écriture est à peine reconnaissable. S'il a fait ça pour que la frêle jeunesse n'eût pas un point d'appui pour dépasser les limites de la décence, à mon avis il est plus digne d'excuse que d'accusation. Mais s'il a fait ça par hypocrisie, ou au nom d'une croyance basée sur une fausse doctrine, il apparaît être coupable de vol. En effet, il aura commis un vol, celui qui a mené plus loin le cheval, qui lui a été prêté à usage, ou bien l'a utilisé d'une façon différente sans le consentement du propriétaire, comme il en résulte de la loi *qui iumenta*, tit. *de furtis* du Digeste, et du fragment *furtum autem* des Institutions, au même titre, à plus forte raison ici est coupable de vol l'hypocrite, qui a utilisé le livre sans le consentement de l'auteur, d'une façon contraire à ce qui convenait. »

Les vers perdus, suppose Molther, ont été biffés – après la confection du manuscrit – pour censurer leur contenu (il conjecture qu'ils décrivent la présence de la puissance du Créateur dans les membres humains destinés à la procréation). 59

L'humaniste critique la censure, mais avec prudence, car il fait une distinction : au cas où le censeur a agi dans une juste intention – pour ne donner aux jeunes l'occasion de dépasser les limites de la décence –, la censure-même devient justifiable. Si, à l'inverse, le censeur a agi hypocritement, c'est-à-dire simulant des bonnes intentions, mais pour plier le texte à ses propres fins, ou pour soutenir une fausse doctrine, alors il est à condamner. On pourrait dire: s'il a agi conformément à la destination morale prévue par saint Alcime, son acte est seulement naïf ; au contraire, s'il l'a conduit de façon malveillante, par un dessein contraire à celui d'Alcime, il a commis un délit de vol. 60

L'argument de Molther se fonde, encore une fois, sur les instituts romains et leur topique: s'il est vrai que celui qui utilise d'une façon impropre les chevaux d'autrui, qui lui ont été prêtés à usage, commet un *furtum*, il s'ensuit que l'hypocrite qui *invito auctore* utilise un livre d'une façon contraire à ce qui avait été convenu (*alio modo quam decuit*), est coupable à plus forte raison. 61

Comparativement à Guarino (où l'épître avait été surutilisée, car excessivement exploitée), l'abus s'est produit ici, selon Molther, au moyen d'une sous-utilisation du texte, c'est-à-dire d'une élimination des vers, d'une censure des idées. Il s'agit néanmoins des deux faces d'une même pièce. 62

D'ailleurs, même l'exemple du cheval n'est pas choisi par hasard: un écrit (comme on le lit expressément chez le Veronèse, et ici à demi-mot), avec les idées contenues dans celui-ci, est un vecteur de connaissance pour les lecteurs, mais il faut l'utiliser dans la mesure où l'auteur l'a voulu. Aller plus loin (*longius*) signifie, nous dirions aujourd'hui, instrumentaliser. 63

Épilogue

La simple transition de l'évocation générale du concept de propriété intellectuelle à côté de celui de vol, à la référence spécifique au *furtum usus* à côté de celle de licence d'usage, nous donne tout de suite l'idée d'une tradition juridique articulée et complexe, qui n'a jamais cessé d'essayer de lire les relations sociales et économiques, même les plus récentes, et à chaque fois les plus modernes, avec les yeux du passé, et du droit romain en particulier. 64

Ce thème, en fait, semble avoir été négligé par la plupart des études qui concernent l'histoire du droit d'auteur. Celles-ci, au regard de l'époque qui précède la réflexion moderne en cette matière⁴⁴, se sont concentrées surtout sur les traits locaux du système des privilèges⁴⁵, ainsi que sur l'origine 65

⁴⁴ L'époque des privilèges est considérée comme une proto-histoire ou, selon une expression déjà utilisée, une préhistoire du droit d'auteur : Wadle E., « Vor- oder Frühgeschichte des Urheberrechts », *UFITA*, n° 106, 1987, p. 95-107 ; Armstrong E., *Before Copyright. The French Book Privilege...*, *op. cit.*

⁴⁵ Pour la France, voir pour tous *ibid.* Un cas particulier – celui d'André La Vigne contre Michel le Noir (1504) – est au cœur de l'étude par Brown C. J., *Poets, Patrons and Printers. Crisis of Authority in Late Medieval France*, Ithaca, Londres, Cornell University Press, 1995 (p. 1 et suiv. ; une retranscription des actes du jugement se trouve en p. 255-256). Pour l'Italie, voir Witcombe C. L. C. E., *Copyright in the Renaissance...*, *op. cit.*, p. 21 ; id., *Print publishing in sixteenth-century Rome : growth and expansion, rivalry and murder*, Londres, Harvey Miller, 2008. Pour la région allemande (autant qu'anglaise), voir Höffner E., *Geschichte und Wesen des Urheberrechts*, *op. cit.* Sur des points spécifiques, voir en outre Wadle E., *Beiträge zur Geschichte des Urheberrechts*, *op. cit.*, p. 97-134.

et l'évolution du cadre normatif dans les divers pays (France et Angleterre en particulier). Il semble toutefois opportun d'adjoindre aussi à ces investigations indispensables une étude historiographique spécifique sur les reflets de la tradition romaine en cette matière.

La rhétorique humaniste (mais pas elle seule) atteste en effet pour l'époque moderne d'une persistance des éléments propres des instituts pénaux hérités du monde ancien, dans le cadre plus général du processus de distinction et d'identification des types modernes d'infractions, surtout pénales mais aussi civiles, à partir des délits romains⁴⁶. Ainsi, par exemple, l'encadrement de la divulgation et de la publication abusive des œuvres littéraires, dans la classe des conduites « furtives » *lato sensu*, émerge à plusieurs reprises autant dans la sensibilité des auteurs-mêmes que dans la réflexion juridique, en particulier celle des xviii^e et xix^e siècles alors que, dans l'Europe entière, il est nécessaire de coordonner la protection des auteurs avec le développement de l'idée d'une « propriété intellectuelle⁴⁷ », jusqu'aux seuils du xix^e siècle⁴⁸. L'uniformité de la pensée des rhétoriciens et des

⁴⁶ Sur la distinction progressive du *furtum improprium* à partir de la notion unitaire du *furtum* romain, voir Battaglia F., *Furtum est contractatio. La definizione romana del furto e la sua elaborazione moderna*, Padoue, CEDAM, 2012, spécialement p. 1-84.

⁴⁷ L'histoire du classement de la reproduction abusive des œuvres littéraires dans la catégorie romaine du *furtum usus*, de la part de la doctrine juridique d'Ancien Régime, semble être riche et longue, car sa résonance arrive jusqu'à l'aube de l'époque contemporaine. Il suffit de mentionner ici deux textes beaucoup plus récents, dans lesquels on entend bien l'écho de cette tradition. L'œuvre du basiléen Johann Rudolph Thurneysen, membre lui-même d'une renommée famille d'imprimeurs, est emblématique dès le titre : *Dissertatio juridica inauguralis de recusione librorum furtiva [...] publice defendet Job. Rodolfus Thurnisius Basileensis*, Bâle, Typis E. & J. R. Thurnisiorum fratrum, 1738. Voir spécialement p. 13, où on retrouve facilement (de même que la mention de la règle de Paul, D. 47.2.40) l'argument à l'époque utilisé par Angelo Gambiglioni : « Committitur autem furtum usus, quando quis rem forsitan non aufert, verum illam in alium usum ac a domino aut proprietario concessa est, contra voluntatem proprietarii vertit, lucrificandi gratia, et de hoc accipienda sunt verba **Pauli** [in l. 40 ff. de furt.], quando dicit "**Qui aliena re invito domino usus sit, furtum facit**". Oportet porro illegitimum libri recusorem, antequam recudat aliquem librum, exemplar illius tenuisse, et proinde justo titulo sibi a vero illius domino acquisivisse; verum, qua intentione, quaeso, dominus librum in talem transtulit, nisi ea, **utvel si velit lectura vel promercali distractione**, aliove modo licito illum in usum suum vertat, **nequaquam vero ea mente, ut illi simul jus concessum velit, librum recudendi**, et hoc modo injustum lucrum captandi; cum itaque haec recusio fiat absque domini consensu, dum in alium usum liber a tali recusore vertitur, ac a proprietario ipsi concessum est, quis dubitat tali recusione furtum de Jure civili fieri? » Trad.: « On commit un *furtum usus*, lorsque quelqu'un ne soustrait pas, peut-être, la chose [d'autrui], mais l'utilise, contre la volonté du propriétaire, et à titre lucratif, d'une façon différente de celle pour laquelle le dominus ou le propriétaire lui avait concédée; et il faut ainsi interpréter les mots de Paul [dans la loi 40 du Digeste, tit. *de furt.*], lorsqu'il dit: "Celui qui utilise une chose d'autrui sans le consentement du propriétaire, commit un vol". Il faut d'ailleurs que l'imprimeur illégitime d'un livre, avant d'imprimer quelque livre, ait eu entre les mains son modèle, et donc qu'il ait obtenu à juste titre de son vrai propriétaire; mais avec quelle intention le propriétaire lui aura-t-il donné le manuscrit, sinon celle de le lire, s'il veut, ou de le mettre en vente, ou de bénéficier de cela d'une autre façon licite, mais jamais avec l'intention de lui donner toute de suite le droit d'en imprimer des copies, et d'en acquérir ainsi un injuste avantage. Donc, si cette impression arrive sans le consentement du propriétaire, et le livre est converti par susdit imprimeur à un usage différent de celui qui lui avait été accordé par le propriétaire, qui doute que susdite impression soit un vol selon le droit civil? ». –Le deuxième texte ici mentionné est un passage d'un travail spécifique sur la question que nous traitons, le traité allemand « La reproduction imprimée des œuvres littéraires, selon les vrais principes du droit » (*Der Büchernachdruck nach ächten Grundsätzen des Rechts geprüft*), publié par Johann Stephan Pütter en 1774: « Aber eine noch nähere Analogie liegt in dem so genannten **furto usus**, wie es im § 6 Inst. De obligationibus, quae ex delicto nascuntur, beschrieben wird: etiam "**Si is, qui rem utendam accepit, in alium usum eam transfert, quam cuius gratia ei data est, furtum committit**" – maxime "si se intelligat, id invito domino facere, eumque, si intellexisset, non permissurum"; oder wie Paulus in L. 40 D. de furtis die Beyspiele davon gibt: "**Qui iumenta sibi commodata longius duxerit, alienave re invito domino usus sit, furtum facit**". Wenn man hier voraussetzt, daß auch bey dem Bücherverkauf der gelehrte Grundstoff für jeden Käufer in Absicht auf den Nachdruck res aliena bleibt, und daß **der Gebrauch, der mittelst Nachdrucks zum Schaden des Verlegers davon gemacht wird, nicht mit verkauft ist**, auch der Verleger seine Einwilligung dazu nicht gegeben haben würde, wie man solches sicher voraussetzen darf; so kann die Moralität eines furti usus in einer geliehenen Sache nicht größer seyn, als in einer verkauften Sache, deren Gebrauch durch die Natur der

juristes, autant que la référence constante au *furtum usus*, par rapport à des situations aussi différentes et à des aspects aussi spécifiques de la protection des auteurs et des œuvres, semble suggérer la diffusion, dans l'Europe humaniste, de schémas conceptuels pour la plupart communs⁴⁹.

Toutefois, la tendance à l'encadrement, rhétorique et juridique, de l'utilisation non-autorisée des œuvres littéraires (textes exploités ou censurés ; idées qui voyagent trop loin ou qui sont forcées à s'arrêter) en termes de *furtum usus*, peut être lue dans un contexte plus général du

Sache so bestimmt ist, daß der Nachdruck zum Schaden des Verlegers darunter nicht mit gerechnet werden kann. » (p. 70). Trad.: « Mais une analogie encore plus proche réside dans l'appelé "furtum usus", comme il est décrit dans le § 6 des Inst. De obligationibus, quae ex delicto nascuntur: etiam "Si is, qui rem utendam accepit, in alium usum eam transfert, quam cuius gratia ei data est, furtum committit" – maxime "si se intelligat, id invito domino facere, eumque, si intellexisset, non permissurum". Ou comme Paul dans la loi 40 D. de furtis nous donne un exemple à ce propos: "Qui iumenta sibi commodata longius duxerit, alienave re invito domino usus fit, furtum facit". Si l'on suppose que, dans la vente d'un livre, la matière première intellectuelle, pour l'acheteur, en ce qui concerne la reproduction, reste une chose d'autrui, et que l'utilisation qu'on en fait, à travers de la reproduction, avec dommage à l'éditeur, n'est pas incluse dans la vente, et aussi que l'éditeur n'aurait pas donné son consentement à cet usage, comme on peut certainement supposer ; alors, la moralité d'un *furtum usus* par rapport à une chose prêtée ne peut pas être supérieure à celle concernant une chose vendue, dont l'usage, en raison de la nature de la chose, est ainsi déterminé que la nouvelle reproduction avec dommage à l'éditeur ne peut pas être considéré comme inclus dans la vente. » Pütter tente également d'encadrer, sur la base du droit romain classique, les cas de reproduction illégale des œuvres littéraires (cette fois, au détriment de l'éditeur: nous sommes désormais trois siècles, depuis l'invention de l'imprimerie à caractères mobiles). Pütter dit, encore à la fin du xviii^e siècle, que l'affaire est « très similaire au vol d'usage », à propos duquel il mentionne et allègue encore une fois le passage de Paul sur le prêt du cheval. L'argument, en fait, est un peu plus subtil : ceux qui achètent une œuvre littéraire n'achètent évidemment pas, dit Pütter, la propriété du contenu intellectuel de l'œuvre. Cette propriété – justement, la « *propriété intellectuelle* », comme l'appelle principalement la tradition française – est toujours d'autrui. Qu'avons-nous donc transféré, avec la vente d'un livre ? Bien sûr, le matériel de support, l'objet physique en papier. Mais aussi, en outre, la possibilité d'utiliser le contenu immatériel du livre. Cependant, non pas chaque usage est licite : la reproduction du contenu du livre qui domme l'éditeur (*zum Schaden des Verlegers*) est conçue comme excessive par rapport – nous dirions aujourd'hui – à la « licence d'usage » de l'objet, donc il faut approcher cet abus à ce que les Romains appelaient, précisément, *furtum usus*. Une direction similaire est suivie même par la philosophie du droit : voir en particulier Kant I., « Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks », *Berlinische Monatschrift*, n° 5, 1785, p. 402-417 et surtout *Metaphysischen Anfangsgründe der Rechtslehre*, Königsberg, Friedrich Nicolovius, 1797, p. 128, § 31.II (*Was ist ein Buch ?* : voir sur ce point Izzo U., *Alle origini del copyright...*, *op. cit.*, p. 200. Voir aussi le texte kantien traduit et commenté par Pievatolo M. C., *Sette scritti politici liberi*, Florence, University Press, 2011, p. 69 et suiv.

⁴⁸ Il est intéressant de lire, encore dans le contexte du débat suivant l'introduction de la susdite norme, l'essai écrit par Innamorati F., « Un pensiero sui diritti d'autore di fronte al diritto penale », in *Pel cinquantésimo anno d'insegnamento di Enrico Pessina*, vol. II, Naples, Tipografia Angelo Trani, 1899, p. 75-90, car on y retrouve explicitement aussi la dogmatique que la topique de l'ancien *furtum usus*.

⁴⁹ On peut retrouver une trace de ces schémas, au fond, dans la même terminologie juridique de la contrefaçon française, avec les références, dans l'histoire des normes, à la conduite *invito auctore* (sans le consentement de l'auteur), autant que dans les règles (par exemple italiennes) qui concernent l'infraction de publication, ainsi dite, « abusive ». Voir par exemple le *Projet de Code criminel, correctionnel et de police, présenté par la Commission nommée par le Gouvernement*, (1801), article 387: « Toute édition d'écrits [...] imprimée [...] en entier ou en partie, **sans le consentement formel [...] de l'auteur** [...] est une contrefaçon, et toute contrefaçon est un délit. » Voir sur ce point Moscati L., « Alle radici del Diritto d'autore », in F. Liotta (dir.), *Studi di storia...*, *op. cit.*, p. 297. Le Code pénal 1810 modifie toutefois les termes: « Toute édition d'écrits [...] imprimée [...] en entier ou en partie, **au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs**, est une contrefaçon ; et toute contrefaçon est un délit. » La règle du Code pénal 1810 est toujours conservée par le Code de la propriété intellectuelle, article L335-2 : « Toute édition d'écrits [...] imprimée [...] en entier ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs, est une contrefaçon et toute contrefaçon est un délit. » Voir néanmoins l'article L122-4 du même Code (titre II: Droits des auteurs, chapitre II: Droits patrimoniaux): « Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite **sans le consentement de l'auteur** ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite. » Voir aussi la terminologie utilisée par la première réglementation sur cette matière après l'unification de l'Italie (loi du 25 juin 1865, n° 2337, article 29): « È reo di pubblicazione abusiva chiunque pubblica un'opera altrui senza permesso dell'autore o di chi lo rappresenta o ha causa da lui. » Trad.: « Est coupable de **publication abusive** quiconque publie une œuvre d'autrui **sans le consentement de l'auteur**, ou de son représentant, ou de son ayant cause. » La norme est reprise, sans variations, par le Décret royal 19 septembre 1882, n° 1012 (« Testo unico delle leggi sui diritti d'autore »).

rapport des humanistes avec l'intégrité des écrits et des mots qu'ils véhiculent. Ce faisant, cette histoire nous donne une application spécifique d'une règle plus générale, et généreuse, proposée par l'Humanisme : se montrer toujours à la hauteur du passé, afin d'être chaque jour dignes de notre présent.