Les artifices de la vérité en droit commun médiéval

Yan Thomas

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/lhomme/29519>

DOI : 10.4000/lhomme.29519

ISSN : 1953-8103

Éditeur

Éditions de l'EHESS

Édition imprimée

Date de publication : 15 octobre 2005

Pagination : 113-130

ISBN : 2-7132-2035-1

ISSN : 0439-4216

Référence électronique

Yan Thomas, « Les artifices de la vérité en droit commun médiéval », *L'Homme* [En ligne], 175-176 | juillet-septembre 2005, mis en ligne le 01 janvier 2007, consulté le 03 mai 2019. URL : <http://journals.openedition.org/lhomme/29519> ; DOI : 10.4000/lhomme.29519

Cet article est disponible en ligne à l'adresse :

http://www.cairn.info/article.php?ID_REVUE=LHOM&ID_NUMPUBLIE=LHOM_175&ID_ARTICLE=LHOM_175_0113

Les artifices de la vérité en droit commun médiéval

par Yan THOMAS

| Éditions de l'EHESS | *L'Homme*

2005/3-4 - N° 175-176

ISSN 0439-4216 | ISBN 2-7132-2035-1 | pages 113 à 130

Pour citer cet article :

—Thomas Y., Les artifices de la vérité en droit commun médiéval, *L'Homme* 2005/ 3-4, N° 175-176, p. 113-130.

Distribution électronique Cairn pour les Éditions de l'EHESS.

© Éditions de l'EHESS. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

Les artifices de la vérité en droit commun médiéval

Yan Thomas

AUSSITÔT QUE LE Corpus de Justinien * eut été reçu et se fut répandu comme autorité dans les universités médiévales, de Bologne à Montpellier, de Toulouse à Salamanque et d'Orléans à Oxford, les interprètes se trouvèrent confrontés, entre les XII^e et XIV^e siècles, à une formidable question. Comment concilier l'efficace du droit romain, sa capacité proprement technique à modifier le monde social, mais aussi le monde naturel, avec l'intangibilité d'une nature voulue et créée par Dieu, une nature où les institutions, ordonnées sur le plan du salut, recevaient impérativement leur sens ? Comment comprendre, interpréter et finalement concilier la révélation romaine du droit – car c'en fut véritablement une, assurée par la présence quasi magique de Rome, gagée sur l'actuelle sacralité de l'Empire romain germanique et manifestée par l'éclat vivant de la lettre des écritures juridiques – avec la révélation du Dieu immiscé dans les affaires humaines jusqu'à assumer, pour l'édification et le salut des hommes, leur nature charnelle ? Comment inscrire les artifices d'une institutionnalité purement et simplement politique, édifiée sans aucune référence métaphysique, sans aucune référence non plus à la nature, dans un monde regorgeant d'être, dans un monde où la nature ployait sous les signes et les indices de la surnature divine ?

* Nous utiliserons les abréviations suivantes :

- C.J. pour *Code justinien*. Compilation des lois impériales romaines par Justinien (534).
- D. pour *Digeste* de Justinien. Traité didactique du droit romain (533).
- Inst. pour *Institutes* de Justinien. Traité didactique du droit romain (533).
- X pour *Décrétales* de Grégoire IX. Compilation des décrétales pontificales (1234).
- VI pour *Sexte* de Boniface VIII. Compilation des décrétales pontificales (1298).
- Extrav. pour *Extravagantes* de Jean XXIII.
- Sur, in ou gl. sur pour gloses et commentaires des juristes médiévaux sur un passage de droit romain ou de droit canonique.
- pr. pour *præmium* (paragraphe introductif d'un texte juridique).
- c. pour *canon*.
- s.v. pour *sub verbo* (renvoie à certains mots que l'on glose ou commente).
- eod. loc. (sur le passage à peine cité).

Toute référence à la nature n'était sans doute pas absente des écrits juridiques transmis depuis Rome. En quelques passages du *Digeste*, du *Code* et des *Institutes*, la nature offrait un contexte où était pensée la structure de certains statuts, de certains droits ou de certains actes. Non qu'il se fût agi de la mettre en position de réalité ultime et de l'ériger en paradigme. Elle était bien plutôt un instrument conçu par les juristes pour rendre compte de certaines opérations du droit, à l'intérieur même du droit civil forgé par eux. On invoquait la nature, généralement, pour suppléer au défaut que comportait telle institution par rapport à une autre, sur le modèle de laquelle elle était forgée¹. Était dite « naturelle » l'institution réemployée pour en forger une seconde, et non pas l'institution prise en tant que telle, dans son rapport à une réalité préinstitutionnelle. Ainsi la filiation, légale en son principe comme en sa dénomination, était dite « naturelle » au regard d'une filiation adoptive qui prenait modèle sur elle en se déduisant de la fiction que le fils était né du père. De même, lorsqu'un esclave était affranchi dans des conditions telles que lui était conféré le statut, non seulement d'homme libre, mais encore d'homme libre de naissance, l'octroi impérial comportait la clause « comme s'il était né ingénu ». Or c'est au regard de cette fiction d'une naissance libre accordée à un esclave dont le prince effaçait l'origine que l'ingénuité pouvait être qualifiée de « naturelle » : l'autorité du droit faisait recouvrer à l'esclave une « image de l'ingénuité »² et le réintégrait dans cette « naissance commune à tous les hommes dans leur origine »³, c'est-à-dire dans cette liberté « primitive » ou « naturelle » qui avait valeur de modèle⁴. Le postulat d'une naturalité de l'ingénuité civile s'induisait du subterfuge d'un octroi de cette même ingénuité, sur le mode du « comme si », à ceux dont la naissance était servile. Inutile de multiplier les exemples. C'est dans de telles opérations, et exclusivement dans de telles opérations, que l'on pouvait confronter la nature et l'institution – c'est-à-dire une institution première et une institution seconde. Voilà le contexte étroit et précis, fonctionnel, où la pragmatique du droit romain faisait usage de la nature. La nature était un présupposé institutionnel de l'artifice, dans des actes qui opéraient par dérivation ou réemploi.

Dans les écoles, il fallut christianiser cette nature forgée et manipulée par les juristes de Rome. Fut employée pour cela la formule, répandue dès les premiers glossateurs du XII^e siècle, d'une équiparation de la nature avec Dieu : « la nature, c'est-à-dire Dieu » (*natura id est Deus*)⁵. Restait cependant, une fois baptisée

1. Cf. Yan Thomas, « *Imago naturae*. Note sur l'institutionnalité de la nature à Rome », in *Théologie et droit dans la science politique de l'État moderne. Actes de la table ronde organisée par l'École française de Rome les 12-14 novembre 1987*, Rome, École française de Rome, 1992 : 201-227.

2. *Imago ingenuitatis* à propos des affranchis, cf. : C.J. livre 9, titre 21, loi n°1 ; Papinien, *Fragments du Vatican*, 226.

3. Il s'agit de la « restitution dans le droit de la naissance » (*restitutio in natalibus*). Cf. Marcien, D. livre 40, titre 11, loi n°2 : « dans le droit de la naissance où se trouvèrent tous les hommes à l'origine... qu'il soit considéré (i.e. l'affranchi) comme s'il était né ingénu » (*natalibus [...] in quibus initio omnes homines fuerunt [...] perinde habetur atque si ingenuus natus esset*).

4. D. 41, 1, 7 pr. : « ils recouvrent leur liberté primitive » ; D. 1, 1, 4 ; D. 1, 5, 4 ; D. 12, 6, 64, 1 ; D. 50, 17, 32 : « liberté naturelle ».

5. Sur cet adage, connu déjà de Placentin (*Summa Institutionum*, 1, 2 de iure nat. gent. pr.), voir l'étude hypercritique de De Fasso, « Dio e la natura presso i decretisti ed i glossatori », in *Diritto ecclesiastico*, 67, 1, 1956. Pour les sources canoniques, voir Walter Ullmann, *Medieval .../...*

verbalement la *natura* romaine, à rendre interprétable aussi le droit qui s'en était servi comme d'un artifice au service de l'artifice – comme d'une institution au service de l'institution. Le droit civil romain mettait en présence de procédures par le moyen desquelles les hommes se forgeaient des dieux (consécration) et des fils (adoption), changeaient la vie en mort (mort civile) et la mort en vie (restitution), les personnes en choses (diminution statutaire) et les choses en personnes (personnification). D'autres outils servaient encore à abolir la distance et le temps, à changer l'absence en présence. En somme, un inépuisable arsenal de techniques pour contourner les obstacles que la réalité mettait à l'action humaine sur le monde – comme le disent des textes du début du XIV^e siècle, une véritable « alchimie ». Comment adapter ces manières juridiques et romaines de faire à un univers religieux où la nature, en tant que création divine, était indisponible ?

L'indisponibilité du naturel était mise en cause surtout par le procédé de la fiction juridique, puissant outil pour transformer la réalité. Le procédé consistait à travestir les faits, à les déclarer autres qu'ils n'étaient vraiment, et à tirer de cette adultération même et de cette fausse supposition les conséquences de droit qui se fussent attachées à la vérité ainsi feinte, si celle-ci eût existé sous ses dehors d'emprunt. Traiter comme vrai ce qui était déclaré être faux et s'appuyer sur ces données reconnues comme irréelles, tel était le moyen par lequel les juriconsultes antiques menaient à bien des opérations de déqualification et de requalification qui n'eussent pas abouti sans un tel forçage des faits. Servaient à le signaler des séries plus ou moins complexes de conjonctions équiparatives gouvernant le subjonctif irréel (*si, ita... uti, ita ut... ita, proinde ac si*, etc.). Ces « mots de la fiction » (*verba fictionis*)⁶, les interprètes médiévaux entreprirent d'abord de les repérer systématiquement dans le Corpus du droit romain. Ils entreprirent surtout de classer les fictions selon les genres de l'être, tels qu'ils les trouvaient exposés dans l'*Organon*, véritable répertoire taxinomique au Moyen Âge. Ainsi voit-on Azon (fin XII^e siècle) plaquer sur cette foisonnante matière les catégories d'Aristote, et trouver que les fictions postulaient – et que par là le droit contribuait à modifier – l'être et le non-être, la quantité, la qualité, la relation, le temps, le lieu, etc. Exemple de « fiction sur la substance » : le droit confère l'existence à qui ne l'a pas encore, tel l'enfant à naître⁷, ou bien il la confère à celui qui ne l'a plus, tel le citoyen mort pour la patrie, lequel, selon les *Institutes*, « vit en gloire » et fait bénéficier son père des avantages que procure un fils, comme d'être dispensé des charges de la tutelle⁸. Mais le droit transformait aussi bien la quantité, la relation (en instituant un rapport de filiation avec qui n'était le fils que par

[suite de la note 5] *Papalism : The Political Theories of the Medieval Canonists*, London, Methuen, 1949 : 40 ; Ugo Gualazzini, « *Natura, id est Deus* », *Studia Gratiana*, 3, 1955 ; Ennio Cortese, *La Norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, Roma, Giuffrè, 1962 : vol. 1, 56 sq. ; Brian Tierney, « *Natura id est Deus: A Case of Juristis Pantheism ?* », in *Church Law and Constitutional Thought in the Middle Age*, London, Variorum Reprints, 1979.

6. Cf. Bartole, *sur D.* 41, 3, 15, n. 5.

7. Cf. Azon, in *lib. I cod., incip. materia ad Cod.*, n. 10 : « *circa substantiam [...] esse, quod non est interpretantur ex eo, quod futurum speratur, ut est de eo qui est in utero [...]* ».

8. Cf. Azon, *loc. cit.* ; *glose Inst.* 1, 25, 1 pr. et *D.* 27, 1, 18 ; Bartole, *sur D.* 41, 3, 15, n. 28b.

fiction)⁹, la qualité, l'action (fiction de représentation), le temps (rétroactivité), le lieu (théorie de l'absent présent : le contumace ; ou du présent absent : le fou), etc.

Ces taxinomies médiévales pouvaient bien circonscrire le phénomène de la fiction : elles étaient incapables de le réduire. C'est pourquoi les juristes du Moyen Âge eurent à prendre position, plus fondamentalement, sur la capacité des hommes à changer, par l'instrument des artifices institutionnels, l'organisation sociale mais aussi, éventuellement, la nature physique. Ils eurent à fixer des limites à l'entreprise de dénaturation juridique du monde, et forgèrent pour cela des arguments dont se servent aujourd'hui encore, à leur insu, les juristes confrontés à l'entreprise de sa dénaturation technique. Christianiser le droit romain, cela devait revenir, tout d'abord, à domestiquer un mode de représentation du monde où les « choses » étaient nécessairement des choses humainement et politiquement instituées – en ce sens, bien noté par saint Augustin, que même les « choses divines », qui pour un chrétien n'avaient d'autre sens que celui d'une nature voulue et créée par Dieu, étaient, de l'aveu des anciens Romains, mises au rang des productions humaines et rattachées à la même fabrique que la peinture ou l'architecture, « instituées par les hommes » (*hominibus institutae*)¹⁰. Cela devait revenir aussi à transformer le rapport du droit aux choses en gommant autant qu'il était possible les aspérités d'un art juridique qui prétendait subvertir l'œuvre autonome de la nature et développait mille procédés de construction institutionnelle contraires à l'évidence même des faits – « artifices » (*artificia*), « forgeries » (*figmenta*), « simulacres » (*simulacra*), « fictions » (*fictiones*) que les commentateurs du Moyen Âge durent repérer, classer, incorporer à leur propre vision du monde – une vision qui sortit bien sûr bouleversée de cette délétère fréquentation.

Le droit et le fait

Voici un Brocard d'Azon *sur D.* 4, 6, 19, relatif au retour du prisonnier de guerre (*postliminium* : « franchissement de la frontière dans le sens inverse »). Aussitôt rentré dans la cité, le captif est rétabli dans ses droits. Lui que l'on considérait comme mort et dont les droits étaient éteints recouvre immédiatement, comme s'il n'avait jamais cessé d'être libre, son statut personnel, ses droits familiaux, sa propriété : est effacé le temps qui sépare son départ de son retour. Cependant, précise le texte, la possession acquise avant cette capture est irrévocablement rompue par elle, parce que « la possession est avant tout une question de fait ». Pur fait, la possession peut certes se consolider en droit, lorsque s'est écoulé le temps qui la change en propriété. Mais avant que le temps n'opère, il

9. Cf. Azon, *loc. cit.*, n. 12 : « *Circa relationem ut cum fingunt eum filium esse qui non est* ».

10. Saint Augustin, *Civ. Dei* 6, 5, 3 ; également 4, chap. I, sur l'inintelligibilité, pour un chrétien, de ce mode de rapport entre le divin et l'humain. Varron avait déjà exposé cette dichotomie des droits et des procédures divin et humain dans le *commentarium* qu'il adressa à Pompée sur le Sénat (cf. Aulu-Gelle, 14, 7, 9). Sur le plan de Varron, voir aussi la préface d'A. G. Condermi aux fragments des deux premiers livres des *Antiquitates Rerum Divinarum*, Bologne, 1967 : VII sq., et B. Cardauns dans son édition de Wiesbaden (1976).

n'y a encore que du fait – un fait qui tient à la présence même du corps même du détenteur, un fait qu'abolit l'absence et que la présence ne restaure pas : on ne renoue pas avec une possession ancienne, on se taille une possession nouvelle. Tel est le sens du texte antique, qui oppose l'instantanéité et la corporéité du fait aux constructions incorporelles et durables du droit. Or Azon renvoie à ce passage sous la rubrique qu'il consacre aux fictions légales (*figmenta legis*), pour illustrer son adage selon lequel « on ne peut feindre à l'égard des faits » : ni la loi ni ses interprètes ne peuvent faire comme si le prisonnier n'avait pas cessé de posséder physiquement, lui que la guerre et la captivité ont privé de toute maîtrise physique – lui qui n'est réintégré, une fois repassée la frontière, que dans son rapport juridique aux choses, un rapport intangible et abstrait avec lequel il n'est pas impensable de renouer. Sur le même texte et sur bien d'autres analogues, presque tous relatifs à la possession, la glose ordinaire d'Accurse (vers 1240) dira pareillement qu'« on ne peut feindre à propos des faits comme on peut le faire à propos du droit »¹¹. Ainsi, selon ce premier état de la doctrine, les artifices du droit opèrent bien sur ce que le droit lui-même postule, mais pas sur les données extérieures à lui. Les opérations fictives (comme annuler le temps écoulé entre la capture du prisonnier et son retour) valent à l'intérieur d'un ordre purement normatif, clos à la réalité d'un monde qu'il laisse inchangé au-dehors de lui. Commentant encore le même passage, Balde (1327-1400) reprendra une formule analogue : « la vérité du fait ne peut être changée par le droit »¹². Et, sur un passage des *Décrétales* de Grégoire IX, où l'on voit l'« équité canonique » accorder exceptionnellement la possession sans aucune prise réelle du sujet, sans aucun « acte corporel », il rappelle la doctrine des anciens docteurs selon lesquels il n'est pas de fiction « contre les faits », puisque « l'autorité des lois ne peut écarter la vérité naturelle ni abolir l'absence d'une réalité sous-jacente aux lois »¹³.

Cette formule fut bientôt appliquée à limiter l'action du législateur lui-même. Selon un énoncé de l'empereur Justinien, fréquemment réemployé au Moyen Âge, tant en droit civil qu'en droit canonique, pour fonder la souveraineté législative du prince ou du pontife, « l'empereur contient tout le droit dans les archives de sa poitrine »¹⁴. Or, lit-on chez Cynus (1270-1336), si le prince est maître du droit, il ne l'est pas du fait, ce qui se dit : « le prince ne contient pas les faits dans les archives de sa poitrine »¹⁵. L'adage vient ici en commentaire à D. 1, 5, 15, dont voici le casus. L'esclave Arescusa est affranchie sous condition

11. Accurse, notamment *gl. sur* : D. 4, 8, 21, D. 4, 6, 19 et D. 41, 2, 23 *pr.* Cette formule disparaît dans la glose postérieure.

12. Balde, *sur* D. 4, 6, 19 : « le droit n'établit pas de fictions sur le simple fait pris comme tel et séparément du droit... parce que l'on ne peut changer la vérité du fait » (*super facto mero et abstracto a iure ius non fingit [...] quia veritas facti non potest mutari*).

13. *Ad tres priores libros Decretalium*, sur c. 9 des X., livre 2, chapitre 14, de *dolo et contumacia* : « *authoritas legum non potest veritatem naturalem tollere et ab absentia realitatis suae eradicare* ».

14. Sur l'adage « *iura in scrinio pectoris suo* » et sur ses applications pontificalistes ou impériales, voir F. Gillman, « *Romanus pontifex iura omnia in scrinio pectoris sui censetur habere* », *AKKR*, 92, 1902 ; A. Steinwenter, *Nomos empsychos. Zur Geschichte einer politischen Theorie*, Vienne, 1946 : 256 sq. ; Gaines Post, « Two Notes on Nationalism in the Middle Ages », *Traditio*, 9, 1953 : 281-320.

15. Cynus de Pistoia, *sur* C.J. 1, 14, 5 : « *princeps non potest habere facta in scrinio pectoris sui* ».

qu'elle aura trois enfants : elle met d'abord un enfant au monde, puis des triplés. Question : lequel des enfants de la seconde portée naît ingénu, d'une mère déjà libérée par la naissance du troisième enfant ? Réponse : les enfants du second accouchement, même à trois, naissent nécessairement l'un après l'autre. Il suffit d'observer l'ordre des naissances : il n'arrive jamais que plus de deux enfants sortent en même temps, *uno impetu*, du ventre de la parturiente. De sorte que la mère est libérée aussitôt qu'apparaît, au cours de ce second accouchement, le deuxième nouveau-né. Issu d'une femme libre, le troisième naît ingénu. Tel est le casus romain. Quel est maintenant le sens de la complexification médiévale du cas ? Pourquoi l'empereur est-il dit impuissant à changer cet ordre ? Il pourrait s'il le voulait octroyer le droit d'ingénuité à un esclave et donc, à son gré, « rétablir dans les droits d'une naissance libre » l'un ou l'autre des enfants d'Arescusa nés avant celui dont la naissance a affranchi leur mère : l'acte porterait alors la fiction que l'enfant né esclave serait « considéré comme ingénu ». Mais, pour un juriste médiéval, une question beaucoup plus essentielle était de savoir si le prince pouvait obtenir le même résultat en agissant, non pas sur les statuts juridiques, mais sur les faits : le prince peut-il intervertir l'ordre attesté des naissances et décréter que l'enfant né en premier, en second ou en troisième, sera considéré comme né en quatrième ? La réponse des juristes était qu'on ne pouvait rien changer – et pas même le prince – à l'ordre des faits. Le prince ne détient pas les faits dans sa poitrine, *in pectore suo*, comme il y détient le droit.

Le droit feint, pour la propriété, que le prisonnier de guerre, dès son retour, recouvre la situation juridique qui était la sienne avant sa captivité ; mais il ne le feint pas pour la possession : la fiction peut bien abolir ou modifier le temps quant au droit, elle ne le peut pas quant au fait. Le prince accorde des privilèges comme le pape des dispenses : il octroie aux bâtards une naissance légitime, il octroie aux esclaves et aux affranchis une naissance libre ; mais il ne peut faire d'un cadet un aîné. La loi considère encore qu'un acte contraire au droit n'a pas eu lieu : mais elle ne peut pour cela effacer un crime, et faire qu'un homme assassiné ne soit pas mort, miracle qui n'appartient qu'à Dieu¹⁶. Apparente impuissance du droit, donc, à changer les événements et les choses.

Cette limite à la fiction, cependant, quoiqu'elle ait été assez souvent évoquée par les premiers glossateurs, et que la Grande Glose d'Accurse y fasse encore fréquemment allusion, n'est plus retenue comme essentielle à partir du XIV^e siècle. Cynus de Pistoia, Balde, Bartole, reprenant les nombreux exemples systématiquement compilés par Azon, ne manquent pas de signaler que le juriste ou le législateur, pour modifier le droit, n'a pas besoin d'artifice, alors qu'il y recourt pour modifier les faits. Il suffit de trancher autrement pour changer la norme : pour changer les faits, dont la nature échappe au droit, l'artifice du « comme si » est nécessaire. La réalité résiste et, pour la forcer, on ne peut la subvertir autrement que sur le mode de l'irréel. De sorte que, à l'inverse de la proposition initiale, mais à partir de la même présupposition que droit et fait appartiennent

16. Cf. Dinus, *sur C.J.* 1, 14, 5 ; et Cynus de Pistoia, *eod. loc.*

à des plans distincts, les juristes en viennent à reconnaître que «le droit ne feint que sur les faits» (*circa facta*)¹⁷. Dans la limite toutefois qu'admet le verrouillage d'une construction qui, au Moyen Âge, n'excède jamais le premier degré : l'interprétation médiévale réduit l'artificialité juridique à un unique étage, contrairement aux empiements plus complexes du droit romain antique. Elle ne tolère pas plus de «fiction de fiction» que de «servitude de servitude», selon une formule de Guillaume de Cuhn, docteur toulousain du tournant du XIII^e et du XIV^e siècle : ce principe passera en droit français avec l'adage «fiction sur fiction ne vaut»¹⁸.

Le corporel et l'incorporel

Or ce pouvoir de faire, défaire et changer, ou de quasi faire, quasi défaire et quasi changer la substance et ses modalités, fut contenu dans les limites de la «nature» et de la «vérité». Nous lisons souvent, chez les glossateurs des XIII^e et XIV^e siècles, que telle ou telle interprétation est inopérante parce qu'elle est «impossible selon la nature» (*impossibile secundum naturam*) ; ou bien encore que, quoi qu'ils fassent, les juristes ne peuvent jamais dans leurs interprétations

17. Tout cet enseignement est repris par Bartole, *sur D.* 4, 6, 20 : «la fiction feint partout et toujours sur des questions de fait, rarement ou jamais sur des questions de droit» (*factio universaliter fingitur super his quae sunt facti. Raro vel numquam super his, quae sunt iuris*) ; et surtout, *sur D.* 41, 1, 15, véritable traité systématique sur la *factio iuris*. Ainsi, n. 1 *in fine* : «le droit feint contre le fait» (*ius fingit contra factum*) ; n. 22 : «la loi ne peut changer la réalité, sinon par la fiction» (*lex non protest facere veritatem mutari, nisi per fictionem*) ; n. 29 : «supposons que la loi veuille faire d'un fils sous puissance un *sui iuris*, d'un illégitime un légitime, d'un esclave un libre : le peut-elle ? Bien sûr, mais pas par le moyen de la fiction : elle le peut selon la pure vérité, puisqu'il est vrai que le fils sera *sui iuris*, ou légitime, ou que l'esclave sera libre [...] au contraire, lorsqu'il ne s'agit pas du droit, mais du fait, on ne peut pas faire, selon la vérité, que les faits soient (*i.e.* autrement qu'ils ne sont) : lorsque l'équité l'exige, on recourt alors à la fiction» ; n. 39 : «on ne peut réellement faire qu'un enfant né n'existe pas, mais on peut faire qu'il soit tenu pour tel, et cela fictivement [...] mais, pour ce qui est des questions de pur droit, la fiction est-elle alors nécessaire ? [...] Lorsque le droit supprime un autre droit de plein droit, il est vrai qu'il le supprime alors réellement, selon la vérité». De même, *sur C.J.* 1, 14, 5, n. 15 : «l'on ne recourt pas à la fiction lorsque quelque chose peut être fait : [...] ainsi les contrats, en ce qu'ils sont une matière de droit, peuvent être véritablement annulés par la loi, qui les prive d'effet juridique lorsqu'ils ont été faits en violation des lois : quant au droit, ils sont véritablement inutiles ou nuls ; mais, quant au fait, ils sont fictivement tenus pour n'ayant pas existé, puisqu'ils ne peuvent pas être tenus pour tels en vérité».

18. La difficulté de la fiction double n'est pas soulevée avant la scolastique médiévale. Voir la discussion des *doctores* dans la Grande Glose *sur D.* 45, 3, 2, 18 et la position hyper artificialiste d'Hugolinus *sur D.* 49, 15, 12, 2, critiquée par la plupart des docteurs ; les opinions contraires de Jacobus de Ardizzone, Andreas de Isernia, Dinus, Raymond de Penafort, Odofredus sont reprises par Bartole, *sur D.* 41, 3, 15, n. 17 *sq.*, à propos de *plenius fictionem legis accipi*. Guillaume de Cuhn (alléguant *sur D.* 2, 14, 58 : «*factio non recipit fictionem, sicut servitus servitutem*») entre pour beaucoup dans ce refus de la fiction double : il est cité à plusieurs reprises, avec Pierre de Belleperche, par Cynus, *sur C.J.* 5, 11, 1, de même que par Balde, *sur eod. loc.*, ainsi que *sur D.* 23, 3, 69 («*duae fictiones non possunt concurrere*»), et par Bartole, *sur D.* 41, 3, 15, n. 69 («*factio fictionis esse non potest, sicut nec servitus servitudinis*»). Voir en outre : Cynus, *sur C.J.* 8, 50, 1 et *sur D.* 50, 12, 2 («*duae fictiones non possunt concurrere circa idem*») ; *consilium* 130, n°2 («*factio non generat fictionem*») ; Oldradus de Ponte, *consilium* 79, *in princ.* («*duo specialia non possunt concurrere circa idem*») ; Balde, *sur D.* 23, 3, 69, *sur C.J.* 1, 2, 1, n°74 («*factio non trahitur ad id. nisi quod directe agitur*») et *sur c.* 2 X, 2, 10 («*factio [...] non potest expediri per aliam fictionem*») ; Bartole, *sur D.* 1, 1, 9, n. 62 *s.v.* ; Alexander de Imola, *consilium* 130 ; etc.

«écarter la nature» (*naturam non tollunt*). De tels adages sont inconnus du droit romain. Qu'est-ce à dire ? Croyant plus au terrain des pratiques qu'à celui des doctrines pour faire accéder à l'intelligence du droit, je vais envisager ces principes d'interprétation dans leur usage casuistique, comme instrument de résolution d'une question. Lorsqu'on l'envisage dans sa casuistique propre, cette «nature» assure l'intangibilité de deux ordres. La distinction du corporel et de l'incorporel – du physique et de l'invisible – d'une part ; les lois biologiques de la reproduction humaine, d'autre part.

La «loi» (entendons, pour les glossateurs, le texte romain qu'ils commentent) admet bien l'hypothèse d'une tradition corporelle qui n'a pas eu lieu, pourvu que la chose existe : tel objet qui n'a pas été déplacé aurait pu l'être. Elle admet plus précisément encore la tradition fictive d'une chose présente, et plus difficilement celle d'une chose absente – sauf s'il s'agit d'argent, seule de toutes les choses corporelles dont l'absence ne soit pas un obstacle à la fiction de son déplacement, puisque la *pecunia* est douée d'ubiquité et qu'on peut toujours se représenter qu'elle existe en dehors du lieu même où elle se trouve¹⁹. Mais la fiction ne peut faire qu'un incorporel soit déplacé comme un corporel, ni que la frontière du tangible et de l'intangible, du visible et de l'invisible, soit ainsi transgressée. Cet obstacle, il est vrai, n'apparaît pas encore chez Azon, qui reconnaissait la quasi-tradition d'une servitude ; mais il est à maintes reprises affirmé depuis Accurse, réitéré par les commentateurs du XIV^e siècle, comme Balde, au nom de l'infranchissable limite du «possible selon la nature»²⁰. Cette limite n'est pas empirique, mais ontologique. La Grande Glose fonde l'impossibilité de trader les incorporels sur une indissolubilité des attaches spirituelles (*gl. D. 17, 2, 3, s.v. in nominibus*) : «il n'est ni possession ni tradition de choses incorporelles, et l'on ne peut feindre qu'une tradition soit dans ce cas intervenue, puisque la fiction ne doit s'étendre qu'à ce qui n'est pas impossible selon la nature des choses : ainsi, celui qui cède une créance ne peut s'en séparer au point que le débiteur cédé soit libéré envers le cédant, si celui-ci exerce son action après la cession [...] Les choses corporelles se perdent donc plus facilement que les incorporelles ou que les spirituelles : ainsi disons-nous de notre participation aux sacrements et des marques de notre foi, qui restent attachées aux ossements humains au point qu'ils ne peuvent en être séparés». Cette formule fait écho à une autre glose *sur D. 15, 1, 16* : «les créances et les actions ne peuvent être séparées de leur titulaire, pas plus que l'âme du corps». Le corps et l'âme, le physique et le spirituel, le visible et l'invisible, l'éternité de l'invisible au-delà de la mort du corps : voilà une division fondamentale de

19. Le transfert corporel de la *pecunia* absente, admis par Azon, fut un problème débattu, dans la première moitié du XIII^e siècle, notamment par Jacobus Balduini et Odofredus. La discussion est reprise un demi-siècle après par Cynus, *sur D. 12, 1, 5*, qui se range à l'avis d'Azon. Voir cependant, Bartole, *sur D. 45, 2, 9* : «il est impossible selon la nature qu'une même somme d'argent parvienne à plusieurs personnes à la fois».

20. Azon, *in 4 lib. Cod., de actionibus empti et venditi*, n. 9, à propos de la vente d'une servitude : «les incorporels ne peuvent être tradés ; mais ils apparaissent comme quasi tradés» (*sed quasi tradi videntur*). Accurse, *sur D. 17, 2, 3*. Sur le même texte, Balde : «la fiction n'a lieu que là où il est possible que la vérité ait lieu» (*ibi demum locum habet fictio, ubi est possibile quod habeat locum veritas*).

l'anthropologie chrétienne que les juristes du Moyen Âge projetèrent sur l'univers du droit romain pour en classer les opérations fictives et leur donner un sens ; pour les contenir dans les limites mêmes de leur univers religieux.

L'incorporel recouvrait en droit romain les constructions juridiques elles-mêmes, comme les obligations, les servitudes, les successions, l'usucapion, l'usufruit, la tutelle, la parenté, par opposition aux choses sensibles dont l'existence était assurée en dehors du droit. Avec l'interprétation scolastique, cette catégorie prit une tout autre nature. Bien au-delà des choses institutionnelles en tant qu'elles étaient abstraites, l'incorporel devint le siège de l'invisible en tant qu'il était présent. Une surnature investissait les institutions elles-mêmes et leur conférait une réalité qui les soustrayait à certaines opérations d'artifice. En ce sens, l'incorporel ne pouvait être traité à la manière des corps que l'on déplace. On ne pouvait par un artifice du droit assurer la visibilité de l'invisible et la tangibilité de l'intangible. À l'inverse, lorsqu'à partir d'Innocent IV les juristes se mirent à qualifier les communautés de « personnes fictives » (*personae fictae*), objet d'une pure représentation mentale (*repraesentatae*) ou imaginaires (*imaginariae*)²¹, une telle opération n'était envisageable que dans la mesure où justement les entités collectives n'avaient pas la réalité invisible et mystique des choses substantiellement incorporelles. Pour les juristes, elles n'étaient guère que des « noms » sans autre référent que les individus singuliers unifiés sous un vocable : « *L'universitas* n'est qu'une collection de plusieurs corps séparés, auxquels s'applique un même nom. » Les juristes du XII^e au XIV^e siècle s'en tinrent à la tradition juridique latine selon laquelle il n'était d'autre personne qu'individuelle²². Sur ce qui était privé d'existence, sauf par dénomination juridique, la fiction d'incorporation était loisible : elle ne donnait pas corps à de l'incorporel. La « personne » put se prêter

21. a) « Personne fictive » : Innocent IV, *Apparatus* c. 57 X 2, 20 ; Bartole, *sur D.* 45, 3, 26. Référence constante à la fiction juridique dans l'attribution de la personne aux communautés : Bartole, *sur D.* 48, 19, 16, 10 ; Balde, *sur c.* 3 X 2, 19 ; Franciscus Zabarella, *sur c.* 30 X 5, 3, n. 6 ; Paulus de Castro, *sur D.* 46, 1, 22 ; voir encore, à l'extrême fin de la tradition scolastique, Nicolaus Losaeus, *Tractatus de iure universitatum*, Venise, 1601 : f° 19r. L'idée de fiction est aussi bien exprimée à travers celle de représentation (malgré Hasso Hoffmann, *Repräsentation : Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte*, Berlin, Duncker & Humblot, 1990, 2^e éd. : 116 sq.).
b) « Personne représentative » : Jean Monchy, *Apparatus* *sur c.* 6, VI, 5, 11 (Bibl. Vat. Lat. 1392) ; Jacques de Révigny, *sur D.* 3, 4, 7, 2 ; Pierre de Belleperche, *sur C.J.* 1, 3, 31 (dont dépend Cinus, *ad. loc.* : voir R. Feenstra, « L'histoire des fondations. À propos de quelques études récentes », *Tidschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 24, 1956 : 423 sq.) ; Johannes Andreae, *sur c.* 16 VI 3, 4 (« *non vera sed repraesentata* ») ; Bartole, *D.* 2, 1, 1, *D.* 41, 2, 1, 22, n. 3, *D.* 45, 3, 26. Le lien entre représentation et fiction apparaît bien dans l'association *repraesentata et ficta* : Bartole, *D.* 45, 3, 26 ; Bartholomeus Salicetus, *C.J.* 9, 30, 1 ; Petrus de Ancharano, *c.* 16, VI 3, 4 ; Johannes ab Imola, *D.* 46, 1, 22, n. 1-3 ; Panormitain, *c.* 48, X 1, 6 et *c.* 30, X 5, 3 (« *corpus fictum et repraesentatum* ») ; ce lien est négligé par S. Panizo Orallo, *Persona jurídica y ficción. Estudio de la obra de Sinibaldo de Fieschi (Inocencio IV)*, Pamplona, Eunsa, 1975 : 141 sq., et par H. Hoffmann, *op. cit.*
c) « Personne représentative et imaginaire » fut forgé par Jean XXII, dans sa décrétale sur les frères mineurs : *Extrav. Joh. XXII*, c. 5, 14 (« *non vera, sed repraesentata et imaginaria* »).

22. Bassianus, Azon, Hugolinus, *in nomine Patris* [...] *principium omnium rerum*, *sur rubr. quod cuiusque universitatis nomine* (*D.* 3, 4) ; Accurse, *sur D.* 3, 4, 7, 1 : « *L'universitas* n'est rien d'autre que les individus singuliers qui s'y trouvent ». Bartole, *sur D.* 48, 19, 16, 10. Voir encore, au xv^e siècle, Bartholomeus Salicetus, *sur C.J.* 9, 30, 1.

ainsi à tous les emplois juridiques et étatiques sans qu'il fût jamais question de déceler sous elle le moindre substrat naturel ou surnaturel dont elle eût été la figure. La personnalité fictive des collectivités est bien au Moyen Âge un pur artifice. Il faudrait être d'ailleurs très attentif au fait que la tradition occidentale a beaucoup moins substantialisé qu'on ne dit ses constructions juridiques : la métaphysique politique est plus souvent le fait des historiens contemporains que celui des juristes anciens, y compris ceux du Moyen Âge.

En revanche, l'« incorporel » véritable était chargé de mystère et de présence. L'obstacle qui s'opposait à l'emprise d'une fiction par laquelle il aurait été traité comme un corps était difficilement surmontable. Une glose sur un passage des *Institutes* (3, 1, 3), où il est question de la « quasi-continuation » de la propriété du père dans celle du fils, nous fait voir la résistance d'un juriste du XIII^e siècle à accepter l'idée d'un traitement fictif de l'incorporel comme corporel : « le texte dit "quasi" parce que "continuation" ne s'emploie à proprement parler que pour les choses corporelles : or, la propriété est incorporelle. Parler ici de continuation est donc impropre. En outre, la continuation n'a lieu que d'une chose différente à une autre, et non pas entre choses semblables. Or, par fiction du droit, le père et le fils sont une seule personne ». Autrement dit, une « continuation fictive » (*quasi continuatio*) de la propriété du père dans celle du fils était impossible dans la mesure où, selon cette autre fiction romaine qu'allègue ici la glose (C.J. 6, 26, 11), et qui constitue un exemple classique de « fiction unifiante » (*fictio unitiva*)²³, le père et le fils comptaient pour une seule et même personne. Une fiction malaisément formulable est ici écartée par l'obstacle qu'y met une fiction contraire. L'idée, déjà mal représentable, d'une « continuation fictive » de la propriété de l'un dans celle de l'autre, d'un déplacement de l'incorporel d'un lieu à l'autre, cette idée était d'autant moins imaginable, en l'espèce, que la fiction même d'un tel transfert se heurtait à l'impossibilité de tout mouvement de père à fils, soudés qu'ils étaient, de par le droit, au sein d'une unité fictive.

La vie et la mort

C'est dans l'ordre biologique des corps vivants et mortels que passe la seconde limite à la fiction. Sur le terrain de la technique fictionnelle est inlassablement posée la question, toujours subordonnée à des enjeux très concrets, de la construction du rapport entre droit et nature : où passe exactement la limite qui sépare le droit des choses, lorsque l'organisation qu'il produit implique leur saisie purement virtuelle ? Ici sont placées les bornes à l'intérieur desquelles le droit, sur le mode de la fiction, peut agir et transformer la nature des choses.

La pratique forgeait des instruments neufs en substituant les uns aux autres les temps (rétroactivité), les choses (subrogation réelle), les personnes (subrogation personnelle et représentation), les lieux. Mais aussi, infiniment plus grave, les vies elles-mêmes. Les fictions du droit des personnes apparaissent particulièrement

23. Cf. Balde, *sur D.* 23, 2, 57 : « on feint que deux jours en forment un seul ; que pères et fils sont un seul corps ; que mari et femme sont une même chair ».

frappantes de ce point de vue, dans la mesure où ce ne sont pas seulement des actes, des procédures ou des événements qu'elles altèrent, comme on le voit par mille exemples. Elles paraissent dénaturer aussi jusqu'aux données mêmes de la vie humaine. Les juristes du Moyen Âge y furent sensibles, et c'est même la première chose qu'ils eurent à considérer pour élaborer une véritable théorie des limites de la fiction. Ils ne manquaient pas de relever que la naissance ou la mort étaient déplacées par la seule œuvre du droit. Ainsi en était-il de la fiction qui tenait les enfants à naître « pour déjà nés », et les considérait « comme déjà présents parmi les êtres humains »²⁴. Et si l'on pouvait postuler qu'un être qui n'existait pas encore en fait existait déjà en droit, comme l'enfant à naître, on pouvait postuler aussi, à l'inverse, qu'un être qui existait toujours en fait n'existait plus en droit : d'un vivant, le droit faisait un mort (une version de la loi Cornelia postulait qu'un captif mort sous puissance d'ennemi était mort avant sa captivité : on le donnait pour mort avant sa captivité, afin de maintenir son testament valide)²⁵. Et d'un mort la loi allait même jusqu'à faire un vivant : le fils mort à la guerre continuait à vivre « en gloire » pour ne pas priver son père des avantages dus à la possession d'un fils²⁶. Les glossateurs et commentateurs constataient ainsi que la matière de la vie et de la mort se décréait souvent en plein écart – un écart pleinement assumé par les textes du Corpus – avec la nature.

Cependant, ils s'efforcèrent de tenir cet écart à l'intérieur de certaines bornes. Il leur paraissait par exemple impossible de faire, en anticipant la mort d'une personne, qu'un vivant eût été conçu d'un mort. Cette impossibilité se tire de Balde, à propos du cas suivant (C.J. 8, 50, 1) : l'enfant conçu en captivité d'un père et d'une mère captifs, lorsque son père est mort en captivité, recouvre-t-il, à son retour à Rome, par le droit du *postliminium*, le statut qu'il aurait contracté de son père si celui-ci l'avait conçu étant encore libre et citoyen, ainsi que l'exige la transmission paternelle de la citoyenneté – c'est-à-dire si son père l'avait conçu avant de perdre, du fait de cette capture, son état de Romain ? Pour l'admettre, il aurait fallu appliquer ici la fiction élaborée pour les prisonniers morts avant leur retour, dont la loi validait les testaments comme s'ils étaient morts avant d'être captifs ; il aurait fallu feindre, autrement dit, que le père était mort avant de tomber au pouvoir de l'ennemi et que son fils, quoique conçu réellement après cet événement, était né fictivement des œuvres d'un citoyen encore libre. Balde s'y oppose de la manière la plus nette : « cette fiction ne peut être adaptée au cas de l'enfant conçu chez l'ennemi, car on ne peut imaginer que son père, qui y est mort, soit mort avant sa captivité : il est impossible que cet enfant jouisse du *postliminium* fondé sur la personne de son père et au titre de la succession paternelle ». Ne comprenons pas ici que Balde se refuse simplement à considérer

24. Julien, D. 1, 5, 26 : « *pro iam natis* » ; Celse, D. 38, 16, 7 ; Ulpien, D. 38, 16, 3, 9 : « *perinde atque si in rebus humanis esset* » ; Paul, D. 1, 5, 7 et D. 50, 16, 231.

25. Telle est la formulation positive de la *fictio legis Corneliae* dans de nombreux passages du *Digeste* , par exemple : Ulpien, D. 28, 3, 6, 1, D. 35, 2, 1, D. 38, 16, 1, *pr.* ; ou Paul, D. 49, 15, 18.

26. *Institutes* 1, 25 *pr.* : « *in perpetuum per gloriam vivere intelleguntur* ». Sur la nature de cette fiction : Azon, *in lib. I cod. incip. materia ad Cod.* , n. 10 ; Accurse, *gl. ad loc. et sur D.* 27, 1, 18 ; Bartole, *sur D.* 41, 3, 15, n. 28b.

qu'une fiction tiennne une personne pour morte avant sa mort : rien de plus banal qu'une telle opération juridique. Comprenons qu'une telle fiction comportait pour lui la conséquence inacceptable qu'il aurait fallu considérer alors que le fils avait été conçu d'un mort. Voilà, relevée par le juriste médiéval, une absolue impossibilité naturelle. Le droit peut bien anticiper la mort du père, puisqu'il est toujours possible de mourir à tel moment plutôt qu'à tel autre ; mais il ne peut faire, par ce déplacement temporel, que ce père mort ait engendré un fils. De même, s'il était loisible aux juristes de postuler qu'un mort « vivait en gloire », ce devait être dans la mesure où la nature tolérait « qu'il pût vivre encore aujourd'hui ; mais si cela est impossible, parce que trois siècles se sont écoulés depuis sa mort, alors la fiction ne peut le feindre »²⁷. Et si la loi annulait les actes illégitimes, en les considérant comme n'ayant jamais eu lieu, une telle fiction ne pouvait convenir au droit criminel, car il eût alors fallu abolir les meurtres et ressusciter les morts, ce qui n'était qu'à Dieu seul possible, hors les contraintes de la nature²⁸.

Les juristes du Moyen Âge étaient habitués à commenter des textes où se manifestait pleinement cette capacité de l'art du droit à métamorphoser les conditions réelles de la naissance humaine. La concession du droit d'ingénuité feignait que l'affranchi était de naissance libre²⁹. Les rescrits de légitimation des enfants naturels supposaient encore que ces enfants « avaient été conçus d'un mariage légitime »³⁰. De ce point de vue, l'adoption romaine constituait un inépuisable paradigme : de qui n'était pas un fils, un acte juridique faisait un fils. Les textes du Corpus ne qualifiaient certes pas la filiation adoptive de fictice, expression qui appartient en revanche aux glossateurs médiévaux, apôtres d'une filiation qui n'était pour eux véritable que par la chair et par le sang³¹. Cependant, l'acte juridique de l'adoption romaine comportait une fiction de procréation dans le mariage, alors même que l'adoptant pouvait n'être pas marié. Selon le formulaire de la loi d'adrogation, mode archaïque et public de l'adoption à Rome, la filiation était fondée sur la fausse supposition que l'adopté était né de l'adoptant : « aussi légitimement et légalement que s'il était né du père »³². Il est douteux que les glossateurs aient pensé à ce texte, qu'ils ne connaissaient probablement pas. Mais ce qui est attesté pour l'antique procédure devant l'assemblée du peuple l'est aussi pour l'adoption devant le magistrat, et l'un des textes qui

27. Cf. Bartole, *sur D.* 41, 3, 15, n. 28b.

28. La question de savoir si l'annulation des actes contraires à la loi porte sur le pénal aussi bien que sur le civil avait été très tôt posée, et résolue négativement. L'argument par l'impossibilité naturelle est repris notamment par Cynus, *sur D.* 33, 16, 1, n. 12-13, et *sur C.J.* 1, 14, 5, et par Balde, *sur C.J.* 4, 28, 7.

29. Cf. Marcién, *D.* 40, 11, 2 : « *atque si ingenuus natus esset* ».

30. Marc Aurèle et Lucius Verus, *D.* 23, 2, 57, 1 : « *perinde atque si legitime concepti fuissent* ». Sur la légitimation comme *fictio*, voir par exemple Balde, *sur C.J.* 6, 8, 1, n. 3. Cette terminologie de chancellerie doit être rapprochée des diplômes octroyant aux vétérans de l'armée, où l'on voit (mais les juristes du Moyen Âge l'ignoraient, puisque les documents sont ici épigraphiques) que les enfants nés d'une union avec une femme pérégrine sont soumis à la puissance paternelle « comme s'ils étaient nés du mariage de deux citoyens romains » (*ac si ex duobus civibus romanis nati*).

31. Cf. Franck Roumy, *L'Adoption dans le droit savant du XII^e au XVII^e siècle*, Paris, LGDJ, 1998.

32. Aulu-Gelle 5, 19, 9.

nous le signale était connu des glossateurs, puisqu'il figure au *Digeste* : il est dit que l'on adopte un petit-fils « comme s'il était né du fils et de l'épouse de celui-ci »³³. Cependant, ce n'est pas ce texte qui fut déterminant pour fixer autour de l'institution adoptive la réflexion médiévale sur les rapports entre nature et fiction, entre artifice et droit : ce fragment n'est pratiquement jamais commenté. D'une capitale importance théorique fut en revanche un passage des *Institutes*, qui qualifie de « prodige » (*pro monstro*) l'étrangeté que présenterait un fils plus vieux que son père, un père plus jeune que son fils. L'empereur Justinien reprenait à ce sujet, suivant un adage attesté depuis toujours à Rome, l'idée que « l'adoption imite la nature ». À partir de cette formule, glossateurs et commentateurs du droit romain en vinrent à développer une règle générale. Ils postulèrent que « l'art » du droit dans son ensemble « imite la nature » et ne s'exerce qu'à l'intérieur des bornes fixées par elle³⁴. Nul texte n'est plus souvent cité que ce passage des *Institutes* sur l'écart d'âge entre adoptant et adopté, dès lors qu'il s'agit de déterminer les critères qui servent à arrêter l'emprise du droit sur la nature. Dans une société qui ne pratiquait pas ou qui pratiquait peu l'adoption, les juristes s'attachèrent à interpréter avec prédilection l'*adrogatio* et l'*adoptio* romaines : ces procédures antiques offraient, une fois réorientées dans le sens de l'anthropologie chrétienne, une base claire pour comprendre, non plus l'adoption en elle-même – celle-ci n'importait plus –, mais la filiation considérée dans son rapport aux données biologiques. À partir d'une institution désuète fut engagée, enracinée dans la casuistique, toute une réflexion sur les limites du pouvoir de la fiction – c'est-à-dire, en définitive, sur le rapport de la nature au droit.

Il était « contraire à la vérité et impossible selon la nature » que l'adopté fût considéré comme le fils fictif d'un adoptant plus jeune que lui, parce que, dans la nature, le père est nécessairement plus âgé que son fils et l'engendré nécessairement né avant son géniteur. L'écart d'âge était en ce sens une limite que les glossateurs avaient trouvée dans les *Institutes* et dans le *Digeste*. Mais une autre limite était tout aussi essentielle, et pour nous plus révélatrice encore du recul médiéval de la fiction : il fallait que l'adoptant eût été en état de procréer. Cette exigence était radicalement nouvelle par rapport au droit romain, qui permettait l'adoption (mais aussi l'institution comme héritier d'un fils légitime posthume) aux impuissants et aux eunuques³⁵. Sur un passage des *Institutes*, où il est question des castrats volontaires, exclus du droit d'adopter à titre de sanction du crime par lequel ils se sont rendus femmes³⁶, la glose d'Accurse interprète

33. Neratius, *D.* 1, 7, 44 : « *quasi ex filio et suo et ex matre familias eius natus esset* ». L'autre texte est *Epitomè Gai* 2, 3, 3 : devant le magistrat, l'adoptant feignait que l'adopté était né de lui.

34. Sur la fiction comme « imitation de la nature », voir Ernst Kantorowicz, « La souveraineté de l'artiste », dans *Les Deux Corps du roi : essai sur la théologie politique au Moyen Âge*, Paris, Gallimard, 1989.

35. Cf. *Gaius* 1, 103 ; *Modestin, D.* 1, 7, 40, 3 ; *Ulpien* 8, 6 ; *Ep. Gai* 1, 5, 3 ; *Inst.* 1, 11, 9. Je consacre un chapitre à cette question dans un ouvrage que je prépare avec J. Andreau & Ph. Moreau sur l'adoption romaine.

36. *Inst.* 1, 11, 9, avec l'équiparation : « les castrés ne peuvent adopter [...] pas plus que les femmes » ; voir à ce propos la *Paraphrase* de Théophile et la *Nouvelle* 26 de Léon le Philosophe, qui revient sur cette interdiction et accorde le droit d'adopter aux castrats comme aux femmes.

castratus comme *caste natus*, c'est-à-dire comme impuissant de naissance, renversant entièrement la signification du texte en faveur d'un assujettissement de la fiction adoptive à la vérité génétique : désormais les émasculés avaient la capacité d'adopter parce que leur empêchement était accidentel, les *caste nati* en étaient privés parce que leur empêchement était naturel³⁷. On comprend dès lors que, selon un commentaire de Balde sur les formalités de l'adoption, la présence des deux parties à l'acte ait été requise parce que « l'adoption, qui imite la nature, a la nature d'un engendrement »³⁸. Autrement dit, le lien de fiction se noue autour d'une présence charnelle du père au fils et du fils au père, simulée dans leur coprésence à l'acte juridique.

Le vrai et le faux

Tous ces exemples d'impossibilité naturelle à la solution juridique intéressent la pratique de la fiction, à laquelle une borne est mise. La loi admet le déplacement fictif d'un corporel, mais il n'est pas de possession sans acte corporel, ni de transfert corporel d'une chose incorporelle. Elle admet qu'un citoyen soit mort avant sa mort, mais elle ne peut faire que les morts engendrent les vivants. Elle admet qu'un mort soit en vie, mais elle ne peut faire que ce mort vive au-delà de ce qui est imparti aux mortels. Elle peut rendre ingénu un esclave, mais elle ne peut renverser dans les naissances l'ordre qui distingue les aînés et les cadets. Elle admet une filiation fictive, puisqu'un tel aurait toujours pu naître fils d'un tel : mais elle ne peut rendre père un impuissant de naissance, ni faire d'un plus vieux le fils d'un plus jeune que lui. Cas de figure où émerge un impossible naturel et où, par conséquent, la transformation virtuelle du réel pour forger de l'institutionnel n'opère pas : c'est alors que les juristes disent que « la vérité l'emporte sur la fiction », ou que « l'autorité des lois ne peut pas abolir la nature ». Ces configurations casuistiques permettent de définir assez précisément les contours d'une projection de l'anthropologie chrétienne dans les réemplois du droit romain. Est intransgressible, d'abord, la frontière qui sépare le tangible et l'intangible, le visible et l'invisible, le matériel et l'immatériel, frontière fort peu perceptible dans le Corpus justinien sur lequel s'appuient les glossateurs. L'ordre du vivant et l'ordre générationnel, ensuite, lié à une filiation définie (au rebours du droit romain antique) comme purement charnelle, comme incarnation. La science civile médiévale, qui a pourtant développé et complexifié les techniques romaines de la fiction juridique (elle a par exemple mis au point la fiction de la représentation parfaite), s'est efforcée en même temps de les contenir dans ces bornes posées sous l'égide de la « nature » et de la « vérité » – bornes ignorées du droit romain antique.

37. Glose ordinaire sur *Inst.* 1, 11, s.v. *sed et illud* : « l'empêchement naturel est plus fort que l'empêchement accidentel ».

38. Balde, sur *C.J.* 8, 47, 11.

À partir du XIII^e siècle, les juristes diront, d'un côté, que le droit agit, ou fait, ou feint, contre la vérité³⁹. C'est d'abord que le droit qualifie spécifiquement ses propres objets. C'est surtout que l'interprète et le législateur supposent les faits autrement qu'ils ne sont, soit quant à leur existence même, soit quant à leurs modalités. « Lorsqu'un obstacle ne peut être écarté en vrai, il l'est en fiction » (*quod non potest tolli vere, tollitur per fictionem*). De ce point de vue, le droit ne cesse de « prendre le faux pour le vrai » (*falsitas pro veritate accepta*), formule qui conduit au paradoxe, souligné par Alciat, de la « fausse vérité » du droit (*veritas falsa*). Pourtant, les juristes posent aussi, à l'inverse, que toute interprétation ou toute fiction restent soumises à la vérité : « la vérité l'emporte sur la fiction » (*veritas fictioni praevallet*)⁴⁰. Les prescriptions herméneutiques abondent pour imposer aux opérations fictionnelles du droit la limite d'un vrai indisponible : « on ne peut changer la vérité du fait », « la fiction n'a lieu que lorsque peut avoir lieu la vérité », etc. Qu'est-ce à dire ? Il faut admettre simplement qu'il existe désormais deux registres, deux strates de vérité ou, mieux, une hiérarchie de deux zones de vérité. Ordinairement, le droit agit contre les faits et dérange nécessairement la réalité naturelle. Mais à ces manipulations du réel s'opposent un certain nombre de vérités intransgressibles à l'interprète comme au législateur : la « vérité naturelle » borne comme interdit la sphère où se déploie la législation ; « l'autorité des lois ne peut abolir la vérité naturelle » (Balde, *sur c. 9 X 2*, 14). Sous le nom de « vérité » sont désignées, pour l'essentiel, l'intangibilité de la frontière du corporel et de l'incorporel et la loi de la reproduction des corps. Le détournement de vérité n'agit que dans les limites de ce qui est physiquement possible en dehors du miracle⁴¹. Telle est, en dernière analyse, pour les interprètes médiévaux du droit romain, la figure concrète des interdits au-delà desquels n'opère plus la fausse vérité du droit.

Mais, en deçà, le droit agit pleinement et sans aucune conformité nécessaire au vrai. S'étend alors le vaste champ réservé à la fiction. Tout laissait voir que ce procédé travestissait les faits, les déclarait autres qu'ils n'étaient vraiment, et tirait de cette adultération même et de cette fausse supposition les conséquences de droit qui s'attachaient à cette vérité feinte, comme si elle eût été la vérité vraie.

39. Cf. Azon, *Brocardica*, rubr. 19 : « *interpretatur contra veritatem* » ; Cynus, *sur C.J.* 4, 19, 16 : « la fiction consiste à prendre pour la vérité ce qui est contraire à la vérité d'une manière certaine », formule reprise par Bartole, *sur D.* 41, 3, 15, n. 21, *sur D.* 1, 1, 9 et *sur D.* 48, 19, 16, 10 ; Albericus de Rosate, *sur C.J.* 4, 19, 16, n. 5 ; et *Dictionarium iuris*, s.v. ; *fiction* : « la fiction est contraire à la vérité » ; Balde, *sur D.* 2, 14, 40, 1 (« la fiction est toujours contraire à la vérité »), *sur D.* 9, 2, 7 (« la fiction doit être contraire à la vérité ») et *sur C.J.* 7, 62, 2 ; Antonius de Butrio, *sur c. 27 X 1*, 1, n. 3 et *sur c. 13, X 1*, 11, n. 20 : « la fiction est édiflée sur le faux » ; etc. Toute cette doctrine sera reprise systématiquement au XVI^e siècle, notamment par Cujas, *Opere omnia*, IV, 785 B ; 1261 ; VII, 363 C ; 375 E (éd. Naples, 1722).

40. Cf. *gl. D.* 28, 2, 23 et 29, et Bartole, *sur eod. loc.*

41. Sur le rapport entre les fictions juridiques et les miracles, voir par exemple Accurse *sur D.* 28, 2, 9 *pr.*, à propos de la possibilité pour un vieillard impuissant et valétudinaire d'instituer un posthume (casuistique assez proche de celle de l'adoption par un impuissant ou un castrat) : « il est arrivé que Dieu donne des enfants à ceux qui n'en espéraient plus ». Dinus, *sur C.* 1, 14, 5 : « par une fiction d'inexistence des actes contraires à la loi, on ne saurait effacer un crime : seul Dieu peut ressusciter les morts ».

De ce retournement du rapport ordinaire à la vérité, les glossateurs firent un élément de définition absolument nécessaire : la fiction requiert avant tout la certitude du faux. Non seulement « la fiction est une interprétation contraire à la vérité », comme le rapportait Azon⁴², ou bien, selon une formule plus tardive de Balde, elle consiste « à prendre le faux pour le vrai » (*sur C.J. 9, 2, 7*) ; mais encore et surtout faut-il que le faux ne laisse aucun doute et que la dénaturation dont il s'agit soit absolument assurée. Une définition très élaborée de Cynus de Pistoia, inlassablement recopiée ensuite par les juristes des XIV^e et XV^e siècles, condense à cet égard un bon siècle de doctrine canonique et civile : « la fiction prend pour vrai ce qui est certainement contraire au vrai » (*sur C.J. 4, 19, 16*)⁴³. Le seul doute où l'on serait de la réalité du fait que l'énoncé désigne, le seul soupçon d'un écart entre, non pas les mots et leur sens (ce déplacement de sens n'assurerait guère que la distance normale entre langage ordinaire et qualification juridique), mais entre ce qui se déclare et ce qui existe, entre ce qui est dit et ce qui est, laisseraient encore quelque lien, même ténu, même improbable, entre les mots et la réalité des choses. La simple manipulation d'un tel écart relatif n'appartiendrait pas à la technique de la fiction, mais à celle de la présomption.

Même irréfragables, les présomptions ne renoncent pas à tout lien avec le substrat de réalité auquel leur énoncé réfère. Que nul ne soit censé ignorer la loi suppose qu'une personne au moins la connaisse. Que le jugement ait valeur de vérité signifie dans l'hypothèse la plus pessimiste qu'il peut arriver qu'un jugement soit vrai. Le droit répudie le doute lorsque malgré le doute il lui faut trancher : l'exigence de décision suspend, après qu'elle s'y est provisoirement assujettie, l'exigence de vérité. Ce que décrète la présomption, c'est la non-pertinence du doute. Elle repose, disent encore les juristes du Moyen Âge, non sur la certitude du faux, ce qui en ferait une fiction, mais sur l'incertitude du vrai : « *super incertum praesumitur* »⁴⁴. De sorte que, dans la simple incertitude où l'on est de sa correspondance au vrai, l'on peut encore, en dernière analyse, dire qu'elle est fondée sur le vrai : « *praesumptio fundatur super vero* »⁴⁵.

La scolastique avait parfaitement reconnu, et l'on ne peut en dire toujours autant de la doctrine contemporaine⁴⁶, la différence non de degré, mais de nature, qui sépare la présomption irréfragable de la fiction. Quoique leurs effets soient pratiquement les mêmes, dans la mesure où la supposition dont le législateur ou le juge part n'admet pas de preuve contraire, la présomption donne effet à une conjecture en aucun cas impossible, la fiction à un détournement de vérité dans tous les cas certain. Cette différence est ontologique. On n'accède pas insensiblement d'une position de la vérité à l'autre. N'y aurait-il qu'un infime écart entre la quasi-improbabilité de l'énoncé par lequel on présume et l'absolue évidence du

42. *Brocardica*, rubr. 19, à propos des *figmenta legis*.

43. « *In re certa contrariae veritatis pro veritate assumptio* », formule reprise notamment par Bartole, *sur D. 41, 3, 15*, n. 21.

44. Grande Glose *sur C.J. 5, 13, 13a*.

45. Jean d'André, *sur c. 13, X 1, 11*.

46. Voir les contributions réunies dans Chaïm Perelman & Paul Foriers, eds, *Les Présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, É. Bruylant, 1974.

mensonge par lequel on feint, que cet écart ne se laisserait pas réduire. De ces deux manipulations du vrai et du faux, la première emprunte aux aléas de l'opinion commune, la seconde assume la radicalité d'une décision rebelle à l'ordre de l'être et du non-être. La présomption intègre l'imperfection de la connaissance humaine, le droit revêtant alors d'une apparence de certitude un probable qui ne peut être éternellement débattu. La fiction procède d'une démarche résolument contraire, même si les résultats auxquels elle conduit sont parfois empiriquement comparables. Elle ne se contente pas de mettre un terme à la recherche du vrai : c'est cette recherche même que, d'emblée, elle répudie. La fiction est une négation du vrai manifeste. Elle transgresse, pour le fonder autrement, l'ordre même de la nature des choses, « en tirant un droit certain d'un fait sur lequel elle statue en sens contraire » (*ius certum de aliquo facto fingit statuando in oppositum*)⁴⁷.

Avec la fiction romaine, les glossateurs et les commentateurs furent mis en présence du mystère le plus radicalement étranger à la pensée commune qu'offrait, non pas la pensée juridique, mais plus précisément la technique du droit, sa manière de faire, l'*ars iuris*. Le plus curieux est que cette technique paraisse toujours étrangère aux juristes d'aujourd'hui, qui la pratiquent en fait sans l'assumer théoriquement – ou idéologiquement. Il faut considérer comme un trait fondamental de la culture juridique occidentale, dans la très longue durée, cet étrange pouvoir que le droit reconnaît aux jurisconsultes comme à la loi de transformer l'ordre des choses, de le remodeler – pouvoir de commander au réel en rompant ostensiblement avec lui. La *fictio* est à cet égard sans précédent, et sans aucune comparaison possible avec les droits qui précèdent l'apparition du droit civil, à Rome, aux ^v^e et ^{iv}^e siècles avant notre ère. Elle n'apparaît pourtant dans toute son originalité, j'oserais dire dans toute sa fraîcheur, qu'à travers la distance que met l'interprétation chrétienne de ce même droit – à travers l'effort interprétatif de la scolastique pour précisément limiter, et maintenir dans les bornes d'une réalité intangible, les écarts que le droit civil s'autorisait avec la nature. L'invocation de telles bornes, de telles limites, est comme on le sait au cœur du débat politique contemporain. Mais ce débat aurait beaucoup à gagner d'une connaissance plus exacte des ressorts de notre culture juridique, dont les strates les plus anciennes sont devenues l'objet d'une ignorance généralisée.

MOTS-CLÉS/KEYWORDS: fiction juridique/*fiction of law* – droit romain/*Roman law* – droit médiéval/*Medieval law* – Code justinien/*Justinian Code* – nature.

47. Panormitain, *sur c.* 30, n. 1, X 4, 1

Yan Thomas, *Les artifices de la vérité en droit commun médiéval*. — La fiction juridique se distingue de toutes les autres fictions (littéraire, philosophique, cinématographique, etc.) en ce que son énoncé comporte toujours et nécessairement la mention qu'elle suppose non pas le vrai, mais le faux. Cette explicitation de ce que le faux est pris comme vrai est un trait essentiel de la culture juridique européenne, dans ses strates antique et médiévale. Une telle technique manifeste assez clairement que le droit, loin de se référer au monde réel, produit un autre monde, un monde faux selon la nature mais vrai selon le droit, qui se désigne lui-même comme artefact.

La critique néoconservatrice du droit, aujourd'hui, manifeste son ignorance de cette manière traditionnelle de faire. Manière traditionnelle décrite ici à travers les opérations des juristes du Moyen Âge, glossateurs du corpus du droit romain (*Digeste*, *Institutes* et *Code* de Justinien) et du corpus du droit canonique classique (*Décret* de Gratien, *Décretales* de Grégoire IX et *Sexte* de Boniface VIII).

Yan Thomas, *The Artifices of Truth in Medieval Common Law*. — The «fiction of law» stands apart from all other types of fictions (literary, philosophical, etc.) since its formulation always and necessarily states that it is assuming something to be true even though it has not been proven to be so supposing not a truth but a falsehood. This type of explanation was an character essential of legal culture in both Ancient and Medieval Europe. Such a technique rather clearly shows that the law, far from referring to the real world, produces another world, one that is false by nature but true by law, which presents itself as an artefact.

The current neoconservative criticism of the law manifests its ignorance of this traditional procedure, which is described herein through the jurists of the Middle Ages, commentators on Roman law (the *Digest*, *Institutes* and *Code* of Justinian) and the corpus of classical canon law (the *Decree* of Gratian, the *Decretals* of Gregory IX and the *Sexte* of Boniface VIII).