YAN THOMAS

FICTIO LEGIS
L'EMPIRE DE LA FICTION ROMAINE ET SES LIMITES MÉDIÉVALES

La fiction est un procédé qui, on l'a assez souvent signalé, appartient à la pragmatique du droit. Elle consiste à d'abord travestir les faits, à les déclarer autres qu'ils ne sont vraiment, et à tirer de cette adultération même et de cette fausse supposition les conséquences de droit qui s'attacheraient à la vérité que l'on feint, si celle-ci existait sous les dehors qu'on lui prête.

Il faut être attentif au premier critère de l'évidence même du retournement du rapport ordinaire à la vérité. Cet élément de définition est absolument nécessaire : la fiction requiert avant tout la certitude du faux. Les juristes du Moyen Age central et tardif, auxquels on doit, sur la base du matériau casuistique romain, la seule théorie pratique de la fiction dont nous disposions encore, n'eurent de cesse de le souligner. Non seulement « la fiction est une interprétation contraire à la vérité », comme le rapportait Azon à la fin du XII[e] siècle (*Brocardica*, rubr. 19, à propos des *figmenta legis*) ou bien, selon une formule plus tardive de Balde, elle consiste « à prendre le faux pour le vrai », *falsitas pro veritate accepta* (sur *Code* 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 Cinus 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 », *in re certa contrariae veritatis pro veritate assumptio* (sur C.J. 4, 19, 16)[1]. 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, laisserait 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.

1. Formule reprise not. par Bartole, sur *D.* 41, 3, 15 n. 21.

Même irréfragables, même *juris et de iure*, selon l'expression scolastique, 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 Age, non sur la certitude du faux, ce qui en ferait une fiction, mais sur l'incertitude du vrai : *super incertum praesumitur* (Grande Glose sur C.J. 5, 13, 13*a*). 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* (Jean d'André, sur *c.* 13, X 1,11).

La scolastique avait parfaitement reconnu, et l'on ne peut en dire toujours autant de la doctrine contemporaine[1], 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 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*, Panormitain sur *c.* 30, X 4, 1, n. 6). Avec la fiction, nous sommes en présence du mystère le plus radicalement étranger à la pensée commune qu'offre, non pas la pensée juridique, mais plus précisément la technique du droit, sa manière de faire, l'*ars iuris*.

De ce point de vue, la science du droit n'a sans doute pas attaché toute l'importance qu'elle mérite à la pratique fictionnelle. Dans cette technique, juristes et historiens du droit ont vu surtout un moyen économique de transformation du droit. Economique, en ce que le changement réalisé de cette manière ne

1. V. les contrib. réunies dans *Les présomptions et les fictions en droit*, Ch. Perelman et P. Foriers (éd.), Bruxelles, Bruylant, 1974.

heurterait pas les idées reçues, ne contredirait pas les normes antérieures, ne mettrait pas en question les catégories juridiques du passé. La doctrine civiliste n'a cessé de mettre en relief la vertu foncièrement conservatrice du processus. La fiction procéderait à des assimilations inexactes mais nécessaires, en l'état actuel du droit, pour aboutir, sans rien changer au droit, à des résultats qu'il ne saurait autrement obtenir qu'en se changeant lui-même[1]. C'est en gros ce que pensait déjà Ihering, qui voyait dans ce procédé fort pratiqué par la jurisprudence romaine un moyen rudimentaire mais commode pour étendre les qualifications juridiques en dehors de leur champ initial, sans modifier en rien ces qualifications elles-mêmes[2]. Plutôt que d'affronter des ruptures de normes en abandonnant des notions surannées et en forgeant des institutions franchement neuves, le droit adapterait l'ancien au neuf en prêtant au neuf les apparences fallacieuses de l'ancien. Ce procédé révélerait la souplesse, l'habileté, la prudence surtout, bref la gestion avisée du patrimoine normatif. Art de la cautèle en somme, où l'on préférerait aux métamorphoses flagrantes les détours et les équivoques du « comme si », et où le mode de l'irréel apparaîtrait comme le plus propre à concilier innovation et préservation. Expression naturelle d'un esprit de conservation où l'instrument par excellence du progrès est la demi-mesure.

Cette vue est certainement pleine d'intérêt, mais il ne me semble pas qu'elle épuise en rien le sens du phénomène. Car à se situer presque exclusivement sur le terrain d'une mentalité peu favorable aux décisions tranchées, aux altérations manifestes, on met en relief le souci, qui relève de la psychologie sociale plus que de la science du droit, de ne modifier le droit qu'imperceptiblement, mais on laisse dans l'ombre, en revanche, les traits formels qui caractérisent ce procédé en lui-même, les modalités d'une démarche qui devrait s'analyser dans ses moyens et dans ses formes exactes, avant que l'on ne songe à y voir quelque tour particulier à l'esprit du droit. Pour dire bref, on se soucie trop peu de l'artifice du « comme si » pris comme tel, et l'on néglige de s'interroger sur le type de rapport qu'il suppose entre construction juridique et réalité naturelle. On manque à souligner la distance que le droit prend ostensiblement à l'égard des faits comme moyen de son action sur eux, à souligner l'écart qu'il enregistre entre les données extérieures qu'il énonce et les distorsions qu'il leur fait subir pour exercer son emprise sur elles. Il ne m'importera donc pas ici que les juristes de la tradition occidentale aient ou n'aient pas été conservateurs à l'égard du droit. Il m'apparaît d'une tout autre portée qu'ils aient été subversifs à l'égard du fait; et que le droit commun qui constitue le socle permanent de cette tradition ait d'une manière si radicale — et si étrangement ignorée parfois des civilistes qui en sont pourtant les très proches héritiers — pris de telles distances avec la nature.

Je voudrais commencer par considérer cet étrange pouvoir que le droit romain reconnaissait aux jurisconsultes comme à la loi de transformer l'ordre

1. Ainsi, Gény, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, t. 3, 1921 ; R. Dekkers, *La fiction juridique : étude de droit romain et de droit comparé*, Paris, 1935.

2. Ihering, *Geist des röm. Rechts*, II, 2, 1875, p. 528 et s. Également, pour la doctrine du siècle dernier, S. Maine, *Ancient Law*, 1861, chap. 2, et Windscheid, *Arch. für Civ. Praxis*, 1879.

des choses, de le remodeler. Ce pouvoir — pouvoir de commander au réel en rompant ostensiblement avec lui — gouverne à mon sens la compréhension que nous devons avoir du *ius civile* antique. La fiction romaine 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, créée et voulue par Dieu, les écarts que le droit civil s'autorisait avec la nature. Il est assez rare que les romanistes consentent à un détour par le droit médiéval et ses prolongements modernes. Une telle expédition est pourtant bien souvent nécessaire. Moins pour faire apparaître les prolongements et la persistance du droit romain dans la culture juridique savante — persistance indiscutable et indiscutée, malgré des tentatives isolées pour en vainement nier l'évidence[1] — que pour éclairer, par contraste, les traits les plus singuliers de ce droit, qui n'est devenu le nôtre qu'après son absorption par le christianisme.

L'EMPIRE DE LA FICTION CIVILE ROMAINE SUR LES FAITS

Le droit romain offre un champ d'étude incomparable à la fiction. En raison d'abord de l'exceptionnelle richesse de la casuistique qu'il lui consacre : il n'est pratiquement pas de domaine du droit privé et du droit public qui échappe à ce procédé de l'élaboration juridique. En raison aussi de l'extrême liberté avec laquelle la fiction se joue à Rome, sans aucune limite d'aucune sorte (sans aucune des limites qui se repèrent en droit médiéval), des contraintes de la vérité extérieure au droit — en particulier, des contraintes de la réalité naturelle. Au-delà même des techniques d'adaptation du droit à des circonstances nouvelles, la *fictio* romaine nous aide à nous interroger — et, en un temps où les idéologies écologistes et biologistes, c'est tout un, occupent à ce point le devant de la scène, pareille interrogation n'est assurément pas un luxe — sur le rapport qui unit fondamentalement droit et fiction, positivité juridique et construction; bref, sur la radicale déliaison de l'institutionnalité d'avec le monde des choses de la nature. Derrière la fréquence et la banalité de la fiction légale en droit romain se découvre bien plus qu'un constant effort d'évolution au moindre coût, bien plus qu'une évolution qui aurait pour principe de ne pas altérer de front les institutions canoniques. En dehors même de leur vertu d'accommodation du droit au temps, on peut y voir une manière radicale de construire les institutions juridiques aux antipodes de toute vérité tangible. Une manière, autrement dit, de souligner l'écart au fait comme étant constitutif du droit.

1. Je renvoie le lecteur aux ouvrage et articles de vulgarisation que B. Barret-Kriegel consacre au thème de la « relégation du droit romain » en France.

Ce procédé, notons-le bien, n'est pas particulier aux lois. Aussi bien que la loi, l'interprétation civile et l'édit du préteur traitaient comme vrai ce qu'ils déclaraient être faux, et s'appuyaient sur ces données reconnues comme irréelles, pour procéder à des opérations juridiques qui n'eussent pas abouti sans un tel forçage des faits. Les expressions formulaires de la fiction, qui alignent des séries plus ou moins complexes de conjonctions équiparatives gouvernant le subjonctif irréel, *ita... uti, ita ut... ita, perinde* ou *proinde ac si, siremps atque si, quasi si,* ou même simplement *si,* appartiennent, comme on va le voir, à toutes ces strates du droit, et couvrent dans toutes ces strates d'immenses domaines. Cependant, les premiers textes où ce procédé soit nommément désigné comme *fictio* renvoient à une fiction de la loi, *fictio legis,* et plus précisément à une *fictio legis Corneliae*[1]. A vrai dire, dans nos sources juridiques, mis à part le livre IV des *Institutes* de Gaius où *fictio* désigne à deux reprises la clausule fictice de l'action formulaire, et un passage des *Règles d'Ulpien* qui évoque pareillement les « actions fictices », *ficticiae actiones,* le substantif s'emploie et s'entend comme fiction légale. Raison pour laquelle d'ailleurs toute la théorie médiévale et moderne de la « fiction du droit », *fictio iuris,* s'appuie essentiellement sur les passages du *Digeste* et du *Code* consacrés à la *fictio legis.*

En outre, sans me borner ici aux lois, car cela n'aurait aucun sens d'analyser séparément ce qui ne peut l'être, j'attacherai aux fictions de la loi une importance particulière, dans la mesure où d'abord les lois sont datables, alors que, comme on le sait, les édits du préteur ne le sont pas, mais dans la mesure aussi où, toute chronologie mise à part, la fiction légale permet de soulever mieux que la fiction prétorienne, et pour cause, la question de savoir pourquoi, pour poser une règle, il a si souvent fallu suivre une voie indirecte. Car autant l'on comprend pourquoi le préteur n'a pu sans détours suppléer au droit civil ou le corriger, autant le procédé du « comme si » apparaît moins justifié, et pour cela plus énigmatique, lorsqu'il est employé par la loi. Prenons toute la mesure, pour commencer, du procédé en lui-même. J'essaierai dans un second temps d'en évaluer approximativement l'ancienneté, et m'efforcerai de dire dans quelle mesure il est sans doute bien plus qu'un simple instrument d'adaptation du droit.

L'opération fictive : fiction négative et fiction positive

Pour décrire l'opération fictive, il est commode de procéder à un minimum de classement. Les juristes du Moyen Age, Azon en premier, plaquaient sur cette foisonnante matière les catégories d'Aristote, et trouvaient ainsi que les fictions postulaient — et, par là, que le droit contribuait à modifier — l'être et le non-être, la quantité, la qualité, la relation, le temps, le lieu, etc. Loin de toute fureur taxinomique, et me souciant moins des objets de la fiction que de son mode, je me contenterai d'une division simple, qui correspond très

1. Julien, *Digeste* (ci-dessous, *D.*) 49, 15, 22 et Marcellus, *D.* 41, 3, 15 pr.

précisément à l'opposition formulaire de l'affirmation et de la négation : « comme si » / « comme si... ne... pas ». *Si/si non, ac si/ ac si non, perinde ac si/ perinde ac si non* : fictions positives et fictions négatives. Nul autre classement ne se laisse repérer que celui que ces formulaires verbaux indiquent. Aucune catégorisation d'ordre substantiel n'a jamais été proposée ni tentée. C'est que l'objet même de la fiction n'importait pas aux jurisconsultes romains. Ils n'y prêtèrent aucune attention, parce qu'aucune matière de réalité n'échappait aux artifices de l'irréel juridique, aux techniques de la dénaturation. Du point de vue du droit, la réalité était une : elle ne se laissait pas classer selon les diverses zones desquelles il s'emparait. La fiction romaine ne connaissait que deux angles d'attaque, l'affirmation et la négation, et n'envisageait la réalité que sous deux modes, celle que l'on invente et celle que l'on nie. Pour analyser la fiction, il faut partir de sa formulation la plus radicale, la négative : est dit ouvertement qu'elle s'oppose au vrai, et non pas, ce que l'on pourrait croire parfois de la fiction positive, qu'elle s'en approche. On ne peut ni la confondre avec une interprétation analogique ni douter qu'elle soit une vraie fiction. Sans aucune ambiguïté, le rapport à la réalité s'y inverse.

La fiction négative. — C'est une fiction d'inexistence. Plutôt que d'inventer ce qui n'existe pas, le droit nie ostensiblement ce qui existe. Une donnée, un événement, un acte sont ainsi abolis et effacés, quoique l'on marque bien, par une expression manifeste de l'irréalité même de l'opération, qu'il s'est au contraire produit. Il y a loin de la sorte de la fiction au mensonge. Ce serait une profonde erreur d'évoquer quelque mensonge légal. La fiction jette au contraire le masque. Elle apparaît bien comme une décision de contrer la réalité.

La loi Cornelia sur la validation des testaments des citoyens morts en captivité (81 av. J.-C.) comportait sans nul doute une fiction négative. La captivité privait du statut de citoyen libre, en particulier de la capacité testamentaire : une fiction que nos textes appellent précisément *fictio legis*[1] permit d'ignorer cette privation de capacité. Il en existe une version positive, transmise par Paul : tout devait se passer « comme s'ils étaient morts dans leur statut de citoyenneté », *atque si in civitate decesserint*[2]. Une variante, très en vogue au Moyen Age parce qu'elle fut l'occasion de toute une réflexion sur l'emprise de la fiction sur le temps, postule que le prisonnier était mort à l'instant même de tomber captif, *quasi tunc decessisse videtur, cum captus est*[3]. La version négative est connue par Julien : le testament était valable « comme s'ils n'étaient pas tombés au pouvoir de l'ennemi » *si in hostium potestatem non pervenissent*[4]. L'option négative est à mon sens authentique : Julien la reprend au tour indirect avec l'ensemble de la série conjonctive qui marque formulairement, dans nombre de lois épigraphiques d'époque républicaine, les équiparations fictives : « La loi Cornelia ordonne que soit appliqué le même droit et que vaille

1. *D.* 35, 12, 18 pr. ; 41, 3, 15 pr. ; *Code Justinien* (ci-dessous, C.J.) 8, 50, 11.
2. *D.* 35, 2, 1, 1 ; 38, 2, 4, 1.
3. Ulpien, *D.* 49, 15, 18.
4. *D.* 28, 6, 28 ; 49, 15, 22 pr.

en toutes circonstances la même situation juridique... (qui s'appliquerait et vaudrait)... s'ils n'étaient pas tombés sous la puissance des ennemis », *idemque ius in eadem causa omnium rerum iubetur esse lege Cornelia (= esto), quae futura esset si... in hostium potestatem non pervenissent*[1]. C'est en outre à partir de cette formulation négative que la jurisprudence tardive put forger, à propos du retour du captif, la fiction selon laquelle, aussitôt franchie la frontière, celui-ci recouvrait ses droits « comme s'il n'avait jamais été fait prisonnier par l'ennemi », *ac si captus ab hostibus non esset*[2].

Annulation d'un événement, donc. Mais aussi, auto-annulation de la loi elle-même. Un tour particulier aux lois romaines est que, plutôt que de disposer directement, elles préfèrent souvent le détour d'une double négation. J'ai analysé ailleurs ce procédé, à propos des clauses d'exception internes : pour exclure tel point de son champ réglementaire, le texte se prescrit à lui-même de ne rien interdire d'autre que ce qu'il interdit déjà : « Que ceci ou cela soit interdit... cela, la présente loi ne le prescrira en rien », *quominus... eius hac lege nihilum rogato*[3]. Or la fiction peut être employée à des fins comparables. Seulement, alors que la clause d'exception interne régit le rapport du licite et de l'illicite à l'intérieur de la loi elle-même, qui ici s'interdit d'interdire, la fiction, elle, opère sur la loi comme sur une réalité externe, qu'elle feint d'annuler. On le voit me semble-t-il dans la loi municipale flavienne (sous Domitien) : le Latin devenu citoyen romain grâce à cette loi reste cependant sous la puissance de son père, puissance sous laquelle il serait resté « s'il n'était pas devenu citoyen romain » — si, par l'effet même de cette loi, il n'était pas passé de la citoyenneté latine à la citoyenneté romaine : *si civitate Romana mutatus non esset.* Gaius dit que, lorsqu'un fils de famille était enrôlé dans une colonie latine, son transfert d'une citoyenneté à une autre le libérait de la puissance paternelle. La même règle est à l'œuvre ici, mais dans l'autre sens : un Latin « sous puissance paternelle » cesse de l'être aussitôt qu'il devient romain ; pour maintenir un lien que la loi vient de rompre, la loi feint que ce transfert n'a pas eu lieu. Ce qui revient à dire que, sur ce point, elle s'annule elle-même[4]. Cet effet s'observe plus nettement encore dans la loi lunia sur les affranchis (règne de Tibère). Après avoir disposé que les esclaves affranchis en dehors des formes civiles seraient libres mais non Romains, comme s'ils eussent été des ingénus envoyés dans une colonie latine, fiction qui avait pour effet de priver leurs anciens maîtres de toute vocation successorale, la loi revient sur cette première fiction par une fiction contraire, qui rétablit un droit malencontreusement aboli. Après avoir, pour écarter les affranchis informels de la citoyenneté romaine, failli évincer leurs patrons, par une conséquence inévitable du roman selon lequel ces affranchis étaient « nés citoyens libres et avaient été envoyés de Rome dans les colonies latines » *(perinde... atque si essent cives romani ingenui qui ex urbe Roma in colo-*

1. *D.* 49, 15, 22 pr.
2. Pomponius, *D.* 49, 15, 5, 1 ; *Pauli Sententiae*, 2, 25, 1 ; version positive : Ulpien, *D.* 49, 15, 16 : *retro creditur in civitate fuisse.*
3. V. *Droits*, 1993, n° 18, p. 150.
4. Loi de Salpensa, *Corpus Inscriptionum Latinarum*, 2, n., 1923, cap. XXII et XXIII = *FIRA I*, p. 204 ; Gaius, *Institutes* (ci-dessous, Gaius) I, 131.

nias latinas deducti), la loi revient en arrière et s'annule sur ce point elle-même, en doublant la première fiction d'une seconde, selon laquelle « la loi n'a pas été proposée », *ac si lex lata non esset*[1]. La « fiction de la loi » prend ici la loi à rebours, comme une réalité extérieure à elle-même, pour l'abolir : une fiction en annule une autre, montage gigogne de fictions qui, d'autres exemples le confirmeraient encore, montre que le droit romain pratique les redoublements d'artifice, la multiplication des degrés d'irréel, les écarts répétés par rapport aux données premières[2].

La négation de l'évidence est un procédé constant du droit romain. L'on sait que, en droit sacré, on pouvait feindre, au vu et au su de tous, de n'avoir pas vu un signe, et réitérer la consultation. D'une manière analogue, en droit civil, une clause ou une condition impossibles ou inintelligibles étaient réputées non écrites[3]. C'est semblablement à une fiction d'inexistence — plutôt qu'au concept de nullité — que recourt la science du droit lorsqu'elle veut dire qu'un acte est inefficace : « comme s'il n'y avait pas eu de legs »[4] ; « comme si la remise de dette n'avait pas eu lieu »[5] ; « comme s'il n'y avait eu aucun jugement »[6], ou encore, plus simplement, « pour non advenu », *pro infecto*[7]. L'idée d'abolition prend alors en droit civil le détour d'une fiction d'inexistence[8], laquelle trouve d'ailleurs son exacte contrepartie formulaire dans les actions prétoriennes rescisoires, qualifiées de « fictices » par Théophile et dans lesquelles, nous le savons de manière certaine, figurait la fiction qu'un tel n'avait pas subi de diminution statutaire[9], que telle chose n'avait pas été aliénée[10], ou bien qu'elle n'avait pas été usucapée[11].

La fiction positive. — Elle pose faussement l'existence d'un acte, d'un événement, d'un fait, d'un être ou d'une qualité, peu importe. La fiction positive

1. Gaius, III, 56.

2. Les constructions à fictions multiples ne font aucune difficulté en droit romain : voir ainsi *D.* 40, 12, 25, 2 ; *D.* 41, 3, 15.

3. Selon l'expression la plus ancienne, adoptée par Quintus Mucius (*D.* 28, 3, 16) et par Servius Sulpicius (*Digesta* d'Alfenus Varus, 5 Dig., *D.* 34, 8, 2). On lit *pro non scripto*, un peu plus tard, chez Labeo (*D.* 28, 7, 20), Sabinus, Cassius (*D.* 35, 1, 6, 1), puis Julien (*D.* 30, 104, 1).

4. Sabinus et Cassius, Gaius, II, 195 ; Pomponius, *D.* 30, 38, 1.

5. Ulpien, *D.* 46, 4, 13, 6.

6. Callistrate, *D.* 40, 16, 3.

7. *D.* 18, 1, 55 : *pro non facta est* ; 38, 11, 1, 1 : *pro infecto habet* ; *C.* 5, 16, 20, *pro infectis habeantur.*

8. S. di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, Milan ; 1966, R. Quadrato, *Sulle tracce dell'annulabilità. Quasi nullus nella giurisprudenza romana*, Naples, 1983.

9. Théophile, *Paraphrase aux Institutes* (ci-dessous, *Par.*), 4, 6, 5 ; Gaius, III, 84 ; IV, 38 ; Ulpien, *D.* 4, 5, 2, 1.

10. Edit *quod metus causa*, *D.* 4, 2, 9, 4, Lenel, *Edictum Perpetuum*, 3e éd. (ci-dessous, Lenel), p. 110 ; édit *quod fraudationis causa gesta erunt*, Ulpien *D.* 42, 8, 10, 22 ; Lenel, p. 442.

11. *Restitutio in integrum* des majeurs de 25 ans : Institutes de Justinien (ci-dessous, *Inst.*) 4, 6, 5 ; Lenel, p. 121.

est apparemment moins radicale que la négative, dans la mesure où elle ne s'oppose pas. On peut être parfois tenté d'y voir un simple rapprochement analogique, une manière commode de définir une situation par le biais d'une autre, pour faire l'économie d'une description minutieuse de ses effets. Ainsi, plutôt que de détailler les conséquences du fait qu'une condition n'est pas advenue par la faute de celui qui y a intérêt, et d'en conclure que dans ce cas l'esclave affranchi conditionnellement n'en est pas moins libre, ou que le legs conditionnel n'en est pas moins dû, n'est-il pas plus simple de tenir la condition défaillante pour réalisée, comme le veut la jurisprudence classique[1] ? Ou bien encore, au lieu de circonstancier les effets juridiques du codicille, n'est-il pas plus économique de le tenir pour contemporain du testament lui-même, *perinde ac si in testamento scripta fuissent*[2] ? L'irréel hypothétique n'aurait d'autre gravité ici qu'une simple manière de dire. La fiction se banaliserait dans une habileté de langage, dans un bon usage des formulations elliptiques. Pourtant, ce n'est pas le cas. Que le style juridique latin ait intégré le tour de la fiction pour ne parfois plus indiquer par elle que de simples équivalences est une chose ; mais c'en est une autre que la banalité de son emploi en jurisprudence rende ce tour en lui-même insignifiant. Nulle insignifiance dans un mode qui, même pour suggérer quelque analogie, prend le détour de supposer l'existence de ce qui n'est pas. La fiction négative est certes des deux la plus évidemment contraire au réel ; mais, comme on va le voir, la fiction positive n'est à son tour qu'une complexification de la première.

Avant d'analyser la démarche dans sa complexité logique, prenons quelques exemples clairs, formulaires, ceux où la fiction se projette dans les mots mêmes de l'action en justice. Il est bien connu que le préteur délivrait des actions dont la formule feignait que tel était héritier légitime, qui n'avait aucune vocation successorale civile ; propriétaire quiritaire, qui n'avait pas encore usucapé la chose ; citoyen romain, qui était étranger, etc. Par ces détours, le magistrat en charge de la juridiction réussissait à introduire des normes nouvelles, sans porter formellement atteinte aux assises du droit civil. Mais nous n'avons aucun indice pour dater l'usage de telles formules fictices[3]. En revanche, les fictions légales, souvent négligées, se laissent dater. En remontant progressivement dans le temps, nous atteignons avec une quasi-certitude le milieu du IIe siècle avant notre ère au plus tard. On voit alors fixée une pratique civile, avant probablement que le droit prétorien n'en fît à son tour usage.

La loi de César sur l'organisation de la Gaule Cisalpine (49 av. J.-C.) accor-

1. Julien, *D.* 35, 1, 24 ; v. encore Ulpien, *D.* 2, 4, 6 ; 12, 4, 3, 9 ; 50, 17, 61 ; Papinien, *D.* 35, 1, 78 pr. De même, pour les conditions mixtes, qui requièrent la coopération d'un tiers qui s'y refuse : Labeo, *D.* 28, 7, 20 pr. ; Ulpien, *D.* 36, 2, 5, 5 ; *Epitomé Gai*, 2, 6.

2. Sabinus et Cassius, *ap.* Scaevola, *D.* 29, 7, 14 ; Julien, *D.* 29, 7, 2, 2 ; Gaius, II, 180.

3. L. di Lella s'est efforcé même de démontrer, d'une manière sans doute excessive, que les actions prétoriennes avec fiction ne sont pas antérieures à la réforme judiciaire d'Auguste : *Formulae Ficticiae. Contributo allo studio della riforma giudiciaria di Augusto*, Naples, 1984.

dait, en matière de dommage prévisible *(damnum infectum)*, des actions dont la formule comportait la fiction que le propriétaire du fonds menaçant s'était engagé envers son voisin par une double promesse : celle de rembourser le dommage prévisible et celle de fournir caution. Les formules des actions intentées « comme si » ces promesses avaient été faites, lorsqu'elles ne l'avaient pas été, étaient conçues et affichées par la loi elle-même. Celle en exécution de la promesse de rembourser le montant du dommage prévisible comportait la fiction « s'il avait promis » ; celle en exécution de la promesse de garantie comportait la fiction « s'il avait fourni caution » (*Corpus Inscriptionum Latinarum*, I, 2, n° 592, l. 25 sq. ; l. 32 sq.).

On peut cependant remonter plus haut, me semble-t-il, avec la *Table d'Héraclée*, florilège de lois urbaines compilé dans l'immédiat après-guerre sociale, dans les années 80 av. J.-C. On y lit que l'entrepreneur chargé de l'entretien des voies publiques se voit déléguer les riverains comme débiteurs, à la place du Trésor. Contre ces riverains, et à concurrence de la contribution due par chacun d'eux, l'entrepreneur dispose d'une action apparentée à une action en remboursement d'un prêt d'argent. Le magistrat, dit la loi, est invité à organiser l'instance « comme il devrait le faire si la demande avait porté sur un prêt » : *utei de pecunia credita iudicem iudiciumve dari oporteret* (*CIL*, I, 2 n° 593, l. 45). Il devait probablement accorder une action en remboursement de prêt fictice, c'est-à-dire une action civile dont la formule d'abord mentionnait une obligation évaluée en une somme d'argent certaine *(dare pecuniam oportere)*, mais comportait au surplus la fiction d'un prêt, la fiction d'un *creditum* — un prêt que l'entrepreneur chargé des voieries n'avait évidemment consenti ni au Trésor ni aux riverains qui lui étaient délégués. Certes, le procédé fait exceptionnellement état ici de la cause de l'obligation, alors que la formule par laquelle on faisait valoir une obligation portant sur une somme d'argent certaine, *certam pecuniam dare oportere*, était abstraite en droit romain. Lorsqu'on agissait en remboursement d'un prêt d'argent ou en remboursement de l'indû, la cause était toujours passée sous silence. Cependant, si l'on y réfléchit bien, sa présence est ici nécessaire. Aucune dette fiscale n'était en effet jamais entrée sous une obligation civile certaine. Sans la forgerie légale d'un prêt, le juge n'aurait pu condamner, sur la base d'une action formulée en *pecunia certa*, un contribuable à payer sa quote-part. D'abstraite, l'action dut être transformée en action causée. Et la cause ne put qu'être empruntée au stock de celles qui, en droit civil, donnaient lieu déjà à une obligation de *certa pecunia* et ouvraient une action abstraite : d'où la fiction d'un prêt.

Action fondée sur une fiction de promesse, dans la loi sur la juridiction en Gaule Cisalpine ; action fondée sur une fiction de prêt, dans la Table d'Héraclée. Voilà au moins deux cas, datables de la première moitié de I^er^ siècle avant notre ère, où de telles actions sont fondées sur une loi. Il y faut probablement ajouter l'action avec fiction de saisie de gage. Cette action était accordée aux publicains, nous dit Gaius, par la « *forma* proposée au fermier des impôts » : grâce à la fiction qu'il avait procédé à une prise de gage, *si pignus captum esset.*, le fermier des impôts pouvait se payer directement sur les contribuables (Gaius, IV, 32). La loi censorienne reconnaissait déjà aux publicains, nous le

savons par les *Verrines* de Cicéron (2 *Verr.* 3, 11, 27), la prise de gage. Dans la « *forma* proposée aux fermiers des impôts » qu'évoque Gaius, et par laquelle leur était accordée, bien plus utilement encore, la fiction que cette procédure avait eu lieu, c'est la loi censorienne qu'il faut voir, plutôt que l'édit du préteur[1]. Voilà dès lors un indice de plus pour établir la pratique républicaine d'actions fictices fondées sur une *lex*. La fiction est cette fois-ci procédurale. Elle renvoie à la procédure archaïque de la *pignoris capio*, qui appartient aux non moins archaïques « actions de la loi ».

Il faut admettre enfin sans hésiter que lorsque pour la première fois, en 149 av. J.-C., une loi romaine admit des étrangers à agir contre des citoyens romains pour intenter contre eux une action d'extorsion *(repetundae)*, selon la procédure de la *legis actio*, en l'espèce la procédure sacramentelle, rigoureusement réservée jusqu'ici aux citoyens eux-mêmes, elle le fit par le moyen d'une fiction de citoyenneté : une fiction sur le modèle de laquelle, plus tard, le préteur devait inscrire, dans les actions civiles intentées contre un étranger, la clause « s'il était citoyen romain », *si civis Romanus esset*[2].

Projetée sur l'action en justice, la fiction positive n'est pas une manière de simplement reconnaître des analogies pour en induire une extension de la norme[3]. La loi ne constate pas que le propriétaire privé de garanties pour dommage prévisible se compare à qui en aurait reçu, ni que le citadin redevable de sa quote-part ressemble à qui aurait emprunté une somme d'argent, ou le publicain sans gage à qui s'en serait saisi, ou le demandeur pérégrin à qui serait Romain. Loin de tirer les conséquences d'une analogie repérable, la loi se heurte à une antinomie qu'elle résout en l'écartant. A telle donnée qui empêche l'action, elle substitue la donnée inverse ; et, de toutes les circonstances qui la fondent, elle postule celle qui fait défaut : promesse de garantie, obligation civile fixée à une somme certaine, prise de gage, citoyenneté romaine. Est écarté ainsi l'obstacle dû au fait que les conditions imposées ne sont pas présentes : la fiction positive en postule l'existence. Loin de l'analogie, elle porte tout au contraire décision de contrer la réalité. Les obstacles sont suspendus, non par constat, mais par décret. Cependant, il est important de noter que la loi ne feint pas ici l'inexistence d'un empêchement. Au moyen de la négation, voire de la double négation, qui correspondrait à l'ordre

1. M. Wlassak, *Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse*, 1921, p. 278 et s. ; Lenel, *EP*, 389 ; A. Magdelain, « Gaius IV, 10 et 33 : naissance de la procédure formulaire », dans *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1991, n° 59, p. 242.

2. Procédure de la lex Calpurnia : *Lex repetundarum*, Bruns, Fontes, n° 10, l. 23 ; W. Kunkel, *Untersuchungen zur Entwickelung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*, Munich, 1962, p. 13. Hypothèse d'une fiction de citoyenneté : M. Crawford, « Origini e sviluppi del sistema provinciale romano », dans *Storia di Roma*, II, 2, *La repubblica imperiale*, p. 101 ; sur la *fictio civitatis* dans l'édit du préteur, Gaius, IV, 37 et, pour l'édit de Verrès, Cicéron, 2 *Verr.* 2, 12, 31, et le commentaire à mon avis peu convaincant de L. de Lella, *op. cit.*, p. 130 et s.

3. Rapprochement de la fiction et de l'analogie : F. Horak, *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, Innsbrück, 1969, p. 83.

logique et rapporterait fidèlement le commandement de ne tenir en rien compte de ce qui s'oppose à l'*actio*, elle préfère la voie elliptique, en supposant une quasi-présence de la condition qui fait défaut.

Les formules de fiction positive sont attestées dans l'édit du préteur, mais plus encore dans les lois depuis au moins le milieu du IIe siècle avant notre ère. Elles sont aux antipodes du constat analogique. Le choix est celui du coup de force. D'où leur utilité pour assurer les révolutions administratives et politiques majeures. On peut comprendre ainsi l'importance du fait que, dans la loi sur la juridiction municipale en Gaule Cisalpine, la légitimité du procès formulaire, limitée au rayon d'un mille autour de la Ville, ait été fondée sur la fiction qu'il se déroulait à Rome[1]. La fiction de localité maintenait la Ville comme unique espace de la procédure légale, en dépit de la municipalisation de l'Italie : le passage de la cité à l'Etat territorial était à la fois permis et aboli par l'attache fictice à la cité. Et l'on peut comprendre de même que le passage de la République au Principat ait été nié par le maintien fictif de la République : dans la loi d'investiture impériale, le droit de convoquer librement le sénat était accordé avec la fiction que « les séances se tiendraient comme si le sénat avait été convoqué dans les conditions légales », tandis que la validation des décisions prises par le prince avant son investiture comportait la fiction qu'elles avaient été prises en vertu d'une loi ou d'un plébiscite, *perinde ac si populi plebisve iussu acta essent*[2]. C'est au sens rigoureusement juridique du terme et non pas, comme on le croit trop souvent, au sens idéologique, que la légalité républicaine des pouvoirs impériaux fut une fiction.

Les fictions du droit des personnes apparaissent particulièrement 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, mais où elles paraissent dénaturer aussi jusqu'aux données mêmes de la vie humaine. Les juristes du Moyen Age y avaient été très 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 manquèrent pas de relever que la naissance ou la mort étaient déplacées par la seule œuvre du droit, que la filiation y était transformée, que les conditions réelles de la naissance s'y métamorphosaient. Or toutes ces pratiques sont très anciennement attestées à Rome. La formule de la loi d'adrogation (forme archaïque d'adoption ratifiée par le peuple), par exemple, supposait que l'adrogé avait été engendré par l'adrogeant. On postulait parfois aussi qu'un captif mort sous puissance d'ennemi était mort avant sa captivité. Et, dans la loi Junia sur le statut des esclaves libérés en dehors des formes civiles, ces mal affranchis étaient considérés « comme s'ils eussent été des citoyens romains de naissance libre, mais devenus Latins après avoir quitté Rome pour être enrôlés dans

1. *Lex de Gallia Cisalpina, FIRA I*, p. 173, *c.* II, I, p. 10 et s., pour l'aveu d'une dette d'argent certaine : *sei... is... iure lege damnatus fuisset*, où *iure lege* renvoie à la procédure formulaire légitimée par la loi Aebutia, pour les actions de *certa pecunia* et pour autant qu'elle se soit déroulée à Rome ou dans un rayon d'un mille ; p. 175, *c.* 2, l, p. 40 et s., pour la *confessio* d'une dette incertaine : *sei... is... Romae apud praetorem... in iure confessus esset.*

2. *Lex de imperio Vespasiani, FIRA I*, p. 156.

une colonie latine » (Gaius, III, 56). Ces techniques traditionnelles furent ensuite adoptées tout naturellement dans les privilèges impériaux. L'affranchissement avec droit d'ingénuité feignait que l'affranchi était de naissance libre, *atque si ingenuus natus esset*[1] ; les diplômes octroyant aux vétérans le droit d'épouser une femme pérégrine légitimaient les enfants nés d'une telle union et les soumettaient à la puissance paternelle « comme s'ils étaient nés du mariage de deux citoyens romains », *ac si ex duobus civibus romanis nati*[2] — exactement de même que, dans les rescrits de légitimation des enfants naturels, la chancellerie supposait qu'ils « avaient été conçus d'un mariage légitime », *perinde atque si legitime concepti fuissent*[3]. On voit que la matière de la vie, de la naissance et de la mort se décrétait souvent en plein écart — un écart pleinement assumé — avec la nature. C'est en particulier ainsi qu'il faut comprendre, je crois, et certainement pas avec un arrière-plan éthique radicalement étranger au droit romain, la fiction, présente sous des formes diverses chez Celse, Julien, Gaius, Ulpien et Paul, qui tenait les enfants à naître pour déjà nés, *pro iam natis*, et les considérait comme déjà présents parmi les êtres humains, *ac si in rebus humanis esset*[4].

La fiction, ou les institutions fondées sur leur écart au réel

Toutes ces fictions, négatives ou positives, apparaissent très tôt en droit civil. La romanistique l'a d'ailleurs parfois reconnu, quoique à mon avis pour de fausses raisons. On a trop souvent eu tendance en effet à confondre fictions et symboles, ou fictions et formes dérivées. Il faut je crois résolument laisser de côté les actes juridiques de l'ancien *ius civile*, lorsque la fiction n'y est pas déclarée comme telle, c'est-à-dire lorsque d'abord n'y est pas ouvertement manifesté, par la parole, l'écart entre ce qui se fait et ce qui se dit, et lorsque ensuite n'y est pas affirmée une équivalence irréelle et forcée entre dire et faire, entre mots et choses. Dans l'archaïque procédure de la revendication, par exemple, il n'y a aucune fiction à représenter le tout par un fragment qu'on en prélève, un fonds par une motte de terre, un troupeau par un poil ou un bâtiment par une tuile : il y simplement là représentation par un signe qui est d'ailleurs moins un symbole qu'une métonymie. Dans la mancipation comme dans la libération de dette librale, l'effet réel ou l'effet libératoire ne résultent pas de ce que l'on feindrait d'accomplir une vente au comptant ou un paiement réel : personne ne simule qu'un prix ou qu'un remboursement du prêt aient été véritablement pesés. Il se trouve seulement

1. Marcien, 40, 11, 2.

2. Voir E. Volterra, « Un osservazione in tema di tollere liberos », dans *Fest. Schulz*, 1951, p. 388-398 ; Y. Thomas, « Tollere liberos », *Conf. Inst. Droit romain*, Paris, 1984.

3. Marc-Aurèle et Lucius Verus, *D.* 23, 2, 57, 1.

4. Respectivement, *D.* 1, 5, 26 : *intelleguntur in rerum narura esse ; D.* 38, 16, 7, *quodammodo in rerum natura esse existimatur ; Inst.*, I, 47 : *pro iam natis ; D.* 38, 16, 3, 9 : *perinde ac si in rebus humanis esset ; D.* 1, 5, 7 : *ac si in rebus humanis esset* et 50, 16, 231 : *pro superstite esse.*

que l'un comme l'autre de ces deux actes sont formés à l'image de formes antérieures — actes *imaginarii,* formés sur le moule d'autres actes[1].

En revanche, l'ancienne fiction civile apparaît comme telle lorsque le verbe équipare expressément et faussement un fait à un autre. Alors sont présents les deux éléments constitutifs de la fiction, tels que les juxtaposent crûment les clauses légales d'époque républicaine, l'édit du préteur, ou les jurisconsultes de l'époque classique : la reconnaissance qu'un fait n'existe pas d'une part, la décision de nier cette constatation d'autre part, en tirant toutes les conséquences juridiques de cette supposition fallacieuse. Il faut en ce sens considérer comme comportant une véritable fiction la formule de la loi curiate d'adrogation. La filiation qu'elle établit est fondée sur la fausse supposition que l'adrogé serait né de l'adrogeant et de son épouse : *tam iure lege... filius... quam si natus esset*[2]. La filiation adoptive n'est certes à Rome pas une filiation fictive, *ficticia,* comme elle le sera en droit médiéval. En revanche, l'acte qui la constitue contient une fiction de procréation dans le mariage, alors même par ailleurs que l'adoptant peut n'être pas marié. Ce qui est vrai de l'adrogation l'est probablement aussi de l'adoption devant le préteur. Nous savons par Neratius que l'on adoptait un petit-fils comme s'il était né du fils et de l'épouse de celui, *quasi ex filio suo et ex matre familias eius natus esset* et nous savons par l'*Epitomé Gai,* que, devant le magistrat, l'adoptant feignait que l'adopté était né de lui[3]. Voilà déjà un bon indice de la présence de véritables fictions dans des actes de l'ancien droit civil.

Plus archaïque encore est la fiction du testament libral. Y est posée l'équivalence fictive de l'écrit et de la parole. Le contenu écrit des tablettes que le testateur tient en main est en effet censé avoir été prononcé par lui devant les cinq témoins qui représentent les cinq classes censitaires du peuple romain. Le testateur prononce la formule : « Ainsi je donne, ainsi je lègue, ainsi je teste », *ita do, ita lego, ita testor* ; mais cette série de rappels « ainsi » — *ita* —, qu'il

1. On peut appeler ces actes, avec Rabel, « des actes, dont la forme est dérivée d'une forme précédente », *Nachgeformte Rechtsgeschäfte* (*ZSS,* 1906-1907), ou bien à la rigueur, avec Pringsheim, des actes symboliques (« Symbol und Fiktion in antiken Rechten », *St. de Francisci,* IV, 1955) ; mais il est moins heureux de les appeler comme Ihering des actes apparents, *Scheingeschäfte,* car ils ne simulent rien et sont réellement ce qu'ils paraissent, et moins encore de les assimiler, comme on le lit parfois, à des actes fictifs (F. Wieacker, « Pontifex iurisconsultus », *Hommage R. Dekkers,* Bruxelles, 1982, p. 223 ; *Römische Rechtsgeschichte,* I, Münich, 1988, p. 325). L'*imaginaria venditio* (Gaius, I, 119) n'est pas un simulacre de vente au comptant, mais un acte de transfert réel forgé à l'image de la vente. Comme il y manque un prix, ce ne peut être en rien une vente, ce que soulignaient clairement Modestin (*D.* 44, 7, 54), Paul (*D.* 18, 1, 55) et Ulpien. C'est pourquoi, lorsque Gaius écrit *quasi pretii loco* à propos de la pièce de bronze dont on frappe la balance, il ne dit pas que l'on feigne de verser un prix : mais seulement que, dans la mancipation formée à partir de la vente réelle, ce qui dans le modèle était pesée métallique, devient, dans ce qui en est l'image, un lingot. Pareillement, la remise de dette, *imaginaria solutio* (Gaius, III, 169, 71), ne signifie en rien le paiement fictif d'un prêt : c'est une forme libératoire spécifique, forgée d'après le modèle formel du paiement, avec usage d'une balance.

2. Aulu-Gelle, 5, 19, 9.

3. Neratius, *D.* 1, 7, 44 ; *Epitomé Gai,* 2, 3, 3.

intègre aux mots de la formule orale, se rapportent non à ce qui vient d'être dit, mais à ce qui est écrit sur les tablettes de cire : « Ainsi que cela est écrit sur ces tablettes de cire », *ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt.* De sorte que l'équivalence « ainsi que... ainsi », *ita ut... ita,* pose que ce qui est actuellement proclamé, ce sont des paroles qui n'ont pas été prononcées, des paroles qui n'existent pas en dehors de l'écrit. Cette fiction en quelque sorte performative a d'ailleurs bien été comprise comme telle par Gaius, II, 104 : « Et réellement, *et sane,* ce que le testateur a écrit en détail dans les tablettes du testament, il est censé par cette formule générale en prononcer les mots et le confirmer *(ea videtur generali sermone nominare atque confirmare).* » La « formule générale », ce sont les mots « ainsi je donne, ainsi je lègue, ainsi je teste », qui renvoient aux paroles écrites du testament. L'équiparation *ita ut... ita,* bien analysée comme fiction par Gaius, transforme ces paroles écrites en verbe. Fiction que les *verba* avaient été réellement prononcés, donc. Or cette fiction était nécessaire pour leur conférer force de droit. Dans la loi des XII Tables (450 av. J.-C.), les actes juridiques oraux opéraient avec l'efficace même du droit grâce à la fiction selon laquelle le verbe du citoyen avait valeur de droit : « Ce que la langue a prononcé, cela sera considéré comme formule de droit » (VI, 1 : *uti lingua nuncupassit, ita ius esto*) : comme si le citoyen-*civis* — eût été habilité à produire un droit — *ius* — par sa seule parole, ce qui met la fiction au principe même du *ius civile,* droit produit par le verbe du citoyen — c'est-à-dire, droit de l'acte juridique[1]. Du verbe à l'écrit, il fallait donc que l'écrit fût encore verbe : c'est bien ce qui se passe avec le testament libral. De la même manière, selon une analyse récente d'A. Magdelain, la formule procédurale écrite tirait son efficacité de la convention qui voulait qu'on en eût prononcé et entendu les paroles, grâce à une « fiction d'action de la loi »[2].

Peut-on imaginer une convention implicite, non formulée, une fiction silencieuse ? A Rome, le mode du *comme si* est toujours un mode explicite, marqué formulairement, comme on l'a vu, dans des clauses orales ou écrites. Pour le bien comprendre, il faut raisonner à partir du cas inverse des images, des figures, dont l'usage pouvait supposer une fiction non dite. Dès très haute époque, l'*ars iuris* avait fait sienne la technique du simulacre ouvertement accepté comme tel. Cette technique fut utilisée parallèlement en droit sacré, pour opérer des simulations rituelles, par exemple le 14 mai, au cours des Argei, où l'on jetait des figurines humaines dans le Tibre. D'après la norme pontificale, l'usage des simulacres opérait selon une fiction du droit sacré : « Les représentations figurées fictives font partie des actes sacrés », *simulacra fingendi inter sacra*[3]. Cette fiction consistait très précisément à accepter le faux pour le vrai : « les simulacres sont tenus pour vrais », *simulacra pro veris accipiuntur*[4], autrement dit, pour l'équivalent de ce qu'ils simulent. Ce « tenir pour » n'est pas ici un effet de croyance, mais d'institution. Dans cette

1. A. Magdelain, *De la Royauté et du Droit. De Romulus à Sabinus,* Rome, 1995.

2. « Naissance de la procédure formulaire », *op. cit,* p. 243.

3. Macrobe, *Saturnales,* 1, 11, 47.

4. Arnobe, *Adversus nationes,* 5, 1.

pragmatique de l'efficacité rituelle, nous avons affaire à une convention d'équivalence posée en tout arbitraire. Seulement, l'usage d'images, de symboles, de signes visibles, suffisait ici sans doute à désigner un *comme si* qui n'avait pas à être formulé, puisque l'opération était tangible. Au contraire, lorsqu'on avait affaire au verbe, il était nécessaire de dire ou d'écrire que l'on prenait le faux pour le vrai, le vrai pour le faux. On ne pouvait se passer pour cela de formules conjonctives gouvernant presque toujours le mode irréel juridique : *ita ut... ita, tamquam... si*, formules progressivement développées et alourdies dans le style légal l'époque républicaine moyenne et tardive : *proinde... atque si* (loi sur la Gaule Cisalpine, rubr. XX) ; *perinde... ac si* (loi sur les pouvoirs de Vespasien, l. 29 sq.) ; *siremps lex esto... quasi sei* (loi de la Tabula Bantina, 12 sq. ; loi sur les extorsions, l. 73 (80) ; loi agraire, l. 27) ; *siremps lex resque esto... quasi*, ou *uti esset si* (loi d'Urso, l. 36 ; Loi Quinctia sur les aqueducs) ; *siremps lex ius caussaque omnibus omnium rerum esto, atque utei esset esseve oporteret si...* (loi Cornelia sur la validation des testaments des captifs, loi sur la Gaule Cisalpine, rubr. XXI).

Formulations fictices très anciennes, donc, en droit civil. Dès le testament libral, dès l'adrogation, dès le réemploi de l'action de la loi en procédure formulaire, mais, bien plus fondamentalement encore, dès qu'apparaît au V^e^ siècle av. J.-C. le *ius civile* comme présupposition légale d'un verbe valant comme droit, sont fixées pour l'essentiel les modalités que l'on voit prendre à cette technique dans les lois et dans l'interprétation des deux derniers siècles de la République, puis dans la grande jurisprudence classique. Peut-on dire qu'elle n'est qu'un moyen commode de faire évoluer le droit sans en bouleverser les assises ? Ce type d'approche peut à la rigueur nous satisfaire pour les fictions prétoriennes, qui sont effectivement un moyen commode pour contourner certains obstacles que le droit civil met à la réforme juridique. C'est bien incontestablement parce qu'il n'a pas le pouvoir de modifier directement le *ius civile* que le préteur, lorsqu'il veut en appliquer les catégories à des situations nouvelles, les réemploie sur le mode de l'irréel hypothétique. Par fiction, il suppose que des cognats ont la qualité d'héritiers légitimes[1], que des fils émancipés ont été « sous la puissance paternelle du mourant »[2], qu'un étranger est citoyen romain[3], qu'une femme n'a pas été mariée ni un fils donné en adoption[4], qu'un esclave muni d'un pécule ou établi dans un négoce est libre[5], que l'acheteur qui n'a pas encore usucapé a acquis la propriété quiritaire[6], et mille autres sornettes encore.

Dans le même ordre d'idées, aux fictions prétoriennes il faut ajouter celles qu'introduisent les sénatus-consultes, dans la mesure où précisément le sénatus-consulte n'est pas source de droit civil. Et l'on décrète alors que le legs de la chose d'autrui vaudra comme s'il avait été fait *optimo iure*[1], que le fidéicommissaire sera légitimé aux actions successorales comme s'il avait été l'héritier[2], que la revendication des biens vacants sera continuée contre un possesseur qui s'est débarrassé de sa possession, tout comme s'il avait continué à posséder[3]. La raison de la fiction nous est je crois clairement indiquée ici par un texte, à propos d'un sénatus-consulte autorisant les legs d'usufruit sur la totalité d'un patrimoine : « Ce sénatus-consulte n'a pas eu pour effet de créer à proprement parler un usufruit d'argent. En effet, l'autorité du sénat n'a pu changer de fond en comble la raison naturelle (entendons ici le droit civil, qui ne reconnaît traditionnellement pas d'usufruit de choses consomptibles) ; mais, grâce à ce remède, on s'est mis à faire comme s'il y avait usufruit, *quasi usus fructus haberi* »[4].

Le préteur, le sénat, la doctrine, et même les constitutions impériales, qui fourmillent de fictions, fiction d'ingénuité, fiction de légitimité, fiction de citoyenneté, avaient trouvé sans doute dans ce procédé un moyen commode pour contourner les obstacles du droit civil. On peut admettre encore à la rigueur que, à l'intérieur même de l'*interpretatio* du *ius civile*, certains principes vénérables, qui en formaient en quelque sorte la charpente, n'aient pu être surmontés autrement. La fiction codicillaire, par exemple, permettait d'intégrer le codicille sans rompre avec le principe de l'unité du testament[5]. La fiction selon laquelle, pour la gestion des affaires publiques, le fils était considéré comme un *paterfamilias*, sauvait l'intangibilité de sa position d'*alieni iuris*[6]. Tenir « pour religieux » le sol provincial où l'on édifiait des tombeaux, ou « pour sacré » celui où l'on édifiait des temples, laissait en paix avec la règle qui excluait la propriété quiritaire, nécessaire au droit des tombeaux, en dehors de l'Italie, et avec celle qui n'admettait d'autre consécration que ratifiée par le peuple romain[7]. Cependant, cette interprétation est insuffisante lorsqu'on constate que les lois elles-mêmes élaboraient leurs propres fictions, alors que d'autres formulations, plus directes, plus simples, eussent été possibles. Le parti que prennent si souvent les lois romaines de disposer par contrefaçons plutôt qu'en considérant les faits tels qu'ils sont témoigne au contraire d'une extrême liberté prise avec la réalité, d'une exceptionnelle artificialité des techniques du droit et pour tout dire, de sa puissante et native autonomie.

1. Gaius, IV, 34 ; *Regulae Ulpiani* (ci-dessous, Ulpien), 28, 12.
2. Gaius 3, 26, *proinde ac si in potestate parentis mortis tempore fuissent* ; Paul, *D.* 37, 1, 6, 1 ; *rescindit eorum capitis deminutionem.*
3. Gaius, IV, 37.
4. Gaius, IV, 38 ; 3, 84 ; *D.* 4, 5, 2, 1.
5. Julien, *D.* 19, 1, 24, 2 ; Venuleius, *D.* 45, 2, 12 ; Paul, *D.* 9, 4, 19, 2 ; Lenel, p. 261, 282.
6. Gaius, IV, 36 ; *D.* 44, 7, 35 ; 6, 2, 7, 6.

1. C'est-à-dire *per damnationem* : sénatus-consulte Néronien, Gaius II, 197 ; 212 ; Ulpien, 24, 11.
2. *Quasi heredi* et *quasi in heredem* : sénatus-consulte Trebellien, Gaius, II, 251, 253, Theophile, *Par.*, 2, 23, 4.
3. *Quasi possiderent* : sénatus-consulte Luventien, *D.* 5, 3, 20, 6 *c.*
4. Gaius, *D.* 7, 5, 2 ; ce sénatus-consulte est connu de Sabinus, *D.* 7, 5, 5, 1.
5. *D.* 29, 7, 2 ; 29, 7, 14 ; Gaius, II, 180.
6. Pomponius, *D.* 1, 6, 9.
7. Gaius, II, 7 et 7 *a*. Un tel raisonnement s'enracine dans une très ancienne tradition de fictions territoriales : répétition des auspices sur un *ager romanus* fictif : Servius Auctus, *Aen.*, 2, 178 ; *cf.* Dion Cassius 41, 43, 2 (87) ; fiction d'un *ager hostilis* nécessaire au rite de déclaration de guerre : Servius, *Aen.*, 9, 53.

Dès les origines, aussi haut que nous puissions remonter dans le temps, jusqu'au milieu du V^e^ siècle avant notre ère, le *ius civile* romain opère obliquement. La fiction — fiction qu'une parole vaudrait comme droit — est à son principe même. De là, il semble avoir préféré aux extensions avouées du tissu juridique les faux-semblants qui, sans rien changer à ses structures formelles, l'éloignaient de son point de départ. Le droit s'isola progressivement ainsi en constructions plus complexes, creusant toujours davantage l'écart qui le séparait du réel. Ces artifices, qu'il faut prendre au pied de la lettre et dans leur sens étymologique de tours de fabrication, vont du simple symbole, moyen courant de signifier une chose absente par une chose présente, à l' « acte imaginaire », modelé comme on l'a dit sur un acte primordial dont la forme, légèrement modifiée, est réemployée à de nouvelles fins, jusqu'au subterfuge enfin de la fiction, qui dénonce ouvertement le faux par lequel elle opère. Ce détour fut le plus employé, et connut un développement extraordinaire. Dès le principe y était posée la négation du fait comme instrument du droit. Procédé commode certes, mais dont on voit bien aussi qu'il engage un rapport original au monde. Car une telle vision n'a rien de nécessaire ni d'évident. On peut en vérifier l'arbitraire sur le terrain même du droit romain : la fiction est un choix qui connaît parfois d'autres alternatives. Il arrive en effet que les juristes balancent entre deux formulations, l'une directe et l'autre fictive, de la même règle. La loi Cornelia supposait non advenue la capture du prisonnier mort au camp ennemi : tel interprète, au lieu de commenter cette fiction négative ou de la transformer en fiction positive, en imaginant le prisonnier mort à Rome, préférait en décrire immédiatement l'effet, et dire que cette loi instituait la succession des Romains morts captifs[1]. La loi Junia feignait que les affranchis informels étaient ingénus et enrôlés dans une colonie latine : cela n'empêcha pas de poser plus simplement qu'elle les rendait libres et Latins de plein droit[2]. On tenait pour réalisée, on s'en souvient, la condition impossible ou empêchée par la faute d'un tiers : certains juristes évitèrent ce détour en tranchant qu'alors le legs conditionnel était dû, ou que l'esclave conditionnellement affranchi était libre[3]. Ou bien, lorsque l'acheteur et le vendeur avaient l'un et l'autre causé un retard dans la livraison de la chose, et qu'on voulait en imputer la faute au seul créancier, on pouvait choisir de dire, indifféremment, soit que tout se passait comme si l'acheteur avait été l'unique cause de ce retard — *perinde esse... quasi si per emptorem solum stetisset* —, ce qui revenait à dénaturer le fait, soit que le retard devait nuire au seul acheteur — *emptori potius nocere*, en énonçant sans fard une règle de

1. Ulpien, *D.* 35, 2, 18 pr. ; C.J. 8, 50, 1, 1, Septime Sévère.
2. Ulpien 1, 10 ; *Frag. Dosith.*, 6.
3. Labeo disait soit que la condition était réputée non écrite (*D.* 28, 7, 20 pr.), soit que le legs était quand même dû (*D.* 35, 1, 8) ; Julien considérait la condition comme réalisée (*D.* 35, 1, 24), de même que Papinien (*D.* 35, 1, 78 pr.) et Ulpien (*D.* 12, 4, 3, 9 ; 36, 2, 5, 5 ; 50, 17, 161) ; mais Javolenus, Pomponius et Paul affirmaient sans détour que l'esclave devenait libre et que le legs était dû (*D.* 40, 7, 39 ; 30, 54, 2 ; 35, 1, 8 ; 40, 7, 20) ; Ulpien lui-même, qui s'exprime pourtant par fiction, peut préférer parfois l'expression directe : *ad libertatem pervenire* (*D.* 40, 7, 3).

droit[1]. Et c'est pour la même raison enfin que les actions comportant la fiction qu'un acte juridique n'avait pas eu lieu étaient doctrinalement appelées « rescisoires » : la procédure empruntait la voie d'une hypothétique négation d'existence ; mais la dogmatique, abrégeant cette démarche, évoquait une annulation, et préférait à la pratique de l'évitement l'idée d'un effet normatif direct[2].

L'alternative à la fiction donne à ce tour son relief et lui confère valeur de choix. Choix stylistique parfois, certes. Mais choix de fond plus encore. Le droit se heurte aux faits, mais il n'est pas de faits qu'il ne simule de surmonter pour empiriquement développer son emprise sur eux. On ne comprendrait pas autrement l'usage des fictions dogmatiques qui fondent les institutions sur l'écart même qui les sépare du réel, c'est-à-dire sur l'idée qu'elles ne sont pas constatables. Ce que nous appelons autorité de la chose jugée, et qui pour nous est une présomption irréfragable — une présomption, donc une approche asymptotique de la vérité — s'énonçait à Rome comme une fiction, c'est-à-dire comme un renversement du faux en vrai, de l'injuste en juste : la chose jugée était « recue comme vérité » parce que, par exemple, il fallait « considérer comme ingénu celui qui, né esclave, avait été faussement déclaré ingénu par un jugement d'État »[3] ; ou bien parce que le magistrat était censé « dire le droit même lorsqu'il tranche iniquement, la notion d'un droit prétorien se rapportant non pas à ce que le magistrat fait réellement, mais à ce qu'il convient qu'il fasse »[4]. De cette séparation non de fait mais de droit entre le droit et le fait, l'institution tire son essence et la fiction son rôle révélateur de l'artificialité de l'institution. Il faut pour en juger se reporter au lent travail de délimitation puis de résorpsion de la fiction médiévale au bénéfice d'une « vérité » dont la culture contemporaine porte le poids à son insu. Car, à considérer par exemple les difficultés actuelles à concevoir en droit l'égalité hors nature, la personne hors corps et l'humain hors matière organique, ou la tendance à subordonner l'arbitrairement et librement construit au sociologiquement et biologiquement constatable, sans autre issue, pour mainte doctrine, que du côté des « évidences » de la Nature, quand ce n'est celles de l'Ethique et de la Religion, où se réfugie une réflexion juridique coupée de son assise, qui n'est autre en Occident que le droit romain, on est frappé par la singularité de la démarche juridique romaine, telle que la fiction l'éclaire. Nul jugement de réalité sur la vie dans la décision que l'enfant à naître, pour ce qui est de sa vocation successorale, est tenu pour déjà né. Nulle constatation d'une égalité naturelle dans le choix de rendre ingénu l'esclave « restitué dans les droits de sa naissance ». Nulle adéquation à l'existence d'une quelconque conscience collective ou d'une volonté générale réellement présente en chacun comme en tous, dans la conclusion que la majorité vaut totalité. Le vote majoritaire, pratiqué dans toutes les cités depuis la

1. Les deux formulations sont attribuées à Labeo : respectivement *D.* 19, 1, 51 pr. et *D.* 18, 16, 18.
2. Ainsi, là où Gaius (III, 26), faisant allusion à la formule de l'action, dit : *proinde ac si*, Paul, n'ayant en vue que son effet, dit : *rescindit praetor* (*D.* 37, 1, 6, 1).
3. Ulpien, *D.* 1, 5, 25 ; *cf.* 50, 17, 207.
4. Paul, *D.* 1, 1, 11.

Grèce archaïque jusqu'à Rome, est fondé en droit romain par un coup de force, par un décret : la majeure partie est tenue pour le tout[1]. Radicale disjonction entre la réalité et l'imputation, sans laquelle n'existeraient ni la représentation ni l'Etat.

Une dernière remarque. La conscience que les obstacles à son emprise réelle sont la condition de son action virtuelle, confère au droit romain un certain tour d'équivoque. Y foisonnent les marques de la fausse apparence, de la vraisemblance feinte, de l'équiparation forcée : les *quasi*, les *veluti*, les *pro*, les *quodammodo*, les *ad instar*, les *ad exemplum*, les *videri*. Cette façon est pourtant aux antipodes de l'équivoque. Rien de plus apparemment affiché que le faux ni de plus ouvertement publié que la négation du vrai. Or le mode de l'irréel ne tient pas à quelque sympathie de l'esprit juridique pour les hypothèses controuvées. Il ne tient pas non plus à quelque mystérieux pouvoir que les juristes auraient eu de faire passer la substance d'une chose dans une autre, de la transférer d'un champ à un autre, comme le suggérait E. Kantorowicz, fasciné qu'il était par la puissance de l'illusoire et détourné, à cause de cette fascination même, d'une analyse à froid de la technique juridique[2]. Gardons-nous de toute substantalisation du phénomène de l'artifice en droit. Considérons-le plutôt d'un point de vue technique et formel. Nul mystérieux mélange d'être et de non être dans la fiction : mais une synthèse pragmatique, la seule possible, entre l'affirmation et la négation du vrai, sur le mode soit positif (est dit qu'existe ce qui n'existe pas) soit négatif (est nié qu'existe ce qui existe). Le mode du comme si est le seul à permettre de surmonter sans folie le principe de non-contradiction. En bon pragmaticiens, les Romains en affranchirent le droit, l'inventant par là même.

LES BORNES MÉDIÉVALES DE LA FICTION : LE DROIT, LE FAIT, LA NATURE

Les juristes du Moyen Age furent plus que nous sensibles à cette dénaturation juridique du monde, parce qu'ils eurent à prendre position sur la capacité des hommes à changer, par la fiction juridique, non seulement le monde social, mais aussi le monde naturel. Après que le Corpus de Justinien eut été reçu et se fut répandu comme autorité dans les universités médiévales, les interprètes se

1. Scaevola, *D.* 50, 1, 19.

2. « La souveraineté de l'artiste. Note sur quelques maximes juridiques et les théories de l'art à la Renaissance », trad. L. Mayali, dans *Mourir pour la patrie*, P. Legendre (éd.), Paris, PUF, 1984, p. 33-57. Il n'y a pas à nier la génialité d'E. Kantorowicz. Mais nombre de ses analyses, y compris celle des deux corps du roi, substantialisent à outrance des échaffaudages politico-juridiques qui ne relèvent pas, faut-il le rappeler, de la causalité, mais de l'imputation. Eriger le monde des institutions dans une zone où l'invisible se mélange au visible, selon le modèle christologique et ecclésiologique, et à mi-chemin entre l'être et le non-être, fait perdre le sens de l'artifice, de l'arbitraire et, pour tout dire, de la liberté avec lequel les juristes, y compris ceux de la tradition scolastique médiévale, ont toujours considéré le phénomène juridique.

trouvèrent confrontés, entre les XII[e] et XIV[e] siècles, à une formidable question. Comment concilier l'efficace du droit, sa capacité proprement technique à modifier le monde social, avec une nature voulue et créée par Dieu, une nature où les institutions, ordonnées au 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 et manifestée par l'éclat vivant de sa lettre —, 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, dans un monde regorgeant d'être, dans un monde où la nature ployait sous les signes et les indices de la surnature divine ?

La référence à la nature, certes, n'était pas totalement absente des écrits juridiques transmis par Rome. En quelques passages du *Digeste* et des *Institutes*, elle offrait un contexte où était pensée la structure de certains statuts, de certains droits ou de certains actes. Non pas d'ailleurs qu'il se fût agi de la mettre en position de réalité première et de l'ériger en paradigme. Elle était bien plutôt un instrument conçu par les juristes pour rendre compte, à l'intérieur même du droit civil, de certaines opérations du droit. On invoquait la nature pour suppléer au défaut que comportait une institution par rapport à une autre, sur le modèle de laquelle elle était forgée. La nature à laquelle les juristes romains renvoyaient était généralement une institution prise pour modèle : 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 de naissance libre que l'ingénuité pouvait être qualifiée de « naturelle » : l'autorité du droit faisait recouvrer à l'esclave, plus encore qu'une « image de l'ingénuité »[1], une « naissance commune à tous les hommes dans leur origine »[2], c'est-à-dire cette liberté « primitive » ou « naturelle » qui avait valeur de modèle[3]. 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

1. *Imago ingenuitatis* à propos des affranchis : C.J. 9, 21, 1 ; Papinien, *Fragments du Vatican*, 226.

2. Il s'agit de la « restitution dans le droit de la naissance », *restitutio in natalibus*, Marcien, *D.* 40, 11, 2 : « dans le droits 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* ».

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

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.

Cette nature, forgée et manipulée par les juristes de Rome, put être assez facilement christianisée. Elle le fut selon la formule, répandue comme on le sait dès les premiers glossateurs, d'une équiparation avec Dieu, *natura id est Deus*[1]. Restait cependant, une fois naturalisée la *natura* romaine, à naturaliser aussi le droit qui l'avait si souvent réduite à un instrument au service de l'artifice : qui l'avait institutionnalisée. Restait à naturaliser cette si étrange anthropologie juridique romaine — une anthropologie qui a échappé en grande partie aux romanistes et qui continue d'échapper ainsi, à travers la vulgarisation d'un certain nombre d'idées reçues, aux historiens de la pensée juridique et aux philosophes du droit. Cette anthropologie n'avait pas échappé, en revanche, à un observateur aussi attentif que Saint Augustin. Augustin n'a cessé de réfléchir, du point de vue de la création divine, à la singularité de la tradition institutionnelle de Rome. Cette confrontation de deux anthropologies apparemment irréductibles, la juive et la romaine, offre une extraordinaire occasion de mise à distance, qui nous manque cruellement lorsque nous partons simplement de la scolastique, laquelle a déjà intégré et christianisé l'héritage romain. C'est pourquoi ce n'est pas à mon sens Saint Thomas qui pose les questions pour nous les plus vives : le droit romain n'a alors plus rien d'exotique. La question vive est encore pour nous celle d'Augustin, et c'est d'elle qu'il faut partir, si l'on veut entreprendre de réfléchir à ce que fut l'invraisemblable entreprise de domestication de la tradition juridique romaine par le Christianisme.

Augustin se penche sur les *Choses divines et humaines* de Varron. Dans cette encyclopédie, trésor d'érudition auquel puiseront les antiquaires jusqu'à la fin du monde romain antique, les « choses » avaient purement et simplement statut d'institutions. Les hommes y étaient envisagés avant les dieux parce que « les cités d'abord avaient été fondées ». On avait là le droit civil et le droit public. Puis venait le culte des dieux institué par la cité : car, « de même que le peintre est antérieur au tableau et l'ouvrier à l'édifice, de même les cités sont antérieures aux choses constituées par elles ». Le plan de ce vaste système religieux s'ordonnait à la logique d'une action pensée dans le temps et dans l'espace de la cité. La partie réservée aux institutions divines commençait par les agents publics de l'action sacrée, c'est-à-dire par les divers sacerdoces, puis s'enchaînait sur les temps prescrits (le calendrier), les lieux consacrés (temples et sanctuaires), les choses objet d'une consécration (sacrifices publics et privés), enfin les destinataires des sacrifices (les dieux, à propos desquels était développée toute une théologie civile). Les dieux eux-mêmes étaient institués par les hommes, selon le rite juridique de la consécration. Au total, la notion générique de « choses divines et humaines » regroupait l'ensemble des institutions positives : le droit public et civil d'un côté, le droit sacral de l'autre — bref, la totalité du droit compris dans ses divisions canoniques. Cinq siècles plus tard, Augustin s'indignait précisément de ce que les « choses divines », qui pour un Chrétien ne pouvaient avoir d'autre sens que celui d'une nature créée par Dieu, eussent été, de l'aveu même de Varron, mises au rang des productions humaines et jugées de la même essence que la peinture ou l'architecture, c'est-à-dire « instituées par les hommes », *ut hominibus institutae*[1].

Christianiser le droit romain, cela devait revenir, d'abord, à domestiquer une représentation du monde où les choses, même divines, étaient des choses instituées ; où la nature était un artifice au service d'une production de l'artifice ; où surtout la science civile servait d'outil pour transformer librement l'ordre des choses, l'ordre des choses antérieurement instituées. Cela devait revenir en somme à gommer autant qu'il était possible les aspérités d'une anthropologie juridique où les techniques du droit pouvaient prétendre jusqu'à se substituer à la nature. Une anthropologie où la forme du savoir encyclopédique d'un Varron représentait pour Augustin déjà un très étrange symptôme ; où le droit du *Digeste* et du *Code*, surtout, 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 Age durent repérer, classer, incorporer à leur propre vision du monde — une vision qui sortit bien sûr bouleversée de cette délétère fréquentation.

Le droit médiéval, aussi bien civil que canonique, s'est employé à faire reculer l'empire de la fiction. Voilà un phénomène d'une importance à mon avis considérable, et qui est resté pratiquement inaperçu, faute que l'on étudie la pensée juridique dans son application casuistique, et faute aussi que l'on étudie la casuistique d'une manière différentielle ou comparée, c'est-à-dire en repérant les écarts, au cas par cas, entre la solution romaine et la solution médiévale. De ce point de vue, qui n'est pas celui de l'histoire des doctrines, mais celui de la pensée pratique, sinon technique, du droit, une pensée qui n'apparaît qu'à condition qu'on la contextualise dans les affaires mêmes qu'elle régit, ce que nous appelons « droit naturel » émerge dans l'effort des juristes, entre le XII[e] et le XIV[e] siècle, pour inscrire les savoir-faire du droit romain dans certaines limites, posées au nom d'une intangibilité du monde créé. Ces limites sont définies principalement par deux critères : la radicale

1. Sur cet adage, connu déjà de Placentin (*Summa Institutionum*, I, 2 *de iure nat. gent.* pr.), v. l'étude hypercritique de de Fasso, « Dio e la natura presso i decretisti ed i glossatori », dans *Diritto ecclesiastico*, 67, 1, 1956. Pour les sources canoniques, W. Ullmann, *Medieval Papalism*, Londres, 1949, p. 40 ; Gualazzini, « Natura, id est Deus », dans *Studia Gratiana*, III, 1955 ; E. Cortese, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico I*, Rome, 1962, p. 56 et s.

1. Augustin, *Civ. Dei* 6, 5, 3 ; également 4 chap. 1, 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 : *Aulu Gelle*, 14, 7, 9. Sur le plan de Varron, A. G. Conderni, préface aux fragments des deux premiers livres des *Antiquitates Rerum Divinarum*, Bologne 1967, p. VII et s. ; B. Cardauns dans son édition de Wiesbaden, 1976.

séparation du monde du fait et du monde du droit, d'un part; l'insurmontable division de l'ordre naturel et de l'ordre surnaturel, de l'autre.

La fiction du droit et le fait

Voici un Brocard d'Azon (fin XII[e] - début XIII[e]) sur *Digeste* 4, 6, 19, relatif au retour du prisonnier de guerre. Le retour du captif dans la cité opère bien réintégration rétroactive dans ses droits ; mais la possession acquise avant la capture, dit ce passage de Papinien, est irrémédiablement interrompue par elle : c'est que « la possession est avant tout une question de fait », *possessio autem plurimum facti habet.* Aucune allusion à la fiction dans ce texte : sont distingués seulement les droits que l'institution du *postliminium* restaure et certains faits sur lesquels elle n'agit pas. Les juristes romains n'articulent aucune théorie des limites de la fiction sur l'antithèse du droit et du fait. Or Azon renvoie à ce passage sous la rubrique 19, consacrée aux fictions légales *(figmenta legis)*, pour illustrer l'adage selon lequel « on ne peut feindre à l'égard des faits », *circa facta non potest fingi.* Sur le même texte et sur bien d'autres analogues, presque tous relatifs à la possession, la glose dira pareillement que « l'on ne peut feindre à propos des faits comme on peut le faire à propos du droit », *circa facta non potest fingi sicut circa iura*[1]. Ainsi, selon ce premier état de la doctrine, la fiction opère bien sur le droit, mais pas sur les faits extérieurs. La fiction agit 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 reprendra une formule analogue : « la vérité du fait ne peut être changée par le droit », *veritas facti non potest mutari*[2]. Et, sur un passage des *Décrétales,* où l' « équité canonique » accorde exceptionnellement la possession sans aucune prise réelle du sujet, sans aucun « acte corporel », il rappelle la doctrine des docteurs, selon laquelle 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 », *authoritas legum non potest veritatem naturalem tollere et ab absentia realitatis suae eradicare*[3].

Cette formule fut bientôt appliquée à limiter l'action du législateur lui-même. Selon un énoncé de Justinien, fréquemment réemployé au Moyen Age, 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 », *iura in scrinio pectoris suo*[4]. Or, lit-on chez Cynus, si le prince est

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

2. 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.*

3. *Ad tres priores libros Decretalium,* sur *c.* 9, X 2, 14, *de dolo et contumacia.*

4. Sur cet adage, et sur ses applications pontificalistes ou impériales, v. F. Gillman, « Romanus pontifex iura omnia in scrinio pectoris sui censetur habere », dans *AKKR,* 92, 1902 ; A. Steinwenter, *Nomos empsuchos. Zur Geschichte einer politischen Theorie,* Vienne, 1946, p. 256 et s. ; G. Post, « Two notes », dans *Traditio,* 9, 1953.

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 », *princeps non potest habere facta in scrinio pectoris sui.* Cet adage vient en commentaire à *Digeste* 1, 5, 15 : l'esclave Arescusa est affranchie sous condition 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 de la seconde portée, 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 peut certes, nous le savons-bien, octroyer le droit d'ingénuité à un esclave et donc, s'il le désire, « 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 sa 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 sans doute de savoir si le prince pouvait aboutir au même résultat en agissant directement sur les faits, en intervertissant l'ordre des naissances et en décrétant que l'enfant né en premier, en second ou en troisième, devait être considéré comme né en quatrième. La réponse était qu'il ne pouvait rien changer à l'ordre des faits. Il ne contenait pas les faits *in pectore suo,* comme il y détenait en revanche 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 Dieu[1]. Apparente impuissance du droit, donc, à changer les faits.

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 Pistoie, 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 autre-

1. Dinus, sur C.J. 1, 14, 5 ; Cinus, *eod. loc.*

ment 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 à des plans séparés, les juristes en viennent à reconnaître que « le droit ne feint que sur les faits », *circa facta*[1]. Dans la limite toutefois qu'admet le verrouillage d'une construction qui, au Moyen Age, n'excéde jamais le premier degré : l'interprétation médiévale réduit l'artificialité juridique à un unique étage, contrairement aux empilements plus complexes du droit romain ; 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] siècle et du XIV[e] siècle : ce principe passera en droit français avec l'adage « fiction sur fiction ne vaut »[2].

1. 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 » : *fictio universaliter fingitur super his quae sunt facti. Raro vel numquam super his, que sunt iuris* ; et surtout, sur *D.* 41, 1, 15, véritable traité systématique sur la *fictio 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 potest 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 pas du droit, mais du fait, on ne peut pas faire, selon la verite, 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 » : *ius quandoque, tollit aliud ipso iure et tunc est verum tollere secundum veritatem.* 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 : quand 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 ».

2. 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 Ardizone, Andreas de Isernia, Dinus, Raymond de Penafort, Odofredus sont reprises par Bartole sur *D.* 41, 3, 15, n. 17 et s., à propos de *plenius fictionem legis accipi.* Guillaume de Cuhn, sur *D.* 2, 14, 58 : *fictio 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 : *fictio fictionis esse non potest, sicut nec servitus servitutis.* V. 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 : *fictio 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 : *fictio non trahitur ad id, nisi quod directe agitur* ; sur *c.* 2 X, 2, 10, *fictio... non potest expediri per aliam fictionem* ; Bartole, sur *D.* 1, 1, 9, n. 62 s.v. ; Alexander de Imola, *consilium* n° 130, etc.

Dans cette étroite mesure, l'irréel — explicitement indiqué par les *verba fictionis* que glossateurs et commentateurs entreprirent de repérer systématiquement dans le Corpus du droit romain[1] — put être employé à transformer la substance, *fictio circa substantiam* : on conférait ainsi l'existence à qui ne l'avait pas encore, tel l'enfant à naître[2] ; ou à celui qui ne l'avait plus, tel le mort pour la patrie, qui, selon les *Institutes,* « vit en gloire » — *vivit in gloriam* — et fait bénéficier son père des avantages que procure un fils, comme être dispensé des charges de la tutelle[3]. On pouvait transformer aussi la quantité, la relation (en instituant un rapport de filiation avec qui n'était le fils que par fiction[4]), la qualité, l'action (grâce à la fiction de représentation directe), le temps (rétroactivité), le lieu (théorie de l'absent présent : le contumace ; ou du présent absent : le fou), etc. Bref on pouvait créer, supprimer, transformer l'être et les modes de l'être, par l'effet d'une vertu qui fut celle d'abord de l'interprétation juridique, avant de devenir celle de la loi du souverain. Car, bien avant que les canonistes n'eussent défini la « plénitude de la puissance », et particulièrement celle de la puissance pontificale, comme un pouvoir de faire advenir ce qui n'existe pas, ou d'abolir ce qui existe[5], les romanistes de la fin du XII[e] et du commencement du XIII[e] siècle, comme on le voit clairement dans les Brocards d'Azon, avaient défini déjà le pouvoir de l'interprète comme pouvoir de dire, par la « fiction, c'est-à-dire l'interprétation » *(fictio, id est interpretatio)*[6] que « quelque chose existe qui n'existe pas », *aliquid esse quod non est,* ou que, à l'inverse, « quelque chose n'existe pas qui existe », *aliquid non esse, quod est*[7]. De sorte que, contrairement à ce que l'on croit souvent, ce n'est pas aux théologiens que les canonistes

1. Bartole, sur *D.* 41, 3, 15, n. 5.

2. Azon, *in lib. 1 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...*

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

4. Azon, *loc. cit.,* n. 12, *Circa relationem ut cum fingunt eum filium esse qui non est.*

5. E. Kantorowicz, « La souveraineté de l'artiste », *art. cit.,* not. p. 43 et s.

6. Azon, *in lib. 1 Cod., Incipit mat. ad cod.,* n. 9 : *omnes istas fictiones, sive interpretationes ;* n. 10 : *interpretantur, fingentes...* ; Bartole, sur *D.* 41, 3, 15, *quaest.* 5 : *iuris interpretatione seu fictione.*

7. Azon, lib. 1 cod., *incip. mat. ad Cod.,* n. 10 : *esse, quod non est... et non esse, quod est ; Brocardica,* rubr. 10, de *qualitate factorum* : « Ce qui a été fait est considéré comme ne l'ayant pas été ; ce qui n'existe pas est tenu pour ayant été fait ; ce qui n'existe pas est considéré comme existant ; ce qui existe est considéré comme n'existant pas. » V. encore, après bien d'autres, Balde, sur *D.* 2, 14, 40, 1 : « la loi feint qu'existe ce qui n'existe pas, ou qu'existe certainement une chose dont il est douteux qu'elle existe » : *fingit aliquid esse quod non est vel aliquid esse certum, quod dubium est,* et Bartole, sur *D.* 2, 14, 27, 2 : « la fiction feint que n'existe pas ce qui existe », *non esse illud quod est* ; sur *D.* 4, 6, 20 : « par la fiction, ou bien une chose qui n'existe pas est produite à l'existence, ou bien, produite à l'existence, elle est détruite, ou bien, apparue en un temps, elle est transférée en un autre » : *aut aliqua res, quae non est, in esse producitur ; aut producta destruitur ; aut uno momento producta transfertur in alium.*

empruntèrent directement cette formule de la toute puissance comme puissance de faire et de défaire, mais bien aux civilistes, dans leur théorie de l'interprétation, fondée sur et assimilée à la *fictio iuris*[1].

La fiction du droit et la nature

En second lieu, 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, 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 « écarter la nature », *naturam non tollunt,* adages 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 adages 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

1. Voir à ce sujet E. Kantorowicz, *op. cit.*, p. 47-48, qui cite une glose de Tancrède, vers 1220, sur une décrétale d'Innocent III (*Compilatio III*, 1, 5, 3). Le canoniste, qui fonde ici la « plénitude de la puissance » du pontife sur les mots *vicem Dei,* cite une formule du *Décret, Dist.* 2, *c.* 69 : « La parole du Christ qui a pu à partir de rien créer quelque chose qui n'existait pas » *(qui potuit ex nihilo facere quod non erat),* formule tirée du *De mysteriis* de Saint Ambroise ; or Tancrède éclaire cette formule en alléguant C.J. 5, 13, 1, 1 *a,* qui contient une fiction juridique : « Toutes les dots peuvent être exigées par une action de promesse de dot, qu'il y ait eu stipulation ou pas... car... nous décidons que, lorsque la stipulation n'a pas été faite, elle est censée avoir eu lieu ». Cette loi est encore citée par la glose ordinaire de Jean le Teutonique sur *Dist.* 2 *c.* 69, pour donner un sens juridique à l'expression *ex nihilo facere quod non erat* ; elle revient comme une référence constante dans la théorie médiévale de la fiction, depuis Azon (*Broc.* sous rubr. 10, *quod non est habetur, pro facto*) jusqu'à Bartole (sur *D.* 41, 3, 15, n. 71), en passant par Accurse (sur C.J. 5, 13, 1, 1, s.v. *subsecuta : sic ergo nota fingi stipulationem ubi non est*). Autrement dit, les premiers canonistes à avoir utilisé la formule « créer à partir de rien ce qui n'existait pas », empruntée au Décret, l'ont fait à travers les définitions de la fiction juridique, telles qu'ils pouvaient les trouver chez les civilistes.

elle se trouve[1]. 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 mainte reprise affirmé depuis Accurse, réitéré par les commentateurs du XIV[e] siècle, comme Balde, au nom de l'infranchissable limite du « possible selon la nature »[2]. Or 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 *(id debet demum porrigi fictio, quod per rerum naturam non est impossibile)* : 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 *(facilius ergo perduntur corporalia quam incorporalia vel etiam spiritualia)* : ainsi disons-nous de notre participation aux sacrements et des marques de notre foi, qui restent attachées aux ossements humains au point qu'il ne peuvent en être séparés *(adeo ossibus hominum inhaerent ut nunquam separentur)* ». 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 », *non possunt separari a domino, sicut anima a corpore.* 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 l'anthropologie chrétienne que les juristes du Moyen Age 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

1. 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, chez Bartole, sur *D.* 45, 2, 9, l'impossibilité pour la fiction de faire qu'une même somme d'argent parvienne à plusieurs personnes à la fois : *impossibile secundum naturam ut eadem pecunia perveniat ad plures in solidum.*

2. 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.*

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. A l'inverse, lorsque 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*[1], une telle opération n'était envisageable que dans la mesure où justement les entités collectives n'avaient pas la réalité des choses 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 des XII[e] au XIV[e] siècles s'en tinrent à la tradition juridique latine selon laquelle il n'était d'autre personne qu'individuelle[2]. Sur ce qui était privé d'existence, sauf par dénomination juridique, la fiction d'incorporation était loisible : elle ne donnait pas corps à du vrai incorporel. La « personne » put se prêter 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 est bien au Moyen Age 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 Age[1]. En revanche, l' « incorporel » 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. Dans une glose sur les *Institutes de Justinien* (3, 1, 3), à propos de la « quasi continuation » du *dominium* du père dans celui du fils, on voit bien la résistance d'un juriste du XIII[e] siècle à admettre l'idée d'un passage fictif de l'incorporel au 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 : la continuation n'a lieu que d'une chose différente à une autre, et non pas entre choses semblables. Cependant, le père et le fils sont une seule personne par fiction du droit ». Autrement dit, une « continuation fictice » *(quasi continuatio)* de la propriété du père dans celle du fils n'était intelligible que dans la mesure où, selon une autre fiction du droit qu'allèguait ici la glose (C.J. 6, 26, 11), et qui constituait un exemple classique de « fiction unifiante »[2], le père et le fils formaient une seule personne. Cette « continuation fictice » ne pouvait venir de ce que le *dominium* incorporel de l'un aurait été comme transporté dans le *dominium* incorporel de l'autre.

1. 1. « Personne fictive », *persona ficta* : Innocent IV, *Apparatus c.* 57 X 2, 20 : *in causa universitatis fingitur una persona* ; 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 : *secundum iuris fictionem* ; Balde, sur *c.* 3 X 2, 19 : *ficte* ; Franciscus Zabarella, sur *c.* 30 X 5, 3 n. 6 : *secundum fictionem iuris est corpus vivens... fictione iuris censeatur unum corpus* ; Paulus de Castro, sur *D.* 46, 1, 22 : *fingit ius quandam personam invisibilem* ; v. encore, à l'extrême fin de la tradition scolastique, Nicolaeus Losaeus, *Tractatus de iure universitatum,* Venise, 1601, f° 19 r. : *secundum fictionem iuris... universitas repraesentat unam personam.* L'idée de fiction est aussi bien exprimée à travers celle de représentation (malgré H. Hoffmann, *Repräsentation. Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte,* 2[e] éd., Berlin, 1990, p. 116 et s.)

2. « Personne représentative », *persona repraesentata* : 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 », *Tidschrift voor Rechtsgeschiedenis,* 1956, n° 24, p. 423 et s.) ; Johannes Andreae, sur *c.* 16 VI 3, 4 : *non vera sed repraesentata* ; Bartole, sur *D.* 2, 1, 1, sur *D.* 41, 2, 1, 22 n. 3, sur *D.* 45, 3, 26. Le lien entre representation et fiction apparaît bien dans l'association *repraesentata et ficta* : Bartole, sur *D.* 45, 3, 26 ; Bartholomeus Salicetus, sur C.J. 9, 30, 1 ; Petrus de Ancharano, sur *c.* 16, VI 3, 4 ; Johannes ab Imola, sur *D.* 46, 1, 22 n. 1-3 ; Panormitain, surc. 48, X 1, 6 et sur *c.* 30, X 5, 3 : *corpus fictum et repraesentatum* ; ce lien est négligé par S. Panizo Orallo, *Persona giuridica y Ficcion,* Pampelune, 1975, p. 141 et s., et par H. Hoffmann, *op. cit.*

3. « 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.*

2. 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. V. encore, au XV[e] siècle, Bartholomeus Salicetus sur C.J. 9, 30, 1 : *nil est quam homines universitatis.*

1. Le souci de substantialiser la *fictio* est très net chez E. Kantorowicz. Ainsi, lorsqu'il croit déceler, chez Bartole (sur *D.* 48, 19, 16, 10), l'idée que les *universitates* tiennent leur identité d'une continuité successive et qu'il existe donc une « vérité » de la fiction corporative, dont l' « essence » serait le temps (*Les deux corps du roi,* Gallimard, Paris, 1989, p. 496, n. 89). Cette idée est en réalité beaucoup plus ancienne, et Kantorowicz néglige surtout le fait que la durée elle-même est construite : la continuité du temps n'est pas naturelle, mais juridique ; le temps successif n'est pas une donnée ontologique, mais une opération du droit. Les juristes utilisaient couramment ici la technique de la subrogation personnelle : Ainsi Accurse, sur *D.* 5, 1, 76, à propos des corps collectifs : dans un tribunal, un peuple, une légion, les remplaçants sont subrogés aux partants ou aux morts, *aliis subrogatis* (de même, sur *D.* 47, 22, 1 : *alii substituti funguntur vice illorum*). Cette figure juridique de la subrogation n'a cessé d'accompagner la réflexion sur, les personnes et les corps fictifs : Odofredus, sur *D.* 8, 2, 23, s.v. *aeternus* : « Rien ici bas ne peut être perpétuel, sinon par subrogation » (repris ensuite par Balde et Angelus de Ubaldis, *ad eod. loc.*) ; Jacques de Révigny, sur *D.* 3, 2, 7, 2 : « Lorsque tous les moines sont morts, il y a expectative que d'autres leur seront subrogés » ; Johannes Andreae, sur *c.* 5, VI 5, 11 : *qui erunt postea subrogati* ; Johannes Andreae, sur *c.* 5, VI 5, 11 : *qui erunt postea subrogati.* C'est cette tradition juridique, pleinement artificialiste, que reprend Bartole sur *D.* 48, 19,.16, 10 : « Tous les membres du peuple étant morts et d'autres leur ayant été subrogés, il s'agit toujours du même peuple », *mortuis omnibus de populo et aliis subrogatis, idem est populus.* Loin donc que la fiction d'unité personnelle repose en dernier lieu sur une « vraie » nature du temps, elle en suppose au contraire une organisation juridique, sur le mode de la subrogation successorale.

2. *Fictio unitiva :* 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. »

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. On pouvait supposer qu'un vivant était mort (le prisonnier de guerre était donné pour mort avant sa captivité, afin de maintenir son testament valide), ou qu'un mort était vivant (le fils mort à la guerre continuait à vivre « en gloire » pour ne pas priver son père des avantages dûs à la possession d'un fils). On pouvait postuler aussi qu'existait un être qui n'existait pas, comme l'enfant à naître, ou que n'avait jamais existé un être qui avait existé, tel l'enfant mort aussitôt après sa naissance. Et puisque pour les juristes du Moyen Age la filiation adoptive était fictive (ce qu'elle n'était pas à Rome) et s'opposait à la vraie filiation génétique, fondée sur le lien du sang[1], on pouvait aussi, loin de toute réalité naturelle, faire d'un étranger un fils.

Cependant, il était 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, dont le père en outre est mort en captivité, recouvre-t-il, à son retour à Rome, grâce au *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 faudrait appliquer ici la fiction élaborée pour les prisonniers morts avant leur retour, dont la loi Cornelia validait les testaments comme s'ils fussent morts avant d'être captifs ; il faudrait feindre, autrement dit, que le père était mort avant de tomber au pouvoir de l'ennemi et que son fils, quoique conçu fictivement après cet événement, était né réellement des œuvres d'un citoyen 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 qu'une fiction tienne une personne pour morte avant sa mort : rien de plus banal qu'une telle opération juridique. Comprenons qu'une telle fiction comporterait à ses yeux la conséquence inacceptable qu'il faudrait considérer alors que le fils eût été conçu d'un mort. Voilà, relevée par

1. F. Roumy, *L'adoption dans le droit savant du XII^e au XVI^e siècle*, thèse, Paris, 1994.

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.

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 »[1]. 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 nature[2]. Il était enfin tout à la fois « contraire à la vérité » et « impossible selon la nature » que l'adopté fût considéré comme le fils fictif d'un adoptant qui aurait été plus jeune que lui, parce que, dans la nature, le père est nécessairement plus âgé que son fils et l'engendré nécessairement né avant le géniteur. Sur un passage des *Institutes*, qui qualifiait de « prodige » *(pro monstro)* l'anomalie que présenterait un fils plus âgé que son père et posait à ce sujet, selon une formule bien attestée à Rome, que « l'adoption imite la nature »[3], les glossateurs et les commentateurs développèrent l'idée que « l'art » du droit, c'est-à-dire en l'espèce la fiction, « imite la nature » et se trouve par là bornée par elle[4]. L'écart d'âge était en ce sens une limite que les glossateurs avaient trouvée dans

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

2. 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.

3. *Institutes* 1, 11, 4 : « La règle est qu'un plus jeune ne puisse adopter plus vieux que lui : l'adoption imite en effet la nature, et cela tient du prodige, qu'un fils soit plus âgé que son père ». *Cf. Epitome Gai* 5, 1 : « L'adoption ressemble à la nature en ce qu'elle permet d'avoir un fils à celui qui ne l'a pas engendré » ; Théophile, *Paraphrase aux Institutes* 1, 11, pr. : « Qu'est-ce que l'adoption ? C'est un acte juridique qui imite la nature » ; on pourrait évoquer bien auparavant Cicéron, *de domo* 14, 36 : « La cause pour laquelle on adopte se recherche habituellement dans le fait que l'adoptant cherche à obtenir du droit légal et pontifical ce qu'il ne peut se procurer par la nature..., afin que ce mode simulé d'acquérir un fils paraisse imiter le plus possible la vérité de l'engendrement » et Javolenus, *D.* 1, 7, 16, à propos précisément du rapport d'âge entre adoptant et adopté « L'adoption a lieu en effet entre personnes entre lesquelles peut avoir lieu aussi un lien de nature ». Cependant, il ne faut pas oublier qu'en droit romain « nature » ne se dit que pour la filiation légitime (*D.* 50, 16, 195, 2 ; 1, 7, 1 pr.), fondée sur la présomption légale, et qu'elle ne s'accompagne d'aucune idée de lien du sang. Surtout, comme je l'ai signalé plus haut dans le texte, la filiation n'est « naturelle » que relativement à l'adoption qui l'imite : elle ne l'est pas par essence, d'une manière absolue. Considérable est la distance qui sépare la vision médiévale de la filiation, où la « nature » est génétique, de la construction antique, qui, refusant toute pertinence aux données biologiques, se comprend sur un unique registre, celui de la loi.

4. Sur la fiction comme « imitation de la nature », voir E. Kantorowicz, « La souveraineté de l'artiste », *op. cit.* et, récemment, l'analyse très complète de F. Roumy, *L'adoption dans le droit savant..., op. cit.*

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 devant la nature : 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 eunuques. 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 femmes[1], la glose d'Accurse interprète *castratus* comme *caste natus*, c'est-à-dire comme impuissant de naissance, renversant entièrement la signification du texte en faveur d'un assujetissement de la fiction adoptive à la vérité génétique : les émasculés avaient la capacité d'adopter parce que leur empêchement était accidentel, les *caste nati* en étaient privés parce que leur empêchement était naturel[2]. On comprend dès lors que, selon une glose 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 »[3]. 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.

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 abolir 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

1. *Inst.* 1, 11, 9, avec l'équiparation : *castrati... feminae quoque non possunt* ; voir à ce propos la *Paraphrase* de Théophile et la *Novelle* 26 de Léon le Philosophe, qui revient sur cette interdiction et accorde le droit d'adopter aux castrats comme aux femmes.
2. *Gl. Inst.* 1, 11, s.v. *sed et illud : fortius est impedimentum naturae quam accidentis.*
3. Balde, sur C.J. 8, 47, 11.

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.

A partir du XIII[e] siècle, les juristes diront, d'un côté, que le droit agit, ou fait, ou feint, contre la vérité : *interpretatur contra veritatem*[1]. C'est d'abord que le droit qualifie spécifiquement ; 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 », *veritas falsa.* Pourtant, les juristes posent aussi, contradictoirement, que toute interprétation ou toute fiction restent soumises à la vérité : « La vérité l'emporte sur la fiction », *veritas fictioni praevalet* (gl. *D.* 28, 2, 23 et 29 ; Bartole, sur *eod. loc.)* ; « on ne peut changer la vérité du fait », *veritas facti non potest mutari* (Balde, sur *D.* 4, 6, 19) ; « la fiction n'a lieu que lorsque peut avoir lieu la vérité », *ubi potest habere locun veritas* (Balde, sur *D.* 17, 2, 3) ; « l'autorité des lois ne peut abolir la vérité naturelle », *auctoritas legum non potest veritatem naturalem tollere* (Balde, sur *c.* 9 X 2, 14). 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 donc nécessairement la nature. Mais à ces manipulations du réel s'opposent un certain nombre d'interdits intransgressibles au juriste comme au législateur. Sous le nom de « vérité » est désignée, pour l'essentiel, l'intangibilité de la frontière du corporel et de l'incorporel et la loi de la reproduction des corps. En ce sens, et en ce sens seulement, le droit s'aligne sur la nature et ne peut rien contre elle. Il agit, en dernière analyse, dans les limites de ce qui est physiquement possible en dehors du miracle[2].

A lire les gloses médiévales sur les textes du droit romain antique, et à prendre ainsi toute la mesure de la distance que le Christianisme mit entre le

1. Azon, Broc. rubr. 19 ; Cinus sur C.J. 4, 19, 16 : *fictio est in re certa, contraria veritati, pro veritate assumptio* ; formule reprise par Bartole, sur *D.* 41, 3, 15, n. 21 ; sur *D.* 1, 1, 9 : *secundum iuris fictionem, non secundum veritatem* ; sur *D.* 48, 19, 16, 10 : *fictum positum pro vero, sicut ponimus nos iuristae* ; Albericus de Rosate, sur C.J. 4, 19, 16, n. 5 : *in re certa contraria veritati*, et *Dictionarium iuris*, s.v ; fictio : *est fictio contra veritatem* ; Balde, sur *D.* 2, 14, 40, 1 : *fictio est semper contra veritatem* ; sur *D.* 9, 2, 7 ; *fictio debet esse contra veritatem* ; C.J. 7, 62, 2 : *aliud est fictio, aliud veritas* ; Antonius de Butrio, sur *c.* 27 X 1, 1, n. 3 : *fictio est contra veritatem* et sur *c.* 13, X 1, 11, n. 20 : *fictio ordinatur super falso*, etc. Toute cette doctrine sera reprise systématiquement au XVI[e] siècle, not. par Cujas, *Op. omn.* (éd. Naples, 1722) IV, 785 B ; 1261 ; VII, 363 C ; 375 E.
2. 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 *Code* 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.

droit romain historique et nous, on ne peut qu'être frappé de voir que la scolastique, d'Azon à Bartole, n'eut de cesse de réduire la portée de ces fictions. Il se pourrait qu'au regard d'une théorie générale du droit naturel, ce résultat de la réélaboration médiévale de la fiction du droit romain apparaisse fort mince. Je le crois pour ma part fort important d'un point de vue historique, puisque se mettent en place un grand nombre des hypothèses à partir desquelles les juristes travaillent encore aujourd'hui. Mais aussi parce que, à partir de ces distorsions, et grâce au recul qu'offre la position des interprètes, à l'inverse, le *ius civile* romain peut nous apparaître en son inconfondable originalité.

DOSSIER DE TEXTES ROMAINS SUR LA FICTION JURIDIQUE

N.B. — Ce choix de textes est disposé suivant les sources du droit : actes de l'ancien droit civil, lois, interprétation civile, sources supplétives du droit civil (édit du préteur, sénatus-consultes et constitutions impériales). A l'intérieur de chacune de ces sources, j'ai disposé les textes par type de contenu. Pour chaque division et subdivision, je me suis efforcé d'observer un ordre chronologique. La jurisprudence civile classique ici représentée commence avec l'époque tardo-républicaine (Quintus Mucius Scaevola, consul en 95 av. J.-C. ; Servius sulpicius, † 43 av. J.-C. ; Alfenus Varus, consul en 39 av. J.-C.) ; elle se poursuit avec les auteurs du I^er^ siècle (Labeo, † vers 10 ap. J.-C. ; Sabinus, mort sous Néron ; Cassius, mort sous Vespasien), du II^e^ siècle (Javolenus, † après 106 ; Celse, encore en vie sous Hadrien ; Julien, encore en vie dans les années 160 ; Veneleius et Pomponius, ses contemporains ; Gaius, encore en vie après 178 ; Scaevola, encore en vie autour des années 190) ; elle s'achève au cours de la première moitié du III^e^ siècle (Papinien, † 212 ; Tryphoninus, son contemporain ; Ulpien, † 223 ? ; Marcien et Paul, encore en vie vers 230 ; Modestin, † après 244).

J'ai été attentif à toujours traduire littéralement les expressions qui désignent la fiction, au mépris parfois de l'élégance, afin de respecter la diversité des formulations latines (soulignées en caractères gras, avec leur équivalent français). Les textes sont parfois obscurs en latin, à cause des interpolations, des gloses marginales incorporées au texte, ou des erreurs de la transmission manuscrite : la traduction ne peut les rendre plus clairs qu'ils ne sont, sauf à les modifier à la suite d'exégèses dont ce n'est évidemment pas le lieu ici.

I / Fictions du très ancien droit civil (V^e^-IV^e^ s. av. J.-C.)

A) Droit sacral et principe de simulation

1. Arnobe, *adversus nationes* 5, 1 : En droit sacré, les représentations figurées sont **tenues pour vraies** *(simulacra **pro veris accipiuntur**)*.

2. Macrobe, *Saturnales*, 1, 11, 47 : Les actes sacrés comportent des figurines de fiction *(simulacra **figendi** inter sacra)*.

B) Fiction d'équivalence de la parole et du droit : l'acte juridique

3. Festus p. 176 Lindsay, 450 av. J.-C. (*XII Tables*, VI, 1) : Lorsqu'on procèdera au *nexum* (engagement par un prêt) et à la mancipation, les mots que la langue a prononcés, **ces mots vaudront comme formule de droit** *(uti lingua nuncupassit, **ita ius esto**)*.

C) Fiction d'équivalence de l'écrit et de la parole : le testament libral

4. Gaius, *Institutes*, II, 104 : **Comme** il est écrit dans ces tablettes de cire, **ainsi** je donne, **ainsi** je lègue, **ainsi** je teste, **ainsi,** Quirites, prêtez-moi votre témoignage *(haec **ita ut... scripta sunt... ita** do, **ita** lego, **ita** testor, **itaque** vos Quirites testimonium mihi perhibetote)*. C'est ce qu'on appelle nuncupation. « Nuncuper » *(nuncupare)*, c'est en effet prononcer des noms en public ; et réellement, ce que le testateur a écrit en détail dans les tablettes du testament, **il est censé** en **prononcer les mots** et le confirmer par cette formule générale *(ea **videtur** generali sermone **nominare** atque confirmare)*.

II / Fictions de la loi

A) Formules légales d'actions fictices délivrées par une loi

1 / Fiction que le publicain a saisi un gage, II^e^ ou I^er^ siècle av. J.-C.

5. Gaius, *Institutes*, IV, 32 : D'une autre nature est la fiction proposée au publicain dans la loi censorienne : cette fiction consiste en ce que le débiteur soit condamné à payer la somme d'argent qu'il aurait dû verser pour libérer son gage, **si un gage avait été saisi** ***(si pignus captum esset)***.

2 / Fiction que l'entrepreneur chargé des voieries a consenti un prêt aux riverains

6. Table d'Héraclée, vers 80 av. J.-C., *Corpus inscriptionum latinarum*, I, n° 206, l. 37 sq. : Jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle il aura affermé cette rue, le questeur urbain ou le magistrat qui dirigera la direction de Trésor aura soin de faire porter sur le registre des créances de l'Etat le ou les propriétaires de bâtiments donnant sur cette rue... Il délèguera... pour le paiement de cette somme, ce ou ces propriétaires à celui auquel il aura soumissionné l'entretien de cette rue. Si le délégué... n'a pas payé cette somme ni fourni de caution au délégataire..., pour cette affaire, que tout magistrat à qui l'on s'adressera à ce sujet donne un juge et organise l'instance, **comme** il devrait donner un juge et organiser une instance **s'il s'agissait d'une affaire de prêt d'argent** ***(Ita... utei de pecunia credita** judicem judiciumve dari oporteret.)*

3 / Fiction que les garanties pour dommage prévisible ont été fournies

7. Loi de Gallia Cisalpina, 49 av. J.-C., *CIL*, I, n° 205, *c.* 20, l. 21 sq. : Que le magistrat... dise le droit, donne une formule et ordonne de juger **comme si** ***(proinde atque sei)*...** **la promesse** de garantie **et la caution avaient été fournies** régulièrement ; ... la formule de l'action comportera ces mots : « **si** ***(sei)***... Q. Licinius avait fourni à L. Seius une promesse de garantie... alors, juge, condamne Q. Licinius envers L. Seius à tout ce que, en vertu de cette promesse, il aurait dû donner ou faire de bonne foi, jusqu'à concurrence d'un montant de... »

B) Fictions légales de droit civil

1 / Formule de l'adrogation comitiale (époque archaïque)

8. Aulu Gelle, *Nuits Attiques*, 5, 19, 9 : Voulez-vous, ordonnez-vous, Quirites, que Lucius Valerius soit juridiquement et légalement le fils de Lucius Titius, **de même qu'**il le serait **s'il était né** de ce père de famille et de son épouse ***(tam** iure lege... filius siet... **quam si... natus esset)*** ?

2 / Loi Cornelia sur les testaments des prisonniers de guerre morts en captivité, 81 av. J.-C.

a) Formulation négative

9. Julien, 49, 15, 22 pr. : Les biens des citoyens tombés sous la puissance de l'ennemi et morts en captivité, soit qu'ils aient eu, soit qu'il n'aient pas eu la capacité testamentaire, sont dévolus à ceux auxquels ils seraient dévolus **s'ils n'étaient pas tombés sous la puissance de l'ennemi** *(ad eos pertinent, ad quos pertinerent,* ***si in potestatem hostium non pervenissent)*** : la loi Cornelia ordonne que **le droit, dans la même cause et pour toutes choses, soit le même qu'il serait si** les citoyens dont elle règlemente les successions et les tutelles **n'étaient pas tombés sous la puissance de l'ennemi** ***(idemque ius in eadem causa omnium rerum*** *iubetur esse lege Cornelia,* ***quae futura esset si hi, ... in hostium potestatem non pervenissent).***

10. Julien, *D.* 28, 1, 12 : La loi Cornelia confirme les testaments de ceux qui sont morts en captivité, **comme si** ceux qui les avaient faits **n'étaient pas tombés sous la puissance des ennemis** *(testamenta...* ***perinde*** *confirmantur,* ***ac si*** *hi qui ea fecissent* ***in hostium potestatem non pervenissent)***, ce qui fait que leur succession est en quelque sorte ***(quodammodo)*** dévolue à qui de droit.

b) Formulation positive

11. Paul, *D.* 35, 2, 1 : Cette loi confirme leur testament, **comme s'**ils étaient **morts dans la cité** ***(perinde... atque si*** *in civitate decessissent)*. Grâce à cette **fiction** *(propter quam* ***fictionem)***, la loi Falcidia s'applique à toutes les successions testamentaires qui peuvent avoir lieu...

12. Ulpien, *D.* 38, 16, 1, pr., Ulp. : Quant à celui qui est prisonnier de guerre, puisque sa succession est dévolue par la loi Cornelia à ceux auxquels elle serait dévolue s'il était mort dans la cité *(his defertur, quibus deferretur,* ***si in civitate decessisset)****,* ***on suppose*** que c'est bien de sa succession qu'il s'est agit *(et eius hereditas fuisse* ***creditur)***.

13. Ulpien, *D.* 49, 15, 18 : Celui qui n'est pas rentré **est censé** être **mort au moment** même **de sa captivité** ***(quasi*** *tunc* ***decessisse videtur, cum captus est)***.

3 / Double fiction de la loi Junia sur les affranchissements, époque de Tibère

14. Gaius, *Institutes,* III, 56 : Ceux que l'on appelle aujourd'hui Latins Juniens étaient autrefois des esclaves de droit quiritaire ; mais le préteur leur accordait habituellement un état qui ressemblait à la liberté : en conséquence de quoi leur patrimoine revenait à leurs patrons selon le droit du pécule servile. Plus tard, la loi Junia rendit libres et appela Latins Juniens tous ceux que le préteur maintenait en liberté : Latins, parce que la loi a voulu qu'ils fussent libres **de la même manière que s'ils étaient des citoyens romains ingénus envoyés de Rome dans des colonies latines** et devenus ainsi des colons latins *(lex eos liberos* ***perinde*** *esse voluit* ***atque si essent cives romani ingenui qui ex urbe Roma in latinas colonias deducti*** *Latini coloniarii esse coeperunt)* ; Juniens, parce que c'est la loi Junia qui les avait rendus libres... Aussi le législateur, comprenant que, **à cause de cette fiction** ***(ea fictione)***, la succession des Latins décédés cesserait d'être dévolue à leurs patrons... entendit spécifier que leurs biens reviendraient à leurs affranchisseurs **comme si la loi n'avait pas été promulguée** ***(proinde*** *ad manumissores pertinerent* ***ac si lex lata non esset)*** ; aussi est-ce par un droit qui s'apparente à celui du pécule que les biens des Latins sont dévolus par cette loi aux affranchisseurs.

4 / Fictions de la loi municipale flavienne, 79 apr. J.-C., *CIL,* II, n° 963

15. Cap XXII : Celui ou celle qui aura acquis la citoyenneté romaine en vertu de cette loi ou par édit de l'empereur César Auguste Vespasien, de l'empereur Titus César Auguste ou de l'empereur César Auguste Domitien père de la patrie, qu'ils restent sous la puissance paternelle, la puissance maritale ou la mainprise de celui... sous la puissance paternelle, sous la puissance maritale ou sous la mainprise duquel ils devraient être **s'ils n'étaient pas devenus Romains par un changement de citoyenneté** *(cuius esse deberet,* ***si civitate Romana mutatus mutata non esset)*** ; et qu'ils aient le même droit de se choisir un tuteur qu'ils auraient eu **s'ils étaient nés d'un citoyen Romain et n'avaient pas changé de citoyenneté** *(idque ius tutoris optandi habeto, quod haberet,* ***si a cive Romano ortus orta esset neq(ue) civitate mutatus mutata esset)***.

16. Cap. XXIII : Celui ou celle qui aura acquis la citoyenneté romaine... qu'ils aient, sur leurs affranchis ou leurs affranchies paternels qui n'ont pas accédé à la citoyenneté romaine, sur les biens de ceux-ci et sur les obligations qui leur ont été imposées comme condition de leur liberté, **le même droit et la même condition juridique qu'ils auraient s'ils n'avaient pas changé de citoyenneté** ***(idem ius eademque condicio esto, quae esset, si civitate mutatus mutata non esset)***.

C) Fictions légales d'organisation politique

1 / Fiction que l'instance se déroule à Rome, dans la loi sur la juridiction en Gaule Cisalpine, 49 av. J.-C.

17. *CIL,* 1, 205, tab. 2, lin. 40-45 : Si le défendeur a confessé sa dette devant le magistrat... dans ce cas, pour le demandeur comme pour le défendeur, **que la loi, l'affaire, le droit et la cause soient pour tous et en tout les mêmes qu'ils seraient ou devraient être, s'il avait fait cet aveu judiciaire à Rome, devant le préteur** ou devant le magistrat qui préside à Rome à la juridiction sur ces matières ***(siremps lex res ius caussaque omnibus omnium rerum esto, atque utei esset esseve oporteret... sei Romae apud praetorem... in iure confessus esset)***.

2 / Fictions légales postulant une légalité républicaine des pouvoirs impériaux

a) Loi d'investiture de Vespasien (a. 69-70 apr. J.-C.)

18. *CIL,* 6, 1, n. 167, l. 7 sq. : Lorsque le sénat sera convoqué par volonté et autorité du prince, aussi bien sur son ordre ou mandat qu'en sa propre présence, **cela sera considéré en tout et observé comme si le sénat avait pris sa décision et avait été convoqué selon la loi** ***(omnium rerum perinde habeatur sevetur... ac si lege senatus esset edictus habereturque)***.

L. 29 sq. : Tout ce qui a été fait, accompli et décrété avant le vote de la présente loi, soit par l'empereur César Vespasien Auguste lui-même, soit par quiconque sur son ordre ou mandat, sera considéré comme conforme au droit et sans appel, **comme si** ces actes étaient **accomplis sur l'ordre du peuple ou de la plèbe** *(ea* ***perinde*** *iusta rataque sint,* ***ac si populi plebisve iussu acta essent)***.

b) Fiction que les préfets du prince sont des magistrats élus

19. Loi municipale flavienne, 82 apr. J.-C., cap. XXIV : Si les décurions, les conscrits ou les citoyens de ce municipe ont au nom de tous les citoyens de ce municipe conféré le duumvirat à l'empereur César Domitien Auguste père de la patrie, et si l'em-

pereur Domitien César Auguste, père de la patrie, a accepté ce duumvirat et a délégué un préfet à sa place, que ce préfet ait les **mêmes droits qu'il aurait** s'il avait fallu, en vertu de cette loi, l'élire duumvir unique pour dire le droit, et **s'il avait** (effectivement) **été,** en vertu de cette loi, **élu duumvir** unique pour dire le droit *(is praefectus* ***eo iure*** *esto,* ***quo esset si is*** *eum IIvir(um) i(ure) d(icundo) ex h(ac) l(ege) solum creari oportuisset, isque ex h(ac) l(ege) solus* ***IIvir*** *i(ure) d(icundo)* ***creatus esset)***.

c) Fiction que l'adrogation par rescrit du prince a été faite devant le peuple

20. C.J. 8, 48, 2, Dioclétien, 286 apr. J.-C. : L'adrogation faite par rescrit du prince a la **même valeur,** lorsqu'elle est faite devant le préteur ou le gouverneur, **que si elle avait été faite,** selon le droit antique, **devant le peuple** : *(arrogatio etenim ex indulgentia principali facta,* ***perinde*** *valet apud praetorem vel praesidem intimata,* ***ac si per populum*** *jure antiquo* ***facta esset)***.

III / Fictions formulées par la science civile

A) Droit privé

1 / Personnes

a) Postliminium : fiction que la captivité n'a pas eu lieu

21. Tryphoninus, *D.* 49, 15, 12, 6 : Aussitôt rentré de captivité, les droits du prisonnier de guerre sont censés être dans l'état où ils seraient **s'il n'était jamais tombé au pouvoir de l'ennemi** ***(pro eo*** *habentur,* ***ac si nunquam iste hostium potitus fuisset).***

22. *Eod. loc.,* 5 : Les codicilles (*i.e.* rédigés en captivité) sont valables, **comme si,** entre temps, **aucune captivité n'avait eu lieu** ***(quasi*** *in medio* ***nulla captivitas intercessisset).***

23. *Institutes de Justinien* I, 12, 5 : Les prisonniers de guerre, s'ils sont retournés dans la cité, recouvrent tous leurs droits antérieurs. De retour, ils ont leurs fils en leur puissance, parce que le droit du postliminium **feint que le prisonnier a toujours été dans la cité** *(quia postliminium* ***fingit eum qui captus est semper in civitate fuisse)*** ; mais si le père est mort prisonnier, le fils **est censé** avoir été *sui iuris* depuis le moment où il est tombé captif *(exinde, ex quo captus est pater, filius sui iuris fuisse* ***videtur)***.

b) Fiction que le prisonnier de guerre est mort

24. Ulpien, *D.* 28, 3, 6, 1 : Le père de celui qui est dans l'utérus à la mort de son aïeul est prisonnier de guerre : si ce prisonnier meurt dans cette condition, le petit-fils rompt le testament de son aïeul, auquel il succède : car la personne sus-dite du père ne lui fait pas obstacle. En effet, étant mort dans cette condition de prisonnier de guerre, il **n'est pas considéré comme ayant jamais existé** dans le monde des hommes ***(nec creditur in rebus humanis fuisse)***, quoique s'il était revenu de captivité, le captif aurait pu attaquer comme injuste le testament de son père, dans lequel il était passé sous silence.

c) Fiction que les enfants à naître sont déjà nés

25. Celse, *D.* 38, 16, 7 : S'il a été conçu du vivant de son père, l'enfant conçu est **considéré comme existant déjà d'une certaine manière** dans la nature ***(quodammodo in rerum natura esse existimatur).***

26. Julien, *D.* 1, 5, 26 : Ceux qui sont dans l'utérus sont **considérés comme existant** dans la nature ***(intelleguntur in rerum natura esse)***, pour presque tous les rapports de droit civil.

27. Gaius I, 147 : Dans la plupart des cas, les enfants posthumes sont **tenus pour déjà nés** ***(pro iam natis habentur).***

28. Paul, *D.* 1, 5, 7 : Celui qui est dans l'utérus est protégé, toutes les fois qu'il s'agit de son intérêt, **comme s'il existait** dans la réalité humaine ***(ac si in rebus humanis esset)*** ; *cf.* Ulpien, *D.* 38, 16, 3, 9 : *perinde atque si in rebus humanis esset.*

29. Paul, *D.* 50, 16, 231 : Lorsque nous disons que celui dont la naissance est espérée est **considéré comme ayant survécu à sa naissance** ***(pro superstite*** *esse),* cela n'est vrai que dans la mesure où il s'agit de ses droits : car il ne peut profiter aux autres que s'il est déjà né.

2 / Biens

a) Statut juridique du sol

30. Gaius II, 7 : La plupart estiment que dans un sol provincial aucun lieu ne peut être rendu religieux (*i.e.* apte à recevoir des tombeaux), parce que dans ce sol c'est le peuple Romain ou César qui sont propriétaires, et que nous, particuliers, sommes censés n'en avoir que la possession ou l'usufruit *(possessionem tantum vel usufructum habere videmur)*. Notons cependant que, même s'il n'est pas religieux, il est **tenu pour religieux** *(etiam si non sit religiosus,* ***pro religioso habetur)***.

31. *Eod.* II, 7 *a* : De même, le sol qui, en province, est consacré (*i.e.* rendu apte à recevoir des temples) sans la ratification du peuple n'est pas à proprement parler sacré *(proprie sacrum non est)* ; cependant, il est **tenu pour sacré** *(tamen* ***pro sacro habetur)***.

b) Possession : le dol vaut possession

32. Ulpien, *D.* 6, 1, 22 : Si l'esclave s'est enfui par le dol du possesseur, celui-ci doit être condamné, **comme s'il possédait** ***(quasi possideret).***

33. Paul, *D.* 50, 17, 131 : Celui qui par son dol cesse de posséder, est condamné **comme possesseur** ***(pro possidente*** *damnatur)*, parce que le dol **tient lieu de possession** ***(pro possessione*** *dolus est).*

c) Fiction de représentation en matière de possession

34. Gaius, *D.* 41, 2, 9 : Lorsque quelqu'un est en possession d'une chose en notre nom, par exemple un fondé de pouvoir, un ami, un hôte, nous sommes **considérés comme possédant nous-mêmes** cette chose ***(nos possidere videmur).***

d) Quasi possession

35. Ulpien, *D.* 43, 16, 3, 17 : Celui qui, au titre de l'usufruit, a été, d'une manière ou d'une autre, **pour ainsi dire en possession,** peut avoir recours à cet interdit *(qui usus-fructus nomine qualiterqualiter fuit* ***quasi in possessione,*** *utetur hoc interdicto).*

3 / Hérédité jacente

36. *D.* 50, 17, 193 (*cf. D.* 50, 17, 138) : Tous les droits sont censés échoir aux héritiers **comme si ceux-ci étaient immédiatement saisis au moment de la mort du de cujus** *(omnia fere iura heredum* ***perinde habentur, ac si continuo sub tempore mortis heredes extitissent)***.

4 / Actes juridiques

a) Clauses testamentaires réputées non écrites

37. Alfenus Varus (= Servius Sulpicius), *D.* 34, 8, 2 : Les clauses testamentaires dont on ne comprend pas la signification sont **comme si elles n'étaient pas écrites** *(ea* ***perinde*** *sunt* ***ac si scripta non essent)*** ; les autres valent d'elles-mêmes.

38. Julien, *D.* 34, 8, 1 : Si quelqu'un s'est assigné à lui-même une succession ou un legs, cette institution d'héritier ou ce legs sont-ils **tenus pour non écrits** ***(pro non scripto)*** ? Et que se passe-t-il lorsqu'une institution de ce genre comporte aussi une substitution ? Réponse : la partie de la succession sur laquelle tu m'as consulté revient à l'héritier substitué. Le sénat, lorsqu'il a frappé des sanctions de la loi testamentaire celui qui s'est à soi-même octroyé une succession ou un legs, a en effet visé des clauses analogues à celle-ci : « Que Titius soit mon héritier pour la part pour laquelle il m'a déclaré son héritier en donnant lecture de son testament » ; de telles clauses doivent être **considérées comme si elles n'avaient pas été inscrites dans le testament** ***(perinde haberentur, ac si insertae testamento non fuissent)***.

39. Ulpien, *D.* 43, 8, 4 (*cf.* texte n° 53) : Si, au moment où un legs était rajouté à la charge d'une personne, celle-ci n'existait pas, ce legs sera **tenu pour non écrit** (**pro non scripto** erit): et c'est ce qu'écrit Julien.

b) Conditions impossibles tenues pour inexistantes ou non écrites

α impossibles en fait :

40. *D.* 35, 1, 6, 1 : Servius a répondu que lorsque le testament est ainsi rédigé : « Si ma fille et ma mère sont en vie », alors que l'une des deux est déjà morte, la condition ne fait pas défaut. Sabinus et Cassius disent que les conditions posées dans le testament, parce qu'elles sont impossibles, sont **tenues pour non écrites** *(quasi impossibiles eas condiciones in testamento positas* ***pro non scriptis*** *esse)*.

41. Gaius 3, 98 : Si l'on stipule sous une condition irréalisable, comme « s'il touche du doigt le ciel », la stipulation est sans valeur. Mais nos maîtres pensent qu'un legs laissé sous condition impossible est dû **comme s'il avait été laissé sans condition (ac si sine conditione relictum esset).**

42. Pomponius, *D.* 28, 3, 16 : Lorsque les conditions sont impossibles, du type « Titius sera mon héritier s'il touche du doigt le ciel », il est admis que la condition est considérée **comme si elle n'était inscrite** pas dans le testament, parce qu'elle est impossible *(placet* ***perinde esse, quasi*** *condicio* ***adscripta non sit****, quae est impossibilis)*.

43. Ulpien, *D.* 35, 1, 3 : La règle a prévalu, selon laquelle les conditions impossibles ajoutées aux testaments doivent être tenues **pour inexistantes** ***(pro nullis*** *habendas)*.

44. *Institutes de Justinien* 11, 14, 10 : Dans les institutions d'héritiers et les legs, de même que dans les fidéicommis et les affranchissements d'esclaves, la condition impossible est **tenue pour non écrite** ***(pro non scripto habetur)***.

β impossibles en droit

— Condition impossible en droit tenue pour l'équivalent d'une condition impossible en fait

45. Venuleius, *D.* 45, 1, 137, 6 : Si l'on a stipulé sous la condition que Titius aura vendu une chose sacrée ou religieuse, ou un forum, une basilique, ou toute autre chose laissée imprescriptiblement à l'usage public : lorsque la condition ne peut absolument pas être remplie en droit et qu'il est interdit de la réaliser, la stipulation sera inexistante, **comme si avait été introduite une condition impossible par nature** *(nullius momenti fore stipulationem,* ***proinde ac si ea condicio, quae natura impossibilis est, inserta esset)***.

— Condition impossible en droit tenue pour non écrite

46. Marcianus, *D.* 28, 7, 14 : Les conditions rédigées à l'encontre des édits impériaux, des lois, des textes qui tiennent lieu de loi, contre les bonnes mœurs, par dérision,

ou qui sont du type de celles que les préteurs ont désapprouvées, sont tenues **pour non écrites** ***(pro non scriptis*** *habentur)*, et la succession ou le legs échoient à l'héritier ou au légataire **comme si** la condition n'avait **pas** été ajoutée au testament ***(perinde, ac si*** *condicio... adiecta* ***non*** *esset)*.

c) Conditions défaillantes tenues pour réalisées (ou pour non écrites)

α lorsqu'elles sont empêchées par la faute de celui qui y a intérêt

47. Julien, *D.* 35, 1, 24 : Il est reçu en droit civil que, lorsque celui qui y a intérêt fait en sorte que la condition ne soit pas remplie, tout doit se passer **comme si la condition avait été remplie** ***(perinde*** *habeatur,* ***ac si impleta*** *condicio fuisset)* : règle que la plupart ont appliquée aux institutions d'héritiers et aux legs.

48. Papinien, *D.* 35, 1, 78 pr. : Lorsque le pupille ou son tuteur empêchent que se réalise une condition qui tient à la personne du pupille, la condition mise tant au legs qu'à l'affranchissement **apparaît** en droit commun **réalisée** ***(impleta*** *esse* ***videtur)***.

49. Ulpien, *D.* 50, 17, 161 : ... cette règle s'applique aux affranchissements, aux legs et aux institutions d'héritiers.

β lorsqu'elles sont empêchées du fait d'un tiers

50. Labeo, *D.* 28, 7, 20 pr. (ce texte ne se comprend qu'à la lumière du texte n° 51) : Une femme, qui devait de l'argent à son mari à titre de dot, l'avait institué sous la condition qu'il ne réclamerait pas cet argent et n'en poursuivrait pas le recouvrement. Je pense que le mari sera aussitôt héritier, s'il a fait savoir à ses cohéritiers qu'il ne tiendra pas à lui de ne pas remettre la dette que sa femme avait envers lui à titre de dot. Et même s'il était inscrit pour le tout, je pense qu'il n'en sera pas moins aussitôt héritier, parce qu'une condition *adunatos* (impossible) **doit être tenue pour non écrite** *(adunatos condicio* ***pro non scripta accipienda est)***.

51. Ulpien, *D.* 35, 1, 7 : Si le mari est institué héritier pour le tout sous cette condition (*i.e.* de ne pas poursuivre le remboursement de la dot), il ne faut pas l'empêcher d'accepter la succession, puisqu'il n'a pas de cohéritier envers qui il puisse s'engager à cette remise de dette. **La condition apparaît réalisée** de plein droit *(iure ipso* ***videtur impleta condicio)***, du seul fait qu'il n'y a personne qu'il puisse poursuivre en paiement de la dot au moment d'accepter la succession.

52. Ulpien, *D.* 36, 2, 5, 5 : Si la condition est telle qu'il ne tient pas au légataire de ne pas faire qu'elle se réalise, mais à l'héritier ou à la personne à l'égard de qui il doit obéir à cette condition, le legs est exigible, puisque la condition est alors **tenue pour réalisée** *(quoniam* ***pro impleta habetur)*** : ainsi, si j'ai l'ordre de donner une somme à l'héritier et que celui-ci a refusé de la recevoir ; de même, si j'ai reçu un legs sous la condition d'épouser Seia, et si celle-ci ne veut pas être mon épouse : le legs est exigible, parce qu'il ne tient pas à moi que je n'obéisse pas à cette condition — cette condition, il tient à quelqu'un d'autre de l'empêcher.

d) Fiction codicillaire

53. *D.* 29, 7, 14 : Certains rapportent, d'après ce que je trouve chez Vivianus, une controverse exposée par Sabinus, Cassius et Proculus, à propos de la question suivante : est-ce que les legs rajoutés par codicille après la mort de l'héritier institué sont dûs par les héritiers substitués — autrement dit, est-ce que cette adjonction opérée par codicille a à ce moment (*i.e.* à compter du moment de la mort de l'héritier institué) la même valeur qu'elle aurait **si elle procédait du testament** lui-même ***(ac si*** *testamento facta esset)* ? Les auteurs disent que Sabinus et Cassius répondaient positivement, mais que Cassius

n'était pas de leur avis. La raison que donnent Sabinus et Cassius est que, les codicilles étant **tenus pour partie intégrante du testament** ***(pro parte testamenti habentur)***, ils se contentent dès lors de suivre les préceptes et les normes du droit transmis jusqu'à eux. Mais j'oserais dire que l'opinion de Proculus est beaucoup plus vraie. Un legs est en effet nul et non advenu lorsqu'il est enjoint à une personne qui n'existe pas au moment du codicille, même si elle existait au moment du testament : celui que l'on charge d'un legs doit exister. Il faut se demander si l'ordre a un fondement dans la réalité, et ne pas rechercher le principe de droit avant de savoir si la personne existe. Dans notre cas, ce qui a été légué après la mort de l'héritier est nul et non advenu, parce que l'héritier auquel les paroles du testament s'adressent n'existe pas, ce qui fait que cette adjonction devient sans objet.

54. Julien, *D.* 29, 7, 2 : Le droit des codicilles a cette particularité que tout ce qui y est écrit **est censé être écrit dans le testament** ***(perinde haberentur, ac si in testamento scripta essent)***.

B) Droit public

1 / Principe du vote majoritaire

55. Scaevola, *D.* 50, 1, 19 : Ce que la curie a décidé à la majorité des voix est considéré comme si tous l'avaient décidé *(quod maior pars curiae effecit,* ***pro eo habetur, ac si omnes egerint)***.

2 / Vérité de la chose jugée

56. Ulpien, *D.* 1, 5, 25 : Il faut considérer comme ingénu *(ingenuum accipere debemus)* celui en faveur de qui a été rendu un jugement d'état, quoiqu'il ait été réellement de condition affranchie, parce que la chose jugée est **considérée comme vérité** *(quia res judicata* ***pro veritate accipitur)***.

3 / Fiction que la constitution impériale vaut loi

57. Pomponius, *D.* 1, 1, 2, 12 : Ce que le prince établit doit être **observé pour loi** *(quod ipse princeps constituit* ***pro lege servetur)***.

58. Gaius 1, 6 : On n'a jamais douté qu'elle ne **tienne lieu de loi** *(nec umquam dubitatum est quin* ***legis vicem optineat)***.

4 / Conflits de normes entre administration et droit privé

59. Pomponius, *D.* 1, 6, 9 : Pour la gestion des affaires publiques, le fils est **censé être à la place d'un père de famille** : *(Filius familias in publicis causis* ***loco patris familias habetur)***.

IV / Fictions forgées par des autorités qui ne sont pas source de droit civil

A) Fictions prétoriennes

1 / Principe de validité de la procédure formulaire écrite : les mots écrits dans la formule sont censés avoir été effectivement prononcés

60. Gaius IV, 10 : Certaines actions sont rédigées sur le moule des actions de la loi, d'autres valent de par leur propre efficacité et puissance.

IV, 33 : Aucune formule n'est rédigée **sur le modèle d'une fiction de rendez-vous à comparaître** devant le juge *(Nulla autem formula* ***ad condictionis fictionem*** *exprimitur)* : que nous réclamions une somme ou une chose certaine... nous n'ajoutons à la formule aucune **fiction de rendez-vous à comparaître** devant le juge *(nec ullam adiungimus* ***condictionis fictionem)*** : nous comprenons donc du même coup que les formules par lesquelles nous prétendons qu'une somme ou une chose certaine nous sont dues, valent de par leur efficacité et leur puissance propres.

2 / Exemples de formules fictices

a) Succession prétorienne

61. Gaius, *Institutes,* IV, 34 : Celui qui demande la possession des biens successoraux en vertu de l'édit du préteur, agit avec la fiction qu'il est héritier *(****ficto se herede*** *petit)*... de cette manière : « **Si** Agerius — c'est-à-dire le demandeur lui-même — **avait été l'héritier** de Titius *(****si A. Agerius... Titii heres fuisset)*** ... et **si le fonds** litigieux **avait été sa propriété quiritaire**... *(****fundus*** *de quo agitur* ***ex iure quiritium fuisset)*** ».

62. Ulpien, *Regulae,* 28, 12 : Soit que les héritiers prétoriens agissent, soit qu'on agisse contre eux, il est besoin d'actions fictices, dans lesquelles **on feint qu'ils sont héritiers** *(****ficticiis actionibus*** *opus est, in quibus* ***heredes esse finguntur)***.

b) Faillite

63. Gaius, *Institutes,* IV, 35 : De la même manière, l'acheteur des biens d'un failli agit **en feignant qu'il est héritier** *(bonorum emptor* ***ficto se herede*** *agit)*.

c) Propriété prétorienne

64. *Eod.,* IV, 36 : ... Cette action est donnée à celui qui, s'étant fait livrer une chose en vertu d'une juste cause, ne l'a pas encore usucapée, et en a perdu la possession. Il ne peut pas prétendre que la chose lui appartient en droit quiritaire : **on feint** qu'il l'a usucapée *(****fingitur*** *rem usucepisse)* et, une fois mis ainsi dans la position où il serait **s'il était propriétaire de droit quiritaire** *(et ita* ***quasi ex iure Quiritium dominus*** *factus),* il intente son action de la manière suivante : « S'il appert qu'A. Agerius a acheté cet esclave et que celui-ci lui a été livré, **s'il l'avait eu en sa possession pendant un an** *(anno possedisset),* et **s'il ressortait** alors **qu'il lui appartient de droit quiritaire** *(tum* ***si*** *eum hominem... euis ex iure Quiritium esse pareret,* etc. ».

d) Fiction de citoyenneté

65. *Eod.,* IV, 37 : De même, **on feint** pour un étranger **la citoyenneté romaine** *(****civitas romana*** *peregrino* ***fingitur)***... Par exemple, si l'étranger intente une action de vol ou si cette action est intentée contre lui. La formule commence ainsi : « S'il appert que Denys, fils d'Hermès, a commis un vol, raison pour laquelle, **s'il était citoyen Romain** *(****si civis romanus esset)***, il faudrait fixer une composition pécuniaire avec le voleur, etc. ». De même, si c'est un étranger qui agit, on **feint** pour lui **la citoyenneté romaine** *(****civitas*** *ei romana* ***fingitur)***.

e) Fiction d'inexistence d'une privation de capacité

66. *Eod.,* IV, 38 : Nous **feignons** aussi parfois que notre adversaire ***n'a pas subi une diminution statutaire... (fingimus*** *adversarium nostrum capite deminutum non esse)*... on a introduit pour cela une action utile qui annule la diminution statutaire *(rescissa capitis deminutione),* c'est-à-dire dans laquelle on feint qu'il n'y a pas de diminution statutaire.

B / Fictions dans les sénatus-consultes :

a) Sénatus-consulte sur l'usufruit d'une quelconque valeur patrimoniale

67. *D.* 7, 5, 1 : ce sénatus-consulte n'a pas eu pour effet de donner lieu **à proprement parler** à un usufruit d'argent *(ut pecuniae ususfructus **proprie** esset)*, puisque l'autorité du sénat n'a pu changer de fond en comble la raison naturelle *(nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit)*, mais, grâce à ce remède, on s'est mis à faire **comme s'il y avait un usufruit** *(remedio introducto coepit **quasi** usus fructus haberi)*.

b) Sénatus-consulte Néronien, entre 54 et 68 apr. J.-C.

68. Gaius, *Institutes*, II, 197 : A l'instigation de l'empereur Néron, un sénatus-consulte fut édicté portant que le legs d'une chose qui ne nous a jamais appartenu vaudrait **comme s'il avait été fait du meilleur droit...** ***(proinde** utile legatum **atque si optimo iure relictum esset)**.*

c) Sénatus-consulte Trébellien, 56 ou 57 apr. J.-C.

69. Gaius, *Institutes*, II, 253 : Sous le consulat de Trebellius Maximus et d'Annaeus Seneca, intervint un sénatus-consulte portant que, lorsqu'une succession serait transmise par fidéicommis, les actions qui, en droit civil, reviendraient de droit à l'héritier et pourraient être intentées contre lui, seraient accordées à celui à qui la succession avait été transférée en vertu du fidéicommis. Après ce sénatus-consulte... le préteur se mit à délivrer des actions utiles à et contre celui qui a receuilli la succession, **comme si elles avaient été délivrées à et l'héritier contre l'héritier** ***(quasi heredi et in heredem)***, et ces actions sont proposées dans l'édit.

d) Sénatus-consulte Juventien, 129 apr. J.-C.

70. *D.* 5, 3, 20, 6 *c* : ceux qui ont occupé des biens vacants, sachant qu'ils ne leur reviennent pas, s'ils se sont arrangés pour en délaisser la possession, même avant la liaison de l'instance, doivent être condamnés **comme s'ils avaient continué de posséder** *(condemnandos esse, **quasi possiderent**)*.

C / Fictions dans les diplômes impériaux

A) Diplômes accordant aux vétérans le droit d'épouser leur concubine pérégrine (nombreux documents du I^er^ siècle au III^e^ siècle)

71. *CIL*, III, *suppl.* 3, n° 84 : Je leur accorde le droit d'épouser leurs compagnes, dans la mesure où elles sont les premières et les seules, avec cet effet, même si ce mariage les unit à des femmes de condition pérégrine, qu'ils obtiennent la puissance paternelle sur leurs fils, **comme si ceux-ci étaient nés de deux citoyens romains** ***(proinde** liberos tollant **ac si duobus civibus Romanis natos)**.*

B) Affranchissements avec fiction d'ingénuité

72. Marcien, *D.* 40, 11, 2 : Ceux qui sont nés esclaves peuvent être faits ingénus après-coup par l'intervention du droit, par exemple lorsque le prince rétablit un affranchi dans les droits de sa naissance (*i.e.* libre). Il est rétabli en effet dans les droits de cette naissance dans laquelle tous les hommes se trouvaient à l'origine *(illis enim utique natalibus restitutus, in quibus initio omnes homines fuerunt)*, et non dans ceux dans lesquels il est né lui-même, puisqu'il est né esclave *(non in quibus ipse nascitur, cum servus natus esset)*. Celui-ci, dans tous les rapports juridiques, **est considéré comme s'il était né ingénu** ***(perinde habetur, atque si ingenuus natus esset)***, de sorte que son patron n'a aucun droit sur sa succession.

73. Modestin, *D.* 40, 11, 5, 1 : L'affranchi rendu dans les droits de sa naissance (*i.e.* libre) est **considéré comme si**, une fois fait ingénu, **il n'avait pas subi**, entre temps (*i.e.* entre l'affranchissement et l'octroi de l'ingénuité), **la tâche de son origine servile** : *(Libertinus qui natalibus restitus est, **perinde habetur, atque si** ingenuus factus, medio tempore **maculam servitutis non sustinuisset)**.*

C) Fiction de légitimité dans les rescrits de légitimation par mariage subséquent

74. *D.* 23, 2, 57, 1 : Les empereurs Marc-Aurèle et Lucius Verus ont adressé à Flavia Tertulla, par l'affranchi Mensor, un rescrit conçu en ces termes : nous nous décidons à cause du long espace de temps pendant lequel, dans l'ignorance du droit, vous avez été mariée à votre oncle maternel, par votre aïeule elle-même, et à cause du nombre de vos enfants : toutes ces circonstances nous déterminent à confirmer l'état de vos enfants nés d'un mariage contracté il y a plus de quarante ans, et nous les déclarons légitimes, **comme s'ils avaient été conçus d'un juste mariage** ***(perinde atque si legitime concepti fuissent)**.*