

L'INSTITUTION JURIDIQUE DE LA NATURE

(remarques sur la casuistique du droit naturel
à Rome)

— I —

On connaît bien l'image de la nature vulgarisée par les juristes de l'Empire romain, dans leurs ouvrages didactiques. Le premier chapitre du Digeste en recueille des fragments significatifs, à l'aide desquels se dessinent deux doctrines complémentaires, qui s'articulent sans trop de difficulté. Les *Institutes* d'Ulpien considèrent le droit naturel dans sa plus grande extension : il régit l'ensemble des êtres animés, unissant sous la même obligation de se reproduire les hommes et les animaux de la terre, de la mer et des airs. A ce droit « commun » obéissent tous les vivants, appelés à procréer et à élever leur progéniture. Les bêtes sauvages n'échappent pas moins que les autres à la « prudence de ce droit », c'est-à-dire à l'organisation d'une sexualité ordonnée à la perpétuation des espèces (1).

Un cercle plus étroit, inscrit dans le précédent, contient les institutions proprement humaines. Mais il faut alors distinguer, semble-t-il, entre deux états successifs de l'humanité. Le premier relève encore de la nature : les hommes y sont libres, égaux, non divisés en statuts ; ils jouissent en indivision des biens de la terre ; ils ne sont soumis à aucun pouvoir. Les *Institutes* de Marcianus, de Florentinus, d'Ulpien, l'épitomé d'Hermogénien, offrent des indices convergents d'un tel système (2). Il se définit, si l'on peut dire, négativement : il ignore les déterminations successives où, les cités s'opposant aux cités, une série de divisions en chaîne font surgir les statuts, les propriétés, les échanges. Négation des différences et des limites, qui réduit à la défense de son propre corps l'affirmation

(1) Ulpien, D. 1, 1, 1, 3.

(2) Florentinus 9 inst. D. 1, 5, 4 ; Marcianus 3 inst. D. 1, 8, 2 ; Ulpien 1 inst. D. 1, 4 ; Hermogénien 1 épit. D. 1, 1, 5. Le thème de l'indivision naturelle était déjà développé par Cicéron, *de officiis* 1, 7, 21.

personnelle du *ius* (3). Dans un état ultérieur apparaissent les distinctions qui, depuis, constituent un régime juridique observé partout. Les jurisconsultes antonins et sévériens l'appellent *ius gentium*. Ce droit humain universel introduit après la nature (mais pas d'après elle) regroupe des institutions dont l'inventaire est définitivement fixé au troisième siècle : guerres (dont résulte l'esclavage et, par suite, l'affranchissement des esclaves), peuples, royaumes, domaines privés, limites des terres, édifices, échanges, contrats consensuels, obligations (4). Il importe de relever qu'elles sont définies en rupture avec le droit naturel : après lui, voire contre lui.

Gaius, il est vrai, fonde le droit des gens sur la *naturalis ratio*, et il est courant de voir telle institution du *ius gentium* rattachée à la raison naturelle (5). Cependant, entre la raison naturelle humaine et les normes du *ius naturale*, la frontière est infranchissable. Les juristes pensent nettement ces deux droits comme deux genres successifs et contradictoires : entre esclavage et liberté, statuts et égalité, propriété et jouissance commune, il y a toute la distance qui sépare l'histoire de ce qui n'est pas encore elle.

Pour les juristes d'époque impériale, c'est la guerre qui marque assurément la première scission productrice du droit. Dans le même mouvement naissent les cités : le *ius civile* ne se distingue pas comme troisième étape du développement juridique. Il n'est que la projection interne d'un droit universel auquel, en chaque cité, s'ajoutent, ou duquel sont retranchées certaines règles (6). Selon la représentation la plus répandue, chaque droit civil est un droit commun particularisé. Ce double schéma est relativement simple. D'un côté, le droit naturel, commun aux espèces vivantes, subsiste avec la loi de leur reproduction. D'un autre côté, le droit naturel proprement humain a pratiquement cessé d'exister, laissant la place à un *ius gentium* de même étendue, mais antinomique. Le droit civil en est une version singulière, inscrite dans les limites de la cité. Il n'est pas donné, mais institué. Il est contemporain des Etats à l'instauration desquels il préside, à l'intérieur desquels il s'applique.

(3) Florentinus 1 inst. D. 1, 1, 3 : « *ut vim atque iniuriam propulsemus* » est une proposition de droit naturel, comme le montre la suite du passage, où l'interdit du meurtre est fondé sur une parenté de nature entre les humains. Cf. Ulpien, D. 43, 16, 1, 27 : « *Vim vi repellere licere Cassius scribit idque ius natura comparatur* ».

(4) D. 1, 1, 5 ; Justinien, inst. 1, 2, 2. Ce *ius gentium* comprend ainsi des règles de droit privé interne (par exemple, la « *stipulatio iuris gentium* », Gaius 3, 93) en même temps que de droit international public (Pomponius, D. 50, 7, 18 : immunités des légats étrangers). Sur la progressive dissociation de ces deux aspects dans la doctrine moderne, voir M. F. Renoux-Zagamé, « La disparition du droit des gens classique », dans *Rev. Hist. des Facultés de droit*, 1987, n° 4, p. 23-53.

(5) *Inst.* 1, 1. Tutelle : Gaius 1, 189 (Just. *inst.* 1, 20, 6). *Traditio* : Gaius 2, 66 ; D. 41, 1, 9, 3. Restitution du paiement de l'indû : Pomponius, D. 12, 16, 14 (Paul, D. 12, 16, 15 pr.). Règlement de l'enrichissement injuste : Pomponius, D. 50, 17, 206. Libre révocation de ce qui est accordé en précaire : Ulpien, D. 43, 26, 2, 2, etc.

(6) Ulpien, D. 1, 1, 9.

Droit naturel, droit des gens et droit civil s'emboîtent ainsi comme autant de cercles concentriques tracés sur un même plan. Aucune hiérarchie ne vient subordonner ces trois territoires les uns aux autres. Leur rapport est pensé dans l'étendue. Le cercle le plus éloigné contient les espèces vivantes ; le cercle moyen, les nations ; le plus étroit, la cité. En chaque cité, un réseau de correspondances avec d'autres droits internes universalise ainsi le champ de ses normes. sans conférer à celles qui lui sont communes avec d'autres aucune supériorité sur celles qui lui sont propres.

Les juristes ont manifestement remodelé le dispositif qui leur était transmis par la tradition stoïcienne et cicéronienne. La nature y occupait une position éminente, inspiratrice et légitimante : un droit prescrit contre la nature n'avait aucune force de droit (7). Ce modèle, assurément, leur était parvenu à travers la philosophie morale et politique, comme à travers la rhétorique à laquelle ils étaient formés. Mais ils en extraient des propositions fragmentaires, des formules éparses. Ainsi la célèbre séquence cicéronienne : « *vera lex, recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna* » (6), se retrouve-t-elle dissociée en thèmes isolés, épars, privés de leur cohérence organique. Certains textes recueillent le thème de la permanence (*constans et perpetua voluntas*, Ulpien *Dig.* 1, 1, 10 ; *id quod semper aequum ac bonum est*, Paul *Dig.* 1, 1, 11 pr ; *divina quadam providentia constituta semper firma atque immutabilia permanent*, Justinien, *inst.* 1, 2, 11) ; d'autres évoquent l'universalité de la nature (*natura omnia animalia docuit*, Ulpien *Dig.* 1, 1, 3), ou l'universalité humaine du *ius gentium* (*quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur*, Gaius *inst.* 1, 1 ; *quae apud omnes gentes peraeque servantur*, Justinien *inst.* 1, 2, 11) ; vérité de la nature (*naturae veritas*, Papinien *Dig.* 28, 2, 23 ; Ulpien, *Dig.* 50, 1, 6).

Permanence, universalité, vérité. Pourtant, les juristes ne reprennent pas à leur compte l'idée que le droit trouverait sa source dans la nature. On chercherait vainement dans le Digeste une formule équivalente au « *ius a natura* » cicéronien (9). Pas davantage n'est admise la supériorité normative de la nature sur le droit ; loin qu'une institution contraire à la nature fût jugée illégitime, ou que la loi positive dût se conformer à une *naturae norma* (10), l'esclavage, dont personne ne mettait la légitimité en doute, avait été institué, pensait-on, *contra naturam* (11), et la loi (à laquelle, au cours du

(7) Cicéron, *de legibus*, 1, 17-18 ; 28 ; 42-44.

(8) *De Republica* 3, 22, 33.

(9) *De Legibus*, 1, 35 (cf. 1, 20 : *repetam stirpem iuris a natura* ; 1, 28 : *natura esse constitutum ius* ; 1, 34 : *ius in natura positum*, etc.). La thématique du droit naturel apparaît d'abord dans les partitions du droit chez les rhéteurs : *Rhet. à Herennius* 2, 13 ; *de inventione* 2, 65 sq.

(10) *Cic. leg.* 1, 44.

(11) Florentinus, *D.* 1, 5, 4 ; Ulpien, *D.* 50, 17, 37 ; Justinien *inst.*, 1, 2, 2 (*servitutes, quae sunt iure naturali contrariae*).

deuxième siècle, les constitutions impériales sont assimilées) ne se heurtait à aucune limite : en droit public impérial, comme en droit républicain, le législateur n'était tenu que par les lois positives auxquelles il s'était lui-même lié (12). Lorsque la nature, dans les textes juridiques, représente un obstacle, c'est toujours un obstacle physique. Ainsi ne permet-elle pas que plusieurs enfants sortent au même instant du ventre de leur mère : de sorte que, même chez les jumeaux et les triplés, l'ordre des naissances distingue entre aînés et cadets (13). Elle exige aussi qu'un père ait l'âge d'avoir engendré son fils : de sorte que l'adoption, qui « imite la nature », requiert un écart de dix-huit années entre l'adoptant et l'adopté (14). La durée de la vie interdit de voir se renouveler notre descendance au-delà de trois générations : c'est pourquoi, corollairement, il n'est personne

(12) Les lois républicaines portent souvent une clause d'exception, par laquelle le droit antérieur sacro-saint (c'est-à-dire les traités et la constitution tribunicienne, fondée sur un serment) est réservé (Valerius Probus, 3, 13 ; Cicéron, *pro Balbo* 32 ; *de domo* 106 ; *Lex Calpurnia Gabinia* de Délos 1. 37, dans *Insula sacra*, Cl. Nicotet éd., Rome 1980, p. 10). A cette *exceptio* (terme qui se déduit de l'emploi d'*excipio* par Cic., loc. cit.), s'oppose la *sanctio*, clause d'immunité par laquelle la loi se protège contre l'interdiction d'abroger une loi antérieure (Cicéron, *ad Atticum* 3, 23, 2 ; *lex de imperio Vespasiani*), ou clause d'inabrogeabilité qui, au contraire, la prémunit contre une abrogation ultérieure : chaque loi se dresse ainsi contre celles qui la précèdent et la suivent, sauf lorsqu'elle s'efface expressément, par une *exceptio*, devant le *ius sacrosanctum*. Sur ces clauses, voir F. Serrao, *classi partiti e legge* p. 82 sq. ; A. Magdelain, *La loi à Rome. Histoire d'un concept*. Paris, 1978, p. 59 sq. Sous l'empire prévaut comme on le sait le principe « *princeps legibus solutus* », formulé par Ulpien (D. 1, 3, 31), mais qui trouve sa première expression dans la *lex de imperio*, qui est la charte constitutionnelle du principat, renouvelée pour chaque nouvel empereur (*lex de imperio Vespasiani*, 1. 25, FIRA I, p. 156 : *utique quibus legibus... solutus sit*). Cependant, Septime Sévère et Caracalla indiquaient souvent dans leurs rescrits : « bien que déliés de l'observance des lois, nous vivons cependant conformément à elles » (Just. *inst.* 2, 17, 8) ; cf. *Code Just.* 6, 23, 3 (a. 232) : « *licet enim lex imperii sollemnibus iuris imperatorem solverit, nihil tamen tam proprium imperii est, ut legibus vivere* ». Principe d'auto-limitation, réaffirmé avec éclat dans une constitution de 429, *Code Théodosien*, 1, 14, 4 : « c'est une loi digne de la majesté du prince régnant qui proclame que le prince se reconnaît lié aux lois... car, en vérité, il est conforme à la grandeur du pouvoir de soumettre l'exercice du principat aux lois ». Il n'est d'autre limite à la loi que la loi elle-même : aucune hiérarchie normative — et particulièrement pas en faveur du droit naturel — n'est reconnue. Les juristes du Moyen Age interpréteront ces textes autrement. Car, d'un côté, dire que le prince est « *legibus solutus* » devient un aveu qu'il est tenu par les normes du *ius naturale* ; à ce titre, il ne peut porter préjudice, par rescrit, à ses sujets (Azon, *Summ. Cod.* 1, 22, 2, *si tamen laedatur in eo, quod ei competit de jure naturali, nullum est (rescriptum)* ; cf. Hugolinus, *Dissensiones dominorum*, 52 : *valeant (rescripta) nisi sunt juri naturali contraria*. D'un autre côté, le prince, libre à l'égard des lois, ne l'est pas à l'égard de ses contrats passés avec ses vassaux : car le contrat oblige en vertu de *ius gentium*, c'est-à-dire du droit naturel. Bartole, *comm. in cod.*, 1, 14 ; Balde, *super feudis* (ed. Lyon, 1524) fol. 19 : *Deus subiecit ei leges, sed non subiectif ei contractus ex quibus obligatus est, ut nota 1. digna vox* ; Cynus, *comm. in cod* (éd. Francfort, 1578, fol. 26 R) 1, 14, 21 : « *contractus principis est lex* ». Rien ne manifeste mieux l'originalité de la culture savante médiévale que d'avoir limité le despotisme de la loi *digna vox* en l'associant au principe du respect des contrats, fondé en droit naturel.

(13) Tryphoninus, D. 1, 5, 15 (cf. D. 5, 1, 28, 2 : la nature ne permet pas de connaître le nombre d'enfants posthumes qui naîtront).

(14) Voir *infra* dans le texte.

qui puisse connaître ses collatéraux au-delà du septième degré, du vivant de l'aïeul qui leur est commun ; ainsi la nomenclature des collatéraux est-elle par la force des choses contenue dans les sept degrés (15). Les institutions respectent donc certaines lois de la nature biologique (on verra plus loin par quelles fictions elles s'en affranchissent). Cependant, il n'est pas de nature morale ou politique par laquelle on les reconnaisse contraintes. Lorsque les juristes supposent des empêchements d'ordre éthique, ils les réfèrent à la légalité. Voici, selon Paul, trois causes d'incapacité à être juge : *lege*, lorsqu'on est rayé du sénat (c'est-à-dire dans certains cas d'infamie) ; *moribus*, pour les femmes et les esclaves ; *natura* : la nature exclut les sourds et les muets (16). Ou bien encore ce passage du commentaire aux *libri iuris civilis* de Sabinus, où s'opposent deux raisons de considérer une promesse comme nulle : soit parce que la prestation convenue ne dépend pas de la volonté du débiteur, qui s'est engagé à faire « ce que la nature ne permet pas » ; soit parce que la promesse vise un interdit : « par exemple, si l'on fait promettre à quelqu'un d'épouser sa sœur » : à l'opposé de ce que prohibe la nature, l'inceste est rangé dans « ce qu'interdisent les lois » (17).

On ne voit pas, en droit romain classique, de tabous moraux fondés sur le droit naturel. Aucun juriste n'aurait alors songé à faire de l'inceste, par exemple, un crime contre nature. Si la nature est évoquée à ce propos, c'est dans une circonstance précise : un affranchi s'unit à sa mère ou à sa sœur esclaves, un homme libre épouse la fille qu'il a engendrée hors mariage. Dans ces hypothèses, aucune parenté légitime n'est reconnue. Pour maintenir l'interdit, il faut alors en appeler à une parenté naturelle ; la nature n'étend pas immédiatement les prohibitions matrimoniales hors de leur champ propre : elle institue un lien de parenté substitutif, pour offrir un substrat aux interdits juridiques (18). Ce qui fonde la prohibition, en dernier ressort, c'est la loi et les *mores* (19) : on ne

(15) Modestin, D. 38, 15, 4 pr. « Lorsqu'on traite de la parenté naturelle dans notre droit, il est difficile de passer le septième degré : parce que la nature ne permet pas que la vie de nos parents se prolonge au-delà de ce degré ». Ce texte suppose que tous les degrés soient contemporains : la nature met un obstacle à la longévité de la vie. Ego peut connaître en même temps son cousin du septième degré (l'enfant de son cousin issu de germains) et le bisaïeul dont ils descendent tous deux : ce qui fait coexister quatre générations. Cette norme générationnelle est exposée par Cicéron, *de officiis*, 1, 17, 54 ; cf. *Sententiae Pauli* 4, 11, 8 : « Les degrés de la succession ont été établis au nombre de sept, parce que, au-delà de cette limite, la nature ne permet ni de trouver des noms, ni de voir se prolonger sa vie dans ses héritiers ».

(16) D. 5, 1, 12, 2.

(17) D. 45, 1, 35, pr-1.

(18) D. 23, 2, 14, 2 : « *serviles quoque cognationes in hoc iure observandae sunt... nec vulgo quaesitam filiam pater naturalis potest uxorem ducere, quoniam in contrahendis matrimoniis naturale ius et pudor inspiciendus est.* »

(19) Pomponius, 5 *ad Sabinum*, D. 23, 2, 8 : *quia hoc ius moribus non legibus introductum* (à propos de l'inceste servile) ; mais, pour l'inceste des citoyens, d'autres textes invoquent soit le *mos* (Tite-Live, fragment du livre 20, *Hermes* 4, p. 372), soit les *leges* (Tacite, *Annales* 12, 8). C'est encore en termes de légalité qu'une constitution de Dioclétien présente, en 295, la tradition romaine sur les

remonte pas au-delà d'une légalité civique et proprement sociale. Il en est de même des transgressions de la *pietas* envers ses père et mère. Les devoirs dérivés de la piété étaient rangés sous la rubrique *natura* par les rhéteurs républicains. Pour le juriste Pomponius, ils n'appartiennent plus qu'au *ius gentium* (20). La nature, cependant, est introduite encore ici pour imposer, entre enfants et parents esclaves, ou entre enfants illégitimes et parents non mariés, un lien qui assure l'application des règles de la piété due aux ascendants légitimes. Dès l'époque d'Auguste, le jurisconsulte Labeo interdisait de citer en justice la mère qui vous avait fait naître esclave ou bâtard (21). A l'époque sévérienne, ce même lien de nature autorisait à châtier pénalement le fils qui maltraitait ou portait sur sa mère une main impie. Dans un texte d'Ulpien, on voit le préfet de la ville contraindre au respect de cette *pietas* : entre citoyens, elle est définie comme *publica* ; entre co-affranchis, elle vaut « *secundum naturam* » (22). De même encore, un esclave peut être accusé de parricide, quoique légalement il n'ait ni *parentes*, ni *cognati* : car, écrit Veneleius Saturninus, même si les esclaves ne sont pas touchés par la lettre de la loi, la loi les atteint, « puisque la nature est commune » — puisque la nature donne aux esclaves les parents que la loi leur refuse (23).

Loin de fonder des normes, la nature, selon les juristes des deuxième et troisième siècles, prépare seulement le terrain pour les étendre en dehors des lois. Loin d'aider à penser les interdits, elle est mise au service de leur extension. Si l'on considère à l'inverse

prohibitions matrimoniales (*Mosaicarum et Romanarum legum collatio* 6, 4, 1). Dioclétien considérait les prohibitions comme établies par le droit (*disciplina iuris veteris ; nuptiae... Romano iure permissae ; ... sanctitas legum...*) et ignorées des barbares (les mariages consanguins étant aussi bien « *ferarum ritu* » que « *barbaricae immanitatis ritu* »). On se rappelle aussi le commentaire à Sabinus de Paul, dans D. 45, 1, 35 : « *item quod leges fieri prohibent... cessat obligatio, veluti si sororem nupturam sibi aliquis stipuletur...* ». Certes, l'inceste est parfois déclaré *nefas* : mais cette expression aggravée de l'interdit ne signifie pas qu'il ait une source considérée par les Romains comme religieuse (contra : Ph. Moreau, *Clodiana religio*, Paris 1981, p. 86). *Nefas* s'utilise fort couramment en dehors du délit religieux (ainsi, D. 1, 1, 3 : *hominem homini insidiari nefas esse*).

(20) D. 1, 1, 2.

(21) D. 2, 4, 4, 3. Cf. Paul, D. 2, 4, 5-6. Sur la parenté naturelle servile, Venuleius, D. 48, 2, 14, 2 (à propos du parricide) ; Ulpien, D. 37, 15, 1, 1 (devoir de *pietas*) ; Paul, D. 23, 2, 14, 2 (inceste).

(22) Ulpien, D. 35, 15, 1, 1-2.

(23) D. 48, 2, 12, 4. Voir L. Fanizza, *Giuristi crimini leggi nell' eta' degli Antonini*, Naples 1982, p. 63 et p. 77. C'est par une extension comparable de la notion de parenté que, me semble-t-il, Florentinus tente de penser l'interdit du meurtre (1 inst. D. 1, 1, 3 : *et cum inter nos cognationem quandam natura constituit, consequens est hominem homini insidiari nefas esse*). On remarquera que le fait qualifié, « tendre des embûches à un homme », est repris de la *lex Cornelia de sicariis* : loi sur le brigandage plutôt que sur l'homicide. La notion romaine d'homicide est tardive : elle est forgée, entre le premier et deuxième siècle de notre ère, par un néologisme qui prend modèle sur *parricidium*. On voit ici que, lorsque le meurtre est pensé comme notion générique, unifiant les cas spécifiques de la *lex de sicariis*, le juriste postule un lien de parenté entre les hommes : le meurtre est un parricide universalisé.

que le droit de Justinien stigmatise les crimes « contre nature » (23), et qu'en général les Pères de l'Église postulent une équivalence entre Loi divine révélée et droit naturel inscrit dans le cœur des hommes, selon la formulation paulinienne de la loi morale universelle (25), il devient indispensable de prêter attention à cette originalité de l'éthique romaine du droit. Il n'est pas, selon cette éthique, d'autre source du droit que les lois et les *mores* de la cité.

L'introduction du droit naturel dans la problématique juridique de l'Empire suppose la vision d'un droit universel, mais assurément pas celle d'un droit qui prescrive les fondements du droit. La nature n'est pas utilisée comme figure d'une norme ultime et constituante. Elle ne tient plus lieu de principe qui s'impose au législateur humain. Aucune hiérarchie n'est suggérée entre droit naturel et droit civil, contrairement au modèle cicéronien.

La science juridique s'incorpore ainsi des motifs dont le sens est radicalement changé. On ne prête pas assez attention à ce travail par lequel, en rapportant à leur corpus des lieux communs philosophiques, les juristes produisent une pensée autonome à partir de textes d'emprunt. Le traitement juridique du droit naturel montre que la transcendance n'est pas une dimension dans laquelle les juristes de Rome aient inscrit leurs normes. Pourtant, la « nature » est de ces concepts monumentaux qui, croit-on ordinairement, supposent un engagement métaphysique : il serait presque inconvenant de ne pas prêter de la hauteur à la pensée des juristes qui l'invoquent. Rappelons-nous en effet les *institutes* d'Ulpien, qui ouvrent le Digeste. La scène se dévoile sur le culte que rend à la Justice le jurisconsulte sacerdotal, abîmé dans la contemplation du vrai — de la « vraie philosophie, et non pas (de) son faux-semblant » (26). Il a fallu que soit représentée cette vision inaugurale pour déployer tout

(24) Dans la législation justinienne, l'inceste et l'homosexualité sont « contre nature ». Voir, sur les fondements jurnaturalistes du droit des Nouvelles, le beau livre de G. Lanata, *Legislazione e natura nelle novelle giustinianee*, Naples 1984 (notamment les pp. 165-187).

(25) Cf. Ambroise, ep. 73, 2 : *esse autem legem naturalem in cordibus nostris etiam apostolus docet, qui scripsit quia plerumque « et gentes naturaliter ea, quae Legis sunt, faciunt, et cum Legem non legerint, opus tamen Legis scriptum habent in cordibus suis »*. Augustin, *Contra Faustum*, 19, 2 oppose à la loi hébraïque, loi « de péché et de mort » selon Saint Paul (Romains 8, 2), « *aliud vero Gentium, quod naturale vocat : Gentes enim, inquit, « naturaliter quae legis sunt faciunt ; et ejusmodi legem non habentes, ipsi sibi sunt lex, qui ostendent opus legis scriptum in cordibus suis »*. La loi naturelle, qui recouvrait dans Ambrosiaster (*Comm. in Ep. ad Rom.* 3, 20) les préceptes transmis par Moïse, se passe désormais de cette énonciation formelle (voir également Hilaire de Poitiers, *Tract. in Ps.* 118). Cette conception est accueillie dans les *institutes* de Justinien, 1, 2 11 : *naturalia quidem iura, quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quadam providentia constituta semper firma atque immutabilia permanent*. L'attribution au *ius naturale* des institutions du *ius gentium* est tardive (cf. également Isidore, *Etymologies*, 5,4).

(26) Sur ce texte (D. 1, 1, 1, 1), voir récemment A. Montello, dans *Sodalitas. Scritti Guarino*, 2, Naples 1984, p. 978 sq, qui historicise exagérément la référence à la « vraie philosophie » ; car c'était déjà un thème cicéronien (*de oratore* 1, 195).

l'appareil des grandes notions : le droit public et le droit privé, puis la nature et son humanité d'âge d'or ; les peuples dressés les uns contre les autres, les guerres, les captivités et le déchirement de cette unité réduite en royaumes, cités, domaines, et restaurée grâce aux échanges, aux contrats par lesquels les citoyens de toutes les cités se lient ; chaque cité, enfin, scène réduite du monde.

Dans ce vaste théâtre, les catégories sont mises en place. Mais déjà, derrière ce trompe l'œil, le juriste a renversé l'ordre apparent des choses. Car la nature est destituée ; isolée dans un inaccessible avant, certes, mais surtout prudemment assignée à la sphère du droit privé. Selon le plan des Institutes, la tripartition nature/*gentes*/cité est introduite après la *summa divisio* du *ius* en public et privé (27). L'Etat et les particuliers sont déjà définis quand la nature entre en scène. Les juristes, pourtant, lorsqu'ils célèbrent le droit naturel en son lieu circonscrit, évoquent cette nature universelle et cette humanité sans statuts ni frontières. La contradiction éclate entre l'universalité inhérente à cette nature et l'étroitesse du lieu que lui réserve la topique du droit. Faut-il alors présumer que quelque enclave en est préservée dans l'ordre juridique interne ? Plus qu'une utopie, plus qu'un âge d'or rappelé en marge de leurs ouvrages, les juristes introduisent, d'emblée, la fiction que dans le droit s'inscrit la nature. Loin d'alimenter une doctrine ornementale, le droit naturel est classé parmi les divisions du droit privé. Parions que son usage sera étroitement contrôlé. De fait, il nous faut maintenant abandonner les propositions trop générales des traités didactiques, dont nous n'apprendrons rien de plus. Il y a beaucoup plus à découvrir dans les combinaisons juridiques au service desquelles, en casuistique, la nature est mobilisée.

— II —

Sous l'âge naturel, tout était commun à tous. Commençons par cette figure de l'indivision primitive, qui sert à penser et à fonder certains modes d'appropriation. Car, en dehors des divisions couramment appliquées aux choses — patrimoniales ou non patrimoniales, de droit divin ou humain, publiques ou privées —, se distingue une catégorie de biens « produits en tout premier lieu par la nature, et qui ne sont encore tombés sous la propriété de personne » (28). Ces biens primitifs subsistent dans une aire limitée, définie par les juristes. Les uns sont « communs à tous selon le droit naturel » ou

(27) Ulpien, D. 1, 1, 1, 2 : *privatum ius tripartitum est : collectum etenim est ex naturalibus aut gentium aut civilibus praeceptibus*. Il est fort probable que ce plan avait été déjà adopté dans les Institutes de Florentinus et de Marcianus.

(28) Neratius, D. 1, 1, 14.

bien encore d'« usage public selon le droit des gens » (29). Tel est le régime de l'air, de la mer et de ses rivages, déterminés par le plus grand flot d'hiver. Dans cette limite, la nature échappe en principe au droit des particuliers, sans appartenir pour autant aux cités, qui peuvent en contrôler l'usage, mais non pas l'interdire ou se le réserver. D'un autre côté, la nature produit aussi des biens destinés à l'occupation privative : les animaux sauvages qui, dès leur capture, appartiennent au sujet qui les maîtrise (30).

Sous l'enseignement du droit naturel, les juristes aménagent donc un double régime de propriété. A la jouissance indivise des choses communes s'oppose le droit exclusif que confère la première prise. Régimes contrastés et pourtant solidaires, en ce qu'ils sont l'un et l'autre contenus dans l'enclave où le droit laisse subsister une nature autonome. Dans cet enclos pré-juridique coexistent, comme à l'état de fossiles, les deux formes collective et privée que revêt la propriété dans l'état civil. Bref, la nature préfigure les institutions, tout en étant définie par elles.

Les *res communes*, mer et rivages, constituent en dehors de toute cité un modèle pour ces choses qui, dans les cités, sont qualifiées de publiques, et dont l'usage est commun : fleuves, routes, places, théâtres, marchés, bains, etc. Car les juristes ne conçoivent pas ces biens comme propriété de l'Etat, mais plutôt comme copropriété des *cives* : appropriation collective qui leur vaut parfois l'appellation de *res universitatis* (31). Les *res communes* et les *res publicae*, certes, sont distinctes ; les catalogues des unes et des autres ne se recouvrent pas. Mais leur association s'impose, comme si la jouissance commune de la nature anticipait sur l'indivision entre citoyens (32). Le statut d'extrapatrimonialité qui trouve sa source dans la nature se reproduit, selon un texte de Paul, dans le droit des gens et dans les coutumes des cités (33). Il n'y a pas à s'étonner, dès lors, si les juristes de l'Empire définissaient les rivages de la mer, indifférem-

(29) Marcianus 3 *inst.* D. 1, 8, 2 ; Justinien, *Inst.* 2, 1, pr. : 1, 4, 5. Neratius, *loc. cit.* ; Gaius, D. 41, 1, 7, 4.

(30) *Infra* dans le texte.

(31) Sur les *res communes* (à partir de Marcianus, D. 1, 8, 2 pr.), v. Dell'Oro « Le *res communes* dell'elenco di Marciano », *Studi Urbinati* 1962, p. 255 sq. Sous Auguste, Labeo fournit une liste — non exhaustive — des *loca publica*. « *ad areas et ad insulas et ad agros et ad vias publicas itineraque publica (pertinet)* », D. 43, 8, 2, 3 ; cf. Ulpien, *eod. loc.*, 9 : « *in campo publico... vel in publico balinea... aut in teatro...* » ; les voies publiques sont l'objet de définitions attentives (*eod. loc.*, 21 sq), de même que les rivières publiques et leurs rives (D. 43, chap. 12 à 15). Sur la détermination équivalente « *res universitatis* », qui souligne la copropriété de « tous les citoyens » (*universi*), voir Marcianus, D. 1, 8, 2 pr. : « *quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis (i.e. : publicae)* », cf. D. 1, 8, 6, 1 : « *Universitatis sunt, non singulorum veluti quae in civitatibus sunt communia civitatum* » ; Gaius 2, 11 : « *quae publicae sunt... ipsius enim universitatis esse creduntur* », cf. Justinien, *inst.* 2, 1, 1, 6. *Universitas* s'utilise parfois dans le sens de cité : v. D. 3, 4, 2 ; 3, 4, 7, 1.

(32) V. Marcianus D. 1, 8, 2, cité note précédente ; cf. Justinien, *inst.* 2, 1, pr.

(33) D. 18, 1, 34, 1.

ment, comme communs ou comme publics. Ni s'ils combinaient ces notions en postulant un « usage commun des choses publiques » et un « usage public des choses communes » (34). Ces oscillations ne sont probablement le signe ni d'une hésitation doctrinale, ni d'une évolution historique. Simplement, la copropriété des *res publicae* était conçue comme la forme propre aux cités d'une communauté qui d'abord avait été une norme de la nature, avant que le droit l'enfermât dans d'étroites limites.

Analogie sans confusion. Car, dans la cité, la nature publique des lieux était d'institution permanente. Les interdits prétoriens permettaient à tout citoyen de s'opposer à l'usage privatif que quiconque en ferait. A la vigilance de chacun était confiée la protection du droit de tous (35). Les choses communes selon la nature, au contraire, tombaient sous le *dominium* provisoire de l'occupant. En construisant sur pilotis, en édifiant une île en mer, par exemple, on se taillait pour un temps une part de cette nature qui, n'appartenant encore à personne, revenait à chacun (36). Pour un temps, parce que la nature est imprescriptible (37) : à l'occasion, on la voit rentrer dans ses droits. Ainsi, lorsque l'édifice élevé sur le rivage est détruit, le sol occupé retrouve sa condition primitive : il retourne *in pristinam causam* (38). Marcien comparait ce droit de la nature, qu'un droit humain avait momentanément suspendu, à la condition du prisonnier de guerre qui, aussitôt franchie la frontière, recouvre sa liberté d'origine : *quasi iure postliminii revertitur locus in pristinam causam* (39).

La jouissance des *res communes* se distingue finalement de celle du « *patrimonium populi* », qui pourtant se modèle sur elles, en ce que ces biens originels ne sont encore tombés sous le *dominium* de personne et, à ce titre, peuvent être occupés au moins pour un temps (40). Leur qualité de *res nullius* est primaire : elle n'est pas

(34) Ainsi, Celsus : D. 48, 3, 3 pr. (*communes*) ; 48, 8, 3, 1 (*publica*) ; Ulpien : D. 47, 10, 3, 7 (*communes*) ; 39, 2, 24 pr. (*publica*). Sur ces divergences conceptuelles, voir N. Charbonnel et M. Morabito, « Les rivages de la mer », R.H.D. n° 65, 1987, p. 24 sq., not. p. 30.

(35) Ces interdits protègent le régime des *res publicae* exclusivement (D. 48, chap. 3 à 14). L'empêchement du libre accès à la mer donne lieu à des actions privées d'injures (D. 48, 8, 2, 9), et les constructions abusives à un interdit « utile » (*eod. loc.*, 8).

(36) D. 1, 8, 4 ; 39, 1, 1, 18 ; 40, 1, 30, 4 ; 40, 1, 50 ; Justinien, *inst.* 2, 1, 1, 5.

(37) Papinien, D. 41, 3, 45 : « *praescriptio longae possessionis ad optinenda loca iuris gentium publica concedi non solet* ».

(38) Neratius D. 41, 1, 14.

(39) D. 1, 8, 6 pr. Notons que le régime des *res sacrae* est symétriquement inverse : lorsqu'un *locus* est publiquement consacré aux dieux, la démolition du sanctuaire n'efface pas le statut définitivement *sacer* du sol (Marcianus, D. 1, 8, 6, 3) ; les situations conquises par les particuliers sur la nature sont provisoires : mais ce que la cité inscrit publiquement sur son sol reçoit un statut définitif.

(40) Neratius, D. 40, 1, 14 pr. : « *nam litora publica non ita sunt, ut ea, quae in patrimonio sunt populi, sed ut ea, quae primum a natura prodita sunt et in nullius adhuc dominium pervenerunt* » ; la suite du texte compare l'occupation de ces « *res nullius* » communes à celle des animaux sauvages et des

la conséquence d'un acte qui les attribue soit aux dieux de la cité, soit à ses citoyens (41). Par nature, elles n'appartiennent à personne tout en appartenant à tous, ce qui les destine à un mode d'appropriation alternativement public et privé : ce qu'un particulier gagne sur la mer, écrivait Aristo au premier siècle, est repris par la mer qui rend public ce qu'elle réoccupe (42) ; de même, la partie du littoral où disparaît la marque de son occupation se voit rétablie dans l'indivision naturelle. La restauration de cette nature commune n'efface pas tout droit, mais seulement le droit des particuliers.

En regard des *res communes*, les juristes conçoivent un tout autre régime juridique de la nature. Il porte sur des *res nullius* originellement autonomes : ce sont les bêtes sauvages saisies par le droit au moment de leur première capture (43). Loin de prendre sa part des richesses communes, le chasseur transforme en objet de propriété ce qui primitivement s'appartient. Il n'exerce pas un droit que lui confère déjà, virtuellement, sa participation à une communauté de jouissance. En faisant de l'animal soustrait à tout droit sa chose, il réalise la première acquisition du droit privé : acte par lequel, sans aucune habilitation sociale, il s'institue unilatéralement sujet de droit (44).

Dans la théorie classique des titres d'acquisition, tout bien est supposé déjà engagé dans les circuits de la transmission et de l'échange : une possession s'autorise de causes nécessairement secondaires. Ce sont les titres que confèrent la position d'héritier, les transferts onéreux ou gratuits (45). La toute première maîtrise n'offre aucune prise à l'expérience, sinon à la pensée. Par exception, cependant, la capture animale semble laisser une trace, un « *vestigium* » à partir duquel les prudents remontent le temps pour concevoir cette possession initiale : « Nerva-le-fils (I^{er} siècle) dit que la propriété des choses commença avec la possession naturelle, dont il reste un vestige dans la capture des animaux de la terre et du ciel. Car sont

poissons « qui, aussitôt pris, tombent dans la propriété de celui sous la maîtrise duquel ils sont échus ». Cf. Pomponius, D. 41, 1, 30, 4 : « si j'édifie une île en mer, elle devient aussitôt ma propriété, parce que ce qui n'est à personne appartient au premier occupant — *quoniam id, quod nullius sit, occupantis fit* ».

(41) On a vu (*supra*, n. 40 ; cf. *infra*, n. 43) que les *res nullius* sont en premier lieu naturelles. Mais il existe, du côté politique, des « choses qui ne sont dans le patrimoine de personne », *res nullius in bonis* ; ce sont les *res* consacrées aux dieux (*res sacrae*), les remparts des villes, frappés d'un interdit de franchissement (*res sanctae*), et les *res publicae* ou *universitatis*, copropriété des *cives* ; voir Gaius 2, 9 et 11 ; Marcianus, D. 1, 8, 6, 2 ; Justinien, *inst.* 2, 1, 7.

(42) D. 1, 8, 10.

(43) Sur la définition des animaux sauvages comme *res nullius*, voir Gaius 2, 6, 6 ; Neratius D. 41, 1, 14 ; pseudo-Gaius D. 41, 1, 3 pr. ; Justinien, *inst.* 2, 1, 12. Sur l'*occupatio* des animaux, voir D. Daube, dans les *Mélanges Lévy-Bruhl*, Paris, 1959, p. 63 sq.

(44) L'animal est naturellement « libre » (voir *infra* dans le texte), c'est-à-dire soustrait à tout droit avant sa capture. Sur la réalisation du droit subjectif par la première occupation voir le texte de Neratius, cité plus bas.

(45) La théorie des titres d'acquisition de la possession est le plus clairement exposée par P. Voci, *Modi di acquisto della proprietà*, Milan 1952, p. 172 sq.

nôtres, par excellence, les choses dont, les premiers, nous nous sommes emparés pour les posséder... » (Dig. 41, 2, 1, 1) (46).

C'est alors que, derniers témoins de l'acte par lequel le premier sujet s'empara du sien, les animaux de la terre, de l'air et des eaux paraissent ne plus courir, voler et nager que dans l'attente de leur « occupant » (*occupans, capiens*). A cette occasion très précise, les jurisconsultes définissent un mode d'acquisition d'où s'infère ce que dut être, à son commencement, la « possession naturelle ». La capture des animaux sauvages (et celle de l'homme à la guerre) est traitée comme une survivance grâce à laquelle le droit peut penser un acte juridiquement impossible, mais nécessaire pour penser le droit.

Saisies dans les rets d'une savante casuistique, les espèces sauvages s'offrent avantagement à l'expert qui, d'un œil affûté, isole le précieux instant du premier acte : *capere*, prendre. La détermination de cet instant est plus difficile qu'il n'y paraît. Doit-on dire que la bête est appropriée dès le premier regard du chasseur, qui l'enferme à l'intérieur de son champ visuel (47) ? Ou bien faut-il attendre la blessure qui l'atteint ? Mais que décider alors si, blessé, l'animal prend la fuite ? Certains, tel Trebatius Testa (contemporain de César), étaient d'avis que, pourvu qu'il confirmât son tir par une poursuite continue, le premier « occupant » possédait l'animal, et pouvait à ce titre intenter une action de vol contre un tiers qui s'en serait frauduleusement emparé ; faute de poursuite, l'animal blessé recouvrerait sa liberté naturelle, regagnerait le régime juridique de la nature et, comme en son premier état, retomberait sous la propriété d'un nouvel « occupant » (48). Plus orthodoxe était l'opinion de ceux qui estimaient nécessaire une véritable capture. Il fallait s'être saisi du corps de la bête, l'avoir eu en main pour obtenir un titre. Quel titre ? Celui que les juristes qualifiaient spécifiquement de « *pro suo* » : au titre du « sien ».

Un bref rappel technique est ici nécessaire. La théorie des titres de possession est exposée à propos de la prescription acquisitive, laquelle gouverne toute la doctrine romaine de la *possessio*. Par hypothèse, un acquéreur de bonne foi a reçu son bien soit d'un tiers qui n'en était pas le maître (*a non domino*), soit par le moyen d'un acte formellement défectueux. L'usucapion vient alors effacer le vice du droit et, le délai légal accomplissant son œuvre réparatrice, procurer une situation juridique inexpugnable. Pour valider sa possession, cependant, il faut s'autoriser de l'un des titres exposés dans les chapitres 4 à 10 du livre 41. Mis en cause au cours d'un procès,

(46) Egalement ce que dit le pseudo-Gaius (D. 41, 1, 1) de l'antériorité des modes du droit naturel, nés « avec le genre humain lui-même », par rapport aux modes civils d'acquisition et, parmi les premiers, de la primordialité absolue de l'occupation, traitée en premier ; cf. Justinien, *inst.* 1, 66.

(47) Gaius, *inst.* 2, 67 ; D. 40, 1, 5 pr.

(48) D. 40, 1, 5, 1.

le possesseur de bonne foi répond qu'il a acquis la chose « *pro emptore* », comme acheteur, *pro herede*, comme héritier (soit qu'il se crût l'héritier, soit qu'il estimât que telles choses faisaient partie de la succession); *pro donato*, *pro legato*, *pro dote*: parce qu'il a reçu par don, par legs ou par dot ce qui n'appartenait pas au disposant; *pro derelicto*, s'il a occupé un bien (qu'il a cru) abandonné par son maître. Notons au passage que l'*occupans* n'entre pas ici dans la même catégorie juridique que celle qui définit le chasseur d'une proie animale. L'abandon de sa chose par le maître fournit un titre à la possession. D'une certaine manière, le tiers à reçu la chose à la suite d'un transfert dont les deux moments, le délaissement puis l'occupation, s'enchaînent et s'analysent comme une opération discontinue, certes, mais unique.

Toutes ces causes dérivées de la possession supposent, qu'elle qu'en soit la figure, une cession de la chose que le possesseur tient ou croit tenir d'autrui. Le sujet possède ce qu'il a reçu d'un autre. Il faut qu'aient été endossés les rôles impartis par le droit dans les relations des sujets entre eux. Cette règle fait ressortir la singularité du titre *pro suo*. Le possesseur qui se réclame du sien n'invoque aucun rapport juridique avec autrui. Il ne se réclame que de son rapport à la chose. Il ne répond pas, au cours du procès, qu'il la tient pour achetée, pour héritée, pour donnée, pour léguée, pour reçue en dot, pour délaissée, mais seulement pour sienne: sans autre fondement que celui qu'indique le possessif réfléchi, sans justifier d'aucun titre antérieur à cette possession même. Mais c'est qu'alors la nature s'est directement offerte à sa prise ou qu'elle s'est spontanément incorporée à son patrimoine. Dans les textes jurisprudentiels, le titre *pro suo* recouvre systématiquement la capture des animaux sauvages et l'adjonction des terres alluviales (49)). L'interprétation civile y joint l'accroissement naturel de la chose reçue par tradition; par exemple, le fruit de l'esclave achetée enceinte: la mère était possédée « *pro emptore* » et le part, don de la nature, « *pro suo* », au seul titre du sien.

Le titre « *pro suo* » apparaît comme tel lorsque l'acquisition est originaire, non dérivée: comme tel, dans la mesure où il répond à une qualification juridique univoque. Car, d'après une théorie plus tardive que celle où ce titre est défini spécifiquement, n'importe quelle possession finit par se justifier d'une double considération: celle d'un transfert particulier, qui nous fait penser que nous tenons une chose d'autrui, celle de l'appartenance en général, qui nous la fait penser comme nôtre (50). Le possessif réfléchi *suus*, dès lors, réunit tous les titres singuliers à l'intérieur d'une seule notion. Cependant, il s'agit alors d'une catégorie didactique: ce n'est pas

(49) Paul, D. 41, 2, 3, 21; 41, 10, 2.

(50) Ulprien, D. 41, 10, 1; Paul, D. 41, 2, 3, 4. Ce double titre (générique et spécifique) est indépendant de la question du « titre putatif », malgré P. Voci, *op. cit.*, p. 129 sq., et M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, München 1971, p. 422.

une qualification que l'on puisse produire en justice. En droit romain ne valent que les causes nommées. S'autoriser du « sien », cela revient nécessairement, comme l'indique Paul, à invoquer une « *species possessionis* » : celle qui s'obtient par occupation ou par alluvion (51).

Si nous suivons à la lettre les qualifications du droit romain, n'est à proprement parler tenu pour sien que le tout premier usage d'une nature qui n'est pratiquement plus de ce monde. Lorsque les juristes mettent en scène, dans leurs combinaisons casuistiques, cette nature sauvage sujette à la seule appropriation qui se réclame exclusivement du « sien », c'est pour formuler une liberté par laquelle, tant qu'elle n'est pas domestiquée, est mis en échec l'exercice du droit humain. Soit, dans telle collection scolaire intitulée *choses quotidiennes ou Livre d'or*, la fable des abeilles, dont « la nature est sauvage (*fera*). Aussi, celles qui font leur essaim dans un arbre qui nous appartient ne sont pas plus considérées comme notre propriété, avant qu'elles n'aient été enfermées par nous dans une ruche, que les oiseaux qui font leur nid dans un arbre qui nous appartient... Les rayons de miel, qu'elles feraient, peuvent être pris par quiconque sans qu'il y ait vol... L'essaim qui s'envole de notre ruche est considéré comme restant nôtre tant qu'il est en notre vue et que capture n'est pas difficile ; sinon il appartient à l'occupant ». Soit encore les paons et les colombes qui, de même que les abeilles, s'envolent et volent de retour (*avolare, revolare*), laissant notre droit sur eux suspendu à leur « intention » de revenir à notre domaine (*animus revertendi*), intention manifestée par une habitude où se lit indubitablement leur désir de nous appartenir (52).

La casuistique de l'occupation perd ainsi la relative netteté de ses contours. Car avec la prise de l'animal blessé se confond le droit sur l'animal provisoirement apprivoisé. Une même catégorie réunit ce qui se prend et ce qui se donne ; comme si, pour penser le titre originaire *pro suo*, le droit avait dû tenter de concilier les deux autonomies contraires du sujet et de l'objet considéré lui aussi comme sujet, puisque, en son statut primitif, il peut toujours se reprendre, « échapper à notre garde et recouvrer sa liberté naturelle » (53). D'où cette représentation juridique d'une vengeance de la nature, figurée par Pomponius (deuxième siècle après J.-C.) dans une cause fictive, selon les règles analytiques du procès : « Voici l'espèce que traite Pomponius. Des loups avaient arraché à mon berger les porcs qu'il gardait. Le colon d'une ferme voisine, avec ses chiens robustes et vaillants qu'il avait pour mener paître son troupeau, les poursuit et les arracha aux loups — ou bien les chiens les délivrèrent. Mon berger demanda qu'on lui rendît ses porcs. La

(51) D. 41, 10, 2. Sur la notion de « *genera possessionis* », v. Q. Mucius Scaevola, dans D. 41, 2, 3, 21.

(52) Gaius, *inst.* 2, 68 ; D. 41, 1, 5, 5-7.

(53) Gaius, *inst.* 2, 67.

question posée était de savoir s'ils étaient devenus la propriété de celui qui les avait emportés, ou s'ils continuaient à m'appartenir : car c'est au cours d'une sorte de chasse qu'ils avaient été attrapés. Lui (i.e. Q. Mucius Scaevola, jurisconsulte de la fin du deuxième siècle avant J.-C., à l'opinion duquel Pomponius renvoie probablement ici) pensait pourtant que, de même que les animaux sauvages capturés sur la terre ou dans la mer, après qu'ils ont regagné leur milieu naturel, cessent d'appartenir à ceux qui les ont pris, de même, les animaux de notre patrimoine, s'ils ont été emportés par des bêtes marines ou terrestres, cessent d'être les nôtres lorsque ces bêtes échappent à notre poursuite. Par conséquent, si, libéré par la gueule d'une autre bête sauvage, l'animal cesse d'être à nous, il appartiendra à l'occupant de la même façon que le poisson, le sanglier, l'oiseau, qui, s'échappant de notre pouvoir, une fois capturés par un autre, sont à lui » (54).

On pourrait multiplier les exemples, évoquer le cas du fauve d'abord tombé dans le piège tendu par l'un, puis dégagé par l'autre, lequel perd sa proie : malgré le détournement commis au dommage du premier braconnier, le second ne répond pas de l'action de vol, parce que la liberté recouvrée par l'animal éteint son droit frauduleusement acquis. De cette casuistique se dégage l'idée que le titre originaire — puisque telle est la topique de l'occupation — est bien le seul à n'être pas assuré. La nature opère des retours, annule les situations juridiques conquises sur elle, interrompt la continuité des possessions qui, selon l'ordre du droit, se perpétuent ou se transmettent sans discontinuité, sans jacence, du moins, dont la gestion intérimaire ne soit pas organisée, maîtrisée.

A propos du seul titre primaire originaire, dont toute la qualification juridique tient au possessif réfléchi, *pro suo*, qui montre le possesseur comme source autonome de son droit, les jurisconsultes latins postulent une irruption du hasard dans l'ordre, une intrusion du discontinu dans le continu. Comme si la possession à l'égard de laquelle le sujet est le plus autonome apparemment, formulairement, se révélait être aussi celle où il est le moins maître du sien.

Mais, en même temps, la catégorie juridique du « sien », constituée dans la nature, sert de référence pour penser l'appropriation privée dans ce qu'elle a d'irréductible. Ainsi la nature, malgré la vue utopique qu'en présentent les ouvrages didactiques, s'articule très précisément, en casuistique, sur les divisions essentielles du droit. En elle s'inscrivent déjà les formes publique et privée de la propriété. Elle unit la communauté d'usage à l'exercice autonome du droit subjectif. Plus qu'une vague référence à l'idée selon laquelle les institutions doivent se conformer à un ordre qui les transcende, elle offre aux juristes un miroir où représenter le double de leur droit.

(54) Cité par Ulpian, D. 41, 1, 44.

— III —

Si l'on considère maintenant le thème de la liberté naturelle, contre laquelle est institué l'esclavage, on voit à nouveau cette liberté native correspondre à des mécanismes juridiques précis. Ce que les juristes postulent comme nature s'induit d'une analyse des procédures qui la réalisent. D'un côté, des textes nombreux attribuent à l'artifice humain l'institution de la servitude. Florentinus : « l'esclavage est une institution du droit des gens, par laquelle une personne est soumise contre la nature au pouvoir d'un maître » (*Dig.* 1, 5, 4) ; Ulpien : « en droit naturel, tous les hommes naissent libres ; on ne connaissait pas l'affranchissement puisque l'esclavage était inconnu. Mais après qu'avec le droit des gens l'esclavage eut fait son apparition, le bienfait de la *manumissio* suivit » (*Dig.* 1, 1, 4) ; « en droit civil, les esclaves ne sont pas considérés comme des personnes (*pro nullis habentur*) ; mais ce n'est pas le cas en droit naturel, parce que, dans ce droit, tous les hommes sont égaux » ; Tryphoninus : « la liberté appartient au droit naturel, tandis que la domination sur les esclaves fut introduite par le droit des gens (*Dig.* 12, 6, 64, 1) ; Justinien : « à l'origine, tous les hommes naissent libres selon le droit naturel, et... (*inst.* 1, 2, 2). On peut ajouter ce passage de Paul : ce n'est pas par nature, *natura*, que les esclaves tout comme les femmes sont empêchés d'être juges, mais en raison des coutumes, *moribus* : « non qu'ils manquent de jugement, mais parce qu'il fut admis par convention qu'ils n'exerceraient pas de fonctions politiques » (*Dig.* 5, 1, 12, 2). On voit aussi qu'au moment où le droit abolit la liberté naturelle, il la rétablit partiellement grâce à l'affranchissement ; le *beneficium manumissionis* vient corriger l'écart que la servitude introduit dans les sociétés divisées : *secutum est beneficium manumissionis*, dit Ulpien. Et, de même que l'animal qui s'enfuit recouvre sa *naturalis libertas* — ou que, lorsque l'édifice est détruit, le littoral retourne « *in pristinam causam* », à la manière du prisonnier rentré dans sa patrie —, de même, « les hommes libres réduits par captivité à l'esclavage, s'ils s'échappent du pouvoir de l'ennemi, recouvrent leur liberté première — *recipiunt in pristinam libertatem* » (Gaius, D. 41, 1, 7 pr.).

Le prisonnier de guerre libéré réintègre la liberté dans laquelle il est né. La liberté de l'affranchi, au contraire, n'est pas native, ni même considérée comme native. Il existe cependant des procédures qui, d'une manière plus radicale, effacent l'esclavage et confèrent l'ingénuité ou son apparence. L'anneau d'or que le prince octroie à certains affranchis donne déjà l'illusion d'une naissance libre, depuis qu'une *lex Visellia* de 24, sous Tibère, accorde aux titulaires du *ius anuli aurei* l'accès aux honneurs publics. Le *libertus*, dès lors, ressemblait à l'ingénu sans l'être : selon une formule de Papinien, reprise dans une constitution de Dioclétien, il possédait l'*imago ingenuita-*

tis (55). La nature était imitée, l'ingénuité simulée. Mais on pouvait aller encore plus loin. L'empereur accordait l'ingénuité — et non plus seulement son image — lorsque, par une faveur exceptionnelle, il réintérait l'affranchi dans les « droits de la naissance » (*restitutio in natalibus*). D'un homme né dans l'esclavage, il faisait un ingénu en titre. Le mécanisme de cette procédure suppose qu'est rétablie la naissance originelle — celle de l'état de nature ; que, chacun étant deux fois né, originellement comme homme puis socialement comme particulier, libérer revient à effacer une naissance accidentelle au profit de la naissance essentielle : Marcianus, *livre premier des institutes*, D. 40, 11, 2 : « Il peut arriver quelquefois que ceux qui sont nés dans la servitude deviennent dans la suite ingénus par l'intervention du droit (*ex post facto iuris interventu ingenui fiunt*). Par exemple, si un affranchi reçoit du Prince la grâce d'être rétabli dans les droits de sa naissance (*in natalibus suis restitutus*) ; car il est rétabli alors dans ces droits de la naissance où furent tous les hommes à l'origine (*illis... natalibus restituitur, in quibus initio omnes homines fuerunt*), et non pas dans ceux de sa naissance propre, puisqu'il est né esclave (*non in quibus ipse nascitur, cum servus natus esset*). Dès lors, dans toutes les situations juridiques, le bénéficiaire est considéré comme s'il était né ingénu ; son patron ne peut plus être appelé à sa succession... » (56).

Le commentaire de Marcien tente de résoudre le paradoxe qu'il y a à rendre à un esclave l'intégralité des droits qu'il ne peut pas avoir eus statutairement. Dans toute *restitutio* — on pense naturellement aux divers cas de la *restitutio in integrum* prétorienne —, il faut admettre par fiction que l'acte juridique conclu par l'incapable n'a pas d'existence : pour en effacer rétroactivement les effets, le magistrat restaure la situation antérieure à l'acte. De même la *restitutio in natalibus*, probablement inspirée de la procédure prétorienne d'annulation rétroactive, laisse supposer que la naissance servile n'a pas eu lieu. L'ingénuité de l'homme est présumée parce qu'elle est nécessaire à l'action réparatrice de la procédure. Il ne s'agit pas d'une représentation philosophique gratuite : le topos est l'objet d'un remploi. La liberté naturelle s'utilise comme artifice pour produire de la liberté institutionnelle. L'un des thèmes majeurs du droit naturel est mis ici au service d'une technique : tout se passe comme si le droit forgeait la nature. On feint de croire que le droit rétablit casuellement un régime naturel que le droit a fait disparaître.

(55) Papinien, *Frag. Vat.* 226 « *ius anulorum ingenuitatis imaginem praestat* », cf. Dioclétien, C.J. 9, 21, 1 : « *quoad vivunt imaginem, non statum ingenuitatis obtinent* ». Sur le *lex Visellia*, G. Rotondi, *Leges publicae populi Romani*, p. 464.

(56) Ce texte n'est à ma connaissance pas exploité dans les travaux sur le droit naturel : sans doute parce que le mot « nature » n'y figure pas ?

— IV —

On peut difficilement comprendre ce travail sur l'idée de nature en dehors des cas pratiques où les juristes ont à déterminer des rapports entre institutions, évaluer ce qui les distingue, combler leurs différences en les rapportant à un modèle commun.

La nature est présentée soit comme une survivance (on l'a vu avec le statut des *res communes* ou l'acquisition des « *res quae capiuntur* »), soit comme restaurée. Mais elle peut aussi s'offrir à l'élargissement du droit. Au nom de la nature, les juristes envisagent des rapports juridiques calqués sur ceux que crée la loi : on se souvient de la filiation attribuée aux esclaves, dans la mesure où il fallait les soumettre à certains interdits. Dans un ordre d'idées comparable, les juristes élargissent la parenté civile à une parenté dite naturelle, pour justifier que l'édit du préteur étende aux cognats, c'est-à-dire aux parents en ligne maternelle, les droits successoraux légalement réservés aux agnats (57). Lorsqu'est déployé plus largement le champ des institutions légitimes, la pensée juridique, à l'époque impériale, invoque la nature comme substrat de remplacement. Le droit naturel supplée à l'absence du droit légal.

À l'inverse, le droit imite la nature lorsqu'une institution est présentée comme son double : les juristes postulent qu'elle est fabriquée d'après un ouvrage qui n'est pas le leur. Telle l'adoption, définie par cet aphorisme célèbre : *adoptio enim naturam imitatur* (58). Prenons garde à la singularité du procédé. On ne saurait le confondre avec ceux auxquels j'ai fait allusion à propos de la préhistoire naturelle des choses publiques ou de l'acquisition de la *possessio* privée : car les prototypes du *ius naturale* étaient alors des figures-témoins, des formes-vestiges que le droit civil avait remplacées, tout en les laissant subsister sous son étroit contrôle. Entre le paradigme et ses dérivés actuels, la distance était celle de l'origine fossilisée au temps maîtrisé par les institutions civiles. Le rapport de l'adoption à la filiation non adoptive est bien plutôt celui de la vraisemblance au vrai.

« L'adoption », écrivait Javolenus, « n'a lieu qu'entre personnes entre lesquelles la nature permet aussi (la filiation naturelle) ». Qu'est-ce à dire ? Il fallait que l'adoptant eût un âge qui n'excluait pas l'apparence qu'il avait engendré son fils adoptif. D'après la formule de la loi curiate d'adrogation, les comices étaient invités à décider que « L. Valerius serait le fils de L. Titius, tout aussi léga-

(57) Gaius 1, 156 ; Modestin, D. 38, 10, 4, 2 ; Paul, D. 38, 10, 10, 4. Cette notion de parenté naturelle est déjà connue de Pline le jeune (*Panegyrique* 39, 2) ; mais elle ne l'est pas encore de Cicéron, du moins comme catégorie spécifique (dans le *de legibus*, 1, 23, il est question du lien d'agnation qui, dans la nature, lie les hommes aux dieux).

(58) Justinien, *inst.* 1, 11, 4. Sur les destinées médiévales de cet adage, v. E. Kantorowicz, « The sovereignty of the artist », dans *Essays in Honor of E. Panofsky*, 1961, p. 267 sq.

lement que s'il était né de ce père et de son épouse ». Le collègue pontifical, qui présidait à cette procédure, vérifiait l'âge des partenaires : l'adrogé devait être déjà *vesticeps* — c'est-à-dire pubère —, et l'adrogeant avoir assez d'années pour paraître géniteur et père d'un tel fils (59). A propos de cette enquête, Ulpien indique que l'on considérerait qu'à moins de soixante ans, dans son âge fécond, un homme était admis à cette procédure, s'il faisait valoir de bonnes raisons (60). Dans tous les cas, le père adoptif devait être au moins pubère et plus vieux que son fils (61). Car, pour en revenir à Justinien, qui recueillera cette doctrine, « le plus jeune ne peut pas adopter le plus vieux : l'adoption imite la nature, et ce serait un prodige (*pro monstro*), si le fils était né avant son père » (62).

Pourtant, les juristes étaient attentifs à suggérer qu'entre l'institution et son modèle, l'écart n'est pas de la vraisemblance au vrai (cette irréductible différence entre la filiation légitime fondée sur le mariage — c'est-à-dire sur la présomption de paternité — et la filiation que crée fictivement un acte juridique), mais bien plutôt du faux-semblant à ce qui est vrai ou supposé tel (puisque le vrai père n'est autre que celui que le mariage désigne). Faux-semblant, déjà, lorsqu'il est précisé que l'adoptant peut n'avoir pas ou n'avoir jamais eu d'épouse : « *et qui uxores non habent, filios adoptare possunt* » (Paul, D. 1, 7, 30) ; de sorte que dans la clause « comme s'il était né d'un tel et de son épouse légitime », formulée par la loi d'adrogation, le personnage de la mère est purement conjectural. Faux-semblant aussi, lorsqu'il est dit que le citoyen incapable d'engendrer — comme l'eunuque — a le droit d'adopter et d'adroger, tout comme l'homme dépourvu d'une épouse (63) : on voit jusqu'où sont repoussées les limites de l'apparence requise par la nature. La distance est telle, entre l'institution vue comme naturelle et son image, que les juristes n'hésitent pas à envisager l'adoption d'un petit-fils né d'un fils qui n'existe pas. Ce n'est plus seulement l'épouse dont la présence est feinte, mais c'est aussi le descendant duquel on se figure qu'est issu l'adopté. « *Quasi ex filio vel incerto natus sit* » : « comme s'il était né d'un fils ou d'un *incertus* » — d'un tiers inconnu, qui vient combler imaginativement la place généalogique de l'absent (64). Pour comprendre cette construction doublement fictive, lisons ce cas d'espèce, exposé par le jurisconsulte Proculus (au commencement du premier siècle) : Proculus, 8 *epist.* D. 1, 7, 44 :

(59) Aulu Gelle, *Nuits Attiques* 5, 19, 6 et 9 ; Javolenus, D. 1, 7, 16.

(60) D. 1, 7, 15, 2.

(61) Modestin, D. 1, 7, 40, 1. La mention « *id est decem et octo annis eum praecedere debet* » est généralement considérée comme interpolée.

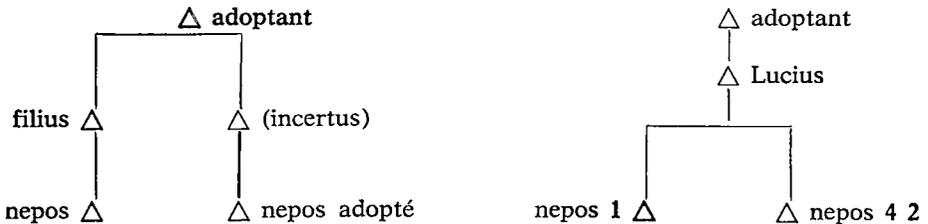
(62) *Inst.* 1, 11, 4. D'autres règles sont fondées sur cet ordre biologique de la nature : ainsi, que les descendants succèdent aux ascendants, plutôt que l'inverse (D. 38, 6, 7, 1) ; que le fils acquière, à la mort de son père, la puissance paternelle sur son propre fils (D. 28, 2, 28, 1).

(63) Gaius, D. 1, 7, 2, 1 ; Ulpien, *Reg.* 8, 6.

(64) Pomponius, D. 1, 7, 43.

« Un tel, qui avait déjà un petit-fils né de son fils, adopte un enfant au rang de petit-fils. Je ne pense pas que, à la mort de leur grand-père, les deux petits-fils acquièrent entre eux les droits de frères consanguins. Mais il a pu adopter ce petit-fils dans des conditions telles que le *nepos* serait en tout état de cause devenu son héritier, par le seul effet de la loi (*i.e.* : par droit de descendance légitime, sans recourir à l'adoption) : par exemple, s'il l'a adopté comme étant né de son fils Lucius et de l'épouse de celui-ci. Dans cette hypothèse, je pense au contraire (que les deux petits-fils sont consanguins entre eux) ».

La première modalité de l'adoption ne précise pas la personne à travers laquelle passe le lien entre l'*avus* et le *nepos* ; le chaînon généalogique est passé sous silence : l'enfant pourrait être rattaché, indifféremment, aussi bien au fils dont l'adoptant a déjà un petit-fils, qu'à tout autre fils imaginé pour la circonstance — un quelconque *incertus* —, voire à une fille, réelle ou fictive. Bref, rien n'indique que les deux *nepotes* soient frères de même père : on ne peut les tenir pour consanguins. La seconde modalité, au contraire, indique la filiation décrétée par l'adoptant : c'est à Lucius, père légitime du premier *nepos*, que l'aïeul attribue d'autorité la paternité du second *nepos* par adoption.



Adoptio naturam imitatur : dans les limites de la vraisemblance génétique, toutes les libertés sont prises pour forger une paternité le plus entièrement affranchie qu'il est imaginable des conditions minimales de toute filiation légitime : le mariage et le respect des degrés généalogiques. Or le mariage est supposé même s'il n'y a pas d'épouse ; la mère est remplacée par la fiction que l'adoptant est marié — fût-il même eunuque, ce qui montre à quel point la « nature » justifie l'apparence de ce qui, en aucun cas, ne saurait être vrai. Les degrés généalogiques sont décrétés librement, en effaçant les chaînons intermédiaires qui, dans la réalité, ne font jamais défaut. L'art juridique creuse le plus possible l'écart entre le modèle et l'institution qui l'imite : entre la vérité et les artifices du droit. A quelle nature est-il cependant renvoyé, lorsqu'il s'agit de normes aussi élaborées que celles qui rattachent un enfant à son père ? A quels éléments de la filiation, sur laquelle l'adoption se règle, les juristes attribuent-ils valeur d'exemplarité ?

Pour avancer dans cette analyse, il faut évoquer un second

adage, évidemment complémentaire du précédent. « La vérité de la nature n'est pas dissimulée par son image », écrit Papinien à propos de l'adoption : « *nec imagine naturae veritas adumbratur* ». Le double ne saurait faire disparaître l'original. Pour comprendre cette formule de facture néo-platonicienne, et pour élucider à quel degré d'élaboration juridique se situe le modèle institutionnel dont les artisans du droit s'inspirent, le plus simple est encore d'examiner la difficulté pratique que Papinien tente de résoudre en opposant la nature à son *imago* : 12 *quaest.* D. 28, 2, 23 : « un père, après avoir émancipé son fils, l'a réintégré sous sa puissance en l'adrogeant. J'ai répondu, au sujet de ce fils, que l'exhérédation faite avant (qu'il n'ait été adrogé) devait lui nuire. Car, dans tout le droit, on s'accorde pour observer cette règle que *le fils ne soit jamais considéré comme le fils adoptif de son vrai père, et que la vérité de la nature ne soit pas dissimulée par son image*. De sorte que ce fils n'est pas censé avoir été transporté, mais bien plutôt rétabli (sous la puissance de son père) ».

Un père exhérède son fils, puis l'émancipe, enfin l'adopte par adrogation (procédé nécessaire, puisque le fils était devenu *sui iuris*). Question : qu'en est-il des droits successoraux de celui qui fut successivement exhérédé, émancipé, adopté ? La réponse à ce cas de la pratique dépend de l'idée que le juriste se fait du rapport entre filiation « vraie », c'est-à-dire fondée sur la règle : « *pater is est quem nuptiae demonstrant* » et filiation adoptive : entre nature et fiction institutionnelle. On peut d'abord penser que l'adoption subséquente, après que le lien « naturel » a été rompu, fait naître un lien nouveau, entièrement créé par l'acte juridique. Dans cette hypothèse, le fils auparavant exhérédé recouvre sa vocation d'héritier au seul titre de la filiation adoptive ; il devient un autre fils, muni de tous les droits dont son nouveau père ne l'a pas encore privé. Bref, tout est recommencé. Mais on peut décider au contraire que lorsqu'entre les mêmes personnes deux rapports de filiation sont successivement noués, le premier en raison du mariage, le second par adoption, après l'intermède d'une rupture, le lien originel subsiste ; ou plutôt, il est rénové. L'adoption fait que les droits du père paraissent n'avoir été ni rompus ni même suspendus ; l'émancipation et la vacance juridique qu'elle causait son annulées au profit d'une restauration du lien primaire. Grâce à cette manipulation fictive, le droit de la puissance paternelle n'a pas cessé d'être le même : l'exhérédation qui précède reste valable et nuit toujours au fils.

Tout ce raisonnement juridique se fonde sur la règle « *nec imagine naturae veritas adumbratur* ». Mais qu'est-ce que la *naturae veritas* ? En premier lieu, la position qui résulte d'une filiation légitime : c'est-à-dire d'un rapport institutionnel ; en second lieu, le faisceau des droits construits sur cette position.

Rapportant la solution casuistique élaborée par Papinien, Ulpien emprunte un raccourci pour saisir l'essentiel de cette nature : D. 38, 4, 8, 7 : « Papinien décide que les droits de la nature restent les

plus forts (*iura naturalia in eo praevalere*) : c'est pourquoi l'exhérédation nuit au fils ». Les *iura naturalia* ne sont autres que l'institution d'une paternité qui comporte, parmi d'autres attributs de sa puissance, le pouvoir d'exhérer le fils. En ce sens, « imiter la nature » revient à réitérer un rapport juridique que le droit avait primitivement noué. L'acte juridique ressuscite le lien interrompu dans l'intervalle ; cet acte s'efface derrière son effet, rapporté au premier droit rétabli. Ce que produit l'artifice est assigné à une nature (qui n'est autre qu'une institution) résurgente ; de même, la « réintégration dans les droits de la naissance », en annulant l'abolition juridique de la liberté, ouvrait la voie pour cette liberté retrouvée (institution juridique s'il en fut, dans les cités antiques).

Ces quelques réflexions ont été conduites à partir des seules opérations de la casuistique. Ce sont évidemment des opérations de la pensée. On y découvre, me semble-t-il, qu'il n'est d'autre nature, pour les juristes, que créée par eux. La cohérence du discours institutionnel vaut à la nature son statut — fort original — d'institution.

Yan THOMAS,

*Professeur à la Faculté de Droit
de Rouen.*