Penser la tradition juridique occidentale
Une lecture de Yan Thomas*

Marta Madero

L'œuvre de Yan Thomas a profondément marqué la recherche récente dans le domaine de l'histoire du droit. Deux convictions essentielles articulent son travail : d'une part, une aversion profonde pour les lectures doctrinales et un intérêt d'une intensité égale pour la casuistique ; de l'autre, la certitude que la fiction, technique qui caractérise le droit romain, est la clef de lecture de la tradition juridique occidentale. La nécessité d'une philologie juridique et d'une perspective sémantique sur le droit constitue le socle de cette réflexion rigoureuse. La pratique fréquente et encore actuelle de l'abolition de l'histoire au nom de l'« axiologie des principes du droit dans laquelle l'idéologie libérale trouve sa métaphysique [1] », donne – dira-t-il – pour résolus des problèmes jamais posés et lit à l'aide du « sens commun » un langage qui exige, au contraire, l'analyse de sa structure interne, de sa sémantique propre. Y. Thomas conserva toujours son attachement pour une philologie qui, comme l'écrivait Louis Gernet, « n'est utile que nourrie d'histoire [2] »

* L'élaboration de ce texte n'a été possible que grâce à l'appui des amis, collègues et disciples de Yan Thomas. Je tiens à remercier tout particulièrement Paolo Napoli et Pierre Thévenin. Ma vive reconnaissance va également à Emanuele Conte, Miguel Méndez et, en particulier, à Valerio Marotta, pour leurs suggestions. Vittorio Minardi avait lu et commenté une première version de cet article. Il n'a malheureusement pas pu en voir la version finale avant sa mort.

1 - Yan THOMAS, « La langue du droit romain. Problèmes et méthodes », *Archives de philosophie du droit*, 18, 1973, p. 103-125.

2 - Louis GERNET, *Recherches sur le développement de la pensée juridique et morale en Grèce. Étude sémantique*, Paris, Albin Michel, [1917] 2001, p. 7.

Annales HSS, janvier-mars 2012, n° 1, p. 103-133.

https://doi.org/10.1017/S0395264900006508 Published online by Cambridge University Press

et, comme lui, il dénonça cette « paresse d'esprit en action » qui recherche l'âme éternelle de l'humanité, et qui, en lisant de manière stable la vengeance, la volonté, l'égalité, la loi, érige des espèces « d'une pauvreté de contenu qui désespère [3] ».

Nous tenterons ici de cheminer en compagnie de son œuvre en suivant un ordre thématique et partiellement chronologique – car il retourna souvent sur des textes écrits des années auparavant pour les corriger, les inscrire dans des interrogations nouvelles – qui met au jour l'enchaînement de ses préoccupations. Les premières questions qu'il s'est posées portent sur la forme même du langage juridique [4]. Le pouvoir du père occupe ensuite, durablement, une place centrale, dans sa pensée, et dans les années 1980 il travaille parallèlement sur la romanistique du XIX^e siècle dans son rapport à l'État. La notion de fiction, toujours présente, passe au premier plan au début des années 1990, et sur elle se tissent des thèmes qui suscitent habituellement un « engagement métaphysique » – tels que l'origine, la nature, la vérité, le temps – et dont il montre la nature instituée, provisoire, fictive. Enfin, c'est son interprétation théorique et érudite de l'histoire du droit romain qui lui permet de proposer des contributions décisives à certains débats contemporains, tels que le rapport entre juge et historien, la critique du sujet ou le supposé « droit de ne pas naître » discuté dans l'affaire Nicolas Perruche. Faite d'érudition et de rejet du *pathos*, orientée vers la compréhension de la spécificité du droit, l'œuvre de Y. Thomas, d'autant plus riche qu'elle demeure ouverte, inachevée, est composée de fragments qu'il n'a pas cherché à systématiser ; ce qui suit n'est qu'une proposition de parcours.

Patria potestas

À partir des années 1980, Y. Thomas, alors membre de l'École française de Rome, consacre une série de textes fondamentaux au thème de la *patria potestas*, qui sont autant de variations sur ce qu'il désigne comme l'« organisation juridique de la vie ». En 1981, il établit le sens définitif et depuis indiscutable du *parricidium* comme mort du père (on ne sait s'il s'agit du géniteur ou du *paterfamilias*), alors que l'opinion commune suivait l'affirmation de l'antiquaire Verrius Flaccus qui

3 - *Ibid.*, p. 6.

4 - Il a fallu, pour donner à cet article une dimension acceptable, limiter l'analyse à un certain nombre de thèmes majeurs. Je laisse donc de côté une partie des travaux de Yan Thomas. Il en va ainsi de celui dans lequel il formule une critique de l'omniprésence du sujet dans la lecture proposée par la pandectique : Yan THOMAS, « Acte, agent, société. Sur l'homme coupable dans la pensée juridique romaine », *Archives de philosophie du droit*, 22, 1977, p. 63-83, et de ceux qui contiennent les résultats de ses recherches sur la sanction et la notion d'inviolabilité : « *Sanctio* : les défenses de la loi », *L'écrit du temps*, 19, 1988, p. 61-84 et « De la 'sanction' et de la 'sainteté' des lois à Rome. Remarques sur l'institution juridique de l'inviolabilité », *Droits. Revue française de théorie juridique*, 18, 1993, p. 135-151. Je n'ai pas non plus commenté son travail sur l'ornement qui a été analysé par Patricia Falguières dans une communication donnée lors du colloque organisé à sa mémoire (actuellement sous presse).

https://doi.org/10.1017/S0395264900006508 Published online by Cambridge University Press

lisait le *parricidium* comme l'homicide volontaire d'un homme libre [5]. Il démontre, de plus, que ce crime ne s'inscrit pas dans le champ sémantique de la parenté, mais dans celui du pouvoir qui se désignait sous la modalité de *Pater*, puisqu'on nomme *pater patriae* un consul qui a sauvé l'État et, par excellence, le Prince. La *potestas* ne se dit pas *paterna*, ce qui aurait désigné tel ou tel père, mais *patria*, selon un mode de suffixation qui se réfère à la *fonction*, au *Père*. Il rend ainsi manifeste que le pouvoir du père comme *vitae necisque potestas* est une relation juridique qui concerne seulement le fils et s'exprime par la mort. C'est-à-dire qu'il n'existe pas, en droit de juridiction domestique qui réunisse la *vitae necisque potestas* [6] en tant que droit général de mort sur les fils, les filles, l'épouse et les esclaves. Le pouvoir sur les esclaves dépend du *ius gentium* et non de l'espace civil, le châtiment des filles et des épouses s'inscrit dans les *mores* et constitue la sanction pénale d'un délit, mais le pouvoir sur le fils est un pouvoir permanent, un droit à l'état pur. Ce principe absolu n'a rien à voir avec l'histoire sociale, et c'est une erreur d'imaginer une société qui aurait adouci ses coutumes féroces lorsque, rétrospectivement, elle condamna en 323 un pouvoir de meurtre sur les fils qui avait été autorisé, *olim*. De surcroît, Y. Thomas démontre que, philologiquement, dans l'expression *vitae necisque potestas*, le sens de *vita* n'a rien à voir avec le *tollere liberos* par lequel le *pater* érigeait le nouveau-né en fils et rejetait la possibilité de l'exposition, et il n'était pas non plus un lieu commun philosophique. Le *que* n'est pas disjonctif et il faut partir de la mort, du *nex* – dont le sens est la mort sans effusion de sang (la privation d'aliments, la potence, la strangulation, l'immolation) – qui gouverne l'expression : le pouvoir de tuer implique celui de laisser la vie. C'est dans ce pouvoir que réside l'*animus patrius* que Y. Thomas traduit comme son « essence de père », son « principe paternel », manifestation par excellence d'un pouvoir à l'état pur, véritable prérogative de droit public qui suppose la situation extrême dans laquelle le *pater* reconnaît la discipline essentielle qui le lie à la cité et donne la mort à un fils qui s'est transformé en citoyen rebelle ou en magistrat séditieux, fondant ainsi le droit d'autres pères à l'imiter.

Tout-puissants, les pères romains sont néanmoins hantés par l'obsession du parricide [7]. Le thème offre une « invraisemblable abondance ». Cicéron revint dessus à quatre reprises au cours de sa carrière, ayant été lui-même accusé d'avoir attenté à la vie de son père et de son oncle paternel. Pendant les premières décennies du Principat, Suétone affirmait que l'un des plaisirs de Claude était d'être présent au supplice des parricides. Les guerres civiles étaient en général marquées

5 - Yan THOMAS, « *Parricidium*. I. Le père, la famille et la cité (la *lex Pompeia* et le système des poursuites publiques) », *Mélanges de l'École française de Rome. Antiquité*, 93-2, 1981, p. 643-715.

6 - Yan THOMAS, « *Vitae necisque potestas*. Le père, la cité, la mort », *in* Y. THOMAS (dir.), *Du châtiment dans la cité. Supplices corporels et peine de mort dans le monde antique*, Rome/Paris, École française de Rome, 1984, p. 499-548.

7 - Yan THOMAS, « Paura del padri, violenza dei figli. Imagine retoriche e norme di diritto », *in* E. PELLIZER et N. ZORZETTI (dir.), *La Paura dei padri nella società antica e medievale*, Rome/Bari, Laterza, 1983, p. 115-140 et *Id.*, « À propos du parricide. L'interdit politique et l'institution du sujet », *L'inactuel*, 3, 1995, p. 167-187.

https://doi.org/10.1017/S0395264900006508 Published online by Cambridge University Press

par une augmentation considérable des parricides et, sous l'Empire, le parricide judiciaire, c'est-à-dire l'accusation du père devant une cour criminelle, était ouvertement encouragé par Tibère qui imposa la délation au service de l'empereur et en défense de la Majesté. Cependant, au même moment, le parricide était le *scelus incredibile*, ce en quoi il était impossible de croire. L'expression constituait un « lieu » rhétorique illustré par le cas des frères Caelii, qu'on avait trouvé endormis dans la chambre adjacente à celle du père égorgé : une attitude d'abandon d'une telle sérénité ne pouvait qu'empêcher qu'on pût croire qu'ils eussent commis un tel crime [8]. Dans les écoles de rhétorique, on enseignait également le thème du matricide d'Oreste, exemple même de la conscience tourmentée par les Furies, qui montrait que la démence était à la fois cause et conséquence d'un tel crime.

Le thème traditionnel du danger des lois, d'inspiration platonicienne, qui raconte que le règne de la loi fut introduit par le premier législateur dans un monde dans lequel les monarques sages et omniscients étaient les pasteurs d'une société transparente qui respectait les commandements de la nature, ne trouvait place à Rome qu'à propos du parricide. C'est le seul crime qui fut le résultat d'une incroyable imprudence légale. « Éclairé du mal par la loi », le parricide connaît seulement comme origine la loi qui le condamne : « c'est du dedans même de la loi que le désordre avait fait sa première irruption dans le monde » [9]. Il n'existe pas, en effet, de premier parricide auquel la loi répond. Les Romains connaissaient la date du premier assassinat, de la première trahison, du premier viol, du premier inceste, mais celle du premier parricide était incertaine. Trois dates, mentionnées par Plutarque, Tite-Live et Orose, se distinguaient : 200, 133 et 100, des dates que l'annalistique montre comme liées à l'apparition de prodiges : des naissances d'hermaphrodites qui furent rituellement noyés dans le Tibre et qui assimilent le parricide à un *monstrum*. Mais ces récits ne sont pas présentés comme une histoire primordiale, originaire.

Pour Y. Thomas, l'horreur du parricide s'explique dans la mesure où il rompt avec le mode proprement romain d'émergence du sujet. L'autonomie ne s'atteint en droit civil qu'avec la mort du père, ce qui suppose qu'il n'existe pas de sujet autonome qui n'ait été auparavant *alieni iuris*, qui n'ait été sous le pouvoir d'un autre. Le parricide est le crime de « lèse-pouvoir », un attentat contre le droit civil dans son ensemble et, en tant que tel, il perturbe l'ordre de la succession légitime dans la mesure où le fils s'approprie violemment une *potestas* qu'il ne pouvait recevoir que de la mort naturelle du père : c'est une forme d'auto-institution qui rompt avec le mode sur lequel le droit pense l'institution du sujet.

Vers la fin des années 1980, ses travaux sur la *patria potestas* dialoguent avec l'histoire de la parenté et l'histoire des femmes, en particulier dans un texte largement diffusé, « La division des sexes en droit romain [10] ». Il part, comme à son

8 - Cicéron, *Pro Sexto Roscio Amerino* 23. 64.
9 - Y. Thomas, « À propos du parricide... », art. cit., p. 169.
10 - Yan Thomas, « La division des sexes en droit romain », *in* P. Schmitt Pantel (dir.), *Histoire des femmes en Occident*, t. I, *L'Antiquité*, Paris, Plon, 1991, p. 103-156.

https://doi.org/10.1017/S0395264900006508 Published online by Cambridge University Press

habitude, d'un cas extrême : celui de l'hermaphrodite, que le droit ne définit pas comme un *tertium genus*, comme l'est l'*uterque sexus* qui fascinait la médecine antique et qui était condamné par la religion comme un prodige devant être noyé dans le Tibre ; en droit, *il doit être* homme ou femme. Cela se décidait donc en fonction du sexe qui prédominait quand ses organes sexuels étaient excités. Il y a ainsi des hermaphrodites femmes qui ne pouvaient participer à l'ouverture d'un testament, qui était à Rome un office viril, mais surtout qui, en étant femmes, ne pouvaient avoir d'« héritiers siens » *(heres suus)*, c'est-à-dire de descendance légitime. Les femmes transmettaient leur statut de citoyenneté à un fils qu'elles auraient eu en dehors du mariage et entraient, de même que les hommes, dans la succession des biens du *pater* sous la *potestas* duquel elles se trouvaient à sa mort. Malgré cela, la femme était « commencement et fin de sa propre famille [11] », un segment privé de succession légitime. La femme était mère par accouchement, et en cela possédait une autonomie qui manquait à l'homme, puisque celui-ci n'eût été père que si le fils qui naissait avait été engendré à un moment où il était uni à une femme en *iustae nuptiae*. L'absence de succession féminine n'est pas une question de parenté, mais de pouvoir. La femme manque de *patria potestas* dans un contexte où « l'institution du droit paternel recouvre la parenté, double la filiation au point de l'incorporer entièrement ou de la laisser subsister parfois en dehors d'elle, vide de contenu juridique [12] ». La parenté naturelle appartient à l'espace dans lequel la relation de parenté n'est subsumée sous aucun lien de pouvoir et se régit par ce que la nature permet : un lien de vie marqué par la naissance et la mort.

Dans le domaine de la parenté, la traduction effectuée par Y. Thomas du *Liber de gradibus* du juriste Paul, des premières décennies du IIIe siècle, publiée dans l'un des volumes consacrés alors par Pierre Legendre au principe généalogique en Occident [13], offre un appareil critique d'une importance capitale. Au centre du droit civil se trouve la succession, le transfert du patrimoine des morts aux vivants, le mariage n'étant rien d'autre qu'un mécanisme au service de la filiation. Le traité décrit les normes de la succession selon les positions respectives des parents héritiers du défunt, pensées en termes de *gradus* (unité de mesure de la distance). C'est la distance relative, en termes de position généalogique vis-à-vis d'un *ego* qui occupe le lieu du mort, qui définit le système de succession du droit civil. Ce texte, écrit au début du IIIe siècle, a été repris dans la compilation du droit byzantin du VIe siècle, mais il s'agit d'une structure qui se constituait déjà lors de la seconde moitié du Ier siècle av. J.-C. Les notes de Y. Thomas proposent un commentaire très éclairant sur la parenté romaine dans lequel il convient de détacher plusieurs éléments : la notion de « degré » ne s'applique pas aux affins – contrairement à ce que fera le droit canon ; la notion d'inceste est ignorée dans le traité, la notion de

11 - *Digeste* 50.16.195.2.
12 - Y. Thomas, « La division des sexes en droit romain », art. cit., p. 112.
13 - Yan Thomas, « Le droit romain. Le traité des computs du jurisconsulte Paul », *in* P. Legendre, *Le dossier occidental de la parenté. Textes juridiques indésirables sur la généalogie*, textes traduits et présentés par A. Schütz, M. Smith et Y. Thomas, Paris, Fayard, 1988, p. 28-119.

https://doi.org/10.1017/S0395264900006508 Published online by Cambridge University Press

« degré » ne traitant pas des interdits conjugaux auxquels s'applique au contraire la notion de « classes de parents » – ce sera de nouveau le droit canonique qui imposera la notion de degré dans le contexte du vocabulaire de l'inceste, en comptant de surcroît non plus selon le mode romain qui monte et descend les intervalles à partir d'*ego*, mais en termes de générations ; l'importance de l'*adgnatio* – qui se distingue de l'*agnatio*, qui comprend la descendance par voie masculine – comme naissance posthume (ce qui constitua plus tard un thème central de ses recherches) ; la *persona* comme catégorie de parenté définie par sa position vis-à-vis d'*ego* et par le sexe, dans laquelle toutes les combinaisons entre les six degrés sont comptées, créant ainsi la parenté – définie par la succession – comme espace saturé.

Deux thèmes mentionnés par Y. Thomas dans ces textes sont repris dans des travaux ultérieurs et constituent une part importante d'un texte inachevé, un livre dont le titre avait oscillé entre le droit du père et sa mort : le *venter*, mot qui désigne le fils à naître en cas de divorce et, surtout, de mort du père ; l'*heres suus* [14], dont Y. Thomas éclaircit le sens précisément à travers la casuistique du fils posthume. Le mot *venter* [15] désigne, dans le seul contexte juridique, la femme ainsi que l'enfant qu'elle porte en elle quand elle a cessé d'être, par divorce ou décès, l'*uxor* d'un citoyen. On confère à la mère en puissance la possession des biens de son ventre. En effet, les droits successoraux d'un fils posthume qui n'a pas été explicitement pris en compte dans le testament, afin de l'y intégrer ou de l'exhéréder, brisent le testament du père, suspendant toutes ses dispositions et les renvoyant à la succession légitime qui lui réserve une part égale à celle des fils et filles déjà nés. Le *nasciturus* est considéré comme déjà né parce qu'il existe une *spes nascendi* (une « expectative de naissance »). La tentation d'une hypothèse naturaliste est sans doute considérable, mais Y. Thomas démontre qu'il s'agit exclusivement de l'attente qui concerne un droit de succession : il n'existe pas de *spes nascendi* pour les esclaves, chez qui le fils non né « ne peut être considéré comme ayant été un être humain [16] ». L'attente de la naissance est une vocation d'hommes libres [17]. Il conclut ainsi un vieux débat des romanistes sur le thème du *nasciturus*, qui opposait ceux qui le considéraient fictivement comme un déjà né *(pro iam nato habetur)* à ceux qui le voyaient comme une part de la mère sans existence autonome. La question était mal posée : il ne s'agissait pas d'une opposition de nature doctrinale, mais seulement statutaire et sociale.

L'enfant contenu dans le ventre se situe dans la catégorie de l'*heres suus*, ce qui suspend d'une certaine façon la mort du père jusqu'au moment de sa naissance.

14 - Le premier texte consacré à la problématique du *heres suus* date de 1987 : Yan THOMAS, « Du sien au soi : *pro suo, suus heres* », *L'écrit du temps*, 15, 1987, p. 157-172, mais malheureusement je n'ai pas pu le consulter.

15 - Yan THOMAS, « Le ventre. Corps maternel, droit paternel », *Le Genre humain*, 14, 1986, p. 211-236.

16 - *Digeste* 35.2.9.

17 - Yan THOMAS, « L'enfant à naître et l''héritier sien'. Sujet de pouvoir et sujet de vie en droit romain », *Annales HSS*, 62-1, 2007, p. 29-68.

https://doi.org/10.1017/S0395264900006508 Published online by Cambridge University Press

In utero, la puissance paternelle s'exprime à travers les aliments, prélevés sur les biens paternels, qui nourrissent le ventre. Ils sont considérés comme ce qui maintient l'enfant en vie sans nourrir la mère, qui doit s'alimenter sur ses propres biens, comme si le droit créait un double circuit et que l'enfant à naître pouvait mourir en étant nourri seulement des biens maternels. « La matrice, la femme, l'enfant posthume : de ce complexe organique, le droit s'emploie à extraire un sujet virtuel : sujet de droit, on l'a vu, et par conséquent incorporel [18]. » « Héritier sien » est une expression élusive dont le sens est éclairci par Y. Thomas. En premier lieu, le sens d'*heres suus* ne doit pas être lu comme un qualificatif d'*heres*, mais comme un adjectif substantivé qui a pour attribut *heres*. En effet, pour renvoyer à quelqu'un qui n'est pas le sujet, on utilise le possessif non réflexif *ejus*, tandis que « le réfléchi souligne une relation de soi à soi » selon un traitement qui, en droit romain, indique l'hétéronomie, mais aussi l'indépendance comme maîtrise de soi sur soi-même : *suae potestatis*, *suo nomine*, *sui iuris*. « Le *suus* est donc cet héritier qui, alternativement, appartient au mort, et s'appartient à soi-même [19]. » Cela éclaire la fiction selon laquelle il existe une identité entre le père et le fils, « le fils et le père sont une même personne [20] », dont le sens, en dehors de toute interprétation métaphysico-sentimentale, implique qu'à la mort du père, le fils ne paraît pas recevoir la succession mais ne fait qu'acquérir la libre administration des biens que cette identité lui confère en suspens.

La casuistique de l'*heres suus* montre qu'au-delà des projections généalogiques idéalisées qui forment la parenté jusqu'au sixième degré, la jurisprudence s'arrête à l'arrière-petit-fils (ou arrière-petite-fille), ne prenant en compte que trois générations à partir d'*ego*, c'est-à-dire la distance au sein de laquelle il est pensable qu'un descendant ait été conçu du vivant de l'ascendant. À l'époque d'Hadrien, Julien écrivit : « selon l'usage commun, on appelle parents les petits-enfants de ceux après la mort desquels ils furent conçus ; mais il s'agit d'un usage impropre, d'un abus de langage [21] ». « Le pouvoir comme rouage permanent et comme expression nécessaire de la filiation à Rome [22] » ne se manifeste jamais aussi clairement que dans le cas de l'enfant posthume, qui requiert la fiction d'une existence juridique prénatale dans laquelle le pouvoir du père se prolonge au-delà de la mort afin de créer un temps commun aux deux. Dans cette dernière version d'un thème qui a toujours été présent dans les recherches de Y. Thomas, la *patria potestas* cesse d'être un fil continu, quelque chose qui se transmet de main à main : « C'est le contraire qui se produit. Elle resurgit, nouvelle, lorsque disparaît celui qui la détient [23]. »

18 - Yan Thomas, « La mort du père », manuscrit, chap. III, « Le ventre de la mère ».
19 - Y. Thomas, « Le droit romain. Le traité des computs... », art. cit., p. 89.
20 - *Codex* 6.26.11.
21 - *Digeste* 38.16.8.
22 - Yan Thomas, « La mort du père », chap. IV, « L'enfant à naître, l''héritier sien' et le pouvoir du mort ».
23 - *Ibid.*

https://doi.org/10.1017/S0395264900006508 Published online by Cambridge University Press

La romanistique et l'État

Alors qu'il commence à travailler sur le pouvoir du père, thème qui l'accompagna toute sa vie, Y. Thomas écrit une analyse qui porte sur le XIXe siècle, le Grand Siècle de l'histoire du droit, et montre les rapports fondamentaux qui existent entre les enjeux politiques de la théorie de l'État et la place du droit dans la tradition politique occidentale. L'histoire des obstacles à la constitution d'un droit public – qu'il analyse dans son travail sur l'*Abriβ des römischen Staatsrechts* de Theodor Mommsen [24] – qui puisse penser l'État « comme instance d'autorisation ; [...] comme un ordre légal qui fonde les droits des sujets ; bref, comme expression d'hétéronomie [25] », montre jusqu'à quel point l'idée d'un droit romain homogène, d'un texte idéal sans sujet, sans intervention d'une volonté singulière, d'un « développement naturel qui fut rarement perturbé par un plan rationnel [26] », a caractérisé la pensée de l'École historique du droit. Les jurisconsultes romains n'avaient pas plus d'individualité, disait Friedrich Carl von Savigny, que les choses fongibles [27]. Cette position de la romanistique ne démentait pas, il est important de le souligner, la narration que proposait de lui-même le droit romain, qui assurait l'efficacité d'un discours dogmatique en se pensant comme « l'œuvre d'un sujet collectif faisant corps avec la cité, et dont aucun juriste n'était séparable [28] ». La réaction de rejet des romanistes du XIXe siècle face à la Révolution et au processus de codification était ainsi au fondement de la fascination pour un groupe de juristes – les jurisconsultes de l'Empire – qui, au moment même où ils auraient pu imposer un code, s'abstinrent d'un artifice qui aurait interrompu « le développement intrinsèque du droit [29] ». Cet aspect de la romanistique allemande du XIXe siècle, qui traduisait le dogme de la « représentation » de l'esprit de la communauté populaire dans l'œuvre des juristes qui donnent au sentiment du droit une forme articulée, a également marqué la pensée du XXe siècle. Tout au long de son œuvre, portée par un profond rejet de la pensée antinomique des « institutions naturelles », Y. Thomas a dénoncé

24 - Theodor MOMMSEN, *Abriβ des römischen Staatsrechts*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1893 ; Yan THOMAS, *Mommsen et l'« Isolierung » du droit. Rome, l'Allemagne et l'État*, Paris, De Boccard, 1984.

25 - Yan THOMAS, « La romanistique allemande et l'État depuis les Pandectistes », *in* H. BRUHNS, J.-M. DAVID et W. NIPPEL (dir.), *La fin de la République romaine. Un débat franco-allemand d'histoire et d'historiographie*, Rome/Paris, École française de Rome, 1998, p. 113-126.

26 - Wolfgang KUNKEL, *An introduction to Roman legal and constitutional history*, Oxford, Clarendon Press, 1966, p. 77, cité par Y. THOMAS, « La romanistique allemande et l'État... », art. cit., p. 121.

27 - Friedrich Carl VON SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, Mohr und Zimmer, 1814, p. 30, cité par Yan THOMAS, « La romanistique et la notion de jurisprudence », *Droits. Revue française de théorie juridique*, 4, 1986, p. 149-160, ici p. 155.

28 - Y. THOMAS, « La romanistique et la notion de jurisprudence », art. cit., p. 154.

29 - F. C. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit...*, *op. cit.*, p. 33, cité par Y. THOMAS, « La romanistique et la notion de jurisprudence », art. cit., p. 157.

https://doi.org/10.1017/S0395264900006508 Published online by Cambridge University Press

cet aspect symptomatique d'une pensée profondément conservatrice – bien que pas toujours consciente d'elle-même.

L'analyse de la romanistique du XIXe siècle proposée par Y. Thomas révèle des traits traditionnellement attribués de préférence aux germanistes, en particulier la fascination pour l'« évolution organique » du droit. Elle constitue aussi une contribution importante à la compréhension du rôle central que la pensée du XIXe siècle joue encore aujourd'hui pour l'histoire et en particulier pour l'histoire médiévale, comme l'a démontré Emanuele Conte. Le succès d'un livre comme *L'ordine giuridico medievale* de Paolo Grossi, qui exalte le naturalisme médiéval, « les forces rudes et primordiales de la *rerum natura* [30] » et les liens entre le droit et la « vie du peuple », démontre à quel point cette influence perdure et est loin de s'effacer. À l'instar de P. Grossi, bien des médiévistes, historiens et juristes, considèrent l'idée d'une « renaissance juridique du XIIe siècle » comme un schème interprétatif qui ignore la continuité essentielle des aspects naturalistes et coutumiers du droit durant *tout* le Moyen Âge. Si on reconnaît, au contraire, dans le droit romain médiéval – et dans beaucoup de « coutumes » dont les historiens ignorent la matrice romaine – les traits proposés par Y. Thomas, à savoir la forme essentielle de la fiction et une logique casuistique qui ne se construit pas sur la généralisation mais sur la « stabilisation de l'exceptionnel », dans la mesure où « c'est au moment même de l'exception, lorsqu'une solution se saisit en sa circonstance la plus extrême, que son degré de généralité est au plus haut », il devient alors évident que notre compréhension de l'histoire juridique médiévale ne peut ni ne doit éluder l'architecture de l'artifice [31]. C'est justement en dialogue avec l'histoire médiévale que Y. Thomas développe un thème dont l'ébauche est formulée au milieu des années 1980, celui de la confession, qu'il formule ensuite en rapport étroit avec la majesté et la procédure inquisitoire.

Majesté et confession

Dans un texte présenté en 1984 [32], il analysait l'expression *« confessus pro iudicato »* utilisée à l'époque des Sévères par le jurisconsulte Paul et montrait que si celle-ci désignait alors la pulsion d'une conscience coupable qui rendait le jugement inutile, l'auto-condamnation d'un sujet poussé par la faute, ceci était le résultat d'une mutation qui avait eu lieu entre la fin de la République et le triomphe du Principat.

30 - Sur le livre de Paolo Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Rome, Laterza, 1996, nous renvoyons à Emanuele Conte, « Droit médiéval. Un débat historiographique italien », *Annales HSS*, 57-6, 2002, p. 1593-1613.

31 - Yan Thomas, « L'extrême et l'ordinaire. Remarques sur le cas médiéval de la communauté disparue », *in* J.-C. Passeron et J. Revel (dir.), *Penser par cas*, Paris, Éd. de l'EHESS, 2005, p. 45-73, ici p. 46.

32 - Yan Thomas, « *Confessus pro iudicato*. L'aveu civil et l'aveu pénal à Rome », *in L'aveu. Antiquité et Moyen Âge*, Rome/Paris, École française de Rome, 1986, p. 89-117.

https://doi.org/10.1017/S0395264900006508 Published online by Cambridge University Press

Contrairement à une lecture à laquelle les romanistes s'étaient laissés aller en lisant dans l'expression un sens stable, une intériorité loquace débordée par la faute, Y. Thomas montrait que la confession civile n'impliquait ni conscience, ni faute, ni vérité, mais seulement la ratification verbale des mots prononcés par un autre, la reconnaissance d'une dette évaluée en monnaie. Avant de désigner la conscience de la faute, la *confessio* aurait été un moyen de défense, une retraite, une concession, une supplique qui transformait le vainqueur en protecteur dont on espérait la grâce ; mais la pratique chaque fois plus systématique de la torture à l'époque impériale aurait transformé à son tour la violence du for intérieur à laquelle cédaient les *confessi* en une vérité arrachée (*« eruere veritam »* était une expression courante) par l'implacable violence infligée sur un corps dévasté par la douleur. À l'expression libre de reconnaissance d'une dette civile qu'était la *confessio* républicaine, s'opposait de façon absolue la *confessio* pénale qu'un régime – dont l'arbitraire croissant était clairement perçu – avait imposé aux accusés et aux témoins.

Reprenant le thème des années plus tard [33], Y. Thomas inscrit pleinement la réflexion dans une interrogation déplacée, cette fois, vers la majesté et son double, le processus inquisitoire, plus tard inquisitorial, dont l'essence serait la longue histoire juridique de « la référence au sacré pour fonder le caractère inexpiable des crimes d'État [34] ». Dans le texte écrit à la mémoire d'André Magdelain sur la torture en tant que partie essentielle du procès depuis les empereurs julio-claudiens [35], il montre que le Principat était un régime politique de terreur durant lequel l'extension croissante du lèse-majesté aux crimes les plus divers avait permis la généralisation des procédures d'exception qui produisirent une nouvelle rationalité juridique. Dans celle-ci, la vérité « se conquiert unilatéralement et s'arrache par la souffrance physique et par la peur [36] » et la délation étend indéfiniment le cercle des accusés. Ce n'est qu'à ce prix qu'advint l'efficacité juridique de la conscience coupable dans laquelle, comme s'il s'agissait d'une pulsion interne, libre et quasi inéluctable, « la subjectivité [était] sanctionnée par le droit [37] ».

Y. Thomas propose alors une analyse de la *maiestas* au cours de laquelle il démontre que le sens romain de ce terme s'éloigne irrémédiablement de celui des

33 - Yan THOMAS, « L'aveu, de la parole au corps (Rome, V^e siècle av. J.-C.-IV^e siècle apr. J.-C.) », *in* R. DULONG (dir.), *L'aveu. Histoire, sociologie, philosophie*, Paris, PUF, 2001, p. 17-56.

34 - Le projet sur la majesté doit être lu en dialogue avec les textes publiés en 1986 et 1990 par Jacques CHIFFOLEAU, « Sur la pratique et la conjonction de l'aveu judiciaire en France du XIII^e siècle au XV^e siècle », *in L'aveu. Antiquité...*, *op. cit.*, p. 341-380, et *Id.*, « Dire l'indicible. Remarques sur la catégorie de *nefandum* du XII^e au XV^e siècle », *Annales ESC*, 45-2, 1990, p. 289-324 ; le texte a été repris et modifié dans « Avouer l'inavouable : l'aveu et la procédure inquisitoire à la fin du Moyen Âge », *in* R. DULONG (dir.), *L'aveu...*, *op. cit.*, p. 37-97.

35 - Yan THOMAS, « Les procédures de la majesté. La torture et l'enquête depuis les julio-claudiens », *in* M. HUMBERT et Y. THOMAS (dir.), *Mélanges de droit romain et d'histoire ancienne. Hommage à la mémoire d'André Magdelain*, Paris, LGDJ, 1998, p. 477-499.

36 - Y. THOMAS, « L'aveu, de la parole au corps... », art. cit., p. 34.

37 - *Ibid.*, p. 55.

https://doi.org/10.1017/S0395264900006508 Published online by Cambridge University Press

publicistes de la monarchie française, et en particulier de Jean Bodin. Si pour J. Bodin la *maiestas* est l'équivalent du concept de souveraineté, Y. Thomas montre que, contrairement à la *maiestas* qui se forme sur le comparatif *maior* et se pense comme toujours susceptible de gradation – *augere maiestatem*, *minuere maiestatem*, syntagme par lequel se formule le crime de lèse-majesté –, la souveraineté s'établit sur l'essence « inquantifiable de l'État [38] ». La *maiestas* d'un être désigne, au sens strict, son statut de *maior*, ce qui implique qu'il y a d'autres êtres *minores* que lui, tandis que la souveraineté n'est pas affectée quantitativement, car c'est la formulation même de l'unité et de l'autonomie étatiques.

Dans les *Fastes* d'Ovide, la Majesté émerge du Chaos « comme institution de la distance politique [39] ». « Tous les degrés d'honneur étaient égaux / ... Enfin Rang *(Honos)* et Révérence *(Reverentia)*, au maintien décent, au visage paisible / Soumirent leurs corps aux obligations d'une couche légitime. / De là fut engendrée Majesté [40]. » Ensuite la Terre engendra les Géants. Ils attaquèrent la demeure de Jupiter, qui les vainquit ; défendue par les dieux, Majesté subsista et garantit une hiérarchie du pouvoir allant de Jupiter aux pères, mères, vierges, magistrats et aux rois détenteurs de l'*imperium*. Mais sa légitimation jupitérienne fut tardive. À ses origines, la *maiestas* n'avait aucun référent religieux. Son domaine était celui du droit. Avant même d'incarner la *maiestas* du peuple romain, elle se manifestait dans l'institution de la *magistratus*, la magistrature consulaire. Comme l'a démontré A. Magdelain [41], l'idéologie de la souveraineté populaire est tardive : contrairement au mythe de la liberté républicaine qui postule un anachronisme, la *maiestas* consulaire hérite de l'*imperium* de la monarchie et ne reconnaît une *maiestas maior* populaire qu'en 300 av. J.-C., lorsque s'institue véritablement la *provocatio ad populum*, susceptible d'empêcher la décapitation ordonnée par le consul. À partir de 250 av. J.-C. émerge la notion d'une majesté destinée à s'étendre indéfiniment, et jusqu'à la moitié du IIe siècle, la domination s'étend au monde ; mais l'accusation de *minuere maiestatem* n'est attestée qu'en 100 av. J.-C. Dès lors, la majesté acquiert sa seconde caractéristique essentielle : celle d'être formulée comme fondement des interdits qui la protègent, contrairement, de nouveau, à l'action positive et offensive de la souveraineté moderne. Elle accède alors, surtout avec l'établissement du Principat, à une inviolabilité qui occupe une zone virtuellement indéfinie, qui légitime la délation, la torture, l'*inquisitio* d'office qui s'étend aux crimes de droit commun, dans une histoire indissolublement unie à celle de la pratique judiciaire. C'est cette histoire qui ressurgit au XIIe siècle, lorsque la majesté reprend sa formulation négative : le lèse-majesté, qui fonde la procédure extraordinaire, reprise de la tradition romaine et développée dans le domaine du droit canonique. Et ce caractère de lèse-majesté des crimes contre l'État s'élabore autour de l'hérésie, de la sodomie et de tout ce qui attente à une *natura* que le langage juridique

38 - Yan THOMAS, « L'institution de la Majesté », *Revue de synthèse*, 67-3/4, 1991, p. 331-386, ici p. 336.
39 - *Ibid.*, p. 332.
40 - OVIDE, *Fastes* 5.
41 - André MAGDELAIN, « De la coercition capital du magistrat supérieur au tribunal du peuple », *Labeo*, 33, 1987, p. 139-166.

https://doi.org/10.1017/S0395264900006508 Published online by Cambridge University Press

définit, tout comme pour la majesté, négativement, en parlant de crimes *contra naturam* [42] qui portent atteinte à la majesté divine. À partir du XII^e^ siècle se produit une extension sans limite, comme sous le Principat, des crimes possibles contre l'État, contre la Majesté de Dieu, qui autorisent la diffusion de la procédure extraordinaire, de la torture, de la délation infinie permise par l'acceptation de la *fama* comme preuve judiciaire [43].

Origines

« À leur droit, les Romains ne semblent vouloir reconnaître aucune origine [44]. » Bien plus, les murs de la cité furent érigés « une fois qu'a été découvert le droit humain et divin [45] ». Bien que la tradition des lois royales établît quelques gestes fondateurs, concevant une œuvre législative sur le modèle des nomothètes grecs, aucun de ces rois sabins ou étrusques n'acquit un poids suffisant pour qu'il puisse être désigné comme premier législateur. Le récit le plus complet de l'enchaînement des normes légendaires a été donné au II^e^ siècle de notre ère dans l'*Enchiridion* de Pomponius, et le corps le plus antique du *ius* se présente comme un corps désigné sous le nom, mais non sous l'autorité, de celui qui le compila : le *ius Papirianum*. Dans l'*Enchiridion*, Pomponius précisait que Papirius n'avait rien ajouté de personnel, ne faisant qu'arranger un ensemble non ordonné qui lui préexistait. Selon les sources juridiques, Papirius, contemporain de Tarquin le Superbe, compila les *leges regiae* ; selon l'annalistique, c'était l'un des premiers grands pontifes de la République qui n'aurait recueilli que la seule législation de Numa ; dans tous les cas, c'était un médiateur. Cette tradition de l'*effacement du sujet* en vint au point de fonder un récit de Plutarque selon lequel, en 181 av. J.-C., une charrue aurait mis à découvert un cercueil contenant les livres de Numa. Il s'agissait de livres de philosophie pythagoricienne selon Cassius Hemina, ou de livres pontificaux qui raconteraient les origines *(causae)* des institutions sacrées. Le Sénat ordonna qu'ils soient brûlés afin d'éviter que le peuple n'en prît connaissance. Contrairement au livre de Papirius, qui reprenait ce qui avait été transmis des écrits de Numa, les écrits de Numa lui-même étaient « trop proches de leurs propres origines, se confondant presque avec elles » et provoquaient en tant que tels une terreur sacrée au Sénat qui les condamna au feu.

Le droit romain se pense lui-même comme une croissance organique, liée à la création d'un espace fermé : *condere*, c'est à la fois, dit Verrius Flaccus, « enfermer

42 - Jacques CHIFFOLEAU, « *Contra-naturam*. Pour une approche casuistique et procédurale de la nature médiévale », *Micrologus*, 4, 1996, p. 265-312.
43 - Julien THÉRY, « *Fama* : l'opinion publique comme preuve judiciaire. Aperçu sur la révolution médiévale de l'inquisitoire (XII^e^-XIV^e^ siècle) », *in* B. LEMESLE (dir.), *La preuve en justice de l'Antiquité à nos jours*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2003, p. 119-147.
44 - Yan THOMAS, « Idées romaines sur l'origine et la transmission du droit », *Rechtshistorisches Journal*, 5, 1986, p. 253-273, ici p. 253.
45 - CICÉRON, *Pro Sestio* 91.

https://doi.org/10.1017/S0395264900006508 Published online by Cambridge University Press

à l'intérieur d'un lieu » afin de faciliter la conservation, mais aussi « consigner par écrit », « faire », « composer », « disposer » [46]. Le *ius inconditum* est soumis aux caprices du législateur, disait Cicéron [47], ce qui signifie que l'expression ne se réfère pas essentiellement à la division entre l'oral et l'écrit, mais plutôt à ce qui sépare l'acte individuel, « réduit à son propre instant », de la norme établie, « objectivée par le savoir sans âge qui la fonde » [48].

Une origine en effet absolue qui ne doit donc pas se soumettre aux impératifs de temps et de lieu auxquels se soumet, au contraire, le récit du mythe fondateur, que Y. Thomas analyse dans un texte s'ouvrant sur un récit [49]. Quand commençait l'année politique, les magistrats montaient au Capitole puis allaient à Lavinium, à trente kilomètres au sud de Rome, pour effectuer un sacrifice aux *dii penates populi Romani*, puisque c'est là qu'ils résidaient. Selon le mythe, Lavinium avait été fondé par Enée et c'est là qu'il aurait installé les symboles des dieux pénates sauvés de Troie : Lavinium était ainsi le lieu où « la lignée rencontre un territoire [50] ». Rome et ses dignitaires se déplaçaient donc au lieu de son origine antérieure à sa fondation, aux origines des origines de la cité de Rome, hors de celle-ci, là où résidaient les *sacra primordia*. Ceci suppose de répondre à la question de savoir pourquoi les Romains n'ont pas choisi de penser le sanctuaire de leurs dieux comme contemporain de la cité. Selon la vulgate annalistique, Albe naquit de Lavinium et Rome d'Albe. Mais un mythe accrédité par l'annalistique pontificale racontait qu'au moment de la fondation d'Albe, les dieux pénates transférés de Lavinium étaient retournés à leur lieu d'origine non seulement une, mais deux fois, après avoir été à nouveau emmenés à Albe. Il n'y eût pas de troisième tentative, et comme nous le verrons, cela est central pour l'interprétation de Y. Thomas. Cette construction de l'origine se comprend dans le contexte d'une idée proprement romaine de la fondation. Si on pense à l'identité qui procède de la filiation, on s'aperçoit que « chacun est soi à travers l'autre qu'il remplace [51] ». La catégorie d'*heres suus* combine l'hétéronomie avec l'autonomie. L'héritier est le « sien » du mort, et devient aussi *sui iuris* au moment du dernier souffle du *pater* : c'est le « sien » de l'autre au moment même où il devient « soi-même ». Ainsi, et en rapport avec la fondation de la lignée romaine, se produit une célébration de l'origine qui est aussi une auto-célébration.

La loi des Douze Tables dit : « Si le père a vendu son fils trois fois, que le fils soit libre de son père. » Or, en droit et selon les pratiques sociales, un temps mort de trois générations interrompt la ligne directe. Ainsi, par exemple, un patricien d'ascendance consulaire était considéré comme « homme neuf » parce que durant trois générations sa famille n'avait pas reçu l'honneur de la magistrature. De même,

46 - Y. Thomas, « Idées romaines sur l'origine... », art. cit., p. 269.
47 - Cicéron, *De Oratore* I, 97.
48 - Y. Thomas, « Idées romaines sur l'origine... », art. cit., p. 271.
49 - Yan Thomas, « L'institution de l'origine. *Sacra principiorum populi romani* », *in* M. Detienne (dir.), *Tracés de fondation*, Louvain/Paris, Peeters, 1990, p. 143-170.
50 - *Ibid.*, p. 170.
51 - *Ibid.*, p. 157.

https://doi.org/10.1017/S0395264900006508 Published online by Cambridge University Press

les descendants d'un sénateur ne pouvaient se marier avec des affranchis, ou exercer l'office de gladiateur, jusqu'à ce que trois générations les séparent de cet ancêtre. C'est ce qui rend intelligible le fragment décemviral : le père fait traverser à son fils trois générations au-delà desquelles il perd la mémoire de son ascendance. Le lien de filiation est dénoué par les trois ventes. Le récit mythique de l'échec du transfert des statues des dieux pénates (qui évite le troisième transfert qui l'aurait rendu définitif et effectif), acte juridique inachevé, peut se lire selon cette règle mais dans une perspective inverse, puisque c'est la cité-fille qui essaie de s'incorporer une ascendance en incorporant les pénates. « Ce qu'a évité l'inaccomplissement de l'acte, en définitive, c'est la bonne distance avec l'ancestralité, un déplacement qui lui aurait fait perdre son lieu [52]. » Mais Lavinium n'est rien de plus qu'un lieu symbolique. Les fouilles n'ont révélé aucune inscription funéraire, ce qui n'a pas produit l'étonnement qu'on était en droit d'attendre, puisqu'une cité sans morts ne peut être autre chose qu'une cité sans vivants. Lavinium, dit Y. Thomas, est une fiction politique qui n'a d'autre existence que sacrée, et cette illusion d'une cité, cette entité politique intégralement apparente, contient les origines de Rome.

Un dernier sens de l'« origine » fait l'objet d'une série de textes publiés entre 1994 et 1996. L'*origo*, au sens juridique, désigne un lieu qui qualifie sur un mode indisponible – c'est-à-dire non susceptible de modification, non disponible à la décision du sujet ou du législateur – la relation des citoyens avec leur origine. Cependant, il ne s'agit jamais de la cité dans laquelle ils sont nés, mais de celle dans laquelle est né le premier de leurs ancêtres, bien que la formulation soit absurde puisque ni les constitutions impériales ni la doctrine juridique ne posent la question du degré d'ascendance requis afin de déterminer l'*origo*. « Naître » se combine en général avec le lieu d'où l'on vient, avec un ablatif, et non un locatif, qui indique le lieu où l'on est né. Il s'agit par conséquent d'une institution à la fois généalogique et politique dans laquelle le droit public reprend une construction du droit civil : l'ordre de la succession légitime. L'indisponibilité de l'*origo* domine jusqu'aux fictions acceptées par l'adoption, puisque les adoptés continuent à appartenir à la tribu de leur premier père sans jamais passer à celle de leur adoptant. L'*origo* est une, indisponible, ineffaçable, une fiction qu'aucune autre ne peut invalider, sauf dans un cas limite qui, en vérité, ratifie son indisponibilité, celui de l'affranchi de plusieurs patrons qui possèdent diverses « origines », puisqu'il n'était pas possible de réduire à l'unité les différents liens de la co-propriété servile. L'affranchi donc *« omnium patronorum originem sequitur* [53] ».

L'*origo* est le lieu où une ascendance s'immobilise, mais il faut impérativement se souvenir que cela n'a rien à voir avec ce que en quoi les juristes du XIX^e^ siècle l'ont transformé : le *ius sanguinis*, dans lequel « une mystique du sang qui conduit à l'idéologie biologique qui domine aujourd'hui le droit de la filiation [54] »,

52 - *Ibid.*, p. 162.
53 - *Digeste* 50.1.7.
54 - Yan THOMAS, « Citoyens et résidents dans les cités de l'Empire romain. Essai sur le droit d'origine », *in* L. MAYALI (dir.), *Identité et droit de l'autre*, Berkeley, The Robbins Collection/University of California at Berkeley, 1994, p. 1-56, ici p. 54.

https://doi.org/10.1017/S0395264900006508 Published online by Cambridge University Press

se surimpose à une construction généalogique et fictionnelle. Cette construction de l'*origo* fut de celles que la lecture médiévale modifia radicalement, puisque la glose élabora à la moitié du XIII^e siècle un véritable droit du sol, limitant l'ascendance civique et interprétant le concept d'« origine propre » comme citoyenneté qui ne se transmettait déjà plus par filiation mais par naissance dans un territoire (glose au *Codex* 10.39.4 [55]). L'interprétation médiévale réduisit ainsi le poids de la logique généalogique sur laquelle se fondait l'*origo* romaine et reportait sur le sujet lui-même sa propre *origo*. En d'autres termes, elle réalisait un ordre politique fondé sur le sol, un nouveau type de lien juridique avec l'État. Mais si cette *origo* romaine comporte un ton archaïsant, son impact pratique était de maintenir fermé l'accès à la citoyenneté romaine. Puisque la concession de citoyenneté n'était pas librement gérée par les cités elles-mêmes, qui ne pouvaient concéder l'*adlectio* qui créait de nouveaux citoyens romains, l'*origo* immobilisa entre le I^er siècle av. J.-C. et 212 de notre ère l'accès à la citoyenneté romaine de façon définitive. Plus précisément, elle le liait à une concession de citoyenneté contrôlée par Rome, puisque César la concéda à la Gaule cisalpine et que les empereurs l'octroyèrent à d'autres cités de Gaule, d'Espagne, d'Afrique, plus rarement à des cités de l'Orient grec, fondant un système de double énonciation et de double appartenance : l'*origo* donnée par la cité de ses ancêtres et la *communis patria* (Rome) à laquelle appartenaient tous les citoyens de ces cités [56].

L'indisponibilité de l'*origo* s'accompagne d'une seconde catégorie fondamentale, celle d'*incola*, qui désigne la résidence, le *domicilium*, concept plus technique et abstrait que celui de *domus*, qui indique, juridiquement, la résidence principale de fait [57]. Le *domicilium* implique d'une certaine façon la mobilité, le déplacement. C'est le lieu électif où se fixe une *sedes*, là où sont ses négoces *(sedes sibi constituere, sedes rerum suarum)*, dans une cité qui n'est pas « originairement » la sienne. La *sedes*, qui définit le statut d'*incola*, de résident, dénote à la fois la permanence et le transitoire, « un lieu que l'on abandonne ou vers lequel on se transporte, [...] une immobilisation provisoire, une simple halte entre deux mouvements [58] ». Le droit romain ne contient pas la catégorie de « citoyen-résident », sans doute en pratique la plus courante, mais fait au contraire de ces deux catégories des notions « pures », l'une marquée par la fixation définitive, l'autre, disponible de façon permanente, liée à la *voluntas*, à la *destinatio animi*, qui permet que le fils de famille non émancipé, qui ne possède aucune autonomie patrimoniale, puisse cependant élire domicile dans une autre cité que celle où réside le père, de la même façon que l'affranchi peut le faire vis-à-vis du domicile de son patron ; seule la femme mariée doit prendre le domicile de son mari.

55 - *Ibid.*, p. 55.
56 - Yan THOMAS, *« Origine » et « commune patrie ». Étude de droit public romain, 89 av. J.-C.-212 apr. J.-C.*, Rome/Paris, École française de Rome, 1996.
57 - Yan THOMAS, « Le droit d'origine à Rome. Contribution à l'étude de la citoyenneté », *Revue critique de droit international privé*, 84-2, 1995, p. 253-588, ici p. 267 *sq.*
58 - *Ibid.*, p. 272.

https://doi.org/10.1017/S0395264900006508 Published online by Cambridge University Press

Origine absolue parce qu'insaisissable par le droit, fiction politique qui situe l'origine de la fondation de Rome en un lieu virtuel, mais qui constitue, tout comme l'*origo* de l'appartenance citoyenne, le lieu dans lequel un lignage s'immobilise en un lieu, l'origine, comme la nature, est toujours un effet d'institution.

Nature et fiction

En 1991, Y. Thomas consacre un texte à l'« institutionnalité » de la nature [59]. Il part des œuvres didactiques recueillies dans le *Digeste* pour arriver à la casuistique dans laquelle deviennent manifestes les opérations concrètes par lesquelles la nature est produite comme institution. Dans les œuvres didactiques, qui décrivent le droit en une série de cercles, le droit naturel occupe l'extension la plus grande, mais ce que ce cercle contient ne lui est pas subordonné : dans le *ius gentium*, droit humain introduit après la nature mais non selon elle, un inventaire d'institutions apparaît (les guerres et par conséquent l'esclavage et la libération des esclaves, les peuples, les règnes, les propriétés privées, les limites des terres, les édifices, les échanges, les contrats consensuels, les obligations), qui se définissent en rupture avec le droit naturel, y compris contre lui. Les juristes remodelèrent ainsi le dispositif qui leur avait été transmis par la tradition stoïcienne et cicéronienne dans lequel la nature occupe une position éminente, et donnèrent à la nature le statut, assurément original, de l'institution. La séquence cicéronienne *« vera lex, recta ratione, naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna* [60] *»* se fragmente et perd sa cohérence organique dans les textes juridiques. Les invocations de la nature, affirme Y. Thomas, ne valent que lorsqu'il s'agit d'un obstacle physique : deux enfants ne peuvent sortir en même temps du ventre, le père ne peut être plus jeune que le fils, on ne peut promettre de livrer un centaure. L'inceste, par exemple, n'est pas une interdiction naturelle, mais se situe « dans ce que les lois interdisent », et quand les juristes fondent un ordre moral, ils le font dans la légalité. Ainsi, bien que l'inceste soit interdit par le droit et non par la nature, quand il a lieu entre esclaves qui n'ont aucune parenté légitime reconnue, on a recours à une nature qui permet d'instituer, hors du champ propre des interdits matrimoniaux, un fondement substantiel à l'interdit politique, recourant au fait que la nature donne aux esclaves les parents que la loi leur nie. Ceci constitue un trait particulier de l'éthique romaine, qui ne reconnaît aucune autre source que la loi et les *mores* de la cité et réserve à l'argument de nature une place étroite, bien loin du concept monumental de nature qui « suppose un engagement métaphysique ».

À l'âge naturel, tout était commun à tous. Ces biens subsistent en droit dans la zone limitée de ce qui est « commun à tous selon le droit naturel » : l'air, la mer et ses côtes. À l'autre extrême de cet espace limité mais intangible, on a le droit

59 - Yan THOMAS, « *Imago naturae*. Note sur l'institutionnalité de la nature à Rome », *Théologie et droit dans la science politique de l'État moderne*, Rome/Paris, École française de Rome, 1991, p. 201-227.
60 - CICÉRON, *De Republica* 3.22.23.

https://doi.org/10.1017/S0395264900006508 Published online by Cambridge University Press

conféré par la première capture des choses qui n'appartiennent à personne *(res nullius)*, les seules auxquelles on n'accède pas par un titre dérivé (vente, héritage, donation, legs, dot, abandon) et qui sont désignées comme *pro suo* : une catégorie qui contient le *vestigium* à partir duquel les *iurisprudentes* remontent le temps afin de concevoir la possession initiale, l'instant du premier acte. Mais cette forme d'appropriation est la plus revêche, la moins stable, parce que l'animal blessé ou avisé peut échapper à celui qui l'a capturé, et l'on dit alors que la nature a repris ses droits, comme lorsqu'elle fait s'effondrer une maison construite au bord de la mer.

L'esclavage est, selon les Romains, une institution *contra naturam*, mais qui s'inscrit dans le *ius gentium*. Ainsi, selon un texte de Papinien, l'affranchi possède l'*imago ingenuitatis*, dans laquelle la naturalité de la naissance de celui qui était né esclave était imitée, simulée. Mais la fiction pouvait aller plus loin. L'empereur pouvait accorder l'*ingenuitas* et pas simplement son image, ce qui effaçait complètement le lien antérieur avec le propriétaire, en supposant que l'affranchi était restitué dans les droits d'une naissance qui avait été à l'origine celle de tous les hommes : affranchir signifiait alors effacer une naissance accidentelle au bénéfice d'une naissance essentielle mais, à son tour, la liberté naturelle était utilisée comme artifice pour produire la liberté institutionnelle.

Le dernier exemple analysé par Y. Thomas correspond à l'une de ses préoccupations majeures : la parenté et la filiation. L'adoption, disent les *Institutiones* de Justinien, imite la nature et par conséquent l'adoptant ne peut adopter quelqu'un de plus âgé que lui. Mais cette limite naturelle est la seule que le droit romain imposait aux pratiques d'adoption qui pouvaient rompre avec toute autre forme de filiation « naturelle », puisque l'adoption romaine brisait les trois règles que l'anthropologie définit comme nécessairement présentes dans l'ordre universel auquel obéit la reproduction humaine. Si cet ordre requiert deux sexes et leur union nécessaire, l'adoption n'en requérait qu'un, puisqu'il fallait seulement que l'homme fût citoyen et pleinement capable pour qu'il pût adopter. Si l'ordre de succession des naissances classe les individus en majeurs et mineurs, l'adoption romaine pouvait faire d'un mineur un majeur. Enfin, si la procréation implique une succession de générations dont l'ordre ne peut être inversé, l'adoption romaine permettait à l'adoptant de faire d'un petit-fils un fils, le transformant ainsi en frère de son propre père et le situant par conséquent dans la même génération [61]. Si l'adoption imite la nature, elle prend avec elle des libertés inusitées car imiter la nature, c'est imiter un pouvoir.

Fictio legis

Dans son analyse de la *fictio legis* romaine, Y. Thomas rendait manifeste un trait qui caractérise toute son œuvre et souligne son importance radicale : le refus de substituer à une interprétation idéologique une autre qui se croirait plus adaptée

61 - Yan THOMAS, « Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit », *Le Débat*, 100, 1998, p. 85-107, ici p. 106.

https://doi.org/10.1017/S0395264900006508 Published online by Cambridge University Press

ou plus précise. Il ne s'agit pas pour lui de lire la fiction comme le symptôme d'un conservatisme du droit romain, qui essaierait de préserver la norme en lui faisant prendre des tours qui étendraient sa validité sans toucher à des constructions supposées vénérables, mais de comprendre les modalités d'une procédure [62].

La fiction juridique requiert la certitude du faux, inverse radicalement les relations entre norme et vérité et ne doit pas être confondue avec la présomption, qui considère que le doute n'est pas pertinent quand les normes l'annulent. Y. Thomas considérait la fiction comme l'une des opérations les plus singulières et spécifiques de la tradition romaine, celle qui permettait de valider le testament du citoyen romain capturé comme esclave – qui aurait été annulé par la *capitis deminutio* – « comme s'il était mort en état de citoyenneté » ; de considérer le *venter*, l'enfant à naître, comme déjà né en ce qui concerne la succession (hors de toute perspective éthique, étrangère à l'opération juridique romaine) ; de donner comme existantes des conditions impossibles en droit ou de fait ; de créer la fiction de la validation républicaine des pouvoirs de l'empereur, de la captivité inexistante avec l'institution du *postliminium*, ou de la vérité de la chose jugée comme fiction. Y. Thomas exprimait ainsi une position scientifique qui, avec son érudition extraordinaire, donne à son œuvre son intérêt plein et urgent : « 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 maintes doctrines, que du côté des 'évidences' de la Nature, quand ce n'est pas de l'Éthique 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 [63]. »

La fiction appartient d'une certaine façon à ce qui du droit est indisponible, ce dont on ne peut se défaire. Aucune métaphysique n'ordonne réellement le « sublime juridique » qu'Ulpien paraît énoncer quand il définit la jurisprudence comme *« divinarum atque humanarum rerum notitia »* (*Digeste* 1.1.10.2, *Institutiones* 1.1.1), puisque les « choses divines et humaines » sont des institutions artificiellement produites [64]. Les *Antiquités* de Varron, écrites autour de 50 de notre ère, paraissent démentir la nécessité humaine qui habite le sacré [65] : « Tout se passe comme si *la société* humaine ne pouvait exister sans faire disparaître de la conscience *la présence active* de l'homme *à l'origine* de lui-même [66]. » Varron pense aux hommes avant de penser aux dieux parce que « les cités d'abord avaient été fondées » et le culte ensuite. L'avènement final des dieux, destinataires des sacrifices, scandalisait saint Augustin, parce qu'il impliquait que les « choses divines » étaient le résultat de la

62 - Yan THOMAS, « *Fictio legis*. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », *Droits. Revue française de théorie juridique*, 21, 1995, p. 17-63, ici p. 19.
63 - *Ibid.*, p. 35.
64 - Y. THOMAS, « L'institution de la Majesté », art. cit., p. 344-345.
65 - Maurice GODELIER, *L'énigme du don*, Paris, Fayard, 1997, p. 239-243.
66 - *Ibid.*, p. 240.

https://doi.org/10.1017/S0395264900006508 Published online by Cambridge University Press

production humaine, et par conséquent de la même essence que la peinture ou l'architecture [67]. Pour les Romains, les choses divines et humaines n'étaient pas autre chose que l'ensemble du droit positif.

Y. Thomas a poursuivi son analyse de la fiction juridique dans l'œuvre des glossateurs et des commentateurs médiévaux [68]. Les juristes du XIV^e^ siècle considéraient la fiction romaine comme une véritable alchimie à travers laquelle les hommes se forgeaient des dieux (consécration) et des enfants (adoption), changeaient la vie en mort (mort civile) et la mort en vie (restitution), les personnes en choses (diminution statutaire) et les choses en personnes (personnification). Et en effet, comment adapter la fiction romaine à un univers où la nature était indisponible ? Les juristes médiévaux réalisèrent une première opération de classification des fictions selon les catégories ontologiques de l'*Organon* aristotélicien. Ainsi, par exemple, on aura une fiction selon la substance en considérant comme déjà né l'enfant à naître ; selon la relation quand on instituera comme fils celui qui n'en est pas un ; selon le temps quand il s'agira de rétroactivité ; et selon le lieu s'agissant de la contumace. Ils ne se contentèrent cependant pas de classifier les fictions, mais essayèrent de tracer des limites aux artifices que le droit romain avait autorisés.

Une première interprétation affirmait que le droit ne pouvait feindre ce qui relevait des faits. Ainsi, on pouvait concéder la légitimité à un bâtard ou conférer la naissance libre à un esclave, mais il n'était pas possible d'altérer l'ordre des naissances ou de faire d'un mineur un majeur. Mais la tendance s'inversa au XIV^e^ siècle, avec Cino de Pistoia, Bartole et Balde qui affirmaient au contraire que, pour modifier le droit, on n'avait pas besoin d'un artifice mais de davantage de droit : la fiction n'était nécessaire que pour modifier les faits, « la réalité résiste et, pour la forcer, on ne peut la subvertir autrement que sur le mode de l'irréel [69] ».

Cependant, le droit médiéval imposa des limites aux capacités de la fiction. Il ne tolérait pas les montages successifs de fictions ; il rendait intangible la limite entre le corporel et l'incorporel dans la mesure où si l'incorporel désignait en droit romain les constructions juridiques elles-mêmes – les obligations, les servitudes, les successions, l'usucapion, l'usufruit, la tutelle, la parenté –, la tradition médiévale chrétienne faisait de l'incorporel quelque chose de chargé de substance, le foyer de l'invisible et, en tant que présence, une surnature qui investissait les institutions mêmes en leur conférant une réalité qui empêchait certaines opérations d'artifice. Il assigna de même des limites aux opérations fictionnelles sur la vie et la mort. Ainsi, par exemple, s'il était possible, grâce à l'institution du *postliminium* – qui était rendue possible par une fiction préalable qui donnait le captif pour mort afin que la succession pût se réaliser, évitant la rupture impliquée par l'esclavage –, de restituer un homme dans les droits qui étaient les siens en annulant la fiction de mort, il n'était pas possible d'accepter comme fils de cet homme celui qui aurait

67 - AUGUSTIN, *Civitas Dei*, liv. VI, chap. IV, cité par Y. THOMAS, « L'institution de la Majesté », art. cit., p. 345.
68 - Yan THOMAS, « Les artifices de la vérité en droit commun médiéval », *L'Homme*, 175-176, 2005, p. 113-130.
69 - *Ibid.*, p. 118.

https://doi.org/10.1017/S0395264900006508 Published online by Cambridge University Press

été engendré en captivité, puisque cela aurait impliqué qu'on acceptât qu'un mort eût la capacité d'engendrer. De façon générale, la « vérité » et la « nature » pouvaient faire obstacle au pouvoir de la fiction : *« veritas fictioni praevalet »*. Mais les limites imposées par l'interprétation médiévale ne sont que partielles, parce que lorsqu'un obstacle ne peut être laissé de côté, le droit ne cesse pas de prendre le faux pour le vrai, ce qui conduit à la *veritas falsa* du droit dont parlait Alciat.

Vérité, temps et fiction

La vérité du droit constitue en effet un régime entièrement original, fondé sur une série d'opérations instituées qui culminent dans une fiction de vérité que la sentence impose. Cette pratique de la vérité qui s'élabore dans l'espace judiciaire, et qui est clairement formulée par les *ordines* de la tradition romaine-canonique depuis le XII^e^ siècle, a été attribuée de façon erronée à une modernité – pour ne pas dire à une postmodernité – à laquelle elle ne doit rien. La forme de la vérité du droit est l'objet d'un texte particulièrement éclairant [70], publié dans le contexte des débats suscités par le procès de Maurice Papon, secrétaire général de la préfecture de Gironde sous Vichy entre 1942 et 1944, et dans lequel Y. Thomas analyse ce qui rend irréductibles l'un à l'autre les rôles de juge et d'historien.

La vérité historique et la vérité juridique répondent à deux régimes complètement différents. Non seulement parce que le juge doit évaluer et décider, qu'il doit prononcer une sentence qui déclare la vérité, au lieu de la constater, et qu'il impose le concept de chose jugée comme vérité construite par une sentence que seul l'appel peut invalider, hors de toute réalité extérieure ; mais aussi, au-delà de cette raison banale et immédiate, en raison du mode même par lequel les « faits » sont traités dans l'une et l'autre discipline. Les « faits » que le droit traite n'ont aucune consistance propre s'ils n'ont pas reçu auparavant leur signification au moyen de la qualification. Alors que pour les historiens les faits s'imposent d'eux-mêmes, pour les juristes ils sont subordonnés à une signification normative antérieure. Le droit réalise deux opérations étrangères à l'histoire : il doit d'abord construire, dans le cas du procès Papon, la catégorie de « crimes contre l'humanité », puis décider si les actes qu'on impute à l'accusé peuvent être considérés comme de lèse-humanité et punis en tant que tels. « Le fait historique devient en droit fait constitutif de la violation d'une norme [71]. » Sur ce plan, la confusion des rôles avait été fréquente dans les procès des dernières décennies : le cas de Bernard Lewis est un exemple qui illustre à la fois l'erreur de l'historien qui s'adjuge le rôle du juge lorsqu'il affirme que les massacres des Arméniens par les Turcs ne méritent pas le qualificatif, juridique, de génocide, et celle des juges qui entraînent la responsabilité civile pour faute sur le terrain de la méthode historique et condamnent B. Lewis pour le choix de ses sources.

70 - Yan THOMAS, « La vérité, le temps, le juge et l'historien », *Le Débat*, 102, 1998, p. 17-36.
71 - *Ibid.*, p. 22.

https://doi.org/10.1017/S0395264900006508 Published online by Cambridge University Press

Le second élément qui distingue la vérité historique de la vérité judiciaire s'appuie aussi sur le pouvoir de la fiction et fait référence, dans le cas précis des crimes contre l'humanité, à la catégorie de l'imprescriptibilité. Y. Thomas enseignait à prendre de la distance vis-à-vis des énoncés dans lesquels se manifestait le mélange des genres le plus absolu, tel que celui dans lequel Alain Finkielkraut commentait dans *Le Monde* (4 octobre 1997) le régime d'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité établi par la loi du 26 décembre 1964, introduit dans le Code pénal en 1994 et aujourd'hui devenu quasiment universel. L'imprescriptibilité, disait A. Finkielkraut, était une opportunité offerte aux générations d'après-guerre d'habiter un temps qui n'était pas le leur, de s'élever au-dessus de leur présent peu héroïque. « On peut toujours penser d'une loi ce que l'on veut, affirmait Y. Thomas. Encore faut-il éviter de confondre les sentiments qu'elle induit, le côté psychologisant des choses, avec le régime qu'elle crée : l'analyse exige alors un peu plus que des propos généraux sur les passions contemporaines [72]. » Sa réflexion est, de fait, d'une extrême précision technique. L'imprescriptibilité ne s'oppose pas au temps naturel, le contraire de l'imprescriptible n'est pas le passé, mais le temps prescrit. À l'imprescriptibilité s'oppose la prescription décennale ou vicennale. « Nous ne sommes pas en présence d'une opposition entre naturalité d'un temps réel et artificialité d'un temps construit. La controverse porte sur deux constructions institutionnelles de la mémoire : une qui l'interdit, l'autre qui l'exige [73]. » Mais l'imprescriptibilité n'implique pas non plus une durée indéterminée. Elle limite en effet le temps de l'imputation possible à la durée de vie des coupables. Sur le plan légal, c'est comme si nous étions tous nécessairement contemporains d'un crime imprescriptible tant que vivent encore les coupables susceptibles d'être jugés. Une contemporanéité qui fait de l'historien un témoin, mieux informé que d'autres en ce qui concerne le « contexte », indispensable pour la qualification d'un crime dans lequel les actes de l'imputé impliquent nécessairement un enchaînement qui passe par des décisions successives, composant des processus collectifs qui constituent la matière même de l'histoire. L'historien n'est pas un expert, dit Y. Thomas, parce que la notion d'expert est trop limitée pour le rôle qu'il peut jouer. À l'expert on délègue des questions spécifiques : la balistique, la génétique, la résistance des matériaux, la médecine légale, la psychiatrie, etc. Sa fonction offre sans doute l'avantage d'éviter l'obstacle sacramentel et la forme orale que le témoignage exige et qui constitue sa matière, mais elle a contre elle l'étroitesse de son espace de compétence, ce qui ne lui permet pas de présenter un « contexte », indispensable pour l'adaptation entre l'acte et la qualification, laquelle est au contraire exclusivement dans les mains du juge. Ainsi, « intégrer le contexte dans un acte pour le qualifier et pour l'imputer appartient au juge historien qu'informent des historiens-témoins privilégiés d'un temps qui est le leur. Étrange mais pourtant bien réelle division des tâches, lorsque la nature du crime attache nécessairement à chaque auteur, coauteur ou complice, l'histoire de ce qui l'entoure et qu'il s'incorpore [74]. »

72 - *Ibid.*, p. 26.
73 - *Ibid.*
74 - *Ibid.*, p. 35-36.

https://doi.org/10.1017/S0395264900006508 Published online by Cambridge University Press

Y. Thomas s'appuie finalement sur une troisième fiction : celle de la personne morale, à laquelle il consacra, directement ou indirectement, des textes fondamentaux. La façon dont on a construit les crimes contre l'humanité a été le résultat de « l'aporie occidentale d'un État absolu mais innocent [75] », héritier de la construction médiévale de la personne morale des communautés politiques qui, en tant que fictives et collectives, n'étaient pas considérées comme susceptibles d'imputation sur le plan pénal. Une ville pouvait-elle être excommuniée ? Pouvait-elle pécher ? La réponse était négative, parce qu'on incluait dans cette fiction tous les habitants passés, présents et à venir de ce *nomen iuris*, et ce indéfiniment. La faute pénale avait ainsi été « radicalement et définitivement éradiquée du terrain politique [76] ». Seuls les individus sont imputables. Les États, la République, le gouvernement, le régime sont innocents. Ceux qui considéraient les actes de M. Papon comme « crimes de bureaux », suivant en cela la thèse d'Hannah Arendt sur la banalité du mal, préparaient son innocence et celle de tous ceux qui, comme lui, avaient occupé des charges publiques dans l'exécution d'un crime contre l'humanité, puisqu'il n'y a pas de responsabilité collective, étant donné que seuls les individus sont responsables. Si l'on suivait ces affirmations, il n'y aurait pas non plus de responsabilité individuelle, parce qu'on ne peut faire payer les individus pour les États.

Persona

Dans un texte publié en 1993 [77], Y. Thomas posait un double problème que les historiens de l'Antiquité tendaient à aborder sans s'interroger sur la pertinence des catégories : l'idée de « corps politique » et sa relation avec le concept juridique de *persona* et la notion de représentation. Les deux, affirme Y. Thomas, appartiennent en effet au vocabulaire médiéval et moderne, mais ne sont pas pertinents pour l'histoire de l'Antiquité gréco-romaine.

Pour comprendre ces deux concepts, il part de la position qu'occupe la cité dans les relations de droit privé du monde romain, puisqu'il n'est pas rare de voir dans des actes privés des allusions à des ventes, divisions, ou constitutions de garanties faites par ou avec une cité. À partir du IIe siècle, on procéda par comparaison fictive en considérant les cités comme des « particuliers », ce qui ne signifie pas, et ceci est central, qu'on les considérait comme des personnes, ce qu'elles ont effectivement été après l'élaboration du Moyen Âge et de la Modernité. Ce n'est pas du point de vue de l'ordre politique interne que les cités furent pensées comme des monades juridiques, mais seulement face à d'autres contractants.

Que se passerait-il, se demandait la casuistique, si tous les citoyens sauf un disparaissaient ? Comment traiter cette *universitas* [78] réduite à l'unité ? Les actions

75 - *Ibid.*, p. 36.
76 - *Ibid.*, p. 32.
77 - Yan Thomas, « L'institution civile de la cité », *Le Débat*, 74, 1993, p. 23-45.
78 - Le mot *universitas* est complexe et extrêmement important dans les domaines du droit, de la philosophie et de la politique. Dans ce cas, il désigne une collectivité instituée.

https://doi.org/10.1017/S0395264900006508 Published online by Cambridge University Press

en justice seraient réalisées avec le survivant, non pas parce qu'il s'agissait d'une accumulation de propriété privée par croissance de la quotité du dernier des co-indivisaires, comme l'a lu l'exégèse moderne, mais parce que, comme disait Ulpien, ce qui demeure de l'*universitas* c'est son nom, une entité nominale qui n'a pas cessé d'exister, un *nomen iuris*, « au nom » de qui pourrait agir le dernier de ses habitants (*Digeste* 3.4. rb.). La continuité dans le temps de ces *universitates* ne répondait pas au modèle aristotélicien de la forme, qui était pour le juriste le privilège des entités individuelles – les têtes de bétail d'un troupeau, les éléments mêmes qui composent un édifice –, mais à sa nature d'abstraction, qui perdurait à travers le mécanisme de la subrogation, c'est-à-dire de l'artifice d'une succession ininterrompue d'unités concrètes. Les cités, dans le monde romain, ne pouvaient cesser d'exister en droit qu'à travers une exauguration – rituel contraire à son inauguration fondatrice – qui les auraient décrétées inexistantes en droit sacré, comme ce fut fait pour Carthage.

La catégorie fictive de *persona* existe en effet dans le droit romain, mais elle est limitée à une situation spécifique : la succession vacante. Le droit se demande par exemple à qui appartiennent les esclaves avant que l'héritier entre en leur possession. À partir du IIe siècle, les juristes diront que le maître était la succession elle-même qui remplaçait la personne du mort, *« personae defuncti vice fungitur*[79] *»*.

À la différence du droit médiéval et moderne, le principe de la représentation en droit romain exigeait que ne pût être représentée qu'une personne dont l'existence avait été autonome et antérieure au fait d'être représentée. Alors que dans la représentation moderne, le processus d'absorption d'une personne fictive en une personne réelle qui permet la présentification de l'une dans l'autre *(Rex est populus)* s'est pleinement accompli, la représentation romaine requérait des médiations.

Il s'agit en vérité de pratiques de quasi-représentation pour lesquelles le droit dut recourir à l'unique domaine où la représentation était parfaite : le domaine domestique, dans lequel le *dominus* contractait, s'obligeait, à travers ses esclaves. L'*animus* du maître qui exige la prise de possession pouvait être exprimée par l'esclave dans la mesure où celui-ci n'avait pas d'*animus* autonome. Comment fonctionnait alors ce mécanisme de représentation dans le cas des cités, étant donné que la relation de droit était réalisée par un esclave ? Qui était le maître de l'esclave public qui promettait ou stipulait pour la cité ? Ce n'était pas la cité elle-même, mais sa magistrature en tant que telle personne, sous une double configuration. Dans les actes formalistes du droit civil pour lesquels la parole du sujet constituait le principe de leur efficacité, où opérait la seule vertu du verbe selon le principe d'un droit pleinement efficace par lui-même, *ipsum ius*, des actes qui constituaient le cœur irréductible de l'irreprésentabilité en droit romain, le magistrat, à travers l'esclave, demeurait engagé comme personne privée. Cela ne signifiait pas que ses biens demeuraient engagés puisque ce qui était imputé à la cité répondait à la figure de la *res nullius in bonis*, c'est-à-dire des choses qui sont dans un patrimoine n'appartenant à personne, les biens de la cité, les biens des dieux, qui représentaient ce qui n'était pas appropriable par un sujet singulier. Si au contraire l'esclave

79 - *Digeste* 41.1.33.2.

https://doi.org/10.1017/S0395264900006508 Published online by Cambridge University Press

intervenait dans des actes non formalistes, pour lesquels la parole n'était pas le principe même de leur efficacité, il engageait alors le magistrat dans son office public, et une fois abandonnée sa charge, la responsabilité retombait sur ses successeurs. Le sujet qu'est le *dominus* de l'esclave est le magistrat, investi, cependant, d'une fonction non représentative.

Le concept de « corps politique », dans l'Antiquité, ne se référait à rien de plus qu'à la métaphore de la complémentarité et de l'unité du corps social, mais sans que cela impliquât une « unité politique abstraite ». La personne morale passe au Moyen Âge pour la *persona ficta* mentionnée pour la première fois par le grand pape juriste Innocent IV, en 1245. Cependant, et cela constitue une révision critique du grand livre d'Ernst Kantorowicz, *Les deux corps du roi* [80], Y. Thomas rappelle que les juristes du XII^e^ au XIV^e^ siècle maintinrent la tradition latine d'une *persona* qui ne pouvait être qu'individuelle.

Personne et sujet

Comme l'a montré plus haut la discussion de la notion de vérité, Y. Thomas s'est singularisé en cherchant à donner une large portée politique et contemporaine à ses travaux historiques. Parmi ses interventions dans le débat public, deux doivent être soulignées en particulier, centrées sur les relations entre personne et sujet. Dans un article publié en 1998, il analysait la prétendue hypertrophie du sujet, dénoncée par la « critique anti-moderne » comme un mal actuel que le droit aurait créé [81] et qui affirmerait l'existence d'un sujet de droit dont le désir illimité s'imposerait comme créance, un sujet capable de satisfaire ses appétits grâce à une capacité juridique imprudemment introduite par la science juridique [82]. À ce désir incontrôlable du sujet s'opposent néanmoins d'autres sujets, puisque c'est à travers la subjectivation de la nature qu'on cherche souvent à la défendre, comme si elle était « mieux protégée, personnifiée et représentée par des organes légalement institués, que laissée à son statut de chose, mais de chose protégée d'un statut particulier, par hypothèse d'origine légale, lui aussi [83] ». Comme si la catégorie de sujet, « mal pensée et dangereuse pour les hommes [...], serait protectrice pour les pélicans et les arbres [84] ».

80 - Ernst KANTOROWICZ, *Les deux corps du roi. Essai sur la théologie politique au Moyen Âge. Œuvres*, Paris, Gallimard, [1957] 2000.
81 - Yan THOMAS, « Le sujet de droit, la personne et la nature... », art. cit.
82 - Il se réfère à Bernard EDELMAN, « Nature et sujet de droit », *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques*, 1, 1985, p. 125-142 ; *Id.*, « Sujet de droit et techno-science », *Archives de philosophie du droit*, 34, 1989, p. 165-179, et pour le thème de la dignité : *Id.*, « Le concept juridique d'humanité », *in* A. SERIAUX *et al.* (dir.), *Le droit, la médecine et l'être humain. Propos hétérodoxes sur quelques sujets vitaux du XXI^e^ siècle*, Aix-en-Provence, Presses universitaires de Aix-Marseille, 1996, p. 245-269 et *Id.*, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *Recueil Dalloz*, 23, 1997, p. 185-188.
83 - Y. THOMAS, « Le sujet de droit... », art. cit., p. 92.
84 - *Ibid.*, p. 97.

https://doi.org/10.1017/S0395264900006508 Published online by Cambridge University Press

Les débats les plus vifs ont été suscités autour des domaines dans lesquels la technique paraît offrir une extension à la domination des sujets sur la nature et sur eux-mêmes. Les biotechnologies en particulier ouvrent des espaces de débats intenses, tels que l'indisponibilité des personnes dont dérive l'indisponibilité du corps humain, la filiation et les problèmes posés par l'insémination artificielle et les mères porteuses, ou encore l'indisponibilité du genre sexuel.

En France, deux lois de 1994 relatives au respect du corps humain et au don et à l'utilisation de ses produits et éléments ont fait entrer, pour la première fois, le corps dans les catégories du droit civil français, puisqu'auparavant, on ne parlait que de personnes, c'est-à-dire d'abstractions. Mais curieusement, comme le signalait Marcela Iacub [85] dans un rapport repris par Y. Thomas, il ne s'agit pas d'un corps homogène, mais d'organes, de tissus, de produits du corps, d'embryons, de sang, « comme si le corps de la personne, au titre de laquelle ce corps est protégé, n'était qu'une organisation provisoire d'éléments transitoires, une complexion qui n'existerait qu'en mouvement, ce qui contraint à modifier la notion que nous avons du naturel et de l'artefact [86] ». On a projeté sur cet ensemble de parties disloquées la catégorie unificatrice de personne et le régime de l'inviolabilité. Et ici se loge l'argument essentiel : pour protéger les biens, le droit romain n'utilisait pas la catégorie juridique de personne, mais celle de chose. Les choses publiques, sacrées, communes, religieuses, constituaient des catégories d'indisponibilité qui ne définissaient pas une nature, mais une imputation, un rituel qui laissait certaines choses hors du commerce, qui les désactivait, qui effectuait leur sanctuarisation [87], avec lesquelles se définissait, *a contrario*, le vaste espace des choses achetées, vendues, etc. La personnification ne servait pas en droit romain classique ni dans la tradition romano-canonique du Moyen Âge à protéger quelque chose, mais à imputer des obligations et des droits à ce qui n'était pas un individu : les corps collégiaux, les *universitates*.

Face à l'inquiétude suscitée par la technique, la catégorie de « dignité humaine », dignité indisponible non seulement à un tiers mais au sujet lui-même, est considérée comme une barrière protectrice, oubliant, dit Y. Thomas, d'une part, que la *dignité* est une très vieille catégorie juridique liée à l'indisponibilité exclusive de certaines entités politico-administratives (dignité de l'office, de la couronne, indisponibles à leur titulaire provisoire) et, d'autre part, qu'« à définir la dignité de la personne humaine comme cette part d'indisponible que chacun doit à son appartenance à l'humanité toute entière, l'on s'oblige, si l'on veut qu'une telle catégorie ait le moindre sens pratique, à définir précisément *cette part* : c'est-à-dire à tracer la limite qui sépare en chaque sujet sa dignité indisponible, qui relève de cette appartenance commune, et sa dignité individuelle, qui ne fait qu'un avec sa liberté, et dont il est maître de disposer [88]. » Enfin, en définissant la « dignité

85 - Marcela IACUB, « De l'éthique à la responsabilité juridique des médecins. Bioéthique et écologie, l'élaboration d'un nouveau statut sur le corps », Rapport présenté à la Mission de la Recherche (MiRe) en 1996.
86 - Y. THOMAS, « Le sujet de droit... », art. cit., p. 103.
87 - Yan THOMAS, « La valeur des choses. Le droit romain hors la religion », *Annales HSS*, 57-6, 2002, p. 1431-1465.
88 - Y. THOMAS, « Le sujet de droit... », art. cit., p. 87.

https://doi.org/10.1017/S0395264900006508 Published online by Cambridge University Press

humaine » comme indisponible au sujet, on requiert que ce soit l'autorité qui dispose souverainement de l'indisponibilité de la personne. La dignité humaine indisponible suppose en effet que la personne contienne en soi une part objectivée par son appartenance à une autre instance, Dieu ou l'État : cette conviction gouvernait le régime de la conscription militaire et l'indisponibilité de sa propre vie dans la condamnation du suicide. L'alternative réside dans l'objectivation de soi-même, ce qui suppose une relation de sujet à objet interne à l'individu, et constitue le régime libéral du corps qui n'appartient à personne sinon au sujet lui-même, régime qui paraît annoncer pour beaucoup un futur apocalyptique dans lequel un sujet souverain accède à un fonctionnement juridique docile au fantasme de pouvoir et contraire à la nature.

Une forme extrême de ce fantasme de pouvoir, qui se combine avec la problématique de l'avortement et l'« exigence » d'un corps sain, conduit Y. Thomas à publier en 2002, avec Olivier Cayla, un livre dans lequel il analysait la décision de la Cour de cassation du 17 novembre 2000 sur la célèbre affaire Perruche [89]. Un enfant atteint d'un handicap congénital ou d'ordre génétique peut-il, demandait le commissaire du gouvernement, intenter une action pour être né malade au lieu de ne pas être né ? La Cour de cassation répondait par l'affirmative, condamnant le médecin et le laboratoire de biologie médicale par la faute desquels la naissance n'avait pu être évitée.

Le cas était le suivant : la mère de Nicolas Perruche avait contracté la rubéole durant sa grossesse et avait exprimé sa volonté d'avorter si le test était positif. Les analyses avaient abouti à un résultat négatif erroné, et elle avait donné naissance à un enfant souffrant du syndrome de Gregg, à savoir qu'il était né sourd, aveugle, et avec de sévères affections cardiaques et mentales. Les parents de Nicolas Perruche poursuivaient, au nom de leur fils, le médecin et le laboratoire, au motif que leur erreur avait empêché la mère d'interrompre sa grossesse. Devant l'instance suprême, la décision leur avait été favorable.

Cette décision déclencha une véritable tourmente médiatique, au cours de laquelle les opposants à la sentence lurent la décision de la juridiction suprême comme si elle avait conféré à un sujet né avec d'importants handicaps un droit à ne pas naître. « Eugénisme doux, démocratique et insidieux », « Hiroshima éthique », « euthanasie prénatale », « suicide au moyen de dommages et intérêts », étaient quelques-unes des expressions dans lesquelles se manifestait ce « goût du *pathos* [qui] ne recule pas devant le bon sens » [90]. Y. Thomas démontrait que la décision n'avait pas proclamé le « droit de ne pas naître ». Sur le plan logique, il est en effet impossible de formuler un droit à ne pas exister puisque l'existence est la condition nécessaire de sa formulation. Ce qu'avait en réalité fait la Cour de cassation, c'était de séparer l'être concret de la personne en droit. Acte banal de la logique juridique qui, cependant, n'avait pas été perçu comme tel par le concert de dénonciations scandalisées transmises par la presse et l'académie.

89 - Olivier CAYLA et Yan THOMAS, *Du droit de ne pas naître. À propos de l'affaire Perruche*, Paris, Gallimard, 2002.
90 - *Ibid.*, p. 110.

https://doi.org/10.1017/S0395264900006508 Published online by Cambridge University Press

En historien du droit, Y. Thomas rappelle les distinctions qu'il est nécessaire d'effectuer entre le sujet et la personne, et les significations qu'ont acquis, au cours de la longue tradition juridique occidentale, les catégories de *personne* et de *chose*. La *personne* est un artefact technique que la modernité doit à la reformulation médiévale de la catégorie existant en droit romain, pour qui un même individu concret pouvait contenir plusieurs personnes (comme l'esclave de plusieurs maîtres, qui unifiait en soi la personne de chacun d'entre eux afin de réaliser certaines opérations juridiques) tandis que plusieurs individus concrets pouvaient n'avoir qu'une seule personne comme support (ce qui était le cas de la cité en tant que *persona* face à des tiers).

La personne juridique ne se confond jamais avec l'être concret : il s'agit d'un artefact technique, d'un double du sujet réel. Bien plus, postulant une personne qui préexiste à la vie, l'arrêt Perruche ne déplace même pas les frontières du dispositif juridique de la personne en droit romain. Celui-ci acceptait, en effet, deux formes de la personne qui préexistent à l'être vivant : la personne qui va naître, considérée comme déjà née en ce qui concerne les successions ; la personne non conçue : tous les descendants d'*ego* fictivement considérés comme « héritiers siens » jusqu'au sixième degré, c'est-à-dire, suivant l'analyse du syntagme réalisée par Y. Thomas, considérés, fictivement, comme ayant été engendrés durant la vie de l'*ego-pater*, à l'encontre de toute possibilité naturelle [91]. La véritable nouveauté de l'arrêt Perruche ne réside pas dans l'institution d'un sujet juridique antérieur à sa naissance, ce qui était courant dans le domaine des successions, mais dans le fait que ce n'est plus la volonté de l'ascendant qui l'institue, mais celle du sujet lui-même qui, étant né, institue rétroactivement sa propre personne antécédente [92]. Ce que le juge concède est nouveau au sens qu'on ne postule pas, à des fins de succession et au service des droits patrimoniaux, que la personne préexiste à l'être vivant, mais qu'on le fait au service des droits sur son propre corps [93]. Étouffée sous l'indignation d'une lecture fallacieuse qui s'appuyait non seulement sur une anti-modernité mais aussi sur une postmodernité revendiquant une « fonction anthropologique du droit » d'un contenu largement indéterminé, la nouveauté était passée inaperçue.

Les choses

Le dernier grand dossier de droit romain sur lequel Y. Thomas travailla concerne la catégorie de choses, et en particulier la problématique de l'indisponibilité des choses. La *res*, contrairement à ce que propose la romanistique, ne doit pas être pensée à partir de la catégorie de sujet [94]. La tripartition du grand romaniste Max Kaser, par exemple, révèle cette nécessité, en distinguant les choses corporelles

91 - *Ibid.*, p. 156 *sq.*
92 - *Ibid.*, p. 165.
93 - *Ibid.*, p. 167.
94 - Yan Thomas, « *Res*, chose et patrimoine. Note sur le rapport sujet-objet en droit romain », *Archives de philosophie du droit*, 25, 1980, p. 413-426.

https://doi.org/10.1017/S0395264900006508 Published online by Cambridge University Press

qui ont une existence juridique propre, lesquelles incluent les esclaves, qui sont à la fois *personae* et *res* ; tout ce qui peut être l'objet d'un droit privé ou d'un procès civil, y compris le fils et l'épouse sous puissance maritale ; un patrimoine dans son ensemble [95]. La définition proposée par Y. Thomas abandonne le sujet comme point de départ nécessaire et rappelle que la définition primitive, originaire de *res*, oscille entre les idées de litige, de situation litigieuse, et de chose qui peut faire l'objet d'un litige.

Cette réflexion sur la *res* appréhendée par le droit, qui créé un monde spécifique de *realia* advenues à l'existence par la construction de la *causa*, avait fait l'objet d'un texte publié en 1979 [96]. Y. Thomas s'inspirait d'un article de L. Gernet qui se concluait avec un bref commentaire, transformé chez lui en démonstration érudite : « Nous avons trouvé un représentant de l''invisible' dans la conception même du droit comme chose idéale, distincte de son objet, reconnue comme rapport : à la faveur de l'antithèse traditionnelle [entre visible et invisible], on voit affleurer cette idée de relation, impersonnelle et abstraite, qui est au cœur de la pensée juridique [97]. »

En premier lieu, la *res*, au cours du processus *« res in controversia posita »*, devient la *causa* : « la cause est cette 'chose' transformée dans le lieu de la controverse [98] ». La seconde étape nous fait passer de la *causa* à la *quaestio*, qui tend vers ce qu'est véritablement essentiel dans la chose, les *status causarum* transformant ainsi le litige factuel en notions juridiques, en *res incorporales* : « ces choses sans corps qui ne sont ni des mots ni des choses, et qui, à Rome, fondent la science du droit [99] ». Ce mécanisme, qui projette sur l'objet une structure artificielle qui est reconnue, en droit, comme sa structure réelle, finit par produire, à partir d'une distinction entre les mots et les choses, « un monde de mots qui sont des choses [100] ». La *summa divisio* gaïenne entre les choses corporelles et incorporelles cristallise la notion de chose incorporelle mais, affirme Y. Thomas, elle va au-delà de la division des biens : avec la distinction entre les choses que *« tangi possunt, velut domus, homo, vestis, aurum, argentum... »* et celles que *« tangi non possunt, quae sunt ea quae iure consistunt, sicut hereditas, usufructus, obligationes quoquo modo contractae »*, c'est le droit lui-même qui est produit par cette antithèse.

Cette opposition corporel/incorporel circule dans différents domaines, chez Cicéron par exemple qui distribue toutes les choses entre celles qui existent *(res quae sunt)*, qui peuvent être touchées et vues, et celles qui n'existent pas réellement *(non esse)*, qui ne peuvent être ni touchées, ni vues, ni désignées, n'étant que des objets de pure intellection *« cerni tamen animo atque intelligi possunt »*, comme la

95 - Max KASER, *Das römische Privatrecht*, Munich, Beck, 1971, p. 36.
96 - Yan THOMAS, « Le droit entre les mots et les choses. Rhétorique et jurisprudence à Rome », *Archives de philosophie du droit*, 23, 1979, p. 93-114.
97 - Louis GERNET, « Choses visibles et choses invisibles », *Anthropologie de la Grèce ancienne*, Paris, Maspero, [1956] 1968, p. 405-414, cité par Y. THOMAS, « *Res*, chose et patrimoine... », art. cit., p. 413-414.
98 - Y. THOMAS, « Le droit entre les mots et les choses... », art. cit., p. 102.
99 - *Ibid.*, p. 103.
100 - *Ibid.*, p. 110.

https://doi.org/10.1017/S0395264900006508 Published online by Cambridge University Press

prescription acquisitive, la tutelle, la *gens*, l'*agnatio*, toutes privées de substrat corporel *(quorum rerum nullum subest corpus)*, et qui doivent être expliquées au moyen d'une définition [101]. Mais les oppositions proposées ne sont symétriques qu'en apparence ; sur le plan du droit, les choses et les relations se fondent sur des notions qui sont à la fois des noms et des entités incorporelles : bien plus, y est incluse la *res aestimata*, c'est-à-dire la somme équivalente à la valeur de la *res*, de la perte, du dommage, à laquelle se réduit la *condemnatio*, et par conséquent la *res* elle-même.

Après avoir porté sur les *res incorporales* comme forme même du droit, l'interrogation de Y. Thomas se déplaça dans les dernières années de sa vie vers les choses indisponibles. Tant l'analyse de l'origine – dans sa version de l'*origo* indisponible –, que les débats sur la part indisponible de la personne et la définition romaine des choses hors du commerce, s'inscrivent dans une réflexion par laquelle Y. Thomas coïncide avec la relecture du don qu'effectue Maurice Godelier [102] à partir du texte toujours vivant de Marcel Mauss : tout n'est pas objet de don et d'échange et, dans toute société, il existe nécessairement des choses qu'il ne faut ni donner ni vendre ; c'est l'espace de la sanctuarisation qui définit, *a contrario*, tout ce qui s'échange, se donne, se vend, tout ce qui circule.

Un livre presque achevé mais qu'il n'a pas pu terminer avait pour titre *Des choses qui ne sont à personne. La religion, le commerce et la république en droit romain*. Au moins deux dossiers avaient pu être publiés : un article sur le droit des sépultures et un autre sur la valeur des choses. Dans le premier [103], il analysait la catégorie de *res religiosa* qui désignait le droit des sépultures et constituait, bien que la triade fut tardive, une catégorie de choses hors du commerce aux côtés des *res sacrae* – rituellement affectées à un dieu, quel qu'il soit – et des *sanctae* – les murs de la cité. L'affectation funéraire d'un espace où devait nécessairement être enterré un corps, ou une partie d'un corps, empêchait dès ce moment qu'il fût vendu, affecté d'une servitude ou devînt objet d'usucapion tandis que sa destination était préservée. Contrairement aux choses sacrées, qui l'étaient seulement parce qu'un rituel les avait instituées comme telles, les choses religieuses requéraient la présence du corps, mais le droit ne pensait pas l'impureté que le corps imposait à l'espace qui le contenait comme une contamination religieuse. Un lieu *purus* n'était rien d'autre qu'un lieu qui n'avait pas été immobilisé par l'inhumation, parce que le droit transformait la religion des morts en régime de biens, l'attention au corps en droit des choses et le « pur » en catégorie juridique : « Le droit romain fut un formidable outil pour gérer la mort sur le terrain des affectations patrimoniales, c'est-à-dire pour faire passer de la religion à quelque chose d'autre [104]. »

Le second texte est un article publié dans les *Annales* en 2002 qui a eu un grand impact chez les économistes, dans lequel Y. Thomas analysait « le statut que confèrent aux 'choses' *(res)* les procédures par lesquelles elles sont qualifiées et

101 - Cicéron, *Topiques* V, 27.
102 - M. Godelier, *L'énigme du don*, *op. cit.*
103 - Yan Thomas, « *Corpus aut ossa aut cineres*. La chose religieuse et le commerce », *Micrologus*, VII, *Il cadavere*, 1999, p. 73-112.
104 - *Ibid.*, p. 112.

https://doi.org/10.1017/S0395264900006508 Published online by Cambridge University Press

évaluées comme biens [105] », offrant une approche procédurale et non substantialiste de la valeur qui constituait une première approche, déjà abstraite et formaliste, de l'économie. Afin de formuler la nature patrimoniale et mercantile des choses, les Romains avaient construit une réglementation qui désignait précisément sa sanctuarisation, les cas dans lesquels les choses ne pouvaient pas être appropriées, à savoir leur affectation exceptionnelle aux dieux ou à la cité : des espaces soustraits à la maîtrise individuelle. L'interrogation démarrait, comme c'était fréquent chez lui, à rebrousse-poil : « Toute enquête engagée d'un point de vue ontologique, depuis la question 'qu'est-ce qu'une chose ?', bloquerait la possibilité d'accéder aux choses du droit (romain) ou plutôt au concept de 'chose' qui les saisit abstraitement [106]. » Pour lui, il ne s'agissait pas, en vérité, d'une physique et d'une métaphysique d'origine grecque qui aurait été traduite dans le droit romain – qui, au contraire, eut effectivement un impact sur la pensée médiévale concernant les choses autour des catégories d'*accessio* et de *specificatio* [107] – mais du régime qui résidait dans la constitution d'une valeur assignée au cours de la procédure juridique même. Les choses appropriables se présentaient, en droit romain, aux deux extrêmes par lesquels elles entraient ou sortaient de l'espace de l'appropriation possible : lorsque la *res nullius* entrait sous sa première maîtrise, et lorsque, à travers une procédure de droit public ou sacré qui les affectait à un tiers impérissable (un dieu, un mort, ou la cité elle-même), on la retirait de l'espace des échanges, car le commerce était formulé comme étant premier, et c'était l'opération de sanctuarisation qui désactivait la possible valeur mercantile des choses.

Mais déjà avant la publication de ces textes, Y. Thomas avait consacré une série d'articles à la notion de travail qui conduit en partie à la problématique des choses. Partant de la difficulté de développer une réflexion théorique sur la catégorie de travail dans l'Antiquité – difficulté signalée dans les années 1950 dans des textes exemplaires de Jean-Pierre Vernant –, il montrait comment le droit romain produisait le travail comme marchandise. L'analyse se déployait en une série d'étapes, et établissait que le travail comme objet spécifique du contrat commença à être pensé à travers la location de la main-d'œuvre servile, lorsqu'à l'intérieur de l'usufruit de l'esclave on distingua l'usage – c'est-à-dire ce que l'esclave était en tant qu'objet d'usage – du fruit – ce que l'esclave était en tant que source de rente pour le propriétaire. Mais il existait un type de contrat de location de la main-d'œuvre qui conduisait au contraire aux choses et annulait la possibilité même du travail comme marchandise aliénable. Lorsqu'on livrait à un artisan la matière pour élaborer un objet – la laine pour carder, la pierre pour sculpter, l'argent ou l'or pour faire des coupes ou des vases, les papyrus destinés à être les supports d'un texte ou le bois qu'on transformait en *tabula picta* –, le terme *opus* désignait un *opus perfectum*, un objet qui par accession ou spécification avait modifié sa valeur,

105 - Y. Thomas, « La valeur des choses... », art. cit., p. 1431.
106 - *Ibid.*, p. 1449.
107 - Sur ce thème, je me permets de renvoyer à Marta Madero, *Tabula picta. La peinture et l'écriture dans le droit médiéval*, Paris, Éd. de l'EHESS, 2004.

https://doi.org/10.1017/S0395264900006508 Published online by Cambridge University Press

incorporant le travail dans la matière, annulant son autonomie au profit de la valeur de la chose en tant que telle [108].

En 1986, dans l'entrée « Droit » réalisée pour le *Dictionnaire des sciences historiques* [109], Y. Thomas constatait que « l'essor contemporain de notre histoire n'a pas assigné de territoire au droit, se soustrayant par principe aux questions que pose la fonction normative, en ce qu'elle aurait d'illusoire [110] ». L'essor d'une histoire pour qui le droit est un reflet du social – qui laisse inéluctablement l'histoire du droit sans objet propre, sans spécificité –, dans laquelle les historiens ignorent la fonction juridique comme les pandectistes avaient ignoré l'histoire, s'appuie sur la confusion entre « l'impératif et l'indicatif » et méconnaît ainsi les modalités discursives du pouvoir [111].

Il rappelait toujours que si les historiens s'étaient intéressés à l'anthropologie, ils n'avaient pas prêté suffisamment d'attention à ce qu'il désignait comme l'anthropologie de l'artifice. Contre les logiques de la nature et du sens commun, Y. Thomas construisait, systématiquement, de façon engagée, l'exigence d'un étonnement perpétuel, condition première pour la compréhension d'un *corpus* d'une sophistication extraordinaire, et déployait toujours une ironie élégante devant la fascination pour les *primordia* à laquelle cédaient les chercheurs lorsqu'ils interprétaient les expressions et les normes que lui disséquait avec une implacable érudition.

Personne n'a rendu aussi visible les opérations du droit, personne n'a perçu avec la même lucidité les géométries rigoureuses que la logique juridique impose à une réalité constamment redéfinie par le langage normatif et pensée en dehors de l'expérience immédiate. Si quelqu'un en France a œuvré avec efficacité pour changer l'état de choses que Y. Thomas déplorait dans son texte de 1986 [112], ce fut, par excellence, lui-même.

Marta Madero
Universidad Nacional de General Sarmiento, Argentine – Collegium de Lyon

Traduit de l'espagnol par David Samson

108 - En particulier, Yan THOMAS, « Travail incorporé dans une matière première, travail d'usage et travail comme marchandise. Le droit comme matrice des catégories économiques à Rome », *in* J. ANDREAU, J. FRANCE et S. PITTIA (dir.), *Mentalités et choix économiques des Romains*, Bordeaux, Ausonius, 2004.
109 - Yan THOMAS, « Droit », *in* A. BURGUIÈRE (dir.), *Dictionnaire des sciences historiques*, Paris, PUF, 1986, p. 205-212.
110 - *Ibid.*, p. 211.
111 - *Ibid.*, p. 206.
112 - *Ibid.*

https://doi.org/10.1017/S0395264900006508 Published online by Cambridge University Press