

Le juge et la fiction en *common law* et dans les cultures romano-canoniques

Robert Jacob*

17 décembre 2012

Pourquoi la fiction ? Mon centre d'intérêt est le juge et la vérité, or la fiction est le contraire de la vérité. Il est à peu près impossible de ne pas prendre la vérité à revers par son déni. Ensuite, ce sujet, « le juge et la fiction », se trouve maintenant immergé dans le courant « droit et littérature » qui nous envahit de partout, très répandu dans les milieux anglo-saxons et qui commence à se développer aussi en France. Je crois que toute la réflexion sur la fiction comme lieu intermédiaire entre l'activité judiciaire et le droit d'une part, et l'élaboration artistique d'autre part, est absolument indispensable, et pour laquelle il importe de rester dans le champ de l'histoire.

Commençons par la lecture que l'on peut faire de deux textes écrits par des historiens du droit :

- L'article « *Fictio legis* » de Yan Thomas sur la tradition romano-canonique¹, publié en 1995 dans la revue *Droit*, réédité dans *Les opérations du droit*, recueil d'articles publié aux éditions du Seuil en 2011.
- Le chapitre « Legal fictions », dans l'ouvrage de John Baker intitulé *The law's two bodies*, publié en 2001 aux éditions Oxford University Press.

Leurs écrits sont contemporains mais les auteurs ne se sont pas connus, ni cités. L'un reste dans le champ romaniste, l'autre dans le champ de la *common law*. Si l'on fait une lecture croisée, ce qui saute d'emblée aux yeux, c'est qu'ils ne parlent pas de la fiction de la même manière. D'entrée de jeu, le continental voit la fiction à travers le droit matériel. La fiction est une règle de

* Directeur de recherche au CNRS et professeur d'histoire du droit à l'université de Liège

¹ Le droit germanique est volontairement écarté, il fera l'objet d'un autre séminaire de l'IHEJ consacré à l'Allemagne.

droit matériel posée sur les faits et la fiction n'est jamais pensée en termes de procédure. Je ne sais pas si c'est envisageable ou si cela fait partie de l'impensé, mais c'est à peine si l'on peut évoquer le fait qu'une fiction interviendrait dans le droit de la procédure. Inversement, le *common lawyer* pense en premier lieu à cela. Pour un *common lawyer*, la fiction, c'est le procès *fictice* - et non pas fictif, à rapprocher de l'anglais *fictitious* et du latin *ficticius* qui ont exactement le même sens : un vrai procès dans lequel on a introduit à un moment ou à un autre un élément de fiction, et non un procès imaginaire.

En réalité, dans la tradition romano-canonique, ce procès *fictice* n'est pas totalement inconnu, mais il faut remonter très haut, à la source des sources c'est-à-dire à la formation du droit romain. Le droit romain au départ est un droit civil qui est assez étroit. Le préteur romain va donc progressivement étendre son champ d'application grâce à l'*actio ficticia* (l'action *fictice*) ou la formule *ficticia* qui introduit un élément de fiction. Retenons l'exemple le plus simple, dans ceux que cite Gaius : l'action de vol. Pour qu'elle fonctionne en droit civil romain, il faut que le demandeur et le défendeur soient également citoyens romains. Le préteur décide d'étendre l'action aux pérégrins (étrangers) en introduisant une fiction dans le procès romain : juge, tu traiteras l'action comme si X (le demandeur ou le défendeur) était citoyen romain, comme si *civis romanus esset*. On crée la fiction de citoyenneté dans le cadre de l'action prétorienne. Mais ce qui s'est produit en droit romain, c'est ce que j'appelle « un procès de matérialisation », c'est-à-dire qu'il reste finalement très peu de traces des actions ou formules *fictices* parce que très vite, les jurisconsultes traitent le droit prétorien comme une loi. Dans le cadre du vol donc, l'étranger est assimilé à un citoyen romain. Des quantités de lois romaines procèdent de cette façon. L'extension du droit romain (*processus juris*) recouvre finalement une série d'extensions où l'on applique à des situations des règles anciennes par l'intermédiaire de la fiction : le parent par les femmes est fictivement réputé parent par les hommes etc... Yann Thomas insiste surtout sur le caractère légal des fictions: c'est la loi qui procède par fiction pour étendre le champ d'application du droit.

À l'arrivée, cette espèce de saturation du discours juridique par la fiction finit par affaiblir même l'idée de fiction puisqu'elle devient à la limite une simple figure de style, une simple tournure de langage. Pour assimiler par exemple l'étranger au citoyen romain dans l'action de vol, je peux évidemment passer par la fiction, mais il est beaucoup plus simple de dire qu'en matière de vol, l'étranger est assimilé au citoyen, ou que la distinction du citoyen et de l'étranger est sans pertinence. Cela revient à dire exactement la même chose, mais en se passant de la fiction. Si certains juristes romains sont restés tout à fait fidèles au discours traditionnel de la fiction – le but de l'opération étant de préserver l'ancienne distinction entre ce qui est authentiquement romain et les extensions successives –, d'autres franchissent le pas pour exprimer de façon

directe ce que la fiction exprime de façon détournée. Ce qui fait que dans les textes romains, la fiction apparaît comme un instrument dont on s'est beaucoup servi incontestablement, mais dont on peut se demander s'il est encore utile puisque pratiquement toutes les règles ayant recours à la fiction peuvent être exprimées en faisant l'économie du détour.

La période médiévale

Lorsque les commentateurs médiévaux commencent à s'intéresser aux textes romains, ils sont manifestement embarrassés par ce trop plein de la fiction et ils n'ont de cesse de réduire le champ d'application de la fiction telle qu'elle apparaissait dans les sources classiques. Ils le font à partir d'une distinction cardinale au Moyen Âge (alors qu'elle était pour ainsi dire inexistante en droit romain), c'est la distinction du droit et du fait. A partir du XII^{ème} siècle en effet, il y a deux mondes, celui des *jura* (le monde des normes et concepts juridiques) et celui des *facta*, deux mondes profondément étrangers l'un à l'autre. Dans le monde des *jura*, on fait un peu ce que l'on veut : le droit pose une règle mais il peut l'abolir ou poser une règle contraire. Le droit peut décider qu'un contrat existe puis l'annuler rétroactivement en considérant que le contrat n'existe plus. Les concepts et règles façonnés par le droit sont, disent les juristes médiévaux, *in scrinio pectoris principis* dans « l'armoire de la poitrine de l'Empereur » : l'Empereur (c'est-à-dire le Prince, le législateur et la doctrine) tient toutes les constructions du droit dans l'armoire de sa poitrine et il en fait ce qu'il veut. En revanche, les faits (*facta*) sont absolument intangibles, il n'y a pas de miracles, sinon ceux que Dieu seul peut faire. Le droit peut faire des miracles (ex. la glose célèbre d'Innocent IV qui dit qu'un des miracles que le droit fait c'est que la peau d'un animal mort, le parchemin écrit, représente la vérité) mais uniquement dans sa sphère, dans ce cas pour la preuve des actes juridiques. Lorsqu'il est question des faits, il n'y a donc pas de miracles et ils demeurent intangibles.

De cette distinction entre le monde du droit malléable et celui des faits intangibles, les juristes du Moyen-âge vont tirer des conclusions totalement différentes. Dans un premier temps, période correspondant à la glose des commentateurs du XII^{ème} siècle – début XIII^{ème} siècle, celui ils posent qu'il est impossible de feindre sur les faits. La fiction est impossible sur les faits puisque les faits s'imposent absolument aux juristes.

Dans un second temps, celui des postglossateurs italiens, en particulier Balde et Bartole, il y a un renversement complet : on ne peut désormais faire de fictions que sur les faits. On conserve la distinction cardinale entre ce qui relève du fait et ce qui relève du droit mais le droit ne peut faire de fictions que sur les faits car puisqu'il avoue cette fiction sur les faits, le droit rend hommage à l'intangibilité. L'exemple classique est la règle *infans conceptus pro nato habetur*. L'enfant simplement conçu est tenu pour né dans certains cas, c'est-à-dire chaque fois qu'il y va

de son intérêt : il est alors capable de recevoir une donation. La personne physique n'est alors pas formée puisqu'elle se constitue à la naissance, on confère donc de manière exceptionnelle une capacité de recevoir une donation à cet enfant qui n'est pas né : en violant les faits, on avoue la fiction. Alors que si l'on passe dans le champ du droit (*jura*), on n'a plus besoin de la fiction parce que les concepts du droit sont malléables. Si l'on prend l'exemple de la personne morale, l'*universitas* est un être incorporel qui est une vue de l'esprit créée par le droit pour attribuer une norme à un certain nombre de situations, mais cet être incorporel n'est ni conforme, ni contraire aux faits, il est ailleurs. Décider qu'une *universitas* existe ou n'existe pas, c'est employer le mot *exister* dans un sens qui n'est ni factuel, ni anti-factuel, c'est le droit qui décide si l'*universitas* existe ou non. En revanche, nous disent les juristes, si l'on s'engage un peu trop dans le champ de l'anthropomorphisme en décidant que l'*universitas* est en outre une *persona*, qu'est-ce que cela veut dire ? Est-ce que cela veut dire qu'on lui prête un corps et une âme ? A ce moment-là, on entrerait dans la fiction. Or c'est la limite que les juristes canonistes et romanistes essaient de poser : l'*universitas* n'est pas une fiction, mais si on la considère comme une *persona*, cela ne peut être qu'une *persona ficta* (elle devient fictive). D'ailleurs cette question de la personne fictive s'est posée aux juristes au moment où l'on s'est demandé si elle pouvait commettre des délits, si elle pouvait recevoir le baptême, intervenir comme parrain ou marraine à un baptême, être punie. Ici, les canonistes ont refusé la voie de l'anthropomorphisme. Nous savons que ce débat n'est pas clos et s'est reposé, dans un passé récent et même dans l'actualité, exactement dans les termes dans lesquels les canonistes et commentateurs du Moyen Age l'ont abordé.

Comment s'explique l'attitude restrictive des hommes de doctrine du Moyen Age à l'égard de la floraison des fictions dans le droit romain ? Ici, Yann Thomas a une théorie d'explication correspondant aux grandes lignes de sa pensée et qu'il poursuit d'études en études : la nature du droit, son essence, est l'artifice *contra naturam*. La construction de la personne juridique ne peut être comprise que comme artificielle par rapport à la personne naturelle (voir son essai sur l'affaire Perruche). Le droit est donc fondamentalement artificiel mais il rencontre le christianisme qui va contrarier cette tendance du droit. Le respect dû à Dieu et à la nature créée par Dieu explique la réaction d'hostilité à la fiction qui se manifeste dans la doctrine des canonistes. Les commentateurs Balde et Bartole lui emboîtent immédiatement le pas.

L'approche des *common lawyers*

Cette théorie n'est pas fausse, mais je crois qu'il faut réintroduire un champ qui a été négligé dans l'analyse, celui de la procédure. Si l'on réintroduit la procédure, on se dit que l'explication par la nature et par Dieu n'est pas suffisante car il suffit de traverser la Manche pour découvrir

un tout autre monde, alors même qu'a priori les *common lawyers* ne sont pas moins chrétiens ni moins respectueux de Dieu et de la création que les juristes continentaux. Or la fiction, les *common lawyers* en usent et surabondamment, on va le voir. La discussion a même été plaidée très exactement en 1669 devant la Cour de l'Amirauté. Un avocat adopte une position de principe en disant : toutes ces fictions qui existent dans notre droit sont contraires à la nature, lorsque nous faisons des fictions, nous faisons une insulte à Dieu. Il se fait très sèchement renvoyer dans les cordes par Matthew Hale, grand juriste du XVIIème siècle anglais, qui lui répond : les fictions ne sont une insulte à personne, c'est une façon de rendre à chacun son droit, c'est un expédient qui est utilisé pour rendre à chacun son droit.

Si on revient un moment en France (avant de nous installer définitivement en Angleterre) et que l'on regarde non pas les spécialistes de droit romain qui écrivent des traités théoriques, mais les auteurs de droit coutumier qui sont au plus près de la pratique de l'Ancienne France, on ne trouve jamais la fiction, elle est absente. Philippe de Beaumanoir par exemple est très attentif au problème des présomptions. La présomption est une déclaration faite par le droit sur les faits tel qu'il est possible que les faits se soient produits comme cela (ex. présomption d'innocence, présomption de faute des parents), elle est réfragable ou irréfragable ; tandis que la fiction est la déclaration faite par le droit sur les faits telle qu'on est sûr qu'elle est contraire aux faits (ex. *infans conceptus*). La présomption se distingue donc de la fiction. Contrairement ce que suggère l'usage qui est de les traiter au voisinage l'une de l'autre, elles ne se situent pas dans le même plan : la présomption est un mode de preuve, ce qui n'est absolument pas le cas de la fiction. Beaumanoir a très bien compris la doctrine romaniste de la présomption, il l'a reçue très probablement par la pratique des juridictions qui faisaient du droit savant, mais il ne connaît pas la fiction. En réalité, on peut chercher en vain la fiction chez tous les coutumiers médiévaux car en réalité la procédure n'a pas fondamentalement besoin de la fiction. Le discours continental sur la fiction relève de la spéculation intellectuelle pure car la procédure s'en passe.

En revanche, si nous traversons la Manche, alors là la fiction est partout et c'est bien une fiction de procédure. John Baker cite une foule d'arrêts qui considèrent par exemple que Tenerife est une île dans la Cité de Londres, qui inventent des plaideurs imaginaires... Il y a donc des fictions sur les lieux, des fictions sur les personnes, des fictions sur la qualification. Il y a notamment le cas d'un *writ*, d'une action, le *trespass* qui est une transgression de la paix du roi commise *vi et armis*, par la force et par les armes. Le *trespass* sanctionne la transgression par la force. Or, on s'est très vite aperçu que le fait de faire tomber une jument dans une rivière (comme dans le célèbre *Humber ferry case*, 1348), de blesser un cheval pour un maréchal ferrant et une foule d'autres cas entrent sous la qualification « transgression par la force et par les armes », de telle sorte que la qualification ne correspond en rien à l'espèce. Si on prend les archives judiciaires

dans leur ensemble, on ne peut faire une histoire de la violence en Angleterre à partir d'une statistique des *trespass vi et armis*. Il y en a des dizaines de milliers mais, nous dit Baker, on ne sait pas à quoi cela correspond en réalité, sauf à avoir des sources extérieures, ce qui est rarement le cas.

Beaucoup d'historiens médiévistes travaillent sur les archives judiciaires françaises, celles du Parlement de Paris et des autres Parlements royaux, pour faire de l'histoire sociale car elles contiennent énormément de données factuelles, les espèces y sont rapportées avec beaucoup de détails. L'équivalent en Angleterre est absolument impossible car il y a une espèce de désinvolture vis-à-vis des faits quasiment systématique (ex. dans une affaire très ancienne et exceptionnellement bien connue, *Corbet versus Scurie*, en 1292, on nous dit tantôt que la dette est de 40 livres ou de 20 livres, qu'elle doit être payée tantôt à la Noël, tantôt à la Chandeleur).

Un très grand nombre d'actions *fictices* existe, sous diverses catégories. Prenons le cas extrême de l'action permettant de créer des parties fictives au procès qui est une sorte de paroxysme de l'histoire de la fiction en *common law*. Pour ce faire, il faut s'intéresser à l'histoire du droit des biens et en particulier, à l'histoire des actions réelles en Angleterre. Les actions réelles apparaissent au milieu du XII^{ème} siècle sous le règne d'Henri II, et l'une d'entre elles est de beaucoup la plus importante : le « bref de nouvelle dessaisine » qui est au départ une action possessoire assez simple. Quelqu'un affirme être en possession d'un fonds, il subit un trouble possessoire (ex ; son voisin déplace une clôture ou s'empare de son fonds) et se plaint d'une nouvelle dessaisine (en *Law French*, ce qui signifie qu'il s'est fait dessaisir récemment) : il exige d'être remis en saisine et défère la cause aux juges royaux. L'affaire est traitée dans un premier temps par le juge dans le cadre des *pleadings* (l'affaire est soumise au débat contradictoire devant le juge). La seconde phase est celle du *trial*, soit lorsque les preuves judiciaires sont soumises au jury de voisinage. Ce jury de douze voisins doit dire qui du demandeur ou du défendeur est le mieux pourvu sur le terrain de la possession. Dans l'histoire, il se produit (comme en France d'ailleurs) que les actions possessoires tendent à devenir pétitoires (ne discutons pas de la possession mais occupons nous du titre de propriété). En France, on interdit le cumul du possessoire et du pétitoire d'ordonnance en ordonnance jusqu'au code civil (articles 2282-2283). Mais en Angleterre, cela ne se passe pas du tout de la même façon car la notion de titre elle-même est différente et l'action possessoire tend à devenir pétitoire. À l'occasion de cette action en nouvelle dessaisine, on tend à parler du titre et on finit par adjuger le titre à un des deux adversaires.

Cette action en nouvelle dessaisine a un certain nombre de défauts puisqu'elle ne protège que ce que la *common law* considère comme d'un libre tenant (*freeholder*), elle exclut donc le tenancier

à temps (notamment le locataire, ou l'acheteur à temps comme c'est la plupart du temps le cas à Londres). Que se passe-t-il alors ? On donne au tenancier à temps une autre action qui est le *trespass*. Une autre juridiction anglaise, le *King's Bench* ou « Banc du Roi », élabore une variante du *trespass vi et armis* : on va qualifier le trouble à la possession de *trespass* et donner au tenancier à temps une action nommée *ejectment* face à un locataire qui s'est littéralement fait éjecté de son fonds. On s'aperçoit à l'arrivée que le locataire ou le propriétaire à temps est en réalité mieux protégé que ne l'est le libre tenant (le propriétaire) car son action est beaucoup plus souple et plus moderne (née à la fin du Moyen Age alors que l'autre date de l'époque d'Henry II). Surtout si le « locataire » (ce terme rendant approximativement l'idée de tenancier à temps) va de manière exceptionnelle jusqu'au *trial*, ce sera un jury londonien et non un jury local, ce qui est un avantage dans le cas où le locataire était mal vu de ses voisins.

Que faire alors dans cette hypothèse où le locataire est mieux protégé que le propriétaire ? On a fini par inventer dans les années 1650, époque de Cromwell (époque où le *King's Bench* n'existe plus puisqu'il n'y a précisément plus de roi, et où l'on parle désormais de l'*Upper bench*), le mécanisme suivant. Imaginons un village anglais dans lequel se trouve un fonds que nous appellerons « le Clos des Lilas », ce fonds est disputé par deux adversaires, Antoine Garapon et Hubert Dalle. Hubert Dalle est en possession du Clos des Lilas, Antoine Garapon voudrait bien agir mais il se sent mal vu au village, il a le sentiment qu'un jury de voisinage lui serait extrêmement défavorable et donnerait raison à Hubert Dalle. Il met donc en place un système à deux acteurs que l'on appelle respectivement John Doe et John Roe. John Doe est un personnage auquel Antoine Garapon cède à bail le Clos des Lilas (bail fictif au profit de John Doe). Or à un moment où Hubert Dalle est absent (il faut choisir le bon moment) John Doe et John Roe entrent dans le fonds des lilas, il faut que la scène soit effectivement jouée, et John Roe expulse John Doe.

L'expulsion ayant eu lieu, John Doe introduit l'action de *trespass* en *ejectment* contre Roe. Roe va alors trouver Hubert Dalle et lui explique qu'il est défendeur à une cause concernant le Clos des Lilas et qu'il ne compte pas se défendre, faisant défaut, il sera condamné, donc si Hubert Dalle veut se défendre, il vaut mieux qu'il compareaisse lui même à la place de Roe. Hubert Dalle est naturellement furieux (quoique l'excellente formation qu'il a reçue en droit romain induise quelque méprise) car le *trespass* est une action personnelle, or on lui impute scandaleusement le fait d'autrui (en l'occurrence le fait de Roe). Mais s'il laisse se faire l'action, il y aura un titre exécutoire en faveur de John Doe ordonnant la restitution effective du fonds. Hubert Dalle accepte donc de comparaître pour dénoncer cette mascarade. Or les juges de l'*Upper bench* vont lui dire qu'il ne peut pas la dénoncer car si le bail n'était pas fictif, ce serait la même chose : ils indiquent donc à Hubert Dalle qu'il ne pourra se défendre que s'il s'engage par avance à ne pas dénoncer le côté complètement *fictive* de cette action. Cette action sera donc notée Doe vs. Dalle,

alors même que l'un des plaideurs est absolument inexistant en réalité (de bonne heure, quand la fiction se sera définitivement imposée, on se dispensera de jouer effectivement la scène de l'expulsion).

La procédure anglaise crée donc une personne qui n'est ni une personne physique, ni une personne morale, c'est un faux plaideur dont tout le monde sait qu'il est faux, avec une interdiction absolue de dénoncer la fiction. Le jury ne pourra strictement rien savoir de ce qui s'est passé auparavant. Lorsqu'on cite cet adage bien connu du monde anglo-saxon « *justice before truth* » (la justice avant la vérité), il faut avoir ces données là à l'esprit. Cela fait également écho aux propos de Hale cités précédemment selon lesquels « les fictions ne sont des insultes à personne, c'est une manière de donner à chacun son droit » : pour donner à chacun son droit, il faut donc savoir tourner le dos à la vérité et parfois la nier ostensiblement. Il y a dans les *English Reports*, nous dit Becker, 1200 actions intentées par un personnage nommé Doe. Ce personnage disparaît pour les actions *d'ejectment* en 1833 car une réforme des actions réelles rend le recours à la fiction inutile. Il subsiste néanmoins une tradition de l'action *fictive*.

Trois directions pour le présent

Une première direction serait celle de la protection de l'identité du justiciable, on continue de rencontrer des John Doe et des Jane Doe depuis l'*Upper bench* de Cromwell, ces pseudonymes restent toujours très utilisés (ex. la victime d'un viol se fera appelée Jane Doe lors de son action en justice pour protéger son identité). Dans les traditions françaises, l'interrogatoire d'identité est incontournable, de même que la publicité de l'audience. Si on veut protéger l'identité de la victime, il faut supprimer son nom au moment de la publication du jugement, ou imposer à la presse de ne pas divulguer son nom, mais cette protection n'est pas de principe. L'identité des parties doit être portée à la connaissance du juge, y compris du jury en Cour d'assises. Au contraire, les pays de *common law* sont soumis au principe inverse, avec l'autorisation du juge : le droit d'utiliser un pseudonyme judiciaire est acquis quasiment d'office.

Se pose ensuite un problème général d'usage judiciaire des noms et des pseudonymes dans ces pays où il n'y a pas d'état-civil : si quelqu'un fait un contrat sur Internet en usant d'un pseudonyme, le juge est-il lié par ce pseudonyme ou a-t-il le droit de divulguer sa véritable identité, ou du moins, les autres pseudonymes dont il se servait sur Internet ? Doctrine et jurisprudence commencent actuellement à s'interroger sur ce point.

Troisième direction : ce que nous considérerions comme des procès complètement délirants ou absurdes intentés contre Dieu ou contre le diable par exemple existent dans le monde anglo-saxon. Ex. *Ernie Chambers versus God* : procès intenté par Ernie Chambers, sénateur du

Nebraska, contre Dieu devant les juridictions du Nebraska, lui reprochant tous les malheurs du monde (le peste, les maladies, les tremblements de terre, le terrorisme...). C'est le procès que Job voulait faire à Dieu ! Là où Job ne savait pas où citer Dieu, le sénateur Chambers a cru pouvoir le faire devant les juridictions du Nebraska. Un avocat a pris immédiatement la défense de Dieu et a soulevé un très bel *estoppel* : le sénateur Chambers n'est pas reçu à agir parce qu'il a autrefois nié l'existence de Dieu, il s'est donc contredit. On est dans le ludique le plus complet, mais Chambers est intervenu dans quantité de médias américains qui lui demandaient pourquoi il s'était lancé dans un procès aussi spectaculaire alors qu'il prétendait qu'il y avait trop de procès idiots au Nebraska, ce qui prouve bien à quel point nous sommes entrés dans l'excès. Puis il a dit exactement le contraire, affirmant qu'il y avait trop de restrictions à l'accès en justice au Nebraska et que ce procès montrait qu'il n'y avait pas de procès idiots en réalité. Le juge a tout de même décliné sa compétence. Mais si l'on compare ce procès à d'autres, intentés contre le diable par exemple, ou bien les procès des créationnistes contre l'enseignement de Darwin où le juge est prié de s'inquiéter de la véracité des propos bibliques, ce qui frappe est que les juges ne répriment pas sévèrement ces plaideurs, alors même qu'ils disposent d'une arme pour cela, le *contempt of court*, qui permet de punir par une amende voire par une peine d'emprisonnement le plaideur qui dérange inutilement une juridiction. Cette arme n'est jamais utilisée. Les juges finissent simplement par se déclarer incompétents, mais entre temps, tout le monde a parlé du procès. Cette conception ludique du procès est donc encore bien présente, et il y a probablement d'ailleurs dans l'actualité des procès, surtout aux États-Unis, un bon nombre d'affaires de ce genre.

J'aimerais toutefois revenir, en historien cette fois, sur le problème de la substitution d'une personne à l'autre. Garapon agit par l'intermédiaire d'une personne fictive qui est John Doe, et on note le *case Doe vs. Dalle* mais le cas peut être aussi noté *Doe on the demise of Garapon vs. Dalle* (sur la démise d'Antoine Garapon). Cette démise, signifiée en ancien français ou en latin (*dimittere*), peut avoir trois sens : un sens précis de cession à bail (John Doe agit sur une cession à bail transmise par Antoine Garapon), un autre sens désigne le changement d'état (par ex. le passage de l'état laïc à celui de clerc sera appelé démise), enfin cela signifie la mort (démise devenant synonyme de décès). C'est quelque chose qui a beaucoup fasciné Kantorowicz et son élève Giesey dans l'approche des deux corps du roi parce qu'ils ont vu dans l'emploi du mot *démise* la confirmation de leur théorie selon laquelle le roi ne meurt jamais. On ne dit pas la mort du roi mais la démise du roi : son corps naturel meurt, mais il survit dans son corps politique qui se transmet à un autre corps naturel. Kantorowicz suit très exactement un propos d'avocat dans l'affaire *William versus Berkeley* de 1556 : selon notre loi, on n'appelle pas mort la mort du roi, mais la démise du roi. La démise est la transmigration du corps politique du roi du corps naturel du défunt au corps naturel du successeur. Mais Kantorowicz a présenté comme une espèce de

privilège royal, comme le produit de la théorie politique des deux corps du roi, cette idée de la démise, cette négation par le langage de la mort du roi et ce passage d'un corps à l'autre. Or les actions d'*ejectment* montrent que la démise n'est pas du tout un privilège royal, il y a démise du corps du roi certes, mais il y a aussi démise du corps d'Antoine Garapon dans le corps de John Doe. Le corps est ainsi *conveyé* (en ancien français ou *conveyance* en anglais), ce qui signifie de manière très technique « l'acte opérant transfert de propriété ». Il y a donc assimilation complète entre le changement d'état (le passage d'un corps à l'autre) et le transfert d'un droit réel.

L'interprétation donnée par Kantorowicz des archives judiciaires est aujourd'hui extrêmement contestée et cette contestation commence à devenir accablante. Schématiquement, Kantorowicz a très mal compris les archives judiciaires anglaises, il confond par exemple les juges et les avocats. Manifestement il estompe aussi ce que l'on peut appeler le « troisième corps ». Il y a un débat qui a mis la question des multiples corps du roi sur la place publique, mais à partir du troisième corps, qui est peut-être le premier : le corps mystique du Christ, le corps de l'Eglise anglicane. A partir de 1534, Henry VIII s'est proclamé chef d'Eglise, et donc la question s'est posée de savoir si le roi peut disposer du corps mystique, le roi est la tête, mais de quel corps ? Le jeu sur les métaphores du corps et des membres sur les multiples corps du roi est entré dans le débat public, théologique, et dans le débat judiciaire. Mais quel est son statut dans le débat judiciaire : est-ce qu'il n'y a pas une différence entre les statuts sur la scène judiciaire et ailleurs ?

Maitland disait : « Les juges de cette époque (l'emploi de la métaphore des deux corps dans la jurisprudence 1556-1608) sont entrés dans l'absurde (!); cette distinction était une métaphysique absurde. »

Pour Kantorowicz c'était tout le contraire, il y a une prise au sérieux de la métaphysique, parce qu'il partage avec Carl Schmitt cette idée que le droit est une théologie, une laïcisation de concepts théologiques (la philosophie politique, le droit). Et donc il n'y a rien de plus sérieux que cette distinction des deux corps, le corps naturel et le corps politique, qui est faite à l'image des deux corps du Christ. On me permettra de penser que l'interprétation de Maitland est assez typiquement anglaise (empirique) tandis que celle de Kantorowicz est typiquement allemande (très théorisée). Mais ne faut-il pas proposer une troisième voie, qui consisterait à rendre cette logique des deux corps du roi à son statut judiciaire propre qui est le *fictive* et le ludique : cette capacité du discours judiciaire anglais de créer des lubies et de jouer avec des lubies ?

En fait, si l'on prend toutes les affaires de cette époque, on baigne littéralement dans la fiction. Par exemple le *Calvin's case* de 1608 est typiquement un procès *fictive*. Il y a une querelle entre le roi Jacques 1^{er} et son parlement, querelle qui est en réalité une querelle sur la souveraineté, mais

qui se noue sur le statut de ce que l'on appelle les *Postnati* : est-ce que les Ecossais sont devenus anglais à partir du moment où Jacques VI d'Ecosse est devenu en 1603 Jacques Ier d'Angleterre ? Le parlement et le roi n'arrivent pas à se mettre d'accord et l'on fait un procès *fictive* : on prend un jeune enfant (né après 1603), Robert Colville, on le rebaptise Calvin (une allusion à la querelle religieuse et au risque ressenti par les Anglais de voir Jacques Ier rétablir de force le catholicisme en Angleterre), on lui oppose deux adversaires qui s'appellent Smith, dans un conflit complètement fictif d'affaire de propriété et dont l'enjeu est : est-ce que Calvin a le droit d'agir, est-il devenu sujet anglais par l'union personnelle des deux royaumes ? Cela permet à Coke de faire un magnifique développement, qui détermine encore largement le droit international privé, le droit de la nationalité et la Constitution anglaise non écrite jusqu'à ce jour.

En conclusion, deux axes de réflexion peuvent être dégagés :

- Le rapport entre le rite et le jeu, ludique car à un certain usage, la fiction juridique ou judiciaire se rapproche de la fiction littéraire ;
- La question de la dissemblance fondamentale entre l'histoire de la procédure continentale et l'histoire de la procédure anglaise.

Il y a une réflexion sur les rapports entre le rite et le jeu qui est ancienne chez les anthropologues comme Claude Lévy-Strauss ou Giorgio Agamben, une opposition fondamentale entre le rituel et le ludique mais qui se compénètrent sans cesse. Le rituel est conjonctif, il est catalyseur d'une unanimité (Lévy-Strauss), tandis que le jeu est disjonctif, il établit des rôles parfois antagoniques. Le rapport entre diachronie et synchronie est différent : le rituel rappelle un récit fondateur (Antoine Garapon), tandis que dans le jeu on a une inversion : c'est la synchronie qui se reconstruit une diachronie. Mais on voit continuellement le rituel pénétrer le ludique et beaucoup de rites intègrent du jeu. Il y a quelque chose qui les rassemble, c'est le sentiment que la règle du rite et la règle du jeu sont complètement autonomes par rapport au monde extérieur. Le rituel ou le jeu judiciaire ne peut pas être autonome par rapport au monde extérieur car c'est celui-ci qui lui fournit sa matière, le conflit, et lorsque le conflit est dénoué, le jugement retourne à l'extérieur. Il y a un espace intermédiaire, l'espace de la résolution des conflits, de la procédure, où l'on a une combinaison de rituel et de ludique. La question : pourquoi est-ce que la combinaison du rituel et du ludique est si riche en *common law* et, par comparaison, si pauvre dans les pays de culture de droit romano-canonique ?

Publié sur www.ihej.org, le 6 mars 2013

Copyright © 2013 IHEJ - Institut des hautes études sur la justice