



HAL
open science

Peut-on parler d'une biologisation du droit de la parenté au Moyen Âge? La durée de la grossesse chez Cynus de Pistoie, Albéric de Rosate et Pierre Jacobi

Charles de Miramon, Maaïke van der Lugt

► To cite this version:

Charles de Miramon, Maaïke van der Lugt. Peut-on parler d'une biologisation du droit de la parenté au Moyen Âge? La durée de la grossesse chez Cynus de Pistoie, Albéric de Rosate et Pierre Jacobi. Droits: Revue française de théorie juridique, 2023, 76, pp.31-55. 10.3917/droit.076.0031 . hal-04068006

HAL Id: hal-04068006

<https://hal.science/hal-04068006v1>

Submitted on 28 Sep 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Peut-on parler d'une biologisation du droit de la parenté au moyen âge ? La durée de la grossesse chez cynus de pistoie, Albéric de Rosate et Pierre Jacobi

Maaïke van der Lugt, Charles de Miramon

DANS **DROITS** 2022/2 (N° 76), PAGES 31 À 55
ÉDITIONS **PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE**

ISSN 0766-3838
DOI 10.3917/droit.076.0031

Article disponible en ligne à l'adresse
<https://www.cairn.info/revue-droits-2022-2-page-31.htm>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Flashez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Presses Universitaires de France.

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

PEUT-ON PARLER D'UNE BIOLOGISATION DU DROIT
DE LA PARENTÉ AU MOYEN ÂGE ?
LA DURÉE DE LA GROSSESSE CHEZ CYNUS DE PISTOIE,
ALBÉRIC DE ROSATE ET PIERRE JACOBI

Le premier alinéa de l'article 311 du Code Civil dispose que

la loi présume que l'enfant a été conçu pendant la période qui s'étend du trois centième au cent quatre-vingtième jour, inclusivement avant la date de la naissance. La conception est présumée avoir eu lieu à un moment quelconque de cette période suivant ce qui est demandé dans l'intérêt de l'enfant¹.

Les commentateurs actuels du droit de la famille remarquent le caractère quelque peu obsolète de cette présomption légale à une époque où les tests génétiques et les échographies permettent d'identifier l'auteur biologique d'un enfant et la date de conception. Ils voient désormais dans cette règle un moyen de préserver la « paix des familles »².

Le premier alinéa de l'article 311 condense d'anciennes règles du droit romain reprises et modifiées au cours des siècles³. Les pages qui suivent vont s'arrêter sur un épisode de cette longue histoire. Il s'agira moins de revenir sur l'histoire de la présomption de paternité que d'observer comment les débats sur la durée du terme permettent de s'interroger sur la biologisation du droit de la parenté au Moyen Âge⁴.

1. La circulaire de 2005 réformant la filiation n'a pas modifié cet article dans sa formulation de 1972.

2. François Terré, Charlotte Goldie-Genicon, Dominique Fenouillet, *Droit Civil : la famille*, Paris, Dalloz, 9^e éd., 2018, § 434.

3. Antoine Leca, « La genèse médicale et juridique de l'article 311 alinéa 1 du code civil (loi n°72-3 du 3 janvier 1972) », *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif*, 1994, n° 1, p. 139-149.

4. Anne Lefebvre-Teillard, « L'influence du droit canonique sur l'apparition d'une présomption de paternité », dans Orazio Condorelli, Franck Roumy et Mathias Schmoekel (éd.), *Der Einfluss der Kanonistik auf die Europäische Rechtskultur. Zivil- und Zivilprozessrecht*, Köln/Weimar/Wien, Böhlau, 2009, p. 249-264 ; Anne Lefebvre-Teillard, « *Pater is est quem nuptiae demonstrant*. Jalons pour une histoire de la présomption de

En effet, pour poser les limites d'une durée normale de gestation, les législateurs s'appuient sur les connaissances médicales de leur époque. Lors des travaux préparatoires à la loi de 1972 (et déjà en 1804), on consulta les obstétriciens pour savoir s'il convenait de modifier les durées légales du terme, pour finalement les conserver intactes. Plus lointainement, les jurisconsultes romains s'appuyaient sur Hippocrate. Le fragment *Septimo mense* du *Digeste* (D. 1.5.12) indique ainsi :

L'autorité du très savant homme Hippocrate a fait regarder comme parfait l'enfant (*perfectum partum*) né au septième mois (*septimo mense*). De là, il s'ensuit que celui qui naît au septième mois d'un légitime mariage est légitime.

Hippocrate est aussi convoqué pour expliquer que l'enfant né au minimum 182 jours après l'affranchissement de sa mère est considéré comme conçu en liberté (D. 38.16(17).3.12). Le *Digeste* accepte le droit à la succession d'un enfant né dans les dix mois après la mort du mari (D. 28.2.29) et rejette ce droit si plus de dix mois (*post decem menses*) se sont écoulés (D. 38.16(17).3.11). Ces délais ne se retrouvent pas nécessairement dans les coutumiers médiévaux qui donnent d'autres chiffres pour cette présomption légale¹.

Lorsque les professeurs de droit romain du XIV^e siècle commentent les passages du *Digeste* qui notent les durées du terme, ils s'interrogent non seulement sur la validité de ces plages de temps, mais aussi, plus largement, sur la place de l'autorité médicale dans le raisonnement juridique. Est-ce que le juge doit faire appel à l'expertise du médecin quand il y a un doute sur la paternité d'un enfant ? Le juriste doit-il utiliser l'obstétrique pour commenter ou corriger les informations qu'il trouve dans le *Corpus Iuris Civilis* ?

Ce pas vers la médecine n'était pas évident. De manière célèbre, au début du XIII^e siècle, Azon avait clôturé l'herméneutique juridique². Il s'était moqué du style fleuri de son élève, le provençal Bernard Dorne. Bernard argumentait un cas en citant un vers d'Ovide. Azon le rabroue. Les juristes doivent uniquement alléguer « les lois de Justinien » et certainement pas les poètes. Et Azon d'ajouter : « nous n'avons pas l'habitude de nous intéresser aux entrailles des femmes, c'est pour les

paternité » dans *Autour de l'enfant. Du droit canonique et romain médiéval au Code Civil de 1804*, Leiden, Brill, 2008, p. 185-197.

1. Fiona Harris-Stoerz, « Pregnancy and childbirth in Twelfth- and Thirteenth-century French and English law », *The Journal of the History of Sexuality*, 2012, n° 21, p. 263-281 ; Richard H. Helmholz, « Bastardy litigation in medieval England », *The American Journal of Legal History*, 1969, n° 13, p. 360-383.

2. Ennio Cortese, *Il Rinascimento giuridico medievale*, Rome, Bulzoni, 1996, p. 36-39.

médecins¹ ». Est-ce une allusion dépréciative à l'Hippocrate de *Septimo mense* ? Les débats juridiques médiévaux autour de la durée du terme sont en tout cas un poste d'observation pour évaluer la biologisation du droit de la parenté au Moyen Âge.

Il nous faut préciser ce que nous entendons par « biologisation ». Le mot « biologie » apparaît vers 1800 sous la plume de Lamarck et son utilisation pour le Moyen Âge peut sembler anachronique. On peut néanmoins délimiter un discours biologique étudiant les êtres vivants au croisement de la théologie, de la philosophie naturelle et de la médecine. Cette biologie n'est pas fondée sur l'observation et l'expérimentation, mais sur l'exégèse de textes (Aristote, Galien, Hippocrate, Avicenne). Il s'agit d'une biologie scolastique et anthropologique, car elle a pour ambition de fonder une science de l'homme. Les barrières entre le *ius commune* et la biologie médiévale sont moins élevées que celles aujourd'hui entre droit et science. Le théologien, le philosophe, le médecin et le juriste partagent une même méthode scolastique et une formation initiale commune. Néanmoins, la technicité grandissante des diverses branches de la scolastique ainsi que la volonté d'autonomie disciplinaire expliquent que si ces barrières ne sont pas infranchissables, elles restent bien présentes.

Il ne faudrait pas non plus imaginer ce discours biologique comme véhiculant nécessairement une pensée proto-génétique. Au contraire, l'anthropologie médiévale insiste sur l'unité du genre humain et sur l'individu ; elle s'inquiète peu de ce qui est spécifiquement transmis entre les géniteurs et le généré². Il faut attendre le XIV^e siècle pour que les lignes bougent. Si l'on tente d'écrire une histoire culturelle de l'hérédité au Moyen Âge, on est confronté à un paradoxe. Les sociétés d'Ancien régime sont profondément héréditaires dans leurs modes de reproduction sociale, mais elles ne se pensent pas comme telles. Les traités de noblesse des époques médiévale et moderne insistent longuement sur le fait que la noblesse est une vertu individuelle. L'historien sait pourtant bien qu'être noble, c'est d'abord être fils de noble. Il n'y a pas au Moyen Âge et à l'Époque moderne de pensée générale de l'hérédité ; le substantif est, du reste, une invention du XIX^e siècle³.

1. Azon, *Questio X* (éd. Ernst Landberg, *Die Quaestiones des Azo*, Fribourg i. B, Mohr, 1888, p. 74) : « [...] non licet allegare nisi Justiniani leges [...] nec consuevimus quaerere de intestinis mulierum quia illud physicorum est ».

2. *L'hérédité entre Moyen Âge et Époque moderne. Perspectives historiques*, Maaïke van der Lugt et Charles de Miramon (dir.), Florence, Sismel, 2008.

3. Carlos Lopez Beltrán, « Forging heredity : from metaphor to cause, a reification story », *Studies in History and Philosophy of Science*, 1994, n° 25, p. 211-235 ; *id.*, *El sesgo hereditario : ámbitos históricos del concepto de herencia biológica*, Mexico, Universidad Autónoma de México, 2004 ; Hans-Jörg Rheinberger et Staffan Müller-Wille, *Vererbung*.

Il y a cependant une hérédité avant l'hérédité et le XIV^e siècle marque un tournant en la matière. Différentes failles s'ouvrent dans le bloc de l'anthropologie chrétienne classique. On peut mentionner la conceptualisation par certains médecins de la notion de maladie héréditaire (*morbus hereditarius*) ou l'émergence de l'idée de sang noble ou royal. Ces failles se rejoignent pour témoigner d'une appétence des élites pour ce que l'on pourrait qualifier d'eugénisme domestique¹. Dans ces époques de guerres civiles qui frappent chaque pays l'un après l'autre et qui se nourrissent de nombreux conflits dynastiques, on perçoit une militarisation et une masculinisation de la noblesse. Ce groupe social se transforme en un état dans le sens des états de l'Ancien Régime. Ceci conduit à figer une frontière entre ceux qui sont nobles ou pas, entre ceux qui peuvent hériter de la couronne ou pas. Une nouvelle angoisse naît chez ces élites. Auront-ils une descendance mâle, en bonne santé, vertueuse, virile et fidèle ? Médecins, physiognomonistes et astrologues sont convoqués pour donner des bons conseils et conjurer le péril de la dégénérescence. Il faut s'inquiéter du moment de l'accouplement, du style de vie et du choix de la nourrice. Les élites sont beaucoup plus sensibles à la fin du Moyen Âge à leur reproduction héréditaire et cela influence en retour le discours biologique.

Dans un précédent travail, nous avons pu montrer comment Albert le Grand utilise les théories juridiques sur les interdits de parenté pour modifier certains aspects de sa théorie de la génération tout en biologisant les interdits juridiques. De même, le juriste Balde construit une doctrine sur les bâtards, nombreux et visibles dans les familles aristocratiques de cette époque, qui accorde une nouvelle importance à la filiation biologique par le sang par rapport à la filiation légitime². Balde semble illustrer une hypothèse qu'avait posée Yan Thomas dans ses travaux sur la paternité en droit romain³. Si le droit romain classique a forgé des notions comme le ventre (*venter*) qui ne nécessitaient aucun recours à la médecine et parfois s'opposaient à la vérité biologique, le

Geschichte und Kultur eines biologischen Konzepts, Francfort-sur-le-Main, Fischer Verlag, 2009 (trad. angl. 2012).

1. *L'hérédité entre Moyen Âge et Époque moderne [...]*, op. cit. Pour la notion d'eugénisme domestique et son application aux discours médiévaux, voir Maaïke van der Lugt, « Generation in the Middle Ages. Past, present, future », dans *Les sciences au Moyen Âge (XIII^e-XV^e siècle). Autour de Micrologus*, Agostino Paravicini Bagliani et Danielle Jacquart (éd.), Florence, Sismel, 2021, p. 365-387, ici p. 385-386.

2. Maaïke van der Lugt et Charles de Miramon, « Sang, hérédité et parenté au Moyen Âge : modèle biologique et modèle social. Albert le Grand et Balde », *Annales de démographie historique*, 2019, n° 137, p. 21-48.

3. Yan Thomas, *La mort du père. Sur le crime de parricide à Rome*, Paris, Albin Michel, 2017.

droit romain médiéval tend à rapprocher vie juridique et vie biologique¹. Mais là où Yan Thomas voyait une conséquence du christianisme, il nous paraît que c'est plutôt le tournant héréditaire du XIV^e siècle qui fait bouger les lignes des juristes.

Afin de mieux cerner les contours de cette biologisation du droit de la famille, nous allons étudier un nouveau cas. Il s'agira de jeter un coup de sonde dans l'immense mer du droit savant de la fin du Moyen Âge. Les sources sont abondantes, techniquement complexes, partiellement cartographiées et peu éditées. On est heureusement aidé par les importants articles d'Oswaldo Cavallar sur la place de la médecine chez les commentateurs du droit romain de la fin du Moyen Âge². Cavallar a suivi de nombreux fils dans les gloses des juristes et a édité plusieurs textes inédits ; il a montré combien la matière est vaste et les questions que pose la médecine en droit nombreuses.

Notre ambition sera plus réduite. On regardera le traitement du terme de la grossesse chez trois juristes contemporains, Cynus de Pistoie, Albéric de Rosate et Pierre Jacobi, et nous montrerons comment chacun à sa manière intègre un savoir biologique. Avant de rentrer dans le détail des textes, présentons succinctement ces trois personnages³.

Cynus de Pistoie est le plus célèbre des trois. Juriste, mais aussi poète, il naît vers 1270 dans une famille noble de Pistoie. Après des études de droit à Bologne, il s'engage dans une carrière politique avec son ami Dante dans le parti d'Henri VII de Luxembourg et parallèlement occupe différents postes de juge. En 1314, il obtient son doctorat à Bologne et à partir de 1321, il entame une carrière d'enseignant à Sienne, Pérouse puis Naples. À Pérouse, il a pour élève Bartole. Dans les ultimes années de sa vie, il revient à Pistoie où il meurt en 1336. Cynus a composé un commentaire massif sur le *Code*, mais nous nous intéresserons ici à sa *lectura* sur le *Digeste Vieux*, une œuvre de vieillesse peu diffusée, mais doctrinalement novatrice.

1. Yan Thomas, « *Fictio legis*. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », *Droits. Revue française de théorie juridique*, 1995, n° 21, p. 135-151 repris dans *id.*, *Les opérations du droit*, Paris, EHESS/Gallimard/Seuil, 2011.

2. Oswaldo Cavallar, « *La benefundata sapientia* dei periti : Feritori, feriti e medici nei commentari e consulti di Baldo degli Ubaldi », *Ius commune*, 2000, n° 27, p. 215-282 ; *id.*, « *Septimo mense*. Periti, medici e partorienti in Baldo degli Ubaldi », dans *VI Centenario della morte di Baldo degli Ubaldi 1400-2000*, Carla Frova, Maria Grazia Nico Ottoviani et Stefania Zucchini (éd.), Pérouse, Università degli studi, 2005, p. 365-460.

3. Hermann Lange et Maximiliane Kriechbaum, *Römisches Recht im Mittelalter. Band II. Die Kommentatoren*, Munich, Beck, 2007. Sur Cynus et Albéric voir les notices de Paola Maffei et Claudia Storti Storchi dans le *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, Bologne, Il Mulino, 2013.

Albéric de Rosate est plus jeune que Cynus d'une vingtaine d'années. Né vers 1290, il suit des études juridiques à Padoue avant de revenir à Bergame où il mènera une carrière politique, administrative et judiciaire. À partir des années 1340, il va se consacrer à l'écriture de son œuvre : des commentaires sur le *Code* et sur le *Digeste*, l'*Alphabetum*, un dictionnaire juridique novateur, et l'*Opus statutorum*, un traité qui rassemble différents cas disputés qui s'appuient sur le droit communal. Il meurt en 1360.

Notre dernier juriste est Pierre Jacobi, aussi connu dans l'historiographie comme Pierre Jame ou Pierre Jacmé¹. Il naît à Aurillac vers 1270 et fait des études de droit à Toulouse puis Montpellier. Il enseignera dans cette dernière ville tout en menant une carrière de juge ecclésiastique et séculier à Mende et au Puy. Il termine en 1311 une première version de sa *Practica*, un ouvrage de formules qui égrène des procès fictifs ou réels et qu'il mettra à jour tout au long de sa carrière. Il meurt sans doute en 1347.

Pierre Jacobi n'appartient pas au même monde que Cynus et Albéric. Les deux Italiens sont des exemples du prestige de la science juridique dans le monde communal. Laïcs, riches et célèbres, ils possèdent d'importantes bibliothèques et interviennent dans un milieu juridique brillant. La place du droit, et en particulier du droit savant, est centrale dans le pouvoir communal et il y a une forte valorisation de la virtuosité en la matière. Pierre Jacobi est un personnage plus modeste. Clerc mineur marié et père de famille², peut-être pourvu des ordres majeurs après un veuvage³, il poursuit une carrière honorable, mais pas remarquable. Il représente ce que l'on peut nommer la scolastique moyenne, un savoir scolaire qui n'est pas obsédé de nouveautés et qui se veut adapté à l'enseignement et aux réalités du métier d'avocat et de juge. De même, dans la première moitié du XIV^e, la médecine savante est de manière générale plus spéculative en Italie qu'à Montpellier, où l'on

1. Les meilleures notices biographiques sont celles de Louis de Carbonnières dans le *Dictionnaire historique des juristes français (XIX^e - XX^e siècle)*, Paris, Puf, 2015 et de Paul Fournier, « Pierre Jame (Petrus Jacobi) d'Aurillac, jurisconsulte », dans *l'Histoire littéraire de la France*, t. XXXVI, Paris, Imprimerie nationale, 1927, p. 481-521.

2. Pour la preuve de son statut marital et sa descendance, voir Fournier. « Pierre Jame (Jacobi) [...] », art. cité, p. 487. L'hypothèse selon laquelle Jean Jacmé, médecin montpelliérain qui apparaît dans les sources à partir de 1364 et fut chancelier de l'Université de médecine en 1378 serait un descendant de Pierre Jacobi ne se fonde en revanche que sur la communauté du nom.

3. Pierre Jacobi a obtenu un bénéfice ecclésiastique important et a exercé les fonctions d'official. On peut supposer qu'il a été promu à un ordre majeur (cf. Fournier, « Pierre Jame (Jacobi) [...] », art. cité, p. 488-489), à moins qu'il n'ait bénéficié de dispenses.

privilège les *practicae*, un genre qui comme son nom l'indique se veut pratique¹.

CYNUS DE PISTOIE

À la fin de sa vie Cynus travaille à une *lectura* sur le *Digeste Vieux*. Cette œuvre sans doute inachevée n'a pas été très diffusée ; on n'en connaît que deux manuscrits fragmentaires. Domenico Maffei qui a redécouvert cette *lectura* a noté son originalité².

Cette originalité éclate dans le commentaire de Cynus sur *Septimo mense*. La Glose d'Accurse se bornait à expliquer qu'il fallait comprendre « au septième mois » comme à partir de six mois et un jour et à ajouter, en s'appuyant sur D. 38.16(17).3.12, une seconde borne temporelle à la fin du dixième mois (*usque ad decimum mensum finitum et non ultra*)³. *Septimo mense* intéresse finalement peu les juristes. Ainsi, Jacobus Butrigarius (m. 1348), professeur à Bologne et contemporain de Cynus, le saute dans sa *lectura*⁴. Cynus, au contraire, va développer un long commentaire sur ce fragment.

Il débute en disant que la question de la légitimité intéresse non seulement les familles, mais aussi l'État qui doit veiller à la transmission des titres de noblesse et à l'ordre des successions⁵. Cynus note ensuite que le terme au septième mois provient de l'autorité du « très docte » Hippocrate. En ce qui concerne les « naissances parfaites », il faut donc s'appuyer sur les « médecins très doctes »⁶. Cynus insère

1. La figure du médecin montpelliérain Arnaud de Villeneuve montre toutefois le danger d'exagérer les différences entre la médecine montpelliéraine et celle italienne. Sur le milieu médical de Montpellier et une typologie de la production montpelliéraine de textes médicaux, voir la synthèse de Geneviève Dumas, *Santé et société à Montpellier à la fin du Moyen Âge*, Leiden/Boston, Brill, 2015, p. 171-189.

2. Domenico Maffei, *La lectura super Digesto veteri di Cino da Pistoia. Studio sui mss Savigny 22 e Urb. Lat. 172*, Milan, Giuffrè, 1963.

3. *Glossa ad D. 1.5.12 (Corpus iuris civilis cum Glossis Accursii*, Lyon, 1627, col. 50).

4. Jacobus Butrigarius, *Lectura ad D. 1.5.12 (Jacobus Butrigarius, Commentaria... in quam plurimos iuris communis titulo*, Rome, 1617, p. 17 ; Bologne, Collegio di Spagna, ms. 272, fol. 5r).

5. Cynus, *Lectura ad D. 1.5.12* (Berlin, Staatsbibl., Preußischer Kulturbesitz, ms. Savigny 22, fol. 46v) : « Quia rei publice et private interest nasci partus legitimos propter honores et statum familiarum et successionem ».

6. *Ibid.* : « Et ideo si ex matrimonio septimo mense nascitur iustus filius reputetur et perfectus partus, scilicet naturaliter et veritaliter (?). Et doctissimi omnium medicorum et ideo qua (!) perfectus nascitur credendum est presumptioni legis ».

alors une digression sur la valeur de l'expertise qui reprend une glose déjà présente dans son commentaire sur le *proemium* du *Digeste*¹. Si l'on a une interrogation sur une question médicale, il faut recourir à l'expertise d'un médecin, pas n'importe lequel mais « un très savant »². Il donne ensuite d'autres exemples d'expertise : celle de l'architecte, de la sage-femme, du joaillier et de l'artisan. Cynus s'inscrit dans un mouvement général de la société médiévale et de son droit qui valorise l'expertise et lui accorde un haut niveau probatoire³.

Cynus revient ensuite à la question du terme. Quelle amplitude donner à ce délai alors que les textes du *Digeste* et certaines gloses semblent contradictoires ? Après avoir conclu avec Accurse qu'« au septième mois » c'est six mois et un jour, faut-il entendre les dix mois dont il est question dans D. 38.16(17).3.11 comme neuf mois et deux jours ou plus généreusement dix mois et deux jours⁴ ? Il avoue ne pas savoir répondre et il va demander l'avis d'un expert :

Et comme je voulais être informé plus en détail, je me suis enquis de ce point auprès d'un maître distingué en médecine, c'est-à-dire maître Gentile da Foligno, professeur à l'époque à l'Université de Pérouse qui m'a répondu par lettre⁵.

Cynus insère ensuite in extenso le contenu de cette lettre – le *consilium* de Gentile – et termine ainsi son commentaire sur *Septimo mense*. Au milieu d'une *lectura* de droit romain, on trouve des pages de médecine savante ! Cela mérite que l'on s'y arrête.

1. Cynus, *Lectura ad D. proem.*, v^{is} « quis amplius quam vos cognoscit » (ms. cité, fol. 5r).

2. « No. quod si de medicina queratur, peritissimi medici consulendi sunt et ideo non sufficit quilibet medicus sed optimus elligendus est cui iudicio standum est ».

3. Mario Ascheri, « *Consilium sapientis, perizia medica e res iudicata* : Diritto dei «dottori» e istituzioni comunali », dans *Proceedings Fifth Inter. Congress of Medieval Canon Law*, Stephan Kuttner et Kenneth Pennington (éd.), Vatican, Biblioteca Apostolica Vaticana, 1980, p. 533-579 ; Cavallar, « *Septimo mense* [...] », art. cité, *passim* ; Yves Mausen, « *Ex scientia et arte sua testificatur* : À propos de la spécificité du statut de l'expert dans la procédure judiciaire médiévale », *Rechtsgeschichte. Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*, 2007, n°10, p. 127-135.

4. L'ajout de deux jours aux mois pleins s'inspire par analogie des 182 jours d'Hippocrate dans D. 38. 38.16(17).3.12, sachant que 182 jours correspondent à six mois de trente jours plus deux jours. Pour la durée du mois, voir Jules Roussier, « La durée normale de la grossesse », *Droits de l'antiquité et sociologie juridique : mélanges Henry Lévy-Bruhl*, Paris, Sirey, 1959, p. 245-256.

5. « Unde ego uolens plenius informari quesui de his ab egregio magistro in medicina uidelicet a magistro Gentili da Fulgino legenti tunc in studio perusino qui responsit michi per epistolam » (ms. cité, fol. 47r).

GENTILE DA FOLIGNO

Gentile est l'un des médecins savants les plus en vue de son temps¹. Il est surtout connu pour son commentaire sur le *Canon* d'Avicenne, une vaste encyclopédie médicale arabe, traduite en latin à la fin du XII^e siècle, et qui se trouve au cœur du curriculum de la médecine savante médiévale². Les professeurs de médecine en Italie partagent avec leurs collègues juristes une activité lucrative et prestigieuse. Ils donnent des *consilia*, consultations écrites dans lesquelles ils donnent un avis informé sur un cas précis. La renommée de Gentile se mesure par le nombre important de *consilia* que nous avons conservés de lui dont l'un traite de la licéité de l'avortement thérapeutique³.

Gentile et Cynus ont été collègues à Pérouse et Gentile s'adresse au juriste comme à un ami. Cela n'a rien d'étonnant. Dans les villes italiennes, les élites médicales et juridiques se fréquentent et se partagent. On y trouve de véritables dynasties de professeurs qui se partagent entre Esculape et Justinien. Balde (m. 1400), avait un père médecin et sa bibliothèque personnelle contient des livres d'Aristote, sans doute issus de l'héritage paternel. L'oncle maternel de Cynus de Pistoie est médecin. Ce contexte sociologique explique en partie l'ouverture des juristes au savoir médical.

La lettre de Cynus à Gentile n'est pas conservée. La réponse prend la forme d'un petit traité sur la durée de la gestation⁴. Comme nous

1. Maria Luisa Ceccarelli Lemut, s.v. « Gentile da Foligno », *Dizionario degli Italiani*, 53 (2000) (en ligne).

2. Roger French, *Canonical Medicine: Gentile da Foligno and Scholasticism*, Leiden, Brill, 2001.

3. Romanus Johannes Schaefer, « Gentile da Foligno über die Zulässigkeit des artifiziiellen Abortes », *Archiv für die Geschichte der Naturwissenschaften und der Technik*, 1913, n° 6, p. 321-328 (texte de la question p. 325-326). Voir aussi Wolfgang P. Müller, *The Criminalization of Abortion in the West. Its Origins in Medieval Law*, Ithaca/New York, Cornell University Press, 2012, p. 160-161.

4. Ce *consilium* est connu comme le *Tractatus de temporibus partus*. Il est daté entre la fin de l'année 1325, début de l'enseignement de Gentile à Pérouse, et 1336, date de la mort de Cynus. Sauf indication contraire, nous utilisons l'édition d'Hermann Kantorowicz, « Cino da Pistoia ed il primo trattato di medicina legale », *Archivio storico italiano*, 1906, n° 37, p. 115-128, ici p. 123-124 (réimpr. dans *id.*, *Rechtshistorische Schriften*, Helmut Coing et Gerhard Immel (éd.), Karlsruhe, Verlag C. F. Müller, 1970), fondée sur le ms. Venezia, Biblioteca nazionale Marciana, lat. VI.218 (2468), fol. 177r-178r et sur l'impression vénitienne du *consilium* en 1520 dans les *Quaestiones et tractatus extrauagantes clarissimi domini Gentilis de Fulgineo*. Gentile est également l'auteur d'un second *consilium* sur la durée variable de la grossesse, conservé dans Città del Vaticano, Biblioteca Apostolica Vaticana, Vat. Lat. 2470, fol. 230r-232r, Munich, Bayerische Staatsbibliothek, CLM 7609, fol. 144vb-146va et dans l'imprimé de 1520. Ce *consilium* demande

l'avons dit, Cynus l'a recopié verbatim dans son commentaire. Ce *consilium* circule aussi largement tant dans les manuscrits juridiques que dans ceux médicaux¹.

Dans son *consilium*, Gentile insiste sur la grande variabilité de la durée de gestation chez l'homme. Entrent en jeu la constitution physique (la « complexion » ou tempérament) de la femme, celle du fœtus, le style de vie et d'autres facteurs circonstanciels. Gentile reprend et synthétise les théories en vigueur à son époque (pour l'essentiel des héritages de la médecine et la philosophie naturelle grecques et arabes)² et tente en bon scolastique de concilier les autorités lorsqu'elles se contredisent.

En effet, les textes médicaux médiévaux recopient différents calendriers de l'embryogenèse et du rythme de la gestation. La gestation y est découpée généralement en trois phases : la formation, l'apparition du mouvement, et le temps total de la grossesse ou « temps de complétion » du fœtus. Le moment de l'apparition de la forme varie selon le sexe du fœtus (les filles sont censées se former plus lentement que les garçons) et selon la durée totale de la grossesse³.

Selon la plupart des calendriers de grossesse, le « temps de complétion » du fœtus est variable : de sept ou neuf ; ou de sept, neuf ou dix mois. L'absence d'un temps de complétion de huit mois ne tient pas au hasard. Selon une tradition médicale d'origine hippocratique que les médecins scolastiques connaissent bien, et que Gentile rapporte également, le fœtus né au huitième mois n'est pas viable⁴. Une nais-

si la naissance à dix jours avant la fin du neuvième mois peut être qualifiée de naturelle. Inc. : *An anticipans partus vel natus decem diebus a nono mense completo sit naturalis partus vel natus perquis a me*. Gentile renvoie vraisemblablement à ce second *consilium* à la fin de sa lettre à Cynus : « Tractatum istum vobis scribo, quia alterum tractatum quondam de ista materia feci, et valde longum, et ascendit ad alias speculationes » (éd. cit., p. 297).

1. Pour les manuscrits, voir la notice s.v. « Gentilis de Fulgineo medicus v. 1322, m. 28.6.1348 » sur le portail *Mirabile* <http://www.mirabileweb.it/title/de-temporibus-partus-title/129666>. Sans prétention à l'exhaustivité, on peut y ajouter Città del Vaticano, Biblioteca Apostolica Vaticana, Vat. Lat. 2289, fol. 277r-277v ; Vat. Lat. 8690, fol. 150-151 et Paris, BnF, nal 1253, fol. 78r-80r.

2. Pour ces théories, voir M. Anthony Hewson, *Giles of Rome and the Medieval Theory of Conception. A Study of the De formatione corporis humani in utero*, Londres, Athlone Press, 1975 ; Roussier, « La durée normale de la grossesse », art. cité ; *id.*, « Opinions anciennes sur les grossesses prolongées (Antiquité, Moyen Âge) », *Études d'histoire du droit privé offertes à Pierre Petot*, Paris, Montchrestien/Dalloz/Sirey, 1959, p. 473-480.

3. Hewson, *Giles of Rome* [...], *op cit.*

4. Le traité hippocratique *De l'enfant de huit mois* n'a pas été traduit en latin, mais l'Occident latin connaît la tradition dès le XII^e siècle grâce au résumé proposé par le *Pantegni*, theorica, III.33, ms. La Haye, Koninklijke Bibliotheek, 73 J 6, fol. 20r ; éd. dans *Omnia opera Ysaac*, Lyon, 1515, fol. 14r. Voir aussi Aristote, *Historia animalium*,

sance à ce stade est aussi dangereuse pour la vie de la mère¹. La raison en est la suivante : au septième mois, les fœtus bougent fortement et commencent à vouloir sortir ; parmi ceux qui parviennent à rompre les membranes qui les entourent et à naître à ce stade, les plus vigoureux auront une chance.

Au septième mois, le fœtus est donc potentiellement viable. Le *Digeste* fait certainement référence à cette tradition hippocratique dans les passages que nous avons cités plus haut. Si le fœtus ne naît pas au septième mois, l'effort l'aura cependant affaibli et le huitième mois de la grossesse lui sera nécessaire pour reprendre ses forces.

Cette théorie hippocratique peut se comprendre, en termes actuels, comme une manière de placer la grossesse sous le signe du déterminisme. Elle explique la survie de certains fœtus prématurés, la mortalité périnatale de fœtus pourtant nés proche du terme et la mort en couches, surtout dans les cas où cette mort est inattendue.

Ce déterminisme est renforcé par la diffusion d'une rationalisation astrologique de la théorie hippocratique. Selon cette théorie d'origine arabe diffusée en Occident à partir du XII^e siècle, le sort paradoxal du fœtus du huitième mois s'explique par l'influence néfaste de Saturne. Le fœtus est un microcosme et chaque mois de la gestation est placé sous le signe d'une planète particulière dont l'influence sur les différentes parties du corps dépend des qualités élémentaires qui lui sont traditionnellement associées. Saturne, planète froide et sèche, gouverne au huitième mois et est incompatible avec la vie, alors que le septième mois se place sous l'influence favorable de la Lune². Certains médecins ajoutent aux influences astrales une rationalisation numérologique en soulignant le caractère défavorable du chiffre huit³.

Aujourd'hui, nous situons tous les fœtus par rapport à un terme et un rythme de développement morphologique et physiologique uniques.

VII.4.584b ; Avicenne, *Canon*, III.21.1.2, éd. Venezia, 1507 (réimpr. Hildesheim, 1998), fol. 361v.

1. Aristote, *Historia animalium*, VII.4.584b ; Pietro d'Abano, *Conciliator*, dif. 47, propter tertium, éd. Venezia, 1565 (réimpr. Padova, 1985), fol. 73v.

2. Charles S. F. Burnett, « The planets and the development of the embryo », dans *The Human Embryo. Aristotle and the Arabic and European Traditions*, Gordon R. Dunstan (ed.), Exeter, University of Exeter Press, 1990, p. 95-112. Voir aussi Maaïke van der Lugt, *Le ver, le démon et la vierge. Les théories médiévales de la génération extraordinaire*, Paris, Belles Lettres, 2004, p. 88. Gilles de Rome cite les explications astrologique et hippocratique : *De formatione humani corporis in utero*, cap. 16, éd. Romana Martorelli Vico, Florence, Sismel, 2008, p. 176-177. Les deux traditions se retrouvent dans les *De secretis mulierum*, cap. 2, éd. José Pablo Barragán Nieto, Porto, Fédération Internationale des Instituts d'Études Médiévales, 2011, p. 288-290 et cap. 5, p. 378-380.

3. Par exemple, Pietro d'Abano, *Conciliator*, dif. 49, éd. citée, fol. 73v-74r.

Nous estimons les chances de survie à durée de gestation égale selon un certain nombre de critères : l'écart par rapport à la naissance à terme, le poids et le sexe du fœtus, la disponibilité d'une prise en charge médicale et technique, etc. Les retards de croissance et de développement par rapport à la norme statistique sont des anomalies susceptibles de refléter de graves problèmes de santé, voire de compromettre la survie du fœtus. Le dépassement du terme est dangereux en raison du vieillissement du placenta.

La théorie hippocratique se rapproche de ces notions modernes, malgré le trou étrange du huitième mois. Selon Hippocrate, seuls les plus vigoureux des enfants nés au septième mois survivent. Le fœtus né au septième mois est donc un prématuré. Pourquoi les grossesses ne durent pas plus de dix mois ? Pour Hippocrate, la femme ne produit désormais plus assez de sang pour subvenir aux besoins du fœtus, d'autant plus que son corps transforme tout ce sang en lait pour préparer la naissance. Manquant de nourriture, devant respirer et trop à l'étroit, le fœtus bouge pour sortir¹.

Les calendriers antiques, arabes et médiévaux de l'embryogenèse dont Gentile se fait également l'écho véhiculent une interprétation différente de la notion de terme et de viabilité. Contrairement à Hippocrate, ces calendriers postulent une corrélation entre la durée variable de la grossesse et le rythme du développement de l'embryon. Cette idée provient directement ou indirectement d'Aristote qui explique que certains fœtus se développent plus rapidement ou plus lentement que d'autres. Il s'agit d'une particularité humaine. À la différence des animaux, les êtres humains diffèrent beaucoup entre eux en complexion, mode de vie et alimentation. Ils sont aussi, plus que les animaux, soumis à l'impact des émotions et de l'imagination. Le climat exerce aussi une influence sur le rythme de maturation du fœtus². Gentile commence son *consilium* en mettant l'accent sur cette spécificité de la génération de l'homme.

Dans cette théorie de la variabilité du rythme de développement, le terme devient une notion relative et la naissance à terme et la viabilité tendent à se superposer : un fœtus qui naît vivant au septième mois est précoce plutôt que prématuré et un fœtus qui naît vivant au bout de dix mois n'a pas dépassé son terme. Cette exacerbation de l'individua-

1. Gentile da Foligno, *Tractatus de temporibus partus*, éd. citée, p. 123-124, 127 ; Pietro d'Abano, *Conciliator*, dif. 47, propter tertium, éd. citée., fol. 73r-73v.

2. Aristote, *Historia animalium*, VII.4.584a-584b ; Albert le Grand, *De animalibus*, IX.2.5, éd. citée, t. 15, p. 724 ; Gilles de Rome, *De formatione*, cap. 16, éd. citée, p. 177-178 ; Gentile da Foligno, *Tractatus de temporibus partus*, éd. citée, p. 123.

lité de chaque naissance s'accorde bien avec d'autres aspects de la théorie médiévale de la génération.

L'essentiel des débats des médecins médiévaux porte sur les divergences entre les autorités relatives à l'impossibilité d'une naissance vivante au huitième mois, avant le septième mois et après dix mois de gestation. Aristote connaissait la théorie hippocratique du fœtus du huitième mois, mais avance que ces enfants peuvent survivre en Égypte grâce à la robustesse des femmes locales. Avicenne reprend ces arguments et rapporte des cas de naissances vivantes au sixième, huitième, onzième, voire quatorzième mois. Comme la plupart des médecins scolastiques, Gentile accepte ces nouvelles informations. Si la mère et le fœtus sont forts et en bonne santé, leur survie est possible au huitième mois. Avec des soins adaptés, certains fœtus très prématurés peuvent survivre. Certaines femmes ont assez de sang pour nourrir le fœtus au-delà de dix mois et certains fœtus ont besoin de moins d'air et de nourriture que d'autres et peuvent rester plus longtemps dans l'utérus. Enfin, il faut comprendre les chiffres des calendriers comme des plages plutôt que comme des points¹. Toutes les grossesses prolongées ne sont donc pas dues à des erreurs de calcul de la mère. Gentile da Foligno conclut, après avoir passé en revue les autorités, que leur contradiction n'est qu'apparente. Si Hippocrate parle de ce qui arrive en règle générale (*ut plurimum*), Aristote et Avicenne décrivent des cas exceptionnels (*quandoque*)².

Les durées du terme présentes dans le droit doivent être corrigées par l'expertise médicale, seul guide fiable pour les cas particuliers. Gentile termine son *consilium* par une revendication d'expertise médicale dans le domaine judiciaire. En cas de doute sur la paternité, les juges (*iuris periti*) doivent faire appel aux médecins experts (*medici probi*). Ceux-ci observeront la constitution (*complexio*) du nourrisson et de la mère, et en tenant compte de la variabilité du rythme du développement du fœtus et de la durée de la grossesse. Ils détermineront alors la durée de la grossesse et donc le moment de la conception. On pourra

1. Gentile da Foligno, *Tractatus de temporibus partus*, éd. citée., p. 127 : « Tertium autem est res in qua multum dubitatur et dico, quod quando phylosofi dicunt natum in VII°, IX° uel X° mense, non intelligunt hoc puntaliter, quia ante complementum et post complementum possunt nasci et viuere et dicunt naturaliter nati ».

2. Gentile da Foligno, *ibid.*, p. 126 : « Ad concordandum autem istos dicas, quod sermo Ypocratis ut plurimum uerificatur, sermo autem Aristotelis quandoque, ut ipsemet Aristoteles ponit. Non enim est inconueniens quod aliquis fetus in matrice sit debilis et tarde informationis et quod mulier habet sanghuinem sufficientem pro toto tempore quo ibi moratur, siue sit XI uel ultra, ut dixit Auicenna ».

ainsi trancher entre naissance adultérine ou légitime¹. Il propose implicitement ses services aux juges. On peut se demander quelle fut la réaction d'un des premiers lecteurs de Cynus et donc du *consilium* de Gentile, Albéric de Rosate.

ALBÉRIC DE ROSATE

Albéric de Rosate est sans doute le romaniste médiéval le plus ouvert aux sources extra-juridiques. Lorsqu'il commente *Septimo mense*, il ouvre sur son pupitre la *lectura* sur le *Digeste Vieux* de Cynus qu'il possède dans sa bibliothèque². Il reprend la trame du commentaire de Cynus, même s'il ne le cite pas nommément. Il lui emprunte la glose sur l'expertise des médecins, mais il va aller plus loin et s'attaquer à mots couverts au monstre sacré Azon. Albéric explique qu'un juriste peut très bien alléguer les philosophes et les poètes³. Albéric se moque d'Azon et des prétentions d'omniscience des Glossateurs. Il écrit : « les Glossateurs étaient des hommes et ils peuvent se tromper. Du reste, ils se contredisent souvent ». Et, il ajoute : « Je pense que l'on peut alléguer les gloses et les œuvres des docteurs *probabiliter* dans les procès, mais qu'ils n'apportent pas une preuve nécessaire⁴ ». Dans la

1. La conclusion du *consilium* de Gentile présente d'importantes variantes et des erreurs selon les versions et les manuscrits. Dans certains manuscrits le texte suggère que Cynus avait dans sa demande proposé un cas concernant deux frères, dont l'un est accusé d'avoir engrossé l'épouse de l'autre. Gentile da Foligno, *Tractatus de temporibus partus*, éd. citée, p. 128 : « Et istud multum facit ad fratrum excusationem. Ergo, Domine Cyne, quando de his cadit questio inter iuris peritos, accipiant medicos probos, qui, considerata complexione pueri nati et mulieris, poterunt dicere : sit natus ex marito uel ex fratre ». Dans d'autres versions, la formulation est de portée plus générale. Par exemple, Munich, Bayerische Staatsbibliothek, CLM 7609, fol. 147rb : « Et istud multotiens facit adulterii excusationem. Ergo, karissime, cave ne in hiis promptus sis in iudicando. Sed quando in talibus cadit questio inter viros (sic!) peritos, accipiantur probi viri (sic!) qui considerata complexione pueri nati et mulieris poterint dicere si adultere ex utero vel marito legitime natus sit partus ».

2. Giovanni Cremaschi, « Contributo alla biografia di Alberico da Rosciate », *Bergomum*, 1956, n° 50 fasc. 1, p. 3-102, ici p. 98.

3. Albéric de Rosate, *Lectura ad D. 1.5.12* (éd. Venezia, 1585 = réimpr. Bologne, Forni, 1974, fol. 48v) : « Allegatur l. ista, quod peritis in arte sua credendum est, sicut dicit iurisconsultus de Ypocrate [...] Item allegatur, quod auctoritates philosophorum et poetarum possunt in causis allegari ». Voir aussi sa *Lectura ad D. proem.*, v^{is} « quis amplius quam vos cognoscit » (éd. citée, fol. 5r) inspirée de la *lectura* de Cynus.

4. Albéric de Rosate, *ibid.* : « Puto quod glossa et opera Doctorum possint in causis probabiliter allegari, non quod inducant necessitatem [...] ».

scolastique, *probabiliter* renvoie à l'idée d'une opinion doctrinale majoritaire¹. Albéric ramène la valeur du droit savant à sa juste mesure. Les philosophes peuvent aussi dans leur domaine poser du *probabiliter*.

Après ce plaidoyer pour l'ouverture du droit aux autres sciences, Albéric de Rosate en vient au « septième mois ». Il ne mentionne pas le traité sur la variabilité du terme de Gentile da Foligno, mais s'appuie sur un texte embryologique de plus grande ampleur, le *De formatione humani corporis in utero* de Gilles de Rome². Membre de l'ordre des Ermites d'Augustin, Gilles de Rome est avant tout un théologien. Pourtant, il écrit entre 1285 et 1295 à une période difficile de sa carrière universitaire parisienne un traité embryologique. Ce *De formatione* sera rapidement considéré comme un classique, y compris par les philosophes et les médecins ; il est amplement diffusé. Gentile da Foligno le cite d'ailleurs nommément³. Albéric reprend à Gilles de Rome l'idée que l'enfant peut naître à sept, neuf ou dix mois⁴. Il renvoie au lemme *menses* de son *Alfabetum* pour décider s'il faut utiliser la valeur de 30 ou 31 jours pour la longueur du mois⁵. Il glisse cependant sur les grossesses exceptionnellement courtes ou longues qui avaient provoqué les interrogations de Cynus.

Il va préférer insérer un compendium des solutions à une question classique posée dans les facultés de droit du XIV^e siècle. Berta est mariée à Titius. Titius meurt et le jour de sa mort, Berta se remarie à Sempronius sans respecter le délai de viduité. Un fils naît au septième, neuvième ou onzième mois. Sempronius meurt. Est-ce que ce garçon hérite de Titius, de Sempronius, des deux ou d'aucun des deux ? Faut-il prendre en considération le témoignage de la mère ? Si l'enfant est né dans la maison de Sempronius est-ce que cela induit une présomption de paternité ? Azon et Dynus de Mugello avaient argumenté qu'en équité le garçon pouvait hériter des deux pères putatifs.

1. Sur la catégorie du *probabiliter* : Peter von Moos, « Introduction à une histoire de l'endoxon », dans *Lieux communs, topoï, stéréotypes, clichés*, éd. Christian Plantin, Paris, Kimé, 1994, p. 3-16.

2. Gilles de Rome, *De formatione humani corporis in utero*, éd. citée. Le traité de Gilles de Rome ne se trouve pas dans le catalogue de la bibliothèque d'Albéric édité par Cremaschi, « Contributo alla biografia [...] », art. cité.

3. Gentile da Foligno, *Tractatus de temporibus partus*, ed. citée, p. 296-297 : « Tamen Egidius Romanus inuit, quod si aliquid capiat de mense, quod sufficiat, ut si nascatur in VI mensibus et aliquibus diebus de septimo ».

4. Albéric de Rosate, *Lectura ad D. 1.5.12* (ed. citée) : « et quando partus possit edi 7, 9 et 10 mense vide in libro fratris Aegidii de formatione corporis humani c. 16 ».

5. Albéric de Rosate, *Alfabetum*, s. v. « menses » (Albéric de Rosate, *Dictionarium iuris*, Venise, 1573, non fol.). Sur les différents modes de calcul du mois, voir Roussier, « La durée normale de la grossesse », art. cité.

Jacques de Belvise (m. 1335) propose une autre solution¹. Il élude curieusement la question du terme. Il est supposé que l'enfant pourrait dans les trois cas de figure (la naissance au septième, neuvième ou onzième mois depuis le mariage avec le second mari) avoir l'un ou l'autre mari pour père. Le témoignage de la mère est écarté, sous prétexte qu'elle peut se tromper. Jacques de Belvise ne soulève pas l'argument que l'enfant né au septième mois rentre dans le cadre prévu par le *Digeste*, alors que la légitimité du fœtus du onzième mois vis-à-vis du premier mari pose question. Au bout du compte, il propose de fonder la paternité sur la ressemblance du bébé avec Titius ou avec Sempronius. Il reconnaît que le doute subsiste quand la ressemblance n'est pas flagrante. D'autres considérations, dont notamment les notions d'équité et l'intérêt de l'enfant et d'éventuels autres enfants doivent alors être prises en compte par le juge.

Albéric résume la question de Jacques de Belvise. Il ajoute, en se réclamant de Gilles de Rome, que le critère de la ressemblance s'applique surtout si l'enfant est masculin. L'enfant masculin ressemble en règle générale au père, alors que la fille s'apparente plutôt à la mère².

L'ouverture d'Albéric aux autorités médicales se confirme dans d'autres contextes. Il insère ainsi dans son commentaire à *Qui in utero* (D. 1.5.7) ses propositions sur une question sur l'avortement volontaire ou accidentel qui circulait parmi les juristes³. Titius frappe au ventre Berta qui va ensuite avorter. Les statuts communaux punissent de mort les meurtriers. Titius a-t-il commis un homicide ? C'est le

1. La question de Jacques de Belvise est éditée en annexe de Cavallar, « *Septimo mense* [...] », art. cité, p. 451-460.

2. Albéric de Rosate, *Lectura ad D. 1.5.12* (éd. citée) : « Dicit eum succedere illi cui similis est, et hoc posset esse vero in masculum, quia naturaliter assimilatur patri ; sed femina matris, et rationem quare vide pulcherrime in libro fratris Egidii ordinis heremitarum in libro quem composuit de formatione humani corporis c. 19 Quare partus assimilatur aliquando patri, aliquando matri, aliquando neutri ». Les juristes n'acceptent pas toujours le critère de la ressemblance : Anne Lefebvre-Teillard, « Sur un *consilium* de Paul de Castre » dans *ead.*, *Autour de l'enfant*, *op. cit.*, p. 200 ; Silvia De Renzi, « Resemblance, paternity, and imagination in Early Modern courts », dans Staffan Müller-Wille et Hans-Jörg Rheinberger (éd.), *Heredity Produced. At the Crossroads of Biology, Politics, and Culture, 1500-1870*, Cambridge (Mass.), MIT Press, 2007, p. 61-83.

3. Albéric de Rosate, *Lectura ad D. 1.5.7* (éd. citée, fol. 47r) et aussi Albéric de Rosate, *Opus statutorum*, 3.59 (éd. *Tractatus de statutis diversorum autorum*, Francfort-sur-le-Main, 1606, p. 245-48). Sur cette question : Mario Conetti, « Quando inizia la vita. Diritto, teologia e filosofia naturale in una *quaestio* di Alberico da Rosciate in tema di aborto », *Parva naturalia. Saperi medievali, natura e vita*, Chiara Crisciani, Roberto Lambertini, Romana Martorelli Vico, Pise, Istituti editoriali e poligrafici internazionali, 2004, p. 399-420.

juriste milanais Signorolo de Homodeis qui pose le premier cette question en 1341-1342. Jacobus Brutigarius donne ensuite sa solution¹. Albéric note que pour qualifier l'acte, il est important de savoir à quel moment de la grossesse l'embryon prend forme. La doctrine théologique et juridique se fonde sur la distinction entre l'embryon formé et non formé. L'avortement d'un embryon formé est depuis le XII^e siècle progressivement assimilé à un crime et à un homicide dans le droit romano-canonique. Le calcul de ce moment fait l'objet d'opinions diverses, d'autant plus qu'il varie, comme nous l'avons vu plus haut, selon le sexe du fœtus et la durée de la grossesse. Devant cette cacophonie, Alberic recommande à son lecteur de recourir au chapitre quinze du traité de Gilles de Rome qui présente, selon lui, la synthèse des opinions des théologiens, des médecins et des philosophes à ce sujet².

Albéric est un esprit curieux. Son utilisation de Gilles de Rome témoigne de sa culture encyclopédique et de sa volonté d'intégrer l'expertise médicale dans l'édifice juridique. Malgré tout, l'utilisation du *De formatione* modifie peu les solutions retenues.

Les orientations doctrinales d'Albéric ont sans doute aussi un arrière-plan personnel. Il est d'abord un apôtre du familialisme qui infuse le droit romain médiéval³. Le familialisme d'Albéric, c'est la défense des lignages patrilinéaires ou « maisons » du patriciat urbain. Dans un développement sur le droit statutaire, il justifie l'exclusion successorale des filles dotées : « il est d'utilité publique que la dignité et la mémoire des familles et des agnats soient conservées [...] ; cette dignité est conservée par la richesse et diminuée par la pauvreté [...] ; la famille se conserve par les mâles⁴ ». À la tête de cet effort de conservation, le père de famille. Au lemme « famille » de son *Alphabetum*, Alberic explique que « le père de famille doit diriger et corriger sa maison »

1. Müller, *The Criminalization of Abortion in the West, op. cit.*, p. 90-95 et *id.*, *Die Abtreibung. Anfänge der Kriminalisierung 1140-1650*, Cologne, Böhlau, 2000, p. 99-111.

2. Albéric de Rosate, *Lectura ad D. 1.5.7* (éd. citée, fol. 47r) : « si quis de ista materia vult habere plenissime et subtiliter et opinionones omnium theologorum, philosophorum et medicorum recurrat ad quendam librum compositum a fratre Egidio Romano ordinis heremitarum sancti Augustini quem intitulavit de formatione corporis humani 15 cap. quomodo formetur fetus humanus in utero et de tempore formationis. »

3. Sur ce familialisme : Manlio Bellomo, *Profili della famiglia italiana nell'età dei comuni*, Rome, Senato della Repubblica, 2022 (orig. 1966).

4. Albéric de Rosate, *Opus statutorum* 2.107 (éd. citée, fol. 157r). Voir Claudia Storti Storchi, « La condizione giuridica delle donne della famiglia nelle strategie testamentarie di Alberico da Rosciate (1345-1360) », *La condizione giuridica delle donne nel medioevo*, Trieste, CERM, 2012, p. 53-94, ici p. 56.

et il renvoie aux moralistes Guillaume Peyraut et Vincent de Beauvais¹. La *patria postestas* est d'abord la *pietas* du père envers ses enfants qui lui doivent en retour révérence et obéissance, mais elle a quelque chose de mystique : « elle est inestimable [...] et on la dit sacrée »².

Albéric a mis en pratique son familialisme. Lui et sa femme Anesia ont engendré huit enfants, cinq garçons et trois filles. Dans une série de cinq longs testaments entre 1345 et 1360, il va arranger et réarranger sa succession avec l'espoir déçu de fonder une lignée de grands juristes³. Quelques mois avant sa mort, il teste une ultime fois. Il organise pour une large partie de son patrimoine un fidéicommissaire entre ses cinq fils et leurs descendants mâles. Pour succéder au fidéicommissaire, ses petits-fils ne doivent pas seulement être légitimes, mais provenir de la chair (*ex corpore*) de ses fils. La peur de l'adultère et de la bâtardise empoisonne l'esprit du vieillard. Son troisième fils, le chanoine Riccardo, est en concubinage notoire avec une certaine Franzeschina. Albéric exclut spécifiquement de sa succession les possibles enfants de Riccardo et Franzeschina, même s'ils sont légitimés par mariage subséquent. Riccardo ne pourra pas aliéner de patrimoine sans l'autorisation de ses frères et de sa mère⁴. La monarchie patriarcale se brise sur l'incapacité de la transmission biologique de la ressemblance d'Albéric et sur l'ingratitude filiale du clerc concubinaire.

PIERRE JACOBI

Comparé à la verve et la culture encyclopédique d'Albéric, le *Liber* ou *Practica libellorum* du juriste montpelliérain Pierre Jacobi est d'une facture plus modeste et pratique. Jacobi s'adresse aux étudiants et aux avocats. Pour une série de procès réels ou hypothétiques se déroulant à Montpellier, il propose la formule du libelle, l'acte très codifié où le demandeur avance ses prétentions et qui doit être remis par le juge au défendeur. Viennent ensuite les positions des avocats des deux parties et les contradictions possibles. Enfin, Jacobi termine par un modèle de sentence. La structure adoptée pour chaque cas n'est pas rigide. Le juriste montpelliérain s'autorise des digressions et des détours afin de

1. Albéric de Rosate, *Alfabetum*, éd. citée, s. v. « familia ».

2. Albéric de Rosate, *Comm. in C. 8.46.3* (éd. *In secundam Codicis Commentaria*, Venise, 1585, fol. 168v) et Bellomo, *Profili [...]*, *op. cit.*, p. 23-32.

3. Storti Storchi, « La condizione [...] », art. cité.

4. Cremaschi, « Contributo alla biografia [...] », art. cité, p. 63.

renforcer le caractère systématique de son exposé. L'œuvre eut un grand succès et fut imprimée jusqu'à la fin du XVI^e siècle¹.

Dans le chapitre qui nous intéresse, Jacobi part d'un libelle assez simple. Titius a deux enfants, Petrus et Martinus. Titius meurt après avoir légué une maison à Petrus et institué Martinus comme héritier universel. Petrus réclame en justice à Martinus sa légitime². À partir de ce point de départ, Jacobi va monter en complexité. Quelles sont les règles de calcul de l'actif net successoral et de la quarte légitime ? Que faire si le droit coutumier local ne connaît pas l'institution de la réserve héréditaire ? Enfin, il envisage la possibilité d'un enfant posthume.

Martinus soulève une exception à la demande de Petrus. À la mort de leur père, leur mère était enceinte. Tant que cette grossesse n'est pas parvenue à son terme, Martinus ne peut donc pas remettre à son frère sa légitime, mais une avance sur l'héritage. C'est l'occasion pour Jacobi de présenter la règle de D. 5.4.3 sur le calcul de cette avance. Le jurisconsulte Paul y explique qu'il existe des cas de quadruplés, quintuplés et même des septuplés. Néanmoins, le droit suppose que la mère enceinte d'un posthume est grosse de triplés. Le ventre compte donc pour trois parts dans le calcul de l'avance. Au terme de la grossesse, en fonction du nombre d'enfants, les montants des parts sont réévalués à la hausse ou à la baisse³.

C'est à partir de cette question des grossesses multiples que Jacobi va glisser vers des considérations biologiques. Paul dans D. 5.4.3 parle de septuplés, mais D. 46.3.36 en s'appuyant sur Aristote (*Historia animalium*, 7.4.584b33) avance une limite physiologique de cinq fœtus, en justifiant ce nombre par le nombre de cellules de l'utérus.

Pierre Jacobi ne résout pas la contradiction, mais renvoie pour D. 5.4.3 à la théorie courante dans la gynécologie médiévale selon laquelle l'utérus est divisé en sept cellules⁴. Est-ce que Jacobi l'a lue

1. Pour les manuscrits et éditions de l'œuvre, voir Fourmier, « Pierre Jame (Petrus Jacobi) d'Aurillac, jurisconsulte », art. cité, p. 492-495.

2. Pierre Jacobi, *Practica aurea libellorum*, rubrica 51, Cologne, 1575, p. 203-211.

3. Thomas, *La mort du père*, op. cit., p. 96-97.

4. *Ibid.*, p. 206 : « Item ponit Reus, quod licet praedictus pater eorum non haberet nisi duos filios, scilicet ipsum et actorem, ipse tamen dimisit uxorem suam praegnantem et nescitur, quot pueri nascentur, quia secundum Aristotelem quinque possunt nasci, quia quinque receptacula sunt in matrice mulieris, ut ff de solutionibus l. si pater meus [D. 46.3.36]. Vel possunt nasci septem ut ff si pars haeredi. pet. l. antiqui libero [D. 5.4.3] et sic sunt in matrice septem receptacula, licet Aristoteles dixerit de quinque ». Pour la tradition médicale de l'utérus à sept cellules et les critiques médiévales de cette théorie, voir Fridolf Kudlien, « The seven cells of the uterus : the doctrine and its roots », *Bulletin of the History of Medicine*, 1965, n° 39, p. 415-423 ; R. Reistert, *Der siebenkamme-*

dans un livre ? À moins qu'il ait posé cette question à un collègue. Montpellier est un centre important d'enseignement de la médecine à cette époque. Pierre Jacobi a dû croiser Arnaud de Villeneuve, Bernard de Gordon ou Gérard de Solo, pour ne mentionner que les médecins montpelliérains les plus connus¹.

Jacobi introduit alors une longue digression sur la génération, et en particulier sur le développement du fœtus et la durée de la grossesse, « pour autant que ce sujet touche au droit civil (*quantum tangit ius civile*) »². Jacobi s'appuie sur le calendrier astrologique de la gestation évoqué plus haut. Il reprend l'idée que le fœtus est viable au septième mois, grâce à l'influence de la lune et la perfection du chiffre sept ; et n'est pas viable au huitième mois, à cause de l'influence funeste de Saturne. Cette théorie circule largement depuis le XII^e siècle dans les sources médicales et encyclopédiques. Il est à nouveau délicat de déterminer la source exacte de Pietro Jacobi³. Il termine en revenant sur les grossesses multiples, en signalant, avec un renvoi à D. 5.4.3, que la femme peut concevoir à nouveau dans les quarante premiers jours de la grossesse. Paul relate en effet le cas d'une femme enceinte de quintuplés, dont le cinquième naquit quarante jours après les quatre premiers. Le juriste romain intègre ici une idée largement partagée. Dans l'*Histoire des animaux* (VII.4.585a), Aristote admet la superfétation pour expliquer les grossesses multiples où les jumeaux diffèrent sensiblement par la taille, le poids et l'apparence et associe la superfétation à la lascivité de la femme et à l'adultère. Il semble toutefois que Pierre Jacobi ne connaît pas la théorie aristotélicienne sur la superfétation sinon par son écho rapporté par Paul dans le *Digeste*.

Pierre Jacobi truffe son calendrier de la gestation d'allégations au droit romain, à la Glose et aux textes de droit canonique. Bien plus que les médecins, il développe la question de l'infusion de l'âme, certainement en raison de l'enjeu juridique de cette question. Jacobi ajoute d'ailleurs des références aux textes juridiques sur l'avortement. Pour le septième, huitième et neuvième mois de la grossesse, on

rige Uterus. Studien zur mittelalterlichen Wirkungsgeschichte und Entfaltung eines embryologischen Gebärmuttermodells, Pattensen, Horst Wellm, 1986.

1. Sur les maîtres de Montpellier, voir Michael McVaugh, Juan Martinez Gazquez et Luis Garcia Ballester, « Guillem de Béziers and his *Informatio scholaribus suis* », *History of Universities*, 2003, n° 18, p. 1-33 ; Dumas, *Santé et société à Montpellier [...]*, *op. cit.*, *passim*. Comme signalé plus haut, l'hypothèse selon laquelle le médecin universitaire Jean Jacmé/Jame serait un descendant de Pierre Jacobi est fragile.

2. Pierre Jacobi, *Practica aurea libellorum*, éd. citée, p. 206-207.

3. Nous avons comparé les formulations de Pierre Jacobi avec les sources indiquées dans Charles Burnett, « The planets and the development of the embryo », art. cité, ainsi qu'avec Gilles de Rome et Gentile da Foligno.

retrouve les passages du *Digeste* sur les enfants posthumes ou nés peu de temps après le mariage dont il a été question plus haut, mais aussi une référence à la grossesse de la Vierge qui aurait duré neuf mois et cinq jours. Il s'agit ici sans doute de signaler que la grossesse du dixième mois reste dans la norme.

Jacobi distingue entre présomption juridique et vérité biologique. Ainsi l'enfant né au plus tôt au deuxième jour du septième mois du mariage est légitime, même s'il a pu être conçu deux ou trois mois avant le mariage et par un autre homme que le mari. Pour un enfant né au huitième mois qui survit, on présume que le mari en est le père et qu'il s'agit d'un enfant né au septième mois de la gestation, même s'il est possible qu'il ait en réalité été conçu un ou deux mois avant le mariage par un autre homme. Le droit privilégie l'hypothèse la plus favorable pour l'enfant. On ne retrouve pas ici l'idée avancée par Gentile selon laquelle le médecin serait en mesure de déterminer la durée courte ou longue de la grossesse en observant la mère et l'enfant, et ainsi le moment de la conception. Pierre Jacobi n'envisage pas non plus de regarder les ressemblances avec le mari défunt et il ignore les implications de la superfétation pour la présomption de la paternité.

Pierre Jacobi envisage cependant un cas limite où l'autorité médicale le conduit à s'écarter du cadre de la présomption légale de paternité. Voici ce cas : Titius se marie avec Berta, consomme le mariage et meurt aussitôt ; à moins qu'il subisse une castration bi-latérale ou parte en pèlerinage à Jérusalem. Si Berta accouche au huitième mois après le mariage d'un enfant qui meurt aussitôt, ce dernier est considéré légitime. Mais si l'enfant survit, il n'est pas légitime, car il s'agit alors soit d'un enfant du septième mois, donc conçu après la mort, le départ ou la castration du mari, soit d'un enfant du neuvième ou du dixième mois et donc conçu avant le mariage par un autre homme que Titius¹.

Jacobi expose ensuite les leçons juridiques que l'on peut tirer de ce calendrier concernant la légitimité de l'enfant posthume ou né peu de temps après le début du mariage. Ces considérations sont également utiles, affirme-t-il, quand il s'agit de déterminer la pension alimentaire qu'il faut attribuer à l'enfant sur les biens du père, ou de savoir qui

1. Pierre Jacobi, *Practica aurea libellorum*, éd. citée, p. 207-208 : « Item si praedictus Titius, contracto matrimonio cum Berta, certa die concuberit primo cum ea, et ibidem mortuus est, vel abscissi sunt ei ambo testiculi, vel ivit ultra mare ad sanctum sepulchrum, si praedicta Berta pariat [...] in octavo mense, si statim moriatur partus ille, iudicabitur tunc fuisse illius Titii, sed si nascatur vitalis, talis non iudicabitur tunc fuisse illius Titii, sed praesumetur de septem mensibus, vel de novem, vel de decem, et sic ab alio viro conceptus et non a praedicto Titio ».

hérite des biens de la mère si elle meurt en couches avant le décès de son enfant ¹.

Nous avons vu plus haut que tant Gilles de Rome que Gentile da Foligno nuancent, à la suite d'Aristote, fortement l'idée de la non-viabilité de l'enfant de huit mois. Il s'agit d'une tendance générale dans la médecine scolastique. Pierre Jacobi reprend en revanche la théorie à la lettre et en tire toutes les conséquences juridiques, y compris celles qui sont défavorables à l'enfant. Au nom du savoir médical, se crée ainsi une brèche dans la doctrine de la présomption légale de la paternité. Bizarrement, Jacobi n'envisage pas que l'enfant du neuvième ou dixième mois puisse être l'enfant naturel de Titius, légitimé par le mariage subséquent de ses parents ².

Pierre Jacobi termine en offrant sa solution au conflit entre Petrus et Martinus. Il s'inspire des coutumes en matière de droit successoral de la région de Montpellier. La sentence qu'il propose distingue deux cas. Soit, le droit local autorise l'exclusion successorale des enfants dotés. C'est le cas à Montpellier et Petrus qui a déjà reçu une maison n'est donc pas héritier réservataire ³. Si le droit local n'envisage pas cette exclusion des enfants dotés, alors Petrus a droit à la légitime. Néanmoins, le posthume est exhéredé et n'a le droit qu'à un legs. Il semble en effet que la pratique successorale du Midi est de considérer que s'il y a des héritiers vivants, le posthume n'a le droit qu'aux aliments ; il n'est pas plus avantage qu'un adultérin ⁴.

1. *Ibid.*, p. 208 : « Et praedicta ad sciendum sunt utilia, si quaeratur de alimenti tali partui praestandis de bonis dicti Titii. Item, sunt utilia, si mortua matre, quae semper certa est, cui et ille partus successit, quaritur de bonis illius partus, cui dictus Titius seu illi de genere suo debeant ei succedere. Item sunt utilia, si quaeratur, an ille partus fuerit suus, vel non, et ita, an debeat ei succedere vel non ».

2. Sur l'hésitation de la jurisprudence quant à la légitimation par mariage subséquent des prématurés : Pierre Petot, *Cours d'histoire du droit privé. Les enfants dans la famille*, Paris, Les cours de droit, 1947-1948, p. 10-11. Sur les effets successoraux de cette légitimation : Lefebvre-Teillard, *Autour de l'enfant, op. cit.*, p. 366-367.

3. Jean Hilaire, *Le régime des biens entre époux dans la région de Montpellier du début du XIII^e siècle à la fin du XVI^e siècle*, Montpellier, Causse, Graille et Castelnaud, 1957, p. 350-356.

4. Pierre Jacobi, *Practica aurea libellorum*, éd. citée, p. 211 « Quia oppositum fuit, quod uxor remansit pregnans, queritur, si nascantur posthumi, an rumpatur testamentum. Et dico, quod si fuerunt legitime instituti, ipsi non rumpent testamentum [...]. Si autem non inveniatur legitime instituti, rumpetur testamentum, cum fuerint nati et non ante [...]. Nunc dico generaliter quod liberis preteritis rumpitur testamentum, vel est nullum et regulariter non debentur legata vel fideicommissa. [...] Hodie vero, licet testamentum rumpatur, quantum ad institutionem, cetera tamen firma permanent. Et sic hodie, filio preterito, debentur nihilominus legata et fideicommissa ». Sur les dispositions testamentaires pour les posthumes : Philippe Maurice, *La famille en Gévaudan au XV^e siècle*, Paris, Publications de la Sorbonne, 1998, p. 135-136. Le posthume est nourri

Trois juristes du XIV^e siècle, Cynus, Albéric, Pierre Jacobi, recourent au savoir médical de leur époque pour discuter des durées du terme provenant du droit romain. Quelles leçons peut-on en tirer ?

Il faut d'abord distinguer le juriste de Montpellier de ses collègues transalpins. Jacobi est caractéristique des tendances de la scolastique moyenne qui intègre les différentes autorités de la scolastique dans un savoir simplifié, dont les angles sont plus tranchants. Jacobi ne cite pas ses sources médicales ; souvent ses connaissances sont indirectes et proviennent de ses sources juridiques. Il mélange droit et discours biologique pour produire un guide pratique qui doit conduire la décision du juge. La prise en compte au pied de la lettre de la tradition hippocratique de la non-viabilité de l'enfant du huitième mois fragilise la présomption de la paternité. Pierre Jacobi n'envisage pas le recours à l'expertise médicale pour trancher des cas douteux.

Chez Cynus et Albéric, le savoir médical ou biologique possède un statut différent. Les commentateurs compilent une masse considérable d'informations : gloses, lectures, *consilia*, répétitions, mais aussi textes médicaux ou philosophiques. Ces collectionneurs aiment ceux qui traitent *plene, pulcherrime* ou *prolixo* d'un sujet. Si pour Jacobi le savoir médical doit permettre de réduire la complexité, c'est pour eux, au contraire, un moyen d'accroître les possibilités du système.

Il est donc dangereux d'isoler les commentaires sur *Septimo mense* et d'en tirer une leçon générale sur la biologisation du droit de la parenté. Les conséquences de l'intégration du savoir médical sur la génération ne sont ni univoques, ni nécessaires. Le savoir médical permet de réduire, mais aussi d'étendre la présomption de paternité des naissances posthumes. Les professeurs italiens de droit romain sont des magnats et l'idéologie qui sous-tend leurs gloses est en phase avec celle des élites contemporaines. Ils sont influencés par le tournant héréditaire et accueillent le discours biologique. Pourtant, ils promeuvent aussi les « maisons » nobiliaires, cette entité substantielle qu'Élie Haddad qualifie de crypto-corporation¹. Les artifices du droit doivent permettre la survie des « maisons » malgré les aléas de la reproduction biologique².

dans la famille paternelle ; à son émancipation le garçon recevra un legs minimal, une fille un legs plus important pour lui constituer sa dot.

1. Élie Haddad, « Qu'est-ce qu'une "maison" ? De Lévi-Strauss aux recherches anthropologiques et historiques récentes », *L'Homme*, 2014/4, n° 212, p. 109-138.

2. Robert Descimon, « Don de transmission, indisponibilité et constitution des lignages au sein de la bourgeoisie parisienne du XVII^e siècle », *Hypothèses*, 2007/1, n° 10, p. 413-422.

Achevons notre propos par un rapide examen du destin du commentaire de Cynus à *Septimo mense* et de la revendication de Gentile. Bartole de Sassoferrato (1313-1357) le résume dans son long commentaire sur *Gallus*, un passage complexe du *Digeste* que les professeurs considèrent comme un pont aux ânes :

Lorsqu'il commenta [D. 1.5.12] dans cette ville, le seigneur Cynus consulta maître Gentile. Celui-ci lui répondit de manière prolixie (*per multa verba*) pour conclure qu'un enfant peut être légitime si sa naissance dépasse de quelques jours (*per paucos dies*) les dix mois. Et il décrit également des cas merveilleux (*aliquod mirabile*), où la femme accouche au douzième ou treizième mois. Mais c'est rare et le droit ne les admet pas (*quod iura nostra non admittunt*), mais il faut laisser ces cas aux médecins (*Sed hoc phisicis relinquendum est*)¹.

Bartole tire de sa lecture de Gentile à travers Cynus la leçon que dans les procès les durées du terme doivent être calculées avec une marge d'appréciation.

Un peu plus loin dans son commentaire à *Gallus*, il propose au juge une méthode afin de déterminer si une veuve est enceinte et a droit aux aliments sur la succession de son défunt mari. Il faut d'abord regarder s'il y a des signes manifestes de grossesse. Dans le cas contraire, il faut regarder si la femme a coutume d'avoir des grossesses longues ou courtes. Si après un laps de temps, il n'y a toujours pas de signes de grossesse, on peut recourir à l'expertise du médecin ou de la sage-femme. En dernier lieu, il faut revenir aux durées communes². Il s'agit d'une norme coutumière qui doit correspondre au cours habituel de la nature. La variabilité du terme devient une nouvelle illustration de l'adage *consuetudo est altera natura* (« l'habitude est une seconde nature »)³. Les grossesses longues sont donc possibles, même si elles sont des merveilles qui doivent être validées par les médecins pour que le juge puisse s'écarter de la norme habituelle fondée sur le cours commun de la nature.

1. Bartole de Sassoferrato, ad D. 28.2.29 pr. (Bartolus, *Commentaria*, Venezia, 1602, t. 3, fol. 93r).

2. *Ibid.* : « Puto ergo quod prius inspicienda sunt signa conceptionis [...]. Si ista signa non apparerent, tunc standum esset consuetudini mulieris in quanto tempore consuevit parere [...]. Sed si ista non apparent tunc esset commitendum medicis, vel obstetricibus peritis in arte illa [...]. Quod si illud non appare[n]t recurrendum est ad illud quod frequentius accidit ».

3. Maaïke van der Lugt, « L'autorité morale et normative de la nature au Moyen Âge », dans *La nature comme source de la morale au Moyen Âge ead.* (éd.), Florence, Sismel, 2014, p. 3-40.

Balde de Ubaldis (1327-1400) dans son commentaire sur *Septimo mense* s'appuie aussi sur Cynus et lui reprend sa position favorable à l'autorité médicale. Sur les grossesses qui sortent des normes, il avance

qu'il est pieux de présumer être vrai quelque chose qui est possiblement vrai [...] en cas de doute, il faut considérer comme légitime celui né d'un mari et de son épouse¹.

L'autorité de la médecine permet d'élargir la présomption de paternité. Les durées du terme ne conduisent nullement à une présomption irréfragable.

Cette leçon ne sera pas oubliée par les juristes des siècles suivants. En 1653, le Parlement de Paris juge le cas de Renée de Villeneuve, fille posthume, née onze mois après la mort de son père, le sieur de Boisgroleau. Le neveu de Boisgroleau reluque l'héritage de son oncle et conteste la légitimité de Renée. L'avocat de Renée va se lancer dans une brillante et savante plaidoirie². De nombreuses raisons expliquent cette grossesse de onze mois :

De la part de l'enfant, la faiblesse du sexe féminin, de la part de la mère, la mélancolie causée par la mort inopinée de son mari et les persécutions de ses héritiers et de la part du père, la considération de son âge qui était de 62 ans lors de la conception de son enfant.

L'avocat développe ensuite longuement la théorie médiévale de la génération encore d'actualité à cette époque. Il cite Aristote, Avicenne et des médecins plus récents, mais aussi

Gentilis grand médecin consulté par Cynus grand jurisconsulte <qui> lui répondit que quelquefois les femmes accouchaient dans le douzième mois selon que le rapporte Barthole.

La cour fut convaincue par tant de science et Renée jugée légitime³.

1. Balde de Ubaldis, ad D. 1.5.12 (Baldus, *In primam Digest. Vet. Partem*, Venise, 1577, fol. 31r).

2. *Journal des principales audiences*, Paris, 1733, t. 1, p. 562-564.

3. Au XIX^e siècle, la jurisprudence sera beaucoup plus stricte sur la durée du terme : René Lalou, *Étude de la maxime infans conceptus pro nato habetur en droit français*, Paris, A. Rousseau, 1904, p. 16-22.