

Cet article est disponible en ligne à l'adresse :

http://www.cairn.info/article.php?ID_REVUE=ANNA&ID_NUMPUBLIE=ANNA_576&ID_ARTICLE=ANNA_576_1431

La valeur des choses. Le droit romain hors la religion

par Yan THOMAS

| Editions de l'EHESS | Annales. Histoire, Sciences Sociales

2002/6 - 57e année

ISSN 0395-2649 | ISBN 978-2-7132-1780-7 | pages 1431 à 1462

Pour citer cet article :

— Thomas Y., La valeur des choses. Le droit romain hors la religion, Annales. Histoire, Sciences Sociales 2002/6, 57e année, p. 1431-1462.

Distribution électronique Cairn pour les Editions de l'EHESS.

© Editions de l'EHESS. Tous droits réservés pour tous pays.

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.

La valeur des choses

Le droit romain hors la religion

Yan Thomas

Dans le droit romain, pour l'essentiel dans le *Corpus iuris civilis* (et sans m'interdire de recourir à d'autres types de sources), j'envisage la constitution juridique des choses soit, très précisément, le statut que confèrent aux « choses » (*res*) les procédures par lesquelles elles sont qualifiées et évaluées comme biens. Une histoire de ces pratiques dévoile un monde étonnamment homogène et abstrait. Selon la jurisprudence des deux ou trois premiers siècles de notre ère, où se reformulent des dispositifs plus anciens, c'est sous le rapport presque exclusif d'une valeur patrimoniale et réalisable que les « choses » se considèrent. Leur régime est d'appartenir régulièrement et d'emblée à une sphère sociale d'appropriation et d'échange qui se manifeste par excellence dans la procédure civile, où les biens se qualifient et s'évaluent. Pourtant, les textes affirment rarement de manière explicite cette réduction des *res* aux biens appropriés et échangés. Il est exceptionnel de voir qualifier positivement les choses de *res in patrimonio nostro*, expression qui ne se rencontre guère que dans la littérature didactique des *Institutes*¹. Quant à la formule *res in commercio*, dont use et abuse pourtant la romanistique, elle n'est pas attestée une seule fois dans la masse des sources juridiques latines.

Cette étude doit beaucoup aux travaux décisifs de Maurice Godelier sur le don et l'échange. Qu'il trouve ici le témoignage de ma reconnaissance.

1 - GAIUS, *Institutes* [GAIUS], II, 1 (= *Institutes de Justinien [Inst.]*), II, 1, pr. ; voir GAETANO SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano. Le Cose*, I, Milan, Giuffrè, 1945, p. 34.

Ce n'est pas que la disponibilité des *res* à ces deux fonctions associées n'ait pas été pensée. La question en est posée cas après cas, procès après procès, à propos des contrats, des obligations, des gages, de la propriété, des servitudes, des successions, des dispositions onéreuses et gratuites, opérations qui toutes se rapportent au patrimoine et relèvent du commerce, au sens précis de circuit juridique englobant l'échange onéreux et le don. La procédure civile, surtout, appréhende les *res* comme des biens qui s'estiment après avoir été qualifiés – ce qui explique pourquoi *res* et *bona*, *res* et *pecunia*, *res* et *merces*, voire *res* et *pretium* si souvent s'équivalent, et plus encore pourquoi *res* désigne d'un même mot la chose et le procès, la valeur et la procédure par laquelle elle s'établit : là se repère la forme pratique où s'est d'abord forgé le concept même de *res*. C'est que le caractère patrimonial et marchand des *res* n'a été explicitement formulé que d'une manière négative.

On ne voit s'affirmer en effet cette vocation premièrement patrimoniale des *res* que par contraste avec le régime d'indisponibilité dont elles sont exceptionnellement frappées en droit sacré comme en droit public. Pour que soit ouvertement exposée leur nature juridique de choses évaluables, appropriables et disponibles, il faut que certaines d'entre elles aient été retranchées de l'aire d'appropriation et d'échange, puis affectées aux dieux ou à la cité, selon un mode d'investissement et de thésaurisation commun au monde antique mais qui n'a trouvé sa véritable expression juridique, et peut-être sa conceptualisation, qu'à Rome. C'est alors que la jurisprudence d'époque impériale qualifie ces biens, selon une formule paradoxale et qui n'a pas toujours été comprise, de « choses relevant d'un patrimoine qui n'appartient à personne » (*res nullius in bonis*)²; c'est alors qu'elle les qualifie aussi de « choses dont l'aliénation est interdite » ou, selon une expression plus constante, de « choses desquelles il n'y a pas commerce ».

Il faut commencer par apprécier la signification de telles enclaves en regard du régime juridique ordinaire d'appropriation et d'échange d'où elles sont écartées, ce qui impose d'étudier leurs modes concrets de fondation et leurs règles pratiques d'administration – au-delà des catégorisations classificatoires et des statuts figés auxquels, trop souvent, les historiens du droit bornent leurs enquêtes sur les choses. Alors seulement peut être comprise la portée d'un dispositif en réalité central dans l'économie générale du droit romain : l'institution de réserves sanctuarisées fait apparaître, par contraste, le reste du monde, qui n'est autre que celui du droit privé, comme vierge de sacralité et de religion. Là, toutes choses s'approprient, s'aliènent et relèvent de procédures civiles d'évaluation.

Une fois caractérisées les choses patrimoniales du point de vue de celles qui ne le sont pas, et ce dispositif complexe décrit dans son ensemble, il s'agit de tenter de comprendre l'idée même d'une constitution juridique des choses en général. S'impose alors une réflexion sur la définition juridique des *res* selon leur

2 - *Nullius in bonis* : GAIUS, II, 7a (= *Digeste* [D.], 1, 8, pr.), MARCIEN, 4 *institutionum*, D. 1, 8, 6, 2 (= *Inst.* 2, 1, 7); voir UBALDO ROBBE, *La differenza sostanziale fra « res nullius » e « res nullius in bonis » e la distinzione delle « res » pseudo-marciane*, Milan, Giuffrè, 1979.

valeur, et plus encore sur les procédures par lesquelles cette dernière s'établit. Le droit romain, loin de désigner comme *res* les choses du monde extérieur, les qualifie juridiquement de « choses » en ce qu'il les saisit dans un procès – dont le nom, *res*, renvoie en même temps à la « chose » mise en cause et à la « mise en cause » de la chose. Autant et peut-être plus que dans l'échange, c'est là que s'établissent leur qualification juridique et leur valeur de choses, et que se comprend leur traitement de choses estimables et marchandes ou de choses inestimables et réservées.

En bref, je propose ici une approche procéduraliste, plutôt que substantia- liste, du droit romain, et suggère que ce droit offre une vue déjà formaliste et abstraite de l'économie, fort contrastée par rapport à celle que présente l'anthropologie historique des mondes anciens. Si on ne comprend pas que l'histoire du droit participe d'une histoire des techniques et des moyens par lesquels s'est produite la mise en forme abstraite de nos sociétés, on manque pratiquement tout de la singularité de cette histoire et tout de la spécificité de son objet.

La sanctuarisation des choses inappropriables

Il n'est pas indifférent que, pour formuler la nature patrimoniale et marchande des *res*, le droit romain ait emprunté le détour de leur mise en réserve, de leur affectation exceptionnelle à la cité ou aux dieux. Détour par les aires étroitement circonscrites du public et du sacré pour organiser et penser l'état de commerce comme antérieur, et non l'inverse. Aucun interdit d'appropriation ne se formulait en dehors de cette aire instituée par un acte du droit public ou sacré. La définition de telles réserves, leur délimitation par des procédures qui engageaient des magistrats, des rites et l'assistance de tout un personnel sacerdotal, mais aussi par des tracés où se conjugaient techniques du droit et de l'arpentage – techniques qui servaient à qualifier un bien, à instituer une affectation et à mesurer l'espace dans les limites duquel il était ainsi compris –, cette sanctuarisation, en somme, libérait tout le reste.

Pour le comprendre, il n'est pas inutile de commencer par l'unique texte (un passage célèbre des *Institutes* de Gaius, démembré et remanié dans les *Institutes* de Justinien, à travers lesquelles il fut commenté pendant des centaines d'années, des premières Sommes du XII^e siècle à la découverte du manuscrit de Vérone en 1816); là se trouve manifestement énoncé, vers les années 160 de notre ère, le principe d'une division des choses en patrimoniales et extrapatrimoniales (*vel in nostro patrimonio sunt vel extra nostrum patrimonium habentur*). Sur cette division première s'enchaîne aussitôt une autre qui se trouve être présentée, contradictoirement avec la place seconde qu'elle occupe dans l'exposé, comme la *summa divisio*: les choses s'y répartissent de tout autre façon, entre droit divin et droit humain (*aliae sunt divini iuris, aliae humani*) – les premières se distribuant à leur tour entre les trois zones du sacré (lieux et choses consacrés aux dieux célestes), du religieux (lieux de sépulture, réservés aux dieux mânes) et du saint (les enceintes urbaines

et castrales), tandis que les secondes, celles de droit humain, s'ordonnent entre les sphères publique et privée (*aut publicae sunt aut privatae*).

Un simple regard sur la correspondance entre les deux plans sur lesquels, d'après le texte de Gaius, se disposent les catégories du droit romain des *res*, montre aussitôt que les choses sacrées, religieuses, saintes et publiques sont toutes extrapatrimoniales; mais que ce qui les oppose à la sphère privée ne leur est pas entièrement commun: seules les choses sacrées, religieuses et saintes s'en distinguent à un titre supplémentaire, celui du droit divin.

De même, dans cette autre manière d'indiquer l'imparfaite articulation des deux systèmes:

II, § 9: *Ce qui est de droit divin n'est dans les biens de personne (nullius in bonis); ce qui est de droit humain est le plus souvent dans les biens de quelqu'un (alicuius in bonis)*. II, § 11: *Les choses publiques semblent n'être dans les biens de personne (nullius in bonis): elles sont censées appartenir à la totalité même des citoyens (ipsius universitatis). Les choses privées sont celles qui appartiennent à des individus (singulorum hominum)*.

Pour que les cinq espèces du sacré, du religieux, du saint, du public et du privé (qui sont de véritables qualifications, puisqu'à chacune d'elles correspond un statut) ne chevauchent pas deux systèmes d'opposition incompatibles, mais s'alignent sur un plan d'opposition univoque, il faudrait abandonner soit la division du patrimonial et de l'extrapatrimonial, ce qui obligerait à classer le public avec le privé, la cité avec les individus, soit la division du divin et de l'humain, ce qui permet de classer – en laissant ici les sépultures et les murailles – le public avec le sacré. Ce dernier système est seul attesté par les sources, et on va en voir toute l'importance pratique.

Le public et le sacré dans la jurisprudence d'époque impériale

Le droit romain atteste un voisinage juridique constant entre le public et le sacré, termes qui qualifient communément les lieux et les choses soustraits aux maîtrises individuelles. Cette proximité n'est certes pas une originalité exclusive de Rome, qui la partage avec le monde grec. Cependant, l'expression qu'en donne le droit romain lui confère une signification historique singulière, que nous serions bien en peine d'analyser si ne nous avait pas été transmis le corpus de la jurisprudence latine. Les juristes ne considéraient en effet les choses publiques et sacrées (auxquelles s'adjoignent les choses religieuses et saintes) que sous l'angle de leur inaliénabilité et de leur inappropriabilité. Ce sont elles que les *Institutes* de Gaius accueillaient dans le genre des *res nullius in bonis*. De même, les *Institutes* de Marcianus, au III^e siècle³. Or cette classification dogmatique rend compte d'une

3 - MARCIEN, D. 1, 8, 6, 1-2, traite successivement des choses des cités (*res universitatis*) et des choses sacrées, religieuses et saintes, qui *in nullius bonis sunt*.

pratique constante. À l'époque d'Auguste, Sabinus inscrivait cette clause dans les actes de vente : « Rien n'est vendu de ce qui est occupé par quelque chose de sacré ou de religieux » ; une autre rédaction est attestée deux siècles plus tard : « Rien [...] de ce qui est occupé par quelque chose de sacré, de religieux ou de public. » Cependant, Ulpien se rapportait à la formulation de Sabinus lorsqu'il déclarait nulle la vente d'un fonds dont tout le sol était « religieux, sacré ou public », tandis que Paul précisait que « les voies publiques ou les lieux religieux ou sacrés » n'étaient pas comptés dans la mesure de la surface vendue⁴.

« Sacré et religieux ou public », voilà ce qui s'énumère normalement lorsqu'il s'agit d'échapper au plan juridique de la marchandise. Nul ne pouvait acheter une chose dont il savait que « l'aliénation est interdite, comme les lieux sacrés et religieux ou les choses dont on ne fait pas commerce, non en ce qu'elles appartiennent à la cité, mais en ce qu'elles sont destinées à l'usage public, comme le Champ de Mars⁵ ». Précision capitale, qui distingue, à l'intérieur de l'espace public, une zone de domanialité, dont l'État disposait librement, par exemple en attribuant ou en vendant ses terres publiques, et une zone d'« usage public » (places, théâtres, marchés, portiques, routes, rivières, conduites d'eau, etc.), dont l'indisponibilité s'imposait d'une manière absolue : les « choses publiques » n'étaient pas inappropriables en raison d'une quelconque titularité étatique, mais à cause de leur affectation, selon la vision très claire qu'en avaient les jurisconsultes romains. Il s'agissait de lieux auxquels chacun pouvait faire valoir son droit de libre accès et de libre usage en exerçant, contre quiconque l'en empêcherait, une action privée d'injures, ou en demandant au magistrat un interdit prohibitif ou restitutoire (dans ce cas le gêneur devait à ses propres frais remettre la chose en état). Ces choses étaient dites « publiques » en ce sens précis qu'elles étaient librement accessibles à tous, comme si chacun des membres du *populus* eût sur elles un droit attaché à sa qualité de citoyen, imputé à ce qu'il y avait de public dans sa personne – comme si chacun fût porteur d'une double personnalité privée et politique, et qu'à ce second titre les choses de la cité lui appartenaient à lui comme à tous, mais inaliénablement.

La cité ou le fisc était reconnus comme propriétaires de biens, à propos desquels les juristes n'hésitaient pas à employer la langue patrimoniale la plus explicite : *pecunia populi*, *patrimonium populi*, *patrimonium fisci* pour Rome, *bona civitatum*, *pecunia communis* pour les cités de l'Empire. Mais c'est à un titre irréductible à la propriété que les juristes attachaient l'indisponibilité de ces choses et le caractère perpétuel de leur destination : « Elles servent à l'usage des particuliers au titre de leur droit de citoyenneté, non en ce qu'elles leur sont propres⁶. » Ils

4- Sabinus chez ULPBIEN, *28 ad Sabinum [Sab.]*, D. 18, 1, 22 et 24 ; PAUL, D. 18, 1, 23 et D. 18, 1, 51 ; PAPINIEN, *10 quaestionum [Quaest.]*, D. 18, 1, 72, 1.

5- Celsus chez POMPONIIUS, *9 Sab.*, D. 18, 1, 6, pr.

6- D. 43, 8, 2, 2, texte qu'éclaire la qualité de « personne publique » reconnue par les *agrimensores* aux citoyens des colonies qui jouissent des lieux publics au titre de leur *persona publica* : AGENNIUS URBIUS, *De controversiis agrorum*, dans KARL LACHMANN, *Die Schriften der römischen Feldmesser*, I, Berlin, G. Reiner, 1848 [L.] (rééd. Hildesheim, 1967),

disaient que « la vente est valable, lorsque la chose n'est pas laissée à l'usage public, mais appartient au fisc » ; à l'inverse, lorsqu'une action était intentée par une ou contre une cité à propos de ses créances ou de ses dettes, et que ses biens publics étaient par là même engagés, ils disaient que « public », dans ce cas, « ne doit pas s'entendre au sens de choses sacrées, religieuses ou destinées à l'usage public, mais au sens de ce qui appartient pour ainsi dire aux patrimoines des cités » (*si qua civitatum sunt velut bona*)⁷. Lorsqu'il s'agissait de faire échapper des biens au circuit de l'achat et de la vente, ce n'était pas ce domaine public que la jurisprudence citait en même temps que les choses sacrées et religieuses : c'étaient uniquement les *res usibus publicis relictæ*. Interdite de promesse, « toute chose sacrée ou religieuse ou laissée perpétuellement à l'usage public, comme un forum ou une basilique » ; « toute chose sacrée ou religieuse ou exposée perpétuellement à l'usage du peuple, comme un forum ou un théâtre⁸ ». Interdites de legs, de sorte que l'héritier hors d'état de les fournir n'avait pas à en rembourser le prix, « les choses pour lesquelles on ne peut verser une estimation à leur place, comme le Champ de Mars, les basiliques, les temples ou les choses destinées à l'usage public ». Et lorsque, parfois, on voulait étendre ce dispositif d'indisponibilité absolue aux biens patrimoniaux du prince, on rationalisait le privilège de tenir ses biens pour inestimables en le rapportant, plutôt qu'à l'idée de propriété publique, à celle d'usage : « On ne peut léguer [...] le fonds Albain, qui sert à l'usage des princes

p. 63. Les interdits ne s'appliquent donc pas aux biens patrimoniaux du fisc, qui sont « pour ainsi dire la propriété privée du prince » (ULPIEN, D. 43, 8, 2, 4), à la différence (me semble-t-il) de la propriété de la personne publique de chaque citoyen. Autre interprétation dans PAUL VEYNE, *Le pain et le cirque. Sociologie historique d'un pluralisme politique*, Paris, Le Seuil, 1976, p. 599. Voir aussi ELIO LO CASCIO, « Patrimonium, ratio privata, res privata », *Annali del istituto italiano per gli studi storici*, III, Rome, 1975, pp. 55-121, ici p. 66 *sq.*, = *Il Princeps e il suo impero. Studi di storia amministrativa e finanziaria romana*, Bari, Edipublia, 2000, p. 106 *sq.* Perpétuité des interdits protégeant les voies publiques (D. 43, 8, 2, 34 ; 2, 44 ; 43, 11, 1, 1 ; 11, 2).

7 - Respectivement PAPIEN, D. 18, 1, 72, 1, et ULPIEN, *10 ad edictum [ed.]* (D. 50, 16, 17, pr.), que j'interprète ainsi à cause de son contexte palingénésique. Même interdiction d'aliéner « les choses laissées à perpétuité à l'usage public, comme le forum ou la basilique » (PAUL, D. 45, 1, 83, 5) ; « les choses dont il n'y a pas commerce, comme le Champ de Mars, les basiliques ou les temples ou les choses destinées à l'usage public » (*Inst.*, 2, 20, 4). Sur la notion de « choses laissées ou destinées à l'usage public », voir encore, pour l'époque républicaine, *Tabula Heracleensis, Fontes Iuris Romani Anteiustiniani* [FIRA], I, n° 13 (= RS, n° 24, lignes 68 *sq.*) : « lieux [...] dont le peuple fait usage et qui sont ouverts au public » ; *Lex coloniae Genetivæ*, dans VINCENZO ARANGIO RUIZ, *FIRA-I, Leges*, Florence, G. Barbera, 1940, n° 21 (= MICHAEL CRAWFORD, *Roman Statutes* [RS], Londres, Institute of classical studies, Londres, 1996, n° 25, cap. 82 : « les terres, forêts, bâtiments laissés à l'usage public » ; TREBATIUS TESTA, dans FRANZ PETER BREMER, *Iurisprudentia antehadriana quae supersunt*, I, Leipzig, Teubner, 1896, n° 29, p. 414 (« l'ager était délimité pour que l'on sache ce qui en avait été distribué, ou vendu, ou laissé dans le public » – *in publico relictum*). Ces textes, jamais cités, suffisent à régler l'éternel et inutile débat sur l'origine impériale de la notion de choses laissées à l'usage public.

8 - PAUL, D. 45, 1, 83, 5 ; *Inst.*, 3, 19, 2 ; cf. GAIUS, 3, 97.

(*principalibus usibus*), [...] le Champ de Mars ou le forum Romain, ou un édifice sacré » : l'usage des princes étant manifestement donné pour équivalent ici à cet « usage public » dont le Champ de Mars fournissait l'exemple scolaire⁹.

Le public et le sacré dans la documentation d'époque républicaine

Le sacré et le religieux, d'un côté, le public (entendu toujours dans un sens strictement fonctionnel), de l'autre, n'avaient pas de prix. La jurisprudence d'époque impériale enfermait ainsi le statut d'indisponibilité dans une réserve où étaient associées, dans un ordre qui peut varier d'un texte à l'autre, les catégories d'usage public et de sacré (pour laisser de côté, ici, les *res religiosae*). Le droit prélevait dans le vaste espace laissé aux maîtrises et aux échanges privés une enclave d'appropriation collective qualifiée d'inappropriable, sur le double mode du public et du sacré. Le dossier juridique, épigraphique et littéraire d'époque républicaine conduit à la même conclusion : les textes unissent sous un seul régime les choses et les lieux publics et sacrés, à quoi est opposé tout le reste¹⁰. Une même structure d'organisation des choses, abstraite de toute explicitation théologique, de toute référence à l'opposition du divin et de l'humain, se maintint ainsi pendant très longtemps. Cependant, alors que pour les trois premiers siècles de notre ère, où, grâce aux compilations de Justinien, les textes de jurisprudence civile abondent, cette organisation nous apparaît pleinement déployée dans l'ordre patrimonial – ces choses étant alors interdites de vente, de gage, de promesse, de legs, d'action en revendication –, pour les siècles qui précèdent, où de telles sources font relativement défaut, nous ne l'apercevons guère que sur un plan politique. Il n'empêche qu'une même structure s'atteste avant comme après, dont seuls les terrains d'observation diffèrent.

À l'époque républicaine, choses publiques et sacrées formaient une unité juridiquement homogène. D'abord, parce que, ainsi que l'énonce un *responsum* pontifical du II^e siècle avant J.-C., il n'est pas de consécration qui opère sans un ordre du peuple (*iniussu populi*) – la nécessité d'un vote populaire était constamment rappelée –, même à l'extérieur des limites d'un espace déjà qualifié de *locus publicus* et déjà délimité comme tel, ce qui explique notamment pourquoi les évergètes devaient obtenir de leur cité que le sol sur lequel ils avaient promis la construction d'un temple fût d'abord rendu public¹¹, et tout autant pourquoi, à l'inverse, n'était pas à proprement parler sacrilège le vol d'un objet voué dans une

9 - Respectivement : *Inst.*, 2, 40, 4, et ULPIEN, D. 30, 39, 7-9 ; voir, sur ce texte difficile et controversé, l'interprétation de P. VEYNE, *Le pain et le cirque...*, *op. cit.*, p. 748, avec la bibliographie essentielle.

10 - Comme l'a bien vu MICHAEL CRAWFORD, « Aut sacrom aut poublicom », in P. BIRKS (éd.), *New Perspectives in the Roman Law of Property*, Oxford, Clarendon Press, 1989, pp. 93-98.

11 - CICÉRON, *De domo [Dom.]*, 53, 136 ; SEXTUS POMPEIUS FESTUS, *De verborum significatu quae supersunt* (éd. par Wallace M. Lindsay), Leipzig, Teubner, 1913, *Sacer mons*, p. 422 (FESTUS p. L.) ; CICÉRON, *Ad Atticum [Att.]*, IV, 2, 3 (cf. *Dom.* 49, 127 ; 53, 128) ; *De haruspicum responsis [Har.]*, 15, 33 ; GAIVS, II, 5 ; MARCIEN, 3 *Inst.* (D. 1, 8, 3) ; ULPIEN, 68 *ed.* (D. 1, 8, 9, pr., § 1).

chapelle domestique¹². Ensuite, parce que les régimes juridiques des lieux et des choses qualifiés de *sacra* et de *publica* apparaissent le plus souvent confondus. Vers les années 70 avant notre ère, un unique régime administratif et fiscal s'appliquait aux lieux sacrés et publics de la ville de Rome : sur l'inscription de la *Tabula Heracleensis*, on lit que les charges d'entretien des rues de Rome se partagent entre les riverains et l'État, lorsque « la voie est bordée par un édifice sacré ou un bâtiment ou lieu publics, d'un côté, et par un bâtiment privé, de l'autre¹³ ». Aux lieux publics et sacrés de la Ville s'appliquait également un unique régime pénal : la législation augustéenne sur les violences urbaines, véritable compilation de dispositions antérieures, comprend sous un même crime le fait d'avoir « pris d'assaut, cerné, fermé ou occupé avec des troupes armées les temples, portes ou tout autre lieu public¹⁴ » – temples, portes, espaces publics urbains auxquels répondent précisément ces lieux *sacra*, *sancta* et *publica* que la doctrine pontificale associait régulièrement en trois qualités complémentaires, mais distinctes¹⁵, et que la jurisprudence d'époque impériale mettait à part des opérations du patrimoine et du commerce. On observe enfin la même proximité institutionnelle du public et du sacré dans les autres cités de l'Italie romaine. Le sénat de la colonie latine de Venusia décidait chaque année quels lieux seraient « sacrés ou publics¹⁶ », tandis que la charte du municpe de Tarente, au commencement du premier siècle avant notre ère, frappait d'une même peine tout détournement d'argent « public ou sacré et religieux », tout en faisant promettre aux candidats aux magistratures qu'ils sauvegarderaient cette même *pecunia publica sacra religiosa* dont leur serait confiée l'administration¹⁷.

La procédure civile, en son mode le plus archaïque prolongé jusqu'aux réformes judiciaires d'Auguste, fait comprendre cette proximité de régime entre la *pecunia publica* et la *pecunia sacra* comme un processus très concret de transfert d'argent d'un lieu à un autre. Dans la très ancienne procédure, dont le serment décisoire était formellement le pivot, chacune des deux parties déposait une somme d'argent (*sacramentum*) dans un sanctuaire : le gagnant retirait son dépôt du lieu sacré où il avait été provisoirement placé (*e sacro*), tandis que le perdant, que le jugement avait révélé parjure, abandonnait son dépôt qui aussitôt tombait dans le trésor public, *in publicum*. En cours de procédure, le même dépôt monétaire passait

12 - MASURIUS SABINUS, *Memorialia*, 2, chez MACROBE, *Saturnales [Sat.]*, III, 6 ; voir HERMANN DESSAU, *Inscriptiones latinae selectae [ILS]*, Berlin, Weidmann, 1892-1910, 6147 à Ostie, ou *ILS* 6974 à Rusuccu (Maurétanie césarienne). D. 48, 13, 6, qui répond à un vieux thème débattu en rhétorique ; voir CICÉRON, *De inventione*, 1, 8, 11, et QUINTILIEN, *Institutiones oratoriae*, IV, 2, 8 ; de même pour le péculat : *Ad Herennium [Her.]*, 1, 12, 22. 13 - *Tabula Heracleensis*, *FIRA-I*, n° 13 (= *RS*, I, n° 24, lignes 29-31).

14 - *Pauli Sententiae*, 5, 26.

15 - Tradition pontificale chez MACROBE, *Sat.*, 3, 3, 1, qui cite Trebatius Testa ; Aelius Gallus, chez FESTUS, pp. 348-350 L.

16 - *Corpus inscriptionum latinarum [CIL]*, IX, 439 (= Atilius Degrassi, *Inscriptiones Latinae Liberae Reipublicae [ILLRP]*, II, Turin, Biblioteca di Studi Superiori, 1963, n° 691 ; cf. *CIL*, IX, 440.

17 - *Lex municipii Tarentini*, *FIRA-I*, n° 18 (= *RS*, I, n° 15, l. 1 *sq.* et 16 *sq.*).

du sacré, son lieu provisoire, au public, sa destination définitive¹⁸. Ce qui dans le procès civil se présente comme un transfert apparaît comme une alternative dans le procès pénal : les amendes pénales tombaient indifféremment dans le trésor d'un sanctuaire ou dans le trésor public (qui lui-même avait d'ailleurs son siège dans un temple) : il revenait au magistrat de choisir entre sa destination publique ou sacrale (l'expression technique étant ici « faire condamner à une amende qui tombe dans le sacré¹⁹ » (*in sacrum iudicare*). Deux affectations, deux qualifications, deux lieux s'enchaînent donc ou s'alternent : mais entre eux, nulle discontinuité, nulle rupture. C'est d'ailleurs pourquoi il n'existait à Rome aucun régime pénal du sacrilège. Voler ou détourner une chose sacrée ou publique se qualifiait pareillement de péculat et valait une même peine – et cela, non parce que le public était sacré, mais, au contraire, parce que le sacré avait été réduit au public. On vient d'en voir un exemple explicitement clair dans la charte épigraphique du municiple de Tarente, au commencement du I^{er} siècle avant J.-C. On le voit tout aussi clairement à la fin du même siècle, dans la loi d'Auguste sur le péculat. Commentant cette loi dont il était contemporain, le jurisconsulte Labeo caractérisait le péculat comme un « vol d'argent public ou sacré » – preuve que le sacrilège n'était pas distingué juridiquement²⁰. Ce n'est qu'à partir du III^e siècle, depuis les empereurs Sévères, que le vol de *pecunia sacra* fut qualifié séparément de *sacrilegium* et puni, après enquête extraordinaire, d'une mort atroce – raison pour laquelle sans doute Ulpien renversait l'ordre textuel des faits et mettait le vol de *pecunia sacra* en premier, allant même jusqu'à faire trôner le sacrilège au sommet de l'échelle des crimes, devant la lèse-majesté, et fournissant ainsi l'un des tout premiers indices de la très longue histoire juridique de la référence au sacré pour fonder l'inexpiabilité des crimes d'État²¹.

18 - VARRON, *De lingua latina* [LL], 5, 180; cf. GAIUS, IV, 14. Voir ANDRÉ MAGDELAIN, « Aspects arbitraux de la justice civile archaïque à Rome », *Revue internationale des droits de l'Antiquité* [RIDA], 27, 1980, pp. 205-281.

19 - *Lex Silia de ponderibus*, III^e siècle avant J.-C., FESTUS s. v. *Publica pondera*, p. 288 L. (= RS, 46); fragment de Todi, CIL, I, 2, 1409 (= RS, 37, ligne 7). Sur cette double destination des amendes, voir THÉODORE MOMMSEN, *Le droit pénal romain*, Paris, Fontemoing, [1899] 1907, vol. III, p. 370.

20 - LABEO, 38 *posteriorum*, chez PAUL, *Libro singulari iudiciorum publicorum* [Iud. pub.], D. 48, 13, 11, 2; cf. *Inst.*, 4, 18, 9. Que le régime du sacrilège à Rome ne relève traditionnellement pas du droit est amplement démontré par PHILIPPE MOREAU, *Clodiana religio*, Paris, Les Belles Lettres, 1982, p. 51 *sq.*, et JOHN SCHEID, « Le délit religieux dans la Rome tardo-républicaine », in *Le délit religieux dans la cité antique*, Rome, École française de Rome, 1981, pp. 129-183.

21 - Qualification de *sacrilegium* : rescrit de Septime Sévère et Caracalla, D. 48, 13, 6; enquête extraordinaire : MARCIEN, D. 48, 13, 4, 2; déportation pour les ordres supérieurs : ULPYEN, 7 *de officio proconsulis* [Off. proc.], D. 48, 13, 7, et MARCIEN, *Iud. pub.*, D. 48, 13, 12, 1; mort pour les humbles : PAUL, *Iud. pub.*, D. 48, 13, 11, 1; mort atroce : ULPYEN, 7 *Off. proc.*, D. 48, 13, 7, pr.; renversement de l'ordre entre le public et le sacré : ULPYEN, 44 *Sab.*, D. 48, 13, 1, pr.; 7 *Off. proc.*, D. 48, 4, 1, pr., à rapprocher de TERTULLIEN, *Apologeticum*, cap. 27-28.

L'inclusion du sacrilège dans le pécuniaire nous ramène à cette remarquable association du public et du sacré pour définir un régime commun aux choses sous-traitées aux patrimoines privés et au commerce juridique ordinaire. Jusqu'à ce moment avancé de l'Empire romain, le sacré fut traité pratiquement et conceptuellement comme un appendice du droit public, qui comprenait les magistratures, les rites sacrés et les sacerdoces, selon une tradition attestée continûment depuis Cicéron, qui la présente comme la seule orthodoxe de son temps, jusqu'à un texte célèbre d'Ulpien au *Digeste*²². La jurisprudence impériale resta fidèle à cette *summa divisio* entre le pôle public-sacré et le reste, c'est-à-dire le patrimonial, perpétuant ainsi, transposée au droit privé des biens, lequel émerge moins clairement à l'époque républicaine, faute d'une comparable abondance des sources, une tradition d'une remarquable permanence. Il n'y a que les quelques textes appartenant à la littérature didactique des *Institutes* qui viennent, sinon perturber cette distinction (même dans ces textes, comme on l'a vu, elle demeure intacte), du moins la recouvrir de considérations théologiques qui n'ont aucun écho dans le régime des biens.

L'étroite délimitation du public et du sacré

Il n'est pas indifférent que la position qu'avaient certaines choses d'être inappropriables et sans prix n'ait pas été fondée sur une nature propre, à cause de laquelle elles auraient appartenu aux sphères du droit divin ou du droit humain, ni même sur cette appartenance de laquelle alors elles auraient tiré leurs caractères, qui eussent été conçus comme ontologiques, puisque le divin et l'humain renvoient à l'ordre étagé du monde. Le sacré, le religieux et le public, à Rome, sont aussi des catégories pleinement juridiques. En ce sens, elles ne s'appuient pas sur la considération – ni même sur une référence à la considération – des choses qui sont, mais sur des procédures, des expressions formelles d'une volonté de produire et d'organiser les catégories dans lesquelles et par le moyen desquelles s'administrent les choses.

Pour constituer une chose sacrée, indisponible aux *singuli homines* (ce en quoi elle était dite aussi religieuse) et mise à l'écart de tout patrimoine privé comme de tout commerce onéreux ou gratuit – de toute propriété, vente, succession, de tous legs, don, promesse ou gage – il fallait commencer par consacrer et dédier à un dieu une enclave strictement délimitée sur le sol – un *locus* – avec l'édifice que, généralement, il portait. De même, pour fonder un tombeau (auquel le droit pontifical et le droit prétorien appliquaient spécialement le terme de *locus religiosus* parce que les lieux de sépulture étaient interdits sans être consacrés), il fallait

22 - ULPPIEN, D. 1, 1, 1, 2, avec les excellents commentaires de PIERANGELO CATALANO, « La divisione del potere a Roma », *Studi Grosso*, 6, Turin, Giuffrè, 1974, pp. 667-691. Sur l'intégration de l'organisation religieuse romaine dans le droit public en général, voir JOHN SCHEID, « Le prêtre et le magistrat. Réflexions sur les sacerdoces et le droit public à la fin de la République », in C. NICOLET (éd.), *Des ordres à Rome*, Paris, Publications de la Sorbonne, 1984, pp. 243-280, et *Id.*, *Religion et piété à Rome*, Paris, La Découverte, 1985, p. 47 *sq.*

d'abord circonscrire le lieu du mort²³. Or les biens affectés à l'usage public sont tout aussi rigoureusement délimités. La nature de leur usage était une condition nécessaire, mais pas suffisante, de leur statut. Les contours en étaient nécessairement et précisément tracés. Malgré l'apparente objectivité de leur définition, leur espace n'était pas moins que celui des choses sacrées découpé sur le sol. D'abord, il n'était pas de « chose publique » qui n'eût fait l'objet d'une procédure publique de *publicatio*, comme on le sait bien pour les terres rendues publiques après conquête, et n'ait par la suite été délimitée comme telle : cela est trop connu pour qu'il soit nécessaire d'y insister²⁴. Mais étaient découpés aussi les espaces définitivement « réservés à l'usage public ». Des cippes en marquent souvent les limites tout en rappelant qui les a définis et pourquoi²⁵. Ce sont ces mêmes espaces qu'évoquent les *agrimensores* à propos des controverses sur la détermination des lieux urbains, inscrits à l'intérieur des murailles : ils demeuraient indisponibles aux cités elles-mêmes, dont les conseils ne pouvaient, en les aliénant, les soustraire à leur premier usage²⁶. Ce sont en quelque sorte des biens de fondation. Imaginer, comme l'ont fait des romanistes néo-thomistes, que leur nature de choses publiques est « objective » et « inhérente » est une vue de l'esprit qui laisse de côté l'essentiel du droit romain (et du droit tout court). Ce n'était pas la nature des choses qui parlait d'elle-même. C'était un magistrat qui formulait les limites et le service de ces lieux perpétuellement inaliénables. Pour les voiries, un passage du *Digeste* le montre clairement : « Le sol de la voie publique est public, laissé à l'usage public par celui qui a eu le droit de rendre le sol public, selon un tracé compris dans certaines limites en largeur, pour qu'on y circule et y voyage publiquement²⁷. » Or un tel acte semble très proche, formellement, de la « loi » verbale par laquelle étaient consacrés et affectés les lieux sacrés.

23 - YAN THOMAS, « Corpus, ossa vel cineres. La chose religieuse et le commerce », in *Il cadavere, Micrologus-VII*, Sismel, Edizioni del Galluzzo, 1999, pp. 73-112.

24 - Voir en particulier les travaux de CLAUDE MOATTI, *Archives et partage de la terre dans le monde romain. II^e siècle avant-1^{er} siècle après J.-C.*, Rome, École française de Rome, 1993, et « Étude sur l'occupation des terres publiques à la fin de la République romaine », *Cahiers du centre G. Glotz*, III, Paris, De Boccard, 1992, pp. 57-73.

25 - Pour les espaces publics urbains, nombreux cippes inscrits : ainsi, à Rome, sous Auguste, *CIL*, VI, 874 (= *ILS*, 5935) (MICHEL RODDAZ, *Marcus Agrippa*, Rome, École française de Rome, 1984, p. 267) ; cf. *ILS*, 5937, et *CIL*, VI, 1264 (= *ILS*, 5838) ; sous Claude, *CIL*, VI, 919, VI, 1265 (cf. C. MOATTI, *Archives...*, *op. cit.*, p. 42) ; à Ostie, *CIL*, XIV, 4702 ; à Pompei, *CIL*, X, 1018 ; à Orange, ANDRÉ PIGANIOL, *Les documents cadastraux de la colonie d'Orange, Suppl. Gallia*, 16, 1962, p. 343 sq., à propos des délimitations des espaces urbains (*arae*). La délimitation des rues de Rome est impliquée par la *Tabula Heracleensis*, *FIRA-I*, n° 13 (= *RS*, I, n° 24, l. 29-32) ; délimitation des voies publiques à Urso en Bétique, *FIRA-I*, n° 21 (= *RS*, I, n° 25, cap. 78) ; pour les colonies en général, FRONTIN, p. 21 et p. 54 L. ; délimitation des voies d'eau et aqueducs : *Lex Quintia de aquaeductibus*, *FIRA-I*, n° 14, l. 28 sq. (= *RS*, II, n° 63) ; cf. *ILS*, 5789 (Rive-de-Gier).

26 - FRONTIN, 17, 1-18, 2 L. ; cf. AGENIUS URVICUS, 17 L. et 85, 27-86, 2 L. ; HYGIN, 197, 20-198, 2 L.

27 - D. 43, 11, 2, 21. Sur l'objectivité et l'inhérence de la nature publique des choses, voir notamment RICCARDO ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, I, Turin, Giappichelli, 1968, p. 304.

Ces procédures de définition sont bien mieux connues pour les lieux sacrés. On peut, surtout, en analyser plus finement les enjeux du point de vue de l'extra-patrimonialité. Les biens affectés au service des dieux ne devenaient sacrés et indisponibles qu'à l'intérieur de lignes (*regiones*) – généralement celles d'un *templum* – précisément marquées sur le sol en même temps que formulées. Selon les mêmes modalités que les temples étaient aussi consacrés les bois sacrés²⁸. C'est dans ce lieu même (*hic*) que valait la loi (*lex*) par laquelle le magistrat consacrait verbalement la chose – *templum* orthogonal, aire, bois, édifice, autel – et la dotait de son statut. La prescription des lignes institue le lieu dans lequel l'acte opère²⁹. Or, rien de cela n'est attesté pour les terres affectées aux temples, pour *leurs* biens distingués d'eux comme tout autre bien distingué d'une personne. Certes, les domaines attribués aux sanctuaires étaient fort rigoureusement définis eux aussi. Le montre une abondante documentation épigraphique, surtout grecque. Il ne fallait pas les confondre, à cause des usurpations, avec les terres des particuliers, d'où l'importance majeure ici des cadastres et des archives cadastrales³⁰. Mais les documents officiels romains distinguent entre le lieu originellement consacré et le domaine foncier qui lui est attribué. S'il est également délimité, ce domaine n'est pas consacré lui-même³¹. La documentation juridique, pour l'essentiel romaine, oblige à distinguer entre le lieu consacré, qui ne peut disposer de lui-même (dont la cité elle-même ne peut disposer), et tous les biens qu'il administre (que la cité administre) et dont l'indisponibilité n'est pas absolue.

28 - Ainsi, les lois des bois sacrés de Lucérie et de Spolète, connues par des inscriptions du III^e siècle avant J.-C. (*ILLRP*, 504, 505 et 506), dont les règlements se rapportent à des lieux auparavant délimités au moment de la dédicace (*in hoc loco locarid, honce loucom*).

29 - *FIRA-III, Negotia*, Florence, 1969, n° 72 (= *ILRPP*, 508) à 75. Voir GEORG WISSOWA, *Religion und Kultus der Römer*, Munich, Beck, 1912, p. 473, n. 3 ; ANDRÉ MAGDELAIN, *La loi à Rome. Histoire d'un concept*, Paris, Les Belles Lettres, 1978, p. 30. La consécration se conformait au tracé rituel du *templum* par l'augure (voir EDUARD NORDEN, *Aus altrömischen Priesterbüchern*, Lund, C. W. Gleerup, 1939, et ANDRÉ MAGDELAIN, « L'auguraculum de l'Arx à Rome », *REL*, 47, 1969-70, pp. 253-269 = *Ius, Imperium, Auctoritas*, Rome, École française de Rome, 1990, pp. 193-207).

30 - Pour le monde grec, dès le V^e siècle avant J.-C., voir par exemple le cadastre des terres de Dionysos à Héraclée, *Inscriptions juridiques grecques*, n° XII, V^e siècle avant J.-C. ; le bornage des terres sacrées d'Eleusis, *Inscriptiones Graecae* I, 3 (= JEAN MARIE BERTRAND, *Inscriptions historiques grecques*, Paris, Les Belles Lettres, 1992, n° 30). La documentation est surtout abondante pour les cités d'époque hellénistique (par exemple *Id.*, n° 80, n° 108, n° 126). Pour le monde romain, où sur cette question les sources sont infiniment moins abondantes, voir par exemple FRONTIN, p. 57 L., HYGIN, p. 88 L., *ILS*, 251 (avec le commentaire de C. MOATTI, *Archives...*, *op. cit.*, p. 38) ; inscription de Zeus Azenoi en Phrygie, éditée et commentée par UMBERTO LAFFI, « I terreni del tempio di Zeus ad Aizanoi. Le iscrizioni sulla parete interna dell'anta destra del pronaos », *Athenaeum*, 1971, pp. 3-53.

31 - On en a une preuve certaine avec le document d'Oropos, *FIRA-I*, n° 36 : le texte grec de l'inscription ne reproduit en rien la formule d'une *dedicatio*, mais correspond au simple octroi d'un statut d'asylie. Cette distinction est observée par les arpenteurs : commentaire à FRONTIN, pp. 22-23 L. ; FRONTIN, p. 57 L.

Des biens adventices de toutes natures venaient accroître au cours du temps le lieu originairement consacré, le sanctuaire. Des terres, bien sûr; des esclaves ou du travail servile (selon le droit pontifical romain, le dieu ne recevait pas alors l'esclave lui-même, mais ses seules *operae*, engagées pour un temps)³²; des dépôts monétaires, qui faisaient parfois des temples de véritables banques (dans certaines cités grecques comme Délos ou Éphèse, grands sanctuaires panhelléniques); enfin tous les dons votifs d'objets précieux, casques, boucliers à effigies, statues, trépieds, coupes à libations, vaisselles d'or et d'argent, épices, que consignaient avec soin et par année d'exercice les inventaires³³. Non consacrées formellement, ces « choses » étaient certes considérées partout comme sacrées, soustraites comme telles à la propriété individuelle. Elles devenaient sacrées, en quelque sorte, par droit d'accession. Cela se comprend lorsqu'un roi, un magistrat, une cité les dédiait au dieu déjà pourvu de son sanctuaire, comme de nombreux exemples épigraphiques le montrent³⁴. Mais cela doit s'entendre aussi lorsqu'à titre privé un dévot faisait une donation ou, après un vœu, remplissait son engagement : ces offrandes et dons votifs venaient accroître le patrimoine du lieu consacré³⁵. Cependant, ils n'étaient qu'actuellement – et non perpétuellement – sacrés. Le droit pontifical romain distinguait en effet entre le statut juridique du lieu, y compris ce qui lui avait été incorporé au moment de sa consécration, et le régime des biens qui s'y thésaurisaient par la suite. N'étaient sacrés pour toujours que les biens de fondation : le sol dont les magistrats avaient prescrit les limites d'après leur détermination augurale, l'édifice que ce lieu portait, les autels, les tables à offrandes et à libations, les coussins de lit où étaient placées les statues des dieux lors des banquets en leur honneur, les vaisselles cultuelles, toutes choses consacrées en même temps que le sanctuaire et incorporées à lui par un même rite et sous une même loi. En revanche,

32 - SERVIUS, *Ad Aeneidem [Aen.]*, XI, 558 : « In sacris tamen legitur posse etiam opera consecrari ex servis. »

33 - Ainsi, l'inventaire d'Athena Lindienne dans la chronique de Lindos : FRANZ JACOBY, *Die Fragmente der griechischen Historiker*, III, réimpr. Leyde, Brill, [1926] 1957, n° 532 (partiellement traduit dans J.-M. BERTRAND, *Inscriptions...*, n° 2), et bien sûr les inventaires des hiéropes de Délos : FRANÇOIS DURRBACH, *Inscriptions de Délos. Comptes des hiéropes*, Paris, École française d'Athènes, 1926, n° 290-371, et 1927, 372-498 – et plus tard, sous la colonie, PIERRE ROUSSEL, *Délos, colonie athénienne*, Paris, École française d'Athènes, 1916, p. 165 *sq.*; à Syracuse, au temps de Cicéron, *Verrines*, 2^e action, 4 (*de signis*), 140; pour l'Égypte d'époque romaine, voir *Select papyri*, I, Loeb Classical Library, 5^e éd., Harvard University Press, 1988, n. 127. Voir aussi un inventaire du temple de Caelestis dans *CIL*, 8, 12501.

34 - Par exemple la concession par Sylla d'un territoire de mille pieds autour du temple d'Amphiaros à Oropos (*FIRA-I*, n° 36) ou, par le même Sylla, l'octroi de terres à Diane Tifatine à Capoue (*ILS*, 251, et *VELLEIUS*, II, 25, 4 : voir sur ce dossier C. MOATTI, *Archives...*, *op. cit.*, p. 37). Cette pratique était bien connue, grâce aux inscriptions, dans le monde grec et hellénistique, et les autorités romaines la rappellent à l'occasion : voir U. LAFFI, « I terreni del tempio di Zeus ad Aizanoi... », art. cit.

35 - SERVIUS, *Aen.*, III, 287; cf. la loi épigraphique du temple de Jupiter à Furfo, dédicacé en 58 avant J.-C., *FIRA-III*, n° 73, à lire dans l'édition d'UMBERTO LAFFI, « La lex del tempio di Giove a Furfo », *Atti del Convegno de la Società Italiana di Glottologia*, Pise, Scuola Superiore, 1978, lignes 12-13.

les dons et dépôts votifs de monnaies, les ornements, couronnes, boucliers à effigies n'étaient en droit pontifical que des acquêts. Ils ne jouissaient pas du statut d'indisponibilité absolue des biens de consécration. À vrai dire, ils n'étaient tenus pour sacrés qu'aussi longtemps que le sanctuaire ne les vendait pas³⁶. Et le droit civil, accusant ce processus de séparation, ne leur conférait pas même le statut de choses sacrées : « Lorsqu'une chose fait l'objet d'un vœu, son paiement libère de l'obligation née du vœu, mais la chose elle-même ne devient pas sacrée³⁷ » (*ipsa vero sacra non efficitur*).

Les biens de fondation seuls étaient définitivement soustraits au commerce. À leur étroit espace était borné le régime des « choses relevant d'un patrimoine dont personne n'est titulaire ». Il y avait derrière cette absence, bien sûr, les dieux et la cité, c'est-à-dire en définitive et en réalité la cité. Mais ces « choses », ou plutôt les patrimoines immobiliers dont elles relevaient, possédaient à leur tour d'autres choses, d'autres richesses, terres et trésors répertoriés dans leurs cadastres et leurs inventaires. Cette construction juridique correspond exactement à ce que les juristes appellent aujourd'hui « patrimoines d'affectation ». Mais ce qui rend le plus précieux à la réflexion ce montage juridique romain, c'est le centre du dispositif. La chose constituée comme sacrée, à laquelle ensuite d'autres biens éventuellement s'adjoignent, reste la seule à demeurer perpétuellement indisponible. Elle est, si l'on peut dire, juridiquement immortelle. Un tremblement de terre pouvait détruire l'édifice sacré, ou le temps n'en plus laisser trace, se figurait un cas d'école, mais le lieu pour autant ne devenait pas profane et il continuait d'échapper à toute emprise comme à toute vente³⁸. Rien ne laisse mieux comprendre le statut singulier de ces choses ni ne révèle à ce degré l'abstraction mise en œuvre par les juristes de Rome lorsqu'ils eurent à constituer des régimes de biens qui les fissent échapper au temps et aux aléas. Il suffisait d'une mise en suspens, qui les laissait paraître ne tenir leur titre que d'eux-mêmes. Le droit romain s'intéressa moins aux personnes qu'aux choses et, sans nul besoin d'un double corps (figure administrative qu'après tout il aurait pu bricoler d'une manière ou d'une autre), il projeta son organisation de la durée dans les secondes plus que dans les premières. Ce trait relève d'ailleurs probablement moins de l'anthropologie culturelle que d'une histoire longue des

36 - MACROBE, *Sat.*, III, 11 ; SERVIUS, *Aen.*, III, 287 ; IX, 408 ; XI, 558. Pour la vente des ex votos, voir par exemple PLUTARQUE, *Vie de Tiberius Gracchus*, 15, 8, à comparer avec *Vie de Lucullus*, 20, 4, pour les cités d'Asie. C'est à une pratique courante et conforme au droit pontifical que s'oppose Auguste, lorsqu'il interdit en 27 avant J.-C. la vente des ex votos : inscription de Kymè en Éolide, *Supplementum Epigraphicum Graecum*, XVIII, 555 (= H. HENGELMANN, « Die Inschriften von Kyme », in *Inschriften griechischer Städte aus Kleinasien*, 5, 1976, n° 17 ; il s'agit d'un édit général pour les provinces : ADALBERTO GIOVANNINI, « Les pouvoirs d'Auguste de 27 à 23 avant J.-C. Une relecture de l'ordonnance de Kymè de l'an 27 », *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik*, 124, 1999, pp. 95-106, note p. 103.

37 - ULPIEN, *1 disputationum*, D. 50, 12, 2, 2.

38 - PAPINIEN, *3 resp.*, D. 9, 1, 73 (*Fragments du Vatican*, 5) ; cf. MARCIEN, *3 Inst.*, D. 1, 8, 6, 3 ; *Inst.*, II, 1, 8. Sur l'imprescriptibilité, CICÉRON, *Har.*, 14, 132, à propos d'un lieu consacré à Tellus.

formes de l'organisation patrimoniale, c'est-à-dire d'une histoire du droit, comme le montre l'extrême plasticité avec laquelle, dans le long temps, se maintint ce dispositif, depuis les sanctuaires de l'Antiquité en passant par les fondations d'époque justinienne, qui fournit leur structure administrative aux fondations hospitalières médiévales, et jusqu'à ces entités réelles que sont aujourd'hui les patrimoines d'affectation, sans qu'il soit besoin, pour les analyser formellement, de s'appuyer sur les discours imaginaires ou les croyances qui les accompagnent inévitablement en histoire sociale. Nous avons toujours principalement affaire soit à des choses, soit à des lieux³⁹.

La toute première chose, le sanctuaire, le lieu, donc, était instituée en patrimoine sacré où affluaient ensuite d'autres biens qui ne l'étaient pas ou qui ne l'étaient que pour un temps. Avec ce lieu initial, les richesses successivement données, vendues, remplacées et finalement accumulées étaient en rapport d'appartenance ou, comme on le dit affreusement aujourd'hui, d'imputation. Il les administrait comme on gère son patrimoine et, pour cette raison fonctionnelle et logique, il était à soi-même indisponible au même titre que toute personne en tant qu'elle détient, à ceci près qu'il n'était pas une personne mais une chose, représentée par les administrateurs publics du sacré. Le revenu des terres servait aux sacrifices et aux banquets, les trésors vendus étaient remployés pour l'entretien et l'embellissement du sanctuaire. Contre leur prix, d'autres leur étaient subrogés, qui devenaient sacrés à leur tour jusqu'au prochain échange. À l'inverse, choses ou argent sortis du temple et acquis au monde extérieur devenaient de plein droit profanes. C'est ce que nous fait comprendre une inscription du sanctuaire de Jupiter à Furfo, dédié en 58 avant J.-C., document qui reproduit un formulaire archaïque extraordinairement précis pour qualifier en droit les objets de ces allers et retours, mais selon l'unique critère du sens où ils vont, profanes lorsqu'ils sortent, sacrés lorsqu'ils entrent :

Si l'on a donné en propriété, fait un don, dédié quelque chose pour ce temple, on pourra en faire usage et le vendre. Ce qui aura été vendu sera profane [...] la vente, le louage seront confiés aux édiles [...]. L'argent reçu de ces ventes et locations servira à acheter, prendre en location, louer, aliéner, pour améliorer la fortune et la beauté de ce temple. L'argent donné pour ces opérations, à condition qu'il le soit sans fraude, sera profane.

39 - Dans les traités des arpenteurs, les choses publiques apparaissent affectées, non à des communautés humaines, mais à la ville, à son territoire, aux lieux sacrés ou publics inscrits au cadastre : *ad ipsam urbem pertinentes*, FRONTIN et AGENNIUS URBICUS, p. 17 L. ; sol rural donné en tutelle à la ville, c'est-à-dire à la « chose urbaine », *Id.*, p. 18 L. ; bois et pâtures inscrits au cadastre comme « donnés en tutelle au territoire de la cité », HYGIN, p. 197 L. ; choses attribuées « en tutelle aux temples publics et aux bains (publics) », FRONTIN, p. 55 L. ; terres assignées sur le cadastre « à tel ou tel fleuve », HYGIN, p. 120 L. et SICULUS FLACCUS, p. 157 L. ; voir R. ORESTANO, *Il problema...*, *op. cit.*, p. 314 *sq.* Lieux auxquels, dans la législation de Justinien, sont destinés les dons et les legs pieux faits au Christ, aux martyrs et aux saints : *Codex Justinianus [CJ]*, 1, 2, 25 ; *CJ*, 1, 3, 55, c. 3 ; *Novelle*, 131, c. 9, 2 et c. 11, 2.

*Ce que l'on aura acheté avec l'argent reçu du temple, cela sera [...] soumis au même régime et à la même loi que s'il avait fait l'objet d'une dédicace*⁴⁰.

La portée juridique de ces mouvements, attestée par d'autres lois sacrées épigraphiques, éclaire tel cas jurisprudentiel apparemment obscur et complexe mais qui se comprend aussitôt qu'on en a reconstitué le contexte, celui d'un circuit où les mêmes objets passent du sacré au profane et l'inverse, en un incessant commerce :

*Je me fais vainement promettre une chose sacrée, quoique cette chose puisse être rendue profane ; car, lorsqu'une personne a promis une chose profane, elle est libérée de sa promesse aussitôt que, sans que cela soit de son fait, la chose est devenue sacrée ; et le promettant n'est pas rappelé à l'obligation qu'il avait contractée si, à la suite d'une quelconque loi, cette même chose est retournée à son état profane antérieur*⁴¹.

Le mouvement est le même, quoiqu'il s'observe maintenant depuis l'extérieur du sanctuaire – depuis *ego*, acteur du commerce juridique privé. Tel quidam s'engage à payer une chose sacrée au moment de la promesse, mais devenue profane avant que n'expire le délai de son obligation ; ou bien il s'engage à payer une chose profane au moment de la promesse, mais devenue sacrée ultérieurement ; ou encore à payer une chose profane entre temps devenue sacrée, puis rendue à son état profane. Peu importe ici la solution adoptée, seule compte l'hypothèse d'un intense circuit du sacré au profane et retour, dans le court laps de temps qui sépare une promesse de son exécution.

Rendre une chose profane prend une signification technique, particulière au droit romain : cela signifie restituer une chose sacrée au monde où librement s'approprient et s'échangent les choses ; la réinscrire dans le circuit des échanges d'où elle a été provisoirement écartée⁴². Le sacré, en ce qu'il appartenait aux dieux, avait pour contrepartie le religieux, en ce qu'il était interdit aux hommes. Le droit pontifical employait dès lors aussi l'expression « libérer de la religion » (*religione liberatus*), « délier de l'entrave de la religion » (*religione solutus*), pour signifier qu'était levé l'interdit qui frappait une chose et lui permettre d'être achetée et

40 - Loi citée *supra* du temple de Jupiter à Furfo, lignes 8 à 13 : « Ubei venum datum erit, id profanum esto [...] quae pecunia ad eas res data erit, profana esto [...] quod emptum erit, [...] quae si dedicatum sit. » Cf. *Lex dedicationis Brixiana*, PETER BRUNS, *Fontes iuris Romani antiqui*, I, *Leges et negotia*, Aalen, [1909] 1958, n° 108 : « Si quelque don, ou de l'argent, ou des oboles ont été donnés à cette statue consacrée et que les *duumvirs* et les décurions de la colonie Civica Auguste de Brixia veulent les vendre. » Sur la dépense des oboles pour l'entretien des sanctuaires, voir la *Lex coloniae Genetivae*, in *FIRA*, *op. cit.*, cap. 72.

41 - PAUL, *72 ed.*, D. 45, 1, 83, 5 (souligné par nous).

42 - Voir également TREBATIUS TESTA, *Libri de religionibus*, chez MACROBE, *Sat.*, 3, 3, 4 : « On appelle profane ce que l'on a sorti du religieux ou du sacré pour le transférer à l'usage et à la propriété des hommes » ; PAPINIEN, D. 18, 1, 73, 3 : « [Même si le sanctuaire est détruit, le lieu] n'est pas profane et ne peut donc être vendu. »

vendue⁴³. On disait aussi bien en ce sens rendre une chose « pure », non parce qu'elle aurait été d'abord impure, mais parce qu'on la désentraitait de sa servitude sacrée et religieuse afin de la restituer au monde du commerce⁴⁴.

Lorsqu'il s'agit de définir un régime de patrimonialité, la pensée s'affirme, et le plus nettement, sur le mode d'un passage, d'un transfert du sacré à son contraire. Dans ce passage, dans cette sortie, les catégories de la religion apparaissent de la manière la plus nette qui soit, comme l'envers du droit. Je crois possible et même nécessaire de comprendre comme un instrument de construction juridique consciente l'idée d'une sortie de la religion : le droit romain s'est manifestement pensé comme sortie de la religion et il a pensé le commerce comme levée d'un interdit.

La première appropriation : *res nullius*

Mais l'interdit levé n'est posé qu'après que les choses sont déjà maîtrisables ou maîtrisées. Il ne faut en effet pas confondre les choses *nullius in bonis*, qu'une affectation à un sujet intemporel ou à un but intemporel, dieu ou cité, détournait des circuits de la propriété et de l'échange, avec la catégorie des « choses sans maître », dites simplement *res nullius*. Cette expression faussement proche de la précédente renvoie à un régime rigoureusement inverse. Elle désigne l'état des choses factuellement vacantes, le premier occupant s'en emparant librement. Choses *nullius*, en ce sens qu'elles « ne sont encore tombées dans la propriété de personne⁴⁵ » (*in nullius adhuc dominium pervenerunt*), elles ont donc une vocation patrimoniale qui se réalisera lorsqu'elles seront rencontrées par leur premier maître.

43 - Ainsi, en déclarant la maison de Cicéron illégalement consacrée, les pontifes la « libèrent » de toute religion (CICÉRON, *Att.*, IV, 2, 7 ; *Id.*, *Har.*, 6, 12 ; 7, 13 ; 8, 16 ; 14, 30), par la formule : « Elle peut être achetée [...] sans interdit religieux » (*sine religione [...] emi*) (CICÉRON, *Att.*, IV, 2, 3). Voir ULPIEN, 68 *ed.*, D. 1, 8, 9, 2. En droit pontifical des tombeaux, lorsque le sol peut être réapproprié, on dit qu'il n'est plus « tenu par l'obligation religieuse » : *responsum* pontifical dans CICÉRON, *De legibus [Leg.]*, II, 58 ; cf. « pur et délié de toute religion », *purus et religione solutus* dans *Fragment Riccardi* (époque augustéenne), *CIL*, I, 2 p. 498 (= *RS*, II, n° 34, col. I).

44 - *Purus* au sens de désentraité de l'interdit religieux : *Fragment Riccardi*, *op. cit.* Nombreux textes dans le *Digeste* : les uns à propos de l'édit du préteur qui interdit d'établir un tombeau dans le lieu « pur » d'autrui – parce que ce lieu d'abord libre se trouve alors indûment frappé d'indisponibilité : D. 11, 7, 2, 2 ; 2, 3 ; D. 10, 3, 6, 6 ; cf. *Inst.*, 2, 1, 9 ; les autres à propos d'un édit qui condamne le fait d'avoir vendu comme « pur » un sol grevé de servitudes religieuses, ce qui en réduit pour l'acheteur la valeur disponible : ULPIEN, 25 *ed.*, D. 11, 7, 8, 1 ; d'où l'équivalence, chez les commentateurs de cet édit, entre « pur » et « libre pour la vente » : ULPIEN, 25 *ed.*, D. 11, 7, 6, 1. Cette équivalence est constante : *Sententia Senecionis de sepulcris*, *FIRA-III*, n° 86, ligne 11 ; *CJ*, 3, 44, 9, a. 245 ; PAPINIEN, 3 *resp.*, D. 9, 1, 73, où « pur » est mis en équivalence, de ce point de vue, avec « profane », ce qui donne tout son sens à ULPIEN, 25 *ed.*, D. 11, 7, 2, 4 : « On appelle "pur" un lieu qui n'est ni sacré, ni saint, ni religieux, mais qui est libre de toutes les servitudes d'appellation de ce genre. »

45 - NÉRATIUS, 5 *membranarum*, D. 41, 1, 14, pr.

Tel est en particulier le régime juridique du travail artisanal non salarié : la matière que l'artisan fabrique tombe dans sa propriété aussitôt qu'une forme en surgit de ses mains parce que, avant d'exister, dit un texte du I^{er} siècle de notre ère, cette forme « n'appartenait à personne⁴⁶ » – le contrat d'ouvrage servant justement à détourner la propriété de la chose faite vers celui qui l'a commandée, contre un prix versé à celui qui l'a faite. Tel est aussi le régime juridique de la nature, comme il se montre dans les écrits des juristes des trois premiers siècles : animaux sauvages qui se chassent et se pêchent, pierres ou perles ramassées sur la grève, trésors inventés, îles qui naissent dans la mer ou dans le lit des fleuves⁴⁷. Ce qui surgit pour la première fois d'un travail de la matière ou se rencontre pour la première fois dans la nature n'est vacant et hors maîtrise (*nullius*) qu'avant d'être « occupé » aussitôt, selon le mode guerrier de la première prise et du butin, association d'idées que suggère le mot et que développent parfois les juristes d'époque impériale classique. Ainsi, selon une représentation dont les juristes d'époque moderne feront leur miel, les choses paraissaient-elles happées dans le premier domaine où le droit leur donne vocation d'entrer, avant que successions, échanges et dons ne les fassent passer d'un domaine à l'autre.

Il y a donc deux manières sous lesquelles le régime des choses appropriables et marchandes est présenté en droit romain. Ou bien les interdits, en les faisant entrer dans une aire indisponible, les retranche définitivement de la sphère privée où elles circulent : une chose déjà marchande est en quelque sorte désactivée et mise à jamais en réserve, selon une procédure de droit public ou sacré qui l'affecte à quelque tiers impérissable (un dieu, un mort, la cité elle-même) – ce qui, en technique juridique, la rend patrimoine de rien d'autre que d'elle-même, contenant et contenu, sujet et objet, par suspens de la relation de sujet à objet qui comporte une libre maîtrise de l'un par l'autre. C'est alors par le détour de la soustraction et de l'exception que le commerce nous apparaît comme de droit ordinaire. Ou bien on les voit entrer pour la première fois dans leur premier domaine. Mode négatif ou positif, c'est toujours posté sur la frontière du cas limite où l'on voit un bien sortir à jamais de la sphère d'appropriation ou y entrer originairement que le juriste s'interroge, non pas sur le régime courant des choses, qui fournit la matière ordinaire de son métier, mais sur leur constitution juridique, véritable construction politique de la marchandise.

46 - *Antea nullius fuerat* : Nerva et Proculus, chez GAIUS, 2 *rerum cottidianarum* [*rer. cott.*], D. 41, 1, 7, 7.

47 - Chasse et pêche : NERATIUS, D. 41, 1, 14, pr., GAIUS, 2, 66-68, et Gaius, 2 *rer. cott.* D. 41, 1, 3, pr.; pierres trouvées sur le rivage : FLORENTIN, 6 *Inst.*, D. 1, 8, 3; PAUL, 54 *ed.*, D. 41, 2, 1, 1; trésors, dont l'invention s'analyse comme une occupation de *res nullius* : PAUL, 31 *ed.*, D. 41, 1, 31, 1 (cf. CASSIODORE, *Variae*, V, 6, 8); îles : POMONIUS, 34 *Sab.*, D. 41, 1, 7, 9 et 30, 4; GAIUS, 2 *rer. cott.*, D. 41, 1, 7; ULPINIEN, 68 *ed.*, D. 43, 12, 1, 6. Le littoral marin, qui n'est pas appropriable, est dit simplement *nullius* dans PAUL, D. 18, 1, 51, mais dans le sens ici d'inappropriabilité absolue, puisque son régime y est comparé à celui des routes publiques ou des lieux religieux et sacrés. Sur l'ensemble du dossier, voir U. ROBBE, *La differenza sostanziale...*, *op. cit.*

Les choses appropriées : res, valeur et procès

Cette saisie juridique des « choses » les situe sur un plan de construction politique où leurs singularités antérieures sont rendues caduques, puisque c'est de leur qualification en droit, et non de leur existence avant lui, qu'il s'agit alors. Pourtant, la qualification de *res* en droit romain s'applique universellement aux choses dans et hors le commerce et le patrimoine. Est-ce parce que, au-delà des régimes et des statuts qu'il leur applique en les séparant les unes des autres, le droit romain reconnaît aux choses leur commune réalité de choses – même s'il n'en traite que de son point de vue ? Si l'on considère que *res* comprenait nécessairement toute chose du monde extérieur, naturel et social, et que ce concept avait pour vocation à s'emparer de ce que, d'après lui, nous nommons toujours réalité, il n'y a guère lieu à s'interroger : *res* alors ne qualifie pas, mais désigne. Une chose est pour lui comme pour tous nécessairement une chose, et ce n'est que par spécialisations successives que s'introduit la portée qualifiante du mot, ordonnatrice d'un statut. Or, je voudrais montrer qu'il n'en est rien et qu'emprunter cette voie est faire historiquement fausse route. Toute enquête engagée d'un point de vue ontologique, depuis la question « qu'est-ce qu'une chose ? », bloquerait la possibilité d'accéder aux choses du droit (romain) ou plutôt au concept de « chose » qui les saisit abstraitement. C'est une fausse piste que de les envisager, comme on l'a fait si souvent, du point de vue de la physique et de la métaphysique grecques, car on ignore alors que leur régime relevait d'une constitution de leur valeur⁴⁸.

La notion de *res* patrimoniale et marchande, analysée depuis le point de vue qu'offre sa sanctuarisation extrapatrimoniale, n'a pu s'établir en effet que parce que, d'emblée (en tout cas aussi loin que les sources permettent d'atteindre), la *res* était en elle-même une qualification juridique. Le droit appelait *res* les choses auxquelles il avait affaire : la *res* romaine n'était conçue ni comme *Sache* ni même comme *Gegenstand*⁴⁹, mais plus précisément comme « affaire » (*res* correspondant alors au grec *ta pragmata*), comme procès (*res*) comportant qualification et évaluation de la chose litigieuse (*res*). D'emblée, la *res* du droit romain nous apparaît sur le mode d'une valeur liée à une qualification qui opère dans un procès – toute la

48 - Par exemple, PAUL SOKOLOWSKI, *Sachbegriff und Körper in der klassischen Jurisprudenz und der modernen Gesetzgebung*, Halle, M. Niemeyer, 1902; M. J. SCHERMAIER, *Materia. Beiträge der Naturphilosophie im klassischen römischen Recht*, Cologne-Vienne-Weimar, Böhlau, 1992. L'importante analyse que MARIO BRETONE donne des choses, et notamment des choses incorporelles, n'échappe pas à cette entreprise d'ontologisation du droit romain : *I fundamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Bari, Laterza, 1998, p. 123 sq.
49 - Le *Lexikon* de Heumann, réédité par Emil Seckel en 1906 (11^e éd., Graz, Böhlau, 1971) postule à propos de *res* un enchaînement de la *Sache* au *Gegenstand* et du *Gegenstand* au *Vermögen*, enchaînement qui synthétise l'apport doctrinal des pandectistes, dont relève la presque totalité de la production romanistique allemande et italienne. Les choses y sont appréhendées comme entités du monde extérieur devenues objets d'un droit subjectif, choses et droits constituant un patrimoine : rien n'est jamais dit de la constitution de la chose par le procès.

question étant de savoir de quelle manière, lorsqu'elles se qualifient, les choses s'évaluent ; et comment, dans ces procédures, se réalise pratiquement la différence entre la valeur de ce qui s'approprie et s'échange et la valeur de ce qui s'institue comme perpétuellement indisponible.

Analyse juridique de la valeur

Dès lors que la presque totalité des *res* étaient qualifiées en raison de leur disponibilité patrimoniale, selon les catégories par lesquelles s'organise l'économie juridique du monde romain, elles assumaient une valeur qui en faisait à proprement parler des biens. Il est frappant de constater à quel point le vocabulaire juridique latin, depuis une très haute époque (au moins le III^e siècle avant notre ère), employait couramment *pecunia* pour désigner les choses. Sans remonter aussi loin dans le temps, Justinien en avait encore pleinement conscience, qui, dans une constitution de 531, renvoyait aux juriconsultes des premiers siècles de l'Empire pour déterminer si, dans un pacte de report de dette (*pecunia constituta*), le mot *pecunia* pouvait désigner, en dehors d'une somme d'argent, n'importe quelle autre chose qui aurait fait l'objet d'une promesse ou d'un contrat :

Dans les anciens livres des juriconsultes, on employait l'expression « pacte de report de dette » (pecunia constituta), alors que ce n'étaient pas seulement des sommes d'argent (non pecuniae tantum) qui étaient exigées, mais toutes sortes de choses (sed omnes res) [...]. De fait, si l'on fait entrer comme objet de report de dette telle maison ou tel champ ou tel esclave ou telle autre chose que l'on a désignée, quelle différence y a-t-il avec le nom de la pecunia elle-même ? Toutes les choses doivent donc pouvoir entrer dans un report de dette, puisque les anciens juriconsultes disent dans leurs définitions que sous l'appellation de pecunia toutes choses sont signifiées (pecuniae appellatione omnes res significari definiunt) et que l'on trouve ce mot très clairement employé dans les livres des juriconsultes et dans l'ancienne jurisprudence.

Le texte insiste justement sur cette aptitude de la langue du droit romain à saisir à travers *pecunia*, non seulement une somme d'argent, un montant, mais les choses elles-mêmes. Les juriconsultes d'époque classique confirment en effet amplement cette tendance : *pecunia* y désigne la monnaie et la valeur monétaire des choses, mais tout autant les choses en ce qu'elles ont nécessairement une valeur monétaire à laquelle elles se réduisent⁵⁰. Il en allait de même avec *pretium*. Les juristes pensaient banalement que le prix était une mesure de la valeur des choses, qui se réalisait dans l'échange d'une chose contre une quantité de monnaie (prix de la chose vendue ou prix du travail loué). Mais ils pensaient aussi, d'une manière plus singulière, que la chose se réduisait à son prix, qu'elle *était* son prix : la valeur était alors l'identité de la chose même. Or, cette réduction de la chose à sa

50 - Ainsi, CELSUS, 32 *dig.*, D. 50, 16, 97 ; PAUL, 2 *ed.*, D. 50, 16, 5 ; 49 *ed.*, D. 50, 16, 178, pr. ; HERMOGÉNIEN, 2 *uris epitomatarum*, D. 50, 16, 222.

valeur trouve son siège dans l'ancien procès civil, où la *res* était appelée ainsi parce qu'elle était l'enjeu d'une mise en cause, d'une affaire (*res* également), qui comportait une estimation pécuniaire.

Ce dernier trait, dont on va voir à quel point il est archaïque, explique probablement pourquoi la théorie juridique du prix trouve si souvent son siège dans le procès civil, en dehors de la vente et des autres contrats onéreux, où croient exclusivement la trouver les historiens de l'économie. Les juristes appellent souvent *pretium* le montant du litige et la condamnation qui l'établit : montant déterminée par l'estimation d'un juge⁵¹. La valeur alors se fixe par arbitrage d'un tiers et par « jugement commun », comme le dit un adage forgé (ou repris) par Sextus Pedius, jurisconsulte d'époque flavienne, à propos d'une affaire de meurtre d'un esclave qui se trouvait être le fils naturel de son maître. Le maître dont on a tué l'esclave peut-il exiger réparation du malheur qui vient de ce que la chose qu'on lui a fait perdre est son fils ? Non, parce que « la valeur des choses ne se mesure pas selon l'affection qu'y met ou l'utilité qu'y trouve tout un chacun, mais s'établit par jugement commun⁵² ». Valeur, jugement, jugement commun : sans doute ne faut-il pas ici comprendre qu'il est renvoyé à une « estimation commune » du marché⁵³ ; il n'existe à Rome de marché ni des affections ni des fils. En réalité, cette règle intéresse l'estimation arbitrale qu'un juge peut raisonnablement établir de la perte d'un esclave (et non de la valeur de cet esclave même), dans une société où il n'est pas rare que libres et affranchis soient pères d'enfants nés d'amours ancillaires, mais où ces liens ne sont pas assez considérés pour être censés ajouter aucun prix à cette perte. Le « jugement commun » n'est autre que l'estimation arbitrale d'un juge qui s'appuie sur le sens commun à son temps et à son lieu⁵⁴. Lorsque la valeur de la *res* se détermine par jugement, c'est par un procédé étranger à celui du contrat (et, *a fortiori*, du marché), mais tout aussi ancien et d'une certaine manière tout aussi abstrait que lui.

En droit romain, c'est à cette valeur arbitrale qu'en dernier lieu se réduisaient les « choses », autrement dit les « choses mises en cause ». Les juristes de Rome connurent, perçurent, analysèrent un phénomène qui, pour eux, prenait sens dans la sphère du procès. L'histoire de la théorie juridique romaine de la valeur et du prix, pour laquelle les textes abondent, reste entièrement à écrire, dans la mesure où son siège principal n'est pas, comme on est tenté de le croire, dans le lieu

51 - Cascellius, Ofilius, Cinna, dans BREMER, I, p. 173 ; JAVOLENUS, D. 38, 2, 36 ; ULPIN, 15 *ed.*, D. 5, 3, 20, pr. ; PAUL, 26 *ed.*, D. 5, 3, 22 ; MARCIEN, D. 12, 3, 8 : « pretio, id est quanti res est, aestimari ».

52 - Sextus Pedius, chez PAUL, 2 *ad Plautium*, D. 9, 2, 33, pr. (même cas de figure et même adage dans PAUL, 2 *ad legem Iuliam et Papiam*, D. 35, 2, 63, 2 : « pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi »).

53 - CLAUDE NICOLET, « Il pensiero economico dei Romani », in L. FIRPO (éd.), *Storia delle idee politiche e sociali*, I, L'Antichità classica, Turin, Liguori, 1982, pp. 877-960, ici p. 918.

54 - Pour une vue comparable en histoire médiévale des prix, voir ALAIN GUERREAU, « Avant le marché, les marchés : en Europe, XIII^e-XVIII^e siècle », *Annales HSS*, 56-6, 2001, pp. 1129-1175, où *communiter funguntur* paraît être issu en droite ligne des textes du *Digeste* cités note précédente (cf. p. 1174).

classiquement débattu en jurisprudence romaine, à la suite d'Aristote, d'une distinction entre les deux figures de l'échange d'une chose contre une chose et de l'échange d'une chose contre un prix. Les juristes disputaient assurément de la nature de cette différence, dont dépendait le régime juridique du contrat (*permutatio* ou *emptio-venditio*) ; ils reprenaient à ce propos les lieux communs sur le troc et la vente, la prestation d'une marchandise (*merx*) et la prestation d'une contre-valeur monétaire (*pretium*)⁵⁵. Moins connus – mais plus décisifs pour une histoire de la formation juridique de la valeur – sont les textes qui amorcent une analyse du prix comme critère d'identité de la chose litigieuse. La question en était posée notamment à propos des garanties de comparution en justice (*vadimonium*). Selon l'édit du prêteur, le délai énoncé par la promesse ne devait pas excéder les limites hors desquelles la chose litigieuse (*res*) aurait risqué de disparaître, de « périr de mort » (*periturae morte*), par exemple à la suite d'un vol, d'un incendie ou d'un naufrage, ou de « périr par le temps » (*periturae tempore*) parce que les délais de l'action auraient été prescrits⁵⁶. Il fallait assurer, en somme, que la chose subsisterait en cours de procédure, qu'elle ne serait pas « absente » (*abesse*) avant le jugement. Mais quand devait-on estimer qu'une chose avait cessé d'être présente ? C'est sur ce point que se concentre, chez les commentateurs de l'édit, l'analyse de la valeur. Peut-on dire par exemple de la chose transformée par un travail de la main qu'elle devient « absente » ? Oui, sans doute parce qu'une forme nouvelle l'a fait disparaître ; surtout parce que sa valeur n'est plus la même :

*Aux dires de Sabinus [jurisconsulte du temps de Tibère, mort sous Néron], approuvé ici par Pedius [deux ou trois décennies plus tard], paraissent absentes les choses dont la matière (corpus) subsiste, mais dont la forme a été changée : on considère que n'est plus présente (rem abesse) la chose rendue corrompue, de même que celle à laquelle a été donnée une forme nouvelle, puisque en règle générale il y a plus dans la valeur du travail de la main que dans la chose (quoniam plerumque plus est in manus pretio, quam in re)*⁵⁷.

Au premier abord, si on le prend comme un document d'histoire économique en ignorant son contexte édictal, ce passage semble se borner à analyser (ce qui n'est déjà pas si mal) le rapport entre travail et valeur. L'impression se confirme si, soucieux de cumuler les références documentaires, mais sans la moindre inquiétude

55 - Les textes essentiels sont GAIUS, 3, 139, PAUL, 32 *ed.*, D. 19, 4, 1, et *Id.*, 33 *ed.*, D. 18, 1, 1, pr. Ils ont été analysés par VINCENZO ARANGIO RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, Naples, Jovene, 1952, I, p. 133 *sq.* ; GENEROSO MELILLO, *Economia e giurisprudenza a Roma*, Naples, Jovene, 1978 ; C. NICOLET, « Il pensiero... », art. cit., p. 908 *sq.* Voir ANDREAS BRUDER, « Zur ökonomischen Charakteristik des römischen Rechtes », *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, XXXII, 1876, pp. 753-825. Du point de vue de l'histoire culturelle, voir surtout ALDO SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, Naples, Jovene, 1971, p. 103 *sq.*

56 - ULPIEN, 7 *ed.*, D. 2, 12, 3. Sur le contexte édictal, OTTO LENEL, *Edictum Pertuum*, 3^e *éd.*, Leipzig, von B. Tauchnitz, 1927, p. 85.

57 - ULPIEN, 7 *ed.*, D. 50, 16, 13, 1.

sur ce que peut bien signifier un document en histoire du droit, on y joint cet autre cas, posé toujours à propos du *vadimonium*, à l'intérieur du même contexte édictal, vers les premières années de notre ère :

Labeo et Sabinus pensent que si un vêtement est rendu déchiré, ou si la chose est rendue corrompue, comme une coupe brisée ou une peinture raclée, la chose est censée être absente (rem abesse), puisque la valeur de ces choses ne réside pas dans leur matière, mais dans l'art qui les a produites (quoniam earum rerum pretium non in substantia, sed in arte sit positum)⁵⁸.

Pour accéder à l'intelligence de tels textes, il ne suffit pas de reproduire ce qu'ils énoncent de plus évident. Encore faut-il considérer leur forme proprement casuistique, intégrer la question à laquelle ils donnent une réponse, voir que le sens de la réponse est commandé par celui de la question. La lecture alors se déplace de la cause de la valeur à la valeur comme identité de la chose, à l'intérieur de l'unité de temps d'un même procès. Si la valeur est ici substance de la *res*, c'est parce que, dans le procès, la chose litigieuse doit rester présente en sa valeur, à laquelle précisément se réduit l'enjeu du litige. Il faut que cette identité d'évaluation perdure le temps que les parties s'en portent garantes, pour que le juge puisse évaluer la « chose » sur laquelle porte l'action, la « chose dont il s'agit » (*res de qua agitur*) et aucune autre. Elle cesse si son prix cesse en cours d'instance d'être le même – par exemple, s'il vient à être remplacé par le « prix d'un travail ». Pour le juge alors – et pour les parties qui s'étaient portés garants, la « chose » dont il avait été saisi devient « absente ».

Un troisième cas, immédiatement enchaîné au précédent, achève de nous éclairer :

Si le propriétaire d'une chose l'a rachetée par ignorance alors qu'il ne la possédait plus à cause d'un vol, même si après l'avoir rachetée il a eu connaissance des faits, on peut répondre à juste titre que cette chose est absente (rem abesse), parce qu'une chose est censée n'être plus là pour celui qui n'en a plus le prix (quia videtur res ei abesse, cui pretium abest).

Pour faire voir qu'une chose ne dure, le temps du litige, qu'en sa valeur, le casuiste expose le paradoxe de la chose qui, au moment où celui qui l'avait perdue la récupère, lui devient absente parce qu'il en a racheté la valeur, qui se trouve ainsi annulée pour lui.

Res : la chose et le procès

Que la *res* abstraite et réduite à sa valeur ait son siège dans le procès, voilà qui ne résulte pas seulement des analyses que la casuistique en donne vers le commencement de notre ère. Cela s'établit aussi à partir des accointances nombreuses entre

58 - PAUL, 7 ed., D. 50, 16, 14, pr.

les emplois patrimoniaux de *res*, pris au sens de « biens », et le procès. Lorsque *res*, dans le langage classique, s'applique au patrimoine, c'est très souvent dans le composé *res familiaris*, utilisé aussi bien par les juristes que par les agronomes. Or qu'est-ce, originellement, qu'une *res familiaris* ? Très probablement un procès (*res*) ayant pour objet les biens (*familia*) d'un *paterfamilias*. Nous possédons, de Caton le censeur, quelques fragments de plaidoiries prononcées *de re familiari* : le *De re Floria* (sur l'affaire – et sur les biens – de Floria), le *De re Atili* (sur l'affaire – et sur le patrimoine – d'Atilius)⁵⁹. De même, *res uxoria* désigne un procès en restitution de dot (le litige, l'« affaire » concernant les biens de l'épouse), en même temps que la dot elle-même (les affaires de l'épouse, en quelque sorte) – le mari disant à l'épouse répudiée : « *res tuas habeto* » (reprends tes affaires). *Res*, dans ses premières acceptions patrimoniales, est donc très probablement liée au procès – et notamment au procès successoral, où il fallait évaluer le montant de la succession, au procès dotal, où il fallait réévaluer le montant de la dot. Cette double valeur patrimoniale et processuelle est attestée dans les sources les plus anciennes. La loi des XII Tables, en 450 avant notre ère, l'emploie dans ces deux sens déjà contemporains l'un à l'autre : en I, 6, *res* désigne le procès, l'affaire en litige ; en V, 3, *res* est juxtaposé à *pecunia* pour désigner l'ensemble des biens dont un père de famille peut disposer par testament : « *Uti legassit suae rei, ita ius esto* » (comme il aura disposé relativement à ses biens – *res* –, que cela soit le droit)⁶⁰. C'est cette accointance entre les deux sens anciens et contemporains du mot qu'il faut essayer d'élucider.

Le sens primitif de *res* oscille entre le litige et l'objet fournissant l'occasion du litige. Une *res*, le procès, en saisit une autre, la *res de qua agitur* : la « chose de laquelle il s'agit dans l'action ». On ne comprend rien à ce concept si on ne l'analyse à la fois comme contenant et contenu. Dans le plus ancien fonds du vocabulaire juridique latin, le mot est associé à *causa* ou encore à *lis* dans des contextes exclusivement judiciaires. Ainsi, dans la loi des XII Tables. En I, 6 : « *rem ubi pacunt, orato* » (lorsque les parties transigeront sur le litige, que chacune l'expose oralement – ou : que le magistrat ratifie cette conciliation) ; I, 7 : « *Ni pacunt, in comitio aut in foro ante meridiem caussam coiciunto* » (si elles ne transigent pas, qu'elles résument ensemble leur affaire, sur le *comitium* ou sur le *forum*, avant midi) ; I, 8 : « *Post meridiem praesenti litem addicito* » (après midi, que le magistrat règle le litige en faveur de celle des deux parties qui sera présente). L'ensemble *res-lis-causa* est formulaire en droit archaïque. Leur complémentarité se laisse bien voir dans tel résumé d'une notice de Festus (p. 103 L.), qui renvoie à la plus ancienne procédure : « On dit qu'a perdu son procès (*lis*) celui qui n'a pas eu gain de cause (*causa*) dans l'affaire (*res*) qui était l'objet d'une action en justice (*agere*) – *eius rei, de qua agebat*. »

59 - Cf. HENRICA MALCOVATI, *Oratorum Romanorum Fragmenta* 2, 1954, pp. 86-87.

60 - Seule la *res* est mentionnée par GAIUS, II, 224. *Uti legassit suae rei* (cf. *Inst.*, II, 22, pr., et POMPONIUS, D. 50, 16, 120). Pour les formulations plus tardives, voir M. BRETONNE, *I fundamenti...*, *op. cit.*, p. 27 sq., qui donne en outre de nombreuses références au sens patrimonial de *res*.

Le vocabulaire de la procédure archaïque est extrêmement riche en vocables qui signifient tout à la fois le débat et la chose débattue, la dispute et son objet – et donc en même temps la forme où s'estiment les choses et les choses estimées. Ainsi en est-il de *lis*, « litige », qui désigne aussi, dans les procès portant sur une terre, la « possession intérimaire » de cette terre, pour laquelle il fallait fournir une garantie de restitution⁶¹. Ainsi en est-il encore de *vindiccia*, « action en revendication » d'une chose en même temps que « chose revendiquée »⁶²; de *causa*, « affaire débattue » et « grief » en même temps que « statut juridique de la chose mise en cause »⁶³. Ainsi en est-il surtout de *res*, dispute et objet sur lequel elle porte, procès et chose même que se contestent les parties, dont chacune est dite *reus*⁶⁴. Ces deux sens de *res*, attestés par une foule de textes, s'éclairent le mieux lorsqu'ils sont associés formulaireirement. Ainsi dans la formule que proclamait le légat, avancé sur la frontière de l'ennemi pour réclamer « restitution de la chose », en prenant Jupiter à témoin : « Je réclame qu'on me restitue ces hommes et ces choses (*res*) comme propriété du peuple romain [...] mais pour ces questions (*res*) nous délibérerons dans notre patrie avec les anciens sur les moyens d'obtenir notre droit » ; à cette formule fait écho celle que le roi prononçait aussitôt après devant le conseil des *patres* : « Au sujet des choses litigieuses (*res*), des contestations (*litium*) et des griefs (*causarum*) pour lesquels le père patrat du peuple romain des Quirites s'est adressé aux cités ennemies pour les récupérer (*condixit*) [...], choses litigieuses (*res*) qu'elles n'ont ni données, ni payées, alors qu'elles devaient pourtant donner et payer ces choses (*quas res*), dis-moi, quel est ton avis ? » ; le formulaire s'achève enfin avec la déclaration de guerre, que lance sur la frontière le prêtre expert en rituel guerrier : « Puisque [...], pour cela (*ob eam rem*) je déclare et je fais la guerre [...] »⁶⁵. » Ennius combine formulaire de guerre et formulaire d'action en revendication, lorsqu'il évoque le combat que s'étaient livré les jumeaux fondateurs : « La dispute est conduite (*res geritur*) par la violence [...] ils réclament leur dû (*rem repetunt*) [...] s'avancent l'un contre l'autre en deux forces compactes »⁶⁶. »

Dans les formules les plus anciennes du droit archaïque, la « chose dont il s'agit » n'était « chose » précisément que parce que saisie dans un procès. Dans le

61 - *Lis* comme litige dans les textes archaïques : *XII Tables*, I, 8 ; VARRON, *LL*, 7, 99 ; TITE-LIVE, 1, 35, 11. Comme chose possédée, sur laquelle porte le litige : GAIUS, IV, 16 (garants de restitution de la *lis*, « id est rei et fructus ») et 91.

62 - *Vindiccia* comme action en revendication : *XII Tables*, 12, 4. Comme chose sur laquelle porte cette revendication : L. Cincius, chez FESTUS, p. 376 L. (= BREMER, p. 256, n° 20) ; d'où FESTUS, p. 516 L. ; GAIUS, IV, 16 et 91.

63 - *Causa* comme affaire débattue : *XII Tables*, I, 7, commenté par GAIUS, IV, 15 et PAUL, D. 50, 17, 1. Comme condition ou statut de la chose mise en débat : formule de revendication d'un esclave dans GAIUS, IV, 16, et VALERIUS PROBUS, *Litterae singulares*, 4, 6.

64 - *Res* comme procès ou dispute à l'époque archaïque : *XII Tables*, I, 6 et FESTUS, p. 106 L. ; GAIUS, IV, 83 ; VARRON, *LL*, 7, 93 ; AULU-GELLE, *Nuits attiques*, XX, 10, 7 ; GAIUS, IV, 16. *Reus* : FESTUS, p. 336 L. ; PAUL/FESTUS, p. 34 L., à propos de la *litis contestatio*.

65 - TITE-LIVE, 1, 32, 6-13.

66 - ENNIUS, *Annales*, 8, v. 268-273, *Enniae poesis reliquiae* (édité par Iohannes Vahlen), Leipzig, Teubner, 1928, p. 47.

procès, *res* ou *lis*, s'énonçait l'objet de la dispute, *res* ou *lis* également⁶⁷. À cela précisément renvoyaient les clauses « *res de qua agitur* » et « *ob eam rem* ». Il en est rigoureusement de même dans les formules écrites du procès civil classique, qui transposent depuis le II^e siècle avant J.-C. les paroles de l'ancienne procédure orale. Le programme judiciaire sur lequel les parties s'entendent par prise à témoins (*litis contestatio*) n'est autre précisément que la *res* décrite dans la formule, l'« affaire mise en cause ». On est frappé de l'obsession que met le style formulaire à rappeler une *res* tout entière inscrite en elle, lui prescrivant ses contours exclusivement processuels. Lorsqu'il faut préciser qu'un seul point est mis en débat, sans préjudice d'autres droits que le demandeur se réserverait de faire valoir en dehors de la présente action, une clause prescrit préliminairement que « la chose dont il s'agira ici, ce sera [...] » (*ea res agetur* ou *agatur*)⁶⁸. Lorsque les faits sont évoqués en tête de la formule (*demonstratio*), c'est « pour que dès le début soit montrée la chose sur laquelle porte l'action » (*ut demonstretur res, de qua agitur*)⁶⁹. Et, pour enjoindre le *iudex* de faire porter son jugement sur l'unique point précédemment exposé, une nouvelle clause assure le lien entre ce qui précède et la condamnation qui doit suivre : « Étant bien de cette chose qu'il s'agit » (*qua de re agitur*)⁷⁰. L'affaire ayant été réduite aux seuls mots de l'exposé, la formule appelle enfin à condamner à ce qui est dû « sur le fondement de cette chose » (*ob eam rem*)⁷¹ selon la même clause que celle dite par le fétial lorsqu'il lançait : « *Ob eam rem*, moi et le Peuple romain je déclare et je fais la guerre. »

La procédure comme *res* saisit, contient, découpe et façonne ses objets comme *res*. De son point de vue, il n'est pas de *res* définissables en dehors d'elle, ni même imaginables sans une préfiguration des limites où elle les circonscrit. D'où l'identité purement procédurale de la *res*. Saisie par une première action, elle ne pouvait plus l'être par une seconde, *agere de eadem re*⁷². Ce qui est ici défini comme *eadem res*, c'est l'identité que confère à une prétention, à un droit, l'acte par lequel ils sont formulés en justice. Rien ne nous laisse mieux entrevoir la singularité de notre plus ancien univers juridique, où la réalité des « choses » s'appuyait sur la convention qui les avait arrêtées.

67 - VARRON, *LL.*, 7, 93 : « la chose ou litige qu'il faut énoncer » (*quam rem sive litem dicere oportet*).

68 - *Ea res agetur* : GIUSEPPE CAMODECA, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum [Tab. Sulp.]*, Rome, Quasar, 1999, vol. I, n° 31 (a. 52) ; *ea res agatur* : GAIUS, IV, 130-133 et 137.

69 - GAIUS, IV, 40.

70 - *Tab. Sulp.*, 31, ligne 6 ; GAIUS, IV, 47 ; VALERIUS PROBUS, du manuscrit d'Einsiedeln 326, n° 49 de l'édition de PAUL FRÉDÉRIC GIRARD, *Textes de droit romain*, Paris, Rousseau, 6^e éd. [1^{re} éd. 1923], p. 218. Sur le sens de cette formule et sur l'évolution qui a probablement conduit du *ea res agatur* à un *ea res agitur* non attesté mais rappelé par le présent *qua de re agitur*, voir l'étude de WALTER SELB, *Formeln mit unbestimmte intentio iuris*, Vienne-Cologne-Graz, Hermann Böhlau, 1974, p. 19 sq.

71 - GAIUS, IV, 47, 59, 60, 131a et 136.

72 - GAIUS, IV, 107 : « de eadem re agi non potest » ; cf. III, 181.

De l'évaluation dans le procès à la nature patrimoniale des choses

Or, l'identité procédurale de la *res* a été une condition historique de son identité de valeur. Aussi loin que nous puissions remonter dans les sources juridiques, c'est-à-dire depuis au moins la loi des XII Tables, toute « chose » mise en litige s'évalue en argent et se monnaie en condamnation pécuniaire : « Après avoir estimé la *res* en monnaie (*aestimata re*), le juge condamne le défendeur à une somme d'argent (*pecuniam eum condemnat*). » Nulle condamnation ne portait sur la chose même, mais seulement sur le montant de la valeur auquel le juge l'avait estimée, fonction qui s'indique d'ailleurs pleinement dans l'idée de *condemnatio*⁷³. Gaius rappelle la condamnation à l'*ipsa res* comme un trait dépassé de la procédure la plus ancienne, très tôt abandonnée⁷⁴. Parallèlement, l'obligation archaïque excluait toute contrainte à une prestation en nature, seule la contrainte à un équivalent monétaire étant constitutive du concept même d'*obligatio*⁷⁵. Dans le procès par formules écrites, la clause de condamnation, sur laquelle s'achève la formule, renvoie comme on l'a vu à la *res* dont elle s'est tant de fois et avec tant de précision saisie. Mais la « chose » est alors convertie à un *quantum* : « *Quanti ea res est*⁷⁶. » Telle est l'ultime réduction procédurale de la « chose ». Réduite d'abord à sa qualification, elle l'est maintenant à sa valeur.

Ainsi se forgèrent progressivement, dans le champ sémantique du procès, les acceptions patrimoniales de *res*, jusqu'au moment où ces significations se détachèrent du contexte procédural de leur première saisie. On ne comprendrait pas autrement le rapport constant entre chose, objet, patrimoine, d'un côté, et controverse judiciaire, de l'autre. Du débat contradictoire à l'intérêt et aux biens, en revanche, s'esquisse une chaîne continue de significations qui se prolongent avec les notions de *res furtiva*, *res uxoria*, *res familiaris*, *res privata*, etc. Au centre de toutes ces notions, il y a l'« affaire ». D'où l'importance théorique de tous ces principes de classement qu'il faut rapporter à la circulation : choses qui s'aliènent

73 - GAIUS, IV, 49. Sur le lien, non seulement fonctionnel, mais sémantique entre *aestimare* et *damnare*, *damnum* désignant une composition, voir ALFRED ÉRNOT et ANTOINE MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris, Klincksieck, 4^e éd., 1960, p. 164. Dans la loi des XII Tables, la *litis aestimatio* a lieu au cours d'une procédure d'*arbitrium liti aestimandae* (VALERIUS PROBUS, 10), ce qui fait comprendre *XII Tables*, 3, où les arbitres aident les parties à *damnum decidere*, c'est-à-dire à composer (*decidere*) sur un montant pécuniaire (*damnum*). Sur la fonction de *damnum decidere* : voir ANDRÉ MAGDELAIN, « Iudex arbiterve », *RIDA*, 1980, p. 162 sq. Sur la place de l'*aestimatio* dans la société romaine en général, voir ANDREAS BÜRGE, « Geld- und Naturalwirtschaft im vorklassischen römischen Recht », *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte*, 99, 1982, pp. 129-153.

74 - GAIUS, IV, 48, avec l'exégèse d'ANDRÉ MAGDELAIN, « Esquisse de la justice civile au cours du premier âge républicain », *RIDA*, 37, 1990, pp. 198-246, ici p. 237.

75 - Voir EMILIO BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milan, Giuffrè, 1955, p. 32 sq. et p. 69 sq.

76 - GAIUS, IV, 51 ; IV, 163.

par mancipation ou par tradition informelle (*res Mancipi* et *res nec Mancipi*) ; choses spécifiques (*species*) et choses de genre qui se pèsent, se comptent et se mesurent (*res quae pondere numero mensura consistunt*) ; choses fongibles et non fongibles, divisibles et non divisibles, etc. Les choses auxquelles est consacré le titre sur « la division des choses et leur substance », dans le *Digeste*, comprennent des classifications relatives surtout aux modes d'appropriation et de transfert, mais aucune de ces qualités n'est concevable en dehors d'un jugement de valeur qui opère à travers l'action en justice.

Revenons à la classification dont nous sommes partis : *nullius in bonis, alicuius in bonis*. C'est à l'aide de la notion de *bona* (concurrentement avec *res* et avec *pecunia*) que le droit romain conçut et administra les « biens » d'une personne en tant que somme de valeurs. Le terme est assurément ancien. Il est attesté pour la première fois chez le poète Naevius⁷⁷, vers le dernier tiers du III^e siècle avant J.-C. Plaute l'emploie couramment pour « patrimoine » ou « fortune »⁷⁸, avec parfois le sens spécifique de « biens acquis par le commerce »⁷⁹. Mais c'est le droit prétorien surtout qui imposa cette notion comme outil pour concevoir et organiser une patrimonialité entendue dans son sens le plus abstrait de valeurs disponibles. Ainsi, un acheteur dépourvu du titre de propriété quiritaire (parce que l'esclave ne lui avait pas été mancipé solennellement) était tout de même considéré *in bonis*⁸⁰ et jouissait d'une action qui suppléait à la revendication : s'affirme ici un avoir dont le titre ne se réclame d'aucun rite formel, mais du seul fait de l'échange économique et marchand. De même, de nouveaux ordres d'héritiers, traditionnellement écartés du droit civil, se voyaient reconnaître une *bonorum possessio* et rendus ainsi titulaires d'une masse de biens désignés immédiatement comme telle, appréhendée globalement. Ou bien encore, les créanciers impayés étaient saisis des biens de leurs débiteurs, *missio in bona* : s'impose particulièrement ici, depuis au moins le II^e siècle avant J.-C., en droit des saisies et exécutions, une notion de « biens » qui, par la force des choses, réduit le patrimoine à un actif saisissable en n'importe laquelle de ses parties comme en son tout⁸¹. Dans ces divers cas, possession « bonitaire » de l'acheteur informel, « possession des biens » accordée à des héritiers privés de vocation civile, envoi en possession dans les biens du débiteur défaillant, etc., s'atteste et se construit un régime de biens conçus comme des utilités homogènes et fongibles, irréductibles à leurs composantes singulières, appréhendées en masse.

Une évolution en tous points comparable s'était par ailleurs accusée déjà dans le domaine des successions civiles où avaient été mis au point, parallèlement

77 - Naevius chez OTTO RIBBECK, *Comitorum romanorum fragmenta*, II, Leipzig, Teubner, 1873, p. 16.

78 - Ainsi *Mostelleria*, v. 233-234 ; *Trinumus*, v. 168.

79 - Dans *Trinumus*, v. 822.

80 - Cf. GAIVS, I, 54 ; II, 40 et *sq.*, D. 7, 1, 7, 1 ; 9, 4, 26, 6 ; 10, 3, 5 ; THÉOPHILE, *Paraphrase des Institutes* I, 5, 4 : *Despotès bonitarios*.

81 - Pour le II^e siècle avant J.-C., *Lex Latina tabulae Bantinae*, CIL, I, 2, 582, ligne 11 ; *Lex repetundarum*, CIL, I, 2, 583, et *Lex agraria*, CIL, I, 2, 585, ligne 56.

et même antérieurement au droit prétorien des *bona*, les toutes premières techniques d'une gestion patrimoniale qui combinait les concepts et les outils assurant la fongibilité des choses et leur régime quantitatif. L'*hereditas*, attachée primitivement à la position concrète et sociale d'un héritier pourvu d'un statut et de pouvoirs propres⁸², avait fini par s'abstraire de cet enracinement personnel et social pour ne plus renvoyer qu'à un complexe de biens (successoraux) pris en valeur globale, choses et droits confondus⁸³. La revendication qui s'exerçait sur elle en son tout, comme s'il se fût agi d'une seule chose, la vente par laquelle les héritiers pouvaient la céder contre un prix équivalant au tout, la possession de longue durée qui la faisait acquérir en son unité, toute cette évolution achevée au plus tard au III^e siècle avant J.-C. dans l'ordre civil rapportait déjà l'héritage à un ordre de valeur purement monétaire – à l'ordre exclusif de la *pecunia*⁸⁴. On le voit nettement déjà en 254 avant J.-C. : pour déterminer qui, des héritiers ou des légataires, serait tenu aux obligations sacrales laissées par le mort, le grand pontife Tiberius Coruncianus énonça la règle selon laquelle y seraient astreints ceux qui avaient reçu plus de la moitié de la *pecunia*, d'où l'adage pontifical « les cultes suivent le montant du patrimoine » (*sacra cum pecunia*)⁸⁵. Au critère du lien familial était substitué celui de la valeur monétaire de la succession.

En droit pontifical et civil, au III^e siècle avant notre ère au plus tard, le patrimoine successoral était dans son entier conçu, administré et organisé selon un critère quantitatif. Un siècle plus tard, le préteur élargissait cette conception à la totalité du droit patrimonial, à travers le concept de *bona*. Or ces figures d'une patrimonialité prise pour ainsi dire dans son état le plus abstrait, cristallisée d'abord autour de l'*hereditas* civile puis autour des *bona* du droit prétorien, les juristes de l'époque impériale classique allaient les ordonner à leur tour à quelques règles et

82 - Voir GIANFRANCO FRANCIOSI, *Usucapio pro herede. Contributio allo studio dell'antica hereditas*, Naples, Jovene, 1965.

83 - Sur l'unité (matérielle ou immatérielle, peu importe ici) de l'*hereditas*, voir les analyses classiques de BERNARDO ALBANESE, *La successione hereditaria in diritto romano*, Palerme, Annali del seminario giuridico della Università di Palermo, 1949, et PASQUALE VOGLI, *Diritto ereditario romano*, I, Milan, Giuffrè, 2^e éd., 1967, pp. 83 et 146 sq.

84 - « Hereditas est pecunia » : CICÉRON, *Topiques*, 6, 29. Cf. *Her.*, 4, 40, et *De Inventione [Inv.]* 2, 63-64 : « unius pecuniae [...] plures heredes ». Les textes attribuent parfois à la loi des XII Tables l'emploi de *pecunia* pour désigner la totalité du patrimoine (PLINE, *Histoire naturelle*, XXI, 3, 7 = *XII Tables*, X, 7), en particulier le patrimoine successoral (CICÉRON, *Her.*, 1, 13, 23 ; *Id.*, *Inv.*, 2, 50, 148 = *XII Tables*, V, 7, à propos de l'héritier fou : « les agnats et les parents gentilices auront pouvoir sur lui et sur son patrimoine » – *in eo pecuniaque eius*). Tout anachroniques qu'elles puissent être, ces références aux XII Tables n'en attestent pas moins un usage très ancien de *pecunia* dans ce sens, voir Scipion le Jeune, chez AULU GELLE, 6, 11, 9 : « tertia pars pecuniae paternae ». Au II^e siècle avant J.-C., la plus grande part d'une succession se disait *maior pars pecuniae* (*responsum* pontifical dans CICÉRON, *Leg.*, 2, 20, 49).

85 - Coruncianus, chez CICÉRON, *Leg.*, II, 49 ; cf. FESTUS, s. v. *Sine sacris hereditas*, p. 370 L. Sur le sens de cette règle, voir P. VOGLI, *Diritto ereditario...*, op. cit., p. 112 sq. ; B. ALBANESE, *La successione...*, op. cit., p. 335 sq. ; G. FRANCIOSI, *Usucapio...*, op. cit., p. 105 sq.

principes d'administration qui devinrent (et restent aujourd'hui encore, où l'essentiel de ces règles continue de nous régir) d'extraordinaires outils d'abstraction. Une question essentielle était de savoir si les biens se réduisaient au solde restant, toutes dettes déduites, ou s'ils consistaient tout autant en une valeur négative, lorsque par exemple une succession s'avérait « dommageable » (*damnosa hereditas*)⁸⁶. Peu nous chaut ici les réponses contrastées et la difficulté d'un dossier fait de chausse-trapes et de textes souvent interpolés. Que les dettes fissent ou non partie des « biens », qu'il fallût considérer ceux-ci abstraitement comme seul solde positif ou, plus abstraitement encore, comme pure universalité, comme simple contenant dont peu importait le contenu, ce qui en faisait un parfait *nomen iuris* au sens d'entité formelle⁸⁷, les « biens » ne faisaient plus unité que du point de vue de leur valeur, que celle-ci fût positive, nulle ou même négative.

Cette représentation d'une substance purement comptable des biens dans la culture juridique des II^e et III^e siècles de notre ère commande évidemment le sens qu'y revêt une division des « choses » entre *nullius in bonis* et *alicuius in bonis* – entre « choses relevant d'un patrimoine appartenant à quelqu'un » et « choses relevant d'un patrimoine n'appartenant à personne ». Lorsqu'ils répartissaient la totalité des catégories à l'intérieur desquelles les « choses » trouvaient une qualification spécifique et donc un statut, les auteurs de manuels didactiques construisaient un dispositif de classes dont le sens était déjà fort chargé d'histoire pratique et dogmatique, et qui constituait les figures par excellence où la question de la valeur avait été discutée, élaborée, mise en forme et résolue en des règles d'administration pratique. Elles comportaient une double signification : celle d'appropriation d'abord, celle de valeur mesurable ensuite. Celle-ci supposait une mesure marchande, certes, mais elle était surtout la mesure du procès.

Les choses inévaluables

Les objets que, par extraordinaire, le droit excluait de l'aire patrimoniale et entraînait dans une réserve publiquement ou sacralement constituée étaient eux aussi qualifiés de « choses » – publiques, sacrées, religieuses et saintes, « choses relevant d'un patrimoine n'appartenant à personne », « choses dont il n'y a pas commerce ». Ni plus ni moins que les autres, dans la mesure où ces objets aussi (Champ de Mars, forums, rues, théâtres, basiliques, sanctuaires, tombeaux, murs d'enceinte)

86 - Pour la première opinion, D. 50, 16, 83 ; 39, 1, et la casuistique dans D. 23, 3, 72, pr. ; 24, 1, 55 ; 33, 2, 43 ; 35, 2, 69 ; 37, 6, 2, 1 ; 49, 14, 11 ; C. 6, 61, 8, 4. Pour la seconde, POMPONIUS, *5 ad Sab.*, 29, 2, 37 ; *Id.*, *5 ad Quintum Mucium*, 50, 16, 119 ; ULPINIEN, *39 ed.*, D. 37, 1, 1, 3, pr. Voir G. SCHERILLO, *Lezioni...*, *op. cit.*, I, pp. 4-10 ; P. VOGLI, *Diritto ereditario...*, *op. cit.*, p. 150 sq. ; M. BRETONE, *I fundamenti...*, *op. cit.*, p. 210 sq.

87 - POMPONIUS, *5 ad Quintum Mucium*, D. 50, 16, 119 ; ULPINIEN, D. 50, 16, 178, 1 ; PAPINIEN, D. 5, 3, 50, pr. ; « intellectus iuris » chez PAPINIEN, D. 18, 7, 5 ; 31, 66, 2. Cette catégorie a été très mal comprise et analysée par RICCARDO ORESTANO, *Il problema...*, *op. cit.*, qui, plutôt que de désubstantialiser les choses du droit, en substantialise au contraire les noms.

entraient ou étaient susceptibles d'entrer dans un litige, ils devenaient des *res* qualifiables au-delà de ce que laissent immédiatement entendre leurs noms concrets. À haute époque, dans les contentieux où ils avaient à trancher, les pontifes décrétaient de telles qualifications, selon la vieille tradition républicaine du *responsum* pontifical. Qu'il ne s'agît pas de constats mais de décisions, pas de désignations mais de qualifications, cela apparaît toujours clairement dans les *libri pontificales*. « Dans les décrets des pontifes, rapporte un antiquaire cité par Macrobe, la question porte surtout sur le point de savoir ce qu'on peut appeler sacré, profane, saint, religieux⁸⁸. » Ce n'était pas spéculations pures, mais décisions sur la qualification juridique à imposer dans telle ou telle affaire soumise à la juridiction pontificale. Au II^e siècle avant notre ère, le collègue des pontifes « décide » que le sanctuaire d'Honos, où l'on vient d'exhumer des sépultures, n'est pas religieux, parce que la religion des tombeaux ne peut entraver (*obligari*) un lieu public et qui plus est consacré. Le Grand Pontife Publius Scaevola, saisi par le censeur, « décrète » que l'autel dédié en 120 par la vestale Licinia sans un ordre du peuple « ne peut être considéré comme sacré ». En 56, les pontifes « décrètent » que la maison de Cicéron n'est pas « sacrée » et doit donc être restituée à son propriétaire sans interdit religieux⁸⁹. À partir de tels *responsa*, les antiquaires dévoilent leur orthodoxie sur le sacré, le religieux et le saint, dont les historiens de la religion négligent parfois qu'ils étaient des catégories juridiques, autrement dit des jugements pratiques attachés à des procédures. Tel est le contexte pragmatique où se laisse saisir la notion de *res* dans les qualifications de *res sacrae*, *res sacrae religiosae*, *res religiosae*, *res sanctae* et, bien sûr, de *res publicae*.

Choses publiques, sacrées et religieuses avaient en commun, avec les choses privées, d'être happées dans le cercle de la *res* procédurale. Mais le procès (et l'échange) ne conférait de valeur qu'aux choses privées. Pour les choses publiques et sacrées ou, plus précisément, pour celles dont l'affectation publique ou sacrale avait été établie comme perpétuelle, sanctuaires et lieux destinés aux citoyens, lieux de fondation, leur qualification juridique de *res* ne débouchait sur aucune estimation de leur valeur. Certes, les interdits prétoriens aboutissaient à indemniser les dommages subis par les plaignants du fait d'une détérioration des choses publiques ou sacrées : agissant au titre de citoyens, ils finissaient par obtenir la valeur de ce qui avait été estimé comme le montant de leur perte, le *quanti ea res est*⁹⁰. Mais ces « choses » en elles-mêmes étant à proprement parler inestimables, ainsi que les textes l'indiquent explicitement⁹¹, c'est de leur usage seul, et non de leur propriété, qu'il s'agissait dans ces procédures interdictales. Si une *res nullius in bonis* était appropriée (par exemple, si l'on avait construit sa maison au milieu d'une place ou si d'un sanctuaire ou d'un mur d'enceinte on avait fait son logement, comme de nombreux documents l'attestent, surtout pendant le Bas-Empire),

88 - MACROBE, *Sat.*, 3, 3, 1.

89 - Respectivement, CICÉRON, *Leg.*, II, 58; *De domo*, 53, 136; *Att.*, IV, 2, 3.

90 - GAUUS, IV, 163 : « quanti ea res est condemnari », et D. 43, 11, 1, 1 : « condemnatio in id quod actori interest ».

91 - ULPIEN, D. 30, 39, 7-9; *Inst.*, 2, 40, 4.

aucune condamnation pécuniaire n'en venait réparer la perte pour la collectivité. Toute estimation eût abouti à leur rachat, contrairement au principe de l'imprescriptibilité de leur statut de choses inappropriables. Au pénal étaient certes prévues des amendes. Mais, au civil, la chose échappait à toute mesure de sa valeur. Il n'y avait donc plus qu'à contraindre à restituer en nature.

Pour les tombeaux, les amendes sépulcrales, fulminées par le mort si le lieu était aliéné, ne réglaient pas la question du respect effectif de leur destination funéraire : le fondateur prévoyait que le *locus religiosus* détourné de son service pût échoir à la cité, afin d'en assurer à perpétuité la nature de son usage⁹². Quant aux lieux destinés à l'usage public, les interdits prétoriens avaient une portée restitutoire, mais qui se soldait en définitive par une condamnation pécuniaire au profit du citoyen-plaignant. C'est pourquoi les magistrats chargés des travaux publics faisaient procéder en dernier lieu à des démolitions forcées. Ils ne s'en absteinaient que si ces destructions risquaient d'enlaidir la ville : le constructeur abusif payait alors une redevance en reconnaissance de la nature publique d'un sol occupé sans titre⁹³. Il en allait *a fortiori* de même pour les sanctuaires. Ni les amendes de sacrilège ni les interdits prétoriens ne suffisaient à rendre effective une norme d'inappropriabilité qui avait pour contrepartie une norme d'inévaluabilité. On mettait donc la force publique au service des lieux sacrés. On contraignait physiquement à « restituer au dieu son temple⁹⁴ ».

Condamnations à la « chose même » en quelque sorte, alors que partout ailleurs ce mode coercitif avait immémorialement disparu. Cas exceptionnel où la *res*, quoique saisie dans le procès, n'y était pas cernée en son identité de valeur mais en son identité concrète, selon le très ancien mode, dont Gaius est seul à nous rappeler qu'il avait été pratiqué à l'époque la plus archaïque, d'une contrainte à la *res ipsa* – leur irréductible ipséité étant alors reconnue à ces choses que, pour se fonder elle-même, la cité avait retranchées du monde et des procédures juridiques de la valeur.

Yan Thomas

EHESS-Centre d'études des normes juridiques



92 - Par exemple *ILS*, 8351 ; D. 33, 2, 34, pr.

93 - D. 43, 8, 2, 17.

94 - Inscription de Kymè, *SEG*, XVIII, 555, citée *supra*. La condamnation qui s'impose à Lusias, s'il ne restitue pas de lui-même le bien indûment acheté, n'est pas pécuniaire mais réelle : suivant l'ordre de l'empereur, le juge ne pourra prononcer d'autre sentence que celle formulée dans l'édit d'Auguste : « restituat deo fanum ». Sur le régime juridique des sanctuaires d'après cette inscription, voir KATHLEEN M. T. ATKINSON, « Restitutio in integrum. Iussum Augusti Caesaris », *RIDA*, 7, 1960, pp. 228-271.